

# LOS OBJETIVOS Y LA NATURALEZA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO \*

Charles EISENMANN

**SUMARIO: I. Consideraciones generales; II. De la enseñanza del derecho sólo con fines prácticos; III. De la enseñanza científica del derecho; IV. La elección.**

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

*La gran alternativa: ¿finalidades prácticas solamente o también propósitos científicos?*

En la organización de la enseñanza del derecho, como en cualquier otra instrucción, el primer problema que se presenta es el determinar sus fines o funciones. ¿Qué resultados se desea obtener de tal enseñanza y qué cualidades, en el sentido más amplio de la palabra, se espera desarrollar en los estudiantes?

El problema, y es uno muy real, deriva del hecho de que hay varios caminos abiertos para los responsables de la organización del *curriculum*. Sin embargo, las principales alternativas con que se enfrentan, son dos.

Pueden asignar a un sistema de estudios jurídicos, como su único fin o función, la preparación de hombres capaces de “trabajar en leyes” y,

\* El presente trabajo corresponde a la primera parte del estudio titulado *The University teaching of Social Sciences Law*, preparado por el autor y realizado bajo los auspicios de UNESCO. Corresponde a una serie de estudios realizados por el organismo internacional acerca de la enseñanza en el campo de las ciencias sociales. El profesor Eisenmann, es profesor de derecho en la Universidad de París. El estudio que publicamos corresponde a una revisión del trabajo preparado por el mismo autor en 1974, y se basa en once informes nacionales elaborados por los profesores H. P. Bull (República Federal de Alemania), N. Rubin (Camerún), J. N. Hazard (Estados Unidos), I. Chanem (Egipto), R. E. Chartier, D. Tallen y M. Villey (Francia), J. F. Wilson (Gran Bretaña), R. Khan (India), M. González Avelar y L. Lara (Méjico), N. Comsa (Rumania), S. Stromhölm (Suecia) y A. Shebanow (URSS).

más particularmente, de trabajar en una profesión jurídica; o pueden agregar a este primer objetivo el adicional, de preparar hombres para comprender, tan completamente como sea posible, la “naturaleza” real del derecho, considerado como un fenómeno en sí mismo. El primer tipo de enseñanza serviría así puramente a objetivos prácticos, de hecho profesionales. El segundo, combinaría los propósitos prácticos y profesionales con otros estrictamente teóricos o científicos.

En la teoría, una tercera vía es posible, tan simple como la primera y su exacta antítesis, es decir, concentración en el aspecto científico o teórico solamente. En la práctica, sin embargo, este camino puede ser ignorado, ya que la gran mayoría de los futuros poseedores de grados en derecho y diplomas aspiran a ellos, no a causa de su valor intelectual intrínseco o para llegar a ser profesores, sino con la expectativa de ejercer una vocación práctica. Mientras que la enseñanza que tales personas reciben pueden ir, así, muy legítimamente, más allá de los solos requerimientos y puntos de vista de su profesión futura no se puede prescindir, en el hecho, de éstos. Por lo tanto, no consideraremos esta tercera ruta.

La primera y tercera representan, por supuesto, los dos enfoques ampliamente diferentes que cualquier individuo (y no meramente un estudiante, en el sentido estricto de la palabra) puede hacer sobre el estudio del derecho o de cualquiera de sus ramas; por una parte, el enfoque práctico. Y por otra el científico, el enfoque de “conocimiento puro” —tal como los fenómenos naturales pueden ser examinados desde el punto de vista de la ciencia teórica o aplicada.

### *El incentivo del interés práctico*

La ley y el orden representan un sistema por medio del cual la sociedad regula la conducta de sus miembros. Algunos elementos de ese sistema son aplicables a todos los miembros, otros solamente a una parte de ellos, o a una o más categorías de mayor o menor extensión. La vida del grupo está modelada por estas reglas; sus miembros muestran interés práctico por saber lo que son, por comprender lo que la ley requiere o les permite hacer o no hacer, cómo se deben comportar para no incurrir en castigos o sufrir molestias, qué tipos de conducta, qué objetivos y actividades pueden ser legítimamente realizados y a través de qué medios y procedimientos.

Obviamente no es un asunto simple, incluso en los Estados modernos donde muchas de estas reglas han sido consagradas en las leyes, regla-

mentos, etcétera, no es suficiente saber leer o haber obtenido una educación general, por muy avanzada que sea, para contestar las preguntas que acabamos de bosquejar. A menudo no se encontrará respuesta en los textos o disposiciones las cuales, aunque no estén escritas en términos técnicos, son incomprensibles para el lector promedio, porque no son expresadas en lenguaje llano; no es suficiente consultarlas para obtener la respuesta a los problemas que en la práctica se puedan suscitar. Por muchas razones, a las cuales volveremos a su debido tiempo, la comprensión de estas reglas escritas y su aplicación a la solución de los problemas jurídicos, implica gran trabajo deductivo, el que exige una preparación especializada si se desea hacerlo en forma apropiada.

Tal objetivo bien puede ser de índole estrictamente práctica, lo que induce a ciertas personas a aplicarse en el estudio del derecho.

Entre esta clase de personas están, por supuesto, aquellos que intentan seguir una de las profesiones expresamente dedicadas a la solución de los problemas jurídicos prácticos, cuyo propósito puede ser resumido de la siguiente manera: ¿que debo hacer de acuerdo con la ley?, ¿qué puedo hacer?, ¿qué debe o puede hacer tal o cual persona?, o ¿qué debo esperar y, en especial, qué sanciones debo (debe) esperar (o tal o cuál persona) de acuerdo a la ley? En resumen: ¿qué prescribe la ley en tal caso, ya sea como una disposición obligatoria o permisiva? Por su misma dificultad, la “actividad jurídica” llega a ser una profesión en sí misma. La profesión abarca a aquellos destinados a resolver los problemas que por sentencias son reconocidos por el Estado, es decir, jueces y administradores (empleados públicos y aquellos que tienen la obligación de tomar parte en el proceso genera tales sentencias) o, simplemente, prescindiendo de todo procedimiento oficial, aconsejar a las partes interesadas en un problema: funcionarios del departamento del ministerio público, abogados litigantes, procuradores, consejeros, consultores, etcétera. Se verá que este segundo grupo comprende tanto a los servidores públicos como a los privados.

Esta clase de personas, que forman el conjunto de litigantes o simplemente abogados, saldrán de las escuelas de derecho, ya sea que estas últimas se dedican a la enseñanza de las principales ramas del derecho o se especializan en alguna. A menudo, en efecto, el ejercicio de estas profesiones está condicionado al hecho de obtener un diploma que otorgan los establecimientos en cuestión, y donde tal diploma no es requerido expresamente por ley, su posesión facilita enormemente la entrada a la profesión.

Es a estos miembros de las profesiones jurídicas, o a los jóvenes que se preparan para seguir las, que nos estaremos refiriendo cuando hablamos, en lo sucesivo, de personas para quienes el estudio del derecho tiene un interés y objetivo práctico.

### *El incentivo del interés intelectual*

Ciertas personas, sin embargo, aspiran al conocimiento de una de las ramas del derecho, o del derecho de una sociedad dada (su propio Estado, por ejemplo) con un objetivo muy distinto en mente. Buscan, no estar en la posición de resolver los problemas jurídicos prácticos u otros, sobre una base profesional, sino comprender los fenómenos de primordial importancia en o para la vida social, es decir, humana.

Tal es el caso del historiador, el sociólogo y el economista, quienes desean obtener algún conocimiento sobre el derecho porque consideran que les ayudará en sus tareas respectivas. Pero también es el caso del profesor de derecho. Él, reconocidamente, ejerce una profesión que incumbe directamente al derecho y hace uso profesional de su conocimiento jurídico, pero, a diferencia de los abogados, él lo hace para divulgar el conocimiento del mismo.

Es obvio que los dos enfoques del derecho que hemos definido pueden estar combinados en una misma persona; ¿por qué alguien que pretende seguir la profesión legal —es decir, hacer uso práctico de sus conocimientos— no podría además tener interés en todos los problemas relacionados con el derecho, aun en aquellos que no son asuntos profesionales?

Aquí están entonces, en su orden lógico, las dos primeras alternativas entre las cuales todo organizador de un *curriculum* de derecho debe escoger, si desea actuar racionalmente: la enseñanza ¿servirá a fines prácticos solamente o tendrán también un objetivo teórico o científico?

Pero ni esta fórmula ni las explicaciones precedentes bastan para arrojar luz sobre las alternativas. Eso requiere definir, tan estricta y correctamente como sea posible, los rasgos característicos del *curriculum* exigido por la primera y segunda alternativa. Si la elección de los objetivos no influyó profundamente en la esencia misma del *curriculum*, entonces las alternativas serán de poco interés.

## II. DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO SÓLO CON FINES PRÁCTICOS

Es evidente que el método de enseñanza del derecho, únicamente destinado a preparar a aquellos que la reciben para la realización satisfac-

toria del trabajo legal práctico en la profesión jurídica, debería también darles el conocimiento, aptitud y recursos intelectuales que esas actividades exigen.

*Principio de esta enseñanza: la naturaleza de los problemas*

Casi todas las funciones de la profesión son ejercidas dentro del marco de un Estado y están relacionadas con la aplicación de la ley de ese Estado. Esto se demuestra con los ejemplos que ya hemos citado: jueces, funcionarios civiles (para ciertos ramos y ciertos cargos), consejeros legales de todas clases (abogados, procuradores), etcétera.

Los problemas que los miembros de estas profesiones tienen que tratar, desde aspectos diferentes y en una variedad de formas, están identificados generalmente con la determinación del régimen jurídico que se ha de aplicar en tal o cual caso o situación, a la luz de las reglas del derecho nacional vigente. Para un empleado público la tarea se resolverá por sí misma al tomar una decisión que revelará los derechos y obligaciones entre dos partes: ya sean dos individuos en controversia o una institución pública y un individuo particular. En esferas diferentes a la administración pública el problema será, por ejemplo, determinar cómo un documento jurídico, es decir un contrato, un testamento, o los artículos de una sociedad o asociación, debería ser redactado para obtener un cierto resultado (transferencia de una propiedad a una persona o institución, o la creación de la institución u organización que se necesita para tal fin).

La enseñanza del derecho, con propósitos prácticos naturalmente, tendrá, por lo tanto, las siguientes características:

*a) Al ser creada solamente para adiestrar en la práctica del derecho de un Estado dado, se preocupará únicamente del derecho de ese Estado y se concentrará sólo en él.*

*b) Por la misma razón, toda su atención se enfocará en el problema de la aplicación del derecho nacional, como lo hemos definido en términos que, aunque no estrictamente científicos, bastarán para nuestro propósito; es decir, que se ocupan del tratamiento o solución de casos concretos a la luz del estado general de las reglas del derecho nacional.*

*c) Por lo tanto, las características intelectuales que principalmente tratarán de desarrollar las “técnicas intelectuales” que se cultivarán especialmente, serán aquellas del razonamiento deductivo, dándose la mayor importancia a la lógica deductiva.*

### *Importancia del “razonamiento jurídico”*

Supongamos, aunque en forma limitada, que hay un conjunto de legislación escrita donde, en cada caso, una regla general, ya enunciada, corresponde a cada problema que se pueda suscitar y le da solución. El problema práctico en cada situación particular será, entonces, determinar qué regla o reglas le son aplicables, es decir, donde se han de encontrar las normas pertinentes. Para ese fin, necesitamos, primero, saber el significado o “interpretación” de las reglas en cuestión y, en segundo lugar, suponiendo que se conozcan los hechos del caso, analizar aquellos hechos desde el punto de vista jurídico, o sea, investigar y determinar qué preceptos los rigen o se les puede aplicar. Son los resultados de estas dos operaciones —que se realizan simultáneamente, ya que la regla pertinente únicamente se puede seleccionar a la luz de un análisis de los hechos, y el análisis jurídico de los hechos sólo se puede realizar a la luz de, por lo menos, un conocimiento sumario de las reglas— los que finalmente determinarán el régimen que se ha de aplicar al caso en cuestión.

En cuanto a la primera operación —la determinación del significado de las reglas vigentes—, obviamente implica más que la mera habilidad de leer el texto que enuncia la regla, o los documentos que se refieren a su promulgación; involucra el razonamiento para determinar las consecuencias implícitas, aunque no expresadas formalmente en cada regla separada y, cuando esto está hecho, apreciar las consecuencias de la combinación de dos o más reglas. Es esta facultad de razonar, en esta forma especial, la que el abogado que ejerce la profesión tendrá que usar de lleno; son estas cualidades, por lo tanto, las que la enseñanza “práctica” tendrá que enfatizar.

Se reconoce que, como hemos dicho, la hipótesis inicial —de que las normas generales proporcionarán la solución a todos los casos prácticos y a todos los asuntos específicos, ya sea inmediatamente, “a simple vista”, o mediante razonamiento deductivo— es casi enteramente teórica, va más allá del alcance de un muy pequeño número de reglas y se llega a relacionar con un capítulo o “teoría”, y después con una rama total del derecho. En efecto, en todos los sistemas jurídicos hay muchos casos donde el tratamiento de situaciones concretas y, especialmente, las decisiones de los funcionarios públicos, no son sólo la aplicación directa, mediante silogismos simples, obvios e incuestionables, de reglas generales pre establecidas.

Consecuentemente, el abogado que ejerce, muy a menudo, no puede realizar su tarea simplemente razonando de acuerdo con la lógica formal. Una consecuencia posterior por lo tanto, parece ser que incluso el tipo de enseñanza del derecho, creada con propósitos estrictamente prácticos, no debe ni puede preocuparse únicamente de desarrollar las facultades del razonamiento deductivo de los estudiantes, tal como si todos los problemas que tuvieran que enfrentar se limitaran al proceso de partir ciertas proposiciones generales dadas —reglas de derecho y en especial del derecho escrito aun después de su interpretación— a proposiciones individuales o particulares, tales como las sentencias de casos específicos.

La conclusión parece irrefutable, y es aceptada por las normativas nacionales que estipulan que los tribunales, en ausencia de alguna disposición legislativa aplicable al asunto sobre el cual son llamados a tomar una decisión, resolverán de acuerdo con la regla que habrían formulado si hubieran sido legisladores (por ejemplo, art. 2º del Código Civil suizo); y la versión negativa del principio, que parece mucho más modesto y menos radical, llega en la práctica al mismo punto, es decir, que el juez no puede rehusarse a tomar una decisión so pretexto de que la ley no menciona el asunto o es poco clara o inadecuada en lo que dice (por ejemplo, art. 4º del Código Civil francés). Sin embargo, en muchos países, la conclusión está casi oscurecida por una fuerte tendencia a no aceptar francamente, sin vacilación y completamente, los hechos en los cuales está basada. Esto es especialmente valedero en los países en los cuales lo que puede ser llamado el “principio de ley escrita” (o codificada) prevalece oficialmente, es decir que las reglas del derecho pueden ser formuladas solamente por la ley escrita (o de fuentes secundarias del mismo tipo, tales como reglamentos, ordenanzas, órdenes, etcétera). Cuando se combina con el otro postulado, para el efecto de que las decisiones específicas y, en particular, las resoluciones de los tribunales no pueden ser sino la aplicación de reglas generales preestablecidas (habiéndose excluido o ignorado, presumiblemente, la hipótesis asumida por las leyes nacionales mencionada anteriormente como muy excepcional o de menor importancia), este “principio de ley codificada” inevitablemente lleva y ha llevado, ciertamente durante mucho tiempo, a los juristas que trabajan bajo tales sistemas a profesar la teoría que “todo (es decir, toda la ley) se encuentra en el código”, por lo menos virtualmente y que, por lo tanto, el código contiene la solución para cada caso individual; en otras palabras, la solución puede ser extraída de los textos legales, simplemente por lógica formal. Este postulado de la plenitud del “código”

—que inevitablemente tiene, como una de sus tácitas el postulado de su completa autoridad decisiva “univocidad” (en otras palabras, la posibilidad de establecer con absoluta certeza lo que sus autores o creadores querían decir)— es la teoría clave adelantada por la escuela del “derecho escrito”, la escuela legalista; en Francia, por lo menos, es llamada, a menudo, la “escuela exegética” (exégesis del derecho), pero el título se refiere a un método, una técnica de presentación que es, simplemente, una consecuencia de la idea básica y que sólo explica lo posterior. En todo caso, el postulado de que las personas llamadas a resolver casos particulares nunca deberían tomar decisiones personales introduciendo factores creativos nuevos no contenidos anteriormente en el código, defiende completamente la teoría que el razonamiento jurídico es el único instrumento que necesitan usar en su trabajo jurídico.

Estas teorías son las seguidas en la práctica por los tribunales, que basan sus órdenes o resoluciones, ya sea en disposiciones legislativas, de las cuales nadie puede decir seriamente que sus autores les atribuyen el significado que los tribunales en cuestión han aducido para llegar a una solución que les parecía conveniente por varias razones prácticas o morales, o en disposiciones que al estar expresadas tan inciertamente no hay un medio seguro de saber exactamente cuál es el significado que sus autores intentaban atribuirles y que los jueces pueden haber invocado en casos previos, en favor de soluciones diferentes y hasta diametralmente opuestas.

Pero a menos que esté equivocado, esa situación no es peculiar a los países cuyo derecho está principalmente escrito y especialmente, en gran medida, codificado. Una situación similar, aunque no idéntica, se ha de encontrar en los así llamados países de derecho consuetudinario, donde prácticamente no hay codificación y los principios generales del derecho están basados considerablemente en el precedente, en su origen y naturaleza. En estos países los tribunales están autorizados a formular reglas de derecho, no solamente en los casos donde no hay leyes que atañan a los problemas en cuestión, sino también dentro del marco de las leyes existentes, en virtud de la regla del *stare decisis*. Para evitar las desventajas de este principio conservador, que podría significar que se siga una decisión establecida en virtud de él pero desaprobada por los jueces, estos últimos tendrán que tratar de demostrar, ya sea por que el *dictum* (lo resolutivo) de las decisiones citadas como precedentes tenían un significado o alcance diferente de aquellos que se le atribuían, o por que los hechos del caso ante ellos contenía un factor diferenciador de los casos

anteriores y que hacen, por consiguiente, inaplicable el *dictum*. Los abogados que desean invocar un *dictum* previo, tratarán de probar que irremisiblemente tenía el significado sostenido y que, a pesar de las características especiales, el nuevo caso estaba claramente cubierto por el *dictum* en cuestión: esfuerzos, todos, que son un asunto de razonamiento jurídico o controversia jurídica, aunque este tipo especial de controversia o razonamiento está inspirado por un deseo de justificar una decisión adoptada antes de la aplicación de los procesos lógicos.

Finalmente, en ambos tipos de sistemas jurídicos, nadie admitirá que la enseñanza del derecho con propósitos exclusivamente prácticos debería, por sí misma, ir más allá del mero problema de aplicar reglas generales preexistentes a casos específicos y que, por lo tanto, no debería limitar sus objetivos a preparar solamente el razonamiento silogístico, creado para que el estudiante deduzca de estas reglas, soluciones para asuntos prácticos del derecho.

### *Importancia del derecho nacional vigente; modificaciones del principio*

Por el contrario, el primero de los rasgos que hemos indicado como característica de la enseñanza del derecho “práctico” requiere algunos cambios. Tal enseñanza, hemos dicho, debe estar relacionada únicamente con el derecho del Estado en que se da; pero podría muy bien extender su campo más allá del puro derecho nacional, sin apartarse en lo más mínimo de su propósito.

En primer lugar, el conocimiento del derecho de otros países puede ser de verdadero valor profesional o práctico para ciertos grupos de personas.

El derecho nacional mismo, en ciertas situaciones privadas o relaciones que no son únicamente nacionales, exige de los jueces aplicar normas sacadas del derecho privado de otros países; ese es el propósito de lo que se denomina derecho internacional privado o más precisamente “conflictos de leyes”. Es por lo tanto de interés profesional para los jueces y también para los abogados y procuradores, tener conocimiento del derecho de otros países, el cual podrían aplicar una que otra vez. Este interés surge en mayor grado en el caso de los abogados que se especializan en aconsejar a hombres de negocios relacionados con el comercio internacional y, en sentido más amplio, a personas involucradas en algún asunto jurídico no limitado a un solo Estado; es el caso, por ejemplo, de aquellos que se conocen, a menudo, como abogados “internacionalistas”.

Está así claro que aun en un sistema donde la preparación de hombres de derecho —abogados— es casi el único propósito de los estudios jurídicos, hay una razón poderosa, especialmente bajo las condiciones presentes, para poner al corriente a los alumnos con el derecho comercial y consuetudinario, así como con la organización judicial y el procedimiento de países extranjeros.

Es innecesario decir, sin embargo, que es prácticamente imposible impartir el conocimiento de todos los sistemas jurídicos extranjeros —o por cierto, de cualquiera de ellos— tan detallado y preciso como del derecho nacional (en todo caso, en el primero los iniciales ciclos de estudio, donde no hay oportunidad para un trabajo altamente especializado). En el primer caso, el curso de estudio —que tratará del derecho comparado— estará limitado al derecho privado de aquellos Estados extranjeros en que las relaciones jurídicas y, en especial, las comerciales son más estrechas y más activas —y que es más probable que los hombres de derecho aplicarán con mayor frecuencia— o, siguiendo un concepto algo diferente, a los tipos o grupos más característicos de los sistemas jurídicos.

No se puede negar que esta manera de enseñar el derecho extranjero necesariamente dará por resultado una introducción a sus características más generales, pero no una preparación directa para aplicarlo, tal como se da en el caso del derecho nacional. En otras palabras, el aspecto “práctico” de tales estudios estará materialmente atenuado.

Pero estas consideraciones no se limitan al derecho privado. No hay duda que es más o menos valedero decir que en el mundo jurídico de hoy, cada Estado —sus autoridades ejecutivas o sus tribunales— se limita a la aplicación del derecho público nacional. Un conocimiento sobre los sistemas extranjeros del derecho público no es, en consecuencia, de tanto interés práctico para los “hombres del derecho” y funcionarios con conocimiento jurídico, como pudiera ser, para muchos de ellos, el derecho privado. Hay, sin embargo, una categoría de funcionarios para quienes es, indudablemente, de interés práctico: aquellos cuyas obligaciones los ponen en contacto, en una forma u otra, con Estados extranjeros, como diplomáticos, empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores y funcionarios, superiores o intermedios, en todos los departamentos gubernamentales que tratan con el manejo internacional de sus asuntos especiales. Esta consideración se da también en los países donde una alta proporción de los políticos son hombres con preparación jurídica, o donde todos los políticos provienen de la profesión jurídica.

Un conocimiento del derecho constitucional o político de los Estados extranjeros sería seguramente útil para este grupo, mientras que los diplomáticos y otros funcionarios públicos requerirían además, un conocimiento del derecho administrativo de los Estados extranjeros (incluyendo, por ejemplo, su legislación fiscal).

Pero aparte del derecho nacional, en el estricto sentido de la palabra, no nos debemos limitar solamente a las leyes estatales de los países extranjeros. Una extensión más amplia es necesaria también por razones prácticas. El derecho internacional público o el derecho de las naciones, se aplica en cada Estado; los problemas relacionados con él se pueden suscitar cuando un caso está siendo visto por un tribunal nacional, y es innecesario señalar el interés práctico que tienen para los funcionarios, a que nos acabamos de referir, los sistemas extranjeros de derecho público.

Finalmente, tal como la historia lo demuestra, este tipo “práctico” de educación jurídica puede extenderse, sin sufrir distorsión, al estudio de sistemas jurídicos obsoletos. Pues no debe soslayarse porque implique meramente formar un acopio de conocimientos. Puede servir para la mejor comprensión del derecho nacional (desde el punto de vista estrictamente legal) y en cualquier caso puede significar la preparación de la mentalidad jurídica; el primero de estos dos objetivos puede ser fomentado combinando el estudio del derecho nacional contemporáneo con el de su historia: sus fases pasadas. Los dos objetivos han sido perseguidos conjuntamente, durante largo tiempo, en muchos países europeos, así como en otros países que, en este respecto, se han basado notablemente en las tradiciones de la civilización europea, con el fin de asegurar que los estudios jurídicos den al derecho romano un lugar que fue prominente una vez y que aún es importante, y que este derecho debería ser enseñado en una forma marcadamente exegética y dogmática. Aquí hay, sin duda, un tercer motivo que refuerza los dos ya mencionados: la admiración por el derecho romano (*ratio scripta*, la mayor de todas las obras maestras jurídicas) y por aquellos que lo crearon.

### III. DE LA ENSEÑANZA CIENTÍFICA DEL DERECHO

#### *Definición del conocimiento o ciencia del derecho*

Para tener un conocimiento científico del derecho, para saber el derecho en el completo sentido filosófico de la palabra, se necesita —o se

necesitaría— tener un completo conocimiento de él, es decir, una captación intelectual de cada variedad de elemento y fenómeno, problema y relación que esté conectado o se refiera al derecho y deba ser tomado en cuenta —en el resultado final, general— por la teoría científica del derecho. El derecho es, en primer lugar, una realidad específica: como si fuese un dominio o reino. Cuando decimos “derecho”, cuando hablamos de “derecho”, no deberíamos pensar en determinado sistema jurídico, tal como el derecho de un Estado en particular, sino en todos los sistemas jurídicos —presentes, pasados y casi podríamos decir futuros— de todos los grupos sociales y especialmente políticos, también presentes, pasados y futuros. Para decirlo más abstractamente, el derecho es el campo total de lo que es “jurídico”.

Aún más, la ciencia del derecho, en su sentido completo e ideal, puede existir solamente en virtud de un conocimiento de cada fenómeno y problema relacionado con el tema así definido. Todo lo relacionado con el derecho es, por definición, parte de la ciencia o conocimiento que gira alrededor de él —ninguna brecha o defecto se puede tolerar—.

### *Relación con los conceptos vigentes*

Se reconoce que tal definición de la ciencia del derecho se aparta de la práctica tradicional vigente, ésta reserva los términos ‘ciencia del derecho’, ‘ciencia jurídica’ o *Rechtswissenschaft* para una disciplina relacionada con sólo cierto grupo de problemas jurídicos, que no trataremos de identificar en detalle aquí. Basta decir que la enseñanza de esta disciplina está considerada como la función propia de las escuelas o facultades de derecho, o al menos como la parte primordial de esa función, y que la materia de la disciplina corresponde a la idea implícita en las palabras ‘juriste’, ‘jurista’ y ‘abogado’. No discutiremos los aciertos y errores de esta práctica. Al hablar de la ‘ciencia del derecho’ hemos usado la palabra ‘ciencia’ como un sinónimo de conocimiento o simple aprendizaje, es decir, en un sentido extremadamente amplio. No deseábamos caracterizar ninguna disciplina individual. Por el contrario, admitimos, totalmente, que la ciencia del derecho, como fue definida por nosotros, sería con toda probabilidad una combinación de varias disciplinas ampliamente diferentes, cuya única característica en común sería su interés en el derecho, es decir, en el mismo tema.

Desde el punto de vista científico, deberíamos, por lo tanto, usar el plural y hablar de las ciencias del derecho, con el fin de aclarar que

varias disciplinas están involucradas, aunque forman un grupo, un todo colectivo, a causa de su tema: porque todas ellas contribuyen al conocimiento científico total del derecho, de la realidad jurídica y sus problemas. En este sentido, ellas forman parte de la ciencia del derecho como otros estudios pueden ser descritos como formando parte de la ciencia de la naturaleza, la ciencia del hombre, etcétera. Racionalmente hablando, la expresión ‘ciencia del derecho’ denota, antes que nada, el conjunto total o conocimiento relacionado con el derecho, indiscriminadamente y sin especificar; en ese caso, cubre y combina el grupo total de disciplinas diferentes que tratan con los fenómenos y problemas del derecho. Si en la práctica ha estado y aún está casi totalmente monopolizado por una de estas disciplinas, que trata solamente de una rama de los problemas y conocimiento importantes, probablemente hay razones valederas para ello; la disciplina en cuestión fue la primera que se instituyó, y fue por largo tiempo la única que se enseñó; no fue sino hasta más tarde que la mayoría de las disciplinas relacionadas con otros problemas fueron adoptadas sistemáticamente y a progresar. Pero hoy en día es posible que este monopolio sea simplemente una reliquia del pasado, que ya no refleja la posición actual o las ideas modernas. En ese caso, las conclusiones sacadas por el análisis racional no deberían oscurecerse por el mero convencionalismo del lenguaje. Creemos que el análisis racional demostrará que es mucho mejor describir como ‘ciencia jurídica’ a la disciplina generalmente denominada ‘ciencia del derecho’, y asignar el término ‘ciencia’ o ‘ciencia del derecho’ al grupo más amplio al cual, lógicamente se aplica; *Rechtswissenschaft*, es meramente uno de los *Wissenschaften vom Rechte*: una trama del *Wissenschaft des Rechts* en el sentido filosófico y epistemológico.

### *Bases para analizar la ciencia del derecho*

Trataremos ahora de hacer un análisis detallado de la ciencia del derecho tomado en el sentido amplio como se definió anteriormente. Esto involucra hacer una lista de las principales categorías de problemas con que se encuentra un hombre cuando reflexiona sobre el tema del derecho; y descubriremos, sin duda, que al hacerlo hemos definido también en el hecho las diferentes disciplinas jurídicas o ciencias del derecho ya que, generalmente hablando, cada tema principal estará representado probablemente por una disciplina separada.

Podemos tomar, como base para nuestro análisis, la noción de derecho positivo como existe en las sociedades humanas (grupos, comuni-

dades); bastará dar un bosquejo general de esta noción, sin definición precisa. El derecho positivo, o sistema jurídico de una sociedad, comprende el sistema completo de reglas de derecho (normas legales generales) que son aplicables a todos o algunos de sus miembros y regula su conducta y *status*; el que en resumen prohíbe ciertas acciones (haciéndolas sujeto de sanciones) y prescribe ciertos derechos garantizados; definiendo, en otras palabras, sus obligaciones y sus derechos como ciudadanos individuales (opciones, poderes, libertades).

Esta tosca definición es válida para todos los sistemas jurídicos, cualesquiera que sean sus normas concernientes a las fuentes de sus reglas de derecho. No estipula ni implica ninguna distinción en este aspecto. Al hablar de normas o reglas generales, no sólo se aplica a los sistemas de derecho escrito u obligatorio, es decir, sistemas en que las reglas de carácter general son formuladas bajo un procedimiento distinto al siguiente de formular normas o disposiciones aplicables a los individuos por separado (por ejemplo, aquellos que se relacionan con juicios o disposiciones, procedimientos administrativos, contratos o testamentos); se encuentran, en efecto, las reglas generales antes mencionadas en documentos escritos redactados para ese propósito específico: códigos, leyes, estatutos, disposiciones, decretos. También comprende la jurisprudencia o derecho formulado por los jueces, por lo cual las reglas de carácter general están, en primera instancia, formuladas por los órganos (por ejemplo jueces) llamados a dar reglas individuales, y se hallan en los documentos que incorporan tales reglas (por ejemplo, en sentencias), donde constituyen el principio y base para la decisión en un caso específico. La definición, de la misma forma, comprende el derecho consuetudinario y, finalmente, aquellos sistemas cuyas reglas generales no están formalmente enunciadas en ninguna clase de documento, sino que son extraídas por deducción general de una serie total de decisiones individuales de casos específicos, constituyendo así un conjunto de leyes que es aplicado generalmente, aunque sólo sobre una base *de facto*.

Es en estas reglas generales, por lo tanto, que toda la ciencia del derecho se sustentará en lo principal. Sin duda, es correcto considerar que las normas y disposiciones comprendidas en las sentencias o decretos, contratos o testamentos, etcétera, que prescriben las obligaciones o derechos de diferentes individuos, son también elementos constitutivos o determinantes del sistema jurídico en que se basa la sociedad; así que un conocimiento cabal de todas esas normas es un prerequisito para un conocimiento completo del sistema jurídico de una sociedad en un mo-

mento dado. Pero esto no significa que estos datos esencialmente individuales tomados separadamente, o la suma total de tales datos, no sean tema para un estudio científico.

El principal objetivo de las ciencias del derecho será, por lo tanto, estudiar el derecho positivo de las sociedades humanas, es decir, el conjunto de todo el derecho positivo pasado y presente a la vez.

### *Conocimiento intrínseco de los sistemas del derecho positivo*

El primer paso, al enfocar cualquier sistema de derecho positivo, es identificar las reglas que lo constituyen y analizarlo. Es, seguramente, uno de los primeros deberes de la ciencia jurídica, hacer un estudio completo del derecho positivo, más bien de las leyes positivas de todas las sociedades humanas pasadas y presentes. ¿Qué reglas del derecho están o estaban en vigencia en tal sociedad o grupo de sociedades? ¿Qué prohíben, qué acciones permiten y qué derechos garantizan? Éste es el problema.

En el hecho real, la ciencia del derecho se concentra casi siempre en una sola rama del derecho y, muy a menudo, en una sección de él de magnitud variable, es decir, en un grupo más o menos extenso de problemas que pertenecen a un ramo específico. En otros casos, se concentrará en una ley determinada o en una serie de disposiciones contenidas en un solo texto, para comentario, es decir, la dilucidación, la interpretación y tal vez también el análisis de cómo son aplicadas por cuerpos especializados. En este último caso, las divisiones externas de la esencia del derecho —cada artículo, cada párrafo— son consideradas consecutivamente, según el orden de su aparición en el texto de derecho, aunque el orden pueda no ser siempre muy lógico.

Con esta excepción, sin embargo, la ciencia jurídica opera por medio de estudios sistemáticos en una escala proporcional a la importancia del tema. El jurista empieza a sistematizar una serie de reglas de derecho, trazando la conexión lógica entre los problemas, relaciones y situaciones a las cuales se refieren.

El propósito principal de la ciencia del derecho, en el sentido tradicional de la ciencia jurídica o *Rechtswissenschaft*, es un conocimiento de uno o más sistemas de derecho positivo, o de una parte de éste. En todos los Estados, los juristas se preocupan principalmente del derecho positivo existente en ese Estado. Pero el derecho positivo no es necesariamente sinónimo de legislación estatal, con el propio derecho nacional del jurista, ni, en cuanto al tiempo, con el derecho vigente en la época

en que el estudio se está haciendo. El estudio del derecho internacional (ya que generalmente se considera que el derecho internacional existe) y el estudio de la legislación vigente en los Estados extranjeros, pertenecen a esta rama de la ciencia jurídica; pero el estudio de las leyes que ya no existen, de sociedades actuales o pasadas, pertenece igualmente a él.

### *Dos problemas separados*

Esta disciplina, que podría llamarse ciencia jurídica del derecho o teoría jurídica del derecho —veremos a continuación que estos desusados términos no son, a pesar de las apariencias, pleonásticos—, presenta un número de problemas que requieren un estudio más detallado.

Parece que para muchos juristas, tal vez la mayoría, estos problemas son todos del mismo tipo. Pensamos que este punto de vista no es correcto; nos parece, al contrario, que los juristas enfrentan dos grandes y muy diferentes categorías de problemas, y que es a la vez confuso y dañino perder de vista la distinción necesaria entre ellos.

### *Doctrina jurídica: sus problemas y dualidad*

El primero de estos dos tipos de problema que enfrenta el jurista ha sido mencionado anteriormente al analizar los fines y objetivos de la enseñanza del derecho con propósitos prácticos. Consiste en determinar —con una serie de reglas generales vigentes y dentro de este marco— qué remedio jurídico debería o podría ser aplicado a una situación dada, ya sea que la última fuera abstracta o hipotética o, por el contrario, real y específica; es decir, en determinar cuál es la ley (*was Rechtens ist*, como dicen los alemanes) para un caso determinado, y qué se puede o debería hacer en tal caso de acuerdo a la disposición, o a la luz de un grupo de reglas jurídicas. En aras de la simplificación, referiremos aquí nuestro argumento únicamente a un agente público —un funcionario administrativo o preferentemente a un juez— destinado a tomar una decisión en un caso sometido a él, por medio de una regla que es obligatoria y la cual prescribe una cierta línea de conducta. El problema que enfrenta este agente puede ser formulado cómo sigue: ¿qué decisión debo tomar, qué normas debo formular en esta hipótesis para la persona o personas interesadas, dado que las reglas que tengo que aplicar son tales y cuáles? Tiene entonces que decidir qué norma formular, qué de-

cisión administrativa tomar, qué veredicto dar. Etimológicamente y filosóficamente, el problema es práctico; es el caso de determinar la naturaleza de una acción, el acto de dictar una sentencia o tomar una decisión.

Exactamente el mismo problema lo enfrenta, por ejemplo, el profesor de derecho que se le pide decir qué veredicto piensa él que se debería dar de acuerdo a las reglas, en un caso ante los tribunales. (El profesor puede tener que enfrentar parte del problema únicamente si, por ejemplo, es consultado sobre alguna de las cuestiones de derecho promovidas en el caso).

Hemos bosquejado brevemente qué facultades y procesos intelectuales están involucrados para resolver este tipo de problema. Es necesario ahora para el propósito de la teoría que estamos demostrando, tratarlos en mayor detalle.

Si las reglas jurídicas —las reglas escritas del derecho o los precedentes jurídicos— definieran siempre completa y absolutamente las decisiones que deben ser tomadas por el juez o funcionarios administrativos (presumiendo que los hechos del caso estuvieran establecidos totalmente), el problema en consideración debería ser de lógica pura, de razonamiento silogístico; su solución apelaría nada más que al ejercicio de las facultades puramente intelectuales. Tal sería el caso si existiera una regla, un artículo del código, por ejemplo, que estuviera diseñada precisamente para cubrir el caso y el problema en discusión; o si, sobre la base de varias reglas, el razonamiento pudiera identificar, entre todas, una que pudiera proporcionar la solución (este segundo método sería sólo más lento y más elaborado). Pero en ambas eventualidades el rol del experto jurídico estaría limitado a identificar las reglas del derecho y sus consecuencias normativas, a través de un proceso de lógica pura; sería completamente impersonal y objetivo donde entraría sólo el “conocimiento puro”.

Desgraciadamente la hipótesis anterior no es siempre, ni siquiera muy a menudo, la que opera. El jurista está rara vez en la feliz posición de los autores de los famosos silogismos simples de la lógica aristotélica clásica.

El hecho es que un enorme número de reglas jurídicas son, en cierta medida y a menudo en un alto grado, indeterminadas.

En algunos casos, esto refleja la voluntad del autor de la regla. Además, pudo haber tenido en cuenta la posibilidad de dos decisiones, o de una serie completa de decisiones intermedias (por ejemplo, personas que cometan un delito específico podrían ser sentenciadas a tantos años

de reclusión, o a una multa de cierta suma; las personas que cometan otro delito podrían ser sentenciadas a entre uno y quince años de reclusión). Sin embargo, además, podría inconscientemente haber introducido una noción tan vaga como para hacer imposible saber si se aplica o no a tal o cual conjunto de hechos: lo que permite emitir una opinión a juicio individual; tales nociones están reflejadas en frases tales como “si se necesitara en caso de emergencia”, “acciones ventajosas (o beneficiosas) para tal persona”, son numerosas.

En otros casos, los autores de una regla no han querido hacerla indeterminada, pero el resultado es el mismo, porque han usado una redacción que no era absolutamente clara, o términos vagos que se prestaban a interpretaciones diferentes.

La causa de la indeterminación es, por lo tanto, de poca importancia. Cualquiera que pueda ser, el resultado es que el proceso de deducir decisiones específicas de reglas generales involucra algún juicio personal de parte de los individuos responsables de tomar estas decisiones. Con varias decisiones, todas igualmente posibles, todas compatibles con la regla general, ninguna con precedentes sobre terrenos jurídicos exclusivamente, no hay nada como para imponer la elección de una sola, con el resultado de que la decisión del agente puede descansar en un juicio personal libre, sujeto a los límites de los posibles caminos abiertos a él. Tomará la decisión que a él le parece mejor y más expedita, ya sea desde el punto de vista ético y de justicia o de aquél de los resultados prácticos. Si la regla general es indeterminada en un grado sustancial —lo que, repetimos, es a menudo el caso—, el jurista (empleado público o individuo privado) que afronta el problema de las doctrinas jurídicas no puede —por decir lo mínimo— sino combinar y asociar estrechamente el razonamiento deductivo, por una parte, y la opinión y juicio personal por otra, con base en que está dirigido enteramente por la regla, y que es indeterminado.

El problema de la doctrina jurídica, por lo tanto y en resumen, es puramente intelectual de conocimiento de datos; en grados variables, es cuestión de opinión y juicio personal.

Es, por lo tanto y visualizado bajo el criterio, mucho más cercano de lo que aparecería a primera vista al problema de la legislación —mucho más cercano, también, de lo que la idea totalmente falsa de la naturaleza absolutamente determinada de la ley obligatoria sugeriría—, es decir, al problema de determinar la base de las reglas generales, cuando enfrenta al cuerpo responsable de su formulación. A pesar de cierta

similitud superficial debida al hecho que ambos se refieren a la determinación de una norma para ser formulada, los dos problemas aparecen como si fueran de naturalezas radicalmente diferentes, debido a la supuesta antítesis entre las funciones del juez y aquellas del legislador. Se pensó que, mientras el juez o el funcionario infería normas específicas, a través de un proceso de pura deducción lógica, de una regla jurídica absolutamente determinada o conjunto de reglas que en el hecho imponían su decisión, sin dejar lugar a la libertad o elección personal, el legislador, por otra parte, era completamente libre en lo referente a la ley (aparte de ciertas restricciones ocasionalmente aplicables) para hacer una elección personal o decisión sobre bases políticas o técnicas. En otras palabras, la idea era que la acción del legislador no contuviera ningún elemento de deducción silogística con base en reglas dadas, sino que estuviera determinada únicamente por un ideal, por ciencias y reacciones filosóficas, morales, políticas y sociales, o, a través de los objetivos y cálculos prácticos del legislador. Pero una vez que se admite que muchas reglas jurídicas son, en el hecho, más o menos indeterminadas, la antítesis llega a ser considerablemente menor, y el problema del legislador es considerado sustancialmente de la misma naturaleza que el del juez.

### *La descripción del derecho positivo: el problema y el método*

El jurista está interesado en otra tarea que puede estar relacionada con la comprensión apropiada del derecho positivo: la tarea de describir el derecho positivo de una sociedad dada o un grupo de sociedades, es decir, las reglas legales que ellas realmente observan.

Este ya no es un problema de razonamiento, deducción o doctrina, con el objeto de determinar qué debería o podría ser hecho o decidido, bajo reglas dadas, en casos específicos. Es únicamente un problema de registrar datos, de reportar hechos; en tal caso, el jurista está haciendo algo comparable al trabajo de aquellos que observan los fenómenos o los hechos de la naturaleza, y su actitud debería ser igual que la de éstos. El problema no es ya práctico o “normativo” sino puramente intelectual de registrar hechos; consiste en la descripción exacta de las reglas de derecho bajo las cuales vive una comunidad y que se aplican ya sea a todos sus miembros o a algunos de ellos.

Sería, por supuesto, un grave error suponer que este trabajo es únicamente pasivo y que no involucra más que la observación o registro de

hechos ya realizados, sin el ejercicio de la crítica. En asuntos jurídicos, como en otros, es a menudo difícil reconocer y establecer los hechos. Llegar a certezas que tendrán aceptación inmediata y descartar toda posibilidad de vacilación y discusión no es simplemente un problema de emprender el asunto en una forma apropiada.

Podemos mencionar algunas de las dificultades más comunes que el jurista tiene que lidiar en este respecto. Podemos tomar, por ejemplo, para los propósitos de la discusión, el caso de las reglas que son aplicadas o aun posiblemente establecidas por los tribunales, que están expuestas en sentencias o decisiones y, por lo tanto, pueden ser encontradas inmediatamente en forma concreta, por ejemplo, en los libros de jurisprudencia. Cualquier jurista sabe que la duda y la incertidumbre se pueden originar cuando hay que exponer, en términos completamente apropiados, la ley aplicada por aquellos tribunales a un problema dado; la interpretación de las decisiones es difícil. ¿De qué premisas dedujeron su decisión los jueces? ¿Cómo interpretaron las disposiciones del código o la ley a la cual se referían? Los especialistas con bastante frecuencia discrepan sobre estos problemas, en realidad muy a menudo. Frecuentemente, hay también otras dificultades y complicaciones. En primer lugar, se suscitan casos en que sería imposible decir que existe una regla jurídica para un problema determinado en cierta época; esto sería así con respecto a problemas en que no ha sido dada aún tal decisión, o problemas en que decisiones diferentes han sido dadas por tribunales inferiores y que no han sido resueltos por la autoridad máxima: la corte suprema, cuya reglamentación, para propósitos prácticos, tiene fuerza de ley en lo referente a los tribunales inferiores.

Segundo, la corte suprema misma puede no indicar la regla general en que ha basado su decisión, o la interpretación que ha dado a esa regla en el caso de una disposición más o menos vagamente redactada que ha sido probada por la experiencia de ser capaz de interpretación y aplicación en formas ampliamente diferentes y aun contradictorias. La regla en que las decisiones, que son los únicos datos seguros, están basadas, está también marcada por cierto grado de vaguedad y sus características e implicaciones exactas son aún más o menos dudosas, tanto antes como después de las decisiones en que se aplica (especialmente en el caso de una ley escrita).

A pesar de lo grandes que son estas dificultades y de lo amplio del campo que ofrecen para los desacuerdos y opiniones personales, ellas no afectan las características intrínsecas del problema. El hecho esencial

es que el jurista no está buscando aquí establecer reglas teóricas de conducta, el adjetivo implica que, desde su punto de vista, esas reglas deben ser observadas si otras reglas u otros principios muy generales, que son tomados como una base de juicio porque se consideran correctos y válidos (tal como, por ejemplo, el principio de la regla del derecho, es decir, el principio de la superioridad de la ley) han de observarse fielmente y no infringirse. El jurista está preocupado por establecer y extraer de los hechos, a través de la observación y análisis, las reglas de conducta que son realmente observadas y practicadas: las leyes efectivas; así que no le interesa el problema de la regularidad de esas normas, es decir, el problema de si concuerdan o no con otras reglas con las cuales lo deberían hacer en la teoría, siguiendo los principios del sistema generalmente observados; pues son las reglas realmente observadas las que efectivamente constituyen el derecho positivo del grupo en cuestión.

Se observará inmediatamente que las normas de este derecho nunca pueden ser determinadas por simple referencia a códigos o leyes, es decir, a reglas generales claramente expuestas, y que es solamente a través de referencia a esas mismas sentencias y decisiones (pues se puede suponer que se les da efecto) que podemos determinar en definitiva, cuál es la regla general realmente aplicada.

Este argumento es aplicable aun cuando estemos interesados en las reglas generales escritas sin dejar margen a la selección, ni libertad de elección a las personas que tienen que aplicarlas o ver que sean cumplidas; aun en tal caso, todavía tiene que establecerse que estas reglas sean llevadas a cabo y que la situación real esté de acuerdo con sus disposiciones.

Aún más, es aplicable cuando estemos preocupados por las disposiciones generales que involucran cualquier medida sustancial de imprecisión, ya sea propuesta o no por su autor. Esta imprecisión será rectificada en la práctica en una forma u otra. De ahí en adelante, el conocimiento de la regla formulada como la norma general, no será suficiente para descubrir la regla general positiva, nos tendremos que referir a los hechos reales y asegurarnos de lo que hacen realmente los cuerpos interesados, ya sean agencias estatales —parlamento o gabinete, jueces, funcionarios administrativos— o particulares. Este procedimiento, será necesario en el caso de las reglas (de derecho constitucional, derecho administrativo o derecho civil) que confieren poderes y cuyo ejercicio está, enteramente o en gran medida, a la discreción de su sustentador. En tales casos, es posible que aquellos a quienes se asigna un poder por

ley no puedan usarlo del todo en la práctica o puedan usarlo regularmente sólo para ciertos propósitos y en circunstancias definidas (a las cuales, en teoría, la ley nunca intentó limitarlo). En el primer caso, la regla no tiene nada que ver con la realidad, a menos que, por supuesto —y este es un punto que no debe ser pasado por alto ciertamente—, la mera existencia jurídica del poder en cuestión, el hecho que quien lo sustenta pudiera usarlo, produce el mismo efecto que su uso real produciría (esto puede ocurrir, en ciertas circunstancias, respecto del derecho de un jefe de Estado o del gabinete para disolver una asamblea parlamentaria). En el segundo caso —y especialmente si se supone que la auto-limitación está inspirada por un sentido de obligación o deber—, alguna parte de la norma, su principio esencial por decirlo así, está reflejado en los hechos, pero está suplementado y asociado con restricciones que lo hacen diferir con la letra de la ley. Soslayar lo anterior es abandonar la esperanza de lograr un conocimiento apropiado de los hechos a ser observados.

### *Las diferencias entre la enunciación de una doctrina jurídica y el análisis real de un sistema de derecho*

Los hechos que acabamos de mencionar son suficientes, nos parece, para demostrar qué enorme brecha hay entre la enunciación de una doctrina jurídica y el análisis estrictamente real de un sistema de derecho, y para explicar los malentendidos que se pueden suscitar del fracaso de hacer una distinción suficientemente clara entre los dos.

Para recordar la diferencia entre los dos tipos de problemas: ¿Cómo *deben* ser interpretadas ciertas reglas de derecho? ¿Qué consecuencias se *deben* deducir con referencia a una hipótesis particular? En otras palabras, finalmente, ¿qué línea de conducta se debe seguir para concordar con ellas? Este es el problema desde el punto de vista de la dogmática jurídica. La respuesta consistirá en aseverar que, según la opinión de la persona que contesta, “es necesario, para la observancia de las reglas adoptadas como base del razonamiento, hacer esto o no hacer aquello”, o además “es posible, o imposible, hacer esto o aquello”.

¿Qué reglas son seguidas realmente por la gente de una sociedad en particular? ¿Qué línea de conducta aceptan como valedera o permisible en tal o cual punto? Éstas son las preguntas que se suscitan en la descripción del derecho positivo. Las respuestas se expresarán en el modo indicativo, afirmando, no lo que el jurista piensa que se debería hacer, sino lo que la mayoría del grupo sostiene que es el camino correcto.

No se pueden confundir estos problemas, pues se refieren a dos temas de investigación muy diferentes y a dos tipos de mentalidad muy distinta. Una prueba tangible de la distinción radical entre ellos, y de su disimilitud básica, se aprecia en la posibilidad de contradicción entre las respuestas a la primera serie de preguntas y aquellas a la segunda, que ocasiona inevitablemente la necesidad de escoger entre los dos puntos de vista. Un jurista puede adoptar el punto de vista —completamente legítimo y por las razones más sólidas y más convincentes— de que la interpretación apropiada de una cierta disposición legal es tal o cual, y que, por lo tanto, la forma apropiada de tratar una situación concreta dada es ésta o aquélla. Muy a menudo, el mismo jurista encontrará que los grupos que, según su opinión, deberían aplicar y poner en vigor la regla así concebida, la interpretan en forma diferente y proponen soluciones que están en conflicto con sus propios puntos de vista personales. Ahora, es obviamente imposible decir que las dos reglas contradictorias representan la regla del derecho positivo en la sociedad en cuestión. El conflicto es claro y no hay evasión posible; indudablemente se debe hacer una elección. Es comprensible que cualquiera que adopte el punto de vista de pura dogmática jurídica no desearía aceptar la opinión de que la regla, interpretada como él siente que ha demostrado que debería ser, no es una característica válida de la ley, aun si no es aplicada como tal en la práctica.

Por otra parte, esta actitud es obviamente inaceptable para una persona que desea descubrir la ley tal como es realmente aplicada en una sociedad, el orden jurídico efectivo y real de la última; en cuanto a lo que a ella concierne, las reglas que son aplicadas realmente, sean correctas o no, son la ley: lo que él llamaría derecho positivo. De otro modo, no podría cumplir su propósito de dar una fiel descripción de los hechos.

Para evitar cualquier malentendido, podemos observar que estrictamente el derecho positivo puede proporcionar la base para la discusión de problemas de doctrina, tanto como las leyes escritas. Sucede así cuando los tribunales inferiores desean que sus decisiones concuerden con las reglas aprobadas por los tribunales superiores en los que puede recaer la revisión de las resoluciones, y están menos preocupados de investigar el contenido real de la regla que el legislador deseaba establecer. Igualmente, cuando un jurista, ya sea el abogado que ejerce o el teórico, es llamado a aconsejar o informar a ciertas personas, es casi imposible para él basar su consejo o opinión en otra cosa que no sean

las reglas realmente aplicadas; aunque él personalmente considere que una de estas normas en especial no es la que, de acuerdo al derecho escrito, debería ser aplicada, él no propondrá o tomará como base de sus argumentos lo que, según su opinión, debería ser realmente la ley. Es la regla efectivamente aplicada, por ejemplo, por los tribunales, y quienes consultan al jurista deben observar si han de lograr sus propósitos o evitar a exponerse a castigos, etcétera. Es, por lo tanto, a partir de esa regla que el consejero jurídico buscará deducir las respuestas a las preguntas que se le hacen. Lo más que puede hacer es explicar su propia opinión y tratar, demostrando su peso, de lograr un cambio en la ley aplicada. Pero él debe, sin embargo, actuar como alguien que “especifica cuál es el derecho positivo”, no como uno que declara lo que tal ley debería ser.

Es igualmente importante señalar, sin embargo, que cuando la persona que analiza el derecho apropiado formula las reglas de esa ley, su aseveración de ninguna manera implica que quienes la ejecutan deban concordar con aquellas reglas y hacerlas obligatorias; él simplemente declara que, en esa época, tal y cual regla tiene la fuerza del derecho positivo y es por lo tanto aplicable a los sujetos involucrados.

Otra prueba más se puede agregar a la descrita anteriormente. Hay circunstancias en que, mientras el problema de doctrina puede ser formulado, no pasa lo mismo con el problema de hecho. Respecto de una ley que acaba de ser promulgada, puede ocurrir que ningún problema práctico relacionado a su cumplimiento se haya suscitado, ya que su obligatoriedad no ha empezado o apenas lo ha hecho. Esto no significa que el exponente de la doctrina, el intérprete, no pueda considerar estos problemas y sugerir lo que él considera como soluciones correctas; todo lo que tiene que hacer es analizar los variados artículos, interpretados de acuerdo con ciertos principios bien conocidos, combinarlos, etcétera. Por otra parte, la persona que busca analizar el derecho realmente aplicado está impedido, por definición, de decir algo; la ley en al cual está interesado no existe, sin embargo; no ha llegado aún a existir; no podemos saber lo que será.

Para resumir, la diferencia entre los dos grupos de problemas es comparable —no podríamos llegar a decir idéntica— con aquella entre los problemas de ética o teoría ética y aquella de la ética positiva o social.

## *La interconexión de los dos tipos en trabajos jurídicos*

Aunque el problema de la doctrina y el problema del análisis práctico son así radicalmente distintos, no significa que sea poco común tratarlos en el mismo trabajo.

Por el contrario, esto es lo que sucede: en sus estudios y, más especialmente en aquellos libros o artículos destinados a especialistas, los juristas tratan simultáneamente con ambos tipos de problemas, especialmente cuando están relacionados con una rama del derecho o un tema en que hay disposiciones escritas promulgadas. En tales casos, su método tradicional de proceder es como sigue: exponen el texto de las disposiciones escritas, explican las dificultades de interpretación que las disposiciones pueden suscitar, describen las interpretaciones “teóricas” que se han propuesto y los argumentos en contra y en favor; enseguida, ellos señalan cuál interpretación ha sido adoptada, por ejemplo, por los tribunales y aprueban o critican la posición de los últimos. En resumen, se debe distinguir dos etapas: la primera está ocupada por doctrina, donde el autor busca determinar, sobre ciertas bases hipotéticas, lo que debería ser la ley, y la segunda con hechos, donde él registra la ley tal como es aplicada realmente.

Sería lamentable que a las opiniones de las personas que son responsables de hacer la ley y, finalmente, a las opiniones del mismo lugar, se les dé prioridad sobre la descripción e interpretación de los hechos efectivos de la ley. La combinación de ambos puntos de vista y sus problemas no siempre aclaran la situación. Además, un creciente número de opiniones diferentes y la persistencia de las controversias, demuestran que la determinación del significado de las reglas legislativas y sus implicaciones da lugar a un margen muy amplio de duda. Convendría, sin embargo, que el jurista pusiera atención al problema de la doctrina y al problema de la práctica a la vez; que no se limitara a registrar y formular la ley, tal como sale de las manos de los responsables de formularla, en forma concreta y ponerla en vigencia, sino que buscara averiguar, o más bien, establecer si esta ley es en los hechos lo que debería ser de acuerdo con las reglas formuladas por la autoridad legislativa, ya que se admite, como principio general, que se requiere que los órganos ejecutivos cumplan esas normas legislativas. Todo lo que se le puede pedir es que establezca con claridad la diferencia entre los dos grupos de problemas y actitudes y que se abstenga de presentar, como el de-

recho efectivo de la sociedad, las reglas que en su opinión deberían ser seguidas, si todo estuviera en orden.

En todo caso, consideramos que hay así dos ramas u órdenes de problemas enteramente distintos involucrados en la comprensión apropiada del derecho positivo, y que no debe haber inconveniente en sacrificar o subordinar el uno al otro.

En el caso de estas dos ramas de estudio, es la ciencia descriptiva del derecho positivo la que más necesita defensa; son su independencia, autonomía y necesidad, las que más requieren ser acentuadas. Los juristas están demasiado inclinados a dar prioridad a la doctrina jurídica.

Debemos solamente recordar durante cuánto tiempo los expertos en derecho constitucional tendieron a formular el derecho constitucional positivo de un Estado o un grupo de ellos, concentrándose en el análisis y el comentario sobre las leyes constitucionales promulgadas o en la constitución, tomando éstas como base para la definición de las características del gobierno y dedicando más atención a las intenciones de aquellos que organizaron el Estado, que a lo que ha llegado a ser en la práctica, lo cual es a menudo algo muy diferente de lo que sus fundadores esperaban y deseaban. Al hacerlo así, soslayaron o consideraron insignificantes, porque no se hace mención de ellos en la constitución, ciertos hechos que ayudaban a determinar las características del sistema real de gobierno. Eso, no para describir la legislación constitucional positiva, sino un derecho teórico que podría haber llegado a existir y era posiblemente deseado por los fundadores, que no es lo mismo que el derecho real o positivo. Tampoco se puede decir que los expertos en derecho civil analicen fielmente el derecho positivo, si persisten, por ejemplo, en estudiar extensamente los variados tipos de convenciones matrimoniales que contempla la ley, sin preocuparse de declarar sobre el número de parejas casadas que realmente usan cualquiera de estas convenciones, o aun sin consideración al hecho que un arreglo particular está totalmente fuera de uso y ya no es adoptado por particulares. Al conceder igual importancia a los *items* vigentes y a los extintos en el “arsenal de las leyes”, demuestran, por lo menos, una falta de interés en la realidad de la vida jurídica.

Los juristas que han empleado estos métodos han sido, con toda razón, muy criticados por no describir realmente el derecho positivo de una sociedad o grupo de sociedades, y han hecho que la ciencia jurídica tenga la reputación de ser impráctica, “teórica” y académica. En la

forma que fue concebida y practicada por ellos fue así, en gran medida, pero eso no significa que la ciencia jurídica es intrínsecamente así.

La “doctrina” jurídica es una rama de estudio útil y llena una necesidad definida. Pero no es el fin de la ciencia del derecho positivo. No puede tomar el lugar de la simple descripción del derecho positivo, pues está interesado en un punto de vista totalmente diferente.

### *La explicación del derecho positivo*

#### *Problemas de legislación y estudio comparativo del derecho positivo*

El conocimiento del derecho positivo en su esencia, como acabamos de analizarlo, no agota la ciencia real del derecho positivo mismo. Su característica principal, debemos recordar, es que se refiere solamente al contenido normativo de las reglas de derecho, considerándolas e ellas solamente, como si fuera información primaria, autónoma.

Pero ¿es posible dejarlo en eso?, ¿puede este punto de vista con exclusión de cualquier otro llevar una verdadera comprensión (aunque sea puramente jurídica y normativa) de las reglas del derecho positivo?

Parece que no, precisamente porque las reglas del derecho no aparecen como datos primarios autónomos, aunque uno se limite al campo jurídico y a su propia esfera.

#### *Necesidad de explicar los variados sistemas del derecho positivo en términos de problemas legislativos y la comparación de soluciones*

¿No es la solución encontrada para un problema de regulación o legislación una regla de derecho en el sentido más amplio? Antes de la norma está el problema que la precede y la domina, para el cual la regla es una respuesta. ¿Cómo podrían ser entendidas las reglas del derecho positivo, sino relacionándolas a estos problemas de legislación de “derecho por crear” y visualizando estas normas a la luz de tales problemas?

Al decir esto, nos estamos refiriendo, por supuesto, no a la aprehensión, por ejemplo de una regla de derecho particular o a un pequeño grupo de reglas, del cual se propone sacar conclusiones prácticas, sino a esa aprehensión científica que produce, en el resultado final, el sistema intelectual de las reglas del derecho. Esta aprehensión científica o comprensión, no se puede lograr sin reflexionar sobre los problemas de legislación; los identifica en sus interrelaciones, orden y secuencia lógica, y luego evalúa su naturaleza.

¿No es notorio que el análisis-teórico científico y la explicación del derecho debería ser colocado precisamente dentro de una opinión general de estos problemas y su sistema? A primera vista, aquellos procesos parecen descansar en la organización de las reglas de acuerdo con los temas, propósitos o *items* con los cuales están relacionados. Pero al reconsiderarlo llega a ser evidente que este sistema de clasificación es, en sí mismo, el resultado de una consideración de problemas legislativos; es simplemente una reflexión de *su* sistema. Es, por lo tanto, éste —y se demuestra con la experiencia científica— el que proporciona el ambiente para la explicación científica de las reglas del derecho positivo, y dirige su agrupación y distribución. Esta explicación no puede ser científicamente satisfactoria, a menos que el sistema de problemas mismos sea reconstruido en una forma apropiada.

Los problemas de legislación no pueden ser restringidos, sin embargo, a este rol simple y modestamente formal. Las reglas de derecho, si han de responder a ciertos problemas, no pueden ser comprendidas correctamente sin primero hacer una consideración seria de esos problemas. ¿Cómo podemos comprender una solución que no es la única posible, sino que es meramente una de varias soluciones imaginables, si no hemos empezado por reflexionar sobre el problema al cual corresponder? Ir derecho a las soluciones sin haber planteado y estudiado el problema es obviamente un método completamente irracional.

¿Qué significa exactamente “reflexionar sobre” los problemas de legislación?, ¿qué proceso denota?, claramente, es más que la mera declaración de un problema preparado de antemano. (Por ejemplo, ¿cuándo es legítima la investigación de una filiación natural?, ¿qué personas deberían ser reconocidas como poseedoras de un derecho intangible a una parte de una herencia?) Esto no es “examinar el problema”. Examinar es definir y analizar, antes que nada, las variadas soluciones que se le pueden encontrar. Los sistemas presentes o pasados de derecho positivo serán de gran ayuda, nos indicarán un número de soluciones; no hay problema jurídico importante y solamente unos pocos menores que, a través de los años en varias sociedades, no han sido resueltos; y nada, por supuesto, nos impide concebir soluciones posibles y ciertamente deseables; aunque nunca hayan sido adoptadas todavía. Esta sugerencia de posibles soluciones para el problema, es decir, de factores, objetivos e ideas formadas conscientemente que pueden influir en el legislador (en el sentido más amplio de “creador de reglas de derecho”) para la elección de una solución, con la cual él —en la medida que la elección es

calculada— asigna primordial importancia a un elemento particular o idea, es la etapa intermedia en el orden racional entre el planteamiento del problema y el análisis de las soluciones posibles para él. Dejemos a un lado la actitud personal adoptada por el jurista, ya que lo que deseamos considerar es la explicación puramente intelectual de las reglas del derecho positivo.

*La posición de las dos concepciones de la enseñanza del derecho a este respecto*

La enseñanza del derecho con propósitos científicos y desinteresados difiere radicalmente, aunque sea sólo por sus énfasis en los problemas de legislación (el punto de vista legislativo), de la enseñanza del derecho con propósitos puramente prácticos. La última se dedica a preparar, por lo menos intelectualmente, para las profesiones que se preocupan de la aplicación del derecho positivo; es, por lo tanto, totalmente lógico que estuviera relacionada únicamente con este derecho positivo y los problemas que enfrentan aquellos que, en una forma u otra, tienen que aplicarlo.

Esto significa, en primer lugar, que el problema de legislación permanece fuera del campo natural de la enseñanza del derecho con fines prácticos; para la última, la regla formulada es, por decirlo así, un factor primario y absoluto que debe ser aceptado como tal, no habiendo razón para cuestionar o mirar más allá de él.

Significa, en segundo lugar pero en la misma forma, que la enseñanza del derecho con propósitos prácticos excluirá de su campo las reglas de derecho positivo que no sean aquellas en vigencia en el Estado nacional en cuestión (el caso más usual que se suscita, como hemos dicho); las reglas no nacionales no le interesarán.

Esta limitación doble —vertical y horizontal, por decirlo así, en cuanto al campo de los problemas y en cuanto al campo de los hechos— es característica de la enseñanza dirigida hacia fines prácticos; está inherente en la idea total de tal enseñanza.

La enseñanza con objetivos científicos, por otra parte, no puede aceptar tal limitación. Pues, repetimos, no puede haber aprehensión fundamental de una regla de derecho sin relacionar la última a un problema, a su problema; sin compararla con las otras normas, a través de las cuales el problema ha sido resuelto de manera diferente, y analizando todas y cada una de ellas con referencia a ese problema, tal como el proble-

ma es analizado con referencia a las reglas. Una verdadera ciencia del derecho no se puede contentar con analizar las reglas de un sistema particular de derecho positivo, o con estudiar el problema de su aplicación; ése no es su punto de partida. Debe, por necesidad, cubrir problemas de legislación que son, consideradas todas las cosas, los primeros problemas de derecho positivo, aunque ellos atañen a su concepción y formulación y están relacionados con ellos antes de que lleguen a su existencia real; debe partir de ellos, y su primera etapa es presentarlos y analizarlos y esto, repetimos, para comprender y de aquí captar totalmente el derecho positivo en sí mismo, como exteriorizado en reglas.

La enseñanza práctica y la enseñanza teórica diferirán a la vez, por lo tanto, por la naturaleza de los problemas y por la naturaleza de los hechos con los cuales cada una está relacionada.

El estudio al nivel del problema de legislación significaría, inevitablemente, la consideración no sólo del derecho nacional —o más generalmente, de un sistema particular de derecho positivo, definido en términos de espacio y tiempo—, sino de un gran número de sistemas o, por lo menos, tipos de derecho positivo; en todo caso, de aquellos encontrados en sociedades aproximadamente comparables al Estado nacional y, en lo posible, de todos tipos sin límite o distinción. Mientras que la enseñanza práctica bien puede contentarse en permanecer “uninacional” o “uniestatal”, en carácter, la enseñanza científica es, esencialmente y no menos naturalmente, “multinacional” o “multiestatal”, es decir, comparada.

¿Quién puede negar que una ciencia del derecho completa implicaría tomar en cuenta, en cada investigación de un problema legal, todos los sistemas jurídicos, de todas las sociedades pasadas o presentes, en todos sus períodos? ¿No es ésta casi una definición? Pero no intentamos declarar —sería absurdo— que, para adquirir un carácter científico, la enseñanza del derecho debe necesariamente satisfacer el postulado anterior. No hay problema en eso, ciertamente no durante el ciclo de estudio primero o introductorio (no podría haber problema en ello cuando el progreso de la ciencia jurídica lo ha hecho posible). Es solamente una tendencia que la enseñanza debería desplegar. Además, desde el punto de vista que hemos adoptado a ese respecto, el conocimiento del derecho extranjero o histórico no es un fin en sí mismo, sino simplemente una ayuda para entender los problemas de legislación y también para la comprensión, por comparación, de la esencia del derecho nacional. Es, por lo tanto, totalmente natural para tal enseñanza limitar su atención a sis-

temas de derecho que pueden ser especialmente valiosos, para compararlos con el derecho nacional actual. Por la misma razón, la comparación se limitará a tales reglas, puntos y elementos, en cuanto sean básicos y esenciales, y dejará a un lado el detalle y los asuntos secundarios; sólo con respecto a los problemas principales se hará un completo análisis de los problemas de legislación y de aquí una comparación.

*La relación entre el derecho positivo y los fenómenos no jurídicos*

*La ley considerada como una parte de la realidad social;  
los problemas científicos resultantes*

Los sistemas de derecho positivo presentan otros problemas, además de la comprensión esencial de sus reglas: la definición de su campo normativo.

Aunque son ellos mismos cuerpos de normas, que regulan la conducta de los individuos, son también —desde el punto de vista de su promulgación, es decir, su génesis, y de su ejecución y exteriorización en acción y conducta humanas— una parte de la realidad social del mundo de los hechos. Y decir que son una parte de la realidad social, es equivalente a decir que son elementos en la realidad humana, en la naturaleza y el universo en general. Desde este punto de vista, las reglas de derecho en comunidades humanas están claramente relacionadas con otros elementos no jurídicos de este marco social, fáctico, humano y natural; se hallan con respecto de ellas en una relación del tipo señalado por las “leyes naturales”; en resumen, en una relación de causalidad (o sucesión constante), concomitancia (o correlación) e interdependencia.

Cuando una regla particular llega a ser, en un momento dado, una norma de derecho positivo en tal o cual comunidad —ha sido concebida y deseada, por ejemplo, por aquellos que detentan el poder, y es aceptada y respetada por los miembros del grupo— es un hecho histórico, es decir un hecho que ha sido condicionado y determinado más o menos rigurosamente por una situación, una serie de circunstancias o una combinación de elementos de naturaleza no jurídica, tales como acontecimientos económicos, factores psicológicos y fisiológicos, ya sea temporales o permanentes (ideas, creencias, temperamentos, caracteres, etcétera), y factores geográficos y físicos —todos, por supuesto, interconectados.

Las reglas del derecho positivo son un producto del espíritu humano son concebidas por los hombres y son los hombres los que las desean

como normas. Si llegan a ser “positivas” es porque otros hombres las aceptan y las cumplen. Todos ellos son fenómenos asociados con el “mechanismo psicológico”, que trata, como sabemos, con factores que no son por sí mismos psicológicos y aun son “externos” al hombre. Los factores psicológicos están basados, para el propósito del análisis, en las reglas, las causas directas o inmediatas; pero es bien sabido que ellos mismos están determinados, por decir lo mismo, directa y muy marcadamente por factores no psicológicos, los que hemos citado, y que actúan como causas indirectas o mediadas en relación a la realidad jurídica. (Algunos teóricos van más allá y mantienen que estos factores son las causas verdaderas, siendo los factores psicológicos meras reflexiones de ellos o epifenómenos. Pero no necesitamos seguir esto aquí).

Incorporadas así al cuerpo de hechos sociales, las reglas de derecho, podrían llegar a ser, a su vez, el origen de fenómenos subsiguientes: causas y no ya meros efectos. Ya que las reglas de derecho son fenómenos, automáticamente se suscita, en conexión con ellas, el problema del determinismo, de la legalidad natural.

### *El lugar de estos problemas en una ciencia del derecho completa*

El problema es el conocimiento de estas relaciones de determinación interacción e interdependencia, en que las reglas de derecho se encuentran con respecto a factores extrajurídicos (por ejemplo, sociales psicológicos y físicos), ¿no forman parte, por su naturaleza, de un conocimiento teóricamente completo y perfecto o ciencia del derecho?, ¿no es esencial para una comprensión total del “reino de la ley”?; la respuesta es claramente afirmativa.

Es afirmativa, primero, por razones concretas: un sistema jurídico de un grupo social dado, o una de sus ramas, no puede ser comprendido verdaderamente, ni captado su significado real, sin correlacionarlo intelectualmente con los factores recién mencionados (que explican su adopción por el grupo, ya que están en correlación fáctica con él), o sin tomar en cuenta sus repercusiones en ciertos factores de la vida social, y aun en la psicología humana o en cualquier otro sector de la existencia humana. En el caso del derecho económico —el derecho de propiedad, la ley de cambios, derecho comercial, etcétera— no será difícil apreciar en nuestra época este punto de vista; aunque se aplica igualmente a otras ramas.

Nuestra respuesta afirmativa será también válida en el campo de la teoría general. Supongamos, si fuera posible, algún día, extraer de la his-

toria —en otras palabras, de la experiencia humana— un sistema de relaciones constantes entre las reglas del derecho y los elementos económicos, psicológicos y físicos que hemos mencionado, sería un progreso ciertamente, el último paso tal vez, hacia una comprensión completa del “reino de la ley”.

Ya que estos problemas, estas investigaciones y las verdades que pueden extraer, están todos conectados con el derecho, caen dentro del ámbito de la ciencia total del conocimiento del derecho.

Los problemas y puntos de vista son reconocidamente muy diferentes de aquellos de la ciencia normativa del derecho positivo y especialmente de la doctrina jurídica. Estamos tratando aquí, se podría decir, con una ciencia natural del derecho positivo, si las “ciencias naturales” son las ciencias que tienden a establecer relaciones de causalidad. A menudo, es a una ciencia natural del derecho que nos referimos cuando hablamos de “sociología jurídica” o “sociología del derecho”. El nombre no es totalmente apropiado; no se aplica exclusivamente a las relaciones entre los fenómenos jurídicos y otros fenómenos propiamente llamados sociales (éticos, por ejemplo) a menos que, por supuesto (ya que todo lo que afecta al hombre tiene repercusiones en el plano social), a los fenómenos psicológicos, biológicos, geográficos o geológicos (y por qué no, también astronómicos) se les diga “sociales”, por lo menos debido a su incidencia.

Esta ciencia no es únicamente jurídica en su objetivo; no se apoya en los sistemas de normas jurídicas en sí mismas, consideradas como un universo cerrado y autosuficiente, un mundo aparte y separado de cualquier otra clase de realidad. Por el contrario, su finalidad es esencialmente mixta, a horcajadas en dos tipos de hechos, ya que concierne a la relación entre la ley y no ley, hecho jurídico y hecho extrajurídico.

De ahí se sigue que este objeto o sujeto pertenece, por definición, a la ciencia del derecho y a otras ciencias; el estudio de las relaciones entre economía y derecho, estructura social y derecho, clima y derecho, es simultáneamente, economía, sociología y geografía, como también ciencia del derecho; naturalmente lo consideramos solamente desde este segundo punto de vista, tomando al derecho como el punto de partida. (Al mismo tiempo, no es nuestra intención cuestionar el natural derecho y propósito de la sociología —la ciencia de los fenómenos sociales y de las relaciones importantes jurídicas o “causales”— para tratar estos problemas. Y absolutamente rehusamos rebajar estos problemas al nivel de “disputas gremiales” o disputas entre ‘profesor de danza’ y ‘profesor de música’,

en que cada uno trata de “sacar lo mejor del asunto”; el punto primero y más importante no es quién debe realizar la enseñanza de un tema especial, si se reconoce que contribuye a un cierto tipo de conocimiento, aunque los profesores, naturalmente, deberían ser personas con calificaciones, al menos educadas).

Está bien, por lo tanto, hablar en este sentido de un tema o, mejor, de un grupo de temas totalmente independientes de la ciencia normativa; y admitimos completamente que el sistema de conceptos característicos de la ciencia normativa del derecho —que esta última usa y produce— es autónomo y emana de la consideración ‘normativa’ del derecho.

Pero estos diferentes problemas están todos centrados, en último término, en el mismo objetivo: la formación de reglas jurídicas, ‘derecho’, que es la materia prima común a estos varios temas.

Una vez más, es un hecho que las reglas del derecho positivo, los sistemas jurídicos positivos, producidos por el hombre no son un mundo aparte, un circuito cerrado, sino simplemente un sector de la realidad, un orden de hechos relacionados o conectados con otros sectores y sistemas, que son afectadas por ellas y a los que a su vez ellos las afectan. Es perfectamente legítimo, en teoría, aislar este orden y considerarlo, sobre sus propios méritos, como un sistema de reglas. Pero, como todas las teorías, tal proceso es un mecanismo, una convención, al que no se le debe asignar repentinamente el *status* de verdad. El reconocimiento se debe basar en la realidad, tomarla en cuenta y tratar de coincidir con ella. Llega una época en que es normal reinsertar la realidad jurídica en el ambiente de la realidad más amplia o de series de realidades a las cuales pertenece. Si lo “jurídico” forma parte de un mundo heterogéneo mayor que sí mismo, si está sumergido por todos lados en lo “no jurídico”, un conocimiento de las relaciones entre la ley y la no ley es esencial al conocimiento de la ciencia del derecho —así como para todos los que aceptan la existencia de un “reino metafísico” relacionado con el “reino físico”, la teoría de las relaciones entre estos dos reinos necesariamente formará parte, a la vez, de un conocimiento total de la naturaleza y de un conocimiento de lo “sobrenatural”.

La ciencia del derecho no puede consistir únicamente en la contemplación y análisis de las reglas jurídicas consideradas como fenómenos aislados.

La ciencia de las causas del derecho, o regulación jurídica, y la ciencia de sus efectos son una parte, tal vez una rama o departamento, de la ciencia del derecho, ni más ni menos de lo que es la ciencia norma-

tiva del derecho o filosofía del derecho propiamente tal; la última es una disciplina legítima y aun necesaria, autorizada para exigir autonomía, pero no es, ciertamente, una ciencia completa o en consecuencia una característica única en la ciencia del derecho; no es la ciencia del derecho única o total.

*De l'esprit des lois* de Montesquieu, uno casi se tienta en decir es, a pesar de su título, un trabajo de ciencia jurídica. A causa de los grandes problemas con los cuales trata —la ley en su relación con la moral, religión, región, etcétera—, la contribución hecha por un trabajo de esta clase al conocimiento y comprensión del derecho es igual, y ciertamente mucho mayor que el de las declaraciones generales que se refieren a un sistema jurídico (o *a fortiori* en una de sus ramas o capítulos) o a un comentario sobre una sola ley.

### *Observaciones sobre los problemas de legislación*

#### *¿Está la ciencia del derecho limitada al derecho positivo?*

El derecho positivo es ciertamente el centro, el objeto principal del conocimiento jurídico; es, primero, la esencia de la ciencia normativa del derecho, cuyo tema es estrictamente jurídico en carácter; es, segundo y en la misma forma, la esencia de la ciencia natural o causal del derecho.

Por diferentes que puedan ser estas dos disciplinas, debido a la naturaleza de sus temas y los resultados, es decir, el conocimiento que persiguen, ambas tratan del derecho positivo, que para ellas es algo real y fundamental.

¿Se puede o se debe admitir que la ciencia o conocimiento del derecho comprende, aparte de estas dos disciplinas, otras que, por su parte, no tratan con el derecho positivo o no lo tienen como materia prima?

Definamos inmediatamente el objetivo de tales disciplinas.

### *Problemas de legislación*

Sería simple decir que están relacionadas con los problemas de legislación. El último término, sin embargo, puede ser ambiguo, ya que la legislación significa, a la vez, las leyes mismas y el trabajo de formularlas. Evidentemente lo tomaremos aquí en el segundo sentido, ya que estamos tratando con problemas que van más allá del mero análisis del derecho positivo o de hechos que tienen una relación con él.

También consideramos, para nuestros propósitos, que legislación es sínónimo de creación de reglas de derecho. Este no es, por supuesto el significado corriente en el lenguaje jurídico técnico. El significado aceptado de “legislación” en este sentido, es un procedimiento determinado por el cual las reglas de derecho son formuladas; es un proceso deliberado: en otras palabras, un trabajo de promulgación cuyo objeto directo y finalidad consciente es la creación de tales reglas, redactándolas efectivamente.

Si a pesar de esta restricción, usamos aquí el término en un sentido más amplio, es porque no existe ningún término conveniente para designar todos los métodos por los cuales se crean las reglas de derecho, y porque el método legislativo es evidentemente aquél que concede independencia a la creación de las reglas de derecho (a diferencia de otros métodos) y le da la más sorprendente ayuda.

### *Problemas de política legislativa y de técnica legislativa*

¿Cuáles son entonces los problemas de la legislación a que intentamos aludir? La respuesta llega clara de un análisis simple de la acción legislativa misma y de los problemas encontrados por cualquier persona que se aventure con ellos.

Él debe, primero, escoger una solución para el problema jurídico particular que enfrenta; impondrá ciertas obligaciones y otorgará ciertos derechos a aquellos relacionados con la situación que él contempla; establecerá ciertas sanciones, etcétera. Importa poco si la solución es imaginada por el mismo legislador o es sacada de otros sistemas de derecho que la reconocen, o de otras personas que ya la han propuesto.

Mediante el análisis racional se puede, en consecuencia, hacer una distinción entre la elección de los fines que él ha deseado lograr, los ideales a los cuales ha sido fiel, junto con los valores que corresponden a estos ideales —éstos son elementos que van más allá de la regla misma—, y la elección, después de eso, de la solución considerada a la luz de su contenido material.

Además, está la redacción efectiva de la regla en su forma codificada, la presentación de las ideas e interpretaciones en la mente del legislador. Éste es el aspecto “formal” del problema.

Los problemas caen, así, en dos categorías: problemas de fondo y problemas de forma; y es a esta distinción a la que se alude con la clasificación corriente de política legislativa y técnica legislativa.<sup>1</sup>

La teoría de política legislativa —que puede ser resumida como la elección de reglas, leyes cuyo fondo es esencialmente bueno— puede tomar dos formas:

1. Una teoría general que examina los problemas abstractos y formales de principio: ¿Cuáles deben ser las características del orden jurídico (es decir, las reglas del derecho) si ha de ser bueno? ¿Cuáles deben ser sus fines? ¿De qué sistema de valores de ideas supremas debe sacar su inspiración el derecho positivo para lograr aquellos fines?

No se debe pensar que el problema se suscitaría sólo con respecto a la ley tomada como un todo. Por el contrario, se produce igualmente en relación con las ramas importantes o capítulos del derecho y por lo tanto los valores involucrados pueden ser económicos, estéticos, morales, etcétera.

2. Los problemas que son mucho más individuales y definidos, por ejemplo: ¿Qué ley es aconsejable aplicar a un sujeto o circunstancia dada? ¿Qué reglas deben ser adoptadas para lograr los fines que deberían animar de una manera general al derecho positivo? El problema se suscita

<sup>1</sup> Estas dos expresiones recordarán a muchos juristas franceses, la distinción entre “política jurídica” y “técnica jurídica” enfatizada tan a menudo por uno de su grupo, G. Jezè, un maestro del derecho administrativo. En efecto, por lo tanto, la distinción que estamos tratando de hacer difiere apreciablemente de ésta; la alusión a las explicaciones de Jezè (ver, por ejemplo, *Principes généraux du droit administratif*, vol. I, p. 1, ff.) demuestra que lo que él llama “técnica jurídica” está asociada con el análisis o solución de problemas de un sistema de derecho positivo, y que para él la “política jurídica” no significa más que una evaluación de las reglas desarrolladas bajo ese sistema.

Nuestra distinción está mucho más cerca a aquellas dada por el eminentísimo maestro de derecho civil François Gény, entre “ciencia” y “técnica” en derecho (ver *Science et technique en droit privé positif*, vol. I, p. 1, ff.). Sin embargo, bajo la influencia de ideas que mencionaremos solamente de pasada —tal como el deseo de transponer al campo jurídico la distinción de Bergson entre los dos elementos de conocimiento, el “dado” y el “construido”— Gény incluye en este segundo concepto una parte importante de lo que, en nuestra opinión, pertenece a la esfera de la política legislativa (es decir, ampliamente, la determinación del contenido material de la solución), la cual él une —en forma poco feliz, en nuestra opinión— a los problemas suscitados por las “categorías” y el vocabulario de la ley. No es nuestra intención suscribir al uso de la palabra “ciencia” y a su connotación evidente como sugerida por Gény —principalmente, el establecimiento de información, el conocimiento directo de lo real, en la ausencia de cualquier concepto artificial—, ni al uso correlativo de la palabra “técnica”.

para grupos de reglas que difieren ampliamente en alcance, como también para cada norma individual que corresponde a un punto definido.

Deberíamos enfatizar aquí, a pesar de las opiniones extensamente sostenidas en contra, que los problemas de legislación son en sí mismos problemas prácticos o, para usar un término menos distorsionado, problemas de práctica. Legislar es actuar; el legislador actúa; práctica (*praxis*) significa acción: ¿Qué legislación promulgaremos? ¿Cómo legislaremos bien? Evidentemente estos son problemas que se refieren a la acción, son los problemas básicos de la acción jurídica, problemas, por lo tanto, unidos a la práctica del derecho, en el mismo sentido que los problemas propuestos por la redacción de un contrato, un testamento, una sentencia o una decisión administrativa; el establecimiento general de problemas jurídicos generales, es decir, de situaciones futuras, hipotéticas, no es menos “práctica” que el establecimiento de problemas más tangibles.

El rechazo para creer en la similitud de estos problemas, o más precisamente en el hecho de que están íntimamente unidos, se debe a varias razones. La primera es la idea que la actividad “ejecutiva” es limitada y puede poner en movimiento sólo a la maquinaria puramente intelectual, procesos de razonamiento, ya sean lógicos o silogísticos; pero que la actividad “legislativa” es libre, involucrando creación pura o invención. Hemos ya enfatizado el punto de que tales opiniones son exageradas; y esto se mantiene para todos los sistemas, para el derecho codificado como también para el derecho consuetudinario o de casos.

Una segunda razón, más “realista” y ciertamente más poderosa, es que solamente las tareas que involucran la “aplicación de la ley” caen realmente dentro del campo de actividades profesionales, de profesiones que el individuo puede ejercer con un grado relativo de independencia técnica. Bien, desde el punto de vista especial de estas profesiones los problemas de legislación de *lex ferenda*, indudablemente aparecen “teóricos”; modificarlos no es la tarea de los que “ejercen”; para tales hombres, la legislación, de una manera general, representa una premisa inalterable.

Sin embargo, esta opinión se aplica esencialmente a la legislación en el sentido estricto y sobre todo a aquella que es la función de los políticos. No puede haber problema en negar el carácter “práctico” de los funcionarios administrativos cuya tarea es preparar normas administrativas, reglamentos o proyectos de leyes para el cuerpo legislativo.

*Los problemas de la legislación pertenecen al campo de la ciencia del derecho*

Cuando el plano del estudio sistemático se transporta al plano del conocimiento, la legislación —hacer las leyes— da margen a: a) una teoría de política legislativa y b) una teoría de técnica legislativa.

Que la última teoría cae dentro del campo de la ciencia o ciencias del derecho ciertamente no será discutido; la técnica de la formación de las reglas de derecho —y ciertamente todos los elementos del orden jurídico, ya sean decisiones judiciales, contratos o testamentos— para cada jurista está tan unida con el trabajo de analizar el derecho positivo, el cual inmediatamente atraerá la mente interesada y la proveerá con su alimento más escogido, que apenas considerará este problema particular como ajeno del campo de la ciencia jurídica en el sentido tradicional, es decir, la ciencia del derecho positivo.

El caso será totalmente de otro modo, en cuanto a la teoría de la política legislativa, que puede ser resumida como la teoría de lo que son las reglas ideales del derecho o, más generalmente, los sistemas jurídicos ideales por adoptar.

El jurista, como tal, no está llamado a tratar con los problemas que “exceden” o “trascienden” la ley; ¿no ponen los físicos —por lo cual significamos la ciencia de la naturaleza en el sentido más amplio— como su único objetivo, el conocimiento de los fenómenos naturales y la realidad perceptible?, ¿no excluyen todo lo que excede o trasciende el mundo tangible? Y para expresar esta analogía entre la ciencia del derecho y la ciencia de la naturaleza, el término “metajurídico” (*metarechtlich*) es aplicado a ciertos problemas de opiniones, como también en el caso de la última ciencia el término “metafísico” ha sido usado, por siglos.

Es ampliamente sostenido también, que la analogía no está limitada a la cuestión de la situación relativa de dos clases de problemas, sino que va mucho más allá: los problemas de metafísica no son tema para la ciencia positiva, o al menos no involucran “verdad” para la mente humana, ya que no son susceptibles de verificación, demostración o prueba. Lo mismo se aplicaría a la política jurídica, y aún más a la política legislativa como un tema para la reflexión metajurídica.

Evidentemente, esta noción de que la reflexión en la ley ideal es no científica en carácter, presta considerable énfasis adicional a la distinción entre esa reflexión y la ciencia del derecho propiamente así llamada.

Tomemos, por ejemplo, el argumento que la ciencia del derecho positivo no necesita tratar con los datos relacionados con la ley “natural” o “racional”, o con la “justicia”. Esta controversia tiene, a menudo, como corolario la negación de la existencia de esa ley, o de absoluta justicia o moralidad, y frecuentemente se llega al punto de no distinguir por más tiempo entre ellas, o de tratarlas como si fueran una sola entidad o estuvieran objetiva y necesariamente unidas, que ciertamente no es el caso. La aceptación de la primera y el rechazo de la segunda proposición son perfectamente concebibles y son algunas veces sostenidas, incluso por un mismo jurista, quien bien puede mantener que aquellos enfrentados a problemas que se relacionan a un sistema dado de derecho positivo deben resolverlos solamente recurriendo a las reglas de ese mismo sistema o, en otras palabras, usando la información que él proporciona; mientras que al mismo tiempo él puede creer, en igual forma, en la posibilidad de determinar reglas de derecho sólidas y equitativas aplicables a un asunto particular. No hay paradoja o contradicción intelectual en este razonamiento.

No hay ocasión, ni sería posible aquí examinar estos problemas exhaustivamente. Nos limitaremos a unas pocas observaciones esenciales.

En primer lugar, uno podría, tal vez, estar tentado a negar que la política jurídica es una parte integral de la ciencia del derecho, si se presume que no puede haber ciencia, salvo en relación con un objeto dado (que existe o ha existido) y que corresponde a la naturaleza de ese objeto. Pero aquí estamos tratando con la ley que es meramente hipotética. Este punto de vista está indudablemente en armonía con la noción rígida y más estrecha de ciencia.

Pero si, como sucede frecuentemente, la noción de la ciencia se amplía para incluir todo estudio o reflexión sistemática, cada forma de disciplina intelectual, el resultado tal vez puede ser diferente. Puede luego aparecer que el estudio teórico sistemático de los problemas de política legislativa, que en sí mismo no atañen al derecho positivo, considerado como un fenómeno de hecho, contribuye a una mejor comprensión y por lo tanto a un mejor conocimiento del “reino del derecho”.

¿No lleva el estudio de estos problemas a una mayor comprensión del derecho positivo mismo? En todo caso ¿no están estos problemas relacionados con el derecho? ¿Qué razón tenemos, entonces, para excluirlos del modelo y del esquema de una completa teoría o ciencia de lo “jurídico”? ¿Por qué ellos exceden los límites del derecho positivo? Eviden-

temente que lo hacen. Pero ¿no están ellos, al mismo tiempo, unidos a él, no están dirigidos hacia él?

Asimismo, no debemos confundir lo que relaciona a ambas clases de problemas. Más precisamente, el jurista que está llamado a tratar con un problema interno de un código jurídico puede tomar, legítimamente, como base sólo las reglas jurídicas y la información del código mismo —con tal de que, deberíamos tal vez agregar, en el hecho contenga alguna— y debe aceptarlos como se presentan, dejando a un lado su juicio personal sobre el valor moral, político y técnico, y sin permitir que ese juicio influya en la conclusión a la cual llega. El plano del derecho positivo y el plano de la legislación están separados y no debe confundirse uno con otro. En este aspecto, el positivismo jurídico está completamente justificado; y en este solo concepto, en nuestra opinión, yace su esencia. Lo que es erróneo, es proclamar, como muchos juristas lo hacen, que la ciencia del derecho comprende únicamente el análisis de las reglas del derecho positivo, y debe ignorar, por estar fuera de su campo, cualquier problema que no sea importante para la interpretación y construcción científica de estas reglas, con una perspectiva a su aplicación a casos concretos. Esta idea es diametralmente opuesta al punto de vista que estamos explicando. Este último, no niega la relativa autonomía de la ciencia jurídica *stricto sensu*, ni está relacionada en la forma en que los problemas de doctrina jurídica son tratados. Técnicamente, afirmamos que una ciencia del derecho completa no puede estar limitada al solo enfoque dogmático, sino que debe abarcar otra clase de problemas además de los propios.

Y en particular consideramos, por lo tanto, que intentar llegar por un proceso de reflexión a la determinación de una ley “justa”, “correcta” o “adecuada”, *richtiges Recht* —ya sea concebida como un absoluto universal e invariable, o como siendo necesariamente relativa a una situación dada— es tratar de establecer el conocimiento relativo al derecho, conocimiento que es por lo tanto de una naturaleza jurídica y participa de la ciencia del derecho. (Al decir esto no damos opinión sobre las oportunidades de éxito de tal intento, ya sea todo el tiempo o simplemente en la época actual).

Entre los problemas de derecho positivo y los problemas de legislación no debería haber una separación hermética, sino más bien una estrecha conexión. Después de todo, como hemos dicho, cualquier norma de derecho positivo refleja la adopción de una cierta actitud con respecto a estos problemas de legislación; aún más, representa una solución a

ellos, y por lo tanto, no puede ser comprendida salvo por referencia a los problemas en cuestión; la misma comprensión del derecho positivo categóricamente demanda, en resumen, un punto de vista sobre el plano de la legislación, que precede y es superior al plano del derecho positivo. ¿No implica esto virtualmente que la teoría de la política legislativa es ciertamente una parte de la ciencia del derecho? La última, repetiríamos, en ninguna forma mantiene un monopolio de la primera; seguimos tratando con una disciplina mixta, ya que involucra información que no es inherentemente jurídica, sino que pertenece al campo de la ética, teoría política o economía. Es igualmente natural que el sociólogo, el moralista, etcétera, deberían estar preocupados por estos problemas: la ética jurídica brota del derecho como también de la moral, ya que es la "ética del derecho", o moral aplicada al derecho; la legislación económica emerge de la economía como también del derecho, ya que es derecho que se aplica a la economía tanto como economía que dirige al derecho, etcétera.

En el caso actual, incidentalmente, la relación entre lo real y lo posible no ocurre como en el reino de la naturaleza física, porque depende del hombre el convertir en realidad cualquier ley que es meramente hipotética.

En lo precedente hemos bosquejado en un plano puramente intelectual y teórico los tipos de conocimiento o problema, y también clases de disciplina que corresponden a los dos tipos de estudio de derecho que, por razón de sus fines, hemos denominado el práctico por un lado y el teórico o científico por el otro.

Para cada uno de estos dos modos de estudio hay, por supuesto, una forma diferente de enseñanza. Después que los hemos definido debemos considerar la elección que a cada organizador de *curriculum* de derecho se le pide hacer de entre ellos.

#### IV. LA ELECCIÓN

##### *Los términos del problema*

Recordemos la manera exacta en que se suscita el problema.

Estamos preocupados de una rama de la educación superior que está destinada, en su comienzo, a estudiantes que están entrando a su primer contacto real del estudio del derecho: que no están, por lo tanto, simplemente desarrollando mayores estudios sobre temarios o disciplinas en

que ellos ya han sido iniciados. La enseñanza “empieza de cero”; así, en el primer ciclo o primeros años, sólo puede considerarse parte de la educación superior o causa de sus métodos y del espíritu con que se imparte, habiendo considerado la edad de los estudiantes y la preparación general que ya han recibido.

El problema, por lo tanto, es éste: ¿Cuál —la enseñanza práctica o la enseñanza científica— corresponde mejor a la idea de educación superior o universitaria?

El planteamiento correcto del problema requiere, además, la observación inicial que la enseñanza práctica y la enseñanza científica del derecho no son enteramente diferentes; la segunda en ninguna forma excluye el contenido de la primera, ciertamente lo mantiene, pero lo completa al incorporarlo a una unidad mayor y más diversificada.

El problema, entonces, puede ser más específicamente expresado así: ¿Qué está más acorde con la naturaleza de esta enseñanza: resolver únicamente alrededor del estudio práctico del derecho o aspirar a su estudio teórico?

### *Necesidad de la enseñanza científica*

Para nosotros puede haber poca duda en cuanto a la respuesta: la enseñanza universitaria significa enseñanza científica; ésta es una idea universalmente aceptada. Por definición, la enseñanza en el sentido universitario considera su materia, como algo de lo cual el conocimiento, primero y antes que nada, se ha originar: conocimiento, conocimiento desinteresado, por sí mismo; apunta a la comprensión total de una serie de hechos o fenómenos; debe por lo tanto tratar con todos los problemas que se relacionan a aquellos hechos o fenómenos y son esenciales para su comprensión. Esto es efectivo respecto de cualquier tema y es por lo tanto cierto en cuanto a la enseñanza del derecho.

La enseñanza jurídica debe estar diseñada necesariamente para llevar a una comprensión del derecho en su totalidad en todos sus aspectos. Debe pretender y tratar de cubrir cada clase de problemas relativos al derecho.

Sostener que la enseñanza del derecho se pueda limitar a objetivos puramente prácticos es concordar con que proporciona un conocimiento tronco y deformado de su tema, con que trata al derecho únicamente como algo para ser “practicado”; sería excluir, desde el comienzo, la consideración de una sección entera de los problemas que involucra. Tal

enseñanza podría ser solamente de valor intelectual limitado; y la limitación sería, en este terreno particular, tanto más seria y lamentable ya que los problemas examinados estarían subordinados o secundarios: problemas fundamentales, cuya solución se presumiría, serían descuidados y se prestaría atención únicamente a la solución misma y a sus consecuencias.

La enseñanza con propósitos puramente prácticos no es enseñanza universitaria, en el verdadero sentido.

Nadie describiría como “enseñanza universitaria” tal instrucción en las ciencias naturales, deliberadamente limitada a la ciencia aplicada, a las técnicas, a la exclusión de la ciencia pura y la teoría, presumiendo leyes científicas y concentrándose únicamente en su aplicación práctica, es decir, las acciones que se pueden basar en ellas. Lo mismo se aplica al estudio del derecho. Ciertamente, el valor intelectual de la enseñanza puramente práctica es, en este terreno, mucho menor, porque cuando es contemplado desde este estrecho punto de vista y considerado sólo como materia para el estudio directo y solamente “intrínseco”, las leyes que constituyen el orden jurídico de una sociedad dada en un momento específico aparecen artificiales, sólo contingentes, arbitrarias y desligadas de la realidad, lo que les deja sino un pequeño interés intelectual, mucho menor, en todo caso, que el producido por el conocimiento de las leyes de la naturaleza y de las consecuencias técnicas de estas últimas.

Además, como ya lo hemos indicado, esta concepción estrictamente práctica de la enseñanza del derecho tiene el efecto de limitar, no solamente el campo de los problemas, sino también el campo de los fenómenos o hechos bajo estudio.

Así, hasta el punto en que tal enseñanza trata con las materias jurídicas y relaciones que son totalmente para la solución por Estados, no cubre más que la ley de un Estado, un sistema de derecho civil, un sistema de derecho comercial. Esto demuestra, con fuerza especial, cuán apartada está de los requerimientos científicos más elementales. ¿Se puede concebir un tipo de enseñanza de la botánica o biografía, reconocidamente limitada, a una sola especie de planta o a una sola especie de vida?

Nuestra conclusión es, por lo tanto, que la enseñanza del derecho únicamente “jurídica”, a la cual nos llevaría un punto de vista puramente práctico, no corresponde al ideal (el cual es, sin duda, inalcanzable en su totalidad) de la enseñanza universitaria.

El único tipo verdadero de enseñanza universitaria del derecho es el que no descuida ninguna clase de fenómeno o problema jurídico importante. Sólo la enseñanza de esta clase considera al derecho, al mundo de la realidad jurídica, como un tema primordial para el conocimiento puro, y no como algo de naturaleza meramente “práctica”.

*Comentarios sobre la alternativa instrucción general  
o instrucción profesional*

Así concordamos totalmente con aquellos que sostienen que la instrucción proporcionada en las facultades de derecho debería ser de naturaleza cultural o general, no utilitaria o profesional.

Hemos preferido, sin embargo, evitar usar estas expresiones con el fin de dar la idea general; y se debe a una variedad de razones. En primer lugar, a causa de la repetición ilimitada, estos términos no sugieren ya ideas claras y completas; suenan huecas y su eco es confuso. En segundo término, la primera expresión se ha dicho que es evidente e indiscutible en los sistemas de enseñanza jurídica en ciertos países; pero aunque estos sistemas toman en cuenta la necesidad de cultura o educación general, están lejos, en efecto (como trataremos de demostrar cuando los analicemos en la segunda parte de este informe), de satisfacer sus requerimientos mínimos. Identificar la idea de enseñanza general cultural con tales sistemas como éstos, es incitar a la confusión de pensamiento. Se debe agregar que los adjetivos y etiquetas en cuestión han adquirido asociaciones que introducen factores emocionales en la discusión, y contra ellos debemos estar en guardia, las expresiones del primer tipo mencionado son consideradas como sugerentes de dignidad y nobleza, mientras que la segunda categoría está restringida a denotar mediocridad y bajo contenido moral. Creemos que ese no es el punto de vista a adoptar; la materia debería ser tratada sobre base puramente intelectual.

Sin embargo, la razón principal para evitar estos trillados términos, es de otra naturaleza. Al ser aplicados específicamente a la enseñanza jurídica, las dos nociones de instrucción práctica o profesional (o “preparación profesional”) e instrucción teórica o cultural, probablemente deben ser interpretadas —como la experiencia lo demuestra— en varias formas diferentes, y son por lo tanto ambiguas y equívocas en extremo.

Ciertamente, la idea de preparar para una carrera o profesión jurídica cubre todo lo probable para permitir el mejor ejercicio posible de la última: conocimiento, habilidad intelectual, las “destrezas” y “aptitudes”

necesarias y aun las cualidades morales. Pero es evidente que se puede hacer una distinción entre: *a)* la enseñanza (en el sentido más amplio del término) diseñada para proporcionar a los interesados el conocimiento jurídico y los recursos intelectuales requeridos para la solución de problemas jurídicos, y *b)* todo el resto no directamente relacionado al derecho como tal; de este modo, para tomar un ejemplo relacionado únicamente con el aspecto técnico de la profesión: el arte de exponer (hablado o escrito) clara y convincentemente, etcétera, o las prácticas profesionales que sin constituir obligaciones legales son, sin embargo, costumbres ventajosas y aconsejables de observar.

Para muchas personas, no obstante, ésta no es la distinción real entre la enseñanza teórica y profesional. Piensan, por ejemplo, que si a los estudiantes se les han de enseñar todos los temarios que pueden o podrán necesitar saber para el ejercicio de su profesión, esto involucra adoptar un programa de preparación profesional. Para tomar un ejemplo francés, que indudablemente se ha de encontrar en otros países, esto implicaría una enseñanza detallada de la legislación vigente sobre arrendamientos y ocupación, o sobre seguros y previsión social. Esta opinión está basada en la idea que estos son temas especiales y que el estudio detallado de ellos puede ser valioso solamente desde un punto de vista profesional, sin ayudar a aumentar o promover una apreciación real de la ley o su espíritu fundamental. El estudio de la teoría general de los contratos, por otra parte, o del derecho de sociedades —refiriéndose como lo hace, a datos esenciales o elementos básicos del orden jurídico— capacitaría, nuevamente, de acuerdo a esta opinión, al estudiante para llegar a conocer las ideas generales y para introducirle a principios de verdadero y duradero valor.

Esta actitud implica abandonar la distinción entre el desarrollo del conocimiento y las aptitudes intelectuales, por una parte, y de las prácticas profesionales, por otra, en favor de una distinción entre temas, es decir, en el resultado final entre grupos de reglas.

No estamos del todo seguros que este punto de vista no esté basado en ideas erróneas o formadas apresuradamente. ¿No está principalmente relacionado con el valor práctico antes que con el valor general?, ¿no implica que las reglas de legislación especial son menos útiles de conocer que aquellas reglas que están desarrolladas como principios generales válidos: generalmente porque las primeras sólo dominan un grupo de relaciones más limitado? En resumen, es la importancia “práctica” de la enseñanza lo que se toma en cuenta. Esto se hace aún más evidente si

recordamos que, en el caso de por lo menos varios de los temas mencionados, estamos tratando con leyes que están presentadas como provisionales, diseñadas para hacer frente a circunstancias que son o que se consideran transitorias.

Pues, aparte de esta reflexión, es difícil ver cómo el estudio de estos ramos especiales podría estar calculado para proporcionar menos preparación que el estudio de temas más generales. Mientras se admite que es razonable preferir lo más general a lo menos general —especialmente en el primer ciclo de estudio, las etapas iniciales de la instrucción— señalariamos en el primer lugar que la distinción entre reglas de principios y reglas de detalle o implementación (es decir, reglas más técnicas) es válida para todos los temas, aun aquellos incluidos más tradicionalmente en el *curriculum* de los estudios generales. Enfatizaríamos entonces que la distinción entre los métodos de estudio es mucho más importante, desde nuestro punto de vista, que la de los temas estudiados, pues enfatiza lo que es de valor intelectual y por lo tanto cultural, y lo que es de interés esencialmente práctico. Las reglas más generales pueden ser estudiadas ya sea en un espíritu y forma que no corresponde a la idea de cultura o de manera opuesta; su carácter es inmaterial.

En todo caso, parece obvio que estos términos, que casi han llegado a ser *slogans* —instrucción general o cultural, instrucción profesional o práctica—, no contribuyen a un punto de vista claro del problema; nuestra última observación —las formas diferentes en que se puede interpretar el término “profesional”— es en sí misma un argumento suficiente contra su uso.

### *Algunos problemas concretos relacionados con la organización de una enseñanza científica del derecho: la enseñanza de las disciplinas no jurídicas*

La organización concreta de una enseñanza del derecho totalmente científica produce difíciles problemas intelectuales. Involucra —esto es, recordaríamos su rasgo esencial, característico— la inclusión, en los estudios jurídicos, de problemas que no son inherentes al mundo del derecho mismo, sino que afecta sus relaciones con otros terrenos y así se extienden entre dos disciplinas al mismo tiempo; problemas de una naturaleza mixta o dual: jurídica, por una parte, y moral, sociológica, política y económica, por otra. Mientras este orden es, en nuestra opinión, esencial para una concepción científica del estudio del derecho, es

posible, a primera vista, visualizar dos formas de incluir estos problemas en la enseñanza en cuestión. Primero, podemos asignar un lugar separado, junto con los temas específicamente jurídicos, a estas disciplinas de “problemas-mixtos”, que en este momento ocupan a los no juristas más que a los juristas. Segundo, podemos simplemente discutir estos problemas dentro del marco de los estudios jurídicos, como si fueran concordantes, con el estudio de problemas jurídicos apropiados; así, por ejemplo, en la instrucción del derecho civil, el profesor debería tratar con los problemas políticos del derecho de familia y su solución comparada, junto con los problemas sociológicos y económicos del derecho de obligaciones o derecho bancario, etcétera.

De estas dos vías posibles, optamos por la primera en el caso de casi todas las disciplinas en referencia, por razones que no son exclusivamente “prácticas”. La segunda vía conduciría al recargo de estudios específicamente jurídicos y a hacerlos extremadamente heterogéneos. Además, estos problemas “no jurídicos” serían tratados en una forma muy fragmentaria, ya que solamente se suscitaran cuando se estuviera discutiendo cada capítulo o cada problema de derecho. Este método es totalmente inapropiado; los problemas de sociología jurídica, economía y psicología social, por ejemplo, son tratados por disciplinas independientes, se debe preservar su unidad; pero son suficientemente extensos y originales para asegurar ser materia de estudios especializados.

Además, la materia ya ha sido probada con respecto a por lo menos una de estas disciplinas. En los países donde se considera necesario que los estudiantes de derecho deberían ser iniciados en problemas económicos, nadie imaginó que esto podría hacerse simplemente introduciendo los aspectos económicos de los problemas y fenómenos jurídicos en la enseñanza del derecho; se han establecido cursos completamente independientes, en que la economía política es tratada como un tema único, fundamental.

Si admitimos la necesidad de introducir en el ciclo de los estudios de derecho, temas que no son específicamente jurídicos, es difícil ver por qué se debería adoptar una solución diferente en su caso. Algunas personas pueden tal vez descubrir una razón, en lo que consideran como el desarrollo insuficiente de estas disciplinas y la marcada incertidumbre que rodea sus bases. Se podrá replicar *a)* que las ciencias ahora consideradas como totalmente desarrolladas y “arquetipos”, se enseñaron por muchos siglos antes que alcanzaran su etapa actual, y que, posiblemente el mismo hecho de ser enseñadas ayudó materialmente a su pro-

greso; b) que aunque las ciencias en cuestión no pueden proporcionar una cantidad muy considerable de conocimiento, especialmente de leyes (es el momento de relaciones causales que está implicado principalmente, aunque no expresamente mencionado), la mera exposición de los hechos, la mera evocación de los problemas que se suscitarían con respecto a ellos, la mera consideración y reflexión de ellos, aun aceptando un grado material de inseguridad —es decir, el mismo hecho de llamar la atención para referirse a este sector de la realidad y sus problemas—, valdría en sí mismo la pena y representaría un logro intelectual. En todo caso, hay realmente sólo dos posibilidades: ya sea rehusarse del todo a admitir que estos problemas puedan entrar en los estudios jurídicos, o darles, en tales estudios, un sitio propio; rehusarles tal lugar sería excluirlos totalmente de la enseñanza del derecho.

Sin embargo, si existe un lugar para estos temas “mixtos”, los profesores a cargo de ellos no deben perder de vista la característica dominante del ciclo de estudios en que están incorporados, ya que son —la sociología en particular—, en ciertos aspectos, de naturaleza bastante diferente, debido a sus orígenes y desarrollo.

Estas materias, al enseñarse, deberían estar engranadas a la ciencia del derecho y a los problemas o fenómenos particularmente conectados; ellas deberían ser consideradas como partes y auxiliares de la enseñanza del derecho y no como disciplinas independientes; ya que son estudiadas aquí no por sí mismas sino en cuanto pueden contribuir a una mejor comprensión de cosas jurídicas.

Así, si se instituye un curso de sociología, el profesor debería tener en mente que su trabajo no es preparar sociólogos autosuficientes; por lo tanto que su enseñanza no tendrá que tratar, necesariamente, con todos los sectores cubiertos por un ciclo de estudios principalmente dedicados a la sociología, ni, en algún sector dado, dar igual importancia a hechos que se relacionan a ciertos grupos o tipos de sociedades. Sugerimos como temas importantes posibles en tal enseñanza: la teoría general de la sociedad, la teoría de las sociedades y fenómenos políticos, las relaciones entre la ley y otros tipos de hechos sociales.

Las mismas observaciones se aplican a todas las disciplinas que hemos mencionado, pero ya que la sociología está relacionada, por lo menos, con una parte considerable de sus problemas, es posible contemplar que la sociología sola debería ser el tema de esta instrucción adicional.