

## LA EVOLUCION DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

*Plática dada en el cursillo de actualización de la Escuela Libre de Derecho, el 14 de mayo de 1979 por MIGUEL VILLORO TORAZNO.*

Si uno tratar de buscar un calificativo que distinguiera a los juristas de la tradición anglosajona de sus colegas de la tradición continental, creo que no estaríamos muy lejos de dar en el blanco si empleamos el adjetivo "pragmático", opuesto al adjetivo "teorizante". Esa es la actitud que tomó el Juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Oliver Wendall Holmes (1841-1935) cuando dijo: "Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa más ambiciosa, es lo que yo entiendo por Derecho".<sup>1</sup>

Yo creo que es precisamente esa actitud pragmática la que ha impulsado a la mayor parte de los juristas norteamericanos a aceptar espontáneamente, casi como una verdad evidente que no necesita demostración, los postulados filosóficos de la Escuela Analítica, fundada en Inglaterra por John Austin (1790-1859). Como se sabe, la Escuela Analítica es la cara anglosajona del Positivismo Jurídico. La otra cara, la latino continental, la presenta la Escuela de la Exégesis, en tanto que en Alemania el Positivismo Jurídico es defendido por los pandecistas. Los dos postulados filosóficos básicos del Positivismo Jurídico son que, respecto del Derecho, sólo hay que entender por tal lo mandado por las autoridades competentes y, respecto de los derechos subjetivos, que éstos sólo existen en la medida que son reconocidos y otorgados por el Derecho Positivo.

El objetivo de mis reflexiones es examinar la suerte que ha corrido el Positivismo Jurídico o más exactamente, la Escuela Analítica en el desarrollo del pensamiento filosófico jurídico norteamericano. Voy a referirme necesariamente en forma breve a algunos de los pensadores más notables y a algunos de los argumentos que han expuesto. Pero debo hacer una aclaración sobre el impacto que los debates filosófico jurídicos tienen aun la totalidad del pensamiento jurídico norteamericano. Lo más probable es que la mayoría de los juristas norteamericanos queden muy

<sup>1</sup> O. W. Holmes, *El sendero de la ley (The Path of Law)*.

poco afectados por ellos, si es que en algo son afectados. Yo creo que la inmensa mayoría de los juristas norteamericanos siguen aceptando, sin ningún resquemor de conciencia, los postulados filosóficos del Positivismo Jurídico. Y eso se debe, además de la ya mencionada actitud pragmática propia de su temperamento, a un hecho: la filosofía del derecho no es una materia obligatoria en la mayor parte de las Universidades de los Estados Unidos. El contenido del curso sobre Jurisprudencia, que sí es obligatorio en el primer año de la carrera, versa generalmente sobre las técnicas del manejo de las fuentes jurídicas y no suele comprender, como lo hace entre nosotros la introducción al Estudio del Derecho, una explicación filosófica de lo que es el Derecho. Allí se dan por supuestos los postulados filosóficos del Positivismo Jurídico. Los alumnos así formados no suelen desarrollar una preocupación por criticarlo y más tarde, ya en el ejercicio de su profesión, ni se sienten capacitados para llevar a cabo esa crítica ni, la más de las veces, sienten la necesidad de iniciarla. Esto no quiere decir que no existan en los Estados Unidos muchos cultivadores de la Filosofía del Derecho, algunos de ellos eminentes. Luis Recaséns Siches los describe así: "Pero los más entre ellos son francotiradores que han llegado a la Filosofía del Derecho por la necesidad que de ella han sentido en el ejercicio de la profesión jurídica, y trabajan por su cuenta, puesto que apenas existe una organización académica o universitaria de esta disciplina. Unos son jueces ilustres a quienes el ejercicio de su profesión les ha hecho sentir la necesidad de aclaraciones y orientaciones filosóficas sobre el Derecho. Otros son profesores de ramas concretas del Derecho, a los cuales el cultivo de su disciplina particular les ha incitado a plantearse interrogantes filosóficos jurídicos, y dan cursos libres o voluntarios sobre esta materia. Claro que esto determina que su vocación filosófica tenga un *ejemplar carácter de autenticidad*, porque fueron a la Filosofía del Derecho no porque se enamoraron, por así decirlo, de un género de estudios que estaba ya ahí reclamando atención, sino que fueron en busca de ella, porque sintieron su ausencia insoportable".<sup>2</sup> El carácter de francotiradores convencidos de la valía de su causa tiene una ventaja y un inconveniente. La ventaja es que sus reflexiones no nacen como consecuencia de sistemas filosóficos preconcebidos, sino como una necesidad de la misma vida y práctica del Derecho. Eso las hace especialmente valiosas. No son reflexiones de filósofos profesionales, elaboradas en la asepsia de cuartos de estudio. Son las exigencias pragmáticas de juristas que quieren dar pleno y auténtico sentido a su actividad profesional. El inconveniente es muy claro: quienes han llegado así a la Filosofía del Derecho son, salvo excepciones muy notables, autodidactas en esa

<sup>2</sup> Luis Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Tomo II, Porrúa, México, 1963, pág. 586 y sig.

disciplina. Eso se refleja en imprecisión en el lenguaje que emplean y en obscuridad en la argumentación. Sin negarles méritos de originalidad, a veces dan la impresión de caminar a ciegas por senderos que desde hace ya mucho tiempo fueron trazados por la Filosofía. Y luego, llegan por fin con mucho esfuerzo a conclusiones que son moneda corriente en sistemas filosóficos jurídicos estructurados desde hace mucho tiempo. Más aún, a veces no se atreven a explicar esas conclusiones y menos aún a sacar de ellas todas las consecuencias posibles; sólo las apuntan tímidamente. Esas reflexiones son mucho más claras y coherentes cuando denuncian las limitaciones del Positivismo Jurídico que cuando proponen algo para reemplazarlo. Pero eso no les quita su valor: es el valor de un testimonio personal de quienes se han esforzado por vivir auténticamente una doctrina y la han encontrado insuficiente.

Creo que estas críticas del Positivismo Jurídico siguen siendo una minoría entre los juristas norteamericanos, pero es una minoría muy activa que va engrosando sus filas, sobre todo a partir de la década de los sesentas, y una minoría muy influyente, pues a través de sus escritos y enseñanzas contribuye a dar nuevas trayectorias a la jurisprudencia de los triunfanales y a formar nuevas generaciones de abogados. Es la minoría que apunta hacia el futuro, y ese futuro se vislumbra como cada vez más alejado del Positivismo Jurídico y cercano a una forma de *iusnaturalismo*. Pero esto es precisamente lo que vamos a examinar a continuación.

Voy a dividir mis reflexiones en dos partes. La primera va a versar sobre el marco filosófico jurídico que sirve de fondo al pensamiento actual. La segunda se va a referir a éste, pero en la imposibilidad de examinarlo en su totalidad —lo que supera con mucho a mis conocimientos— se va a concentrar en el pensamiento de un autor que está teniendo especial impacto en los Estados Unidos. Me refiero a Ronald Dworkin. De él escribía hace poco la revista *Time*: "Una medida de la extensión del impacto que ha tenido Dworkin en estimular a sus colegas, ya sea positiva o negativamente, es la experiencia que ha tenido la *Georgia Law Review*. Cuando los editores pidieron artículos para un número especial sobre la ciencia del Derecho, se encontraron con que virtualmente todas las colaboraciones versaban sobre el pensamiento de ese yanki que enseña en Oxford".<sup>3</sup>

## I

El primero en criticar al Positivismo Jurídico fue el ya mencionado ministro de la Suprema Corte de Justicia, Oliver Wendell Holmes. De sus acerbos diatribas se puede decir lo mismo que de las críticas de los que le han de seguir; son muy certeras respecto del blanco al que apuntan

<sup>3</sup> *Time*, 5 de septiembre de 1977, pág. 41.

pero indecisas respecto de donde provienen. Si recordamos la conocida teoría de los tres círculos de García Máynez, en el primer círculo, el de la validez extrínseca, debe situarse la teoría de Austin. Pero hay que advertir que la Escuela Analítica evoluciona desde el voluntarismo impecable de su fundador hacia un racionalismo un tanto disfrazado detrás del voluntarismo. Es Derecho y sólo es Derecho —decía Austin— aquella norma que esté mandada por la autoridad competente. Los mandatos podrán darse directamente o por delegación, pero todas las normas jurídicas —o, si se prefiere, todos los mandatos— de un mismo sistema tienen que provenir en último término de la misma autoridad, que será soberana en cuanto que ya no tiene otra autoridad por encima de ella y en cuanto que es el origen de toda la juridicidad que baja desde la voluntad soberana y cubre todos los actos jurídicos. Los individuos sólo poseerán aquellos derechos que los conceda esa voluntad soberana o la voluntad de alguna otra autoridad menor convalidada por la voluntad soberana. Pero un planteamiento del Derecho tan vigorosamente voluntarista como el de Austin pronto se demostró insuficiente para explicar los fenómenos jurídicos. Se observó que, por lo menos en el sistema democrático, la voluntad soberana está fraccionada en muchas otras voluntades (la del Presidente, las de las dos cámaras del Congreso, las de los Tribunales) que, lejos de pronunciarse en el mismo sentido, se oponen y contradicen entre sí. ¿Cuál será entonces la voluntad soberana? ¿La del Congreso que manda una Ley? ¿O la de la Suprema Corte de Justicia que declara inconstitucional esa misma Ley? ¿O la del Ejecutivo sin cuya actuación la ley permanece como letra muerta? Sólo apunto por dónde van las críticas. Otras que no carecen de fuerza son las siguientes: ¿Cómo explicar las normas constitucionales que imponen limitaciones o reconocen derechos a los poderes soberanos? No pueden derivar de una autoridad superior, pues entonces los poderes ya no serían soberanos. Entonces tendrían que ser meras limitaciones de hecho de los poderes soberanos y no serían Derechos, y esta otra: ¿Cómo explicar la permanencia de lo jurídico cuando cambian los titulares de los poderes soberanos? Si sólo es Derecho lo mandado por el soberano, cuando éste cambia, toda la juridicidad estaría en suspenso en espera o de una confirmación o de una abrogación por la nueva voluntad soberana, pues el nuevo titular de la misma bien puede tener otra opinión que la que tuvieron sus predecesores.

Estas y otras críticas hicieron que la Escuela Analítica evolucionara hacia un planteamiento que se puede afirmar con verdad que una norma es jurídica sólo cuando corresponde a la lógica de lo mandado por la autoridad competente. Los estudios de la teoría de Kelsen reconocerán sin dificultad esta posición. Kelsen nos da la siguiente definición:

“Norma es el significado de un acto por el cual una determinada conducta es mandada, permitida o autorizada”.<sup>4</sup> Para Kelsen el derecho si-

<sup>4</sup> Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*. Trad. al inglés de la segunda edición en

que siendo órdenes reguladoras de la conducta humana<sup>5</sup> y, por cierto órdenes respaldadas por sanciones. Por eso este planteamiento no abandona el Positivismo Jurídico. Pero ya es un plantamiento racionalista, porque el acento deja de ponerlo en la palabra “mandado” y lo coloca en el pronombre “lo”, es decir en el contenido lógico o, según Kelsen, en el significado que es resultado de lo mandado. Así nos aclara: “La norma, en cuanto significado específico de un acto dirigido a la conducta de alguien, debe ser cuidadosamente diferenciada del acto de la voluntad cuyo significado (*meaning*) la norma es”.<sup>6</sup> He estado utilizando citas de Kelsen porque presupongo que el pensamiento de este autor es conocido por mis lectores, pero debo advertir que seguramente Holmes no dirigió sus críticas contra éste, al que si llegó a conocer no sería sino al final de su vida. Holmes criticó el planteamiento positivista racionalista del cual se alimentó Kelsen. Y en cuanto a los críticos sucesores de Holmes, hay que recordar que la mayoría ignora a Kelsen. Dworkin no lo cita ni una sola vez. La teoría pura del Derecho no tiene en los Estados Unidos ni de lejos la influencia que tiene en México y en otros Países de América Latina. Los actuales juristas norteamericanos, cuando se refieren al Positivismo Jurídico, más bien seleccionan como su representante al Profesor de la Universidad de Oxford H. L. Hart, el cual ya nos presenta una forma muy aminorada de Positivismo Jurídico, una forma racionalista y ya no voluntarista de esa corriente. Y es esta forma contra la cual se dirigen las críticas de Holmes y de sus sucesores. Esta forma sigue situando al Derecho dentro del primero de los tres círculos de García Máynez. Este ilustre iusfilósofo, al que tanto debe la cultura mexicana, coloca a los enfoques voluntarista y racionalista en el mismo círculo, porque ambos enfoques tienen un criterio extrínseco o externo para juzgar la validez de las normas jurídicas, pero ese criterio no es el mismo; para el voluntarismo, es la voluntad de la autoridad competente; para el racionalismo, es la coherencia lógica de lo mandado por la autoridad competente. La diferencia de criterios implica técnicas diferentes. La del voluntarismo consiste en verificar si la norma ha sido mandada por la autoridad soberana o por alguna otra autoridad derivada de ella. La del racionalismo, en la cuidadosa elaboración de algunos conceptos jurídicos fundamentales para que formen un todo lógico armónico y en la introducción de una regla de reconocimiento, por la cual se señalan la o las condiciones que debe cumplir una norma para ser válida jurídicamente en un sistema de Derecho determinado. Una de esas condiciones puede ser el que derive de una autoridad competente; otra el que sea coherente con otras normas del mismo sistema; otra más que cada norma

alemán por Max Knight., University of California Press, Berkeley, Los Angeles, Londres, 1970, pág. 5.

<sup>5</sup> *Id.*, pág. 31.

<sup>6</sup> *Id.*, pág. 5.

tenga su lugar en la pirámide jerárquica, tal como lo propone Kelsen, y que, por lo tanto, no contradiga las normas de jerarquía superior; etc. Claro que, si entre las condiciones señaladas como necesarias por la regla de reconocimiento se encontrara el que la norma fuera justa o simplemente que esté en concordancia con la dogmática jurídica propia del sistema, entonces ya se habrá abandonado un planteamiento de criterios puramente de validez intrínseca, es decir, se habrá ampliado tanto el primer círculo que ya comprende el segundo círculo de los tres propuestos por García Máynez. Anunque autores muy serios, tales como Luis Recaséns Siches, W. Friedman y Ronald Dworkin, parecen situar a la teoría de Hart simple y llanamente en el primer círculo, en lo personal me inclino a pensar que debe situarse si en el primer círculo pero en forma tal que comprenda ya el segundo. Lo que quiero decir es que para mí Hart desborda el Positivismo Jurídico y comprende elementos de una visión de la justicia como necesaria para la validez de la norma jurídica. Si menciono esto no es que, por el momento esté interesado en explicar la teoría de Hart, sino porque ella me da pie a apuntar, antes de proseguir mis observaciones por donde creo está la respuesta correcta. Yo creo que cualquier jurista contemporáneo, para verificar la existencia de las normas jurídicas, debe comenzar aplicando criterios de validez extrínseca: ¿tal conducta es verdaderamente mandada? ¿quién la manda es verdaderamente autoridad? ¿esa autoridad tiene jurisdicción para mandar lo que manda? ¿el significado de lo mandado es coherente? ¿No hay contradicción entre ese significado y el de las normas jerárquicamente superiores? etc. Si las respuestas a las preguntas de validez extrínseca han sido positivas, entonces ese mismo jurista debe plantearse preguntas de validez intrínseca ¿está de acuerdo lo mandado con los principios axiológicos de la dogmática jurídica? O, en otras palabras, ¿es justo lo mandado?

Toda esta digresión tiene como razón de ser el proporcionar una base teórica que nos permita situar el sentido de las críticas que muchos notables juristas norteamericanos han dirigido contra el Positivismo Jurídico. Así, por ejemplo, volviendo al pensamiento de Holmes, observamos que se rebela contra la teoría jurídica positivista imperante en su tiempo, porque "excluía del ámbito del Derecho y de la teoría sobre éste, todas las consideraciones sobre la bondad o maldad del Derecho, sobre su justicia o injusticia, sobre su servicialidad o no servicialidad al bienestar general".<sup>7</sup> Cuando así procede, está criticando la insuficiencia del círculo A (no su verdad), porque no incluye elementos del círculo B. Pero no son esas críticas las que más afectaron a la tradición iusfilosófica norteamericana, sino otras originadas en su famosa parábola del mal hombre. Se pregunta Holmes: ¿cómo ve el Derecho un hombre común y corriente, o mejor aún un mal hombre? Ciertamente esas teorías y especulaciones,

que tanto atraen a los juristas, no le dicen nada, no son para él el verdadero Derecho. Este se encuentra en las normas que se aplican, las normas que constituyen el Derecho eficaz, el Derecho viviente, es decir, aquel que conforma el tercer círculo de García Máynez. Lo que le interesa saber a ese mal hombre es cómo reaccionará todo el aparato coercitivo del Estado ante determinada conducta que se propone realizar y eso es lo que le pregunta, ¿qué harán los funcionarios públicos? Y, por favor, que no le vaya a contestar su abogado con una explicación teórica de la juridicidad o antijuridicidad de la conducta que se propone realizar, y menos aún con su opinión sobre la justicia o injusticia de esa conducta. El abogado debe contestarle con una predicción de lo que más probablemente harán los jueces y demás funcionarios. Y concluye Holmes: "la vida real del Derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia". Y luego su famosa definición ya mencionada. "Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa más ambiciosa, es lo que yo entiendo por Derecho".

Este planteamiento ha impactado profundamente a la cultura jurídica norteamericana. Sobre él se levanta toda una corriente de pensamiento que recibe el nombre de Realismo Jurídico Norteamericano, cuyas figuras más notables son Karl N. Llewellyn (n. 1893), Jerome Frank (1889-1957), Joseph W. Bingham y Thurman Arnold. Para Llewellyn, lo que los órganos y funcionarios públicos hacen respecto de las disputas es el derecho y al jurista no le deben preocupar las normas que están escritas en las leyes o que elaboran los teóricos a partir de ellas; esas no son más que "reglas en el papel". Lo que debe investigar son las "reglas efectivas", que son aquellas, declaradas o no por la autoridad, según las cuales los jueces deciden realmente el litigio.

Antes de proseguir, quiero subrayar la peligrosidad de este planteamiento. Llevado a sus últimas consecuencias, significa acabar para siempre con la licencia del derecho y reemplazarla por la Sociología Jurídica; significa y eso es mucho más grave, la aprobación de todas las corruptelas y desviaciones que se han introducido en la práctica del Derecho. Claro que al mal hombre eso es lo que le interesa cuando un jefe de la mafia consulta a su abogado y éste le predice que el crimen proyectado podrá quedar impune porque se podrá cohechar al juez, el mal hombre quedará muy complacido, declarará que su abogado es el mejor del mundo y lo recompensará de acuerdo con el éxito real que obtenga. La cuestión es: ¿el punto de vista del jurista sobre el derecho es el mismo punto de vista que tiene sobre él el mal hombre, el de una realidad que en unos casos hay que soportar y en otros se puede flexionar para que se conforme a los propios intereses,

Ya planteada así la cuestión, no creo que ningún jurista, ni siquiera Llewellyn que es el más radical de todos, se atrevería a contestarla en sentido afirmativo. Es verdad que todos ellos quieren bajar a la realidad ese

<sup>7</sup> Luis Recaséns Siches, *op. cit.*, pág. 595.

Derecho que algunos juristas habían elevado a las nubes de las teorías y conceptos abstractos; quieren bajar ese Derecho a la vida real, pero no a la vida real del mal hombre sino a la vida real del juez que trata de desempeñar su labor con responsabilidad. De allí que las reflexiones de estos juristas no son respuestas a la pregunta sociológica: ¿cuál es la vida corrupta del derecho. Son más bien críticas que ponen de manifiesto la importancia que tiene la realidad como fuerza limitadora de las teorías y conceptos abstractos (círculo A) y de los más elevados ideales de justicia (círculo B). En otras palabras lo que quieren decir esos juristas pero no lo dicen, porque ignoran la teoría de los tres círculos de García Máynez es que el Derecho de Jurista no puede ser sin más el derecho del teórico del derecho o el derecho del filósofo sólo preocupado en una justicia también teórica; debe ser un derecho, ciertamente elaborado en teorías abstractas coherentes y además animados de principios de justicia, pero teorías capaces de funcionar en la realidad. Las críticas desde el círculo C no deben excluir los círculos A y B sino completarlos. Por eso la pregunta que contestan es: ¿Cómo de hecho proceden los jueces? Pero no se trata de cualquier juez, y menos de un juez corrompido; se trata de un juez responsable, concededor de teorías y de la jurisprudencia de los tribunales, un juez tan responsable que, por motivos de justicia, es capaz de construir nueva jurisprudencia.

Quiero aclarar que estas distinciones son más. Están destinadas a situar el profundo sentido de las críticas formuladas al Positivismo Jurídico por autores norteamericanos. La mayoría de estos las formula probablemente creyéndose situados sin más en el tercer círculo, aunque esto último tampoco crea que son capaces de verlo. Por su actitud pragmática se sienten muy afines al sociólogo del Derecho y rechazan instintivamente todo exceso teorizante. Pero son autodidáctas en Filosofía, y eso les impide llegar a la visión más universal que supone la teoría de los tres círculos.

Hart, que además de jurista es filósofo, rechaza explícitamente la visión que tiene del derecho el mal hombre. Es una visión externa al derecho, como es la que tiene el sociólogo. El jurista debe tener del Derecho un punto de vista interno, que consiste en ver a las normas jurídicas, no como quien las observa desde lejos sin preocuparse por su valor, sino "como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta".<sup>8</sup> El juez ciertamente no ve a las normas jurídicas desde afuera. "El juez no ve en la regla un enunciado que expresa que él y otros probablemente castigarán las transgresiones, aunque un espectador podría considerarla precisamente de esta manera. El aspecto predictivo de la regla (aunque totalmente real) es irrelevante a los fines del juez, mientras que el *status* de ella como guía y justificación es esencial".<sup>9</sup> "Los

<sup>8</sup> H.L.A. Hart, *El concepto del Derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pág. 111.

<sup>9</sup> *Id.*, pág. 13.

conceptos jurídicos y políticos... implican esencialmente una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que usan las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás".<sup>10</sup> Y es este punto de vista interno el que adoptan los juristas norteamericanos. No se preguntan cómo procede el juez corrupto, sino cómo procede el juez responsable que acata las normas y principios filosóficos de su sistema.

Voy a examinar brevemente las reflexiones de tres iusfilósofos norteamericanos: Benjamín Cardozo (1870-1938), Roscoe Pound ((1869-1964) y Jerome Franck (1889-1957). Los dos primeros forman con Oliver Wendell Holmes las tres eminencias de la escuela de pensadores conocidos como "Jurisprudencia Sociológica". El último suele ser clasificado entre los miembros del ya mencionado Realismo Jurídico Norteamericano.

De las dos palabras que forman el nombre de "Jurisprudencia Sociológica", hay que poner el acento en la primera. Lo que pretende esta escuela de pensadores es hacer sólida ciencia del Derecho. Sin embargo, el adjetivo "sociológica" no está de más; indica la reacción contra el formalismo rígido y el conceptualismo abstracto construido lejos de la realidad sociológica del derecho y de la práctica judicial. Benjamín Cardozo (1870-1938), como el juez de la Suprema Corte que fue, sintió la necesidad de una jurisprudencia realista. En su más importante libro, la naturaleza del proceso judicial,<sup>11</sup> analiza los métodos que él y los demás jueces aplican para llegar a las conclusiones de sus sentencias. Son éstos cuatro, que emplean diversas disciplinas para abordar los problemas" 1) el método lógico, que deduce las conclusiones a partir de las leyes y de la jurisprudencia en vigor; 2) el método histórico que busca la inspiración en el desarrollo de las instituciones jurídicas; 3) el método sociológico que estudia las costumbres y las convicciones sociales vigentes; y el método filosófico que parte de puntos de vista de justicia y de bienestar social. El más importante es el último, pues es él el que decide cuál de los otros métodos debe emplearse y lo sigue orientando en su desempeño; pero no se emplea aislado de los otros métodos: de ningún modo se opone el método lógico; sólo muestra sus limitaciones y aclara que la congruencia lógica no es el valor supremo del Derecho sino que tiene su razón de ser en un principio de justicia: el que manda fallar de manera igual los casos iguales. La principal limitación del método lógico deductivo la plantean los hechos del caso, cuando en el estudio de los mismos se ve que se pueden elaborar fallos diferentes deducidos de principios diferentes. El ejemplo que nos da es el caso Riggs vs. Palmer. En 1889, en el Estado de Nueva York, un heredero asesinó a su abuelo para obtener

<sup>10</sup> *Id.*, pág. 122.

<sup>11</sup> Benjamín Cardozo, *The nature of the judicial process*, Yale University Press.

la herencia; fue procesado penalmente y sentenciado a cumplir una pena de cárcel; pero reclamó el derecho de entrar en posesión de su herencia. Fundaba su petición en dos principios jurídicos en vigor: el principio de la fuerza obligatoria de un testamento válido y el principio de que no es función de los tribunales civiles el incrementar los castigos impuestos por los tribunales penales. Sin embargo, la Corte dedujo su fallo de un tercer principio, que por cierto se encuentra en el Digesto:<sup>12</sup> *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*; nadie debe beneficiarse de su propio delito. En otras palabras: es el estudio de los hechos valorado conforme a justicia el que decide cuál deducción debe aplicarse. Después veremos la importancia que cobra cada uno de estos métodos en el pensamiento de Ronald Dworkin.

Roscoe Pound (1869-1964) ha sido clamado por Giorgio del Vecchio "el más grande jurista norteamericano"<sup>13</sup> y por Luis Recaséns "el príncipe de los iusfilosóficos norteamericanos".<sup>14</sup> "Su máxima preocupación es averiguar cómo se puede llegar a la elaboración de sentencias justas".<sup>15</sup> De su amplia y fecunda obra seleccionaré algunas ideas. Para él, la aplicación de un método histórico al modo como procedía la Escuela Histórica del Derecho, nos ata inexorablemente al pasado e impide al juez la búsqueda de soluciones más justas y más concordantes con las necesidades sociales actuales. El mismo resultado se obtiene de la aplicación de un método deductivo a partir ya sea de principios inmutables al modo de la Escuela Racionalista del Derecho Natural o de principios inmutables del Derecho Positivo. En ambos casos se excluye el estudio crítico de los efectos reales producidos por las normas o principios inmutables en la vida real de la sociedad. Tanto el enfoque racionalista como el enfoque historicista nos impiden usar el Derecho como lo que verdaderamente es: un instrumento de solución de problemas sociales. Una sociedad cambiante como la nuestra hace más patente la necesidad de hacer de la Ciencia Jurídica una verdadera "ciencia de ingeniería social, que estudie la ordenación de las relaciones interhumanas mediante la acción de la sociedad política organizada".<sup>16</sup> Para ello propone un método que conjuga el enfoque sociológico con el filosófico. Primero deben conocerse las necesidades e intereses de los diferentes individuos y grupos. Luego debe ordenarse las satisfacciones de esos intereses conforme a los "postulados jurídicos de una sociedad civilizada".<sup>17</sup> Pound elaboró toda una tabla de

<sup>12</sup> *Digesto*, L. 50, T. 17; L. 134, párrafo 1o.

<sup>13</sup> Giorgio del Vecchio. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Trad. de la ed. italiana revisada por Luis Legaz y Lacambra Bosch, Barcelona, 1960, pág. 196.

<sup>14</sup> L. Recaséns Siches, *op. cit.*, pág. 587.

<sup>15</sup> *Id.*, pág. 611.

<sup>16</sup> *Id.*, pág. 612.

<sup>17</sup> *Id.*, pág. 615.

esos postulados o principios y propuso una aplicación de los mismos en la línea de la filosofía utilitarista de Jeremy Bentham.

Terminaré esta plática con una breve referencia al pensamiento de Jerome Frank (1889-1957), el actual también fue juez, como Holmes y Cardozo. El método deductivo a partir de normas o reglas fijas sólo es posible en una sociedad relativamente estática, una sociedad muy complacida en su propio sistema y que tenga tiempo para elaborar todo un sistema de reglas omnicomprendidas, que contengan respuestas para todas las cuestiones posibles. Yo añadiría que también es posible en una sociedad totalitaria, que señale un modelo ideal como único válido para las conductas de los miembros de esa sociedad. Es verdad que ese sistema y la aplicación deductiva de sus normas produce certeza. Pero, ¿por qué empeñarse en que las soluciones jurídicas poseen todas ellas esa certeza que produce el método deductivo? Mucha de la incertidumbre del Derecho no es tan sólo un accidente infeliz, no es sólo el resultado de un accidente o de una falla, sino que, por el contrario, tiene un inmenso valor social.<sup>18</sup> Abogados, jueces y teóricos del Derecho parecen avergonzarse de esa incertidumbre y hasta tratan de ocultarla. En realidad se debe al "carácter esencialmente plástico y notable del Derecho".<sup>19</sup> La vida es algo notable y está formada por circunstancias que cambian y forman nuevas situaciones impredecibles. Igual que un individuo humano, a medida que crece y madura, se va enfrentando a nuevas situaciones, la sociedad humana tiene que encarar nuevos problemas y buscarles nuevas soluciones. Pretender certidumbre para todas esas nuevas soluciones es perpetuar el anhelo infantil de hallar una fuente segura de omniscencia. El niño cree en la infalibilidad y omniscencia de su padre. Cuando se hace hombre, se da cuenta que ni su padre ni él mismo tienen respuestas para todo. El jurista que pretende hacer de la Ciencia Jurídica un sistema de respuestas ciertas y seguras está buscando en el Derecho un sustituto del padre infalible. Pero, también como el niño, se está negando a asumir la responsabilidad de tomar la decisión de sus actos. Y no siempre se toman las decisiones morales con plena certeza. Lo mismo acontece con el Derecho. Se tiene que enfrentar a realidades inquietantes y desagradables, para las que con frecuencia no hay soluciones fáciles y ciertas. Pero sería peor el negarse a buscarles solución, por imperfecta e insegura que ésta sea.

Todo esto no lleva a Jerome Frank a concluir que no existan reglas jurídicas que deban ser aplicadas sino a rechazar una visión del Derecho que consista exclusivamente en la aplicación a casos concretos de normas generales y abstractas. En otras palabras: "el problema de la decisión judicial está mucho más allá de los límites de la lógica formal; porque

<sup>18</sup> *Id.*, pág. 629.

<sup>19</sup> *Id.*, pág. 630.

este problema de la decisión judicial consiste sobre todo en la elección de las premisas".<sup>20</sup> "La lógica formal trata solamente de la corrección de la inferencia, pero no suministra criterio para elegir entre las varias premisas posibles".<sup>21</sup>

Con esta conclusión de Jerome Frank podemos dar por terminado nuestro breve recorrido de la evolución de la Filosofía del Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica. Tenemos el marco de fondo que nos ayudará a entender los desarrollos iusfilosóficos de la última década. Estos serán el tema de nuestra siguiente plática.

Creo que no es exagerado el afirmar que, a partir de la década de los treinta, se ha ido produciendo en los Estados Unidos una verdadera revolución en la visión filosófica del Derecho. Dada la importancia que tiene la Suprema Corte de Justicia en el sistema jurídico norteamericano, es allí donde hay que observar esa revolución. Pero la Suprema Corte de aquel país nunca ha actuado con total independencia de las corrientes de pensamiento y de las fuerzas políticas. Aunque ejerce un auténtico papel de liderazgo en la búsqueda y proposición de nuevas soluciones jurídicas, el gran prestigio de que goza se debe en gran parte al hecho que ha sabido tomar la iniciativa cuando las circunstancias sociales estaban maduras para poder asimilar las nuevas soluciones. Llámese prudencia o pragmatismo, el hecho es que esa actitud de la Suprema Corte permite que sus decisiones tengan un impacto en toda la vida jurídica norteamericana que no alcanzarían si el ambiente cultural y social no hubiera madurado lo suficiente para aceptarlas, aunque sea a regañadientes. En este contexto, la Filosofía del Derecho desempeña un doble papel. Por una parte contribuye a racionalizar las nuevas exigencias de justicia y así es un instrumento en el proceso de maduración cultural. Por otra parte, elabora a partir de las decisiones judiciales nuevas una teoría coherente, que sirve para legitimarlas ante el tribunal de la razón filosófica. En ambos casos se trata de una Filosofía del Derecho muy cercana de la problemática jurídica, la cual le da un valor peculiar: el de ser un pensamiento filosófico elaborado a partir de los hechos, que no se impone abiertamente a partir de teorías metafísicas discutidas. El horror a la metafísica sigue presente en la mayoría de los iusfilósofos norteamericanos y nos ayudará a entender algunas de las cosas que vamos a decir.

Decíamos que esta revolución en la visión filosófica del Derecho se produce a partir de la década de los treinta. Lo que vino a sacudir profundamente a la sociedad norteamericana fue la crisis económica de la depresión. La filosofía del *laissez faire* se demostró incapaz de sacar al país de la depresión. Franklin Delano Roosevelt propuso, en su famoso *New Deal*, una serie de medidas de intervención estatal en la economía,

<sup>20</sup> *Id.*, pág. 633.

<sup>21</sup> *Id.*, pág. 635.

que pronto fueron tildadas de socialistas no sólo por los baluartes tradicionales del capitalismo liberal sino también por juristas acostumbrados a interpretar la Constitución conforme al método del Positivismo Jurídico. En efecto el tropiezo más serio que encontró Roosevelt para llevar a cabo su programa legislativo fue la resistencia de la Suprema Corte. Esta concluía, no sin razón, que la intervención del Estado en la economía era una idea que habría repugnado a los constituyentes norteamericanos. Holmes, tan crítico en teoría del Positivismo Jurídico, no titubeaba en aplicarlo en la práctica para combatir cualquier medida de intervención estatal en la economía, como el Sherman Act promulgado en 1890 para lidiar contra los monopolios. Holmes creía en el darwinismo social, según el cual las fuerzas naturales de la economía, dejadas en libertad, deberían restablecer un equilibrio razonable de las cosas. No fue sino hasta que la Suprema Corte fue integrada por algunos nuevos miembros bajo la presidencia de Charles Evans Hughes que se inició esa revolución jurídica de la que veníamos hablando. Esto se hizo posible por la aplicación de un nuevo método de interpretación: los valores defendidos en el texto constitucional y en sus enmiendas empezaron a interpretarse, ya no conforme a la mentalidad de los constituyentes históricos, sino conforme al sentido moral importante en el tiempo de las decisiones judiciales. Así, por de pronto, se hizo posible la aplicación del New Deal y, a la larga, se abrieron las puertas a las decisiones protectoras de los derechos civiles de la minoría negra y de otras minorías. Se puede resumir el nuevo método con las siguientes palabras de Eugene V. Rostow, profesor de la Universidad de Yale, referidas primordialmente a la Carta de las Naciones Unidas (1945) pero aplicables a todo texto de Derecho Positivo.<sup>22</sup> "La Carta no agota el contenido del Derecho Internacional, como una constitución escrita o una ley no son todo el Derecho de las materias de que tratan. Como cualquier ordenamiento de Derecho Positivo, la Carta debe ser entendida en un firme contexto de costumbres, prácticas, historia, expectativas y esperanza. Y, como cualquier otro ordenamiento de Derecho Positivo, su significado evoluciona continuamente como respuesta a los cambios sociales y morales, y también a los cambios de los ideales defendidos como aspiraciones en el mismo documento". En otras palabras, se adopta el método de interpretación defendido desde Von Ihering y Gény y que es conocido como el de la libre Investigación Científica. Este método de ningún modo prescinde de los ordenamientos escritos pero defiende que deben ser interpretados, ya no conforme al pensamiento fijo de los legisladores que les dieron origen, sino conforme a la dogmática jurídica imperante en el tiempo del intérprete.

El método abrió la puerta a que pudieran ser incorporados como so-

<sup>22</sup> Eugene V. Rostow, *The Ideal in Law*. University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1978, pág. 275.

luciones jurídicas principios morales, con tal que éstos tuvieran alguna aceptación por lo menos en minorías suficientemente activas para hacerlos valer. En los años treinta empezó a crecer el número de sentencias protectoras de los derechos civiles, no sólo en materia de discriminación racial, sino también en problemas que iban desde la libertad de palabra y de la prensa hasta los derechos de voto y de un debido proceso (*due process of law*) en materia penal. Pero fue sobre todo la vuelta de los veteranos de la Segunda Guerra Mundial lo que aceleró el proceso de reforma y protección de los derechos humanos. Se hizo cada vez más patente que era absurdo pedir a los negros que expusieran su vida en los campos de batalla y negarles la plena igualdad jurídica cuando volvían a casa. En 1954, el caso *Brown vs. Board of Education* eliminó el principio hasta entonces vigente, según el cual la educación no era discriminatoria por darse en escuelas diferentes para blancos y negros. Se había dicho que la igualdad de oportunidades se mantenía en escuelas *separated but equal*. Tras muchas otras sentencias, siguieron dos famosas leyes: el *Civil Rights Act* de 1964 y el *Voting Rights Act* de 1965. Desde entonces no se ha interrumpido la corriente de soluciones jurisprudenciales protectoras de diversas facetas de los derechos humanos: el derecho de la privacidad, el de la libertad frente a los abusos de la policía o de la administración, el de tener un ambiente ecológico sano, para mencionar algunos temas.

Lo que me interesa ahora es examinar cómo se han introducido esos cambios. El cómo de algunos de ellos ha sido muy visible: protestas estudiantiles, *sit-ins*, negativas públicas a obedecer leyes o mandatos. Quiero más bien concentrarme en aspectos menos conocidos y más académicos. No todo son protestas públicas. Hay toda una reflexión muy seria que impulsa a los cambios. Dónde me parece más lograda esta reflexión es en los problemas médicos que atañen a la vida jurídica, tales como las drogas, la manipulación del cerebro, las decisiones para prolongar o acortar la vida, las investigaciones sobre inseminación artificial y sobre manipulación genética así como sobre las diversas técnicas de control de la natalidad. Existe por lo menos una asociación médica dedicada al estudio de tales problemas: la *Society for Health and Human Values*, que publica *The Journal of Medicine and Philosophy*. Pero el estudio más completo de los problemas surgidos en una sociedad de rápidos cambios se debe al Institute of Society, Ethics and Life Sciences, más conocido como el Hastings Center. Fundado en 1969, está compuesto de once miembros dedicados tiempo completo a la investigación y de muchos otros académicos colaboradores, que se reclutan entre médicos, sociólogos, filósofos, teólogos, psicólogos, antropólogos y —claro está— juristas. Su característica es el estudio interdisciplinario de las cuestiones. Publica una revista trimestral, otra mensual y libros. Además fomenta y organiza jornadas y semanas de estudio en diferentes universidades. Por último, tiene

cursos para prepara profesores de ética especializados en la problemática moderna.

Al mencionar estos esfuerzos tan serios de investigación, mi intención es señalar el cambio en el ambiente universitario. Hasta hace poco, se consideraba poco científico el abordar en las universidades problemas morales. Estos se dejaban a la conciencia individual o a las iglesias. Hoy ya no se rechaza como no-universitario el planteamiento del alcance moral de lo científico. Todo este esfuerzo tiene impacto en las soluciones legales, prepara futuras leyes y educa a la opinión pública. La moral ya no es desterrada sin más de las universidades. Cada vez se la ve como necesaria para elaborar nuevas soluciones jurídicas. Algunos filósofos del Derecho, como el mencionado Eugene V. Rostow y Edgar Bodenheimer, lo reconocen explícitamente. Otros, como Ronald Dworkin también lo reconocen pero con escrúpulos de conciencia, formada en el positivismo y en el horror de la metafísica. Lo interesante de la teoría de Dworkin es que se puede ver en ella una mente positivista abriéndose a la exigencia de admitir principios supra positivos. Es una teoría que condena explícitamente al Positivismo Jurídico, pero que no acaba de abrirse al Iusnaturalismo. Vamos a dedicarle los últimos minutos de nuestra reflexión.

El planteamiento del pensamiento de Dworkin es típicamente norteamericano: ¿cómo de hecho razonan los juristas para llegar a sus conclusiones? y él se contesta: aplican reglas, principios o políticas. Las reglas de Derecho (*legal rules*) son los patrones de conducta que hay que seguir porque están mandados por la autoridad competente. Se aplican en todo o en nada: si los hechos están incluidos en la regla, ésta se aplica sin más; si no lo están, la regla no se aplica. Ejemplo de regla: "un testamento no es válido a menos que esté firmado por tres testigos". Las reglas pueden tener excepciones, las cuales completan la definición de la regla. En el ejemplo anterior, se podrían añadir las palabras: "excepto en el testamento dado en alta mar, para el cual son suficientes dos testigos". Los principios (principles) jurídicos son, en cambio, directivas de conducta que deben de ser respetadas porque implican alguna exigencia moral de justicia o de equidad. Los principios no pueden ser aplicados mecánicamente: inclinan una decisión hacia un sentido, pero deben ser evaluados en contraposición con otros principios; si un principio no prevalece, sobrevive intacto. Por lo tanto, los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas: la dimensión de su mayor o menor peso o importancia. "Pero no podemos decir que una regla es más importante que otra en el mismo sistema de reglas, de tal suerte que cuando dos reglas entraran en conflicto la una superaría a la otra en virtud de su mayor peso".<sup>23</sup> Lo que nos está diciendo Dworkin aunque no lo formula

<sup>23</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977, pág. 27.

explícitamente— es que el razonamiento del jurista procede en las reglas a aplicar la lógica deductiva o, si se prefiere, la lógica matemática, mientras que respecto de los principios aplica lo que Luis Recaséns Siches llamó “lógica de lo razonable”. Tomar en serio a los derechos —y ese es el título de su principal obra—<sup>24</sup> significa reconocer que los individuos gozan de la protección de principios morales que están por encima del Estado y que regulan incluso la aplicación de las reglas del Derecho Positivo. A veces los principios se aplican como si fueran reglas. Por ejemplo, la primera enmienda de la Constitución norteamericana establece que el Congreso no coartará la libertad de palabra. Aplicada esta disposición como regla, significará que cualquier norma, ley o acto que coarte la libertad de palabra; será considerado sin más como inconstitucional; en cambio, aplicada como principio, habrá que balancearla con otros principios, tales como el de la seguridad nacional o el del derecho a la privacidad, y entonces tal vez se resuelva que es procedente alguna limitación a la libertad de palabra. Los principios afectan también la interpretación de las reglas. Por ejemplo, si hay una regla que declare inválidos los contratos leoninos, el principio “es de equidad que se tenga en cuenta en los contratos la buena fe”<sup>25</sup> puede dejar en pie algunos efectos del contrato atendiendo sobre todo a quien participó en él de buena fe.

Otra importante diferencia entre reglas y principios consiste en que las primeras, una vez que nacen, deben aplicarse sin más por el juez, mientras que la aplicación de los principios depende del arbitrio judicial. Es decir, el juez no puede ignorar la existencia de las reglas pero sí la de los principios. Las reglas nacen por el acto de voluntad de la autoridad competente; en tanto que los principios permanecen latentes en la tradición moral del grupo, a veces sin producir resultados durante largo tiempo, hasta que el sentido de justicia de un juez los llama a la vida. Dworkin reconoce que la mayoría de las veces el juez decide en función de reglas y que la invocación a los principios es propia de excepcionales (*hard cases*), es decir “cuando las reglas vigentes no dictan la decisión en uno u otro sentido”. Esta diferencia resulta en que las reglas producen siempre derechos concretos, en tanto que los principios sólo originan derechos “de fondo” (*background rights*), es decir, la fundamentación moral sobre la cual el juez tendrá que erigir los derechos concretos. En otras palabras, el juez extrae de la tradición moral del grupo aquellas exigencias de justicia, latentes en los principios, que le van a permitir formular nuevos derechos concretos, hasta ese momento no contenidos en las reglas vigentes. Y esto nos lleva a la distinción entre principios y políticas. Los principios siempre expresan exigencias insoslayables de jus-

<sup>24</sup> Ver nota precedente.

<sup>25</sup> “Bonam fidem in contradictibus considerari aequum est” (*Códe Just.*, L. IV, T. X, ley 4a.

ticia, en tanto que las políticas (*policies*) formulan metas (*goals* y también *political aims*) que en un momento dado se propone realizar la comunidad. Las políticas significan una distribución de beneficios y de cargas que tiene su fundamento, no ya en exigencias absolutas de justicia, sino en la implementación de un bien colectivo. Por ejemplo, la política del desarrollo económico puede traducirse en un momento dado en una mayor tributación por parte del sector industrial y en una ayuda económica del sector agrario. Los derechos y deberes concretos originados en una política podrán ser exigidos mientras ésta dure, mientras que los nacidos de un principio siempre seguirán siendo válidos, aunque su forma concreta podrá variar de acuerdo con las nuevas circunstancias.

Al llegar aquí, se podría pensar que Dworkin está simplemente repitiendo, de acuerdo con un planteamiento y palabras muy personales, la famosa distinción aristotélica entre justicia natural y justicia legal. Pero Dworkin se defiende de la tal confusión; él no quiere hacer metafísica, sólo propone un modelo de cómo puede operar el razonamiento del juez o del jurista. Hay algunos, como el iusfilósofo John Rawls,<sup>27</sup> que opinan de acuerdo con lo que se podría llamar “un modelo natural”,<sup>28</sup> según el cual las instituciones de justicia, implícitas en los principios, describen “una realidad objetiva moral” y la van descubriendo del mismo modo como se descubren las leyes de la física. “El principal instrumento de este descubrimiento es una facultad moral poseída por lo menos por algunos hombres, que produce instituciones concretas de moralidad social en situaciones particulares, tal como la intuición que la esclavitud es mala”.<sup>29</sup> Dworkin propone un “modelo constructivo”, según el cual el empleo de los principios sólo presupone “que los hombres y mujeres tienen la responsabilidad de adecuar sus juicios particulares de acuerdo a los cuales actúan con un programa coherente de acción, o que por lo menos los funcionarios que ejercen poder sobre otros hombres tienen tal responsabilidad”.<sup>30</sup> El modelo constructivo no requeriría un planteamiento ontológico, ni tampoco presupone el escepticismo o el relativismo. Sólo propone una forma coherente de razonar: observa convicciones morales en la comunidad y, sin pronunciarse sobre el valor objetivo de las mismas, pide coherencia entre el pensar y el actuar.<sup>31</sup> Si se rechaza una determinada convicción no será porque sea injusta sino por carecer de coherencia.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Dworkin, *op. cit.*, pág. 83.

<sup>27</sup> Véase John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971.

<sup>28</sup> Dworkin, *op. cit.*, pág. 160.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Id.*, pág. 162 y sig.

<sup>32</sup> *Id.*, pág. 168.

Como se ve, el pensamiento de Dworkin gusta de distinciones sutiles. El hecho es que Dworkin termina aceptando a la moral en el corazón mismo de su teoría. Creo que ningún auténtico iusnaturalista rechazaría su planteamiento metodológico; tal vez le pediría que fuera coherente con su propia teoría y que no tuviera miedo de sacar de ella conclusiones ontológicas.

Mucho más se podría comentar sobre el pensamiento de Dworkin y sobre el de otros notables iusfilósofos. Nuestro vistazo general se podría resumir en la siguiente conclusión: la Filosofía del Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica ha ido evolucionando desde el Positivismo Jurídico hacia posiciones muy cercanas al Iusnaturalismo.