

CAPÍTULO CUARTO

LA TRANSFORMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN CIENCIA DEL DERECHO

I. El vocablo “jurisprudencia” es reemplazado por el de “ciencia del derecho”	105
II. La doble función de los juristas	106
III. La exposición de la metodología de Savigny	108
IV. La técnica de la interpretación.	108
V. La jurisprudencia como auxiliar de otras ciencias	110
VI. La calidad del derecho como ciencia	111
VII. La filosofía práctica aristotélica. La <i>prudentia</i>	112
VIII. El arte y la ciencia del derecho como dogmática jurídica o teoría general del derecho	115
IX. La jurisprudencia como actividad intelectual	118
X. El carácter acientífico de la jurisprudencia en la tesis de Julio Germán von Kirchmann	119
XI. Las lagunas del derecho	127
XII. La jurisprudencia libre de German Kantorowickz (Gnaeus Flavius)	128
XIII. La labor de Giorgio del Vecchio.	130
XIV. Las interrogantes de Rudolf Stammler	132
XV. Los rasgos fundamentales del pensamiento de Gustavo Radbruch	137
XVI. La libre investigación de François Gèny	138
XVII. Las aportaciones de Jeremías Bentham y de John Austin	140
XVIII. La vida del derecho es experiencia. La jurisprudencia sociológica	144

XIX. Las aportaciones de Benjamín Cardozo	146
XX. La labor complementaria del eminente Roscoe Pound .	149
XXI. Los cinco postulados de Roscoe Pound	151
XXII. El ataque a la lógica jurídica de Eugenio Ehrlich	155
XXIII. La presencia destacada de John Dewey	159
XXIV. La jurisprudencia de intereses	160
XXV. El método diseñado para servir los fines prácticos del derecho	161
XXVI. La concepción egológica del derecho	163
XXVII. La teoría pura del derecho	165
XXVIII. La aportación de Joseph Raz.	167
XXIX. La visión de H. L. A. Hart	168
XXX. Retorno a la jurisprudencia	169
XXXI. Corrientes contemporáneas. El realismo normativista .	171
XXXII. La concepción expresiva de las normas	174

CAPÍTULO CUARTO
LA TRANSFORMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA
EN CIENCIA DEL DERECHO

Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.
(En la duda, es tan justo como seguro seguir
la interpretación más benigna).

D. 50, 17, 192. Marcello 29 dig.

I. EL VOCABLO “JURISPRUDENCIA” ES REEMPLAZADO
POR EL DE “CIENCIA DEL DERECHO”

Cuando hacíamos referencia a la reacción de la protesta que Savigny exponía en su obra *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia*, notamos que su traductor, Adolfo G. Posada, había sustituido este último vocablo: “jurisprudencia” por el de “ciencia del derecho”, notando que tal reemplazo obviamente había encontrado apoyo en el desarrollo realizado por el mismo Savigny, al exponer con amplitud lo que él llamaba el derecho científico, que resultaba de la evolución que imponía la labor acuciosa y exhaustiva que se encontraba a cargo de los estudiosos del derecho.

En efecto, en razón del desarrollo natural de los pueblos, Savigny observaba que en ellos emanaban múltiples actividades que se manifestaban como consecuencia del progreso de sus labores y conocimientos, de manera que venían exigiendo la concentración de su empeño de una manera profesional y científica. A la vez, el mismo autor observaba que paralelamente a la evolución del derecho —que en un principio era considerado como un patrimonio común de todo el pueblo— se acrecentaba y ramificaba como consecuencia de la variedad de las múltiples y complejas relaciones de la vida comunitaria, que para entonces ya exigía un conocimiento más profundo, así como una concentración de la actividad profesional propia, para reconocer que en ese momento es-

taba escapando del entendimiento ordinario y vulgar que hasta entonces había adquirido el pueblo.¹⁵⁸

Como consecuencia del desenvolvimiento que hemos dejado señalado en el párrafo que antecede, debía surgir una categoría o clase singular de expertos especialistas, que se convertirían en peritos en el derecho y que —a la vez— adquirirían la representación de una clase profesional surgida del mismo pueblo, de manera que la materia en la que concentraran su labor —que era el derecho mismo— no se convirtiera en una conciencia particular de esa clase, sino que integrara una verdadera continuación y desenvolvimiento particular del derecho del pueblo. De ello resultaría que el orden normativo conllevara una doble función vital, puesto que por su naturaleza y esencia continuaría radicando en la conciencia común del pueblo; pero su desarrollo detallado y su aplicación a la diversidad de hipótesis que la vida misma fuera generando requeriría que se concentrara en quienes ejercían la particular y especial profesión de los juristas, que en su inicio se encontraban limitados a proporcionar consejos en casos particulares —mediante opiniones para resolver un litigio— para que posteriormente pasaran a dar las *responsa* por escrito. Así, la actividad primaria que tenían a su cargo dichos estudiosos se especializaba a la vez que se transformaba en ciencia.¹⁵⁹

II. LA DOBLE FUNCIÓN DE LOS JURISTAS

En el nivel antes señalado, en opinión de Savigny, los juristas desempeñaban doble función: una material, que exigía la producción jurídica del pueblo, y otra formal, que en realidad era meramente científica, ya que se encontraba estar dirigida hacia la satisfacción del manejo científico que requería el derecho, sin importar para ello el origen que hubiera tenido. Así, la función de los juristas producía la forma científica de la materia, de la que resultaba una nueva especie de producción jurídica. Como ejemplo de ello, Savigny invocaba a Gayo, a quien calificaba haber sido un ejemplo visible de una fecunda labor, que alcanzaba una magna significación, advirtiendo que —además— los juristas poseen una notable influencia sobre la legislación, sea porque al exponer sus criterios elaboran normas y, porque a la vez, dedican su actividad a la materia de la ley, de

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 59 y 60.

¹⁵⁹ *Idem*.

manera que cuando llega el momento de su aplicación, se convierten en mediadores en todos aquellos casos que genera la realidad de la vida. En consecuencia, Savigny reconocía que el trabajo científico facilitaba y aseguraba a la ley el dominio de las relaciones de la vida y, desde luego, esa manera especial de producir el derecho, al que el mencionado autor llamaba científico, aun cuando también lo mencionaba como el derecho de los juristas. De ahí que apreciaba que en Roma se reconocía una *prudentium auctoritas*, cuando no existía ni la más leve señal de necesidades científicas, puesto que se encontraba confinada en la actividad y conocimiento exclusivista de los pontífices, limitados por las condiciones clasistas de los patricios.¹⁶⁰

Por todo lo anteriormente considerado, resultaba evidente que Savigny reconocía que la misión general de todo derecho podía ser reducida sencillamente al destino moral de la naturaleza humana, ya que aceptaba que se manifestaba en la concepción cristiana de la vida; aceptando el valor del cristianismo no sólo como regla de vida, sino también como consecuencia de la transformación del mundo, que encontraba al manifestarse la naturaleza moral del derecho en general, o sea, por el reconocimiento de la dignidad y libertad del hombre de manera igual en todas partes, robusteciendo el anterior factor con la salvaguardia de esta libertad mediante instituciones jurídicas, junto con todo lo demás que surgiera de la misma naturaleza y de la determinación de estas instituciones que, por consecuencia práctica, los autores modernos llamaban naturaleza de la cosa (*aequitas* o *naturalis ratio*). Así, el elemento jurídico general aparecía de modo más mediato y mezclado como la observación de fines morales, fuera del campo jurídico (*boni mores*), tanto en el derecho más moderno, también de fines eclesiásticos, o como interés del estado *publica utilitas*; concluye con una proclama en la que asevera que ¡el derecho vivo progresa!¹⁶¹

¹⁶⁰ Savigny, Federico Carlos de, *op. cit.*, pp. 63 y 64, debiendo advertirse que en nota de pie de página, dicho autor destacaba que la ocultación de la producción jurídica primitiva, por formas tardías hacia las cuales la materia original se había desarrollado, se manifestaba por un constante uso lingüístico del derecho romano posclásico. Antes de esas circunstancias se reconocían como fuentes jurídicas: *las leges, plebiscita, Senatus consulta*, etc. Luego formaban parte de los escritos de los famosos juristas, agregando que a su lado sólo existían y se renovaban continuamente las leyes imperiales. Por ello se decía que todo derecho descansaba en *leges* o Constituciones (leyes imperiales) y *jus* o *prudentia* (literatura jurídica).

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 66-68.

III. LA EXPOSICIÓN DE LA METODOLOGÍA DE SAVIGNY

En obra diversa de las que hemos considerado en las líneas y páginas precedentes, Savigny presentaba una investigación sobre el estudio de nuestra ciencia, y para ello desarrollaba la exposición de lo que él llamaba metodología, como una dirección de la fuerza espiritual del individuo que debería aportar un índice, del cual se podía colegir que se refería a un sistema para la elaboración absoluta de la ciencia del derecho. Expuesto lo anterior, el mismo autor abordó la elaboración filológica de la jurisprudencia, concentrando su atención en el estudio de su concepto, así como en la tarea de su interpretación, de manera que al preguntarse ¿cómo es posible una interpretación?, respondía reiterando que lo había expuesto en su *Sistema del derecho romano actual*, reproduciendo que debía acudir a la elaboración histórica y sistemática del derecho, prescindiendo de las llamadas divisiones de la interpretación en *authentica doctrinalis et usualis*, que correspondían —estricta y respectivamente— al Poder Legislativo, cuya función, en realidad, más que aclarar la ley, era expedir una nueva, y las otras, que tienen su fuente en los estudiosos. Sin embargo, el autor aclaraba que interpretar es reconstruir el pensamiento (claro u oscuro) expresado en la ley, en cuanto sea conocible; además, consideraba que era inútil aquel criterio que usualmente concebía la interpretación como aclaración de una ley oscura, y aseveraba que la tarea suprema que le corresponde a la repetida interpretación es realizar la tarea superior que permita restituir un texto que se encuentre corrompido.¹⁶²

IV. LA TÉCNICA DE LA INTERPRETACIÓN

El propio Savigny advertía que toda interpretación debía ser un compendio que vinculara aquello que fuera individual con lo que sea universal, y, en vía de confirmación de dicho criterio, advertía que dicha labor debía ser individual, en tanto que cada texto de una ley específica expresaba solamente una parte del todo, que no estaba contenido en ninguna otra parte. De ahí que el intérprete debía descubrir lo individual que cada texto poseyera, a la vez que lo universal que hubiera en ella misma, ya

¹⁶² Savigny, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica*, trad. de J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1994. Título del original alemán: *Juristische Methodenlehre*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1951, pp. 11-14.

que la legislación expresaba sólo un todo que existía en el sistema, al que debía amoldarse lo que fuere particular. De lo anterior, concluía el autor en consulta, que toda interpretación trataría de ofrecer un resultado para todo el sistema.¹⁶³

En el análisis histórico de la interpretación, Savigny señalaba que ella comenzaba en los siglos XII y XIII, reconociendo que el primer periodo había sido el de los glosadores, iniciado en Bolonia a partir de Irnerio (en el texto lo nombra como Ireneo), hasta culminar con Accursio, destacando que su labor había sido desempeñada con toda dedicación.

Savigny observaba que el segundo periodo del desarrollo histórico de la jurisprudencia correspondía a los comentadores en los siglos XIV y XV, como lo fueron Bártolo y Baldo, a los que calificaba como menos buenos que sus antecesores.

La tercera etapa la ubicaba cronológicamente en los siglos XV y XVI, cuando al descubrirse la literatura clásica se elaboró por primera vez la jurisprudencia en forma científica. Savigny observaba que habían colaborado en dicha labor los humanistas franceses —que abarca el periodo de los siglos XVI y XVII—, ya que poseían aquello que faltaba a los glosadores; pero también advertía que habían perdido la puesta en práctica de un método puro y vigoroso, ya que advertía que no existía una interpretación verdadera y pura, puesto que se consideraba a la jurisprudencia como un sistema, ni en realidad se buscaba sistema alguno. Ejemplo de ello lo atribuye a Cujacio y sus seguidores, que trataron de restituir la antigua jurisprudencia; pero lo hicieron descuidando el sistema, que recurría a digresiones y al empleo de un método que no era puramente exegético.

El cuarto periodo de desenvolvimiento considerado por Savigny era el de los estudiosos holandeses, al que localizaba a fines de los siglos XVII y XVIII. A ellos corresponde el empleo de la filología, que se concentraba en detalles e insignificancias.

Finalmente, el periodo quinto es el que correspondía a la escuela alemana. Savigny apreciaba que la misma poco se había preocupado por una labor de interpretación, excepto en Leipzig, y observaba que la labor de los holandeses se perdía en pequeñeces.

Dentro de los periodos antes considerados, Savigny aceptaba que la única interpretación verdaderamente fundamental era la que había logra-

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 18-24.

do Jakob Gothofred, que había sido profesor en Ginebra, donde había nacido el 13 de septiembre de 1585, localidad en la que también murió el 24 de junio de 1652.¹⁶⁴

V. LA JURISPRUDENCIA COMO AUXILIAR DE OTRAS CIENCIAS

Al culminar el examen cronológico considerado en las líneas precedentes, Savigny destacaba la imperativa elaboración histórica de la jurisprudencia, ya que debía participar de ese carácter. Para realizar el análisis en el que se encontraba comprometido, se preguntaba: ¿cómo se debe vincular históricamente? Su respuesta aseveraba que la manera más sencilla se llevaba a cabo investigando en su totalidad, para saber que una cuestión se respondía de manera distinta en cada una de las diversas épocas de la legislación; consideraba además, que la tarea más elevada para la interpretación se encontraba en la crítica, aunada en la reflexión de que a partir del siglo XVI mucho era lo que se había logrado hacer en la historia de la jurisprudencia; pero manteniéndose en la fase histórica, sin llegar a su objetivo central. De ahí, insistía en que la jurisprudencia debía también tratarse con una completa separación de sus fuentes.¹⁶⁵

En cuanto a la consideración de la jurisprudencia como auxiliar para el apoyo de otras ciencias, Savigny aceptaba que tenía una estrecha vinculación tanto con la política como con la historia, ya que reconocía que la legislación se podía considerar como parte de la historia. Como muestra de ello, invocaba la obra del inglés Edward Gibbon, con su *Historia de la caída del Imperio Romano*, y, en sección aparte, abordaba la técnica de la elaboración sistemática de la jurisprudencia. Savigny apreciaba que ésta no había logrado uniformarse, ya que reconocía que el contenido del mismo era la propia legislación, es decir, los principios del derecho, que requerían tanto el desarrollo de los conceptos como el ordenamiento de sus raíces, incluyendo las técnicas de la interpretación extensiva y restrictiva, así como la influencia de la filosofía sobre la jurisprudencia. Finalmente, Savigny se ocupaba de considerar una indispensable metodología para el estudio literario de la jurisprudencia, con su orientación propia, crítica e histórica; finalizaba su tarea con la sistemática del estudio académico de

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 24-29.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 32-34.

lo jurídico y, con la respuesta que podía obtenerse según el estado actual de las universidades.¹⁶⁶

VI. LA CALIDAD DEL DERECHO COMO CIENCIA

La calidad y fundamento que Federico Carlos de Savigny otorgaba como ciencia al derecho —con las contribuciones de Julio German Kirchmann, Ernesto Zitelmann y German Kantorowicz— nos permite ahora observar en conjunto una labor destinada a considerar que la jurisprudencia ya no es aquel conjunto de reglas, referencias, criterios, sentencias, locuciones y aforismos que hemos considerado en otras obras, que fueron compilados en el Digesto, como consecuencia de las respuestas de los prudentes o sabios del derecho, que nosotros hemos considerado anteriormente, sino que con esa denominación de ciencia en su significado real se caracterizan todas las expresiones del derecho, lo que justifica que merezca tal concepción en su significado real, puesto que en ella se propugna la unidad del conocimiento. En una labor de tan extraordinaria dimensión, que es presentada por Lorenzo Carnelli —miembro del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social— se afirma que sin desmedro de los honores que merecen tanto Gustavo Hugo como Federico Carlos de Savigny —que en el campo jurídico representan al historicismo alzado contra el imperio del derecho natural en su visión racionalista— debe reconocerse que su desarrollo les permitió construir su Escuela y perdurar, al proclamar que el derecho debía no ser otra cosa que esencialmente ciencia. A la vez, es notable que en la lengua inglesa se identifica el vocablo *jurisprudence* con la filosofía del derecho, de ahí que el propio Carnelli advierte que en ello se encuentra el mérito que en forma permanente pertenece a Savigny,¹⁶⁷ ya que para dicho comentarista posee singular

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 34-89.

¹⁶⁷ Savigny, Federico Carlos de, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en el volumen en el que colaboran Kirchmann, Julio Germán; Zitelmann, Ernesto, y Kantorowicz, Germán, denominado *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, pp. 8 y 9; véase Sternberg, Theodor, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de la 2a. ed. alemana por José Rovira y Ermengol, México, Editora Nacional, Edinal, 1956, pp. 164-169, así como Hall, Jerome, “Prefacio” de su obra *Foundations of Jurisprudence*, The Bobbs-Merrill company, Inc. A subsidiary of Howard W. Sams & Co., Inc. Publishers-Indianapolis-Kansas City-New York, 1973, pp. Véase también Magallón Ibarra, Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, 2000, pp. 77 y 78, y

significación el que Savigny evoque siempre el espíritu del pueblo como fuente creadora, ya que el derecho lo refleja al manifestarse en la costumbre, que es un testimonio vivo de dicho espíritu —que tiene carácter popular— y que es el que genera el derecho, aun cuando lo hace en forma oculta y misteriosa; con ello permite la ironía de Ihering, que alude a un derecho en estado sonámbulo.¹⁶⁸

En el sumario que concluye el comentario de Carnelli, se afirma que Savigny estableció la ciencia jurídica en su posición real, ya que la orientó hacia un orden genérico de los objetos a que obedece. A la vez, ontologizó el derecho positivo y repudió el jusnaturalismo. Negó que el derecho resida en los principios y en las normas. Sostuvo, también, que no había otro derecho que el positivo (a saber, puesto por el Estado, *positivus*, forma adjetiva de *positum*) y que ese derecho existe en la realidad... Entre los rasgos que mejor definen a la escuela destacan su rigor metódico y certeza constructiva.¹⁶⁹

VII. LA FILOSOFÍA PRÁCTICA ARISTOTÉLICA. LA PRUDENTIA

Además de los conceptos que referimos en los párrafos precedentes, con la inquietud de la búsqueda de otra orientación que permita apoyar la decisión de Savigny, para no emplear más el concepto de la jurisprudencia y sustituirlo por el de la ciencia del derecho, verificamos en los antecedentes de la filosofía práctica aristotélica —que sabemos concentra su análisis sobre la actividad del hombre y está dirigida a la localización de sus valores morales— que, en el decir de Antonio Gómez Robledo, se concentra en la consecución del bien específicamente humano.¹⁷⁰ En esa búsqueda, constatamos que la ética es una parte de la filosofía que observa el valor de la conducta humana, no al hacer, sino al obrar, y cuyo concepto central es la virtud (*areté*), que para un griego quiere decir no sólo perfección moral —que se amplía con la excelencia o perfección para lograr plasmar un tipo mejor de humanidad— que

El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 233-235.

¹⁶⁸ Savigny, Federico Carlos de *et al.*, *op. cit.* nota precedente, p. 10.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 11.

¹⁷⁰ Aristóteles, *Ética nicomaquea o política*, 13a. ed., versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1992, p. XVI.

cultive no sólo las virtudes éticas, sino también las del *logos* (de la inteligencia), puesto que éstas poseen un rango superior, por contraerse al mando y dirección. Dentro de ellas, que por su dimensión se localiza entre las primeras, se encuentra la *prudencia* (*phrónesis*), que señala y prescribe en cada circunstancia concreta cómo debe ejercerse la acción moral que pueda ser calificada de virtuosa, y que es —como la llama Aristóteles— el término medio. La prudencia es, pues, el agente de enlace entre la inteligencia y el carácter.¹⁷¹ Sin embargo, cuando el estagirita se ocupaba del desarrollo de las virtudes intelectuales —por las cuales el alma alcanza la verdad— precisaba que ellas son: arte, ciencia, prudencia, sabiduría e intuición, considerando la capacidad de entender a la prudencia, al observar a las personas que llamamos *prudentes*. Una de las cualidades que las distinguen es su reconocida capacidad para deliberar acertadamente sobre las cosas nuevas y provechosas, no parciales para uno en particular, sino para el vivir en general. En su examen, Aristóteles agregaba que llamamos *prudente* al que calcula bien lo conveniente a cierto fin. Por ello, calificaba como prudente al que sabía deliberar. Como consecuencia de no poder deliberar sobre las cosas que necesariamente son, la prudencia no podrá ser ni ciencia ni arte. La conclusión de que no es ciencia se manifiesta al observar el obrar, ya que éste puede ser de otra manera. Tampoco es arte, puesto que son de género distinto el obrar y el hacer. En consecuencia, sólo resta aceptar que la prudencia sea un hábito práctico verdadero, acompañado de la razón, sobre las cosas buenas y malas para el hombre. De ahí que la templanza sea salvaguarda de la prudencia.¹⁷²

Sobre el mismo concepto, y con la distancia cronológica que entraña el volver a considerar el mismo tema, no podemos dejar de considerar la interrogante que se formula el filósofo polaco Georges Kalinowski: ¿y qué es la *phrónesis*?, a la que responde que no cree posible extraer una definición sintética de la ella; sin embargo, acepta que es una calificación que atribuye a los hombres cierta disposición o aptitud específica, que se muestra como una especial y permanente puesta en forma de nuestro intelecto (razón); pero en sentido restringido la prudencia habilita al intelecto para conocer el bien y el mal concretos; y abunda con el criterio de Tomás de Aquino, que le llamó *sabiduría*. En relación con la anterior observación, ha correspondido a Rolando Tamayo y Sal-

¹⁷¹ *Ibidem*, p. XXIII.

¹⁷² *Ibidem*, libro VI, *De las virtudes intelectuales*, III-V, pp. 74-77.

morán, contribuir fecundamente a la precisión de los conceptos antes considerados, reconociendo que la *phrónesis* se aplica al hombre sabio, que es a la vez culto y de buen juicio, amén de buen consejo, ya que además de saber, también le caracteriza el saber qué hacer, por calcular bien lo que es conveniente para elegir y para el hacer, que permite asomarse al campo de la razón práctica, cuyo mundo es la conducta humana racional. De acuerdo con los anteriores razonamientos, el mismo autor explica que la *prudencia iuris* se convierte en *scientia*, cuando los juristas romanos adoptan los métodos de la ciencia griega apoyada en la *analítica posteriora*, que constituye el principal trabajo de Aristóteles sobre el método científico, al cual conjuga la *Analítica Priora*, *Physica* y *Meta physica*. Consecuentemente, la jurisprudencia era el oficio que practicaban quienes se encontraban vocacionalmente dedicados al derecho, y el conocimiento que les caracterizaba fue reconocido como *iurisprudencia*, y a quienes la diseñaban, *iurisprudentes*.¹⁷³

No obstante las observaciones de las que anteriormente damos cuenta, resulta preciso advertir que era evidente que la comisión de *decemviri* —enviada por Roma a Grecia para estudiar las leyes de Solón y Licurgo— que concluyó su labor con la aprobación de las Doce Tablas, que fueron la primera legislación escrita de los romanos,¹⁷⁴ había conocido la *phrónesis*, a la que se ha traducido como *prudencia*. Este concepto es referido por Jorge Adame Goddard como la “virtud intelectual que permite al hombre conocer lo que debe evitar; que en el terreno jurídico es la virtud que discierne lo justo de lo injusto”; resultando que lo característico de este pensamiento prudencial —también llamado aporético o pensamiento por problemas— es el que tiende a encontrar la solución de una cuestión o problema determinado. Para ello, procede al análisis de las peculiaridades de esa cuestión, con la guía de ciertos criterios o tópicos, aceptados como válidos por la opinión común.¹⁷⁵

¹⁷³ Kalinowsky, George, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, estudio preliminar por Carlos Ignacio Massini, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 123-127, y Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 91-95.

¹⁷⁴ Huber Olea, Francisco José, *Diccionario de derecho romano comparado con derecho mexicano y canónico*, México, Porrúa, 2000, p. 141.

¹⁷⁵ “Jurisprudencia”, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, 10a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1997, pp. 1890 y 1891.

En el marco doctrinal que sobre dicho vocablo expone la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprecia a la jurisprudencia como el “conocimiento y valoración de lo justo y de lo injusto, con el fin de practicar lo primero y de evitar lo segundo”.¹⁷⁶ Adicionalmente recoge un resumen de acepciones:

hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y de aplicarlas oportunamente a los casos que ocurren; interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción; conjunto de criterios de interpretación y de decisión establecidos por los tribunales de justicia y las doctrinas reiteradamente contenidas en sus fallos; interpretación con carácter obligatorio, que hacen los jueces de los preceptos legales; conjunto de sentencias dictadas en sentido concordante acerca de una determinada materia; serie de juicios o sentencias uniformes que originan usos o costumbres sobre un mismo punto de derecho. Costumbre de los tribunales; doctrina establecida por el Tribunal Superior al aplicar e interpretar la ley, la costumbre y los principios generales de derecho; conjunto de pronunciamientos de carácter jurisdiccional dictados por órganos judiciales y administrativos; actividad vocacional en la esfera del derecho; enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades gubernativas o judiciales; norma de juicios que suple omisiones de la ley, y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos; solución sugerida por un conjunto de decisiones suficientemente concordantes, emitidas por las jurisdicciones acerca de una cuestión de derecho; conjunto de soluciones dictadas por los tribunales al resolver las cuestiones de derecho que le son sometidas.¹⁷⁷

VIII. EL ARTE Y LA CIENCIA DEL DERECHO COMO DOGMÁTICA JURÍDICA O TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

En el examen que realiza Fritz Schulz se ocupa de explicar que emplea el término *ciencia del derecho* en un sentido más amplio del ordinario, ya que de manera común se le confina al pensamiento sistemático sobre la ley actual (dogmática legal), por hacer exclusión en particular, del proceso de la elaboración de la ley. De ahí que aun cuando anteriormente se le había apreciado como ciencia del derecho romano, los defectos resultan-

¹⁷⁶ *La jurisprudencia en México*, México, Poder Judicial de la Federación, 2002, p. 176.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 216-218.

tes de esa consideración han demostrado que para el historiador carece de valor una concepción de la ciencia del derecho tan estrecha, ya que su idea de lo que es la ciencia del derecho o jurisprudencia —que considera a los términos como sinónimos— comprende toda ocupación vocacional relacionada tanto con el derecho como con su elaboración, aplicación, exposición y transmisión. De ahí que el vocablo *vocación* no debe restringirse a actividades dirigidas para obtener una situación de manera de vivir, ni a ningún otro propósito económico. En su origen —que es cristiano— Schulz observa que carece de esa connotación, pues el concepto de ocupación vocacional no dirigida, o no necesariamente dirigida hacia propósitos económicos, resulta indispensable para un correcto análisis sociológico del mundo antiguo, ya que su implicación esencial es la de una dedicación permanente, en contraste con la simple indulgencia de un diletante ocasional en una determinada esfera de actividades. Una ocupación continua con una materia definida genera una intimidad especializada más allá de un simple conocimiento general. De ahí que el conocimiento especializado, aunado a las actividades dirigidas para lograrlo, da como resultado lo que llamamos ciencia.¹⁷⁸

El mismo Schulz agrega que para él, tanto la ciencia del derecho o la jurisprudencia, comprenden todas las expresiones de una actividad vocacional en la esfera del derecho, y el vocablo *jurista* abarca a todos aquellos que se dedican a esa actividad. Por ejemplo, el clásico *iudex* no era un jurista más que por accidente, ya que para los ojos de los romanos no era parte de su calidad el conocimiento profesional del derecho, ya que él era representante del sentido común. Por otra parte, los miembros de la cancillería imperial —que diseñaban numerosos rescriptos de Diocleciano— no eran juristas, por lo que ni ocupaban sillones académicos ni escribían libros, ya que sólo preservaban un estricto anonimato burocrático. Los *rescriptos* —que representaban su labor literaria— pertenecían a la jurisprudencia, con tan buen título como las *responsa del praefectus praetorio* Papiniano.¹⁷⁹

Ha correspondido a Biondo Biondi —catedrático de la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán, en su artículo “Obbietto e metodi del la scienza giuridica romana”, publicado en *Scritti di diritto romano in*

¹⁷⁸ Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford at the Clarendon Press, 1946, p. 1.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 1 y 2.

onore di C. Ferrini (Pavia), Milán, 1943, y reproducido bajo el título “Objeto y método de la jurisprudencia romana”, incluido en su obra *Arte y ciencia del derecho*— destacar que la ciencia jurídica había seguido las huellas de la jurisprudencia romana hasta principios del siglo XIX, de manera que la observancia e interés en su permanente continuidad histórica —iniciada a partir del *ius respondendi* de los jurisperitos romanos— se mantuvo hasta el advenimiento de los comentaristas de los códigos francés e italiano, de manera que los monumentos de la jurisprudencia romana eran conocidos y estudiados no como reliquias dignas de veneración histórica, sino como fuentes vivas y útiles, en la consideración de los problemas jurídicos que se manifestaban diariamente en las sociedades de tradición latina. Sin embargo, el autor advertía que cuando se desarrollaron los primeros trabajos de la pandectística alemana, así como los correspondientes a aquellos sistemas jurídicos que se ocupaban en lograr determinar los conceptos jurídicos —de manera que pudieran precisarse e identificarse dentro de un marco de las ciencias— entonces apareció por vez primera el concepto de la ciencia del derecho; que aprovechaba hasta el lenguaje que en ese momento se manifestaba: investigación, descubrimiento, verdad y resultado, incluyendo la consideración de un progreso de carácter científico, como manifestación autónoma de la transformación del derecho, al grado de infundirle una dinámica con proyecciones de una trascendencia de carácter universal.¹⁸⁰

El fenómeno que consideramos en las líneas que anteceden se hacía presente en razón de que primariamente la jurisprudencia se encontraba recluida y constreñida en los códigos de diversos países, a las opiniones de sus doctores y a los criterios de sus tribunales. Sin embargo, los juristas de todos los países encontraron en el sistema de Savigny, las bases para forjar la ciencia del derecho, integrada como una dogmática jurídica o como una teoría general del derecho, cuyos elementos integrantes, obviamente, constituyen valores permanentes en todo el derecho. A la vez, debe advertirse que ese movimiento notoriamente ha disminuido la admiración por la jurisprudencia original —que había surgido de la vida que le dieron los grandes juristas romanos— al ahora constatar que sus expresiones carecen ya de la búsqueda y localización de la esencia de las instituciones, ya que amén de que se manifiestan ausentes de sistemática, sus

¹⁸⁰ Biondi, Biondo, *op. cit.*, en el inicio del párrafo, con prólogo de Juan Iglesias y trad. y estudio preliminar por Ángel Latorre, Barcelona, Ariel, 1953, pp. 32 y 33.

clasificaciones resultan descuidadas o defectuosas, y cuando enuncian sus principios, éstos resultan inadecuados, y, finalmente, cuando se refieren a cuestiones teóricas, los juristas romanos se muestran inhábiles e inciertos. Por todo ello, Biondo Biondi recuerda que Koschaker —con loable intento de galvanizar el estudio del derecho romano— ya moribundo, lanzaba el grito “Volvamos a Savigny”, no obstante que en el fondo esa recomendación significaba no el retorno a los métodos de la jurisprudencia romana, sino a la elaboración científica que siguió las huellas de ese maestro.¹⁸¹

IX. LA JURISPRUDENCIA COMO ACTIVIDAD INTELECTUAL

Biondo Biondi observa con acierto que para los romanos la jurisprudencia no era una disciplina científica, en el sentido de hurgar la localización de una verdad objetiva, como tampoco una serie de abstracciones o especulaciones alrededor del ordenamiento jurídico. En realidad, era una actividad intelectual, destinada a señalar lo que era justo y oportuno en la conflictiva relación humana. En verdad —advertía el autor—, la jurisprudencia no era la *sapientia*, esto es, la ciencia (σοφία), sino más bien la *phrónesis* (φρόνησις), que, como decía Cicerón, consistía en la *rerum expetendarum fugiendarum scientia*, o sea, el arte dirigido a alcanzar unas cosas y evitar otras.¹⁸² En ese aspecto, era evidente que la *prudencia iuris* no poseía fines especulativos, sino más bien prácticos, como sugerir el buen obrar en el campo del derecho. De ahí que Biondi recuerda —apoyándose en Cicerón— que se le pudo definir como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto),¹⁸³ que correspondía al concepto tradicional que profesaban los prudentes; que no pretendían investigar una verdad científica, sino solamente plantear resultados prácticos en la actuación de la justicia. Tal conocimiento de las cosas humanas y divinas no se planteaba como un

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

¹⁸² Véase Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 173, pp. 16-18; 71-76 y 91-95.

¹⁸³ Resulta notable que Biondi apoye la transcripción del concepto tradicional de lo que resultaba la jurisprudencia, en la reiterativa mención de Cicerón, y no apoyarla en la concepción de Ulpiano —que es la referida— localizada en el Digesto, lib. I, tít. 1, ley 10, § II.

objeto del conocimiento, sino como un presupuesto para actuar en justicia y servir a la vida, que es el fin esencial de la *iuris prudentia*, que elementalmente anticipaba el conocimiento pleno de ella, así como el de los fines del derecho. De ahí el calificativo de *prudentes* con el que se les llamaba a quienes tenían la función de dar respuestas jurídicas. A lo anterior, Biondi agrega la célebre definición de Celso, que se encuentra perpetuada en la jurisprudencia clásica, al compendiar el *ius* como *ars boni et aequi*, que se ha repetido en todos los tiempos, como un indicativo de lo bueno y equitativo.¹⁸⁴

Creemos importante destacar que —al examinar la doctrina aristotélica de la justicia a la que nos hemos referido con anterioridad— Eduardo García Máynez se ocupaba de explicar con precisión en qué consistían las virtudes morales que exponía el estagirita, las que consideraba no eran resultantes de la enseñanza, sino de la costumbre, ya que se adquirirían por el ejercicio, dado que si construyendo nos hacemos constructores, de parecida suerte nos hacemos justos realizando actos de justicia, y examina que las virtudes del elemento racional del alma son la sabiduría (*sophía*) y la prudencia (*phrónesis*). Así, *sophía* y *phrónesis* resultan virtudes de la mente; las produce la enseñanza y consisten en reglas verdaderas.¹⁸⁵

Las líneas precedentes conciben al jurista romano no como al hombre de ciencia, sino que encuentran en él al prudente, al sabio que sugiere fórmulas y proposiciones que sean congruentes con la justicia, para resolver un conflicto. Ello elevaba el rango de los jurisprudentes, porque más que doctrinarios, eran verdaderos sacerdotes de la justicia, ya que se ocuparon de satisfacer las necesidades de la vida con arreglo a ella.¹⁸⁶

X. EL CARÁCTER ACIENTÍFICO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA TESIS DE JULIO GERMÁN VON KIRCHMANN

Ahora bien, los méritos que se reconocieron a la Escuela Histórica por los enfoques y aportaciones de Federico Carlos de Savigny obedecieron a

¹⁸⁴ *Op. cit.*, nota 180, pp. 37-39.

¹⁸⁵ García Máynez, Eduardo, *Doctrina aristotélica de la justicia. Estudio, selección y traducción de textos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1973, pp. 43-49.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 39-42.

que en su concepción de la jurisprudencia histórica encontraba que la ley surgía del espíritu del pueblo y que se expresaba espontáneamente en la costumbre, pero de una manera tan imperceptible, que era semejante al lenguaje, lo que finalmente se confirmaba en las decisiones de los jueces, incluyendo en dicho criterio la convicción de que la jurisprudencia histórica se oponía no sólo a la codificación, sino también a la visión ilusoria y a una ficticia filosofía del derecho natural, que no podía permanecer intocable, por lo que resultaba ordinario confirmar que tal aseveración provocaría la gran perturbación surgida del pensamiento de Julio Hermann von Kirchmann (1802-1884) —que era procurador imperial en Berlín— al pronunciar en 1847 una conferencia cuyo tema era “El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho”, en la que obviamente negaba que la jurisprudencia poseyera valor científico, y rechazaba que tuviera significado lo que él veía, por considerar que se encontraba más allá del plano que pudiera alcanzarse con el procedimiento aplicado, ya que al no problematizar el método mismo para los efectos de su debida selección, se estaba adoptando un procedimiento que no resultaba idóneo para constatar la realidad indubitable, como ocurría en otros tiempos, cuando Antístenes dijo: “Veo a un caballo real, mas no veo, en parte alguna, tu caballo-idea”. Platón le replicó: “Es que tienes con qué ver el caballo real y no el caballo idea”.¹⁸⁷

En su exposición, Kirchmann afirmaba que en su visión, la jurisprudencia carecía de valor como ciencia teórica, ya que no constituía una ciencia con arreglo al auténtico concepto de la misma, y que —a la vez— carecía de aquella influencia en la realidad y la vida de los pueblos, que cualquier ciencia posee y debe tener.¹⁸⁸

Entre lo variado de la temática expuesta en la conferencia de Kirchmann aparecían sus lamentaciones —que nosotros podríamos reafirmar hoy en nuestro medio social— por la ¡gran cantidad de leyes que tenían vigencia, y que, no obstante dicha saturación, continuaban existiendo numerosas lagunas en ellas! ¡Qué ejército de funcionarios, y —no obstante— qué lentitud de la justicia! ¡Qué cuantioso empleo de estudios y erudición y —no obstante— qué incertidumbre en la teoría y en la práctica!

¹⁸⁷ Véase la presentación de Carnelli, Lorenzo, en *op. cit.*, nota 167 precedente, p. 12.

¹⁸⁸ Kirchmann, Julio Germán von, *op. cit.*, nota 67, p. 251.

Después de proclamar las exclamaciones de las que damos cuenta, Kirchmann afirmaba que la jurisprudencia —como cualquier otra ciencia— se ocupaba de un objeto que existía libre e independientemente, sin preocuparse de hurgar si la ciencia existe; si se le entiende o si no se le comprende. Tal objeto es el derecho y —más concretamente— sus instituciones, como el matrimonio, la familia, la propiedad, los contratos, la herencia, la relación del gobierno con el pueblo y de las naciones entre sí; agregando que un pueblo puede vivir muy bien sin ciencia jurídica, pero nunca sin derecho, y para abundar en esas ideas afirma que en cada caso concreto un pueblo tiene un saber de su derecho, aun sin ciencia jurídica, aclarando que tal saber no es ciencia, sino sentimiento. Ejemplo de ello se encuentra en la filología, que también implica un saber: el hablar los casos y tiempos con acierto; pero conoce muchas veces la gramática apenas de nombre. En conclusión, la misión de la jurisprudencia es la misma que la de todas las demás ciencias; debiendo comprender su objeto, localizar sus leyes y exponer los casos de manera sencilla. De ahí plantea las siguientes tres preguntas: ¿cómo ha resuelto la jurisprudencia su tarea? ¿Cómo lo ha hecho en comparación con las demás ciencias? ¿Les lleva la jurisprudencia ventaja o se queda atrás?

En su propia respuesta, Kirchmann advierte que la historia ha demostrado lo contrario, pues independientemente de que en Grecia habían progresado las ciencias, la jurisprudencia ni siquiera había empezado su actividad. A la vez, el conferencista advertía que en su momento, la jurisprudencia de la Edad Media —a partir de Bacon— no había obtenido progresos. Apoyado en esa razón, estimaba conveniente formular una comparación del objeto de la jurisprudencia con otras materias, destacando la mutabilidad del derecho natural como objeto de la jurisprudencia, y, en vía de comparación, observaba que el Sol, la Luna y las estrellas brillan como lo hacen desde millares de años anteriores, que la rosa florece igual que en el paraíso, y, que, sin embargo, el derecho ha continuado siempre cambiando en múltiples formas; pero la Tierra sigue girando en torno del Sol, y los árboles y animales viven como en tiempos anteriores. No obstante tales observaciones, el conferencista advierte que la situación en la ciencia jurídica es distinta, pues observa que siempre llega tarde, y por ello nunca puede captar lo presente; considera que se asemeja al caminante en el desierto, que observa delante de sí cármes florecientes y lagos movidos por el oleaje; pero a pesar de que camina todo el día, al llegar la

noche todos se hallan tan distantes de él como por la mañana. Igualmente, afirma que no se comprendió al Estado griego sino después de su decadencia, y que la ciencia de los Severos, Instituta del Derecho Romano, sólo se encontraba acabada cuando el *ius gentium* ya los había sustituido; concluye afirmando que no se reconocieron el espíritu y excelencias de la Constitución Imperial alemana hasta que Napoleón había destruido sus últimas huellas.¹⁸⁹

Como un mal fundamental que afligía y asediaba al derecho, Kirchmann encontraba que la ciencia jurídica en general se oponía a su progreso, ya que lo comparaba con la comodidad de permanecer en el mismo edificio antiguo, pero bien instalado, en lugar de tener que mudarse frecuentemente, prefiriendo mantener la vigencia de instituciones antiguas ya fenecidas, en razón de preferir cultivar las tradiciones del pasado, de lo cual la Escuela Histórica brindaba notables ejemplos, sin apreciar que el pasado había muerto, y que sólo la actualidad posee valor; descuidando que el objeto de la jurisprudencia no se limita a conocer el pasado, sino a sentir, puesto que su sede no se encuentra en la cabeza de los hombres, sino en su pecho, no obstante que el sentimiento nunca es un criterio de la verdad, sino producto de la educación, de la costumbre, de la actividad, del temperamento; en una palabra, del azar; afirmando que el saber—aun cuando puede estar equivocado—vence al ser.¹⁹⁰

En cuanto a la comparación de la ley positiva con la natural, Kirchmann observaba que la primera se encuentra condicionada por el grado del conocimiento que corresponde a la segunda; considera —a la vez— que frecuentemente la positiva se expresa de manera reiterada, en forma defectuosa, de lo que surgen oscuras lagunas, contradicciones y dudas. A la vez, la ley positiva es rígida y abstracta, contrariamente al derecho, que es progresivo; aprecia que consideraciones semejantes apoyaron a Savigny para negar la vocación de nuestra época para la legislación. De ahí, Kirchmann observa que el error en que dicho autor incurrió era no haberse ido demasiado lejos, sino en haberse quedado corto, pues no sólo era su época la que carecía de vocación legislativa, ya que ninguna la posee. Su equivocación, pues, radicaba en haber considerado que la ciencia —si se le dejase tiempo suficiente— alcanzaría y comprendería la actualidad; pero consideraba equivocada dicha observación, por estimar que la cien-

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 255-259.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 259-265.

cia va permanentemente a la zaga del derecho, ya que ninguna legislación positiva —aunque se preparara con mil años de anticipación— evitaría las deficiencias que se anotan.¹⁹¹

Kirchmann agregaba las afirmaciones que han caracterizado su postura doctrinal:

... por culpa de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida, ya que al abandonar la sana, tejen en la carcomida. Por ello, la ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles.¹⁹²

En apoyo del criterio que Kirchmann exponía, consideraba que el carácter acientífico de la jurisprudencia podía significar que, aun cuando pudiera constituir una ciencia, carecía de la influencia en la realidad y la vida de los pueblos, que cualquier ciencia posee y debe tener, y que más aún, también podía considerarse dentro de sus afirmaciones, que la misma jurisprudencia carecía de valor como ciencia teórica, por no constituir una ciencia con arreglo al auténtico concepto de la misma.

A diferencia de las funciones que corresponden a las ciencias de la naturaleza, Kirchmann encuentra que la jurisprudencia sólo se viene ocupando de errores y defectos en la expresión de las leyes, lo que considera un asunto repugnante, que significa que sólo a la ciencia jurídica corresponde sufrir la deshonra de servir al error, y compara la posición de la ley positiva con la labor de un sastre testarudo, que únicamente dispone de tres figurines para toda su clientela. La ciencia, por su parte, se parece a la bondadosa ama de casa que constata el lugar en el que la ropa le molesta, pero por respeto y temor a su marido, no le permite a las costureras abrir un poquito allí y un poco allá, para añadir un trocito de tela.¹⁹³

Al comentar Lorenzo Carnelli la labor de Kirchmann, observa que como lo confirma Sternberg, se ha adelantado a su tiempo, y el siguiente no lo comprendió; pero que es indudable que atisba la verdadera realidad jurídica, ya que se ha progresado mucho con la trayectoria que él y Savigny habían trazado. Pero hay algo más, pues no basta saber que sólo hay derecho positivo, y que su fuente se halla en la realidad, ni que esta realidad es

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 265 y 266.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 267 y 268.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 274.

cultura y no naturaleza, puesto que es indispensable formular una distinción adicional, consistente en la concepción del derecho como conducta humana en interferencia de dos o más sujetos (Del Vecchio), y si es así, en el mundo no se objetiva fuera del hombre, a semejanza de los demás productos culturales. Su sustrato y sentido es la propia existencia del hombre plenario, objeto de nuestro conocer, que es vida viviente y arraigada en el yo, ego. Ahí y así se encuentra —afirma Carnelli— la realidad, no sólo cultural, sino precisamente la egológica (Cossio).¹⁹⁴

Carnelli advertía que la crítica genérica de Kirchmann fertilizaba terreno para otra cuestión, en la que el derecho aparecía como en una realidad proteica y fluyente de la cultura y —a la vez— en el texto fijo de las legislaciones. Si el derecho siempre creciente ya no cabía en la ley, qué es lo que se desarrollaba al margen de sus normas, ¿no era derecho? Y si lo era ¿cómo y por qué podía serlo? ¿No existía la deficiencia que se suponía, o ésta era salvada por el juez, cuando actuaba como legislador, mediante la ejecución de actos de libre voluntad realizadora? Aquellas cuestiones quedaron sin resolver.¹⁹⁵

Kirchmann abundaba sosteniendo que el objeto de la jurisprudencia es el derecho, y que un pueblo podía vivir muy bien sin ciencia jurídica, pero nunca sin derecho, haciendo notar que tal distinción se da en la realidad, dado que un pueblo tiene un saber de su derecho, inclusive sin ciencia jurídica; pero tal saber no es ciencia, sino que descansa en las regiones oscuras del sentimiento y del tacto natural. Ante tales factores, el autor concluye que la misión de la jurisprudencia es la misma que la de todas las demás ciencias, pues debe comprender su objeto; encontrar sus leyes, desarrollar los conceptos y exponer sus principios en una forma sencilla. En esa labor aparecen las siguientes interrogantes: ¿cómo ha resuelto la jurisprudencia su tarea? ¿Cómo lo ha hecho en comparación con las demás ciencias? ¿Les lleva la jurisprudencia ventaja o se queda atrás?¹⁹⁶

En realidad, aun cuando la tesis de Kirchmann se divulgó como resultado de su conferencia, reconocemos que la misma fue lapidaria en contra del valor real y formal de la jurisprudencia, en cuanto a que las palabras nuevas del legislador derrumban las más añejas bibliotecas jurídicas, lo

¹⁹⁴ *Ibidem*. Presentación a cargo de Lorenzo Carnelli, pp. 14 y 15.

¹⁹⁵ Kirchmann, Julio Germán, *op. cit.*, nota 167, en la presentación de Lorenzo Carnelli, p. 15.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 251-255.

que le permitió negar el carácter científico de la llamada ciencia del derecho. No obstante ese aspecto de su tesis, a la vez acepta que el tema en consideración entraña una ambigüedad, ya que su planteamiento pudiera significar que si bien la jurisprudencia constituyera una ciencia —como tal— carecería de la influencia que verdaderamente cualquier ciencia posee y debe tener, en la realidad y vida de los pueblos.

Por otra parte, también advertimos que el tema desarrollado por Kirchmann, en verdad parece expresar que la jurisprudencia carece de valor como ciencia teórica, ya que no se ajusta al criterio que exige una ciencia con arreglo al auténtico concepto de la misma; sin embargo, el autor advierte que siguen en pie la santidad y grandeza de la jurisprudencia; pero acepta que la experiencia diaria requiere algunas observaciones que pueden inducir a dudas y objeciones contra el anterior postulado, puesto que se pregunta: ¿a quién de los juristas prácticos no sobreviene algunas veces el sentimiento evidente del vacío y de la insuficiencia de su ocupación? ¿Qué otra clase de literatura posee, al lado de obras buenas, un semejante cúmulo de libros carentes de espíritu y de gusto, como lo posee la literatura jurídica? A las interrogantes que anteceden, el autor agrega que en el pueblo, la santa Justicia es aún hoy día objeto de burla en el pueblo, al grado que el mismo hombre culto teme entregarse en sus manos. ¡Qué cantidad de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, qué lentitud de la justicia! ¡Qué cuantioso empleo de estudios y erudición y, no obstante, qué incertidumbre en teoría y práctica!

Kirchman acepta que una gran parte de estudiosos de los temas jurídicos ven con notable indiferencia los fenómenos que señala. A la vez, observa que si el hombre vulgar osara abrir la boca, los juristas le callarían, puesto que la jurisprudencia —como cualquier otro conocimiento— se ocupa de un objeto que existe, sin preocuparse de si existe como ciencia ni si se le entiende o si no se le comprende. Este objeto es el derecho, conforme vive en el pueblo y se realiza en el círculo de cada cual. De ello aprecia que la filosofía moderna se ha ocupado de eliminar la diferencia virtual entre objeto y ciencia, pues el objeto de la jurisprudencia no es otra cosa que el derecho, y las instituciones que de él surgen. Ese criterio le lleva a afirmar que un pueblo puede vivir sin ciencia jurídica, pero nunca sin derecho. Por tanto, observa que el derecho debe haber logrado un desarrollo de magna jerarquía, que obligue a pensar en la existencia de una ciencia jurídica.

Para fortalecer sus observaciones, Kirchmann acepta que un pueblo tiene saber espontáneo de su derecho, inclusive sin ciencia jurídica; pero tal saber no es ciencia, sino sentimiento que le permite saber el derecho en el caso concreto. Es cierto que un pueblo también posee principios abstractos que se manifiestan en adagios jurídicos, pero no lo es menos que tales manifestaciones, lejos de entrañar un conocimiento científico, algunas veces se observan, y otras no. De ello, el autor acepta que la misión de la jurisprudencia es la misma que la de todas las demás ciencias, que se debe comprender su objeto, encontrar sus reglas y robustecer los conceptos, para cerciorarse de la vinculación que se da entre las diversas instituciones, para culminar su recaudación en una fórmula sistemática sencilla. En consecuencia, Kirchmann estima que el problema se contrae a las siguientes tres interrogantes: ¿cómo ha resuelto la jurisprudencia su tarea? ¿Cómo lo ha hecho en comparación las demás ciencias? ¿Les lleva la jurisprudencia ventaja o se queda atrás?

Sin embargo, el mismo Kirchmann advierte que si la jurisprudencia conociera su objeto, ello significaría una gran ventaja respecto a las demás ciencias, dado que la misma historia enseña lo contrario, como había sucedido en Grecia, en la que las ciencias habían progresado, en un momento en que la jurisprudencia sola —excepto el derecho público— no había ni siquiera empezado su actividad. La jurisprudencia resultaba lenta, ya que sus reglas y conceptos no han mejorado desde entonces; sus controversias no disminuían sino aumentaban, no obstante que en el orden de la naturaleza —como ya lo hemos señalado— todo seguía igual, y lo único valioso que puede obtenerse del pasado sirve únicamente como medio para comprender y dominar lo presente. Lo que la acuciosidad y los dotes investigativos puestos en práctica han aportado durante siglos, puede archivar y pasar al olvido como consecuencia de haber encontrado un antiguo pergamino. Por ello, el reconocimiento del valor sólo puede proveerlo la actualidad, pues confirma que tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras derrumbadas se convierten en papeles inútiles. A lo anterior, también agrega el autor que la misma mecánica opera en un simple cambio, ya que tres palabras complementarias del legislador, conforme las promete el nuevo proyecto, y nadie se ocupará ya de todos aquellos trabajos pese a su alto valor científico.

XI. LAS LAGUNAS DEL DERECHO

Ernest Zitelmann (1852-1923), al encargarse del Rectorado de la Universidad de Born, el 18 de octubre de 1902, escribe el opúsculo denominado *Las lagunas del derecho*, en el que se dedicaba a considerar algunas de las cuestiones planteadas por Kirchmann, considerando que se dice que hay lagunas en la aplicación del derecho, que es un tema que ocupa una parte esencial de los juristas que se dedican a estudiarlas, y reconociendo que todo orden normativo tiene lagunas, cuya saturación debe suplirse con el auxilio de la ciencia del derecho. De ahí surgen las dos preguntas que se formula el autor: ¿qué son las lagunas?, y ¿cómo deben llenarse? Sin proveer de una respuesta eficaz, prefiere dedicarse a constatar si verdaderamente existen las lagunas y/o —en su caso— qué son ellas. Para proporcionar una respuesta adecuada, el autor limita la idea de las lagunas al contenido propio de la ley, y no al del derecho, ya que sostiene el criterio que apoya la idea de la unidad lógica del derecho; aprecia que propiamente, en las hipótesis en las que se considera la existencia de lagunas, se trata en realidad de una ausencia de reglas en la ley, que de manera expresa se ocupe de reglamentar determinados hechos previstos en una regla jurídica universal. No obstante ese criterio, el autor reconoce que existen auténticas lagunas, que son resultantes de aquellos casos en los que la ley no proporciona respuesta.¹⁹⁷ En consecuencia, Zitelmann observa que corresponde al titular de la jurisdicción el rellenar esas lagunas mediante la aplicación del criterio resultante de la analogía.¹⁹⁸

Para consolidar la posición intelectual que en esta materia sostiene, Zitelmann reconoce que al no existir lagunas en el derecho, dicho criterio exime al juez de la necesidad de generar una norma legislativa, por lo que —evidentemente— no se verá colocado en la necesidad de suplir una ausencia. Para el mismo autor, resulta fundamental sostener el criterio de que el derecho —considerado en su conjunto normativo— se manifiesta como una realidad latente en la legislación, puesto que en una hipótesis no prevista en la ley resultaba, a juicio de Betti —quien adaptaba una conocida metáfora de Zitelmann *por incremento aluvional* entraría siempre

¹⁹⁷ Zitelmann, Ernesto, *op. cit.*, nota 167 precedente, pp. 289-322.

¹⁹⁸ Zitelmann, Ernesto, *Las lagunas del derecho*, 1a. ed. alemana, 1902; 1a. ed. castellana, 1949, pp. 289-292. Esta obra se encuentra dentro de la edición de la ciencia del derecho que venimos examinando.

a formar parte del gran fondo legislativo, como consecuencia de la plenitud del ordenamiento jurídico.

Carnelli —como comentarista de la clasificación de Zitelmann— la consideraba fundada en el empirismo, ya que en su concepción, la función del jurista que intenta corregir o completar la ley ejecuta una labor que no es meramente lógica, puesto que la teoría egológica que postula la plenitud hermética del orden jurídico no admite la existencia de lagunas.¹⁹⁹

En efecto, Zitelmann advertía que más de veinte años se había trabajado en el Código Civil alemán, sin interrupción y con celo infatigable, y, sin embargo, se reitera que en dicho Código —como en cualquier otro— se encontrarán lagunas; pero ajustándolas a las lagunas que advierte, se invocan en la materia de la aplicación del derecho positivo, no obstante saber que si todo derecho manifiesta lagunas, debe entonces reconocerse la función que corresponde al juez de suplirlas, con auxilio de la ciencia del derecho.

Ernest Zitelmann, al asumir el rectorado de la Universidad de Born, sostuvo la tesis que exponemos con la que —como ya señalamos— agitó el ambiente jurídico, resolviendo el problema con la afirmación de que no hay lagunas en el derecho, lo que determinaría que el juez no se encontraría imposibilitado para ejercer su jurisdicción, ante la ausencia de una disposición legislativa, puesto que la consideración positiva del derecho resulta una realidad que se encuentra comprendida en la legislación, y, por ello, ante un caso que no se encuentre contemplado específicamente en ésta, opera la metáfora de Zitelmann: por *incremento aluvional* deberá ser siempre accesoria del gran fondo legislativo.

XII. LA JURISPRUDENCIA LIBRE DE GERMAN KANTOROWICKZ (GNAEUS FLAVIUS)

Para finalizar el grupo de autores que han sido editados en la obra que comentamos, Germán Kantorowicz (1877-1940) en 1906 bajo el pseudónimo de Gnaeus Flavius, se ocupaba de diseñar un opúsculo denominado *La lucha por la ciencia del derecho*, en el que consideraba la posibilidad de conceder al órgano jurisdiccional, poderes suficientes para elaborar una jurisprudencia libre, que subsanara las fallas en las que se manifestaba la ausencia de previsión legislativa. El autor apoyaba su criterio en el

¹⁹⁹ *Op. cit.*, nota 167 precedente, con la presentación de Lorenzo Cardelli, pp. 15 y 16.

rechazo de la convicción estatista, que consideraba a la ley como la fuente única del derecho positivo, o por lo menos la más importante; apreciando que el derecho libre puede saturar las lagunas que contenga la propia ley, por lo que un derecho de tal naturaleza debería ejercerse conforme a las exigencias de cada época y a las convicciones sociales del pueblo al cual correspondían. Su obra tuvo —al decir de Lorenzo Carnelli— una gran repercusión como consecuencia de la agudeza de ingenio y de su palabra, con la que primero acompaña a Savigny, para después hacerlo con Kirchmann, con quien se solidariza al proclamar la autonomía del titular de la jurisdicción como sentenciador, contra el principio del absolutismo de la ley, para reconocerle la función de ser un órgano de libre creación jurídica. Sin embargo, en esa perspectiva, el autor considera que el juez es un creador libre, mas no un legislador. Su libertad es jurídica, y por tanto, se orienta hacia la distinción entre concepto y objeto, entre norma y conducta, de manera que le permiten encontrar una sola estructura y una misma técnica.²⁰⁰

En el desarrollo de su labor, Germán Kantorowicz se muestra partidario de una nueva concepción del derecho, que se orienta por una resurrección del derecho natural en forma modificada, ya que consideraba esta fórmula como una nueva visión, que consistía en manifestarse como un orden normativo, que pretende regir en forma independiente del poder estatal y que, por consecuencia, es un derecho libre del siglo XX, o una libre jurisprudencia, que se manifiesta en dos formas principales: como derecho individual y como derecho de la comunidad. Este último —en el punto de vista de Kantorowicz— es el que más interesa a la jurisprudencia, ya que el mencionado derecho libre debe concurrir a colmar las lagunas de la ley, considerando que ha llegado el momento de tomar en serio el lema de la ciencia, como fuente del derecho, y si, en esa concepción, la ciencia del derecho reconoce la existencia de un derecho libre, entonces habrá llegado la hora en la que la jurisprudencia no puede fundarse únicamente en un derecho estatal, puesto que si la ciencia jurídica tiene capacidad creadora, la jurisprudencia no podrá seguir siendo servidora de la ley. ¡Todos los fallos deben basarse en la ley! ¡Hay que razonar todo fallo! ¡La sentencia debe ser previsible! ¡La sentencia debe ser objetiva y no subjetiva! ¡La

²⁰⁰ Kantorowicz, Herman, *La lucha por la ciencia del derecho*, trad. directa por Werner Goldschmidt, 1a. ed. alemana, 1906; 1a. ed. castellana, 1949. Presentación de Lorenzo Carnelli, *op cit.*, nota 167, pp. 21-26.

sentencia ha de ser una obra rigurosamente científica! ¡La jurisprudencia debe ser libre de afectos!²⁰¹

A lo antes señalado podemos agregar que con su brillante estudio, Kantorowicz logró obtener una notable repercusión, ya que su criterio sobre la vinculación existente entre los componentes de la comunidad tiende a considerar la existencia de una comunidad integrada como si fuera una construcción orgánica de cada uno de sus vínculos, que a la vez se manifiestan como elementos espirituales constitutivos de la práctica jurídica. Por tal razón, la sentencia que debe dictar un juez debe apreciarse como una fórmula concreta de cada derecho particular, ya que anticipa la existencia necesaria de la relación de los sucesos individuales, con la hipótesis normativa general, que reglamenta los diversos derechos. En el análisis particular de cada caso se localizará que cada vínculo jurídico se encuentra considerado dentro de un grupo institucional normativo propio de su género, que lo regula de la misma manera que debe hacerlo la decisión judicial. Ello significa que las instituciones jurídicas se encuentran vinculadas en lo que debe reconocerse como un sistema jurídico. En consecuencia, de ese criterio resulta la observación de Kantorowicz en el sentido de que el juez crea, pero no legisla (en el concepto de la plenitud hermética no tiene por qué legislar) y a que se le concede la capacidad que resulta de su libertad jurídica.

XIII. LA LABOR DE GIORGIO DEL VECCHIO

El ilustre jurista Giorgio del Vecchio nació en Bolonia el 26 de agosto de 1878 y se graduó a los 22 años en jurisprudencia en la Universidad genovesa; cursó después estudios en Roma y en Berlín. Su función docente se inició en Ferrara, donde impartió derecho (1903-1904), para continuar en Sassari (1906-1909); después en Messina (1919-1910), Bolonia (1910-1920) y Roma, por más de treinta años, en la que siempre profesó la filosofía del derecho, y en donde fue rector de su Universidad (1925-1927) y decano de su Facultad de Jurisprudencia, destacando que en todas sus labores docentes y literarias manifestó siempre una arraigada profesión de fe idealista, con profundas raíces éticas.²⁰²

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 332-371.

²⁰² Vecchio, Giorgio del, *La justicia*. Noticia sobre la vida y obras de, anexo al apéndice inserto, Buenos Aires, Depalma, 1952, pp. 249 y 250.

Giorgio del Vecchio formula un resumen del llamado historicismo jurídico, al que reconoce al mencionar a sus verdaderos jefes y fundadores: Gustavo Hugo —a quien se atribuye haber sentado las bases capitales del programa que debía desarrollar la escuela— y Federico Carlos de Savigny —a quien se debe la formulación completa y sistemática de la mencionada escuela—, incluyendo a Jorge Federico Puchta —que negaba la posibilidad de un ideal jurídico resultante del raciocinio puro, pero admitía que podía indagarse a través de las manifestaciones del espíritu popular— que fueron los cimentadores de la Escuela Histórica del Derecho, que, como lo hemos señalado, desarrollaría la tesis de que el derecho vive prácticamente en la costumbre, que resulta ser la expresión inmediata de la conciencia jurídica popular; aprecia que dicho concepto derivó del historicismo filosófico de Shelling y Hegel, por lo que se reconocía que todo pueblo tiene un espíritu, un alma propia, que se refleja en la moral, derecho, arte, lenguaje, que son sus productos. De ese criterio resulta que el derecho no es una creación del legislador, sino un resultado instintivo y casi inconsciente, lo que determinaba a Savigny para calificarla como función secundaria.²⁰³

En apoyo de los conceptos anteriores, Del Vecchio agrega que la idea de justicia no se agota en el hecho histórico o positivo, como lo demuestra su perpetuo renacer en la conciencia —como exigencia absoluta— aun frente a sus realizaciones empíricas o relativas. A modo del Saturno de la antigua fábula, la conciencia misma devora —por así decir— a sus criaturas, y de las soluciones ya dadas al problema de la justicia extrae argumentos para replantear a su respecto la cuestión que quiere resolver de manera autónoma.²⁰⁴

No obstante lo anterior, Del Vecchio atribuye a la Escuela Histórica un progreso frente a estudios precedentes, que desestimaban el lado positivo e histórico del derecho. Sin embargo, señala los defectos que le caracterizaron, entre ellos el que el estudio del derecho positivo no debe excluir la especulación ideal sobre la justicia, ya que entrañaría la negación de la di-

²⁰³ Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, trad. de la 4a. ed. italiana, y *Estudios de filosofía del derecho*, por Luis Recaséns Siches, t. II, parte histórica, con un extenso apéndice sobre *El pensamiento en Hispanoamérica*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946, pp. 147 y 148.

²⁰⁴ Vecchio, Giorgio del, *op. cit.*, nota 202, p. 186, observándose que en nota 2 de pie de página, en el pasaje anotado, invoca a Bacon y su proemio al ensayo *De justitia universalis*.

námica que impone progreso al derecho, por lo que no basta la visión histórica para obtener la visión de lo que el derecho es. Otro de sus defectos —en la perspectiva de dicho autor— lo constituye el que al referirse a la costumbre y a las fuentes del derecho, sólo se ocupa de su manifestación originaria, privándole de su significado en periodos avanzados, ya que considera que el parangón que se le hace con el lenguaje es correcto, aunque solamente en parte (en el grado inferior), por descuidar el desarrollo que corresponde a los grados superiores de la evolución jurídica y la consecuente discusión que resulta de la necesidad de reformas a las leyes existentes, o de la expedición de nuevas leyes.²⁰⁵

Un tercer defecto que encuentra Del Vecchio en la tesis de la Escuela Histórica es su visión romántica del desarrollo del derecho, al que le atribuye ser algo nebuloso, fantástico e idílico. A la vez, como acepta que es resultado de la conciencia popular, observa que ésta es —a la vez— algo misterioso e infalible. Sin embargo, el maestro italiano admite que dicha conciencia es una visión mística, que carece de factibilidad, constitutiva de un romanticismo y una mitología. Contra esas cualidades, del Vecchio invoca la certeza de Ihering, al proclamar la idea realista de *la lucha por el derecho*.

Finalmente, Del Vecchio critica el culto excesivo que prodiga la Escuela Histórica por el derecho romano, ya que —en su caso— la observancia de dicho orden normativo contradice la concepción de uno de los vértices de su pensamiento, en cuanto a que cada pueblo debe tener un alma propia, de lo que resultaría que a cada espíritu popular correspondería un derecho propio.²⁰⁶

XIV. LAS INTERROGANTES DE RUDOLF STAMMLER

Para responder a la primera de las interrogantes que se formulaba Rudolf Stammler sobre qué es el derecho y qué concepto universal subyace necesariamente a toda consideración jurídica, para que pueda con razón ser calificada de jurídica se ocupa de examinar a la Escuela Histórica del derecho, y advierte que surgió en los inicios del siglo XIX, vinculada a la expresión de esa época: el romanticismo, que afirma que con los hombres concurren entidades supraindividuales —ánimico-corporales y reales—

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 150.

cuya máxima expresión es el pueblo, poseedor de un alma —fenómeno psíquico colectivo— que aunque no puede ser objeto de investigación científica, su realidad está latente en el mundo de la experiencia, al despertar convicciones comunes. Si la misma está orientada a objetos jurídicos, entonces es derecho, que, al poseer existencia, resulta necesario que el legislador lo redacte; recuerda que Savigny reconocía que el pueblo es una unidad que perdura en las generaciones que se suceden, y su espíritu —que actúa comunitariamente en cada uno— es el que crea el derecho positivo que es así, para la conciencia de cada uno, no un derecho casual, sino necesariamente un mismo y único derecho.²⁰⁷

Para Stammler, la unidad, que reconocía como espíritu del pueblo, se manifiesta por su idioma, costumbres y derecho, que solamente son medios que existen fuera de nosotros mismos y que —según lo observaba— era el elemento subyacente a todas las proposiciones e instituciones jurídicas y, por tanto, debía ser el objeto de la investigación científica en la que dicho autor se ocupaba.

Al partir de las anteriores observaciones, Stammler deducía de tales premisas que para la teoría histórica del derecho no existe consideración crítica alguna que fuera independiente del contenido de un derecho, ya que el orden jurídico se manifestaba como una convicción común, creada por el espíritu del pueblo, dado que por encima de él no existe ninguna otra instancia, advirtiendo que en esas expresiones no encontraba el análisis del problema, de la manera en la que al lado de la consideración del proceso (Verdeen) de un objeto cuyo ser (Sien) quiere ser examinado y determinado en dirección propia, apareciera la consideración del primado lógico inevitable del último (el ser), sobre el primero (proceso). Sin embargo —agrega Stammler— debe tenerse en cuenta que desde el punto de vista genético, algo es considerado como necesariamente causado, aun cuando puede ser casual para la consideración sistemática, ya que en el proceso históricamente necesario frecuentemente se producen engaños de los sentidos y voluntades de contenido perverso.²⁰⁸

Al partir de lo anterior, Stammler reconoce que existen objeciones aún no resueltas en contra del tipo de concepción genética de la Escuela Histórica del derecho, puesto que la representación del pueblo como ser ani-

²⁰⁷ Stammler, Rudolf, *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*, Córdoba, Argentina, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1958, pp. 19 y 20.

²⁰⁸ *Ibidem*, pp. 20-23.

mado y pensante —exterior a nosotros mismos— estaría científicamente fundamentada si fuera indispensable para comprender unitariamente la noción de la vida humana en comunidad, así como la existencia social del hombre como objeto propio, ya que la representación de una cosa como ser pensante implica la necesaria transferencia de mi conciencia individual a algo que yo no podría pensar sin esa representación. De ahí que si el pueblo existiera conjuntamente con su espíritu, deberían contarse entre los objetos de la experiencia y, por tanto, quedar sometidos a sus leyes fundamentales. De la referida expresión concluye que carece de claridad apreciar que el pueblo o cualquier otra asociación humana sea capaz de ocupar un lugar en el espacio, sin constituir una unidad corporal. En ello, al aparecer el pueblo como causa de la creación y modificación del derecho, así como unidad incondicionada en medio de los cambios de la historia de los pueblos, contradice el método de la experiencia, que reconoce que toda causa de un cambio —sea a su vez— efecto de una causa precedente.

A mayor abundamiento, Stammler recomienda no confundir el alma del pueblo con los rasgos nacionales —que constituyen características relativamente armoniosas de los miembros de un todo jurídico—, ya que no obstante que cada uno se siente miembro de un determinado pueblo y estado o comunidad, por encima de los límites nacionales, se reconoce como hombre, por lo que considera que no es posible descartar la idea de su humanidad sin restar a la existencia su dignidad más alta, en la que concurren fines comunitarios —distintos de los individuales— que evidencian que las características nacionales no son —en ningún caso— las condiciones formales que posibilitan la concepción unitaria del material de la vida histórica del derecho, ya que ellas mismas forman parte de ese material.²⁰⁹

En la obra de Stammler se advierte que el autor, en abierta rebelión contra el positivismo —ya imperante—, expone la teoría crítica del derecho, y reconoce que la desarrolla bajo el título del libro *Esencia del derecho y de la ciencia del derecho*; recuerdo que esencia de una cosa significa unidad de sus condiciones permanentes, y que ciencia es el conocimiento que apunta a la unidad y que se completa a sí misma en su permanente transformación. Por el contrario, luego que, en una consideración científica, o en una teoría aparece la huella de una materia condi-

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 25-27.

cionada de un determinado querer jurídico, aquélla deja de tener validez absoluta, ya que en su contenido opera un cambio, que le impide manifestarse como parte esencial de una teoría pura del derecho, lo que exige un planteamiento sobre un método fundamental de la concepción científica de lo jurídico, puesto que cuando se considera un derecho históricamente dado, aparece que se inserta en una cultura determinada de esa época, de la que se desprenden determinadas exigencias de otro derecho que se oponen al orden existente, que indica la existencia de un derecho válido y otro que se manifiesta únicamente en su postulado. En ello se encuentra la diferencia entre forma y materia, cuya comprensión correcta hará desaparecer el criterio erróneo, que opone al derecho concebido idealmente el otro históricamente realizado.

En la obra que de Stammler venimos citando aparece una nota biográfica, que menciona que el autor nació en Alsfeld, Oberhessen, Alemania, el 19 de febrero de 1856, y que obtuvo en 1880 habilitación como profesor de derecho romano en la Universidad de Leipzig; que también fue profesor extraordinario en Marburgo durante 1882, y en Giessen en 1884; que en 1885 fue designado profesor ordinario en la Universidad de Halle, y desde 1916 a 1923 dictó cursos en la Universidad de Berlín; falleció el 25 de mayo de 1938 en Wernigerode. En dicha nota se destaca que su labor estuvo orientada a destacar la reacción contra el positivismo histórico, materialismo dialéctico y el derecho natural que imperaban en el siglo XIX. Su teoría se fundaba en el apriorismo kantiano de la escuela de Marburgo; su pensamiento estaba orientado hacia el aspecto crítico con el que encaraba los conceptos y problemas fundamentales del derecho.²¹⁰

En obra diversa, Stammler reitera que no es el legislador el que hace brotar la materia del derecho positivo por virtud de su arbitrio soberano, al considerar que solamente le es dable elaborar la materia histórica que la realidad misma de la vida le impone, ya que quienes crean que con la idea de la justicia y de la virtud basta para construir un mundo nuevo, a espaldas de la realidad de la vida, semejan hombres caídos de las nubes, como Aristófanes decía satíricamente de Sócrates, pues si muchas veces creemos poder influir en la realidad, no debe hacernos pensar que somos dueños de ella, ya que los hombres vienen transformándose continuamente, de manera que los cambios que ocurren no pueden pasar inadvertidos en la influencia de la organización de la sociedad y en la idea de lo justo, de

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 37-43, 147 y 148.

manera que el empirismo se olvida de que toda investigación jurídica exige la aceptación de un concepto fundamental, que constituye la premisa de todo el derecho.²¹¹

En el análisis crítico vertido por Luis Recaséns Siches, al considerar la teoría fundamental del derecho o doctrina sobre “el a priori” formal de lo jurídico, señala que uno de los ensayos de mayor calibre para la construcción de la filosofía de la ciencia jurídica con conceptos y métodos a priori y formales fue realizado por Rudolf Stammler, quien aportó una sugestiva y fecunda definición de la noción universal del derecho, pero que fracasó en la elaboración de muchos conceptos fundamentales que constituyen la armazón de toda ciencia jurídica, atribuyendo esa falla a la precipitación con la que obró, al haber querido brindar todo un sistema cerrado y completo de la teoría jurídica.²¹²

En un análisis de mayor dimensión que el expuesto en el párrafo precedente, Recaséns Siches realiza un examen crítico mayor de las aportaciones de Rudolf Stammler, para restaurar la filosofía jurídica en su lucha contra la tiranía del empirismo y del materialismo, encontrándose en una posición en la que se manifestaba una disputa tenaz entre razón e historia, cuya contienda encontraba improductiva, por razón de que ambos elementos —aun cuando poseen esfera propia— concurren como integrantes de todo ideal jurídico. En sus aportaciones, Stammler establece la existencia de un derecho natural de contenido variable, en el que reconoce que el legislador puede poner la forma que saca de su mente, pero la materia del derecho no puede inventarla, por encontrarla dada. De ahí que el legislador no puede crear en su labor jurídica pasiones, necesidades, deseos ni naturaleza humana, pues éstas existen ante sí de manera real. En

²¹¹ Stammler, Rudolf, *La génesis del derecho*, trad. de W. Roces, Calpe, 1925, pp. 114-118. Véase, del mismo autor, *Doctrinas modernas sobre el derecho y el Estado*, con estudio preliminar y traducción de Juan José Bremer, en cuyo prólogo —a cargo del traductor— se precisa la distinción entre forma y materia del conocimiento, con los que Kant logró conciliar y superar el empirismo y el racionalismo, destacando que en el diálogo entre la razón e historia, tercia Stammler y resuelve la contienda mediante una fórmula de transacción, al aceptar que la materia del derecho procede siempre de la experiencia histórica, y, por lo mismo, es contingente y mudadiza. La forma —en cambio— es permanente, porque la imprime la razón.

²¹² Véase ese criterio en la obra conjunta *Filosofía del derecho*, por Giorgio del Vecchio, y *Estudios de filosofía del derecho*, por Luis Recaséns Siches, México, t. I, parte sistemática, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946, en nota al pie de páginas 67 y 203.

esas condiciones, los ensayos para generalizar los motivos del querer humano pueden encontrar una verdad empírica; pero ninguno será universalmente válido para todos los individuos, épocas y circunstancias.²¹³

XV. LOS RASGOS FUNDAMENTALES DEL PENSAMIENTO DE GUSTAVO RADBRUCH

En el prólogo de la tercera edición de los *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho*, Gustavo Radbruch advierte que en ella ha reelaborado completamente su obra original, editada en 1914, y que la misma constituye casi un nuevo libro, al que en su primera expresión calificaba como una modesta contribución a la serie de trabajos, que luego de un silencio de decenios —en que sólo Stammler mantuvo la bandera de la filosofía jurídica— pusieron de nuevo en marcha la labor de la filosofía del derecho, en la que quisiera mostrar al estudioso más el cómo, que el qué de dicha filosofía, pretendiendo no atarlo a determinados resultados, sino introducirlo en el pensar filosófico-jurídico, de manera que alcance a comprender que el derecho es un fenómeno cultural que da la esencia de la ciencia del derecho, que sólo puede localizarse en el círculo de la conducta impregnada de valor; advierte que la Escuela Histórica significó la absorción del derecho justo por el positivo, del valor jurídico por la realidad del derecho, y de la filosofía del derecho por la ciencia jurídica; le parece, además, que el monismo metódico que sólo atiende a la realidad historicista parece ser muy próximo a la filosofía del derecho hegeliana, con su famoso postulado: *Lo que es racional es real, y lo que es real, es racional*, y que, por consecuencia, el lugar que le correspondía a la filosofía del derecho lo ocupa la teoría general del derecho, como la más alta edificación de la ciencia jurídica positiva, que tenía por tarea investigar los conceptos jurídicos más generales, que a la vez resultan comunes a las diversas disciplinas jurídicas, de manera que trascendiendo el dominio de lo jurídico, puede investigar sus relaciones con otros territorios de la cultura.²¹⁴

En diversa obra, Radbruch advertía que la labor del jurista y, consecuentemente, de la jurisprudencia frente a la ley, se manifiesta mediante

²¹³ *Ibidem*, en la que Recaséns Siches expone la teoría de Stammler, pp. 645-647.

²¹⁴ Radbruch, Gustavo, "Filosofía del derecho", *Revista de Derecho Privado*, 2a. ed., Madrid, 1978, pp. 6-33.

una triple función: interpretar, construir y sistematizar. Si los dos primeros elementos se logran, entonces se continúa con el diseño del sistema teleológico que corresponde al orden jurídico, en el que se exponen los fines de las instituciones, que permitan a sus jóvenes lectores formularse la interrogante: ¿debo yo estudiar jurisprudencia?²¹⁵

XVI. LA LIBRE INVESTIGACIÓN DE FRANÇOIS GÈNY

Correspondió a François Gèny —decano de la Facultad de Derecho de Nancy— a quien Luis Recaséns Siches le atribuye la elaboración de la doctrina más minuciosamente elaborada sobre los problemas con los que se enfrenta el jurista práctico, al ocuparse, en 1899, de los estudios jurídicos de aquellas fuerzas a las que se denominaba *tradición*, que por haber sido descuidados en Francia le habían obligado a recurrir a la ciencia alemana, que le proveía de elementos análogos a los que hubiera podido encontrar en su país antes de la promulgación de la legislación civil de 1804, ya que —como lo advierte Raymond Saleilles en el prólogo de la magistral obra de Gèny, *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*— hacía cerca de un siglo que vivían de una ficción, que consistía en creer —durante la época cercana a la promulgación del Código francés— que tanto la jurisprudencia como la doctrina —en su función de interpretación de la ley— no realizaban otra cosa que una investigación acerca de la voluntad del legislador, y concentraba su labor en la deducción lógica de las soluciones que el propio legislador podría aceptar; pero que al modificarse el medio social había experimentado un cambio completo, que había sido producido por la revolución. Era, pues, evidente que otras ideas se habían manifestado, particularmente en cuanto a las concepciones de orden económico, que producían nuevos derechos, entre los cuales el contrato venía resintiendo su decadencia. En esas circunstancias, era indispensable que el derecho encontrase otros cauces de libre investigación científica, que diesen satisfacción a los nuevos anhelos de justicia, cuya esencia subsistía inmutable. De ahí se presentaba de manera urgente la necesidad de adoptar un nuevo método que eliminara de la presencia de las urgentes necesidades

²¹⁵ Radbruch, Gustavo, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de Luis Recaséns Siches, prólogo de Fernando de los Ríos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, pp. 249-269.

sociales las abstracciones de la lógica pura y dogmática que no pueden regir una ciencia social, y que se le reemplazara con un método de vida orgánica, al que debía considerarse como intermediario, puesto que afirmaba que todo tiene su puesto en la ley escrita, para refrendar que ésta es la única fuente viva del derecho, en la que la jurisprudencia lograría llevar adelante la función de desenvolver normas jurídicas vivas, que se ajustaran a las necesidades sociales, de manera que la costumbre, la tradición doctrinal y científica dieran origen a un derecho positivo apto para la circulación y sanción judicial, ya que es a ella a quien corresponde ser la fuente normal y científica para la formación jurídica, ya que el derecho no es una ciencia aislada, sino que es una ciencia de realidad.²¹⁶

En su mencionada obra, Gèny plantea la necesidad de encarar los estudios jurídicos mediante el empleo de un nuevo método de investigación y de interpretación del fenómeno jurídico, para aplicarlo al derecho privado, tal como lo había reclamado Rudolf von Ihering al rechazar las fórmulas de construcciones apriorísticas y de deducciones matemáticas. Así, después de ocuparse de examinar y criticar el método tradicional de interpretación jurídica empleado por los iniciadores de la Escuela de los Comentaristas del Código Napoleón, se empeñó en rechazar el fetichismo de la ley escrita y codificada, así como señalar el abuso de las abstracciones lógicas que se empleaban, para proceder al bosquejo de un plan de reconstitución del método y de una teoría de las fuentes. En su labor, procedió a examinar el valor de la costumbre, así como el de la doctrina o *jurisprudencia*, que agrupa bajo la denominación genérica de *autoridad*

²¹⁶ Gèny, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1925. Véase prólogo de Raymundo Saleilles, pp. II-III, X-XV. Véase Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México-Buenos Aires, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires, 1956, pp. 51-54, en las que dicho autor advierte que cuando Gèny publicó en Francia su obra aún predominaba el criterio de que las disposiciones de los códigos, especialmente del Civil, comprendían todas las reglas necesarias para resolver cualquier problema jurídico que pudiese plantearse, y, consiguientemente, se suponía que la función de los abogados y de los jueces consistía exclusivamente en interpretar por medio de los métodos lógicos tradicionales —mediante la deducción silogística— las normas y principios contenidos en la ley. En ello, Gèny descorrió la cortina y mostró que la interpretación judicial en su país había sido mucho más creadora de lo que se había creído, sosteniendo que la ley no es tanto la expresión de un principio lógico, sino más bien una manifestación de la voluntad, proclamando que el método que se debe emplear para su correcta interpretación es el de la libre investigación científica.

—revestida de un sello de antigüedad—, y adquiriría el prestigio y veneración de un origen remoto, que les convertía en tradición. En la consideración de esos elementos, Gèny refrenda su negativa en reconocer en la jurisprudencia francesa una fuente de derecho privado positivo, sin negarle autoridad o valor positivo, pero señalando que carece de fuerza creadora independiente, al lado de la ley escrita y la costumbre.²¹⁷

Por cuanto a la doctrina alemana de la Escuela Histórica —que atribuye a Savigny y a Puchta—, Gèny encuentra que ella no se presenta en forma homogénea ni clara, ya que debido a una ausencia de precisión inherente a la materia expuesta, aunada a la inexactitud que encuentra en su punto de partida, estima que se ha mantenido incierta e inconsistente, dado que pretende someter la creación del derecho por las autoridades científicas o judiciales a la conciencia jurídica del pueblo, al que califica como fuente última de todo derecho positivo.²¹⁸

XVII. LAS APORTACIONES DE JEREMÍAS BENTHAM Y DE JOHN AUSTIN

Jeremías Bentham (1748-1832) fue un destacado filósofo inglés, que llamó *utilitarismo* a su doctrina —que también fue llamada *radicalismo filosófico*—, en razón de haber considerado que el concepto de lo útil era un sinónimo de lo valioso y, consecuentemente, un equivalente de la felicidad, ya que si la naturaleza colocaba al hombre para quedar sujeto a dos amos soberanos: el placer y el dolor, debe poner en práctica dos impulsos: el deseo de la felicidad y la voluntad de evitar el dolor. Bentham ingresa joven en el Queen's College de Oxford y se manifiesta como un brillante

²¹⁷ Gèny, François, *op. cit.*, nota 216 precedente, pp. 444-494.

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 501-519. Véase también sobre el mismo autor Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, nota 2, vol. I, Introducción, en cuyo capítulo destinado a la temática de la “Interpretación del derecho” relata la resonancia histórica que tuvo la tesis de Gèny, que puso punto final al reinado que correspondió en el siglo XIX a la Escuela de la Exégesis, al pugnar por el método del estudio científico de las fuentes reales del derecho. Véase también en los vols. II, ed. 1987, pp. 208-210, y IV, ed. 2001, pp. 22-26. de la misma obra, destinados a la exposición de “Los atributos de la personalidad” y a la de los “Derechos reales”, en los que el propio autor expone los puntos de vista de Gèny en contra de la tesis conceptualista del patrimonio que habían diseñado Charles Aubry y Charles Rau, rechazando la ficción que los maestros de Estrasburgo habían empleado para explicar al patrimonio.

alumno que muestra notable interés en la historia del derecho y de la filosofía. Se gradúa con todos los honores académicos, y, ya vinculado en las lides políticas de su pueblo, se manifiesta como un economista y jurista teórico, que influyó notablemente en la reforma del pensamiento del siglo XIX, tanto en su país como fuera de él.²¹⁹

Forjado Bentham dentro de la inspiración ideológica que habían cultivado John Locke, David Hume, Francis Bacon y Thomas Hobbes, escribe su primera obra: *Fragmento sobre el gobierno* —publicada en 1776—, que lo convirtió en una destacada figura política que le atrajo gran influencia intelectual en Inglaterra. Dicha obra utilitarista propició una nueva fundamentación ética del positivismo, en un momento en el que en su país se consolidaba el pensamiento económico clásico surgido del talento de Adam Smith y David Ricardo. En su introducción se ocupaba del examen de un pasaje contenido en los *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*, de sir William de Blackstone, los que dividía en cuatro secciones: “El discurso sobre el estudio del derecho”; “De la naturaleza de las leyes en general”; “De las leyes de Inglaterra”, y “De los países sometidos a las leyes de Inglaterra”; concluyendo que podía observarse que no existe mención alguna del modo en que el gobierno ha sido establecido, o de las diferentes formas que asume una vez establecido, como tampoco a su deber de legislar ni a la Constitución británica.²²⁰

Bentham encontraba en la obra de Blackstone una antipatía en contra de la reforma, con la que iniciaba el principio de un radicalismo filosófico; la obra de Blackstone contenía un buen ensayo sobre la consideración de la soberanía. Después se ocupó en elaborar un libro sobre la *Teoría de las penas y de las recompensas*, que apareció en sendas publicaciones en 1825 y 1830 con los títulos de *La racionalidad de la recompensa* y *La racionalidad de la pena*; en Rusia escribió su *Defensa de la usura* (publicado en 1787), que constituyó su primer ensayo en economía, en el que se manifestaba como alumno de Adam Smith. En su *Manual de economía política* (1798), señala un inventario de lo

²¹⁹ Bentham, Jeremías, *Fragmento sobre el gobierno*. Un examen de las opiniones expuestas en torno al tema del gobierno en la introducción a los comentarios de sir William Blackstone, precedido de un prefacio, en el que se hace una crítica de conjunto a dicha obra. Título original: *A Fragment on Government*, trad. de Julián Larios Ramos, cedida por Aguilar, Madrid, Sarpe, 1985.

²²⁰ *Ibidem*, pp. 20, 21 y 71-75.

que el Estado debía hacer y en uno de mayor dimensión, lo que no debía hacer.²²¹

De regreso a Inglaterra, Bentham se ocupó de estudiar, con el propósito de descubrir los principios de la legislación. Ocupado en esa labor, escribió su *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, que fue publicado en 1789. En dicha obra plantea el beneficio del utilitarismo. Una vez que fue designado juez en 1817, centró su atención en los problemas de la codificación y, en 1823, auxilió a la fundación de la *Revista de Westminster*. Los anales registran a Bentham más como crítico que como filósofo del derecho y de las instituciones judiciales y políticas, considerándosele como el fundador de la llamada jurisprudencia analítica, que es un calificativo que se robusteció por su trabajo sobre jurisprudencia, contenido en su libro *De las leyes en general*, que se mantuvo desconocido hasta el siglo XX, y que constituye la continuación de su diversa labor en la *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, en el que afirmaba que toda norma es un mandato o la revocación de un mandato.²²²

Resulta evidente que Bentham ejerció grande influencia en la formación intelectual de John Austin (1790-1859), que se convirtió en el más prestigiado escritor inglés en materia de jurisprudencia, debido a que su vigorosa capacidad de análisis —conjugada con su honestidad intelectual— impresionaron vivamente a sus contemporáneos, y cuando se fundó la Universidad de Londres —en 1826— fue designado como su primer profesor, para impartir la enseñanza de la jurisprudencia o teoría del derecho, en la que no continuó, por deserción de los alumnos.²²³ Como consecuencia de lo anterior, para abreviar en las fuentes del derecho romano y de la civilización germana, Austin se trasladó a Alemania, donde permaneció dos años estudiando derecho romano y clasifica-

²²¹ Bentham, Jeremías, *Encyclopedia britannica*, first published in 1768 by a Society of Gentlemen in Scotland, Encyclopedia Britannica, Inc. Chicago-London-Toronto-Geneva-Sydney-Tokyo-Manila-Johannesburg, vol. 3, 1973, pp. 485 y 486.

²²² *Idem*, y véase Tamayo y Salmorán, Rolando, “La teoría del derecho de Jeremías Bentham”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XVII, núm. 50, mayo-agosto de 1984, pp. 553-557.

²²³ Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, versión del inglés *On the Uses of the Study of Jurisprudence* y estudio preliminar por Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pp. 5-7.

ciones y análisis sistemático, que ejercieron gran influencia en su vida.²²⁴

En el desarrollo de las ideas con las que Austin diseñaba el curso de jurisprudencia antes referido, aportaba al conocimiento de la ciencia del derecho la convicción de que todo derecho posee una estructura formal idéntica, y que esta estructura se expresa en un repertorio de principios o conceptos fundamentales, que se encuentran —por ello mismo— en la base de todo orden jurídico pensable, ya que para él, éste no es un orden objetivo que se predica de la naturaleza humana, sino un orden positivo de conducta vinculado a una comunidad y sometido a variaciones según factores de hecho, que no se encuentra fundamentado históricamente —como lo reconoce Savigny—, sino racionalmente y de modo abstracto. En él está latente el poder de la razón, que permite en cada momento encontrar la fórmula que garantice la felicidad de una colectividad, que con ello obtendrá forma una estructura racional determinada, como un orden de comportamiento vinculado a una voluntad organizadora. En esa concepción radica el mandato de un soberano político, que tiene por objeto racional el que los seres racionales se conduzcan de un modo determinado; aperecidos de una coerción en caso de desobediencia, tal como Hobbes lo había concebido en su *Leviatán*.

Como lo anticipa el empleo del verbo *analizar*, encontramos que el mismo se refiere a hacer análisis, examinar, descomponer, que significa distinción y separación de las partes de un todo, hasta llegar a conocer sus principios o elementos. A la vez, dicha función entraña el examen crítico de alguna obra, o de las palabras en la oración, para determinar la categoría, accidentes y propiedades gramaticales de cada una. De esos conceptos deriva también el vocablo *analítica*, que en el pensamiento de Aristóteles era la lógica formal, y, en Kant, el estudio de las formas del entendimiento, en el que las conclusiones que exponía al considerar al derecho como un orden determinado por factores empíricos se originaba por la voluntad humana. La interrogante ¿cómo es posible una ciencia del derecho?, constituye el punto de partida de una nueva reflexión, cuya respuesta la

²²⁴ *Idem*. Véase los datos biográficos que se mencionan en *Encyclopaedia britannica*, cit. en la nota 221, vol. 2, pp. 772 y 773, y véase también Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*. Apéndice al capítulo III, “John Austin. Nota biográfica”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 53 y 54.

localiza Austin en la ciencia jurídica alemana, particularmente en la aportación de dos nociones de la Escuela Histórica: una fue la del sistema como orden de una institución —ya que Savigny reconocía que en cada parte de nuestro derecho existen ciertos elementos rectores con los cuales se encuentran ya dados los demás—; la otra se encuentra en la llamada *teoría de las verdades jurídicas*, aparecida en Alemania como una *vía media*, objeto de lo que Austin llamaba *jurisprudencia general* o *filosofía del derecho positivo*. Algunos otros juristas de su escuela le llamaban *jurisprudencia teórica* o simplemente *jurisprudencia*. Tales verdades se manifiestan como una serie de principios o nociones de carácter fundamental, que son comunes a todo orden jurídico, que constituyen el objetivo de la jurisprudencia general o ciencia del derecho, cuya tarea consiste en estudiar esos factores, lo que determina que constituye una ciencia a posteriori, que le permite obtener sus conceptos por el examen repetido de la experiencia jurídica.²²⁵

La determinación del campo y objeto de la jurisprudencia constituye el objetivo central de la obra de Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, considerada la jurisprudencia como la ciencia del derecho, que tiende a elucidar las nociones jurídicas fundamentales mediante el análisis del lenguaje del derecho, y teniendo presente la clasificación de sus términos, para descubrir sus interconexiones lógicas.²²⁶

XVIII. LA VIDA DEL DERECHO ES EXPERIENCIA. LA JURISPRUDENCIA SOCIOLÓGICA

Oliver Wendell Holmes, que fuera profesor en la Facultad de Derecho de Harvard y magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, fue un jurista norteamericano que reconocía que para presentar en el libro que le dedicaba al derecho común era necesario el diseñar una teoría que le diera la consistencia de un sistema que permitiera tener una visión más amplia que la que requería, de manera que utilizar a otros elementos —además de la lógica—, puesto que la vida del derecho no ha sido sólo lógica, sino experiencia, ya que admitía que las necesidades colectivas de

²²⁵ Austin, John, *op. cit.*, nota 223, con el estudio preliminar de Felipe González Vicen, pp. 5-21.

²²⁶ Véase Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, 2a. ed., México, Themis, 1998, p. 34.

una época determinada, con sus teorías morales y políticas, así como con sus variantes del orden público reconocido o inconsciente, amén de los prejuicios que los juzgadores conjugan con los criterios de sus conciudadanos, poseen un valor e influencia de mayor significación que la que pudieran tener los silogismos para la selección de las reglas que deben aplicarse en el gobierno de los hombres. De ahí que no sea suficiente que la historia informe lo que ha sido la existencia de un pueblo, sino que debemos también considerar lo que tiende a ser, lo que nos exige consultar tanto la historia como las teorías jurídicas existentes, de manera que permitan conocer —en el orden de una experiencia práctica— ambos aspectos. Con base en tal criterio, optó por adentrarse en la historia del derecho, en tanto fuera necesario, para explicar una concepción o para interpretar una norma, pero no más allá, pues reconocía que las ideas no han sido siempre lo mismo, y por eso apreciaba como errónea la certeza que pudiera resultar de la información del pasado. En el prefacio de tal obra, el autor advertía: “Estamos haciendo una teoría, y no una recopilación”.²²⁷

En la introducción a la edición de la obra antes comentada, escrita por Sheldon M. Novick, se indica que la labor del autor había sido llamada como el mayor trabajo que se había logrado por los académicos del derecho en su país, así como una de las grandes adquisiciones intelectuales del siglo XIX, que se había convertido —tanto en los Estados Unidos como en Gran Bretaña— en uno de los cimientos de las escuelas sociológicas y realistas de la jurisprudencia, que iniciaron una revolución en contra del formalismo, ya que habían sido estimuladas por la influencia ideológica de la Escuela Analítica que había proyectado Jeremías Bentham, y que con el apoyo intelectual de John Austin habían logrado dominar la doctrina jurídica.

Ha correspondido al mismo Colmes, dar inicio a la tendencia doctrinal norteamericana denominada *jurisprudencia sociológica*, que saturaba con puntos de vista pragmáticos resultantes de las necesidades sociales de cada época —que se conjugaban con las teorías políticas predominantes, así co-

²²⁷ Holmes, Oliver Wendell Jr., *The Common Law*, Nueva York, Dover Publications, Originally published by Little, Brown and Company, Boston, con la introducción de Sheldon M. Novick... incluyendo la frase con la que concluye su prefacio, p. XXIV. Véase la nota biográfica que incluye Recaséns Siches, Luis, en *Estudios de filosofía del derecho*, obra en la que se incluye la de Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, con un extenso apéndice sobre “El pensamiento en hispano-América”, México, 1946, t. II, pp. 313 y 314.

mo con las convicciones que de ellas surgían sobre los intereses públicos— para sostener que la vida del derecho venía acumulando no sólo reglas de lógica formal, sino necesidades sociales que acompañan a la experiencia. De ahí que en su diversa obra, denominada *The Path of Law (La senda del derecho)*, publicara el mensaje que dirigió el 8 de enero de 1897 a un auditorio compuesto básicamente de los alumnos y maestros de la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston —publicado dos meses después en la *Harvard Law Review*—, en el que confirmaba el papel de la moral como testimonio y sedimento del derecho, rechazando los métodos racionalistas empleados para el conocimiento, interpretación y aplicación de las leyes, que habían sido proclamados por Lord Coke, al aseverar que la razón es la vida del derecho. En respuesta a dicho criterio, Holmes reiteraba que la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia, pues reconocía que detrás de la forma lógica siempre yace un juicio de valor.

En el aspecto antes señalado, resultaba evidente que Holmes admitía que la historia participaba como parte racional del conocimiento del derecho; pero deseaba que llegara el día en el que su papel fuera pequeño e inicial, y que en verdad concentrara su interés en conocer los fines que trata de lograr el mismo derecho y los motivos que lo justifican.²²⁸

XIX. LAS APORTACIONES DE BENJAMÍN CARDOZO

Como ya lo hemos señalado, el criterio que Holmes sostenía a fines del siglo XIX dio cauce a una dirección del pensamiento jurídico que constituyó el movimiento doctrinal, que en los Estados Unidos de América fue llamado la *jurisprudencia sociológica*, corriente intelectual que llegó a obtener una gran influencia en el pensamiento jurídico anglosajón, robustecido posteriormente con las aportaciones del también magistrado de la misma Suprema Corte, Benjamín Cardozo, y particularmente por la fecunda labor oral y escrita lograda por el profesor Roscoe Pound, quien fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, a quien Luis Recaséns Siches atribuyó haberse convertido en el director espiritual y máximo maestro del movimiento iniciado por Holmes.²²⁹

²²⁸ Holmes, Oliver Wendell, Jr., *La senda del derecho*, trad. de Carlos A. Gaber, Buenos Aires, Perrot, 1959, pp. 12, 17 y 71. Véase Magallón Ibarra, Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 33 y 34.

²²⁹ Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, notas 203 y 227, t. I, p. 76.

El propio Recaséns Siches relata que Benjamín N. Cardozo (1870-1938) fue un famoso administrador de justicia que llegó a ser magistrado en la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, agregando que sus obras principales fueron *The Nature of Judicial Process (La naturaleza de la función judicial)* (1921) y *The Growth of the Law (El desarrollo del derecho)* (1927), en las que advierte que la sentencia no solo se manifiesta como un proceso de descubrimiento, sino que ella es generada —a la vez— por un proceso de creación, ya que corresponde al titular de la función jurisdiccional, interpretar la conciencia social y darle efectos jurídicos, al grado que la misma se fortalezca, robustezca, acreciente y se modifique. En su labor, el juzgador lleva a cabo un proceso intelectual para decidir cada caso; pero en él, la lógica participa solamente con una función subordinada, ya que quien tiene tal responsabilidad debe valorar los intereses en conflicto, al grado de conseguir el mayor equilibrio social que sea posible; en su decisión participan diversos factores personales, como lo son sus creencias tradicionales y sus propias convicciones.²³⁰

De acuerdo con los anteriores señalamientos, Benjamín Cardozo advertía que en su tiempo, la ley enfrentaba una doble necesidad; la primera era que consideraba indispensable elaborar alguna reconfirmación científica que le diera certeza y orden, ante la desolación de los precedentes. Esa es la labor que corresponde a la ciencia del derecho. La segunda, es la necesidad de una filosofía que intervenga entre los conflictivos clamores de estabilidad y progreso, y, a la vez, suministre un factor de crecimiento. La primera necesidad es sentida profundamente, y reconocida con toda amplitud. La segunda, aun cuando menos apreciada generalmente, está emergiendo año con año, para un mayor reconocimiento.²³¹

En el inicio de la exposición del tema antes señalado, Cardozo advierte que Roscoe Pound afirma que la ley necesita ser estable; pero que no puede permanecer quieta, y que en ello existe la gran antinomia que confronta tanto quietud como movimiento —sin liberación y sin control—, que son igualmente destructivas. El derecho, como la humanidad —si la vida debe continuar— tiene necesidad de encontrar

²³⁰ Recaséns Siches, Luis, *Estudios de filosofía del derecho*, t. II, que forma parte de la obra conjunta con Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, cit., nota 227, p. 314.

²³¹ Cardozo, Benjamín N., *The Growth of the Law*, New Haven, Copyright 1924 by Yale University Press, London: Humphrey Milford Oxford University Press, 1944, p. 1.

alguna senda de transacción, pues dos distintas tendencias opuestas —en las que cada una jala en diferentes direcciones— deben ser consolidadas para hacerlas trabajar al mismo tiempo. Todo ello depende de la sabiduría con la que se efectúe la unión. La debida proporción de tal fusión constituye el problema de todos los tiempos.²³² Al insistir sobre el tema que antecede, Cardozo manifestaba su decisión de continuar en la búsqueda de luz para el sendero, y advertía que en algún lugar que se encontrara debajo de la confusión podrían localizar la existencia de principios racionales que revelaran armonía y un sistema, entre aquellos que se presentaban como factores de discordia y desorden. ¿Cómo se podía, pues, conciliar lo irreconciliable; mezclar las antítesis en una síntesis de los opuestos?²³³ Para dar respuesta a la confrontación de los extremos que señalaba, Cardozo advertía que el problema se orientaba hacia el método, recordando que Demogue —en su análisis de las nociones fundamentales— sostenía que la meta de los esfuerzos jurídicos no es la síntesis lógica, sino la transacción, considerando que ello lo-graba hacer del derecho una ciencia rara, pero que no podía evitarse, puesto que la oposición entre lo estático y lo dinámico dividía al universo. En consecuencia —agregaba Cardozo—, parece que hoy día, aun cuando la verdad de la división sea una, ésta es relativa para nuestras propias mentes imperfectas, que resultan incapaces de penetrar la unidad en la cual la diversidad está perdida. De ahí que hasta que no se nos enseñe una visión más profunda, debemos contentarnos con muchas transacciones, para lograr reconciliaciones que —como insistía Demogue— constituían la gran labor de los juristas, recordando que Roscoe Pound afirmaba que mucho de la administración de justicia es ejecutar una transacción entre la tendencia de tratar cada caso como un tipo de caso generalizado, y la diversa, de tratar cada caso como único.²³⁴

El análisis de la labor realizada por Benjamín Cardozo permite afirmar que integra una síntesis de sus propias reflexiones, surgidas por la consideración de los problemas que tenía a su cargo resolver como juez. Sobre ese

²³² *Ibidem*, pp. 2 y 3.

²³³ Cardozo, Benjamín N., *The Paradoxes of Legal Science*, Copyright 1928, Columbia University Press, Nueva York, 1945, pp. 4-8.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 5-8, en la que en nota de pie de página número 11 de la obra señalada en la nota precedente el autor explica que la aseveración de Pound se encuentra en su artículo “Jurisprudence”, publicado en *History and Prospects of the Legal Sciences (Historia y prospectos de las ciencias sociales)*, por Harry Elmer, Barnes et al., p. 472.

aspecto de la administración de justicia, Luis Recaséns Siches observaba que Cardozo se preguntaba: “¿Qué es lo que yo hago cuando fallo un litigio? ¿Hasta qué punto busco congruencia lógica?” Para llevar adelante ese proceso mental, advertía que era indispensable poder diferenciar aquellas fórmulas que surgían tanto del consciente como del subconsciente, dado que en particular estos últimos frecuentemente operaban de manera decisiva. En todo ello, Cardozo rechazaba la posible existencia de una función mecánica y rutinaria por parte del juez, ya que siempre requería llevar adelante una interpretación de la norma aplicable al caso en consulta, que constituía un empeño que exigía algo más que buscar y descubrir el sentido de las leyes, aun cuando en ocasiones se encontrara con lagunas.²³⁵

XX. LA LABOR COMPLEMENTARIA DEL EMINENTE ROSCOE POUND

Por su parte, Roscoe Pound —el teórico más destacado de la jurisprudencia sociológica— ha sido el gran jurista y sociólogo norteamericano a cuyo nombre se ha ligado tanto la historia del derecho como la historia del pensamiento filosófico jurídico, ya que los estudios de esta materia que se desarrollaron en el siglo XX centraron su interés en la meditación sobre la existencia humana, de manera que pudieran permitir lograr el análisis de su estructura —que entre sus componentes encuentra el factor de la historicidad— en la que participa destacadamente la labor complementaria de la sociología jurídica, lograda por el eminente decano Roscoe Pound.

Luis Recaséns Siches opinaba que la figura de mayor relieve en el ángulo del pensamiento jurídico norteamericano era la del profesor Roscoe Pound, que, nacido en 1870, había logrado realizar una obra intelectual que obtuvo impresionante resonancia no sólo en su país, así como en las naciones de lengua inglesa, sino también en diversos países europeos y en los de origen hispanoamericano, destacando que su obra escrita rebasa más de setecientas publicaciones, en las que expone su pensamiento, para subrayar el papel que ha ejercido la filosofía jurí-

²³⁵ Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, Publicaciones de Dianoia, Anuario de Filosofía, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1956, pp. 76 y 77.

dica en la historia del derecho, de tal manera que logró influir en la incorporación de reglas positivas en las leyes, a la par que en cambios estructurales de muchas de las instituciones de su patria, con lo cual propició un verdadero renacimiento de los estudios filosófico-jurídicos en los Estados Unidos de América, en donde se habían extenuado los elementos clásicos y tradicionales, manifestándose la urgencia de abrir nuevas perspectivas a los horizontes de la teoría filosófica del derecho. Dentro de las proyecciones que antes se señalan, Pound logró orientar sus nuevos criterios dentro del ámbito de las tendencias de lo que se reconoce como la utilidad social e interdependencia colectiva, vinculando dichos conocimientos con las necesidades surgidas en la época en la que le tocaba vivir, pues al examinar los cambios que imponía la transformación de las circunstancias sociales, él mismo rechazaba la existencia de normas jurídicas que pudieran mantener validez eterna e inmutable, ya que su criterio concebía a la ciencia jurídica como una ingeniería social, que estudiaba la ordenación de las relaciones interhumanas mediante la acción de la sociedad política organizada.²³⁶

Dentro de los mismos aspectos que caracterizaban la personalidad de Roscoe Pound, el mismo Recaséns Siches explicaba que dicho autor empleaba la palabra *derecho* para designar tres cosas distintas: *a*) el ordenamiento jurídico positivo; *b*) el conjunto de criterios o directrices de que se sirve el juez para resolver los litigios, y *c*) el proceso para resolver los casos concretos, según los principios y normas positivos vigentes, advirtiendo que las tres expresiones antes consideradas constituían el denominador común de los elementos de la reglamentación social, para ordenar el campo de actividad de los intereses humanos y deslindar aquellos que requieren obtener una protección para determinar el alcance de ella. A la vez, advertía que en el grupo colectivo concurrían tres clases de intereses: individuales, públicos y sociales.²³⁷

Era evidente que a Pound le interesaba liberarse de los dos dogmas que habían permanecido latentes y obligatorios en la ciencia del derecho del siglo XIX: el de la necesaria interpretación lógico-deductiva y el fanatismo historicista romántico de la Escuela de Savigny, particularmente los supuestos místicos que confiaban en la existencia de un espíritu y alma nacio-

²³⁶ Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 203, pp. 309 y 310.

²³⁷ Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 235, pp. 310 y 311.

nales, eran señalados como barreras que impedían al juez el examen de todos los factores que concurrían en la ley, para establecer un orden jurídico en el que se reconocieran las entonces nuevas necesidades sociales. En su criterio le preocupaba la misma angustia que asediaba el pensamiento de Cardozo: hallar normas justas a las renovadas circunstancias sociales imperantes, cuya existencia no se había advertido previamente en la tradición histórica del *common law* ni vislumbrados en los principios filosóficos-jurídicos que anteriormente se habían venido observando.²³⁸

Fue notable la irrupción que Roscoe Pound realizó en el firmamento jurídico en agosto de 1906, cuando en la Asamblea de la Barra Americana de Abogados pronunció un extraordinario discurso, en el que examinaba las causas del descontento popular por la administración de justicia, que tuvo una repercusión extraordinaria, provocando estupor entre los profesionales conservadores, como entusiasmo entre los jóvenes, propiciando que el pensamiento analítico que había prevalecido en el análisis de las leyes empezara a adquirir una transformación de corte sociológico, y concentrando su labor en el mundo pragmático de la acción de la conducta humana, de manera que reemplazara las deducciones implacables de la lógica y ciñera la observancia de sus reglas y medios que permiten su realización adecuada a la vida humana.²³⁹

XXI. LOS CINCO POSTULADOS DE ROSCOE POUND

En el desarrollo de su doctrina, Roscoe Pound fijaba cinco postulados: 1) Los hombres deben poder contar con aquellas conductas negativas que los demás miembros de la comunidad no cometerán contra ellos; 2) Los hombres deben poder contar con que podrán usar en beneficio propio lo que hayan descubierto; 3) Los hombres deben poder contar con la certeza del intercambio social que realicen con aquellos con quienes contratan; 4) Los hombres deben poder contar con el comportamiento de los demás, y 5) Los hombres deben poder contar con el respeto de aquellos que poseen cosas.²⁴⁰ De los postulados propuestos, resultaba evidente que después de veinticinco siglos de desarrollo de la historia de la filosofía, con

²³⁸ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

²³⁹ Pound, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y estudio preliminar por José Puig Brutau, Barcelona, 1950, pp. XV-XIX de su estudio preliminar.

²⁴⁰ Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 203, pp. 309-313.

los imperativos que había planteado el positivismo, la filosofía del derecho renaciera como una teoría de los ideales jurídicos, de manera que reconociera que la función del derecho era la de lograr establecer la justicia, mediante la satisfacción armónica del mayor número posible de intereses entre los hombres.²⁴¹

En la obra que consideramos medular de Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law (Introducción a la filosofía del derecho)*, el autor escribe en su prefacio que un experto en metafísica había escrito sobre el secreto de Hegel, y se felicitaba de su éxito al poder guardar dicho secreto. De ahí que quien ensayara una *Introducción a la filosofía del derecho* podía también fácilmente hacerse solidario de un éxito semejante, ya que su auditorio encontraría que él había presentado no un tema, sino dos, presuponiendo el conocimiento de uno y dándoles apenas pequeños datos sobre el otro. Si dicho personaje fuera filósofo —agregaba Pound—, él podría haber intentado emplear un aparato filosófico mejor organizado sobre aquellos fragmentos del derecho que permanecen en la superficie del orden jurídico o sobre la ley, tal como es vista a través de los lentes de algunos juristas, que lo han interpretado en los términos de un sistema filosófico totalmente distinto, ya que viendo la lista de autoridades apoyada en la justicia de Spencer, y advirtiendo que sus referencias histórico-legales fueron ajustadas por la interpretación política idealista de la Escuela histórica inglesa, no es difícil percibir la razón por la que los positivistas y hegelianos llegaron a los mismos resultados jurídicos mediante el empleo de diferentes métodos. Al final del mismo prefacio, Pound concluía agregando que la filosofía había sido un instrumento poderoso en la armonía jurídica en tiempos que se encontraban maduros para restaurarla al antiguo lugar en el que debía encontrarse. Al menos, se podía mostrar lo que ella hacía en algunos de los problemas fundamentales de la ciencia del derecho; conjugándolos con lo que permanecía, para actuar en algunos de los problemas más conspicuos de esa ciencia en su momento, en el que la filosofía podía auxiliar para examinarlos filosóficamente, sin tratarlos como un derecho natural —en los términos del siglo XVIII— o como una jurisprudencia metafísica —de acuerdo con el siglo XIX— tal como todavía se encontraba en el entendimiento general de los abogados.²⁴²

²⁴¹ *Ibidem*, p. 311.

²⁴² Pound, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven and London, Yale University Press, copyright 1922, 1954 by Yale University Press, copyright re-

En la parte inicial del empeño de Roscoe Pound para llevar al ánimo del lector la función de la filosofía del derecho, considera que durante dos mil cuatrocientos años —desde los pensadores griegos del siglo V a. C.— se preguntaban si el derecho lo era por naturaleza o por decreto y convención, hasta los filósofos sociales de su época, quienes buscaban los fines, las bases éticas y los principios permanentes de control social. La filosofía del derecho ha tomado al papel de guía en el estudio de todas las instituciones humanas, de manera que testimonia la contribución que ha realizado en el pasado para constituir una fuerza en la administración de justicia del presente. De hecho, la diaria labor de las cortes nunca antes estaba más configurada por las ideas filosóficas abstractas que funcionaban en el siglo XIX, cuando los abogados pretendían desprestigiar la filosofía, y los juristas analíticos creían que habían establecido una ciencia del derecho suficiente, que se irguiera sin necesitar ningún instrumento filosófico.²⁴³

Al abundar en el criterio antes señalado, Pound agregaba que en todas las fases de aquello que puede ser descrito justamente como un desarrollo del derecho, la filosofía ha sido una útil sirvienta. Sin embargo, en algo ha sido un sirvienta tiránico, y en el todo se ha desempeñado como una maestra, ya que se le ha empleado para derribar la debilitada autoridad de la tradición, para hacer inclinar reglas severas que habían sido impuestas, y que no admitían cambio hacia los nuevos usos que trastocaban profundamente sus efectos prácticos, para aportar nuevos elementos en el derecho, y con ellos elaborar nuevos cuerpos jurídicos, para organizar, sistematizar y fortalecer las reglas e instituciones existentes, cuando los periodos de crecimiento eran reemplazados por los de estabilidad o de mera reconstrucción. Esos han sido sus logros actuales, consiguiendo desarrollar el más alto interés social en la seguridad general, que, interesada en la paz y en el orden, ha dictado los verdaderos principios de la ley.²⁴⁴

A la vez, Pound reconocía que en el siglo XIX, el derecho natural, tal como lo deducían las instituciones de su país por la idea de un gobierno libre, dio paso a una teoría histórica y metafísica que se había originado en

newed 1982 by Rensen M. Kinne III. Printed in the United States of America by Book Crafter, Inc., Chelsea, Michigan, pp. VII y VIII. En el prefacio a la nueva edición revisada de 1953, el autor advierte el haber incluido considerables adiciones al texto original, en razón de los nuevos criterios que habían surgido en distintos temas. A la vez, advierte que ha reescrito la bibliografía para ponerla al día.

²⁴³ *Ibidem*, p. 1.

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 1 y 2.

el continente europeo. Los derechos individuales eran deducidos de una metafísica fundamental, a la par que la historia mostraba la idea de libertad individual, contenida en las instituciones legales y en las reglas y doctrinas. La jurisprudencia desarrolló esta idea dentro de sus consecuencias lógicas y proporcionó una crítica. Estas orientaciones se ajustaban a la concepción del derecho, que se encontraba colocada entre el individuo abstracto y la sociedad, así como la protección de los derechos naturales, de manera que parecía una competencia entre el individuo y la sociedad. De la misma manera, Pound encontraba que tanto en Inglaterra como en su país se habían inclinado hacia una teoría analítica utilitaria, en la que el legislador debía ser orientado por los principios del utilitarismo. En esa perspectiva, tocaba al jurista encontrar los principios universales por el análisis de sus leyes vigentes. Así, no obstante que carecía de actividad creativa, su labor estaba confinada a un ordenado desarrollo lógico de los principios encontrados por el análisis de lo que él ya advertía se localizaban en la ley.²⁴⁵

El mismo Pound recordaba que hacia finales del siglo XIX se manifestaba una corriente sociológica del pensamiento, que pretendía reemplazar a la metafísica histórica y al utilitarismo analítico, en cuya perspectiva todos los fenómenos se encontraban determinados por las inexorables leyes de la naturaleza, que debían ser descubiertas mediante la observación. En esa tesitura, la moral, lo social y, consecuentemente, el fenómeno legal, resultaban gobernados por leyes que estaban más allá del poder consciente del control humano, tal como el movimiento de los planetas, pudiendo descubrir dichas leyes mediante la observación del fenómeno social y pudiendo aprender a someterlos inteligentemente, en lugar de desafiarlos; pero no podría esperarse hacer más. Sin embargo, ante una situación como la que Pound advertía que apreciaba, en sus días se escuchaban los sonidos de un renacimiento del derecho natural y que la filosofía del derecho estaba irguiendo su cabeza en todo el mundo. En esa circunstancia, pedía a los estudiosos del derecho medir reglas, doctrinas e instituciones, así como guiar la aplicación de las leyes con referencia hacia el fin del derecho, pensando en todo ello de acuerdo con su utilidad social. Estamos invitados —decía— a subsumir las cuestiones del derecho y a aplicarlas bajo la idea que proporciona el tiempo y el lugar. Estamos llamados a formular los postulados jurídicos de la civilización del tiempo y lugar ac-

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

tual y el medir la ley y su aplicación, con el propósito de que ella —con los materiales aportados por la civilización del pasado— pueda ser un instrumento para mantener y fortalecer la del presente.²⁴⁶ Pound concluía que se mencionaba a los juristas de su época, que la observación enseñaba que la interdependencia social —a través de la conjugación de intereses y la división del trabajo— constituía los factores centrales en la existencia humana; como también se les decía que deberían medir la ley y su aplicación funcional, hacia dicha forma de solidaridad, ya que las consideraciones que habían estado operando con anterioridad se encontraban ya exhaustas, y un nuevo orden social se estaba construyendo. De ahí que el autor apreciaba que se vivían momentos en los que la preocupación central debía ser el crear y construir, más que mejorar, ordenar, o que sistematizar y reconciliar detalles, ya que la era de la autosuficiencia había concluido, y que el trabajo de asimilación de lo que se había recibido en el orden jurídico —durante el periodo de la equidad y del derecho natural— ya se había dado. De ahí que el nuevo orden demandara nuevos requerimientos y presiones sobre el orden jurídico, con una multitud de reclamos no satisfechos. Pound concluía que a su generación le tocaría ver que los juristas del futuro estarían igualmente necesitados de alguna nueva teoría filosófica del derecho, que reclamaría algunos conceptos filosóficos nuevos sobre el fin del derecho, así como —al mismo tiempo— desearían alguna nueva concepción filosófica permanente, para salvaguardar la seguridad general de que les permitía lograr que el derecho que les dejemos logre obtener justicia en su tiempo y lugar.²⁴⁷

XXII. EL ATAQUE A LA LÓGICA JURÍDICA DE EUGENIO EHRLICH

Otro de los vigorosos atacantes de la lógica jurídica usual fue Eugenio Ehrlich, que en el prefacio de su brillante obra *Principios fundamentales de la sociología del derecho* —escrito en 1912— señalaba con notoria sencillez que frecuentemente se decía que un libro debiera ser escrito de una manera que permitiera resumir su contenido en una sola oración. De ahí que opinaba que si tal volumen fuera a sujetarse a dicha prueba, tal expresión sería la siguiente: en la actualidad, como en cualquier otro tiempo, el cen-

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 22-24.

tro de gravitación del desarrollo del derecho recae no en la legislación, ni en la ciencia del derecho, como tampoco en las decisiones judiciales, sino en la misma sociedad. En esas palabras tan breves y tan sencillas, el autor cree que posiblemente se encuentre la sustancia de todo intento para afirmar los principios fundamentales de la sociología del derecho.²⁴⁸

En la introducción a la obra antes señalada, corresponde a Roscoe Pound el concedernos sus siempre brillantes conceptos, al mencionar que los problemas jurídicos que se manifiestan en el siglo XX parecen ser: primero, no saber lo que el derecho es, sino lo que él hace, cómo lo hace y lo que puede hacerse para que actúe y cómo desempeña dicha función; segundo, la regla para valorar los conflictivos y encubiertos intereses y reclamos que deben ser armonizados o ajustados por el orden legal, y tercero, los límites de una acción legal eficaz y los medios de asegurar los intereses que el orden legal reconoce y delimita. Con este cambio en los problemas de la jurisprudencia le ha acompañado un cambio de método, o, con más precisión, se han alzado nuevos métodos (sociales, filosóficos, sociológicos y realistas). Así, Ehrlich, que destaca la jurisprudencia metafísica-analítica e histórica del siglo XIX, en la primera década del siglo XX escribe en contra de ese tipo de ciencia del derecho, con lo cual desata la llamada ofensiva sociologista y advierte que lo primero que se nota en el autor sobre los temas del derecho que expone, es que se ocupa de las relaciones de grupos y asociaciones, más que de individuos abstractos; además, considera en su pensamiento que los preceptos legales por los cuales las disputas deben resolverse —reconocidas o prescritas por algún órgano político de la sociedad— tienen un lugar subordinado, ya que tales preceptos, así como las técnicas y doctrinas que gobernaban su aplicación judicial, fueron mantenidas en la ciencia del derecho en todo el siglo XIX. No obstante dicho señalamiento, el mencionado autor encuentra que detrás de esos preceptos debemos encontrar la manera en la que los hombres se conducen en sus relaciones y cómo deben conducirse a sí mismos, de manera que el orden interno de las relaciones pueda ser mantenido. Por tanto, en un sentido amplio, él se coloca al lado de los juristas históricos del siglo XIX, que sostenían que la ley no se encontraba hecha, y con el último de los juristas históricos como fue Vinogradoff, que pensaba de la ley en términos de

²⁴⁸ Ehrlich, Eugene, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Translated by Walter L. Moll, with an introduction by Roscoe Pound, Harvard studies in jurisprudence, Cambridge, Harvard University Press, 1936, vol. V, prefacio, p. XV.

todo un control social. Por tanto, Ehrlich construye una jurisprudencia sociológica sobre la jurisprudencia histórica de dicho siglo, tal como Kohler elaboró una jurisprudencia filosófico-social sobre las mismas bases.²⁴⁹

En apoyo del criterio antes señalado, Roscoe Pound observaba que los juristas del siglo XIX pensaban en el cuerpo legal en el cual los tribunales iban a encontrar las bases de las decisiones judiciales, como algo que ya se encontraba fundado, pero que no había sido elaborado. De ahí que la significativa apariencia del pensamiento de Ehrlich se encontraría en su manera de ver el orden legal, al que sujeta las relaciones que de él surgen y a los particulares preceptos legales que operan y marcan la limitada función de la norma para decidirlos. Él pensaba en la sociedad, no como un agregado de individuos abstractos y aislados, sino como la suma de una asociación humana, que tiene relaciones entre sus componentes. El orden interno de estas asociaciones es el punto histórico de inicio, que ha sido el original y que continúa siendo su forma básica. De él surgen las formas lógicas, así como el cuerpo de preceptos legales o guías para las decisiones y las técnicas del proceso judicial. De ahí que en una variedad de diversas formas, se está diciendo que la ley que gobierna la vida debe colocarse dentro de la vida y ser mantenida en ella.²⁵⁰

En cuanto al concepto práctico del derecho, Ehrlich señalaba en 1912, que había un tiempo en el que la universidad entrenaba a los médicos para el ejercicio de su futura profesión, exigiéndoles conservar en su memoria los síntomas de varias enfermedades y los nombres de los remedios que en ese entonces eran conocidos para ellas. Tal tiempo —advertía el autor— ha quedado atrás. A la vez, agregaba que el médico actual era un científico que había seleccionado el cuerpo humano como su terreno de investigación. De manera similar, indicaba que no hacía más de un siglo, el ingeniero mecánico era apenas algo más que un simple mecánico, a quien su maestro le había impartido un manual de pericia requerida para la construcción de máquinas. En ello también había operado un cambio, pues reconocía que en sus días el ingeniero mecánico era ya un físico, que estudiaba la naturaleza de los materiales que debía usar y la medida en la que operaban sus reacciones a las diversas influencias externas, de acuerdo con las leyes observadas y observables. De ahí que ni el médico ni el ingeniero mecánico adquirirían meramente una pericia para su actividad

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. XXIX y XXXII de la Introducción a cargo de Roscoe Pound.

²⁵⁰ *Ibidem*, Introduction, pp. XXXI-XXXIII.

profesional, sino principalmente el entendimiento de sus bases científicas. Así, el mismo desarrollo venía teniendo lugar desde hacía tiempo, en otros incontables terrenos. Sin embargo, en la jurisprudencia, la distinción entre la ciencia teórica del derecho y la práctica estaba apenas empezando a hacerse notar, y, mientras tanto, advertía que el mayor número de aquellos que estaban trabajando en ese terreno no se daban cuenta de lo que se estaba haciendo, considerando que dicha distinción era la base de una ciencia del derecho independiente, cuyo propósito no era subvertir sus fines prácticos, sino servir a su conocimiento, que estaba concentrado no en sus palabras, sino en hechos.²⁵¹

Para concluir, Ehrlich advertía que la lógica que en su tiempo venía operando no aportaba a la función que debía desempeñar, que era suministrar al titular de la jurisdicción las normas jurídicas que resultaran aplicables a cada caso que se planteara a su conocimiento, puesto que la vida misma era más fecunda que todas las hipótesis contenidas en las mismas normas jurídicas.

Para el mismo autor antes citado, el método de la sociología del derecho debía determinar cuáles eran aquellos fenómenos en los que el sociólogo debía concentrar su atención para poder reunir los hechos que requería, para entenderlos y explicarlos. En esa investigación, lo primero que debía hallar eran los propios hechos de la ley, considerando que aún está en duda, por falta de investigación, el grado en que se desarrollaron los criterios externados por Savigny y Puchta en apoyo de la ideología del derecho natural, ya que ni quienes cultivaban los criterios naturalistas ni los historicistas aceptaban con los ojos cerrados que la ley era aquello que se manifestaba y declaraba como ley, ya que ambas corrientes del pensamiento habían buscado indagar la naturaleza del derecho de una manera científica. Los dos habían encontrado su origen fuera del Estado; uno, en la naturaleza del hombre y, el otro, en la conciencia del pueblo, considerando que en realidad correspondió tanto a Savigny como a Puchta el ser los primeros en concebir —al menos vagamente— la idea de una ciencia del derecho como el exclusivo objeto por el cual se debía promover su conocimiento; pero nunca se ocuparon de darle a sus trabajos el sentido pragmático de la ciencia del derecho.²⁵²

²⁵¹ *Ibidem*, pp. 1-10.

²⁵² *Ibidem*, pp. 16 y 17.

XXIII. LA PRESENCIA DESTACADA DE JOHN DEWEY

En el movimiento ideológico desarrollado en los Estados Unidos de América aparece el filósofo John Dewey, como posiblemente el más destacado del siglo XX, al desarrollar una tesis calificada como de lógica experimental, a la que llama *instrumentalista*, que expresa un ensayo de lógica precisa de los conceptos, juicios e inferencias resultantes de las funciones del pensamiento. Dentro de la corriente de lo que se consideraba como la nueva filosofía del siglo XX, calificada por Luis Recaséns Siches como el humanismo trascendental, participaban José Ortega y Gasset, Martin Heidegger, Carlos Jaspers y el mismo John Dewey, quienes habían llevado a cabo la crítica del idealismo, para mostrar como nueva senda distinta de la del viejo realismo la existencia humana —en la que aparece la historicidad— como objeto central de meditación.²⁵³

Dewey concibe su doctrina naturalista como un humanismo liberal, contraria al sobrenaturalismo, sea religioso o filosófico; y observa que el hombre que vive en un mundo donde reina el azar se ve obligado a buscar la seguridad. En dicha afirmación reconoce no que el hombre vivió en ese mundo, sino que continúa viviendo en él, y ello le obliga a buscar la seguridad a través de la certeza, y que el deseo de certeza completa sólo se puede realizar en el conocimiento puro.²⁵⁴

El mismo Dewey reconoce la vinculación de la ciencia y la filosofía como base de la educación, y considera que no existe disputa entre el pragmatismo y la filosofía experimental, ya que, por el contrario, las conclusiones científicas y los métodos son el principal aliado de la filosofía empírica de la educación, pues de acuerdo con dicha filosofía la ciencia suministra los únicos medios que poseemos para aprender acerca del hombre y el mundo en el que él vive. Algunos creen que este hecho hace innecesaria la filosofía, pues suponen que al admitir a la ciencia como lo supremo en el terreno del conocimiento, queda cubierto todo el campo de la experiencia humana; pero se debe reconocer que el hombre no es solamente una persona que sabe, pues él también actúa, y es una criatura que

²⁵³ Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 235, pp. 88-91.

²⁵⁴ Dewey, John, *La búsqueda de la certeza. Un estudio de la relación entre el conocimiento y la acción*. La edición original de esta obra fue publicada por Minton, Balch & Co., con el título *The Quest for Certainty: a Study of the Relation of Knowledge and Action*, 1a. ed. en inglés, 1929; 1a. ed. en español, 1952, Prólogo y versión española de Eugenio Imaz, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, pp. 3-8.

desea, anhela, espera, teme, propone y habita. De ahí que, en otras palabras, existan valores que conciernen primariamente a la filosofía.²⁵⁵

Dentro del movimiento que han producido las diversas corrientes intelectuales de las que venimos dando cuenta en las líneas precedentes, debemos dar cuenta de la que se generó en Alemania, bajo el enunciado de la *jurisprudencia de intereses*, que reconoce que el objetivo fundamental de toda norma jurídica se encuentra en la acertada y apropiada reglamentación de las relaciones humanas. Ella es función del legislador; pero corresponde al titular de la jurisdicción orientar sus criterios no propiamente por las palabras expresas del legislador que solamente son sus medios, sino más bien por los valores que han inspirado su obra.²⁵⁶

XXIV. LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES

En las orientaciones jurídicas que antes señalamos se localiza la labor de Max Rümelin, quien encontraba una notoria afinidad entre el desarrollo intelectual, que había ocurrido en Alemania en el medio siglo transcurrido de 1880 a 1930, con las expresiones que en ese mismo periodo se habían manifestado en los Estados Unidos de América, al encontrarse leyes que no formaban parte de su codificación y un sistema académico erudito de gran valor jurídico, que se orientaba hacia esas leyes, como aquel relativo a las Pandectas en Alemania, que en las observaciones de dicho autor unía a todos los juristas alemanes, haciendo posible su entendimiento con los estudiosos de otros países, ya que se le consideraba como el terreno en el cual las leyes alemanas tenían sus raíces, aun cuando en diversos grados habían adaptado otros elementos. En esa perspectiva, Rümelin encontraba que cincuenta años antes, la Escuela Histórica de Savigny y Puchta tenía predominio, ya que había regresado del humanismo, fortalecido por Ihering y Windscheid, que proclamaban: a través del derecho romano, pero más allá del derecho romano.²⁵⁷

²⁵⁵ Dewey, John, *Problems of Men*, Nueva York, Philosophical Library, 1946, pp. 164 y 165.

²⁵⁶ Recaséns, Siches, Luis, *op. cit.*, nota 235, pp. 64 y 65.

²⁵⁷ Rümelin, Max, *Developments in Legal Theory and Teaching During my Lifetime. II. The Jurisprudence of Interests*, Translated and edited by M. Magdalena Schoch, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1948, pp. 3 y 4.

El mismo Rümelin consideraba que había sido Rudolf von Ihering el que se había emancipado de la influencia de la Escuela Histórica, para convertirse en un pionero del método teleológico, al sostener que las deducciones lógicas resultantes de los conceptos debían revisarse por las necesidades de la vida práctica, y advertía que muchos adeptos le habían seguido en su criterio y, que, también, académicos entrenados en Tübingen ya contribuían al progreso del método de investigación de la ley.

De acuerdo con las circunstancias a las que se hace referencia, los juristas empezaron a redescubrir el último significado y propósito de toda la legislación, que debían presumir se encontraba también en la mente del legislador, ya que a éste le correspondía la función de ser representante del pueblo, gobierno y parlamento, cuyo propósito era reglamentar apropiadamente las relaciones vitales del pueblo, surgidas —en cada momento histórico— de la vida práctica, estimada desde el punto de vista de la justicia.²⁵⁸

XXV. EL MÉTODO DISEÑADO PARA SERVIR LOS FINES PRÁCTICOS DEL DERECHO

Por cuanto a la labor de Phillip Heck —también profesor de derecho en Tübingen, como Rümelin— advertía que la jurisprudencia de intereses es un método diseñado para servir los fines prácticos del derecho. Su objetivo se orienta a localizar aquellos principios que los jueces deben observar para decidir casos, y, por tanto, es importante no sólo para los jueces, sino para todos los estudiosos del derecho que desean asistir a los jueces en sus funciones. De ahí que la jurisprudencia de intereses no es una filosofía general, ni siquiera pertenece a aquel departamento de la filosofía a la que se le denomina jurídica. Algunos críticos (como Hermann Isay) encuentran fallas en dicha teoría, concretamente, en el terreno de que mientras se habla de la necesidad de evaluar intereses, no se le concede al legislador ninguna especificación ni escala de valores que pudiera generar un sistema legal completo, pues lo único que se pretende es ayudar a los jueces, ya que a ellos no les corresponde crear un nuevo orden legal, sino colaborar —dentro de un orden jurídico dado— en la realización de ideales re-

²⁵⁸ *Ibidem* en la nota que antecede, pp. 16 y 17. Véase Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 235, pp. 64 y 65.

conocidos. Por tanto, el objeto de dicho método es limitado, aun cuando su objetivo sea muy importante.²⁵⁹

La Escuela de la Jurisprudencia Tradicional colocaba el énfasis en los conceptos generales. Veía en ellos las bases de las reglas del derecho, y, como consecuencia, su objeto principal en la investigación jurídica. Dicha Escuela ha sido reemplazada por perspectivas más modernas, cuya característica común es la más grande fuerza que se ha puesto en el estudio de los intereses de la vida, con los efectos de la ley en la actual convivencia. Es por ello que resultan diversos los términos que le han sido aplicados a la nueva escuela de este pensamiento, a la cual se le refiere como Escuela Teleológica, o Realista, o de la Jurisprudencia Sociológica o Jurisprudencia de Intereses. La llamada Escuela del Derecho Libre es rechazada por Heck, pues la jurisprudencia de intereses —en un sentido más estrecho— puede ser definida como la expresión del pensamiento jurídico moderno, que coloca especial énfasis en el análisis máximo de los intereses o teorías de los conflictos, insistiendo en que el viejo conceptualismo ha sido reemplazado, aun cuando han existido intentos para revivirlo, y, entre ellos, debe contarse parte de la teoría metodológica de Kelsen; pero lo mismo es verdad en otros fenómenos existentes en el campo de la jurisprudencia, pues resulta más significativo el hecho de que las consecuencias posteriores de la antigua manera de pensar continúan teniendo acción hoy en día, ya que se les encuentra en la teoría del derecho, en las decisiones de los tribunales y, también, en alguna medida, en la legislación, tal como sucede en el diseño que entonces se elaboraba sobre la nueva Ley de Derechos de Autor, que mostraba una fuerte influencia del pensamiento conceptualista, pensando que solamente quien estuviera familiarizado con la vieja Escuela estaba en condiciones de evitar sus influencias. Al partir de esas premisas, Heck se propone discutir el contraste entre la vieja y la nueva Escuela en tres aspectos, con la consideración de los tres problemas principales: el primero es el de la relación causal entre los elementos del derecho; el segundo es el del razonamiento judicial, y el tercero, el de la estructura de la ciencia del derecho. Así, el discípulo predilecto de Roscoe Pound, Jerome Hall, consideraba la necesidad universal de realizar la síntesis del derecho, teniendo presente que los problemas sociales son también problemas jurídicos.²⁶⁰

²⁵⁹ Heck, Philip, *The Jurisprudence of Interests. An Outline. The Jurisprudence of Interests, op. cit.*, en la nota precedente, p. 31.

²⁶⁰ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

XXVI. LA CONCEPCIÓN EGOLÓGICA DEL DERECHO

En líneas precedentes hemos hecho una simple y fugaz referencia a la concepción de Carlos Cossio, sobre la tesis llamada egológica del derecho, en la que al hurgar un criterio único en la concepción genérica del derecho, el autor se opone a la aplicación de la tesis mecánica de la interpretación del derecho proclamada por la lógica deductiva, advirtiendo que en el lenguaje se recurre al vocablo *egológico* para destacar que en el derecho algo es lo que es cuando se conoce qué es lo que es; ilustra ese criterio al manifestar que nadie es ladrón mientras el juez no lo condena por ello, lo que significa: *a*) que exista un pronunciamiento judicial, y *b*) que en el mismo no se contenga un error. Con el propósito de explicar su lenguaje, indica Cossio que la voz compuesta *fenomenología* participa de los vocablos *fenómeno* y *logos*, que significa el conocimiento de los fenómenos; sabiendo que Husserl mantenía la inversión hegeliana de la significación, aun cuando para él, la idea que se expresa en el *logos* es el ser de los entes, por lo que en el criterio de este último autor, fenomenología significa la fenomenalización del ser de los entes. De ese criterio parte Cossio para afirmar que egología —en la teoría egológica del derecho— significa la egologización del *logos* jurídico, que es el del ser jurídico, y, puesto que el ego al que se refiere es el ego trascendental de la acción, que se manifiesta en el yo actúo en toda acción, o sea, en la determinación de una conducta, en lugar del yo pienso en todo juicio, o sea, del intelecto, con egología ha querido significar la fenomenalización como conducta del ser jurídico, de manera que tal lenguaje le permite tematizar los aspectos subjetivos de la experiencia jurídica o el juego de la personalidad sin implicar sospechas de subjetivismo o de personalismo. Para concluir la referencia a dicha terminología, el autor advierte que en cinco tesis expone las bases del desarrollo sistemático de lo que es la teoría egológica del derecho, que resume en los siguientes postulados: 1) El derecho como objeto es conducta humana; 2) La conducta jurídica es perceptible; 3) La conducta jurídica es justificable; 4) La conducta jurídica es proyectable, y 5) El error doctrinario, como inadecuación a la conducta jurídica, tiene la naturaleza de un obstáculo social. Culmina el autor con un breve epílogo, en el que relata las consecuencias técnicas de la teoría egológica, mismas que divide en tres grupos: *a*) la conceptualización; *b*) la sistematización, y *c*) la interpretación, con lo que manifiesta la convicción de que la

conjunción egológica de verdad y justicia devolverán a los jueces la tranquilidad de conciencia que en la jurisprudencia es la fuerza interior de las vocaciones científicas. A la vez, dicho autor considera que el estructuralismo lógico trascendental, en el tema de las lagunas del derecho —con el que remata las ideas de la plenitud del ordenamiento jurídico— expuestas en una acepción más bien apriorística, permiten considerar que la clasificación de Zitelmann es fundada. Cossio arguye que la actividad del jurista que intenta corregir o completar la ley no es jamás una actividad puramente lógica, y cuya exactitud o falsedad pudieran ser demostradas, y concluye: en la teoría egológica no aceptamos la existencia de lagunas o huecos en el ordenamiento jurídico.²⁶¹

Con los mismos propósitos antes enunciados, Carlos Cossio insistía en destacar que la interpretación judicial constituye uno de los problemas fundamentales del derecho, y que —a la vez— resultaba reiterativo el que mientras en algunas decisiones del titular de la función jurisdiccional se esmeraba en hurgar la intención del legislador, en otras desdeñaba los mismos factores, destacando que para poder llevar adelante el análisis de esas circunstancias y filosofar sobre el derecho se debían reconocer dos necesidades: primero, es indispensable saber filosofía, y, luego, es imperativo saber derecho, destacando que el verdadero sentido de la lógica jurídica no es la axiomatización y formalización de la lógica matemática, como tampoco el de la física, ni de la histórica, ya que la jurídica permite localizar una individuación del deber ser, que es jerarquización y creación en la que el pensamiento determina a priori los hechos. Es el ir hacia lo individual, en un procedimiento de individuación creadora, en el estricto sentido de la lógica jurídica.²⁶²

En el grupo de conferencias que —en febrero de 1952— Cossio expuso en la Universidad Nacional Autónoma de México, argumentaba que su criterio se apoyaba exclusivamente en los hechos, que son los que le dan fuerza a su teoría, conjugados con su poder de expansión, por lo que ponía especial énfasis en aseverar que no le interesaba la filosofía del derecho, sino la filosofía de la ciencia del derecho, que es la que considera no los aspectos nebulosos de las teorías, sino el fenómeno concreto que de-

²⁶¹ Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 15-86.

²⁶² Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, 1945, pp. 18 y 45-52.

termina la preocupación del jurista sobre los problemas científicos que en este campo aparecen, considerando que la universalidad de su doctrina se actualizaba en su país —la República Argentina—, al que apreciaba como el más latino del mundo, ya que —advertía— en él coexisten amalgamados lo español, lo italiano y lo francés.²⁶³

XXVII. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

En 1934, Hans Kelsen obtuvo la publicación de su *Teoría pura del derecho*, elaborada a partir del fin de la Primera Guerra Mundial, con el propósito de elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia, que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales; para ello profundizó las investigaciones emprendidas —que ya se encontraban como germen en el positivismo jurídico del siglo XIX— para determinar la naturaleza del derecho —con abstracción de sus diversos aspectos—, a fin de orientarlas hacia la objetividad y precisión, de manera que constituyera una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias naturales, apoyándose en los resultados aportados por la filosofía de las ciencias.²⁶⁴

En su exposición, Kelsen explica que la teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo en general, y no de uno en particular. Tampoco constituye una fórmula interpretativa de un orden jurídico nacional o internacional, ya que su autor pretende mantenerla como teoría, y como tal, definir sus límites para el solo conocimiento de su objeto, procurando determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. De ello, considera al derecho como una ciencia, y no como una política jurídica. A la vez, si la califica como pura, es porque pretende señalar que entiende constituir una ciencia que tenga como único objeto al derecho, y, consecuentemente, que ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El método que emplea pretende eli-

²⁶³ Cossio, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954, Prefacio, pp. 9-11.

²⁶⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, prólogo del autor a la edición francesa y prefacio a la edición alemana de 1934, Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires. Título de la edición francesa: *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, trad. de Moisés Nilve, 3a. ed., 1963, pp. 7-14.

minar de la ciencia del derecho aquello que le resulta extraño, como la psicología, la biología, la moral y la teología.²⁶⁵

Para Kelsen, desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, constitutivo de un sistema normativo que regula la conducta recíproca de los hombres. Toda regla jurídica existente supone la existencia anterior de otra norma que prescriba la obediencia a sus mandatos. Ello significa que en la base del sistema existe una norma fundamental, que no es positiva, ya que no ha sido puesta, sino solamente supuesta, la cual ha surgido como el hecho fundamental del orden jurídico que le sirve de apoyo, basado en la suposición de que dicha norma o Constitución integra un agrupamiento de normas jurídicas válidas. Ella, por su naturaleza supuesta, es en sí misma una norma, que es la fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución —que repite—, no obstante que nunca fue puesta, sino solamente supuesta. Ese criterio significa que la validez de toda norma positiva —moral o jurídica— se apoya en la hipótesis básica de una norma no positiva, que se encuentra en la base del orden jurídico al cual dicha norma jurídica pertenece.²⁶⁶

En la misma obra, Kelsen deslinda el terreno de la ciencia del derecho y el de la sociología jurídica, considerando que ésta se abstiene de estudiar el sentido específico de las normas jurídicas, y solamente se ocupa de considerar aquellos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. De ahí que dicha materia no establece una relación entre los hechos naturales —que ella considera— y aquellas normas válidas, sino entre esos hechos y otros que considera como sus causas o sus efectos. Ella pretende conocer las razones por las cuales un legislador dicta una norma en lugar de otra, e intenta señalar las consecuencias de su decisión. De ahí que sólo vea en el derecho los hechos naturales, que se manifiestan en la conciencia de los individuos que crean las normas ju-

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 15 y 16. Véase Pallares, Eduardo, *El derecho deshumanizado*, México, s. f., Ediciones Botas, en la que el autor afirma que la tesis de Kelsen es tan grave y contraria al derecho natural y a la causa de la libertad, que urge contrarrestar los efectos de su enseñanza, por entrañar un proceso de deshumanización, que pretende reemplazar los conceptos de persona, deber jurídico, derechos subjetivos, propiedad, acción, etc., por las formas más abstractas y formales del ser jurídico; rindiendo con ello tributo a un apriorismo racionalista que tiene miedo al estudio directo e incansable de las realidades; apreciando que el derecho, como producto de la cultura, no es pura forma, ya que en él habla el espíritu humano.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 36-42 y 138-142.

rídicas, que las aplican y las violan. En consecuencia, su objeto no es el derecho en sí mismo, sino la consideración de ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así pues, la sociología jurídica no se interesa por las normas constitutivas del orden jurídico, sino simplemente por aquellos actos de los que ellas emanaron.²⁶⁷

Por cuanto a la dualista concurrencia de la doctrina del derecho natural con la teoría general del derecho, Kelsen observa que el primero se orienta por la consideración de aquello que es. Por el contrario, el derecho como la moral se ocupa de lo que debe ser. Ese criterio descarta que exista un derecho natural perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana.²⁶⁸

XXVIII. LA APORTACIÓN DE JOSEPH RAZ

En los prefacios a la edición española e inglesa de la obra de Joseph Raz sobre *La autoridad del derecho*, el autor anticipa que la principal cuestión que enfrenta la filosofía jurídica es la determinación de la doble naturaleza que posee el derecho, tanto como hecho social y —a la vez— como orden normativo, que los iusnaturalistas —al abordar ambos aspectos— pretenden conciliar, al considerar al hecho social como provisto de fuerza moral. Sin embargo, los positivistas no lo conciben fuera del orden jurídico. Raz se identifica como positivista, al reconocer la obligación ciudadana de respetar al derecho y el respeto que le es debido, estimando que todos los sistemas jurídicos pretenden que se les reconozca autoridad. Raz divide su libro en cuatro partes: la primera, que se contrae a una introducción, suministra un análisis filosófico del concepto de autoridad legítima. La segunda se ocupa de intentar establecer una relación conceptual entre derecho y moral que asegure una inevitable autoridad moral a aquél. La última parte pretende proporcionar un argumento constructivo, para establecer la naturaleza de la autoridad moral del derecho.²⁶⁹

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 97-99.

²⁶⁸ *Ibidem*, pp. 101-109.

²⁶⁹ Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayo sobre derecho y moral*, trad. y notas de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982. Véase el prefacio a la edición española.

XXIX. LA VISIÓN DE H. L. A. HART

Con su teoría analítica, el autor en consulta pretende que en el mundo del derecho se identifique la relación que existe entre el derecho, la coerción y la moral, ya que aun cuando ellos constituyen fenómenos sociales distintos, no pueden considerárseles sin la vinculación que les pertenece, advirtiendo que en sus páginas encontraremos algo más que un ensayo de teoría jurídica analítica, en razón de que se ocupa de esclarecer la estructura del pensamiento jurídico, mas no de criticar al derecho o a la política jurídica; considera que —a la vez— su obra puede ser considerada como un ensayo de sociología descriptiva, ya que se ocupa de preferir el examen de situaciones sociales, o relaciones, que pueden entenderse en razón de un contexto social que advierta los fenómenos sociales, que a menudo no se expresan, reconociendo que el diseño de su obra se basa en las líneas de la teoría imperativa de John Austin.²⁷⁰

El autor inicia su exposición advirtiendo que no existe una vasta literatura que responda a las interrogantes ¿qué es la química? o ¿qué es la medicina? Sin embargo, es permanente la pregunta ¿qué es derecho? Y las respuestas que se han dado y que se dan, frecuentemente resultan extrañas y paradójicas, así como esclarecedoras y —a la vez— desconcertantes, de manera que podamos concluir que la pregunta subsiste y las respuestas continúan siendo variadas y extraordinarias.

En el desarrollo de su labor, Hart se ocupa de tres problemas recurrentes, que se presentan bajo el requerimiento de una definición del derecho o de una respuesta a la pregunta ¿qué es derecho? o ¿cuál es la naturaleza (o la esencia) del derecho? En vía de respuesta, encuentra que la característica general del orden normativo es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos, sino obligatorios en algún sentido, por la variedad de imperativos y la diversidad de normas jurídicas.

A la vez, el autor se ocupa de considerar la vinculación que existe entre soberano y súbdito, el hábito de obediencia, así como la continuidad y persistencia del derecho, incluyendo las limitaciones jurídicas a la potestad legislativa. De igual manera, encuentra un nuevo punto de partida, al considerar la unión de reglas primarias y secundarias, considerado todo

²⁷⁰ Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, pp. IX-XIII.

ello en vista de los fundamentos de un sistema jurídico, en los que aparecen las reglas de reconocimiento y validez jurídica, así como la definitividad e infalibilidad de la decisión judicial, incluyendo los principios de justicia y la obligación moral y jurídica por los valores que les pertenecen. Todo lo expuesto orienta la visión analítica de Hart hacia la comprensión del derecho, incluyendo su teoría jurídica, la coerción y la moral, como fenómenos sociales vinculados estrechamente, que se consideran en los ámbitos de la filosofía moral o política y en la sociología descriptiva, de manera que permitan clarificar el pensamiento y la estructura del orden jurídico, con la capacidad sucesiva de encontrar la facultad de una regla para conferir en cadena a otra. Un poder normativo.²⁷¹

De lo anterior resulta —en criterio de Rolando Tamayo y Salmorán— que toda la llamada ciencia jurídica y los métodos que ésta ha empleado —que en realidad la doctrina, como dogmática jurídica o *jurisprudencia* dogmática— se ocupa de la actividad que realizan los juristas cuando escriben el derecho, lo cual permite el convencimiento de que desde el remoto tiempo de la *interpretatio prudentium*, seguido por las glosas y comentarios medievales, la exégesis francesa, el pandectismo alemán, hasta la pretendida ramificación de su aspecto contemporáneo, se encuentra en la tentativa de explicar lo que es el derecho (o parte de él), a la vez que hacer su descripción y presentación sistemática.²⁷²

En otro lugar nosotros hemos considerado la noción clásica de la jurisprudencia —como sabiduría del derecho— y no como ciencia o doctrina jurídica.²⁷³

XXX. RETORNO A LA JURISPRUDENCIA

En su momento, Ronald Dworkin defendía la teoría liberal del derecho, que en su primera parte se dedicaba a exponer la visión positivista de lo que el derecho es, y, en la segunda, lo que el derecho debía ser, considerando que una teoría general del derecho debía ser normativa y —a la

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 1-21.

²⁷² Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, 2a. ed., México, Themis, 1998, pp. 269-274.

²⁷³ Véanse nuestros trabajos *La senda de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 46 y 47, y *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 159 y 160.

vez— conceptual. De ahí que dentro del claro sentido que la corriente doctrinal del derecho ha venido otorgando a los precedentes judiciales, con la notoria diferente concepción romana originaria de la jurisprudencia, en los últimos tiempos, Ronald Dworkin ha observado que se concibe al derecho como un concepto interpretativo que elabora cada juez, basado en sus propias y personales convicciones, concediéndole una notable presión a la práctica del precedente en el que se apoye. Sin embargo, observa que las teorías generales del derecho deben ser abstractas, porque su propósito es interpretar el objetivo principal y la estructura de la práctica legal. De ahí que propone el retorno a la jurisprudencia, con la consideración de tres distintas concepciones que diseña: la convencional, la pragmática y la integral.²⁷⁴ En el primero de los tres criterios que expone Dworkin, se hace solidario del lema: “la ley es la ley”, que cree que no es aquello que los jueces consideran que es, sino lo que verdaderamente es. De ahí que los jueces deben respetar los convencionalismos existentes, ya que su primera obligación es respetar la ley.²⁷⁵

En cuanto al pragmatismo, Dworkin considera que es una concepción escéptica del derecho, puesto que rechaza los derechos genuinos y no estratégicos. No rechaza la moralidad ni los derechos políticos o morales, pero sostiene que los jueces deben decidir los casos de acuerdo con lo que creen que es lo mejor para la comunidad.²⁷⁶

Al considerar el valor de la integridad, Dworkin aprecia que para la conformación de la política concurren dos principios: el legislativo, que pide coherencia a los legisladores, así como el adjudicativo, que instruye se considere el derecho lo más coherente posible desde esa perspectiva. Sostiene que los juicios interpretativos combinan elementos progresivos y regresivos, instruyendo a los jueces a que identifiquen los derechos y deberes legales hasta donde sea posible, basándose en el supuesto de que todos han sido elaborados por un mismo autor, fundados en una correcta concepción de justicia y equidad.²⁷⁷

²⁷⁴ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd. The Old Piano Factory, Gloucester Crescent, London NW 1, 1978, pp. 1-7, y *El imperio de la justicia*. Título del original en inglés: *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2a. ed., 1992, p. 90.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 90-92 de la segunda obra indicada en la nota anterior.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 121.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 132 y 164.

En conclusión, Dworkin acepta que el derecho es un concepto interpretativo, y que los jueces deberían decidir qué es el derecho, al interpretar la práctica de otros jueces en aquellos casos en los que deciden qué es, ya que las teorías que se han elaborado sólo constituyen interpretaciones generales, resultantes de la propia práctica judicial, aun cuando no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios.²⁷⁸

XXXI. CORRIENTES CONTEMPORÁNEAS. EL REALISMO NORMATIVISTA

Norberto Bobbio, a quien se considera como el autor del manifiesto analítico-programático de los años cincuenta, producido en la filosofía jurídica italiana al publicarse sus dos obras *Teoría della scienza giuridica* y *Diritto e analisi del linguaggio*, considera que el enfoque acertado que debe darse al estudio del derecho se encuentra en su aspecto normativo, partiendo del principio que se apoya en una afirmación general: la experiencia jurídica es una experiencia normativa, y nuestra vida se desarrolla dentro de un mundo unitario de normas, que integran un ordenamiento jurídico.²⁷⁹

En las páginas precedentes hemos podido confrontar las dos corrientes que han dominado el pensamiento doctrinal en el mundo del derecho: el iusnaturalismo y el positivismo. Al lado de ellas, Enrico Pattaro se inclina a considerar —como una posible tercera vertiente de la doctrina— el realismo jurídico, constitutivo de un diverso sendero en el horizonte de la filosofía jurídica de nuestro tiempo, que se encuentra ahora colocada frente a los dos colosos del pensamiento que venían dominando el jurídico. Dicho realismo se contrae a las nuevas corrientes doctrinales que han surgido, que orientan su criterio hacia el rechazo de la metafísica, ya que aprecian la prevalencia del elemento empírico en el análisis del derecho.

En efecto, dentro de la corriente antes mencionada, Pattaro considera decepcionante la pureza en la que Hans Kelsen pretende confinar al derecho, de una manera en la que se aprecie la ausencia de las motivaciones que generan la obediencia de las normas jurídicas, así como la función

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 287-290.

²⁷⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo Acuña, de la versión castellana, Madrid, Debate, por autorización de Editorial Temis, Bogotá, 1998, pp. 15, 153 y 165.

efectiva que desarrolla la amenaza de la coacción, al considerar que dicha pureza no produce rigor metodológico, ya que en cualquiera de los aspectos científicos que se le considere, el derecho no es una disciplina rigurosa, por lo que la pureza no justifica la abstinencia cognoscitiva que —al decir de Guido Fassò— se comporta como lo haría un estudioso de anatomía, que, ante la complejidad del cuerpo humano —constituido por una maraña de sistemas y aparatos heterogéneos (nervioso, digestivo, circulatorio, respiratorio, etcétera)— deseoso de hacer un discurso absolutamente riguroso sobre el cuerpo humano, que en su visión sólo estuviera constituido por el sistema óseo, dijese: “El verdadero cuerpo humano es el esqueleto, todo el resto parece que lo es, pero no es esencial y, por tanto, no lo tomo en consideración; yo hago un tratado sobre el hombre como sistema de huesos, y quien se ocupa de la sangre, o de los nervios, o de los músculos es un iusnaturalista que vive todavía en el medioevo”.²⁸⁰

Con el ánimo de contrariar la tesis de Hans Kelsen, sobre la visión iuspositivista de la doctrina general del derecho, así como plantear la alternativa de una perspectiva jurídica realista, Enrico Pattaro se ocupa de combatir la pureza y formalismo, al advertir que el dualismo, que entraña la duplicación de lo real en ser y deber ser, que se encuentra latente en la visión del derecho de la que es partidario el positivismo jurídico —reiterado por Hans Kelsen— ha tenido diversas alternativas monistas que han tratado de separar el deber ser, como elemento normativo del derecho —al cual Kelsen denomina “significado del acto de voluntad”— resolviendo el concepto de norma, como deber ser en la misma voluntad del soberano, del Estado, del pueblo o de otros, y destacan las posiciones de realismo normativista desarrolladas por los juristas realistas de la escuela escandinava, Axel Hägerström, Karl Olivecrona y Alf Ross, que concentran su interés fundamental en la idea de norma, tanto en el funcionamiento del derecho como para la construcción de una teoría del derecho idónea —a la que el autor denomina como realismo normativista— para proporcionar una explicación satisfactoria de su objeto, a la que distingue por su aspecto ontológico, que permite considerar a la norma como una concep-

²⁸⁰ Pattaro, Enrico, *Elementos para una teoría del derecho*. Título original: *Lineamenti per una teoria del diritto*, Cooperativa Librería Universitaria, 1985, trad. y estudio preliminar de Ignacio Ara Pinilla, Debate, 1991, pp. 87 y 88. La cita de Guido Fassò corresponde a *Intervento sul positivismo giuridico. Scritti di filosofia del diritto*, Milán, Ed. preparada por E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, II, 1982, p. 782.

ción monista propia de un fenómeno de psicología social, que no es distinta de la realidad de los hechos empíricos, y que, por admitir y exigir una distinción entre el ser y el deber ser, es considerada como divisionista, ya que presenta un aspecto metaético, que es deontologista, en el que la idea del deber es esencial al fenómeno jurídico. En síntesis, el mencionado relativismo normativista acepta que las normas jurídicas no son actos de voluntad, que no constituyen mandatos y tampoco son el comportamiento de los jueces, oponiéndose a las teorías de Bentham, Austin y Kelsen, en cuanto a que ellas aprecian que la sanción produce la obediencia del derecho.²⁸¹

Dentro de la corriente realista de la que damos cuenta, Pattaro elabora una amplia referencia a la labor de Karl Olivecrona —dentro de la concepción del realismo normativista—, pero de sus aportaciones nos interesa particularmente su criterio sobre la existencia de métodos no formales en la producción del derecho, en los que ubica a la costumbre, a la ciencia del derecho (o doctrina jurídica) y a la jurisprudencia (o praxis judicial), considerando que en aquellos países del llamado *civil law* o derecho europeo continental corresponde a la ciencia del derecho proponer el verdadero significado o contenido de las reglas legales, ya que aun cuando los juristas no son legisladores ni están empeñados en la función de la que resulta el *imperatum* a las reglas jurídicas que elaboran, a éstos corresponde —con sus criterios, proposiciones y aportaciones— lograr que ellos se conviertan en reglas jurídicas que colman lagunas del derecho, y, en cuanto a la jurisprudencia, los principios que surgen en forma reiterada en las decisiones de los tribunales son constitutivos de nuevas reglas jurídicas.

Con el propósito de confirmar este último criterio, Pattaro acoge la expresión de Olivecrona, al manifestar que los jueces resuelven, a medida que se les presentan, cuestiones de interpretación relativas al derecho de origen legislativo; en muchos casos integran las leyes con sentencias que serán observadas con la misma diligencia que las disposiciones legales; en las materias en que faltan leyes, dictan sentencias con base en ideas de derecho natural, de presuntas costumbres, de la oportunidad o de otras razones, y el cúmulo de precedentes crece constantemente. La praxis de los tribunales no constituye —de hecho— una serie de decisiones, sino que sobre ellas, en la medida en que esté difundida la idea de que se deben ob-

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 123-126.

servar los precedentes, se construyen las normas. La vieja idea de que los tribunales se limiten a aplicar el derecho existente contrasta con la realidad, y presupone un derecho omnicompreensivo, del que puedan deducirse todas las decisiones. Pero puesto que esto constituye una ilusión, los tribunales deben decidir necesariamente en casos en que no hay un derecho preexistente, o en los que, si lo hay, está abierto a diferentes interpretaciones.²⁸²

La obra en la que Pattaro se ha empeñado concluye proponiendo el realismo normativista como una alternativa al positivismo jurídico, que responda a la pregunta ¿qué es el derecho?, con la respuesta que otorgue una investigación fenomenológica (análisis sociopsicológico) que tenga carácter empírico, que permita una concepción empírica.²⁸³

XXXII. LA CONCEPCIÓN EXPRESIVA DE LAS NORMAS

La síntesis de las ideas que hemos considerado anteriormente nos permite confirmar los diversos criterios que consideran la posibilidad de la relación entre normas y verdad, tema sobre el que también se aprecian valores de verdad en las normas, no obstante que simultáneamente se ha rechazado que puedan ser verdaderas o falsas. A la vez, en el orden de una clasificación normativa, existen criterios que niegan la posibilidad de que existan normas permisivas, ya que sólo aprecian que pueden ser imperativas, lo que lleva a los autores a considerar las normas y los sistemas normativos —así como la contradicción de las reglas— de las que llegan a los fundamentos pragmáticos para una lógica y dinámica de las normas, que les permitan ocuparse de los problemas surgidos de las ideas del positivismo jurídico de Hart y los ataques que fueron diseñados en su contra por Dworkin, quien no distingue entre normas y proposiciones normativas, ya que —obviamente— no encuentra importante ese tema para el análisis de los enunciados jurídicos, advirtiendo que falsamente existen casos que excluyen la posibilidad de la existencia de lagunas en el derecho, que en la tesis positivista son calificados como casos duros, para los cuales no existe una respuesta correcta

²⁸² Olivercrona, *La struttura dell'ordenamento giuridico*, cit. pp. 149 y 150; ed. castellana. *Ibidem*, pp. 213 y 214.

²⁸³ *Ibidem*, pp. 279-284.

en el derecho, que permiten a los jueces resolverlos discrecionalmente. Dworkin observa que esa perspectiva es falsa. De ahí que Eugenio Bulygin estime que no es fácil trazar la distinción conceptual entre normas y proposiciones normativas, considerando que los filósofos del derecho tendrán que redescubrir esa diferencia crucial, sin la cual no es posible un tratamiento claro del lenguaje normativo.