

LOS PRESUPUESTOS DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO NORTEAMERICANA (*)

SUMARIO :

Premisas.—Tradición iusnaturalista del Derecho norteamericano: 1. El sistema jurídico norteamericano y sus principios.—2. «Rule of law» y tradición iusnaturalista.—3. La «Rule of law» en Norteamérica.—*El Benthamismo en Norteamérica:* 1. ¿Existe una tradición Benthamiana?—2. Los canales del Benthamismo en Norteamérica: a) La economía política. b) Las codificaciones de Luisiana, etc. c) La teoría de la soberanía. d) La jurisprudencia analítica. e) La versión norteamericana de la jurisprudencia analítica.—3. La formación del positivismo «Benthamiano».—*La «pobreza» del positivismo Benthamiano:* 1. La insuficiencia del positivismo jurídico norteamericano.—2. Del «nuevo» pluralismo al realismo político.—3. La «Sociological Jurisprudence».—*El realismo jurídico:* 1. El ataque contra la «Mechanical Jurisprudence».—2. El ataque contra la «Rule of law».—3. Del realismo jurídico a la Ciencia Política.—Conclusión.

PREMISAS

Si el jurista continental siente una gran desorientación frente a la experiencia del derecho americano, sus categorías y sus principios, aún es mayor la que encuentra el teórico europeo de filosofía jurídica, debido al considerable número de corrientes y credos filosóficos de los pensadores americanos. La lectura de un volumen colectivo como *My Philosophy of Law* (1) llevaría a la conclusión de que no

(*) Traducción de C. Salafranca.

(1) *My Philosophy of Law*, Boston, 1941 (es una colección de los credos filosóficos de los más distinguidos juristas norteamericanos, publicada bajo la dirección de la *Julius Rosenthal Foundation*). Para una exposición histórica de la filosofía del derecho norteamericana: H. G. REUSCHLEIN, *Jurisprudence-Its American Prophets*, Indianápolis, 1951; E. W. PATTERSON, *Jurisprudence: Men and Ideas of Law*, Brooklyn, 1953 (véase, a propósito: L. FULLER, *American Legal Philosophy at Mid Century*, «Journ. of Leg. Educ.», 1953-54, pág. 457); M. R. COHEN, *A Critical Sketch of Legal Philosophy in America*, en «Law: A Century of Progress», New York, 1937, II, pág. 266. Sobre la relación entre el realismo jurídico y el institucionalismo económico y la común base filosófica, véase: M. G. WHITE, *Social Thought in America*, New York, 1949. Para un análisis de las

sólo términos como «philosophy of law», «jurisprudence» «legal theory», son usados de modo extraño, con un sentido a la vez más amplio y más restringido que las palabras correspondientes, sino que también los otros términos con los que se ha educado filosóficamente («idealismo», «positivismo», «realismo», etc.), no son empleados con el significado europeo, y, por lo tanto, resultan irremediabilmente incomprensibles. Pero, como en la ciencia jurídica el investigador europeo se da cuenta de que su mente no es al fin y al cabo una *tabula rasa* (2), así en la especulación filosófica del derecho, si tiene el valor de penetrar en el interior de la problemática ameri-

tesis de la *Jurisprudence* contemporánea y un informe bibliográfico: E. GARLAN, *Legal Realism and Justice*; Columbia Un. Press, 1941; Th. A. COWAN, *A Report on the Status of Philosophy of Law in the United States*, «Columbia L. R.», 1950, pág. 1.086; R. POUND, *Fifty Years of Jurisprudence*, 50 «Harv. L. R.», 1936-37, pág. 577. Es importante la reseña anual de libros y artículos de filosofía del derecho en el «Annual Survey of American Law» (a cargo de E. CAHN desde 1944). Para una primera información es útil la selección de escritos en: M. COHEN-F. COHEN, *Readings in Law and Legal Philosophy*, New York, 1953; hay también una antología en lengua española de los autores más recientes: *El pensamiento filosófico-jurídico de los EE. UU.*, ed. Losada, Buenos Aires. Entre los trabajos más significativos y críticos: A. AUBERTIN, *Amerikanische Rechtsauffassung und die neueren Theorien der Rechtssoziologie und des Rechtsrealismus*, «Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht», 1932, pág. 529; A. L. GOODHART, *Some American Interpretations of Law*, en «Modern Theories of Law», London, 1933; G. RADBRUCH, *Anglo-American Jurisprudence through Continental Eyes*, «Law Q. R.», 1936, pág. 530; LEVY, *Of Jurisprudence in Modern Trends of Law*, enero 1943 (publicada por la «Brooklyn Bar Association»); COING, *Tendencies in Modern American Legal Philosophy*, «Georgetown L. J.», 1952, pág. 623; L. DEL DUCA, *Osservazioni sulla filosofia del diritto in America*, «Riv. intern. fil. dir.», 1953; J. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, 1952; B. HORVATH, *Neuere Richtungen der Rechtsphilosophie in den Vereinigten Staaten und in Scandinavien*, «Öster. Zeitsch. f. Öffentl. Recht», 1955, pág. 65.

(2) E. ALLORIO, *Ciencia jurídica europea*, «Rev. Fac. Der. México», 1953, página 153: «Cuando mi mente se dirige al examen de las instituciones del Derecho común anglosajón, siento que no se aproxima a ellas, casi *tabula rasa*, haciendo echazón de las formas lógicas subvenidas, o mejor dicho: infusas en aquella por una larga y no vana educación, recibida en las directivas del método europeo. Se acerca, por el contrario, mediante dichas formas lógicas, con el auxilio y el instrumento de las mismas; y tiene conciencia de que tales formas, tales ideas, tal método, ayudan a *comprender* y a hacer que la materia así entendida sea una duradera adquisición de la inteligencia, incluso cuando el objeto de la investigación no es el habitual, cuando no es, en suma, el Derecho del continente europeo, sino el tan distinto Derecho angloamericano.»

cana, sin dejarse impresionar por la terminología, descubre, no sin un cierto asombro, que es posible realizar un replanteamiento de aquellos problemas con términos y esquemas conceptuales familiares. Esto a condición de que revise su aparato conceptual y lo «corrija» de manera que la permita ver y medir las nuevas cosas. He aquí por qué una investigación como la que nos disponemos a hacer, tiene en cierto sentido, el carácter de un estudio *histórico*, entendiéndolo como estudio de una experiencia jurídica, lejana en el espacio, pero que podemos volver a vivir y sentir como actual. Quizá no es en definitiva, una investigación desinteresada, si es verdad que el pensamiento americano —como ya notaba Lord Bryce— está llevando a conclusiones extremas, en los errores más que en la verdad, tendencias que están latentes en nuestro mundo.

El gran descubrimiento del investigador continental es que, en definitiva, los pensadores americanos están preocupados y tratan con todas sus fuerzas de dar una respuesta a nuestros mismos problemas, y especialmente a aquel que, desde la época de la Escuela histórica —particularmente en el pensamiento italiano del siglo XX— es el centro de la especulación continental, siendo común a las corrientes filosóficas como a las científicas: el problema de la experiencia jurídica (3). Con estas premisas, nos es posible hacer al pensamiento americano las preguntas a que estamos acostumbrados a responder preliminarmente en nuestra especulación sobre el derecho: ¿la experiencia jurídica es autónoma o está sujeta a otras experiencias? ¿Se ajusta la filosofía del derecho a la de la economía o de la política? La respuesta que el pensamiento americano ha dado y da a estas preguntas nos confirma que ha llevado a las últimas consecuencias, principios, que no han actuado completamente en el continente europeo.

En Europa los postulados del positivismo, y en particular la sujeción del derecho a la economía y a la política, están penetrados profundamente por la conversión del derecho en *técnica*, concepción ésta insinuada incluso en aquellas corrientes idealistas que, en la vanguardia del movimiento antiformalista, habían convertido el derecho en actividad. Si una concepción «técnica» del derecho implica el desconocimiento de la autonomía de la experiencia jurídica,

(3) R. TREVES, *Il problema della esperienza giuridica e la filosofia dell'immanenza di G. Schuppe*, Milano, 1938 (cap. VI). Sobre las corrientes más recientes: G. FASSO, *La storia come esperienza giuridica*, Milano, 1954 (véase también la bibliografía de esta obra).

deberemos deducir —como hemos tratado de demostrar en otro trabajo (4)— que el positivismo jurídico no está superado. Al mismo tiempo los presupuestos positivistas no han actuado plenamente en el continente puesto que se ha podido mantener bastante clara la distinción entre el positivismo filosófico y el jurídico, gracias a la raíz «hegeliana» de este último. El positivismo jurídico continental ha absorbido algunas de las más válidas instancias del hegelismo, tales como la idea de que el derecho tiene su íntima racionalidad y la de que los principios han de buscarse en el interior del derecho; en la práctica no ha realizado divorcio entre *ser* y *deber ser*, como veremos, y esto por interés hacia la ciencia del derecho (dogmática).

El mismo Jhering es el padre del positivismo jurídico puesto que llevó a cabo todas las implicaciones antihistóricas y relativas y es además el gran teórico de la dogmática jurídica. El interés por la ciencia del derecho, y por los valores que ésta comprende, ha impedido una realización plena al positivismo jurídico continental.

Este se presenta frente a la crítica, estructuralmente mejor articulado que el positivismo filosófico, puesto que por una parte ha mundanizado los valores del siglo precedente, y por otra permanece sobre el terreno de la experiencia jurídica, estudiándola desde un punto de vista particular, el de la *norma*. A la investigación sobre la experiencia jurídica se ha añadido además la segura contribución de la más reciente especulación idealista italiana, que nos ha dado algunos puntos firmes para plantear el problema; entre ellos merece particular atención «la identificación de la ciencia con su objeto», por llevarnos a la siguiente afirmación: el estudio de la experiencia jurídica no se puede realizar independientemente del estudio de la ciencia jurídica y de sus concepciones (5).

En América, en cambio, por una parte se ha llegado a las lógicas consecuencias de la distinción entre ciencia y técnica en el derecho, «sea a su consideración como una «técnica social»; por otra, ha prevalecido la tendencia de estudiar directamente y realístamente la

(4) A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957; el autor sostiene que la especulación contemporánea (también de inspiración idealista), a causa de la aceptación de una concepción técnica del derecho ha asimilado algunas de las instancias del positivismo, que, por lo tanto, no puede considerarse superado.

(5) Sobre este aspecto de la especulación idealista italiana (W. CESARINI SFORZA e A. E. CAMMARATA) hemos insistido en las *Ricerche*, obr. cit., pág. 18 y siguientes.

experiencia jurídica independientemente del estudio de los conceptos y de la ciencia del derecho. La respuesta, por tanto, del pensamiento americano es: la experiencia jurídica es experiencia *social y política*; la misma ciencia del derecho es una ciencia social; las soluciones en base jurídica dependen en definitiva de las soluciones alcanzadas en base social. Tal concepción es de un tono decididamente positivista; y si a esto se añade el interés por la cuantificación y medida que domina en el pensamiento jurídico americano, nos daremos cuenta en qué medida está la atmósfera saturada de positivismo. Entonces, la distinción entre positivismo jurídico y filosófico resulta más difícil prácticamente, dado que no existe el freno de la tradición hegeliana.

Estas observaciones nos han empujado en la presente investigación, a indagar el proceso de formación del positivismo americano en el derecho, cuya expresión más característica es el realismo jurídico. Pero anticipamos ya nuestro modesto resultado, o sea que éste es un positivismo «benthamiano», derivado de la mezcla de una originaria tradición benthamiana con el positivismo continental. Sobre esta base, y en particular sobre el realismo jurídico, se ha llevado a cabo el más potente ataque contra los tradicionales principios del *common law*.

TRADICION JUSNATURALISTA DEL DERECHO NORTEAMERICANO.

1. *El sistema jurídico norteamericano y sus principios.*

El derecho americano «hasta el punto en que no está modificado por la ley local, no se diferencia mucho del *common law* tal como es en Inglaterra» (6). Pertenece, por lo tanto, al grupo de los derechos de *common law*, que tienen la raíz en el sistema jurídico formado, en Inglaterra, después de la conquista normanda de 1066. Contrariamente al concepto que prevalece en los países de *civil law*, donde la

(6) Entre los trabajos continentales recientes sobre el derecho norteamericano: A. e S. TUNC, *Le droit des Etats Unis d'Amérique*, Paris, 1955; A. P. SERENI, *Studi di diritto comparato: Diritto degli Stati Uniti*, Milano, 1956. Una exposición de un jurista norteamericano con una cierta finalidad sistemática es: J. L. CLARK, *Summary of American Law*, New York, 1949.

idea del derecho está unida a la de la codificación y legislación, en América el derecho aparece, según la tradicional concepción anglosajona como un producto social independiente de la voluntad de un legislador. El *common law* —afirmó el gran jurista americano Kent, y su clásica definición ha sido reproducida por muchas decisiones judiciales— «comprende aquellos principios, usos y normas aplicables al estado, a las personas y a los bienes, y cuya autoridad no descansa sobre una declaración expresa de la voluntad del legislador».

Pero no se puede hablar, si no es con una cierta ambigüedad, de un «derecho de los Estados Unidos», puesto que cada uno de los Estados posee su propia autonomía, y por lo tanto también un derecho propio; se podría decir en un cierto sentido que existen cincuenta *common laws*, dado que a los sistemas jurídicos de los cuarenta y nueve estados hace falta añadir el del Distrito de Colombia, sede de la capital federal. Al mismo tiempo, existe, como objeto de estudio, un sistema jurídico americano, dado que es común la teoría de las fuentes y las técnicas jurídicas, derivadas del primitivo *common law* inglés. La técnica de muchas normas de este último ligadas a una concepción feudal (como las relaciones de propiedad y de sucesión), la escasa cultura de los abogados y jueces del período colonial, somete el *common law* a un proceso de adaptación y simplificación en el nuevo mundo. Pero, incluso después de la revolución, el derecho inglés constituyó aún la base sobre la que se construyó el edificio del actual sistema jurídico americano.

Al derecho inglés anterior a la revolución le fué reconocida, por lo tanto, plena eficacia, y las obras clásicas como los *Institutes* de Coke y los *Commentaries* de Blackstone continuaron siendo las fuentes principales de la educación jurídica. En modo particular la amplia difusión de las obras de Blackstone, que había obtenido numerosas ediciones, consiguió frenar la tendencia a la recepción del derecho francés, que se estaba insinuando en América, después de la separación de la madre patria. Debe tenerse presente que los *Commentaries* de Blackstone sintetizaban «el sistema lógico, que aun con cierta aportación del poder legislativo, había sido construído por la profesión jurídica a través de varios siglos», y que por lo tanto no era equivocado considerarlo como el «Pothier de Inglaterra». Alrededor de su obra se formó en América una larga tradición de juristas, entre ellos el Canciller Kent, autor de los famosos *Commentaries* (1826-1830); y Story, autor de diversas obras sobre la Constitución (1833), Los conflictos de ley (1833), La Equity (1836) y Los

efectos de comercio (1843-1845). La consecuencia principal de esta tradición anglosajona en el dominio político fué la limitación del derecho federal, esencialmente legislativo: las leyes (*Statutes*) fueron consideradas por los tribunales como algo excepcional, interpretándolas restrictivamente.

La comprensión de las ideas y de los principios fundamentales del derecho inglés se hace necesaria para quien intente entender el alcance de la desviación de los principios del derecho original, dado que éstos estaban destinados a convivir con una institución jurídica, extraña a ellos, o sea con una constitución escrita. Se trata de una labor ardua para el investigador continental, que se ve obligado a resolver una cuestión preliminar, la de si la *common law* es una «ciencia jurídica».

En efecto, éste ha cultivado desde el siglo XIX el ideal kantiano de la ciencia, y seguramente se encuentra con una seria dificultad al tener que dar al *common law* el apelativo de científico. Este, en realidad, no parece se haya desarrollado sobre una base de principios abstractos, sino más bien sobre la experiencia y el empirismo. Pero los límites de nuestro estudio, que tiene en un cierto sentido la humilde pretensión de investigación histórica, nos permiten, quizá, superar tal dificultad. En cuestiones de estudio histórico, incluso el jurista continental reconoce la necesidad (7) de ampliar el concepto de «ciencia» a toda actividad teórica y práctica que tenga por objeto el fenómeno jurídico. Abandonando, pues, el estudio de la posibilidad de amontonar esquemas científicos sobre el derecho americano, nos interesa únicamente darnos cuenta de aquello que el jurista americano piensa de la propia actividad y del propio derecho.

Pues bien, si quisiéramos resumir los principios sobre los que se apoya todo el edificio de ese sistema jurídico podríamos catalogar tres: la «*rule of law*» o doctrina de la supremacía del derecho, la doctrina del precedente y el «*trial by jury*» (8); se trata de principios tan íntimamente unidos que, cuando se ha atacado a una sola de estas pilastras, todo el sistema ha sentido los efectos, entrando en

(7) Sobre la necesidad de ampliar la noción de «ciencia jurídica» en el estudio histórico: F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, p. I; R. ORESTANO (*Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1954) en una directiva similar llega a identificar el estudio histórico del derecho con el estudio de la experiencia jurídica.

(8) Cfr.: R. POUND, «Rule of Law» in «Enc. of Soc. Sciences».

crisis. Y las últimas experiencias del realismo americano, que de la crítica del precedente han ido necesaria e inevitablemente al asalto de la «rule of law», nos dan una ulterior confirmación de la conexión de dichos principios. La doctrina de la supremacía del derecho es el más importante y el más condensado, trataremos de ella en el párrafo sucesivo; el principio del «trial by jury», según el cual nadie puede ser juzgado más que por un tribunal ordinario, es un caso particular.

Nos limitamos ahora a considerar la naturaleza y el significado del principio del precedente, que a tan dura prueba ha sido sometido por el fuego de la crítica realista. La doctrina del precedente que deriva del mismo principio que la «rule of law», significa que «los casos jurídicos deben ser resueltos con la ayuda de principios sacados por inducción de la experiencia jurídica del pasado y no por deducción de normas establecidas arbitrariamente por una voluntad soberana. En otros términos, la razón y no la voluntad arbitraria debe ser la justificación profunda de la decisión» (9). Se apoya en la intuición de que los principios del derecho son extraídos del interior de la experiencia jurídica, y que la continuidad en el respeto del precedente permite la *certeza* del derecho y asegura las legítimas expectativas de los individuos. Es esto, sin duda, lo que más llama la atención del observador continental, acostumbrado a unir la idea del derecho a la de los Códigos y las interpretaciones legislativas. Pero la doctrina del precedente ha sufrido en realidad una gran evolución desde la edad media, y hoy en la experiencia americana, resulta modificada profundamente respecto a la forma original inglesa: Según Goodhart (10), el jurista inglés encuentra hoy tanta dificultad para comprender la doctrina americana del precedente, como el americano para comprender el valor del precedente en los sistemas codificados. En la época medieval el precedente tenía únicamente el valor de *prueba* del derecho consuetudinario, o sea era en Inglaterra una simple guía para los tribunales, que podían no utilizarlo; pero ya en el siglo XVII se comprendió la necesidad y la urgencia de recurrir a la autoridad del caso juzgado. Sólo más tarde, en el siglo XVIII y en el XIX, se construyó la doctrina del valor obli-

(9) R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, 1921, pág. 181.

(10) A. L. GOODHART, *Case Law in England and America* (en «*Essays in Jurisprudence and Common Law*», Cambridge, 1931, pág. 71).

gatorio del precedente, que encontró un buen sistema en la obra de Blackstone; en América la doctrina la elaboró Kent (11).

Pero, ¿qué es el precedente? Es, en el decir de Salmond (12), «una decisión judicial que contiene en sí un principio..., la decisión concreta y vinculante entre las partes, pero en la que solamente tiene fuerza de ley la abstracta *ratio decidendi*, por lo que respecta a los otros casos». Lo que interesa en el precedente no es tanto el aspecto normativo como el principio que en él se sobreentiende, o sea la *ratio decidendi*; aunque en el sistema inglés tenga autoridad por la bondad intrínseca del principio, hay casos de autoridad absoluta; así, la Cámara de los Lores está vinculada a un precedente propio. Un sistema basado sobre el precedente es fruto de una larga tradición histórica y de particulares condiciones de ambiente, tales como (13): un sistema judicial centralizado, un *bar*, o sea un orden profesional de abogados vinculado a una profunda tradición, y, en fin un *bench*, o sea un cuerpo judicial independiente y bien pagado. Ninguna de estas condiciones se podía encontrar en un país como los Estados Unidos en donde existen, como se ha visto, tantos sistemas judiciales como Estados, y es más, esas mismas situaciones históricas y ambientales, que han determinado una desviación del derecho americano respecto al *common law* original, han influido también, determinando la desaparición de la concepción original del precedente y del *stare decisis*. La diversidad de las condiciones geográficas respecto a Inglaterra, las diferencias sociales y políticas en las colonias, la existencia de una constitución escrita (por lo que, en un cierto sentido, la *common law* podía aparecer como dependiente de una norma constitucional, y por lo tanto de la autoridad de un soberano o cuasi soberano), todos estos factores han contribuido a que la aplicación del principio del precedente se hiciese con mucha indecisión; y como no interesaba tanto el precedente como

(11) *Jurisprudence*, London, 6 ed., 1920, pág. 201.

(12) W. S. HOLDSWORTH, *Some Lessons from our Legal History*, pág. 20 (citado en A. L. GOODHART, obr. cit, pág 71).

(13) R. POUND, *The spirit of the Common Law*, New York, 1950; id., *The Development of American Law and its Deviation from English Law*, «Law Quarterly Review», 1951, pág. 49. Cfr. también: STONE, *The Common Law in the United States*, 50 «Harv. L. R.», 1936, pág. 4; J. HALL, *The Common Law: An Account of its Reception in the United States*, «Vand. L. R.», 1951, pág. 791; G. L. HASKINS, *A Problem in the Reception of Common Law in the Colonial Period*, 97 «Un. of Pennsylvania L. R.», 1949, pág. 842.

que la solución fuera satisfactoria para casos concretos, resultó por un lado la adversión hacia las construcciones y ficciones jurídicas y por otro una actitud típicamente realista y pragmática desde las primeras manifestaciones del derecho americano. Existía además la dificultad enorme de manejar la infinita cantidad de casos americanos, dada la existencia de una pluralidad de tribunales; baste pensar que, si en Inglaterra los *Reports*, o sea la reunión de las decisiones judiciales son cinco o seis volúmenes, en América casi trescientos cincuenta volúmenes de *Reports* al año hacen prácticamente imposible el conocimiento del derecho americano. Semejante situación agravada después de la guerra civil, llevó a la búsqueda de un nuevo método de enseñanza, el «método del caso» (*case-method*) que, como veremos, sirvió para alejar todavía más, y se podría decir que definitivamente, al derecho americano del principio del precedente. Como resultado —señalado recientemente por Tunc (14)—, nada hay hoy tan difícil como determinar la medida en que los tribunales americanos ponen en práctica tal principio. Se ha dado siempre más importancia a consideraciones de carácter histórico y social, y el *stare decisis* no es sino uno de los elementos de la decisión.

Otro elemento que resultó fundamental en la transformación de los principios del *common law* original fué la legislación en el período de formación del derecho americano, que va desde la declaración de la independencia en 1776 hasta la guerra civil. Entre el poder legislativo y el poder judicial existió una lucha continua para conseguir la supremacía que —observa Pound (15)— recuerda la suscitada entre Jacobo I y los jueces ingleses; los parlamentos llegaban incluso a reformar las decisiones de los tribunales. Era, en fin, la lucha entre la concepción continental de democracia, que se había afirmado en la propia Inglaterra después de la revolución de 1688, y la concepción anglosajona, que afirmaba la supremacía del derecho según una doctrina medieval, o sea que «The King is under God and the Law». En la lucha contra el poder legislativo, los tribunales americanos apelaban a aquellos principios de la supremacía del derecho que, por lo menos en teoría, se habían debilitado en la madre patria.

(14) A. e S. TUNC, *obr. cit.*, pág. 137 y siguientes.

(15) R. POUND, *La législation dans le période de formation du droit américaine*, en «Introduction a l'étude du droit comparé» (Études en l'honneur d'E. LAMBERT), Paris, 1938, I, pág. 404; *íd.*, *Common Law and Legislation*, 21 «Harvard L. R., 1908, pág. 383.

2. «Rule of law» y tradición jusnaturalista.

La doctrina de la *rule of law* es la que caracteriza mejor la concepción anglo-americana del derecho; ésta presupone una concepción material y no técnica en cuanto no considera todas las experiencias como jurídicas y, por lo tanto, representa un *límite* a la legislación y, en general, al arbitrio de los gobernantes. Desde el primitivo concepto normando, el derecho aparecía como anterior e independiente del Estado, y los mismos poderes del Rey estaban limitados por la *lex terrae* (*law of the lands*). La antigua naturaleza de esta doctrina puede remontarse al principio expuesto en el francés-bárbaro de Enrique II, que dice que «la Ley «est la plus haute inheritance»; ésta fué después teorizada por Fortescue en *De laudibus legum Angliae* (1640); en que afirmaba la superioridad del sistema inglés sobre los sistemas jurídicos continentales: «propio ore nullus regum Angliae iudicium proferre usus est». Desde la interpretación dada por el gran jurista Sir Edward Coke (1551-1663), «rule of law» resultó un término equivalente a *law of the land*, y terminó por simbolizar una doctrina general del derecho y del Estado en cuanto significó el poder de los tribunales para pronunciarse sobre la validez de los actos de los ministros y funcionarios del Rey: todos deben someterse a la *rule of law*.

En tal principio hay implícita una desconfianza hacia la legislación; tal aversión parece ser que nace del temor de que ésta pueda alterar las condiciones de previsión de cada individuo (atacando el principio de «igualdad» ante el derecho) y de un profundo análisis de la experiencia humana. Se manifestó del modo más significativo a propósito del *Statute* de los monopolios de 1624; el monopolio parecía implicar la concesión de privilegios, alterando en definitiva las condiciones de igualdad de todos los ciudadanos. Basándose en la interpretación de la *Magna Carta* Coke se opone a tal concesión, contraria a la libertad individual y en consecuencia «against this great charter» (16). La igualdad referida a la legislación está in-

(16) *Institutes of the Laws of England*, London, 1642, pág. 181. Véase: D. O. WAGNER, *Coke and the Rise of Economic Liberalism*, «Econ. Hist. Review», 1935-36, pág. 30; id., *The Common Law and Free Enterprise*, *ibid.*, 1936-37, pág. 217; A. S. MASON, *Monopoly in Law and Economics*, «Yale L. J.», 1937, página 34 (incluido en: «Readings in the Social Control of Industry», Toronto,

timamente unida a la certeza del derecho; pero por igualdad en una democracia —dijo Blackstone— se debe entender la igualdad de derechos civiles y no de condiciones. La igualdad de los derechos necesariamente produce la desigualdad de «bienes». La idea de monopolio tiene por lo tanto antecedentes jurídicos en el mundo anglosajón, y éstas se dejan adivinar incluso en la legislación antimonopolista americana de este siglo. No ha sido suficientemente señalado como gran parte de las ideas económicas de Smith derivasen de presupuestos jurídicos y de la aversión del *common law* hacia los monopolios (17). Es un hecho que se ha de tener en gran consideración el vínculo del *common law* con las ideas del liberalismo económico: Veremos cómo el abandono y la modificación de principios ha coincidido, en América, con la intervención del Estado en la vida económica del país.

Por lo tanto está justificado afirmar que la «*rule of law*» no es una norma del derecho sino una norma en torno al derecho, una norma metajurídica o un «ideal político» (18). El carácter metajurídico se debe a implicaciones políticas, como se demuestra por el hecho de ser considerado como el eje del derecho constitucional inglés, traduciendo los principios políticos sobreentendidos en la concepción anglosajona del derecho; en particular una postura decididamente individualista y la aversión hacia el poder absoluto del Estado. La doctrina tradicional de la *rule of law* tal como viene expuesta en una obra clásica de derecho constitucional, comprende tres principios (19):

1) La absoluta supremacía o predominio del derecho (*regular law*) y oposición a la influencia del poder arbitrario.

2) Igualdad ante el derecho, o igual sumisión de todos a la *law of the land*.

3) Y, última consecuencia, las normas que en los otros países for-

1947, pág. 25); W. L. LETWIN, *The English Common Law concerning Monopolies*, «Un. of. Chicago L. R.», 1954; MEYER CORDING, *Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme*, Tübingen, 1955.

(17) Sobre las raíces jurídicas del pensamiento de Smith, véase: COOKE, C. A., *Adam Smith and Jurisprudence*, «Law Quarterly R.», 1935, pág. 326; BAGOLINI, L., *La simpatia nella morale e nel diritto*, Bologna, 1952; A. GIULIANI, *Adamo Smith filosofo del diritto*, «Riv. intern. fil. dir.», 1954.

(18) F. A. HAYEK, *The Political Ideal of the Rule of Law*, Cairo, 1955, página 33.

(19) A. V. DICEY, *Law of the Constitution*, London, 1926, pág. 198.

man parte de la constitución, no son la fuente, sino más bien la consecuencia de los derechos individuales, como son definidos por los tribunales.

En tal concepción va implícita: a) la desconfianza hacia los tribunales administrativos que hoy tienen una gran difusión en América en determinadas materias, y cuya necesidad es justificada, por los realistas, por una mayor eficiencia, y b) el control del *common law* sobre toda la legislación que, considerada como algo excepcional, está adquiriendo hoy día cada vez mayor difusión.

La *rule of law* parecía destinada a eclipsarse en un país que, como América, tenía una constitución escrita y que, por lo tanto, parecía haber acogido de lleno la idea continental de democracia. Pero fué de una importancia vital hasta el punto de dar —como veremos— una fisonomía particular al derecho constitucional americano y a la misma constitución, la cual terminó por ser concebida como un derecho más elevado que limitaba los varios poderes. A propósito de esto se podría observar que, aunque existan analogías entre la doctrina de la *rule of law* y la idea continental del Estado de derecho, no nos parece que éstas puedan ir más allá de ciertos límites. El mismo Hayek está obligado a reconocer que «si bien la revolución francesa estuvo ampliamente influenciada por este ideal, es dudoso el hecho de que realmente ayudara a su progreso» (20). Se trata de un asunto muy complejo; según nuestro humilde parecer, el ideal jurídico de la revolución francesa era definitivamente positivista en sus presupuestos, y un siglo después éstos fueron desarrollados en la idea de *règle du droit* por Duguit. Lo que, por el contrario, caracteriza a la nación anglosajona en el derecho es una concepción jusnaturalista del derecho y de la experiencia jurídica.

La decadencia de la *rule of law* en la era contemporánea, tanto en Inglaterra como en América, va unida al triunfo progresivo de las doctrinas positivistas e historicistas y en definitiva a la legislación y a la reforma. Esta es la mejor prueba de la base jusnaturalista de la *rule of law*. Como el término «jusnaturalismo» tiene de por sí varios sentidos, entiéndase que los presupuestos del derecho inglés pertenecen al filón «clásico», o sea a aquella tradición que en Inglaterra

(20) *Obr. cit.*, pág. 17. Sobre las diferentes fuentes del individualismo continental y anglosajón, véase: F. A. HAYEK, *Individualism and Economic Order*, Chicago, 1948, pág. 1; B. LEONI, *Il pensiero politico e sociale dell'800 e 900*, en «Questioni di Storia Contemporanea», Milano, 1952, vol. II.

fué atacada por el nuevo «jusnaturalismo» de Tomás Hobbes (21). Cuando Hobbes inauguró en el derecho la nueva dirección afirmando que el derecho es el mandato del soberano, surgieron todos los juristas ingleses (sobre todo Hale) defendiendo la tradición amenazada y, con Coke, la peculiaridad de la «razón artificial» solamente válida en el ámbito del derecho. Pero ¿en qué consistía esta tradición clásica del derecho natural? En la convicción de que existen principios inmutables, radicados en la naturaleza humana, y que ningún legislador puede violar impunemente. Las instituciones humanas son el resultado de esta tendencia natural del hombre hacia la sociedad, no son el fruto de un «plan» preordenado, y por lo tanto la previsión sólo puede ser limitada en el mundo humano. Si en la raíz de este jusnaturalismo hay un individualismo que insiste en los aspectos *sociales* del hombre y sobre el carácter no artificial, no racional, o sea espontáneo, de las instituciones humanas, el mundo humano apareció para la nueva investigación jusnaturalista como el fruto de un «plan» de un contrato, y por lo tanto dió como resultado un individualismo típicamente racionalista.

A través de las obras de los jueces y de los juristas ingleses, fueron absorbidos y asimilados por el derecho los principios del jusnaturalismo, que fué así mundanizado: baste pensar en la importancia del derecho canónico en la formación de la *Equity* (22), que en su origen fué un cuerpo de normas aplicadas por un Tribunal especial (Chancery) que protegía aquellas relaciones que no eran tuteladas por el *common law*. Sobre la base de los principios del derecho natural se han constituido nuevos institutos, como la doctrina del *enriquecimiento injusto*, de Lord Mansfield. Principios de justicia natural eran a menudo invocados por los juristas y estaban sobreentendidos en expresiones como *reasonable*, *fair*, *ex aequo et bono*, etc. Aunque el mismo Blackstone afirmase la supremacía del Parlamento en sus *Comentarios*, no abandonaba la idea de la existencia de un

(21) N. BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, en «Studi in Memoria di G. SOLARD», Torino, 1954, pág. 61, en su agudo estudio pone en relieve el «paradosso hobbesiano», puesto que «Hobbes appartiene realmente al movimento giusnaturalistico ed è realmente iniziatore del positivismo giuridico.»

(22) Sobre la evolución de la *Equity* en los Estados Unidos: S. P. SIMPSON, *Fifty Years of American Equity*, 50 «Harvard Law Review», 1936, pág. 171; W. F. WALSH, *The Growing Function of Equity in the Development of the Law*, en «Law: A Century of Progress», III, 1938, pág. 139.

derecho más elevado: «la ley de la naturaleza, siendo contemporánea de la humanidad y dictada por el mismo Dios, obliga naturalmente y es superior a cualquier otra. Es obligatoria en todo el globo, en todos los países y en todos los tiempos; ninguna ley humana, cualquiera que sea su validez, si es contraria a ésta... De estos dos fundamentos, el derecho de naturaleza y el derecho revelado, dependen todas las leyes humanas...». Entre todas las decisiones judiciales inglesas ha habido una destinada a ocupar una posición importante tanto en el desenvolvimiento del derecho inglés como en el americano (23); el *dictum* del *Bonham's case* (1610), en que Coke había afirmado la nulidad de los actos del Parlamento cuando son «against common right or reason or repugnant or impossible». Esta doctrina que venía a limitar la autoridad del Parlamento y de la Corona, fué abandonado en Inglaterra después de la revolución de 1688.

Así penetra en el *common law* la idea de la existencia de derechos naturales e inalienables de los individuos, concebidos independientes del poder del rey y de cualquier legislador; y al mismo tiempo se enraiza una concepción «pluralista» de la sociedad, en cuanto el poder político es limitado por la *law of the land* y por la existencia de derechos y privilegios independientes del Estado. Este pluralismo es constitutivamente distinto del pluralismo afirmado en el siglo XIX y en el XX, en cuanto este último, basándose en presupuestos positivistas y sociológicos, no se ha declarado definitivamente en oposición al estatismo; el pluralismo implícito en la *rule of law*, a causa de su fundamento jusnaturalista, es irreductiblemente antiestatista.

Y sin embargo los adversarios de la *rule of law* (desde Hobbes a Bentham y a los modernos realistas) no parecen haber comprendido bien su naturaleza. Aprovechando algunos momentos de crisis frente a la complejidad de nuevas situaciones sociales, se han apresurado a ver sólo principios normativos, preocupándose poco de si bajo éstos hubiera un análisis de los valores permanentes y constitutivos de la experiencia jurídica. A lo largo de nuestro ensayo trataremos de demostrar cómo muchos de los motivos del realismo jurídico americano no son nuevos, sino más bien heredados de la filosofía utilitarista de Hobbes y de Bentham.

(23) El *Bonham's case* fué decidido por la Court of Common Pleas. Sobre el influjo de esta decisión en la historia constitucional americana: T. PLUCKNETT, *Bonham's Case and Judicial Review*, 40 «Hary. L. R.», 1926, pág. 30; confróntese E. McCLEIN, *Unwritten Constitutions in the U. S.*, ibid., 1915, pág. 531.

Entre los principios implícitos en la concepción tradicional de la *common law*, quisiéramos llamar la atención sobre la concepción lúdica del derecho: el derecho concebido como un juego, y el juego como una dimensión de la vida humana y de la historia. La concepción lúdica del derecho inglés se prueba por el carácter agonal de muchas instituciones, como el duelo (24), que todavía en los tiempos de Isabel era un modo de solucionar las controversias. Vive hoy en la idea del *fair play* que domina las normas del procedimiento —como señaló un gran jurista americano, Wigmore (25)—. Esto significa, en definitiva, que el derecho no sirve a los fines de una justicia abstracta, sino a la reglamentación del juego ineludible de la experiencia humana, que es el derecho. Es la traducción sobre el plano jurídico de una postura de derivación estoica, según la cual la vida es algo incierto que vale en sí, sin referirse a una norma o a un fin que la trasciende. El Estado, el monopolio, la intervención legislativa, todo aquello, en fin, que pretende turbar esta situación humana y natural, de incertidumbre y de riesgo, que da valor a la vida, se ve con sospecha y desconfianza. Y aun hoy, la lucha que se realiza en América contra los excesos de la burocratización y de la intervención, es el testimonio de la vitalidad de las ideas del *common law* y de una elevada tradición jurídica.

3. La «rule of law» en Norteamérica.

El aspecto históricamente, quizá, más importante de la doctrina de la *rule of law* está representado por la circunstancia de que, por lo menos en teoría, la madre patria se alejó de sus principios con la revolución de 1688, que llevó a la afirmación de la supremacía parlamentaria, mientras que las colonias americanas continuaron más tiempo fieles a aquéllos. Aun hoy, a pesar de todos los ataques sufridos y de todas las tendencias centralizadoras, la *rule of law* representa un elemento fundamental del derecho constitucional americano, y América es un país *under the rule of law*. Esto se debe a razones históricas y en particular a la circunstancia de que la *Habeas Corpus Act* de 1679 no era extensiva a las colonias; no existía nin-

(24) Sobre el carácter competitivo de las instituciones jurídicas anglosajonas: J. HUIZINGA, *Homo ludens* (trad.), Torino, 1940, pág. 106.

(25) *Evidence*, 3.^a ed., 1949, § 57.

guna tutela contra la arbitrariedad del gobierno local, como el del gobernador Andros en la *New England*, que se hizo famoso por inspirarse en la teoría de que «los súbditos del rey de Nueva Inglaterra no se diferencian mucho de los esclavos, y la única diferencia consiste en el hecho de que no son comprados ni vendidos» (26). Los beneficios del *Habeas Corpus* se obtuvieron sólo indirectamente en las colonias, afirmando ante los Tribunales que aquellos principios formaban parte del *common law*. Al esfuerzo de los juristas se unió el del clero en la afirmación de la existencia de un derecho natural superior al poder político; y en el plano de las decisiones judiciales el ya citado *Bonham's case* jugó un papel importante. Es interesante notar cómo el ataque de las colonias contra la madre patria tuvo lugar precisamente en nombre de las tradicionales ideas jurídicas y constitucionales. Por James Otis y Daniel Dulany era sostenida la teoría de los límites de la autoridad del Parlamento inglés, como en el caso de los impuestos. En el plano constitucional, Stephen Hopkins volvió a proponer la interpretación del imperio inglés como «un Estado imperial que se compone de muchos Estados separados, cada uno de los cuales goza de particulares privilegios» (27).

He aquí por qué la revolución americana tiene una naturaleza peculiar en comparación con las revoluciones continentales, y en particular con la francesa; la revolución americana no representó la afirmación de la voluntad popular, ni los revolucionarios (seres humanos como James Otis) presentaron la propia causa como la del pueblo contra sus gobernantes.

Al contrario, en América el parlamento estaba totalmente alejado de las aspiraciones de la masa popular; la constitución se vió como un *bill of rights* incorporado a una constitución escrita, en donde los derechos protegidos, en su enorme gran mayoría, no eran otra cosa que los mismos derechos ya protegidos por la *common law* y la *Magna Charta* (28).

El origen de la democracia y de las ideas democráticas en América es ciertamente uno de los temas más discutidos; algunos ponen en evidencia su relación con el espíritu religioso del puritanis-

(26) W. S. CARPENTER, *The Development of American Political Thought*, Princeton, 1930, pág. 25; C. H. McILWAIN, *The American Revolution*, 1923, pág. 158.

(27) *Rights of the Colonies Examined*, 1764 (incluido en: *Rhode Island Records*, VI, pág. 424); cfr.: CARPENTER, *obr., cit.*, pág. 31.

(28) CORWIN, E., *The Higher Law' Background in American Constitutional Law*, «Harv. L. R.», 1929, pág. 365.

mo, otros insisten sobre la influencia de los elementos materiales y ambientales, o también sobre la influencia de pensadores continentales como Montesquieu (29). En general se da mucha importancia al pensamiento de Locke, cuyas ideas circularon en un país como América, que parecía dar la comprobación a la actuación histórica de un pacto social. Respecto a esto hay que tener presente que la obra de Locke «representa la primera construcción verdaderamente sistemática de los derechos naturales del individuo dentro de los límites del Estado» (30); si por un lado está explícita la teoría de la limitación del poder del Estado, está también (31) la defensa y la exaltación del Estado, ya que es la única asociación que tiene derecho coercitivo frente a todos. ¿Cuál fué, pues, el efecto de la doctrina lockiana en América? En un país donde no existía una estructura feudal, tales ideas estaban destinadas a asumir una fisonomía particular: precisamente lo que es fundamental en Locke es el carácter anti-feudal de su pensamiento. Locke es, en fin, inconcebible sin Filmer. El pasado no era para los americanos una locura que debía eliminarse, y no existía la necesidad de un poder central que pudiera cumplir las reformas necesarias para la destrucción del feudalismo. La gran importancia del pensamiento de Locke consiste en haber reforzado en América la idea del Estado. Por lo que se refiere, en cambio, a la teoría de la soberanía y de la división de poderes, quizá es más oportuno pensar que los constituyentes americanos fueron favorables a tales principios solamente cuando éstos coincidían con su experiencia. Las aplicaciones particulares de estos principios deriva-

(29) Sobre este tema véase: F. BATTAGLIA, *Le Carte dei Diritti*, Firenze, 1946; C. H. McILWAIN, *The American Revolution*, New York, 1923; G. BRUNI ROCCIA, *La dottrina del diritto naturale in America*, Milano, 1950; íd., *La ragione puritana*, Milano, 1952. La crítica contemporánea ha rechazado, en general, la tesis de JELLINEK, según la cual hay una estrecha relación entre la declaración de derechos francesa y la norteamericana (*Die Erklärung der Menschen und Bürgerrecht*, Leipzig, 1895), poniendo en relieve el carácter racionalista de la primera y tradicional de la segunda; cfr.: A. HESSE, *Conception americaine et conception française des Déclarations de droits*, «Revue intern. d'Histoire Politique et Constitutionnelle», 1954, pág. 323.

(30) G. DEL VECCHIO, *Su la teoria del contratto sociale*, Bologna, 1926, página 79.

(31) Véase: L. HARTZ, *American Political Thought and American Revolution*, «Am. Pol. Sc. Review», 1952, pág. 327. Con respecto al influjo de Locke sobre el pensamiento americano: MC IVER, *The Constitution Reconsidered*, New York, 1937.

ron más de su historia que de las doctrinas de Montesquieu y de Locke.

Pero, aparte de la indiscutible influencia de estas ideas en el desarrollo del sistema político americano, no siempre se pone en evidencia la influencia de los principios políticos comprendidos en la tradición jurídica, que como hemos visto actuaron desde el período colonial. Aunque en apariencia pareciese que América había acogido la idea continental de democracia, en realidad no se abandonó nunca la idea medieval de la supremacía del derecho, tal como había sido expuesta por los grandes juristas anglosajones. Existe una serie de decisiones de la época colonial donde, apelando a la existencia de un derecho más elevado, se anulan las leyes contrarias a la *reason*, a la *natural justice* y a los *great first principles of the social compact*; tales principios tuvieron después una forma sistemática en los tratados de los grandes juristas como Marshall, Kent, Story.

Según Haines (32), los motivos principales en que se basaban los Tribunales americanos eran: aversión al poder legislativo; protección de las minorías; protección del derecho de propiedad. No eran más que los principios de la *rule of law* y correspondían a las necesidades de una sociedad agrícola de pioneros en donde todo se dejaba en manos de la libertad individual; la ingerencia de los órganos administrativos, las medidas de policía y administración se consideraban y veían con máximo recelo, ya que chocaban con la autonomía individual, que nadie tenía el derecho de violar. Existe, pues, una línea recta que une la *Magna Charta*, o mejor dicho la interpretación de ésta dada por Coke a las constituciones americanas.

Se debe a los estudios de Corwin la demostración de que la base de la constitución americana no está en su fuente, o sea en la voluntad popular, sino más bien en su *contenido*, o sea en los principios jusnaturalísticos infiltrados a través del concepto anglosajón del derecho.. La *rule of law* ha sobrevivido así en América, en cuanto se ha mantenido vivo el convencimiento de la existencia de una constitución no escrita (*unwritten constitution*). De la mezcla de la idea de la supremacía del derecho con la de la supremacía del parlamento (penetrada por diversos conductos y —no el último— por los comentarios de Blackstone) surgió la idea moderna de la soberanía del parlamento, *under the rule of law*. El instrumento técnico de la *rule of law* fué la cláusula de la enmienda XIV de la constitución de los

(32) C. G. HAINES, *Revival of Natural Law Concepts*, Cambridge, Mass., 1930.

Estados Unidos, conocida por el nombre de *due process of law*; pero una doctrina semejante estaba destinada a vivir una vida difícil cuando el desarrollo industrial hiciera necesario el abandono de la política del *laissez faire* y aumentase la interferencia del Gobierno y de los órganos administrativos. Si ya desde 1915 (33) Dicey se lamentaba en Inglaterra de los ataques que desde hacía años sufría en su país la *rule of law*, hoy aparece ésta, en América, sumergida en toda la especulación positivista y realista, viviendo una vida débil a través del *due process of law*, al que se ha dado una interpretación restrictiva.

Los americanos no han renunciado, sin embargo, a limitar el poder legislativo, demostrando así con gran sabiduría la necesidad de moderar la división de poderes, a cuya doctrina en Europa se ha dado quizá un valor demasiado absoluto. Cuando en América empezaba a perderse la idea tradicional de *rule of law* —y esto trataremos de demostrarlo en esta modesta investigación— vino a satisfacer la no extinguida aspiración a un derecho más elevado y superior a la arbitrariedad de cada uno, la búsqueda de «principios» fuera del derecho y de la experiencia jurídica (en la sociedad, en la historia, en la economía). La idea de *règle du droit*, que llena la doctrina realista de Duguit, a través de la jurisprudencia sociológica americana, ha tenido sin duda un influencia notable. Inadvertidamente se ha operado, sin embargo, un cambio de posición: la concepción individualista de la *rule of law* ha sido sustituida por la colectivista de la *règle du droit*. En el plano social se ha ido sin duda hacia las nuevas instancias sociales de seguridad; pero en el plano jurídico se ha visto amenazada la supremacía del derecho, que a través de una nueva interpretación de la *rule of law* parece estar reducido por algunas corrientes a una ciencia social o política, se tiene casi la impresión de que se ha abandonado el «punto de vista» jurídico. Ya en 1917 Duguit se complacía en observar en una de las principales revistas jurídicas americanas (34) que la solución americana de reconocer a los tribunales el poder de declarar la inconstitucionalidad de las leyes contrarias a *le droit superieur* actuaría en el sentido de la propia doctrina. El paso de una concepción jusnaturalista a una posición declaradamente positivista y realista se ha hecho posible, según nuestro

(33) Obr. cit., pág. XXXVIII.

(34) L. DUGUIT, *Law and the State*, 31 «Harv. L. R.», 1917, pág. 18.

modesto parecer, por la aparición, quizá no consciente pero considerable, de otra fuerza en el desenvolvimiento del pensamiento jurídico, o sea el benthamismo.

EL BENTHAMISMO EN NORTEAMERICA

1. ¿Existe una tradición benthamiana?

«En América realmente sólo en los últimos veinte años todo el clima en que el Gobierno y los tribunales han actuado ha sido declaradamente utilitario. El *New Deal* ha sido en parte colectivista pero enteramente benthamiano y en una gran medida inconscientemente» (35). Así decía en 1948 un investigador del benthamismo, Everett, editor entre otros de un escrito inédito de Bentham, o sea la segunda parte de los *Principles of Moral and Legislation* (36); y tal descubrimiento no ha tenido quizá en la cultura jurídica el eco que corresponde a la sorpresa que hubiera podido suscitar la circunstancia de que en aquel ensayo se anticipaban muchos aspectos de doctrinas modernas, como, por ejemplo, la jurisprudencia analítica de W. N. Hohfeld.

Pero si miramos el resto de la producción jurídica de Bentham, no nos será difícil llegar a la conclusión de que es también benthamiano el motivo fundamental de todo el realismo jurídico moderno; el relieve dado al comportamiento del juez en la decisión, o sea a aquello que *hace* más que a aquello que *dice*, a la *acción* más que a la *conceptualización*. «Las decisiones judiciales individuales —había ya escrito Bentham (37)— son actos del juez, son actos de autoridad. Pero las normas del derecho son proposiciones generales; estas conclusiones generales se derivan de los actos individuales arriba mencionados y a estas conclusiones llega cualquiera que reflexione sobre

(35) C. W. EVERETT, *Bentham in the United States of America*, in. *Jeremy Bentham and the Law, A Symposium*, London, 1948, pág. 199. Sobre el benthamismo en Norteamérica véase: P. A. PALMER, *Benthamism in England and America*, «Am. Pol. Sc. R.», 1941, pág. 855; C. WILLIAMSON, *Bentham looks in America*, «Pol. Sc. Quart.», 1955, pág. 543.

(36) *The Limits of Jurisprudence Defined*, ed. C. W. EVERESS, New York, 1945.

(37) J. BENTHAM, *Comment on the Commentaries of Blackstone*, ed. 1928, página 1.991 (cit. en: REUSCHLEIN, op. cit., pág. 185).

el tema.» No existe, por lo tanto, un derecho independiente de la opinión de los tribunales.

Ya hemos hecho notar el carácter realista del derecho americano desde sus primeras manifestaciones, su tendencia hacia la simplificación del *common law* y la aversión hacia las ficciones jurídicas y excesivos tecnicismos. Esto no había pasado inadvertido para Bentham, el crítico severo de las técnicas tradicionales, que se alegraba porque un principio jurídico tan *fallacious* como el del precedente no hubiera arraigado en América en la medida con que arraigó en su país (38). Parecía casi que presagiase el éxito de sus ideas en el nuevo mundo, en donde hoy día posturas tan característicamente benthamianas, como la desconfianza hacia los derechos naturales, el interés por la reforma social, por la cuantificación y la experimentación en el mundo humano, han prevalecido, siendo comúnmente aceptadas. Y si desde el derecho dirigimos la atención a la atmósfera general cultural en los Estados Unidos, deberemos llegar a la conclusión de que ésta debía estar saturada de benthamismo, si la literatura radical de 1880 en adelante (39) fué un ataque contra el benthamismo no sólo en el derecho, sino también en la filosofía y en la economía. Ni es casual el hecho de que se dejen adivinar huellas de benthamismo en la filosofía americana dominante, el pragmatismo; conviene recordar que entre los miembros del *Metphysical Club*, entre los que estaban Wright, Peirce, James y el juez Holmes, y de quienes tomó impulso el movimiento pragmatista, circulaban las ideas benthamianas y había benthamianos como Green, reconocido por Peirce (40) como el *grandfather of pragmatism*. Y quisiéramos recordar aún cómo el más ilustre representante de esta corriente del pensamiento, William James, dedicaba su principal trabajo a un benthamiano: «A la memoria de John Stuart Mill, que fué el primero en enseñarme la amplitud de espíritu del pragmatista y de quien me alegra pensar que sería hoy nuestro maestro si aún estuviera entre nosotros.»

¿Por dónde ha entrado entonces y en qué medida el benthamismo en el pensamiento americano? Si consideramos únicamente la influencia directa ejercitada por Bentham, como considera Palmer, llegaremos a conclusiones más bien modestas; sus trabajos no se comenta-

(38) WORKS, Edinburgh, 1843, II, pág. 482.

(39) Véase, especialmente, el libro de M. WHITE, cit.

(40) *Collected Papers*, London, 1939, pág. 96.

ron hasta 1861 y se difundieron con dificultad a causa del *odium theologicum*, siendo Bentham acusado de ateísmo, y también a causa de la oscuridad de su estilo. Sin duda alguna, a partir de principios del siglo XIX, existieron en América simpatizantes que conocieron sus obras, especialmente en la traducción francesa de su vulgarizador, Etienne Dumont. En 1830 un benthamiano, John Neal, hizo publicar en Boston la primera versión inglesa de los *Traité de la Legislation Civile et Pénale*; otra traducción se publicó en 1864 por Richard Hildreth, de Massachusetts, que se convirtió al benthamismo para dar expresión efectiva y concreta a sus ideales democráticos (41). Y el mismo Hildreth, en su *Theory of morals* de 1844 había ya desarrollado una doctrina típicamente benthamiana destinada a tener una notable influencia en el desarrollo del utilitarismo radical americano a causa de su tono decididamente reformista. «El progreso es el incremento de la verdadera moralidad —escribía Hildreth—; la moralidad, que consiste en hacer más feliz al hombre, depende en primer lugar del adelanto del conocimiento, que nos permite formarnos una imagen más exacta de los efectos reales de determinadas acciones, o series de hechos, relativos a la felicidad humana; y en segundo lugar y principalmente, del incremento de la fuerza relativa del sentimiento de benevolencia que nos empuja a la realización de acciones buenas... para hacer a los hombres mejores debemos empezar por hacerles más felices.» La teoría de la política debía, a su juicio, desarrollarse sobre la base del método baconiano, o sea, a través de la inducción de los fenómenos observados.

Huellas de benthamismo se pueden encontrar también en varios escritores y pensadores; recordaremos: Frances Wright, una reformadora social anglo-americana, que en sus libros se preocupó del problema de los esclavos y de la igualdad de los sexos, que fué editora con Dale Owen del *Free Enquirer* desde 1828 a 1830 y promotora del primer partido de los trabajadores (*Workin'g Men's party of New York*, llamado popularmente *Fanny Wright Party*); William Legett, que en un escrito de 1837 (*The Morals of Politics*) había afirmado que «el fin de todos los políticos, en el sentido estricto de la expresión, es la felicidad»; recordaremos, en fin, a Thomas Cooper, que en el *Introductory Lecture to a Course of Law*, de 1832, había afirmado que «la estrella polar de la moral y del derecho es la mayor felicidad del mayor número» (42).

(41) Cfr. SCHNEIDER, *obr. cit.*, pág. 92.

(42) Cfr. EVERESS, *obr. cit.*, pág. 195.

Entre las personalidades de primer orden en la historia americana que conocieron las obras benthamianas podríamos recordar a Aaron Burr, famoso por su duelo con Hamilton,; Albert Gallatin, que hizo el proyecto de traducir parte de las redacciones de Dumont; a esto añádase que Bentham tuvo relaciones epistolares con el gobernador Snyder, de Pensilvania; con el gobernador de New Hampshire, Plumer, y nada menos que con el mismo presidente Madison, al cual escribió en 1811 respecto a sus propósitos de codificación. Está también probado el interés de Bentham por América, sobre todo después de 1806-7, cuando perdió la confianza en la oligarquía británica para realizar su reforma. Un país de constitución escrita, como los Estados Unidos, parecía tener por objetivo «la felicidad del mayor número» (43). Se había entusiasmado por el amor a la novedad y a la variación, que caracterizaba las instituciones americanas; le dolía que su constitución se basara en ideas abstractas de la filosofía de Locke. Ya hemos subrayado de qué manera los americanos habían dado en realidad una versión particular de estas ideas, dado que en el nuevo mundo faltaban las premisas esenciales del liberalismo inglés, o sea el feudalismo. Pues bien, la ausencia de una sociedad feudal es importante también para la comprensión del benthamismo en América. Este fué moderado y templado porque faltaba una visión negativa y pesimista del pasado como algo que debía olvidarse: «De la locura y no de la sabiduría de nuestros antepasados es de donde tenemos mucho que aprender» (44). Así era, en cambio, el punto de vista de Bentham.

No obstante, cuanto se ha dicho anteriormente no podría por sí mismo ser suficiente para explicar y dar razón de la medida con que el benthamismo parece aprehendido y asimilado por el pensamiento y la conciencia americana contemporánea. Nos sentimos, por lo tanto, tentados de buscar también si por casualidad las mencionadas ideologías y doctrinas políticas han penetrado indirectamente, o sea a través de la influencia de pensadores, que han absorbido sus principios no en el estado puro, sino de segunda mano, en combinación con otros. Se trataría en verdad de un acontecimiento no nuevo en la historia de las ideas; baste pensar en la influencia de Augusto Comte en Alemania en el siglo XIX, que ha obrado no directamen-

(43) WORKS, IX, pág. 9.

(44) WORKS, II, pág. 401. Cit. en: L. STEPHEN, *The English Utilitarians* (reimpresión), London, 1950, I, pág. 296 (hay un agudo análisis del historicismo de Bentham).

te (45), sino a través de varios canales, de los cuales sin duda los más importantes son un hegeliano como Lorenz v. Stein y un benthamiano como John Stuart Mill. Ambos, alejándose de las posiciones originales, que encontraban más bien rígidas e incapaces de satisfacer, no encontraron nada mejor que acercarse al positivismo comtiano, combinándolo con las posiciones originales y realizando un positivismo «hegeliano» y «benthamiano», respectivamente. Pero el positivismo de Mill es para nosotros particularmente interesante, puesto que revela la tendencia del benthamismo a amalgamarse y combinarse con concepciones positivistas. Sin duda el benthamismo penetró en América en la segunda mitad del siglo XIX, «de segunda mano», a través del positivismo de Mill, y más tarde a través del historicismo de Jhering, pero a nuestro modesto parecer encontró una atmósfera en los estudios jurídicos que era, quizá inconscientemente, ampliamente benthamiana. Antes de examinar algunos de los varios canales a través de los cuales se había formado esta tradición, nos parece oportuno analizar preliminarmente las razones por las que el benthamismo era amalgamable con el positivismo como había ya revelado la experiencia de Mill: «Esta doctrina —escribía Mill refiriéndose a la juvenil obra de Comte (46)— armonizaba con las ideas que yo ya tenía y a las que parecía dar una forma científica. Yo ya consideraba los métodos de la ciencia física como los modelos propios para la política.»

En realidad, entre benthamismo y positivismo existían puntos de contacto en cuanto a los presupuestos metodológicos, pues si bien en América no encontraron inmediata acogida los aspectos estrictamente jurídicos del pensamiento de Bentham (en particular el desprecio de la teoría de los derechos naturales y la doctrina de la soberanía), los aspectos metodológicos fueron absorbidos fácilmente, junto al interés por la reforma social y por la «felicidad del mayor número», a los que los primeros estaban íntimamente unidos. Pero ¿en qué consistía propiamente este método? Quería ser un «newtonismo» aplicado al mundo humano, según el ejemplo de Hartley, que en sus *Observations on man* había introducido en la psicología el método de Newton (47). No en vano al mismo Bentham le gustaba llamarse

(45) F. A. HAYEK, *L'influsso comune di Comte e di Hegel sul pensiero delle scienze sociali*, «Il Politico», 1951, pág. 137.

(46) *Autobiografía*, trad., ed. Espasa Calpe, 1945, pág. 101.

(47) *La jeunesse de Bentham*, Paris, 1901, pág. 7.

el Newton de la legislación. El método «newtoniano» consistía en remontarse desde el fenómeno, por vía de deducciones y de síntesis, a la explicación de los «principios» y de las leyes generales, de las cuales aquel fenómeno era un caso particular. Se recuerda por otra parte que este fundamento newtoniano encontraba fácil acogida en una sociedad en que los presupuestos del newtonismo estaban ya de acuerdo con los principios de la religión puritana (48).

El mismo Bentham era consciente del carácter revolucionario del método que intentaba aplicar en oposición a la lógica aristotélica: «Sólo en la medida en que hemos formado y comparado una con otra en detalle, nuestras leyes fundamentales serán exactas y aptas para la aplicación... La única forma de razonamiento con que se adquiere el conocimiento con que Bacon, por ejemplo, y Locke y Newton aprehendieron lo que nos han enseñado, es aquella que procede de lo particular a lo general. La inducción es aquella forma» (49). Y aunque este aspecto baconiano y newtoniano del pensamiento de Bentham fuese más bien abandonado, no pasó inadvertido a Mill: «Las acusaciones contra la doctrina de Bentham, de ser teórica, de proceder *a priori* por medio de razonamientos generales, en vez de aplicar la experiencia baconiana, demostraban la completa ignorancia de los principios de Bacon y de las condiciones necesarias para la investigación experimental» (50). Es mérito de los recientes estudios de Stark (51) haber esclarecido que el método de Bentham era

(48) Esta actitud newtoniana se ve claramente, por ejemplo en JAMES OTIS: «The analogy between the natural or material as it is called and the moral world is very obvious; God himself appears to us at some times to cause the intervention or combination of a number of simple principles tho' never when *one* will answer the end; gravitation and attraction have place in the revolution of the planets, because the one would fix them to a centre, and the other would carry them off indefinitely; so in the moral world, the first simple principle is *equality* of the power of the whole... The grand political problem in all ages has been to invent the best combination or distribution of the supreme powers of legislation and execution» (*The Rights of the British Colonies Asserted and Proved*, 1764; en: «The Debate on the American Revolution», ed. por M. BELOFF, London, 1949, pág. 60). Véase también: H. W. SCHNEIDER, *Historia de la filosofía norteamericana*, México, 1949, pág. 22.

(49) J. BENTHAM, *The Philosophy of Economic Science*, en: *Jeremy Bentham's Economic Writings*, editado por W. STARK, London, 1952, I, pág. 101.

(50) *Autobiografía*, obr. cit., pág. 96.

(51) W. STARK, *J. Bentham as an Economist*, «Econ. J.», 1941, pág. 55 ss.; *ibid.*, 1946, pág. 583 ss.

una síntesis de racionalismo y de empirismo, en donde el segundo elemento era el más importante contribuyente.

Si entonces el benthamismo no sólo no está en oposición al positivismo, sino que le ha precedido, está bien meditar un poco sus características. Todo el trabajo de Bentham en el campo de las ciencias morales no era más que «una tentativa de extender el método experimental de razonamiento de la rama física a la moral». El benthamismo representa así un intento de soldadura del mundo humano al físico, y entra por lo tanto en el fenómeno al que se ha dado el nombre de «cientifismo». Si el mundo físico representaba el orden, el mundo humano se caracterizaba por el desorden; junto a un poder soberano, portador de armonía, hacía falta una base *objetiva*, sobre la que todos pudieran ponerse de acuerdo; tal era el principio de la felicidad del mayor número. Pero tal principio era en resumen puramente formal, y capaz, como ha subrayado Stark, de ponerse de acuerdo con cualquier contenido histórico. Naturalmente, implicaba aquella idea de la *relatividad*, desenvuelta por la escuela histórica de Savigny.

Pero esta idea circula ya en toda la obra benthamiana, en la idea de la historia —ha señalado Stephen—, como un mundo humano que ha de reformarse; no existen principios que merezcan una validez absoluta; la legislación debe variar de un pueblo a otro: «es necesario un término relativo..., pero las necesidades varían en cantidad y en calidad de clima a clima, de país a país, de sexo a sexo, de edad a edad, de individuo a individuo, y en distintas épocas en un mismo individuo» (52). Si bien un principio formal, la felicidad del mayor número, es un principio objetivo, que permite prescindir de las opiniones de los individuos y de la historia; es también una manera de buscar los principios fuera del derecho y de la experiencia jurídica, subordinada a otras exigencias. Bentham tiene la profunda convicción de que existe la posibilidad de medir los fenómenos del mundo humano y realizar experimentos. Bajo tal aspecto hay en su pensamiento un anticipo del realismo jurídico que, insistiendo hoy sobre la necesidad de buscar una base objetiva y científica para resolver los problemas de la sociedad y de la democracia, desconoce la especificidad de la experiencia jurídica, recogiendo, sin una plena conciencia, los motivos del benthamismo. ¿No había sido

(52) Cfr. *The True Alarm*, 1801 (en: *Economic Writings*, III, pág. 85).

quizá la gran ambición de Bentham aplicar el método científico a la legislación, a la jurisprudencia y a las otras ciencias humanas?

Si examinamos *sólo algunas* de las tesis corrientes en la especulación realista, no es difícil encontrarles una formulación precedente e anticipo en las doctrinas benthamianas, tal como fueron realizadas por el maestro y por su discípulo John Austin:

a) *El interés por la cuantificación y la experimentación en el mundo humano* (en modo particular por parte de la «experimental jurisprudence» de la «jurimetrics»): el «principle of utility» benthamiano es, en efecto, un intento de dar forma científica a la aplicación de este principio; es posible comparar dos placeres, porque el único criterio considerado es la «quantity of pleasure» (53). En cuanto a la exclusión del problema del valor, no se trata más que de una consecuencia de la aplicación del método inductivo, propio de las ciencias naturales.

b) *La confianza en la exacta terminología para un conocimiento científico.* La idea de la certeza del derecho y de su progreso está íntimamente unida a aquella de una exacta nomenclatura y terminología jurídica, en donde términos tradicionales resultaban «inexpressive or calculated to produce error» (54). Toda la *Nomography*, una obra en verdad poco conocida, abunda en preceptos para un lenguaje jurídico cuyos términos fuesen «expressive of clear conceptions»; entre éstos quisiéramos recordar la preferencia de la lengua inglesa para la ciencia jurídica a causa de su ductilidad y sencillez (tesis que será recogida por un gran jurista como Wigmore). En el cuadro más general de las diversas ciencias podemos recordar la rara terminología: «idioscopiconology», «sematoscopic», etc. (55).

c) *La psicología elevada a único método de la ciencia jurídica.* La psicología en la forma hedonística, expuesta por Bentham, es la base de todas las ciencias, y por lo tanto también el derecho se convierte en una ciencia social.

d) *Desprecio de la técnica y de la lógica tradicional de la common law.* En el *Comment on the Commentaries* (que es un ataque contra la obra de Blackstone) se encuentran cuatro críticas que hoy circulan corrientemente contra la tradicional *common law*: anticua-

(53) Cfr. A. J. AYER, *The Principle of Utility*, en: *Jeremy Bentham and the Law*, obr. cit., pág. 245.

(54) *Works*, III, pág. 275.

(55) Sobre la clasificación y la terminología de las ciencias sociales: *The Philosophy of Economic Science*, cit.

das normas jurídicas; la técnica jurídica en general y el uso de las ficciones en particular; el ineficaz mecanismo de la justicia; la apatía y la complacencia. Es actual, sobre todo, la crítica del precedente considerado una *childish fiction*.

e) *La subordinación del derecho y de la experiencia jurídica a otros criterios (ciencia social, política, economía, etc.)*. El derecho no tiene en Bentham principios constitutivos, una vez elevado el principio de utilidad, no sólo a eje de la investigación científica, sino también a ideal ético.

La codificación, la reforma legislativa, etc.

2. *Los canales del benthamismo en Norteamérica.*

a) *La economía política* ha sido, sin duda, una de las vías principales a través de las cuales ha sido acogido el benthamismo; el interés despertado por las doctrinas económicas de Bentham puede aclararnos mejor todos los problemas. Primeramente se subraya que si en general las doctrinas políticas han tenido una acogida limitada antes de 1860, las económicas han tenido más éxito a partir de los primeros decenios del siglo XIX, favoreciendo la causa de la libertad americana. Desde un punto de vista estrictamente económico, intentaba demostrar la inutilidad de las colonias para la madre patria; partiendo del principio, ya por otra parte citado por Smith, según el cual el comercio está limitado por el capital, llegando a la conclusión de que «para la madre patria, el provecho positivo derivado de una colonia es 0» (56): los gastos de ocupación, de administración y de defensa determinan una pérdida. «Dos originales escritores —decía Bentham— me han precedido en esto: Dean Tucker y el Dr. Anderson. El fin del primero era persuadir al mundo de la inutilidad de la guerra; el del segundo, poner de relieve la inutilidad de las colonias» (57).

Otra prueba de la influencia de las ideas económicas está representada por la circulación de la *Defence of Usury* de 1822; en una carta de la época enviada a Bentham desde los Estados Unidos se

(56) *Institute of Political Economy*, 1801-4 (en: *Economic Writings*, III, página 352); un punto de vista parecido se encuentra ya en el «Fragment» *Colonies and Navy* de 1790 (ibid., pág. 211 y ss.).

(57) *The Interest of Great Britain with regard to her American Colonies*, 1782.

lee: «La influencia de vuestros escritos se ha notado en América en gran medida. Vuestro trabajo sobre la usura ha tenido varias ediciones en nuestro país, y sus principios son acogidos generalmente por hombres de amplias miras y de ideas liberales» (58). Y en la misma carta se continúa haciendo insistencia en la circunstancia de que sus ideas, si bien bastante aceptadas por las constituciones del Mississippi, de Alabama, de Virginia, de New Hampshire, de todos modos fueron objeto de discusión y a menudo de ásperos choques. Cuando en 1820 apareció la primera obra sistemática de economía política de un americano, los *Thoughts on Political Economy*, de Daniel Raymond, en donde se ponían los cimientos de una economía utilitarista y del bienestar, se abrió el camino a las medidas proteccionistas que por diversos decenios han caracterizado a la economía americana. Desde entonces se hizo difícil la existencia para las ideas liberales de Bentham, pero un benthamiano como el ya mencionado John Neal acogió (59) las ideas de Raymond con entusiasmo, quizá intuyendo la afinidad de muchas premisas. Pero Bentham sobrevivió a través de la influencia de sus discípulos, sobre todo a través de Mill, cuyo positivismo declarado debía ser fácilmente aceptado por pensadores como George, autor del conocido libro *Progress and Poverty* (1879), los cuales se inspiraban al mismo tiempo en las fuentes del positivismo francés y alemán.

b) *De las codificaciones en Luisiana a los modernos «Restatements» del derecho americano.* 1) Declaradamente benthamianas son las primeras tentativas de codificación en América realizadas en Luisiana por Edward Livingstone, que guió el movimiento iniciado después de la aparición del código francés y terminado con la promulgación de siete códigos: *The Civil Code*, *The Commercial Code*, *The Code of Practice* y *The System of Penal Law* (que en realidad comprendía cuatro códigos: *The Code of Crimes*, *The Code of Procedure*, *The Code of Evidence*, *The Code of Reform and Prison Discipline*). La importancia de este jurista en el desenvolvimiento del pensamiento americano ha sido plenamente advertido por Roscoe Pound: «No puedo dudar que Livingstone será considerado el gran jurista de América del siglo XIX, digno de ser colocado al lado de Bentham entre los juristas de lengua inglesa» (60). Primeramente recordaremos que en

(58) Cfr. STARK, Introducción a: *J. Bentham's Economic Writings*, cit., pág. 30.

(59) SCHNEIDER, obr. cit., pág. 112.

Luisiana, que no había participado directamente en la revolución americana, y que sólo más tarde, en 1860, tuvo una constitución, el camino de las ideas democráticas resultó particularmente difícil. Nada mejor para las nuevas aspiraciones de la filosofía reformista de Jeremías Bentham, según el cual la reforma debía ser institucional y política. La crítica de la *Common law* parte, también en Livingstone, de premisas políticas, y la codificación significa esencialmente traspaso del poder de hacer las leyes desde el poder judicial al legislativo.

Desde 1808 Livingstone conocía los *Principles* de Bentham a través de la traducción de Dumont, y más adelante estuvo en contacto epistolar con el mismo Bentham. Refiriéndose a los principios de la democracia continental y a la doctrina de la separación de los poderes, atacó violentamente la función del juez en la formación del derecho. La pilastra del sistema jurídico americano contra la que apunta la crítica fué el *stare decisis*. Se trata de un principio y de una máxima con que el juez usurpa ilegítimamente el poder del legislador. Su autoridad es incierta y oscilante, según las orientaciones particulares de los jueces que se suceden. Legislación y codificación derivan también, según Livingstone, de un principio único: el perfeccionamiento del derecho a través de la reforma. El primer artículo del código civil de Luisiana decretará finalmente este principio: «El derecho es una solemne expresión de la voluntad legislativa»; la interpretación del juez debe ser literal y el derecho es esencialmente una técnica.

Aquella idea de la relatividad, ya intuída por Bentham y sucesivamente desarrollada por el positivismo y por el historicismo, progresa en el pensamiento de Livingstone, el cual la une a la búsqueda de los «principios» fuera del derecho mismo, en la historia. El legislador no es un espectador imparcial, sino que participa activamente en el progreso social: «Ningún acto de la legislación puede ser o debería ser inmutable. Los cambios se requieren con el alterarse de las circunstancias.» Si la legislación requiere reflejar los cambios históricos, ésta debe ser, según Livingstone, continua, o sea, tiene el deber perenne de una nueva formulación de los textos; pero semejante nueva formulación no debe tener lugar sobre la base de principios teóricos y abstractos, sino más bien teniendo presente el obrar

(60) R. POUND, *The Formative Era of American Law*, obr. cit., pág. 166.

de los conceptos jurídicos a través de la interpretación de los tribunales.

La teoría de la legislación continua representa otro índice del carácter moderado y peculiar del benthamismo americano; a ella se debe que pierda mucha de su importancia la distinción teórica de los poderes. Por un lado se exalta el principio de la supremacía del Poder legislativo y por otro se reconoce la importancia de la *práctica* en la modificación del derecho. En realidad, sólo en la forma Livingstone se destacaba de la tradición anglosajona de la supremacía del poder judicial; en cuanto el poder legislativo, solamente desde un punto de vista formal resulta la fuente del derecho. La legislación continua, a través de la unión de la obra del legislador con la del juez, representa una interesante solución del dilema *teoría-práctica*; como fué observado por Franklin (61), es un intento de obviar los males de la democracia liberal, que ocurrirán en el siglo XX, como consecuencia de la exasperación del principio de la distinción entre los poderes.

2) Todavía al benthamismo se le incorporará en la segunda mitad del siglo XIX el movimiento a favor de la legislación dirigido por David Dudley Field, que encauzó sus esfuerzos más que nada hacia la codificación del derecho procesal y criminal de Nueva York. También para Field la jurisprudencia es una ciencia práctica, cuya utilidad consiste en la guía para la reforma del derecho; se adhiere plenamente a la concepción imperativa: «Si bien el derecho y la *jurisprudencia* no son términos sinónimos, son a menudo usados con el mismo significado. El segundo es la ciencia, que trata del derecho y lo explica; el primero es el precepto formulado» (62). Aunque los ideales de la reforma sean para Field condensación, simplicidad, uniformidad, el ideal benthamiano de la certeza está implícito en todo su trabajo. La tesis de Field se podría resumir así: 1) Los jueces no deberían ser legisladores como en el sistema del *case law*; 2) la codificación debe hacer asequible el derecho incluso para los profanos; 3) la codificación hará al derecho sistemático y claro, de modo que permita la previsión de la decisión; 4) el código permitirá la flexibilidad de la interpretación; 5) un código imperfecto es prefe-

(61) M. FRANKLIN, *Concerning the Historic Importance of E. Livingstone*, «Tulane L. R.», 1936-37, pág. 200 y siguientes.

(62) FIELD, *Adress at the Dalhousie University Convocation*, «Am. L. R.», 1885, pág. 616 (cit. en: REUSCHLEIN, *Jurisprudence cit.*, pág. 69).

rible a la inexistencia de un código: ninguna nación ha retrocedido después de la codificación; 6) el código puede ser enmendado y perfeccionado.

El movimiento de Field ha resultado famoso también por la polémica con Coolidge Carter, seguidor del método de la Escuela histórica alemana, el cual desempolvó todos los argumentos anticipados ya por Savigny en su *Beruf* contra la codificación. Para comprender bien la posición y la actitud de Carter, debemos tener presentes las obvias deformaciones de los principios del historicismo jurídico, en un país como América, donde no existía una tradición histórica que observar, ni una tradición de estudios sistemáticos que seguir. Así Carter derivó del historicismo más que nada aquellas instancias positivistas y reformistas, que no se habían revelado en el continente por lo menos en la primera fase de desdolvimiento de esta corriente de pensamiento (63). A pesar de haber criticado a Field, no se dió cuenta de que la base positivista de su historicismo hubiera podido ponerse de acuerdo muy bien con algún aspecto del benthamismo de Field, y en particular con la soberanía legal. Ya en el continente el historicismo se había fundido en el positivismo jurídico, y por este conducto, en el estatismo. Carter, reivindicando en la legislación el valor del *custom*, considerado una ley natural comprendida en el sentido fisicista, no se dió cuenta de que estaba sustituyendo un positivismo despótico por un positivismo racional. Existen, en realidad, para Carter leyes de desarrollo que son leyes *históricas*, y, por lo tanto, posibles de prever y de conocer. Pero mientras en el continente el positivismo, a causa de sus raíces hegelianas, fué estatista, Carter sostuvo que la investigación de tales leyes fuese obra de los tribunales: «es norma la decisión de los tribunales». La legislación tiene sólo una influencia limitada. Existen, en efecto, *standards* de justicia que no son fijos, sino que evolucionan, son externos al observador y, por lo tanto, representan un dato para el jurista. Así el historicismo de Carter, lejos de contribuir a una mejor perspectiva histórica del derecho americano, anticipaba en realidad la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico.

(63) J. C. CARTER, *Law: Its Origin, Growth and Function*, 1907. Cfr.: M. J. ARONSON, *The Juridical Evolutionism of J. C. Carter*, «Un. of Toronto L. J.», 1953, p. 1. Sobre las raíces positivistas del historicismo jurídico continental, véase: A. GIULIANI, *Contributi ad una teoria pura del diritto*, Milano, 1954 (cfr. el cap. II: «La 'Gesellschaftslehre' di L. v. Stein e il suo influsso sulla scienza giuridica», pág. 66 y siguientes).

3) Si es verdad que la idea benthamiana de la codificación no ha prevalecido en América, ha habido sustitutivos que, si no han realizado los ideales de Bentham por el carácter moderado de todas las reformas americanas, sin duda han contribuído a enervar más el principio del precedente. Aparte de los pocos «Codes» mencionados, que en realidad se asemejan más bien a los «Testi Unici», recordaremos: las *Uniforms Law*, redactadas por la «National Conference of Commissioners on Uniform Law», y los *Restatements*, compuestos por el «American Law Institute». El *Restatement* del derecho americano es una reexposición sistemática, según el curriculum de la enseñanza universitaria, a cargo de un comité privado de juristas y profesores, que no tiene carácter obligatorio, pero que de hecho ejercita una gran influencia en la práctica. El origen puede encontrarse en las diversas comunicaciones presentadas en 1914 (entre otros, por los profesores Wesley N. Hohfeld, de la Yale Law School, y Joseph H. Beale, de la Harvard Law School) a la *Association of American Law Schools* con el fin de tomar medidas para obviar a los «dos principales defectos del derecho americano que son la inseguridad y la complejidad». El *American Law Institute* fué fundado definitivamente en 1923, y el fin que se le asignó en el estatuto de fundación fué «promover la aclaración y la simplificación del derecho y su adaptación a las necesidades sociales, asegurar una mejor administración de la justicia y realizar trabajos científicos». Aunque se trate de una simple exposición, se presenta en la forma de código; el reflejo práctico más importante ha sido, como ha señalado Goodhart (64), el alejamiento de la doctrina del *stare decisis*; pero ha ejercido un efecto beneficioso en cuanto ha fijado la atención en la necesidad de una mejor conceptualización, puesto que una sistemática del derecho es ineficaz sin una adecuada «jurisprudencia de conceptos» (65).

c) *La teoría de la soberanía*. Nos parece oportuno señalar que la doctrina benthamiana y austiniana del derecho y del Estado ejercita un notable influjo en el sistema constitucional americano, en la medida en que dió un aspecto especulativo a principios que habían

(64) GOODHART, *obr. cit.*, pág. 71.

(65) M. FRANKLIN, *The Historic Function of the American Law Institute*, 47 «Harvard L. R.», 1934, pág. 1.307; véase también: TUNC, *La codificazione e il perfezionamento del diritto negli Stati Uniti*, «Riv. dir. comm., Dir. dell'econ., Dir. soc.», 1951, pág. 153; H. U. SIMS, *L'opera dell'American Law Institute*, «Ann. Dir. Comp. e Studi Legisl.», 1935, I, pág. 29; J. CUETO RUA, *El 'Law Institute' of the Americas*, «Rev. Fac. Der. México», 1953, pág. 89.

ya penetrado en la conciencia, a través de las ideas de los creadores de la constitución americana. La nueva confederación había nacido, en definitiva, a través de una contienda por la soberanía entre el Estado-nación y cada uno de los Estados celosos de la propia autonomía e independencia. Como ha subrayado Carpenter, no se puede hablar de una doctrina política americana hasta el nacimiento del sistema constitucional, a causa de la ausencia de controversias profundas y arraigadas; después de la separación de la madre patria estalló en toda su gravedad el conflicto, en la contienda por la soberanía entre cada uno de los Estados celosos de la propia autonomía y la nueva realidad representada en el Estado federal. Fué entonces cuando se abrió camino la idea del Estado soberano, sacada de la meditación de los escritos hobesianos; y es interesante notar cómo independientemente de la influencia de Bentham fuera desarrollada por los autores del *Federalist* una doctrina de la soberanía de inspiración hobesiana. Es necesario un gobierno enérgico —afirmaba Madison (66)— «después de haber experimentado, y de un modo inequívoco, la ineficacia del actual gobierno federal». Y a esta exaltación del Estado los creadores de la constitución habían llegado a través de una concepción típicamente hobesiana de la naturaleza humana. Es verdad —se afirma— que existe un equilibrio entre las buenas y las malas cualidades de la naturaleza humana; pero, en definitiva, se insiste sobre aquella «cierta dosis de maldad humana que puede sugerir circunspección y desconfianza». Y se lee aún: «Pero ¿qué es el gobierno, sino el mayor reflejo de la naturaleza humana? Si los hombres fueran ángeles no sería necesario ningún gobierno. Si fueran los ángeles los que gobernarán a los hombres, no sería necesario ningún control ni interno ni externo.»

Pero si en Inglaterra la teoría del Estado soberano podía parecer a algunos una explicación eficiente, en América la federación de los Estados creaba muchas dificultades: ¿dónde residía la soberanía? Desde el principio los pensadores americanos atribuyeron la soberanía al pueblo, pero no se evitaba la dificultad en cuanto el pueblo resultaba de por sí un término ambiguo. Si para Calhoun, defensor de la soberanía de los Estados, la soberanía residía en el pueblo de éstos, para los demás se colocaba en la población total de los Estados Unidos. Así, todavía en 1833, Webster podía afirmar, con razón, que «la soberanía es una idea que pertenece a la otra orilla del Atlán-

(66) *The Federalist*, Ensayos 15 y 16.

«tico» (67). El conflicto se resolvió no con las doctrinas jurídicas, sino con la guerra civil, que llevó al fortalecimiento del Estado federal, preparando la nueva interpretación de la constitución. Fué así como después de 1860 la doctrina austiniana y benthamiana penetró en América, pero en realidad vino a dar dignidad especulativa y sistemática a las ideas que ya circulaban entre los radicales americanos. Pero resultó modificada en la experiencia americana en cuanto la teoría de la soberanía, entendida como doctrina del Estado absoluto, no fué jamás plenamente acogida. Por un lado había un equilibrio político determinado por los privilegiados y por las prerrogativas de los Estados independientes, y por otro estaba aún viva la idea de la supremacía del poder judicial y de la *rule of law*. Después de la crítica pluralista de la doctrina austiniana de la soberanía y del Estado, como veremos, la distinción neoaustiniana entre la soberanía política y soberanía legal, ha conseguido salvar aquella parte de verdad, condensada en la doctrina benthamiana y austiniana, o sea que el derecho está en cierto sentido unido a la autoridad.

d) *La jurisprudencia analítica*. ¿Cuál ha sido el destino de la jurisprudencia analítica en América? Si vemos en este término la tradición iniciada por Austin deberemos sacar la conclusión que los resultados han sido más bien moderados. Es sabido que Austin, de sus contactos con la escuela histórica alemana, derivó la idea de la racionalidad y de la sistematización del derecho, combinándola —sin que fuera evidente la conexión, como señaló Bryce (68)— con el utilitarismo y la filosofía social de Bentham. Austin puso su confianza en la existencia de principios, nociones y distinciones comunes en los varios sistemas, que forman parte de una ciencia especializada que se llama *general jurisprudence*. Se trata de una ciencia en torno a aquello que es, en contraposición a la legislación, ocupada con el deber ser. Pero los conceptos universales que él nos dió (*Duty, right...*) los tomó en realidad de la doctrina alemana, y por lo tanto de la sistemática continental; pero no sólo, pese a sus premisas metodológicas, introdujo los valores que estas categorías comprendían, sino también aceptó la categoría del cuasi contrato, que tiene su fundamento en el derecho natural.

Las ideas necesarias no eran otra cosa que las penetradas en la

(67) *Works*, III, pág. 469 (cit. en: CARPENTER, obr. cit., pág. 168).

(68) J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, II, página 178.

conciencia jurídica europea, a través de una larga elaboración del derecho romano, y no eran adaptables a la experiencia jurídica anglo-americana: En esto reside el poco éxito de la jurisprudencia analítica en América en su forma original. Añádase otra circunstancia, o sea la tardía penetración de la obra austiniana, que fué conocida sólo a través de las *Lectures*, publicación póstuma alrededor de 1861 o sea contemporáneamente a los trabajos del historicismo jurídico y del positivismo continental. La jurisprudencia austiniana no podía ofrecer, en fin, un aparato conceptual tal como el de la dogmática continental y, por lo tanto, llegó a encontrarse en una situación particularmente ambigua. Como veremos, aquella versión americana de la jurisprudencia analítica, que fué el *case-method* llevó a adelante más que nada los aspectos empiristas y positivistas, implícitos en el benthamismo de Austin. Se puede decir que la filosofía austiniana ha influido más bien bajo este aspecto, aparte de lo que respecta a la teoría de la soberanía.

Sólo posteriormente, como consecuencia de la insuficiencia del aparato conceptual del *case-method*, existe un nuevo interés por el estudio del aparato formal del derecho. Y han renacido en la tradición austiniana grandes juristas, como Henry T. Terry, Wesley Newcomb Hohfeld (69), los cuales han trabajado mucho por la sistematización conceptual, buscando los principios en el interior del derecho americano. Y también han dado tributo a la jurisprudencia conceptual los más grandes juristas, entre los cuales el nombre de Holmes es, sin duda alguna, el más importante.

e) *La versión americana de la jurisprudencia analítica: el «case-method»*. La jurisprudencia analítica austiniana —como se ha visto— llegó con demasiado retraso a los Estados Unidos, y sus categorías se adaptaban mal a la experiencia de la *common law* y le parecían irremediablemente extrañas. Pero ya en la segunda mitad del siglo XIX, aun sin referirse explícitamente a premisas filosóficas o metodológicas los juristas americanos advirtieron la necesidad de simplificar y en un cierto sentido de sistematizar la *common law* americana, dada la enorme dificultad de orientarse en el gran cúmulo de precedentes judi-

(69) H. T. TERRY, *Some Leading Principles of Anglo-American Law*, 1884; W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, 1923. Cfr.: A. KOKOUREK, *The Century of Analytical Jurisprudence since John Austin*, en: «Law: A Century of Progress», New York, 1937, II, pág. 195. Véase también: M. RADIN, *L'analisi dell'esperienza giurídica secondo Hohfeld*, «Riv. intern. fil. dir.», 1927, pág. 117.

ciales, debido a la existencia de unas cincuenta jurisdicciones. De todo lo cual derivó aquella que puede considerarse la versión americana de la analítica, o sea el método del caso (*case-method*). Precedentemente la enseñanza universitaria se desarrollaba sobre todo según el método de Blackstone, integrado por cursos universitarios; pero tal enseñanza se consideraba un lujo, dado que la preparación fundamental para el ejercicio de la profesión forense estaba representada por la práctica en el estudio de un abogado. Ha sido precisamente el *case-method* lo que ha dado prestigio a la enseñanza universitaria en el mundo americano, en cuanto ha tratado de elevar a dignidad «científica» los estudios jurídicos, precisamente en una época en que se estaban afirmando las corrientes positivistas.

Este consiste «en el estudio y la enseñanza del derecho a través del estudio y las discusiones de las decisiones judiciales o *cases*» (70). Fue expuesto por primera vez por Langdell en 1871 en el prefacio del volumen *Cases on Contracts*. El derecho es una ciencia —dijo Langdell—; todos los materiales se encuentran en los libros (*printed books*). El derecho considerado como una ciencia se compone de ciertos principios y doctrinas. Un conocimiento de éstos que permita aplicarlos con constante facilidad y certeza es lo que constituye un verdadero jurista. Cada una de estas doctrinas ha ido llegando lentamente a la presente fase; en otros términos, ésta representa un desarrollo, que se extiende en muchos casos a un período de siglos. Pero los casos que son útiles y necesarios para este fin en el presente son una proporción excepcionalmente pequeña en relación con aquellos que han sido transmitidos. En su mayor parte son inútiles para cualquier fin de un estudio sistemático. Además el número de doctrinas jurídicas fundamentales es mucho menor de lo que comúnmente se supone.

El *case-method* intentaba ser un método estrictamente jurídico, y es difícil establecer sus premisas filosóficas y metodológicas; a menudo se presenta —particularmente por sus críticos— la analogía con la dogmática y la sistemática continental, pero veremos más adelante.

(70) C. C. LANGDELL, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, 1871 (cfr. introducción). Véase: A. J. HARNO, *Legal Education in the United States*, S. Francisco, 1953, pág. 53 ss. Sobre el *case-method* véase: J. REDLICH, *The Common Law and the Case-Method in American University Law Schools*, ed. por la «Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching», 1918; E. PATTERSON, *The Case Method in American Legal Education*, 4 «Journ. of Leg. Educ.», 1951-52, pág. 1.

por qué tal punto de vista nos parece erróneo. Hay mucho de verdad en la tesis de Wigmore (71), según el cual son evidentes las huellas de las doctrinas positivistas y evolucionistas; pero nos parece más bien que Langdell haya combinado el positivismo con aquella parte de la jurisprudencia analítica que le era compatible. Tuvo con Austin en común la confianza en la existencia de algunos principios que están en la base del derecho y que pueden deducirse a través de un proceso inductivo, propio de las ciencias experimentales. Pero si Austin encontró en definitiva las «necessary notions and conceptions» en la doctrina alemana, Langdell fué aún más allá, estudiando el desarrollo lógico y sistemático de los principios de la *common law* a través de las decisiones de los tribunales. El material de estudio fué severamente limitado (*printed books*) y fué excluída toda consideración de los juicios de valor sobreentendidos en la decisión: fué considerado el «acto puro de derecho». El *case-method* implicaba una concepción normativa del derecho en cuanto cada decisión era considerada como una norma, independientemente de la bondad de sus principios. Y esto explica la hostilidad con que ha sido acogido en Inglaterra, que ha seguido fiel al método tradicional: en efecto, se ha advertido que fué éste, quizá inconscientemente, el más peligroso corruptor del principio del precedente (72).

Podía parecer a primera vista un simple cambio de enseñanza, pero estaba destinado a obrar una alteración profunda, puesto que se daban a los estudiantes modelos de razonamiento destinados a prepararles el modo de acercarse al derecho. Podía parecer la exaltación del precedente pero en realidad el *case-method* era el principal adversario: no se enseñaba el derecho tal como había sido aplicado por una par-

(71) J. H. WIGMORE, *Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae*, «Harvard L. R.», 1917, pág. 312. Es interesante la observación de J. DICKINSON sobre la concepción langdelliana del derecho «as a complet and coherent system» (*Legal Rules: Their Function in the Process of Decision*, 79 «Un. of Pennsylvania L. R.», 1930-31, pág. 834): «So far as it did emerge, it long found congenial company and confirmation by analogy, in the contemporary assumption of Newtonian science that the physical universe was governed by a body of natural laws whose interactions dictated with rigorous determinism the occurrence of each least event in space and time».

(72) A. L. GOODHART, obr. cit., pág. 69: «Superficially the method is the same, but the result is essentially different because the material used are different. The medieval moots dealt with English law, but the American Law School does not teach American Law, for there is no such law».

ticular jurisdicción, sino que se comparaban precedentes de Estados diversos, incluso fuera de la *common law* americana.

El método esencialmente comparativo alejaba al estudiante de la confianza en la autoridad del precedente, interesándole más que nada por los aspectos *instrumentales* del derecho. Existía, en fin, una investigación del principio fuera de la tradición jurídica nacional; según Langdell, en efecto, un *casebook* debía recoger una selección de *leading or influential cases*. Creía que fuese limitado el número de las doctrinas básicas del derecho y que fuese, por lo tanto, posible llevar a cabo una selección de aquellos datos «que habían contribuido de alguna manera importante al progreso, al desarrollo o la consolidación de alguna de las principales doctrinas». La selección de los casos presuponía la idea de un desarrollo histórico, que debía desenvolverse según principios racionales e intelegibles, y a menudo éstos se extraían de ambientes sociales y económicos, con los que el estudiante no tenía familiaridad. Como ha observado Dicey, el gran mérito de Langdell y de sus discípulos como Ames, ha sido el conocimiento profundo de la *common law* y de su historia (73), pero cuando el método ha sido usado por docentes menos insignes, cuando se ha declarado inadecuado para las nuevas necesidades sociales por su defectuosa articulación lógica, se ha acentuado la tendencia de buscar los materiales fuera de los precedentes nacionales, en la historia y en las ciencias sociales, obrando así el paso del «puro acto de derecho» al «puro acto de hecho». Se tienen en cuenta generalmente los aspectos racionalistas del método de Langdell, según el cual el derecho es un sistema de conceptos jurídicos fijos a los que se deberían llevar las diversas decisiones judiciales; se abandonan, en cambio aquellos aspectos empiristas, que en realidad representan la exasperación de la postura realista y pragmática, característica del derecho americano desde su origen.

La introducción del *case-method* ha sido el medio por el cual ha penetrado en América el positivismo jurídico; mientras que antes el derecho se concebía independiente de la voluntad de nadie, e independiente de la referencia a una fuente, ahora, en cambio, es la fuente (o sea el tribunal) la que da valor al derecho. Como consecuencia el derecho americano se ha alejado de los tradicionales principios de la *common law*, asumiendo una posición intermedia entre

(73) A. V. DICEY, *The Teaching of English Law at Harvard*, 13 «Harv. L. R.», 1899, pág. 422.

este último y los sistemas continentales codificados. El principio que más se resiente es el *stare decisis*, dado que se excluye el fenómeno histórico de unión del pasado con el futuro, sobre el que está fundada toda la teoría del precedente. Es interesante notar que, mientras en el positivismo continental los hechos aparecían contrarios al código, en el decir de Gaston Morin, el *case-law* se vió en América como el sistema ideal, tanto como, para poder compararse con la ciencia jurídica europea. Pero, en realidad, éste se diferenciaba considerablemente del positivismo jurídico continental; el «case method» era pobre conceptualmente, dado que su sistemática no tenía una tradición y, es más, había sido realizada en un período de profunda transformación social. No ha podido ofrecer más que una débil resistencia a los ataques del realismo jurídico. En un cierto sentido se podría decir que le ha preparado, excluyendo del derecho el problema del valor y buscando los principios jurídicos, que no siempre están dentro de la tradición americana. El realismo no ha hecho más que desarrollar los aspectos positivistas que ya estaban implícitos.

3. La formación del positivismo «benthamiano».

El positivismo jurídico no ha penetrado en América como consecuencia de una doctrina filosófica, sino indirectamente, a través de la introducción de la versión americana de la jurisprudencia analítica, que es el método del caso. Este se proponía en definitiva un estudio sistemático y evolutivo del derecho americano. Identificándolo con la dogmática continental, los realistas han utilizado para combatirlo los mismos instrumentos utilizados en el continente contra la *Begriffsjurisprudenz*. Queremos anticipar ya nuestra conclusión sobre el argumento: tal analogía nos parece audaz, ya que de lo que está desprovisto precisamente el *case-method* es de un aparato conceptual. Se le acusa de excesivas conceptualizaciones, y es precisamente la pobreza de conceptos lo que le caracteriza. Tiene los defectos del conceptualismo sin tener las virtudes. Para darse cuenta basta considerar la distinta naturaleza del positivismo jurídico continental que se realizó en su forma más desarrollada en el positivismo «hegeliano», de Rudolf v. Jhering.

El positivismo continental ha identificado la ciencia del Derecho con la dogmática, o sea con la representación conceptual y sistemática del fenómeno del derecho; pretendiendo sacar las categorías de

la dogmática de la experiencia a través de un procedimiento inductivo *a posteriori*, pero reconociéndole al mismo tiempo un valor general. La característica predominante de la dogmática es la *sistemización* operando con conceptos, notas estas características de la ciencia jurídica europea (74); el positivismo jurídico continental ha hecho progresar esencialmente el lado sistemático del derecho, y es éste un hecho sobre el que se llama la atención. En efecto, la sistemática (hoy convertida en equivalente del término «dogmática»), tiene un doble origen filosófico y científico. Tales términos, penetrados en el lenguaje filosófico bajo la influencia de los principales jusnaturalistas del siglo XVIII significaron el estudio de principios fijos e inalterables. Cuando más adelante el positivismo jurídico identificó la ciencia del derecho con la dogmática, redujo a la norma el objeto de sus investigaciones, considerada en sí y por sí como racional; pretendió sacar de la experiencia las categorías de la dogmática (asunto, relación circunstancial del hecho, etc.), pero, en realidad, éstas eran el resultado de una larga labor precedente que, a través de la dirección pandectista y de la escuela histórica se remontaba a la escuela filosófica y sistemática de un Thibaut y de un Heise.

En el positivismo jurídico continental se ha ido creando así una situación paradójica en cierto sentido; mientras éste, entendido como posición especulativa, declaraba haber derrotado al jusnaturalismo, los principios jusnaturalistas se insinuaban lentamente en la ciencia jurídica del siglo XIX, creando una contradicción con las premisas antijusnaturalistas. En el fundamento de la dogmática hay, en efecto, una concepción respecto al contenido de la ciencia jurídica, y no sólo técnica, como es evidente en el caso de su más espléndida construcción, la teoría del negocio jurídico: *hay, por lo tanto, una profunda contradicción entre el culto de los estudios sistemáticos y la pretensión antifilosófica*, y la adhesión de los juristas continentales a la sistemática, significa afirmación de la supremacía del derecho (75).

Hemos visto cómo la jurisprudencia austiniana ha ejercido en América una influencia limitada; el *case-method* ha aplicado en realidad, con mayor coherencia que la jurisprudencia austiniana y que la sistemática continental los postulados del método positivo, considerando la decisión del juez como un «hecho» idéntico al de la experiencia físi-

(74) E. ALLORIO, *Ciencia jurídica europea*, obr. cit.

(75) H. KELSEN, *Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, 55 «Harvard L. R.», 1941, pág. 44.

ca. A diferencia del positivismo jurídico continental tuvo un pobre aparato conceptual y precisamente a causa de la ausencia de una «jurisprudencia de conceptos», el positivismo americano ha estado lejos de los aspectos constitutivos y de los principios fundamentales de la experiencia jurídica. El jurista americano pretende encontrar los principios en los datos empíricos, y no parece tener plena consciencia de que los principios comprenden unos *valores*, y no está justificado el salto del hecho al valor, a la norma.

Respecto a esto queremos señalar cómo el *case-method*, incluso habiendo acogido en un cierto sentido la idea del sistema y de la plenitud del ordenamiento jurídico (a través de la concepción del derecho como «self-contained») no ha sido capaz, a través de la mera observación del hecho, de obtener principios capaces de adaptarse a situaciones nuevas. Si los precedentes, según Langdell, debían considerarse como un cuerpo de reglas; tratados inductivamente, se hubiesen revelado un sistema de ejemplos particulares de la aplicación de ciertos principios generales de los que se podía deducir la norma para un caso concreto. El jurista, según Langdell, tiene como campo limitado de investigación los precedentes considerados como hechos, ignorando que aquello que ve el juez no es un hecho, sino más bien una valoración del hecho, y, por lo tanto, un valor.

Era este el punto débil del *case-method*, cuya elaboración lógica y sistemática, basada sobre una limitada experiencia y en una fase de profunda transformación social, se ha mostrado rápidamente inadecuada a las nuevas necesidades por defecto de su estructura lógica interna.

El *case-method* es, a nuestro modesto parecer, un simple boceto de la dogmática continental, y, por lo tanto, aproximar el nombre de Langdell al de Windscheid no nos parece persuasivo (76). De lo que carece el *case-method* es de una sistemática de conceptos, cuyo valor lógi-

(76) Es un punto de vista corriente también entre los mismos críticos del realismo; véase, por ejemplo: L. FULLER, Intr. a: *The Jurisprudence of Interests*, ed. by M. SCHOCH, Cambridge, Mass., 1948, pág. XIX: «As the arch expounder of the common law, we had Langdell, whose thought and methods remember in striking measure those of his German counterpart, Windscheid. Both men repudiated the vague ethicism of «natural law»; both practiced a peculiar geometric brand of legal reasoning that made every conclusion the inevitable consequence of an assumed necessity of juristic thought. Both writers postulate a gapless system of pre-existing law, from which a solution for every new case could be obtained by deduction».

co hubiera sido experimentado a través de una larga tradición histórica. El jurista americano, estaba obligado, a través del *case-method*, a decidir sobre la base de algunos precedentes, escogidos arbitrariamente, no aceptados por una larga tradición histórica, y a los que se pretendía dar un valor general. Había en sus bases un valor normativo y regulador de la experiencia, que estaba destinado a resultar intolerable, una vez que faltasen las condiciones que habían justificado cada particular decisión.

El aspecto constitutivo de la experiencia jurídica comprendido en las categorías de la dogmática continental, le ha permitido, en cambio, resistir los duros ataques a que han sido sometidas: dogmática y sistemática se han desligado de la tesis positivista del estatismo del derecho. Estos términos han resultado equivalentes a la lógica jurídica: Se habla, en efecto, de una dogmática y de una sistemática del derecho romano, del derecho común, etc. Téngase presente que la referencia al contenido de la ciencia jurídica continental ha sido una de sus mayores defensas contra los asaltos del positivismo (77).

En América, en cambio, además de la tradición benthamiana, el aspecto positivista del difundidísimo método de instrucción ha sido quien ha abierto el camino a las corrientes positivistas y sociológicas, llegadas del continente a fines del siglo XIX. Al que consulta revistas americanas de aquella época le llama la atención los numerosos artículos de sociólogos continentales (Duguit, Ehrlich, etc.) y las discusiones que provocaron. De la mezcla del benthamismo y utilitarismo originarios con el más moderno y científico positivismo, derivó aquel positivismo «benthamiano» con que en el derecho se ha realizado el ataque contra la *rule of law*. Es precisamente la influencia de Bentham la que le diferencia del positivismo jurídico continental, esencialmente «hegeliano». El positivismo continental ha absorbido algunas de las más válidas instancias de la filosofía hegeliana (78), sobre todo la idea de que el derecho tiene su racionalidad si se le considera en sus exigencias esenciales precisamente por ser reales. Y esto era una invitación para buscar los principios del derecho dentro del mismo derecho. Si bien a menudo los juristas continentales desarrollasen aquel lado de la concepción hegeliana que extinguía el derecho en la ley,

(77) Cfr. las observaciones sobre el formalismo jurídico de: S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, «Riv. it. Sc. giur.», 1950, pág. 50.

(78) P. PIOVANI, *La Filosofia del diritto e la lezione di Hegel*, «Riv. intern. Fil. dir.», 1954, pág. 352 ss.

no han abandonado, sin embargo, el terreno de la experiencia jurídica, estudiando el derecho desde un punto de vista particular, o sea desde el punto de vista de la norma (79). El positivismo benthamiano, en cambio, con su manía de querer objetivar y medir todo, ha ido a la búsqueda de estadísticas, de planos, de programas, de una ciencia del bienestar: y obrando así se ha alejado cada vez más de la perspectiva del derecho.

Pero el benthamismo no ha obrado como fuerza exclusiva; no quisiéramos olvidar la influencia del pensamiento francés y en particular de las ideas fisiocráticas, que entusiasmaron a Benjamín Franklin. No se puede olvidar que la revolución americana es una postura espiritual y de pensamiento, que se adhiere tanto al radicalismo inglés como a la revolución francesa. Por ello no nos debe asombrar que hoy se encuentren en las corrientes realistas posturas que de un lado nos recuerdan el benthamismo y por otro la idea fisiocrática de la existencia de una ley más elevada. También a esto se debe que el benthamismo americano sea más moderado que el inglés. Esto no puede comprenderse más que como el reflejo y la elaboración de esta tendencia a la que el *milieu* americano ha dado su característica «americana» inconfundible. Pero por lo menos en el campo del derecho, la influencia Bentham y de Austin debería aparecer preponderante a fines del siglo XIX, puesto que Holmes escribía que la filosofía del derecho se resumía en el *Fragment on Government*, de Bentham y en las *Lectures* de Austin (80).

LA «POBREZA» DEL POSITIVISMO BENTHAMIANO

1. *La insuficiencia del positivismo jurídico norteamericano.*

Desde fines del siglo XIX se advirtió en América la *pobreza* de la versión americana de la jurisprudencia analítica, o sea el *case-method*, a causa de la extremada incapacidad de su aparato conceptual

(79) G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932, pág. 1 y siguientes. Este pensador ha insistido en particular modo sobre la importancia del análisis de la experiencia jurídica llevado a cabo por los juristas.

(80) «For the philosophy of law the *Fragment on Government* and Austin's lecture are worth the whole *Corpus*» («Amer. L. R.», 1873, pág. 579; cit. en: PALMER, *Benthamism in England and America*, pág. 857).

comparado con las necesidades de una sociedad que estaba evolucionando rápidamente. La crítica que se originó no fué violenta, sino más bien pacífica, y fué llevada a cabo por grandes juristas que, si bien reconocían la necesidad de recurrir a otros métodos, no abandonaron nunca la perspectiva jurídica: y esto a diferencia de las sucesivas doctrinas realistas, a que generalmente se refieren aquellas críticas. Un aspecto interesante es que el ataque se extendió a la doctrina austiniana, que empezaba a ganar terreno sobre todo a causa de la implicación política de la teoría de la soberanía. Una concepción normativa estaba además implícita en el mismo *case-method*, que en resumen venía a reducir a una sola las fuentes del derecho, o sea las decisiones judiciales. El resultado de estas discusiones y de estas polémicas para remediar la insuficiencia del método analítico, fué combinarlo con otros métodos, y en particular con el método *histórico* entonces floreciente en Europa y cuya influencia se hizo sentir en los americanos. Por método histórico entendían esencialmente el método *evolutivo*, que parecía dar un fundamento científico a la ciencia de la sociedad y a la ciencia política; recibiendo su primer impulso sobre todo del primer sociólogo americano verdaderamente evolucionista, Lester Ward (81), que apuntó sus armas, más que nada contra el liberalismo económico para descubrir el carácter relativo de sus principios. Pero como Ward era también un jurista, precedió a muchas posturas realistas, demostrando la relatividad de principios como el del contrato, el derecho de propiedad, el «due process of law», a los que hasta entonces se había dado casi un valor de leyes de naturaleza.

Pero en Europa las premisas positivistas y antijusnaturalistas del historicismo jurídico no habían actuado plenamente a causa de la tradición sistemática en los estudios jurídicos, la cual en un cierto sentido había laicizado los postulados y los valores del siglo precedente. En América, en cambio, donde no existía el freno de una tradición sistemática, el contacto del método histórico con el analítico estaba destinado a favorecer irremediabilmente al primero, y a través de este último al positivismo y al sociologismo: En realidad progresaron aquellos aspectos empiristas que estaban en la base tanto del *case-method*, como del benthamismo y de la jurisprudencia austiniana. Es interesante seguir este proceso en sus fases principales: Mientras que la discusión fué afrontada por grandes juristas, que tuvieron el pri-

(81) L. WARD, *Dynamic Sociology*, 1883; *Psychic Forces in Civilization*, 1901; *Applied Sociology*, 1906; *Pure Sociology*, 1906.

vilegio de combinar la teoría con la práctica y con la sensibilidad de los juristas de *common law*, se ha mirado también fuera del derecho para la solución del caso, sin abandonar el punto de vista jurídico y la confianza en la supremacía del derecho. Pero una vez puesta en evidencia la existencia de factores no puramente racionales y lógicos en la decisión, se ha debilitado el principio del precedente y del *stare decisis* y se ha preparado la llegada de las corrientes positivistas y realistas.

a) *La jurisprudencia analítica de John Chipman Gray.*—La jurisprudencia analítica de Gray es un intento de conciliación del elemento analítico con el histórico. Incluso creyendo en el valor de las clasificaciones y del análisis del derecho, ha abierto las puertas a elementos no racionales, anticipando las modernas corrientes sociológicas y realistas. Ha puesto así en evidencia la función del juez en la interpretación, que se consideraba puramente declarativa. Pero al mismo tiempo la obra de Gray se incluye en el dominio de la jurisprudencia analítica, y su obra principal, *Nature and Sources of the Law*, de 1909, es esencialmente un tratado analítico (*legal rights and duties, legal persons, the state, etc.*) que en su espíritu se acerca a un tratado sistemático continental. El estudio analítico es para Gray solamente una de las maneras de estudio del derecho, que no excluye otros y, en particular, el método histórico y el deontológico.

Gray ha tenido el mérito de no haberse dejado atraer por las ideas evolucionistas; se ha dado cuenta de que insistiendo demasiado sobre el «desarrollo del árbol del derecho», se termina abandonando la «sección transversal» (*cross section*) en el presente. Si es verdad que los conceptos jurídicos se alteran y cambian, sin embargo esta alteración tiene sus límites. Hay, por tanto, un aspecto de verdad en la doctrina austiniana: la *jurisprudence* es —según Gray— «la ciencia que trata de los principios sobre cuya base los tribunales deberían decidir los casos», y se introduce así en la definición un elemento deontológico, ausente tanto en la definición de Austin como en la de Holland.

Pero donde la separación de la doctrina austiniana es fundamental es a propósito de la teoría de la soberanía y del estatismo del derecho; la ley es, para Gray, sólo una de las fuentes del derecho; el derecho es «la norma que dictan los tribunales para determinar los derechos y los deberes» (82). Es en definitiva un estudio del de-

(82) *Some Definitions and Questions in Jurisprudence*, 6 «Harvard L. R.», 1892, pág. 27; véase también: *Judicial Precedents*, 9 «Harvard L. R.», 1895,

recho realizado desde un punto de vista particular; los tribunales. Esto implica y presupone un análisis sociológico, que parte de la premisa según la cual cada sociedad o cuerpo organizado de hombres tiene un juez o jueces para resolver controversias. Las normas de una sociedad son, en fin, aquellas que van «enforced» por los tribunales y los derechos individuales están determinados por la facultad concedida a cada individuo de ver protegida la propia voluntad. Es evidente un intento de análisis del derecho subjetivo que viene a depender en definitiva de la tutela efectiva acordada por los tribunales.

El estudio analítico del derecho conducido por esta particular perspectiva lleva a Gray a revisar la idea austiniana de *jurisprudence*, como ciencia del derecho positivo: el derecho objeto de la *jurisprudence* no comprende el conjunto de dichas decisiones, no comprende todas las órdenes del soberano, pero comprende otras muchas más. En efecto, según Gray:

1) Si el derecho objeto de la jurisprudencia comprendiese todas las órdenes del soberano, haría falta considerar como perteneciente también a este campo un manual de táctica militar. La *jurisprudence*, en cambio, incluye sólo aquellas órdenes cuyo principal objetivo es el definir y tutelar los derechos.

2) El derecho comprende mucho más que las órdenes del soberano, porque ha sido creado en gran parte por los jueces (y debería ser esta una verdad universalmente reconocida). La unión del derecho a la actividad de los tribunales evita la dificultad de determinar dónde reside la soberanía en una sociedad política.

Pues bien, ¿cuáles son las fuentes del derecho para Gray?: a) las órdenes dadas por el soberano a través de sus órganos legislativos; b) los antecedentes judiciales, cuyo valor varía de un sistema a otro; c) las decisiones de otras jurisdicciones, por la bondad intrínseca de sus principios; d) los tratados y los procesos de raciocinio analógico con que se derivan nuevos principios de viejos casos; f) la *morality*, o sea las opiniones de los jueces en materia de ética y en cuyo campo

pág. 27. Su libro *The Nature and Sources of Law* (1.^a ed., 1909) es un trabajo en la tradición de la jurisprudencia analítica; al mismo tiempo, Gray está cerca de las modernas posiciones realistas. Observaba E. CAHN (en «Annual Survey of Am. Law», New York, 1952, pág. 773): «Like Jeremy Bentham, Gray and Holmes made use of skepticism in order to ascertain what a judge really does when he decides a case, as distinguished from what he professes to be doing. They refused to blink the truth that the judge exercises a creative and legislative function».

Gray incluye también la *public policy*, o sea lo que se debería hacer por el bien de la comunidad.

Existe por lo tanto una situación de pluralismo, pero las fuentes principales son la legislación y las opiniones de los jueces en materia de ética y de *public policy*: «es evidente que gran parte del derecho le debe a las ideas de moralidad y de *policy*, como puede probarse por el derecho constitucional..., es materia de interesante reflexión considerar lo distinto que hubiera sido el desarrollo del derecho constitucional si el Chief Justice Marshall hubiera sido un ferviente republicano en vez de un federalista» (83). Por tanto la *morality* como la *public policy* son conceptos ambiguos en el pensamiento de Gray; la primera, no teniendo un fundamento jusnaturalista es más bien una doctrina de la sociedad muy cercana a la *custom* de Carter, que él intentaba criticar, y la naturaleza de la *public policy* queda en toda la construcción como elemento más bien irracional y oscuro. En conclusión podemos decir que Gray está colocado entre la tradición clásica en cuanto cree en la existencia de principios y las nuevas escuelas realistas que se apoyan en aquello que cambia y se modifica. Los aspectos positivistas y sociológicos han sido después desarrollados por su alumno Roscoe Pound.

b) *La «Nomology» de John H. Wigmore.*—La crítica de la jurisprudencia analítica presenta sugestivos aspectos en la obra de Wigmore que, nuevamente a través de la innovación en los métodos de instrucción jurídica, introduce en el derecho posturas y puntos de vista del positivismo y del historicismo. Partiendo del concepto de la relatividad de los métodos, reconoce la legitimidad no sólo del analítico, sino de otros métodos como el histórico, el legislativo, el sintético, el comparativo y el operativo: como Gray, prestó particular atención al estudio histórico, que consideró una necesaria integración del analítico. La insuficiencia del *case-method* se debía, según Wigmore, a la circunstancia de haber llegado éste con un siglo de retraso para su tiempo. Ya en 1820 los hechos eran hechos, pero después de un siglo —y Wigmore escribía en 1917 (84)— las condiciones americanas habían dejado de ser estáticas y había habido un progreso del derecho a través de la interpretación judicial y de la legislación. La

(83) *Some Definitions, etc.*, pág. 33.

(84) *Nova Methodus Discendi Docendaeque Jurisprudentiae*, obr. cit.: página 818 (cfr. el párrafo V: «Has the time arrived for a newer method?»); véase: *The Terminology of Legal Science*, «Harv. L. R.», 28, 1914, pág. 1; véase también su ensayo en *My Philosophy of Law*, obr. cit.

enseñanza langdeliana de que el derecho es una ciencia y sus materiales de estudio los libros, tendría valor aún si por *printed books* no se entendiera solamente las decisiones judiciales. Pero, a pesar de estas concesiones, el método de Wigmore resulta esencialmente analítico. Bajo ciertos aspectos ha hecho un estudio sistemático del derecho, que le acerca a los grandes juristas continentales. Al mismo tiempo es bien sabido que el estudio sistemático no ha sido favorecido por el *case-method*: «El *case-study method* es capaz de proporcionar sólo algunos materiales para este proceso... Los tratados sobre la jurisprudencia analítica se proponen tal fin, representan la síntesis; pero su uso no se vió favorecido por el *case system method*. El procedimiento sintético es a menudo rechazado como jurisprudencia especulativa» (85).

Es interesante señalar cómo para resolver el problema del derecho y de la ciencia jurídica en toda su complejidad, Wigmore desempolva argumentos típicamente benthamianos, como la necesidad de una terminología más cuidada como base de la ciencia del derecho (la *Nomology*). Recordamos la afirmación de la superioridad de la lengua inglesa para la terminología jurídica, tesis ya adelantada por Bentham. Están bajo la influencia de la terminología benthamiana todas las clasificaciones que quedan sobre el plano programático (*Nomoscopy*, *Nomostatics*, *Nomophysic*, etc.). El aspecto más interesante está representado por el conocimiento de la existencia de seis procedimientos mentales en el estudio del derecho:

1) El procedimiento *analítico*, cultivado por el *case-method*, es esencialmente lógico y pretende la afirmación del derecho existente.

2) El procedimiento *histórico*, necesaria integración del primero, en cuanto supone una ilusión creer entender el cambio en el desenvolvimiento del derecho sólo con el método analítico: «el sentido histórico le es necesario al jurista, y el *case-method* no da ayuda para su estudio».

3) El procedimiento *legislativo* es importante en un derecho de continua evolución, pero está abandonado totalmente por el *case-method*.

4) El procedimiento *sintético*, que es la madurez del derecho, parece que corresponda al sistemático en el sentido continental, o sea al «procedimiento de construir normas y principios en un sistema coherente llevando las normas a los más generales principios».

5) El procedimiento *comparativo*, limitado por el *case-method* a

(85) *Nova Methodus*, pág. 824.

la comparación de los derechos de la federación americana, debería extenderse a otras experiencias jurídicas.

6) El procedimiento *operativo* debería atender al estudio del derecho existente, según la invitación de la jurisprudencia sociológica de Ehrlich: para tal fin se necesitaría «un aparato sistemático de documentos tomados de los usos del comercio y de la industria», o sea una referencia continua a los datos de la estadística.

Es evidente que Wigmore, buscando los principios incluso fuera del derecho, terminase por incluir elementos sociológicos en su investigación: «no existe la evolución del derecho como tal, existe la evolución de *social habits and institutions*», Por este camino se ha ido perdiendo la diferencia entre ley física y ley jurídica: característica de una ley es su «cualidad de ser uniforme y regular en una serie de acontecimientos, tanto en la naturaleza humana como en la exterior» (86). No hay diferencia entre el derecho y los demás *social habits*, por lo que el material se encuentra en la vida, en los hechos sociales y en las instituciones humanas. El elemento *formal* del derecho es el modo con que se realiza tal elemento substancial: o por la uniformidad de los comportamientos o por la coacción proporcionada por la opinión pública y por el estado. La distinción entre elemento substancial y formal recuerda aquella de Geny entre materia y forma del derecho. También en Wigmore una distinción semejante priva al derecho de todo principio constitutivo y en definitiva lo reduce a una técnica. Por lo que se refiere más estrictamente al objeto de nuestro tratado, quisiéramos recordar cómo, partiendo de estas premisas, Wigmore llegase a rechazar el principio del precedente, considerándolo un *unreal fetich*.

c) *Oliver Wendell Holmes*.—La sublevación contra el formalismo y el mecanicismo en el derecho ha tenido su mayor expresión en la obra del juez Holmes, una de las figuras más eminentes del pensamiento jurídico americano, que como miembro del Tribunal Constitucional ha ejercido una gran influencia en el desenvolvimiento del derecho constitucional americano. Pero su insurrección contra el formalismo, como ha sido puesto en evidencia por Morton G. White, debe ponerse en relación con toda la sublevación que dominó en el pensamiento americano en los distintos campos, desde fines del siglo pasado. En la filosofía, con James y con Dewey, y en la economía, con Veblen. Por lo tanto su filosofía va colocada en la atmósfera general

(86) Cfr. *My Philosophy of Law*, obr. cit.

de la época; baste recordar las relaciones que le unían al pragmatismo a través del *Metaphysical Club*. Y es interesante señalar cómo contra el benthamismo se rebelan tanto Dewey, que ataca al edonismo en ética, como Veblen, que rechaza el cálculo benthamiano de los placeres y de las penas, e incluso el mismo Holmes, el cual inicia su actividad polemizando con la tradición benthamiana y austiniana.

Y todos estos pensadores han sido conducidos por su aversión al formalismo hacia posiciones que se pueden definir como un «historicismo» o un «organicismo cultural» (87). Por lo que se refiere al juez Holmes, desde 1874 había declarado la propia aversión hacia la teoría austiniana: «Austin dijo, siguiendo a Eneccio (*Recitationes*, 72), que la costumbre se hace derecho solamente con el consentimiento tácito del soberano, manifestado mediante su adopción por parte de los tribunales... se debe recordar, como resulta claro, por los numerosos ejemplos de interpretación judicial de los estatutos en Inglaterra y de las constituciones en este país, que en un estado civil no es la voluntad del soberano la que crea el derecho, ni siquiera cuando ésta es la fuente, sino lo que un cuerpo de individuos o sea los jueces, por los que es aplicada, manifiestan como su voluntad» (88). Pero a pesar de ser desechada la idea austiniana, ésta permaneció en cierto modo en la obra de Holmes, si bien como definición formal (la *common law* —dijo— no es una *brooding omnipresence* en el cielo, sino la voz articulada de algún soberano o cuasi soberano que puede ser identificado). Nos extrañará aún más el hecho de que la filosofía social benthamiana impregnase todo su pensamiento; ésta no estaba en oposición al pragmatismo, y en realidad el juez Holmes mezclándola con esta última ha desarrollado los aspectos empiristas y positivistas.

Se podría decir que él es un precursor de la jurisprudencia sociológica y de las modernas corrientes realistas, en cuanto ha puesto en evidencia la importancia de los factores sociales e históricos en el desarrollo del derecho. En los primeros párrafos de su obra *Common law* afirmó que «la vida del derecho no ha sido lógica, ha sido

(87) M. WHITE, *American Social Thought*, cit., pág. 12.

(88) «Amer. L. R.», 1872, pág. 723. Sobre la relación entre filosofía y ciencia del derecho en el pensamiento de Holmes, véase: S. COTTA, «Riv. intern. fil. dir.», 1953, p. 487. MARK DEWOLFE HOWE ha puesto de relieve los elementos valutativos en el positivismo de Holmes (*The Positivism of Mr. Justice Holmes*, 64 «Harv. L. R.», 1950-1, pág. 529. Cfr. R. POUND, *Judge Holme's Contribution to the Science of Law*, 34 «Harv. L. R.», 1920-1, pág. 449.

experiencia. Las conocidas necesidades del tiempo... tienen más importancia que el silogismo en determinar las normas con que los hombres deberían ser gobernados...» (89). Pero no se puede considerar absolutamente a Holmes responsable de los excesos a que han llegado las corrientes realistas rechazando al elemento valutativo y lógico del derecho, y por lo tanto a la tradicional ciencia jurídica. La lógica del derecho, el sistema jurídico, no son para él instrumentos que puedan ser acantonados o abolidos; éstos se adaptan continuamente a nuevas situaciones históricas, y por lo tanto el estudio de la historia y de la experiencia debe formar parte de la cultura del jurista.

Es necesario, a propósito de esto, no detenerse en algunas frases aisladas, a menudo ostentadas por los realistas, en sostén de sus propias doctrinas, sino considerar toda la obra de Holmes. Haciendo así nos convenceremos de que él no quería deshacerse del estudio analítico y lógico, sino de un mal estudio, como era el ofrecido por el *case-method* americano. En el mismo año en que publicaba su *Common Law*, escribía así a Pollock: «me he referido varias veces a Langdell tratando de los contratos, porque para mi mente representaba el poder de la oscuridad. Se ha dado por completo a la lógica y odia toda referencia a cualquier cosa fuera de ella y sus explicaciones y conciliaciones de los casos hubieran asombrado a los jueces que los decidiesen» (90). Como ejemplo, discutiendo un problema eminentemente técnico como el contrato por correspondencia, se declaraba contrario a la solución de Langdell, basada sobre argumentos puramente lógicos. En su credo filosófico expresado en el ensayo *The path of law* (91) explicó lo que entendía por «la falacia de la forma lógica» en el derecho: «la falacia a que me refiero es la idea de que la única fuerza que obra en el desarrollo del derecho es la lógica», y aclara todavía más su pensamiento, afirmando que el derecho tiene unos principios, tiene una explicación, suya, racional, incluso si imaginamos un gobierno despótico: también entonces descubriremos «algún orden, alguna explicación relacionante y algún principio de desarrollo para las normas que ha puesto». Y la aspiración a una sistemática mejor está confirmada aún por su recomendación (aunque

(89) *The Common Law*, 1.^a ed., 1831, intr.

(90) *Holmes-Pollock Letters*, ed. MARK DEWOLFE HOWE, Cambridge, Mass., 1946, pág. 17.

(91) 10 «Harv. L. R.», 1897, pág. 457.

considerara como una irrealidad...) de estudiar el derecho romano como un sistema operante (*as a working system*).

Así se explica cómo el positivismo de Holmes no estuviera inmune de elementos cualitativos, no obstante algunas afirmaciones revolucionarias. Al contrario, ha contribuido al análisis jurídico, porque ha tenido «cuidado de poner en evidencia la función de las ideas generales en el desarrollo del derecho (por ejemplo, la idea de la identidad en la sucesión testamentaria y a título particular) y su libro abunda en ejemplos sobre las dificultades que pueden aclararse con justo análisis lógico» (92). Y precisamente ha observado Allorio que él, un aparente adversario del conceptualismo, ha obrado en realidad con verdadero empeño dogmático. Su análisis del deber jurídico entendido como un antecedente lógico de los derechos compendia toda una teoría general.

La postura de Holmes es, en cambio, más decididamente positivista cuando afirma que el derecho no es más que «las profecías de lo que harán los tribunales», y que para determinar lo que es debemos ponernos en el punto de vista del *bad man*. Hay implícita en esta concepción una postura positivista, en cuanto el derecho está reducido a un hecho, que se puede estudiar desde fuera, *from the outside*, más bien que *from the within*. El derecho por este conducto se convierte en un instrumento empleado por la sociedad para satisfacción de sus propias necesidades; por lo tanto debe reflejar las condiciones sociales, y no existe ningún criterio absoluto de valoración sino aquel de la utilidad.

d) *Benjamín N. Cardozo*.—Si consideramos después al sucesor de Holmes en el tribunal supremo, Benjamín Cardozo (1870-1938), veremos como también en éste la profunda sensibilidad respecto a los nuevos problemas y la crítica de los métodos tradicionales no ha llegado al punto de suprimir la lógica del dominio del derecho. Mediador entre opuestas exigencias y concepciones, tanto en la práctica de su alto cargo como en su filosofía jurídica, analizó la crisis del derecho y la distinta postura de los juristas americanos respecto a los principios tradicionales, y en particular al precedente. En 1932, precisamente en los comienzos del movimiento realista en el derecho, no ocultó sus reservas y desaprobación a este respecto; señaló en seguida que la tesis de los realistas no era más que «una reformulación de la doctrina del *stare decisis* formulada por Bentham, una reformulación

(92) ALLORIO, *Ciencia jurídica europea*, cit.

de tono ligeramente distinto y expresada con frases y modos de decir modernos» (93). Cardozo reconoció el valor de las enseñanzas de los realistas, los cuales intentaban liberar al *stare decisis* de su rigidez, advirtiéndonos de la necesidad de formular normas y conceptos; pero al mismo tiempo comprendió que aquel principio era un elemento de estabilidad en la sociedad.

Por lo tanto, no compartía la postura de apoyar la decisión sobre factores intuitivos y emotivos; el juez en realidad no es libre, en cuanto «uno de los intereses sociales más fundamentales es que el derecho fuese uniforme e imparcial». Incluso admitiendo la importancia de puntos de vista sociales y políticos en el estudio del derecho y en las decisiones judiciales, no renunció a la idea de un orden racional y al valor del precedente: «si consulto mi experiencia —dijo— y me pregunto lo que hacen los jueces construyendo el derecho diariamente, encuentro que en la mitad de los casos lo que han dicho nuestros predecesores es una fuerza generadora al igual que lo que han hecho» (94). El continuo desarrollo y progreso del derecho tiene lugar a través de ese instrumento que es el proceso y al que Cardozo dirigió particularmente su atención; en el proceso el juez tiene la función de creador del derecho: «donde entra la duda, allí entra la función judicial». Pero el pasado no es una cosa a la que haya que oponerse, sino más bien una cosa a la que se ha de hacer continuar. No hay nada que pueda sustituir al «riguroso, cuidadoso y profundo estudio del derecho ya desarrollado por la sabiduría del pasado». Este es el material tosco que se ha de modelar.

Pero, en línea general, no le corresponde al juez legislar, sino al legislador; el juez debe seguir los métodos de aplicación del precedente, y «la forma directiva de un principio puede ser extraída a lo largo de la línea de una progresión lógica»; pero los cambios del derecho corresponden al poder legislativo, en cuanto la legislación ha sustituido a los viejos métodos de renovación como la ficción y la equidad. Es evidente en esta exaltación de la legislación una postura benthamiana; y tomando inspiración clara de Bentham propuso la creación, según el modelo europeo, de un Ministerio de Justicia que colaborase con el poder legislativo para la renovación del derecho

(93) *Jurisprudence* (discurso pronunciado ante la Asociación de Abogados de New York el 22 de enero de 1932), en: B. N. CARDOZO, *Selected Writings*, editado por M. E. HALL (con intr. de N. W. PATTERSON), New York, 1947, pág. 12.

(94) Cfr. *The Nature of the Judicial Process*, 1921 (en: *Selected Writings*, página 107).

americano: «Los tribunales —opinaba Cardozo— no están ayudados como podrían y deberían ser ayudados en la adaptación del derecho a la justicia» (95). El resultado práctico de esta propuesta fué la institución en Nueva York de la *Law Revision Comission*. Desde un punto de vista más general se podría deducir que la obra de Cardozo, aun con todo su carácter moderado, ha contribuído a reforzar el poder legislativo y a debilitar cada día más el principio del precedente.

2. Del «nuevo pluralismo» al realismo político.

Las diversas corrientes del pensamiento jurídico de fines del siglo XIX han reaccionado, como se ha visto, a la pobreza del positivismo del *case-method* y de la doctrina austiniana, poniendo en evidencia la insuficiencia de la lógica en el derecho y la función creadora del juez en la interpretación. La concepción monística del derecho del Estado empezó a no satisfacer; pero la negación de la unicidad de las fuentes del derecho implicaba un pluralismo, que fué desarrollado por la nueva ciencia política y armonizó con un punto de vista filosófico expresado por el pragmatismo (96). Se perfiló, por lo tanto, en América una situación semejante en muchos aspectos a la europea, donde la negación del *estatismo* del derecho por parte del historicismo jurídico abrió el camino al pluralismo de Gierke. En efecto, en la escuela histórica se apoyan pluralistas como Figgis, Maitland para sostener que la corporación es una cosa real independiente del derecho, que se limita a reconocer su personalidad. Pero desde las primeras fórmulas se veía claro que no se podía limitar sólo a refutar la teoría monista del Estado, sino que se necesitaba hacer un nuevo análisis de la sociedad y del Estado. Lo que era el pluralismo lo había ya explicado claramente Figgis en Inglaterra: «Lo que vemos actualmente en el mundo no es de una parte al Estado y de otra una masa de individuos sin relación entre ellos, sino un vasto conjunto de uniones coaligadas, en las que encontramos individuos, familias, clubs, trade-unions, colegios y profesiones, etc.; vemos después que se ejercitan funciones que tienen

(95) *A Ministry of Justice*, 35 «Harv. L. R.», pág. 114: «The task of mediation is that of a Ministry of Justice... The thought is not a new one. Among our own scholars, it has been developed by Dean Pound with fertility and power... Bentham made provision for such a ministry in his draft of a constitutional code».

(96) Cfr. W. JAMES, *A Pluralistic Universe*, New York, 1909.

un carácter gubernativo... (por lo tanto) la libertad verdadera se obtendrá permitiendo el desarrollo pleno de las innumerables formas del instinto asociativo» (97). Así, después del ataque de los juristas, han venido los «pluralistas» a atacar la teoría del Estado soberano. Esta parecía implicar graves consecuencias en el terreno político, dado que la soberanía se confundía con la omnipotencia del Estado. Pero el pluralismo político-social, a pesar de su aspecto individualista, terminó conciliándose con el colectivismo y la concentración; esto encuentra, a nuestro parecer, su explicación en el hecho de que este pluralismo era estructuralmente distinto del antiguo, implícito en la tradicional concepción anglosajona del derecho, fundada sobre presuposiciones jusnaturalistas. El nuevo, en cambio, en la lucha contra el desacreditado Estado soberano ha acentuado la sociedad y sus grupos sociales, construyendo sobre premisas positivistas un concepto de sociedad más cerca del concepto comptiano de «société» que al anglosajón e individualista de «society». Por este conducto el interés por la sociedad se ha resuelto en el estudio de las *leyes de la sociedad*, consideradas como leyes históricas y de desarrollo; este fundamento historicista está implícito en todas las concepciones pluralistas contemporáneas.

La experiencia americana ha confirmado que si los pluralistas han tenido un juego fácil en la soberanía política no se han dado perfecta cuenta de que la soberanía legal resultaba compatible con el pluralismo, una vez que (como ha sucedido) la concentración resulte sinónimo de *eficacia* y que se ha introducido el concepto de «equilibrio» y el «proceso político». En el nuevo pluralismo, no obstante todas las declaraciones anti-estatistas, es en definitiva el Estado, el grupo social más elevado, el que ha de regular los grupos subordinados; en realidad, se ha hecho la crítica a un tipo particular de Estado, no al Estado como tal. En el pluralismo tradicional, en cambio, el poder político resultaba limitado y condicionado por los derechos y por los privilegios de los demás grupos, que son independientes del Estado.

También en América, entre 1900 y 1930, el pluralismo político y social ha tomado su iniciativa en la idea de la no estatalidad del derecho, y actuando junto al realismo político, puso los cimientos

(97) J. N. FIGGIS, *Churches in the Modern State*, London, 1913. Para una interpretación del moderno pluralismo, cfr.: MAC D. CALLUM, *Political Pluralism*, «Occidente», 1954, pág. 421.

de una nueva teoría del Estado. No es casual el hecho de que alrededor de 1930 —y en concomitancia con la filosofía social del *New Deal*— esta oleada de realismo invadiese también el derecho; el término «realismo» resultó entonces la bandera en torno a la cual se unió un grupo de juristas, influenciados por aquellas doctrinas políticas y sociales, con la intención de deshacerse de las tradicionales concepciones jurídicas, molestas para el realismo político. A causa de la insuficiencia y de la ineficacia del derecho se propusieron estudiar directamente la vida, la realidad, la historia, buscando los principios fuera del derecho, o en una nueva versión del derecho natural, o también en la ciencia social, que con un comienzo decididamente evolucionista había hecho su entrada con la obra de Ward, acogida por las simpatías de cuantos estaban insatisfechos con el individualismo de Spencer.

Es interesante, pues, notar cómo también en América se comenzó polemizando con la idea austiniana del derecho, y se terminó desarrollando la filosofía social (aquella sociología *in nuce*) que Austin derivaba de Bentham; mientras en Europa la polémica de la escuela histórica contra la tesis del estatismo del derecho era una función conservadora, en América fué desde sus principios abiertamente reformadora y, en un cierto sentido, revolucionaria. Había emprendido la crítica al Estado; pero éste, en definitiva, se había robustecido con el paso del Estado liberal al moderno «service state» o Estado dispensador de servicios. En realidad, esta crítica era dictada por profundas exigencias políticas en cuanto desde 1890 todo el mecanismo constitucional americano, que en realidad era fruto de compromisos, empezó a crujir y a vacilar. Como ha dicho Commager (98), «el régimen político que durante largo tiempo había sido considerado el mejor existente sobre la tierra, parecía ser incapaz de afrontar con éxito los problemas más elementales de la economía moderna»; existía, en fin, una ruptura entre el esquema constitucional y la nueva realidad política y social. Sobre el plano más estrictamente jurídico la crítica estaba movida por la insatisfacción hacia una doctrina, como la austiniana, que rechazaba la referencia a un derecho más elevado.

Corresponde sobre todo a los investigadores americanos del derecho público el mérito de haber desacreditado aquella doctrina de la soberanía que —como señaló Lowell en 1888 (99)— se había insi-

(98) Cfr. COMMAGER, obr. cit.

(99) A. L. LOWELL. *Limits of Sovereignty*, «Harv. L. R.», 1888, pág. 70.

nuado en la tradición americana desde hacía ya medio siglo por influencia casi exclusiva de Austin. La doctrina austiniana es «de real importancia práctica, y no simple objeto de especulación intelectual»; es peligrosa, si es aplicada a la política, en cuanto podría significar ausencia de límites en el poder legislativo. La crítica de Lowell se podría resumir así: la soberanía es una cuestión de *hecho*; ésta, en efecto, encuentra un límite en la obediencia de los súbditos y, por lo tanto, es prácticamente limitada: puede, por ejemplo, estar circunscrita a una determinada «class of affairs», mientras las otras acciones van sometidas a la autoridad de otro soberano. Lowell no critica, pues, la soberanía como tal, sino la soberanía ilimitada. Frente a la nueva realidad, el Estado-nación, intenta esclarecer la relación entre los dos términos, «soberano» y «nación». La nación consiste en «una sociedad compuesta por un soberano y unos súbditos considerados en relación con otras sociedades políticas independientes».

Lowell refuta la doctrina austiniana, desarrollando al mismo tiempo algunas aplicaciones. Según una rígida interpretación de esta doctrina, la soberanía o reside en cada uno de los Estados (tesis de Jefferson) o la autoridad de estos últimos depende de la «national sovereign». Rechazada la doctrina austiniana, Lowell propone una nueva interpretación de la constitución, que puede ser considerada «una declaración de los límites de los varios poderes soberanos, que no pueden ser cambiados legalmente, sino del modo previsto por la misma»: *la soberanía reside, por tanto, en la constitución*. La doctrina pluralista revela entonces que no está en definitiva en contraste con la soberanía entendida en el sentido legal: en la doctrina austiniana la soberanía está en relación con la forma, en la de Lowell está unida a su *contenido*. ¿Recogía, pues, este último la tradicional idea de la *rule of law*? No somos de esta opinión porque él, en realidad, desarrolla algunos aspectos de aquella concepción positivista, que estaban en la base de la doctrina austiniana: no considera el derecho en sus principios constitutivos, sino más bien las regularidades puramente externas, físicas. Ha visto el puro acto sociológico en la doctrina de la soberanía, en cuanto la extensión del poder soberano depende de una cuestión de hecho.

El abandono de la doctrina austiniana en las teorías del derecho del Estado significó la asimilación progresiva de los principios evolucionistas. Del estudio de los aspectos «formales» se pasa al estudio de los *hechos*. En contra de la *teoría*, se tuvo confianza únicamente

en el *hecho*, y se trató de indagar, de cuantificar, de objetivar, sin un aparato conceptual adecuado. Se abandonó entonces el estudio del Estado en términos estrictamente jurídicos o, mejor dicho, utilitaristas (100) con que hasta 1890 los americanos habían tratado de resolver una serie de cuestiones y de conflictos que quizá se salían de la competencia del derecho; así surgió la ciencia política americana: con Ostrogorski y Merriam, que estudiaron los partidos políticos; con Frank Goodnow y W. F. Willoughby, que indagaron con espíritu «realista» el funcionamiento de la vida política y administrativa americana.

El éxito obtenido por las doctrinas del inglés Laski, que ha enseñado durante varios años en la Universidad de Harvard, nos interesa particularmente, puesto que la lucha contra el Estado soberano estaba íntimamente unida a un problema jurídico, o sea el carácter condicional de la obediencia política. Sus ideas nos interesan también porque sus puntos de vista concordaban sustancialmente con los del juez Holmes, por declaración expresa de este último (101). El Estado tiene para Laski una justificación en cuanto permite a los individuos una mayor realización de sus fines; esta postura utilitarista hizo que fuera particularmente aceptada su doctrina en América. A esto añádate que contra la doctrina estatista encontró instrumentos de lucha en una doctrina filosófica típicamente americana, y precisamente el pluralismo de William James. Laski había meditado particularmente cuanto había escrito este último, o sea que «el mundo pluralista es más semejante a una república federal que a un imperio o a un reino. Por más que se pueda recoger, por cuanto se pueda llevar a cualquier centro efectivo de conciencia o de acción, queda algo que es autónomo y ausente y no reducido a unidad» (102). Ahora bien, comenta Laski, el Estado no es soberano si los grupos internos en él son autónomos; éstos son una parte del Estado, pero se niegan a ser reducidos a la unidad. El Estado, por lo tanto, no es un puro instrumento en la lucha de los grupos; es, en cambio, un grupo sin

(100) *The American Mind*, New Haven, 1950. (Cfr. el cap. XV.)

(101) En una carta dirigida a Laski el 15 de marzo de 1917, refiriéndose a su libro *The Sovereignty of the State* (que es una exposición de la teoría pluralista), Holmes escribía: «I read the first chapter last night with very great pleasure and of course with substantial agreement.» (*Holmes-Laski Letters*, ed. por M. de WOLFE HOWE, Cambridge, Mass., 1953, pág. 67.)

(102) W. JAMES, *A Pluralistic Universe*, New York, 1909.

preeminencia sobre los demás y que continuamente compite con éstos.

Del conocimiento de la naturaleza federal de la sociedad, Laski sacaba la consecuencia de que el fraccionamiento y el control del poder representan la más importante garantía de la libertad de los individuos; al mismo tiempo nos ha dejado un profundo análisis de la sociedad demostrándonos cómo el soberano, en definitiva, está sujeto a la presión y al empuje de varios grupos. Ahora bien, ¿existe efectivamente una contradicción entre el Laski pluralista y el Laski socialista posterior? ¿Cómo pudo Laski hacer conciliar su pluralismo, de fuerte acento individualista, con el posterior lenguaje marxista? Según Rees, esto se debe a razones históricas, como la huelga de 1926 y la depresión de 1929, y además al hecho de que, según Laski, el poder y por tanto la democracia política estaba basada sobre el poder y sobre la democracia económica. Como se sabe, Laski pasó en 1930 al marxismo, renunciando a una concepción decididamente antiestatista: «Citando una sociedad clasista, en este sentido, es deshecha —afirmaba—, la necesidad del Estado como instrumento soberano de coacción desaparece» (103).

La explicación de este cambio y de este salto podría quizá, a nuestro parecer, encontrar su explicación en la base positivista de las premisas utilitaristas y pragmáticas: esto ha permitido a su pluralismo pasar de la constatación de la existencia de sociedades autónomas al *descubrimiento de las leyes que deben subyacer a estas sociedades y estos grupos*: hay confianza en una base objetiva y científica para la solución de los conflictos.

El pluralismo implica, pues, el recurso a una ley más elevada, a una nueva versión del derecho natural. El camino intelectual de Laski es en realidad el mismo que el de aquellos pensadores americanos que han creado la filosofía social del *New Deal*. Después de atacar a la teoría del Estado soberano se dieron cuenta de que la doctrina de la soberanía legal podía ser un dócil instrumento una vez que los principios se podían buscar sobre una base más científica, fuera del mismo derecho, en las ciencias de la política o de la economía, que parecían tener un éxito más brillante. Precisamente entonces, alrededor de 1930, apareció en escena el movimiento realista en el derecho americano; éste debía completar el trabajo de los realistas po-

(103) *A Grammar of Politics*, London, 4 ed., 1938, pág. XII-XIII. Cfr. J. C. REES, *La teoría política di H. Laski*, «Il Politico», 1951, pág. 285.

líticos, en cuanto la aceptación de sus postulados implicaba de un lado la ruptura con los tradicionales compromisos constitucionales, y de otro la negación de los principios tradicionales del derecho americano, como el *stare decisis* y la *rule of law*. La jurisprudencia sociológica había mientras tanto preparado el camino, introduciendo en el vocabulario jurídico la idea del derecho como un medio de *control social*.

Entre las obras del realismo político, que han ejercitado una influencia sobre el correspondiente movimiento jurídico, se debe recordar la obra *The process of government*, de Bentley (104), en donde se abandona todo el conjunto de los conceptos jurídicos (Estado, soberanía, etc.) como una «*intellectual amusement of the past*». El Estado no es más que una organización «coactiva», que no es distinta de los grupo menores, en cuanto las *penalties* del Estado entran en la gran categoría de las *penalties* impuestas por todas las organizaciones sociales. Lo que entonces es fundamental no es el Estado, sino el concepto de grupo y de «presión de grupo»; el derecho no es el mandato de una voluntad soberana, no es el *government*, sino que es el mismo *gogovernment*, pero visto desde otro punto de vista. A la par del *government*, el derecho es actividad, proceso de grupos, lucha, adaptación, conflicto de intereses. Los legisladores ignoran lo que es el derecho, que es únicamente el resultado de una lucha entre grupos, cuyo resultado es un acto legislativo. Es evidente que en semejante punto de vista estaba ausente toda consideración en torno a la función del derecho y de la ciencia jurídica en la vida social. Hacia la obra de Bentley se han dirigido las simpatías de alguno de los más eminentes exponentes del realismo jurídico, como Llewellyn (105), el cual, refiriéndose a la obra citada, afirmó que «Bentley vió y dijo en 1909 todo lo que se necesitaría para que el derecho constitucional entrase en una total reconstrucción». Había, sin duda, un punto débil en este análisis que ponía a la legislación fuera de la lógica de la democracia y del derecho; a esto hay que añadir que el principio benthamiano de la felicidad del mayor número estaba bastante arraigado en la conciencia americana y no

(104) A. F. BENTLEY, *The Process of Government: A Study of Social Pressure*, Bloomington, 2.^a ed., 1949. Sobre el concepto de «political process» en Bentley. Cfr.: R. W. TAYLOR, *Arthur F. Bentley's Political Science*, «West. Pol. Quart.», 1951, pág. 214.

(105) K. N. LLEWELLYN, *The Constitution as Institution*, 24, «Columbia L. R.», 1934; este ensayo fué inspirado por la lectura del libro de Bentley.

se le podía dar de lado fácilmente. La obra de Bentley era quizá reveladora de la insuficiencia de la doctrina bentamiana y austiniana del Estado; ésta no parecía ya asegurar la libertad del individuo. Sólo la igualdad y la acción colectiva parecían asegurar la libertad y el desarrollo del *New Deal*. Este cambio ya había tenido lugar en Inglaterra alrededor de 1840 por obra más que nada de Mill, que alejándose del rígido benthamismo lo había combinado con el positivismo y con el humanitarismo de Augusto Comte. En América esto ocurrió por obra de la «Sociological Jurisprudence», a través de la cual tuvieron un buen sistema científico los ideales de la nueva era.

3. La «Sociological Jurisprudence».

Ha correspondido a Roscoe Pound el mérito de haber amalgamado las nuevas ideas del positivismo continental (Jhering, Duguit, Ehrlich, etc.) con la crítica neo-austiniana y las modernas corrientes de la jurisprudencia americana. En su obra han mejorado las aspiraciones y los ideales de aquellas corrientes favorables al reconocimiento de amplios poderes a la actividad del juez en la interpretación de la ley. Tal mejoría ha tenido lugar bajo la influencia del positivismo continental sobre todo de origen alemán, como es evidente por el título de uno de los primeros trabajos, *The end of law as developed in legal rules and doctrines*, publicado en 1914 (106). Era, por otra parte, la época en que América miraba con interés la cultura alemana: un año después Dewey escribía sobre *Filosofía y política alemana* y Weblen sobre *Alemania imperial y revolución industrial*. En el caso de Pound la simpatía hacia Jhering podría ser quizá determinada también por aquel benthamismo que, si bien en una versión combinada con el comtismo, derivaba este último de John Stuart Mill. Pero el positivismo de Rudolf v. Jhering era esencialmente

(106) «Harv. L. R.», 3, 27, pág. 195; cfr. también: *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 24, «Harv. L. R.», 1911, pág. 591 (ibid., vol. 25, pág. 140); *Outlines of Lectures on Jurisprudence*, Cambridge, Mass. 5.^a ed., 1943; *Interpretations of Legal History*, London, 1923; *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1930 (1.^a ed., 1920); *Social Control through Law*, New Haven, 1942; *The Task of Law*, Lancaster, 1944. Sobre la obra de POUND, véase: F. C. SATERO, *A Bibliography of the Writings of R. P.*, Cambridge, Mass., 1942; W. L. GROSSMANN, *The Legal Philosophy of R. P.*, «Yale, L. J.», 1935; F. V. CAHILL, *Judicial Legislation*, New York, 1952, pág. 75; S. COTTA, *Le basi storicistiche della concezione del diritto di R. P.*, «Riv. intern. fil. dir.», 1952, pág. 51; V. FROSINI, *Pragmatismo e giusnaturalismo nel pensiero di R. P.*, ibid., 1953, página 525.

«hegeliano»; éste ha introducido en el derecho aquel nuevo historicismo inaugurado por los hegelianos que, como Lorenz v. Steim, se habían alejado de Hegel para acercarse al pensamiento francés y en particular a la sociología de Augusto Comte. El Estado tiene, pues, una función importante en el pensamiento de Jhering; el fin del Estado es el de asegurar las condiciones de existencia de la sociedad; sobre esta base atacó al jusnaturalismo, afirmando no sólo que el fin del derecho es servir a las condiciones de existencia de la sociedad, sino que el mismo derecho es una creación de esta finalidad.

Podríamos decir que de Jhering, Pound tomó más bien el comtismo que el hegelismo; y esto por una razón muy sencilla, ya que el primero era más fácil de mezclar con el positivismo benthamiano familiar en América. A pesar de la indudable afinidad de las premisas entre el pensador alemán y el americano, existe una diferencia fundamental: el primero, cercano a la concepción del historicismo económico y del socialismo de cátedra, cree en la función paternalista del Estado; el segundo, en cambio, en la tradición benthamiana, más o menos conscientemente, insiste sobre todo en la existencia de algunos principios objetivos y evidentes, sobre la existencia de una ciencia social que pueda justificar, en fin, el alejamiento del juez de los tradicionales principios de la *common law*.

Si bien, pues, la obra de Pound se refiere a los estudios alemanes sobre el «fin» del derecho, no se puede considerar una filosofía del derecho en el sentido tradicional europeo; es una jurisprudencia sociológica, o sea una especulación sobre el derecho estrechamente ligada a una ciencia de la sociedad, con que intentaba integrar las precedentes fases de los estudios sociológicos sobre el derecho. En su estructura teórica, la doctrina poundiana comprende la teoría de las cinco fases de la evolución jurídica, la teoría de los postulados jurídicos de la civilización y la de los intereses sociales.

a) La doctrina de las cinco fases representa el intento de determinar los «fines» del derecho en cada fase de su desarrollo (derecho primitivo, derecho estricto, fase de la equidad y del derecho natural, fase de la madurez del derecho, y, en fin, fase de la socialización del derecho). Es evidente el aspecto normativo de una doctrina semejante, en cuanto la fase más elevada es la que debería caracterizar al derecho americano contemporáneo: límites en el uso anti-social de la propiedad y límites en la libertad de contratación. Es evidente que, por este conducto, el término «jurisprudencia sociológica» resulta equivalente al de socialización del derecho.

b) La doctrina de los postulados jurídicos de la civilización,

derivada de otro filósofo alemán, Kohler, es un inventario de los ideales de la nueva sociedad americana, en un cierto sentido unida a la doctrina de las cinco fases.

c) La teoría de los intereses sociales es, sin duda, la más interesante de la especulación poundiana; sustancialmente vuelve al intento benthamiano de representar una escala de valores. A propósito de esto la doctrina de Pound se diferencia notablemente de la de Jhering, que, aun habiendo acentuado el «fin», había quedado en una situación jurídica (dogmática), no había llegado a delinear una teoría de los fines y de los intereses, que habría disuelto la ciencia del derecho en una ciencia social. Pound, en cambio, dándonos una teoría de los intereses y de los fines, ha sacado lógicas consecuencias, considerando el derecho como una ciencia social en relación con las otras ciencias sociales.

El derecho no crea los intereses, según Pound, sino que los reconoce y clasifica en mayor o menor medida: éstos son individuales, políticos y sociales. Es interesante la ruta intelectual de Pound en la determinación de esta teoría de los intereses sociales; después de haber buscado una base en la clasificación de los instintos, hecha por la sociología, siguiendo la enseñanza de la psicología social de Dewey, se dedicó sucesivamente al estudio del *custom* y del *habit*. Por este camino fué llevado al estudio del fenómeno jurídico como un fenómeno «social»; opinaba que el jurista hubiera debido cooperar no sólo a la ciencia del derecho sino también a la ciencia social examinando los sistemas jurídicos con el fin de averiguar «qué pretensiones, necesidades o instancias han ejercido presión o la están ejerciendo y hasta qué punto éstas han sido reconocidas o aseguradas». Pound, en resumen, ha querido darnos un inventario de los intereses sociales reconocidos en los sistemas de derecho consagrados.

Pero es evidente en toda la construcción el intento de justificar y de dar una solución teórica a las instancias sociales de la era del *New Deal*: «Se han advertido cambios fundamentales en nuestro sistema jurídico —escribía— y en nuestro derecho, a la justicia individualista del siglo XIX, conocida con el nombre de justicia legal, ha sustituido hoy la justicia social, antes de que la política legislativa cambiase en grado suficiente.» (107.) En toda la concepción continúa la tendencia a reducir la experiencia jurídica a experiencia social o política; pero el desconocimiento de la autonomía de la ex-

(107) *An Introduction to the Philosophy of Law*, obr. cit., pág. 111

perencia jurídica es evitado por la filosofía poundiana a causa del reconocimiento de la dependencia del derecho respecto a la moral, de la continua revalorización del elemento ideal en el derecho, del continuo interés por el derecho natural y un nuevo «jus gentium» (108). En modo particular quisiéramos recordar, como Pound, aun siendo sensible a las nuevas exigencias sociales, ha tomado siempre la defensa de los principios tradicionales de la «common law», y en particular del precedente (109), indicando el peligro de las doctrinas radicales que a través de la voluntad del juez, tienden a hacer renacer una nueva forma de absolutismo.

A causa de su convicción de que los ideales jurídicos y en general los elementos valorativos forman parte del estudio del derecho, Pound ha estado siempre en oposición y en discusión con las corrientes del realismo jurídico, que pretendían conducir el estudio del derecho hacia un punto de vista fisicista y naturalista (110); pero, en realidad, él compartió con estas últimas algunos postulados: la consideración del derecho como ciencia social, la insistencia sobre el elemento experimental y modificable del derecho, la idea del derecho como «social engineering».

A diferencia del «Sociological Jurisprudence», el realismo jurídico ha insistido en la distinción entre «ser» y «deber ser», considerando el derecho como una «realidad» observable, y aplicándole los métodos de las ciencias naturales. Una de las primeras tentativas puede considerarse la realizada por Underhill Moore para el derecho mercantil en 1929 (111). Poniendo la psicología behaviourista de su colega Clark Hull, como base de una nueva ciencia jurídica, intentó demostrar la posibilidad de la previsión de la decisión jurí-

(108) *The Revival of Natural Law*, «Notre Dame Lawyer R.», 1942, pág. 333; *Toward a New Jus Gentium* en: «Ideological Differences and World Order» (ed. Northrop, 1949); *Natural Natural Law*, «Law Q. R.», 1952. Sobre la sumisión del derecho a la moral: *Law and Morals*, «North Carolina L. R.», 1945, pág. 185.

(109) *The Spirit of the Common Law*, 1921; *The Ideal Element in American Judicial Decision*, «Harv. L. R.», 1931, pág. 214.

(110) Sobre la polémica con los realistas, véase: R. POUND, *The Call for a Realist Jurisprudence*, 44, «Harv. L. R.», 1931, pág. 700. Cfr. la réplica de K. N. LLEWELLYN, *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, *ibid.*, pág. 1.222

(111) W. U. MOORE y F. S. HOPE, *An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking*, 38, «Yale L. J.», 1929; MOORE, W. U., *Rational Basis of Legal Institutions*, 23, «Columbia L. R.», 1923; cfr. F. S. C. NORTHROP, U. MOORE'S *Legal Science: Its Nature and Significance*, 59, «Yale L. J.», 1950, pág. 196.

dica, a través del estudio de las prácticas institucionales antes que de las normas abstractas. Este intento es importante, porque de una parte anticipa la tesis de Frank según la cual el método «psicológico» es el único que puede pretender validez en el derecho, y de otra, el método institucionalista de Llewellyn.

EL REALISMO JURIDICO

1. *El ataque contra la «Mechanical Jurisprudence»*

En América el realismo político y la Ciencia Política habían salvado el concepto de soberanía legal de la doctrina austiniana, en cuanto la «concentración» podía resultar útil una vez que, a través de las nociones de proceso político, de equilibrio y de cambio, se había abierto paso la idea de una mayor «eficacia», y, por tanto, la primacía del criterio «social» sobre los demás. Al mismo tiempo, la experiencia histórica revelaba a los americanos que la realidad social se alzaba contra las normas y los textos, y esto no pasa inadvertido para quien examine las decisiones del Tribunal Supremo desde principios del siglo XX. Hay un continuo cambio de opiniones y de orientaciones, que a menudo coinciden con el sucederse de los magistrados en el Supremo Tribunal. Por ejemplo, en 1905 fué declarada inconstitucional una ley que limitaba el horario de trabajo en las panaderías, porque estaba en contradicción con el principio de la libertad contractual. Pero, tres años más tarde, en el famoso caso *Muller vs. Oregón*, el tribunal consideraba constitucional una ley que limitaba el trabajo de las mujeres en los lavaderos a ocho horas. Igualmente sensacional puede parecer el cambio de orientación en la aplicación judicial de toda la legislación antimonopolista y en particular de la *Sherman Act* (112).

Hacía falta, por lo tanto, escoger entre el bien de la seguridad del derecho y la necesidad de la adaptación de las normas a las nuevas necesidades sociales. En reacción a la concepción mecanicista del *case-method*, desde 1890 se había puesto en evidencia la falacia de la forma lógica, y la existencia de aspectos históricos, sociales, de

(112) Cfr. L. J. LOEVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica*, trad. y prólogo por J. PUIG BRUTAU, Barcelona, 1954, págs. 95 ss.

experiencia no eliminables, en el estudio del derecho. Gray había ya notado la función creadora del juez en el momento de la decisión; Holmes había afirmado que el derecho no es más que «the prophecies of what the Court will do in fact». Bentley había después criticado y puesto en duda el valor del derecho y de la ciencia jurídica, y Bingham en un famoso artículo (113) publicado en 1912 había ya anticipado el realismo jurídico, negando todo valor al precedente y pronosticando un estudio científico en el campo del derecho. La *Sociological jurisprudence* había llegado después a subrayar todavía más la ruptura entre el *law in books* y la *law in action*.

Puesta en evidencia la divergencia entre los textos y la realidad, surgía el problema de estudiar la realidad, y ésta ha sido la misión de las corrientes realistas, que han llevado a término una corriente de pensamiento, que, bajo un cierto aspecto, se puede parangonar a la *Interessenjurisprudenz*. A tal propósito son necesarias algunas advertencias; mientras el movimiento continental ha puesto en evidencia la existencia de una «ciencia de los juristas» (ciencia jurídica dogmática) (114) y ha reconocido la necesidad de los conceptos jurídicos, rechazando una concepción técnica del derecho, el realismo jurídico en la lucha contra la *mechanical jurisprudence* ha sido despiadado contra el conceptualismo como tal. Ha mostrado únicamente el lado instrumental de las normas y de los conceptos jurídicos, considerándolos sólo en relación con sus efectos, no con sus premisas; así han sido violados los principios tradicionales del derecho, y particularmente el precedente y la *rule of law*.

Este movimiento en el interior de la especulación jurídica ha encontrado un eficaz apoyo en las varias corrientes de la filosofía americana, particularmente en el pragmatismo de William James, que

(113) J. W. BINGHAM, *What is Law*, «Mich. L. R.», 1912, pág. 543; *Legal Philosophy and the Law*, «Ill. L. R.», 1914, pág. 38; *Law School and the Future*, 6 «Journ. of Legal Educ.», 1953-54, pág. 486; véase también su ensayo en: *My Philosophy of Law*, cbr. cit., pág. 38.

(114) Esta actitud se destaca claramente en la polémica de Ph. HECK, uno de los más eminentes representantes de la *Interessenjurisprudenz*, contra P. KRETSCHMAR (*Grundfragen der Privatrechtsmethoden*, «Jherings Jharb.», 1917, pág. 233; *Ueber die Methode der Privatrechtswissenschaft*, Discurso rectoral, 1914). Según HECK, «Una ciencia que procede según el método de Kretschmar y considera la generalización del fenómeno jurídico como su finalidad, llegaría a ser una sociología del derecho y nunca la ciencia que es conocida como jurisprudencia dogmática...» (*Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, cap. I, § 2.) Sobre este tema, véase: A. GIULIANI, *Riverche cit.*, cap. II.

había insistido en la necesidad de abandonar las abstracciones, los principios fijos, los sistemas cerrados, los absolutos, a favor de los hechos, de las acciones, de las fuerzas. Dewey ofrecía después a los juristas un sistema de las ideas que ya circulaban entre ellos: había aplicado los métodos científicos al dominio del valor para que la selección de los fines fuese más racional, había atacado al método formalista, enunciando la teoría de la verdad como hipótesis que debía comprobarse. Dewey había también atacado a la teoría de la soberanía y había aceptado la teoría del derecho entendida como fenómeno social. Todo el movimiento de pensamiento desde 1890 en adelante, tanto filosófico como jurídico, parecía llegar a la misma conclusión: que las normas no fuesen la premisa de la decisión, sino simplemente *uno* de los instrumentos de ésta. En esta tradición se coloca al realismo jurídico, que no es un movimiento de pensamiento unitario: es más bien un rótulo en torno al cual se unieron en 1930 pensadores de diversa formación, que estaban de acuerdo en poner en evidencia la falacia de la lógica formal en el derecho. El programa de la escuela (115) fué resumido en los siguientes puntos: la investigación jurídica debe proceder de la premisa de que el derecho está en un constante estado de cambio; el derecho es un medio para conseguir fines sociales, y la sociedad está en un estado de cambio más veloz que el del derecho; la necesidad de la separación entre el «deber ser» y el «ser». Se ha subrayado que al término «realismo» no se le ha dado ningún significado unísono con la tradición filosófica, sino únicamente el de rebelión contra el falso racionalismo de la jurisprudencia mecánica, que concebía el derecho —usando una expresión del juez Holmes— «como un cuerpo de reglas existentes como una mediatunda omnipresencia en el cielo». Por este motivo algunas veces se ha propuesto sustituir el término *legal realism* por otros (*constructive skepticism, legal actualism, legal observationalism, legal modesty, experimentalism*); el término realismo ha prevalecido

(115) K. N. LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence - The Nex Step*, Columbia L. R., 1930. Este ensayo está considerado, por lo general, como el manifiesto de la Escuela realista. La mejor exposición de este movimiento se encuentra en: E. N. GARLAN, *Legal Realism and Justice*, New York, 1941 (es importante también por la bibl.; cfr., a propósito: G. BONGETTI, *Intorno al concetto di giustizia nel neo realismo giuridico americano*, «Riv. intern. fil. dir.», 1954, pág. 373). Véase también: J. PUIG BEUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, 1952 (pág. 22: La observación de la realidad jurídica o «legal realism»); V. G. ROSENBLUM, *Law as Political Instrument*, New York, 1955.

en cuanto parecía expresar con mayor fuerza esta relación con los hechos y con la experiencia, antes que con las teorías y con las abstracciones.

Esta llamada a la experiencia y al positivismo tuvo sólo un valor normativo; llevada la atención únicamente hacia el momento de la decisión y del conflicto de intereses, se llegó a considerar sólo un aspecto del fenómeno del derecho; desligando después las decisiones, las normas, los conceptos de sus premisas, se vieron únicamente factores «irracionales» en el derecho. Para los realistas la certeza no se hubiera realizado nunca en línea lógica en el sistema del precedente; a diferencia de Bentham, que fué el primero en hacer semejante observación, ellos deseaban la discrecionalidad del juez. En esta rebelión contra el conceptualismo, los conceptos que han sido atacados más directamente son: la idea del contrato, de la propiedad, la idea de «consideration», etc. En esta crítica han sido quizá exageradamente destructivos; han restringido cada vez más el área efectiva del derecho, cuando no han ignorado en absoluto la existencia de un «punto de vista» jurídico. Este movimiento ha tenido como efecto alejarse de la concepción individualista del contrato y de la propiedad, poniéndose a favor de concepciones «sociales» muy cercanas a las institucionalistas en economía.

El ataque contra el conceptualismo y el principio de precedente encontró en Herman Oliphant un ferviente defensor, que (116) expuso la debilidad de la lógica formal basándose en ejemplos sacados de la experiencia de las decisiones judiciales. Para Oliphant es sólo importante la práctica de los tribunales; hace falta volver del *stare dictis* al *stare decisis*: «No las opiniones de los jueces, sino el modo con que decidan los casos será el objeto principal de cualquier estudio del derecho verdaderamente científico.» Es necesaria, pues, una nueva formulación de la doctrina del precedente, que permita la introducción del método científico; por método científico entiende él un método construido sobre la base de la observación de los

(116) H. OLIPHANT, *A Return to «Stare Decisis»*, «Am. L. R.», 1928, pág. 215: «But there is a constant factor which is susceptible of sound and satisfying study. The predictable element in it all is what Courts have done in response to stimuli of the facts of the concrete cases before them... A return to a more rigorous and enlightened empiricism in the study and making of law is our urgent need. We must work our way toward it.» Véase también su introducción a J. RUEFF, *From the Physical to the Social Science*, Baltimore, 1929.

hechos y no sobre la experimentación que consideraba difícil en el dominio del derecho.

Un ataque aun más vigoroso vino por parte de Jerome Frank con el libro *Law and the modern Mind* (1930) (117) destinado a resultar famoso en la literatura jurídica contemporánea. Intentaba encontrar una confirmación de la inseguridad del derecho, analizándolo sin prejuicios desde un punto de vista psicológico.

Frank elevó la psicología a ser el único método válido para explicar la naturaleza del derecho, con un argumento —como él mismo reconoce— típicamente benthamiano. Partiendo de los estudios de psicología infantil de Piaget, ve en la adhesión del jurista a la certeza del derecho, únicamente la prueba de un infantilismo (comparable al complejo del padre), del que era víctima. De este mito se derivarían todas las fantasías alrededor de la utilidad de la lógica formal. La decisión judicial no es el resultado de un razonamiento sino de un impulso (*hunch*), como ya había sido sostenido por J. Hucheson, y, según Frank, «independientemente de lo que se afirma en las decisiones, el juez llega a ellas antes de que trate de explicarlas.»

El derecho, por lo tanto, no existe independientemente de las particulares decisiones del juez, que con sus iniciativas, con sus preferencias, con sus selecciones, es, en definitiva, quien lo crea: los factores que determinan la decisión son, por lo tanto, psicológicos, y las ficciones jurídicas sirven para ocultarlo. Para los fines de nuestra investigación se ha hecho notar que el conceptualismo criticado por Frank era en definitiva el ofrecido por la experiencia jurídica americana, o sea por el *case-method* que presentaba una doctrina de las normas y de los principios jurídicos. Ya hemos visto lo pobre que era la sistemática del *case-method*, y, por lo tanto, se puede decir con Frank que el derecho ha resultado con Langdell un «library law», o sea lejano de cualquier experiencia y de cualquier interés por la vida práctica (118). Pero Frank intentaba hacer una crítica del con-

(117) VI ed., New York, 1949 (véanse las agudas observaciones de N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* «Riv. intern. fil. dir.», 1951, pág. 146). La obra de Frank ha influido sobre muchos pensadores entre 1930 y 1940; entre éstos: M. ADLER, *Legal Certainty*, «Columbia L. R.», 1931, pág. 91; W. W. COOK, *Legal Logic*, ibid., pág. 108; Th. ARNOLD, *The Symbols of Government*, New Haven, 1948 (5.ª ed.).

(118) J. FRANK, *Why not a Clinical Lawyer School?*, 81 «Un. of Pennsylvania L. R.», 1933, pág. 110: «the Langdell system concentrates attention on the so cal-

ceptualismo como tal; lo que para él cuentan son únicamente los *hechos*, entendidos en un sentido fisicista o sea independiente de toda valoración. Al abogado le interesa por un lado anticipar y prever la decisión del tribunal, y por otro obtener una decisión favorable a través de la persuasión. El libro de Frank obtuvo éxito en América en el decenio de 1930 a 1940, influyendo en diversos pensadores (M. Adler y W. Cook, etc.), los cuales sostuvieron la imposibilidad de aplicar la lógica deductiva, porque era incapaz de explicar el fenómeno psicológico de la decisión. El resultado fué el cambio de la atención de la lógica deductiva por la inductiva (de Mill, de Peirce, de Dewey) y la sustitución de los métodos de las ciencias físicas a los tradicionales. Se buscó así un nuevo tipo de certeza. Sucesivamente, el mismo Frank fué a la búsqueda de una mayor estabilidad en el derecho, encontrándola en un minucioso examen de las pruebas y en una mejor instrucción de los jueces en los laboratorios de derecho, o sea en aquellas escuelas jurídicas, en que se estudiase la *law in action*. El laboratorio de la nueva instrucción jurídica debía ser el tribunal y no la biblioteca. El relieve dado a los hechos, empujó a Frank a interesarse por la prueba de los hechos y, por lo tanto, por el proceso y por la reforma del procedimiento; en el libro *Courts on trial* publicado en 1949, tratando de la unión entre los hechos y los derechos subjetivos, sostenía la supremacía de los primeros, en cuanto los hechos que pueden probar los derechos, son constitutivos de los derechos mismos. Y si no podemos disponer de una sentencia favorable no tiene significado hablar de derechos subjetivos. De la misma manera tampoco tiene valor el derecho natural: es simplemente «aquel derecho que es aprobado por quien emplea este término».

La doctrina de Frank es un ejemplo, entre los primeros, de aplicación al estudio de los problemas del derecho de un método no jurídico, el de la psicología. También Robinson ha sostenido (119)

led legal rules and principles found in or spelled out of the printed opinions... But the tasks of the lawyer do not pivot-around these rules and principles.. For the practising lawyer and his client the specific decisions of actual specific cases are ultimate. Decisions not opinions.» (Este ensayo es una violenta crítica del *case method* y revela todo el interés de los realistas por los problemas de la instrucción jurídica); cfr. *What Constitutes a Good Legal Education*, «Am. L. School R.», 1933, pág. 894; *Say it with Music*, 61 «Harv. L. R.», 1948, pág. 921.

(119) *Law and the Lawyers*, New York, 2.^a ed., 1937; WATKINS, *Jurisprudence and Contemporary Psychology*, «Notre Dame Lawyer», 1942, pág. 1. Véase tam-

que forma parte de la preparación intelectual del jurista un conocimiento crítico en este campo; su teoría (una «naturalistic jurisprudence») está basada en la premisa de que «toda doctrina jurídica... es una doctrina alrededor de la mente humana y al comportamiento humano». El derecho debe resultar una ciencia social, y conceptos como *derechos*, *deberes*, etc., no pueden ser ignorados por el análisis sociológico y psicológico.

El interés por el estudio del «dato» social y del derecho actual resulta aún más fuerte en la obra de K. N. Llewellyn, cuyas ideas concuerdan sustancialmente con las del alemán Ehrlich. El momento de la *litis* representa para ambos una situación patológica, en cuanto la sociedad está dirigida por sus leyes. También Llewellyn ha tomado la iniciativa del ataque contra las teorías tradicionales, si bien en términos menos radicales que Frank. Entre sus primeros trabajos recordamos *Bramble Bush* (1930) y *Praejudizienrecht und Rechtsprechung in America* (1933); la segunda obra debe su origen a los cursos celebrados por el autor en el año 1928-29, como *Visiting Professor* en la universidad de Lipsia: a través de las lentes del «realismo» explicó a investigadores continentales cómo las decisiones del juez van condicionadas por elementos políticos y sociales. El estudio sistemático no permite, según Llewellyn, la previsión del derecho, con el que, en conclusión, identifica la certeza. Es necesario, a su parecer, distinguir entre dos certezas: la certeza del jurista y la certeza del profano, entre las cuales no existiría ninguna conexión. Para el jurista la certeza es la previsión de las acciones judiciales, y, por lo tanto, una pronta disponibilidad de materiales jurídicos; pero ésta no permite la previsión de las decisiones del juez. «Nos parece más importante sin comparación la certeza que requiere el profano... no se debe olvidar que su conducta se juzga no por las normas jurídicas sino por las sociales. Con frecuencia las normas sociales son semejantes a las del derecho, pero rara vez se corresponden completamente. Difícilmente pueden las normas jurídicas servir como guía para la vida.» (120.)

El rechazo de la «Mecánica Jurisprudencia» desplaza la atención de Llewellyn sobre el lado social: la certeza del derecho puede

bién: SCHROEDER, *The Psychological Study of Judicial Opinions*, 6 «California L. R.», 1918, pág. 89.

(120) K. N. LLEWELLYN, *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in America*, Leipzig, 1933, pág. 80. Cfr. R. LITTAUER, *Pragmatismo e diritto americano*, «Ann. Dir. Comp.», 1935, pág. 41.

ser conseguida a condición de un continuo cambio de las normas jurídicas, y de su adaptación a las sociales. Es necesario estudiar la relación del derecho con la sociedad en cuanto el derecho es solamente uno de los medios con que la sociedad alcanza sus fines: «No son el derecho y el magistrado (*law official*) los que llevan en realidad el orden a la sociedad. Para ellos la sociedad está dada y el orden está dado porque la sociedad está dada... el derecho juega sólo un papel marginal.» (121.) La influencia de la sociedad en el derecho no excluye, según Llewellyn, la de las particulares decisiones judiciales sobre el desarrollo de las instituciones sociales; pero hace falta indagar las consideraciones extrajurídicas que están en la base de la decisión del juez. La teoría tradicional, según la cual normas generales resuelven casos particulares, ha engañado no sólo a los ratones de biblioteca (*library ridden recluses* —y es evidente la polémica contra los langdellianos—), sino también a los mismos jueces. El derecho para Llewellyn se resuelve esencialmente en el comportamiento y en las decisiones de los jueces: «What these officials do about disputes, is, to my mind, the law itself.» (122.)

Volviendo la atención a las técnicas de previsión, Llewellyn ha sustituido la tradicional ciencia jurídica por una nueva ciencia basada sobre la observación de los hechos, del «behaviour», llegando, como veremos, a la duplicación de la ciencia jurídica. Ha sostenido que se puede adoptar el método de las ciencias naturales, excluyendo el problema del «valor» del estudio del derecho, proponiendo una neta separación entre «ser» y «deber ser». La especulación en torno a la justicia y al fin último del derecho debería ser arrinconada por lo menos, hasta que no dispongamos de un inventario de las normas sociales. Los que no quieren distinguir el *ser* con el *deber ser* son «ought-bound», víctimas de la ingenua creencia de que el derecho actual represente siempre lo que *debería ser* en cualquier situación futura. Como ha sido observado por Fuller (123) una concepción semejante contiene ya de por sí un juicio de valores; a nuestro modesto parecer, como veremos posteriormente, ésta representa una nueva versión del derecho natural.

(121) K. N. LLEWELLYN, *My Philosophy of Law*, obr. cit.

(122) K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, New York, 1951, pág. 12.

(123) L. L. FULLER, *American Legal Realism*, 32 «Un. of. Pennsylvania L. R.», 1933-34, pág. 457.

2. *El ataque contra la «rule of law»*

Un aspecto más bien abandonado en el análisis del realismo jurídico es que la crítica contra la certeza del derecho ha envuelto y puesto en crisis la doctrina de la *rule of law*. Esta, como hemos dicho, implicaba por una parte la desconfianza en los tribunales administrativos y las jurisdicciones especiales, y, por otra, el control de los tribunales sobre toda la legislación. Pues bien, desde fines del siglo XIX en adelante, tuvo lugar un continuo multiplicarse de jurisdicciones especiales, y siempre mayor extensión de la legislación, cuya actividad cada vez iba siendo menos obstaculizada por los tribunales. La campaña contra la certeza del derecho debe, por tanto, encuadrarse en el marco más amplio del ataque del realismo contra la *rule of law* y los principios jusnaturalistas allí sobreentendidos. En realidad éste ha desarrollado los aspectos colectivistas y sociológicos del positivismo benthamiano, que ya actuaban en las varias corrientes del pensamiento americano, desde la *Sociological Jurisprudence* al pluralismo, desde el realismo político al institucionalismo económico. El método positivista (denominado de varias formas: institucional, experimental, etc.) ha permitido al realismo salir del callejón sin salida adonde había sido encerrado, después de la crítica de Frank sobre la certeza del derecho. La afirmación más significativa de esta postura positivista se encuentra en la obra de Llewellyn: el derecho, a su parecer, es más fácil de conocer considerado como un conjunto (*as a whole*), y precisamente como «a going institution». Hací falta sustituir el método analítico falto de precisión por el método institucionalista, más desarrollado, según el cual las normas representan sólo una parte en el funcionamiento de la institución. El mismo derecho se identifica en un cierto sentido con las instituciones. Aun existiendo analogías con la jurisprudencia sociológica, esta última se difirencia en cuanto con Pound ha puesto en evidencia la importancia que tienen los ideales y las técnicas tradicionales en el estudio del derecho. El mismo Pound en un reciente volumen, *Justice according to law* (1951) ha renovado su aversión a las extremas posiciones realistas: «Debemos recordar —ha dicho— que las teorías de la imposibilidad de la justicia *according to law* y de la desaparición del derecho se han desarrollado en gran medida paralelamente a las doctrinas del absolutismo político... el verdadero adversario del absolutismo es el derecho.»

El método institucional aplicado por Llewellyn y por otros realistas al derecho, no es más que la versión del historicismo económico alemán dada —como se sabe hoy por la crítica historiográfica (124)— por economistas americanos como Veblen, Ely, Commons. Pero sin duda quedan diferencias. El institucionalismo, en vez de insistir sobre las leyes de desarrollo histórico y sobre la función paternalista del Estado ha dado un desarrollo cada vez mayor a la estadística y a la cuantificación y, por tanto, a una ciencia de las reformas sociales que pudiese representar la base objetiva para la legislación judicial: son los tribunales y no el Estado el centro de la atención. En la raíz «hegeliana» del historicismo económico de un Schmoller o de un Wagner (que en realidad era un positivismo hegeliano), el institucionalismo americano ha sustituido algunos aspectos del positivismo benthamiano. Pero es común a ambos el interés por las instituciones y sus modificaciones, y —por lo que concierne a nosotros— una concepción técnica e instrumental del derecho.

En América, el movimiento institucionalista opuso la investigación inductiva de los hechos al estudio abstracto de la economía deductiva de los marginalistas; se dirigió la atención al cuadro institucional de la economía americana, a sus tendencias de evolución y al estudio de sus consecuencias. El precursor, Richard Ely, era un alumno de la escuela histórica alemana; vinieron después Berle, Means y Commons. Para éstos no existen leyes económicas universalmente válidas, y, por lo tanto, no existe una ciencia económica de valor general: cada ley es válida sólo en el ámbito de una institución particular. Se demostró así que la economía americana no funcionaba según el cuadro de la competencia perfecta, como habían establecido los clásicos. Incluso no siendo del todo monopolista, la economía americana estaba dominada por fuerzas económicas y políticas, que restringían la libertad efectiva de los operadores económicos, que, por lo tanto, deberían haber sido objeto de un cuidadoso examen. El institucionalismo, con Commons, declara que la economía no debe ser ciencia de los medios, sino ocuparse esencialmente de los fines: el derecho en este concepto aparece como un im-

(124) Véase en particular el ensayo de LLEWELLYN en el volumen colectivo *My Philosophy of Law*, obr. cit., pág. 189. Cfr. también: *Law and the Social Sciences -Especially Sociology*, 62 «Harv. L. R.», 1949, pág. 1.286.

portante medio de control social, una técnica, en fin, al servicio de estos «fines».

La economía institucionalista, con su base objetivista y científica, con su interés por los problemas de la sociedad y del derecho, ofrecía una vasta experiencia y un sistema al movimiento realista del derecho, en su fase de reconstrucción. Existía, por lo tanto, un método positivo y científico para la solución de los problemas de las ciencias sociales, y Llewellyn (desde 1925) había dirigido su atención a los estudios de economía (125). «El jurista —escribía— está protestando contra el dogma tradicional de que el derecho es inmutable, es eterno, cierto, siempre por medio de la deducción. Sólo recientemente ha llegado él a concebirlo como una cosa en movimiento, y ha descubierto la existencia de factores no jurídicos que condicionan su desarrollo y su acción. Para el economista, al contrario, todo esto es obvio.» Los economistas, en fin, ya se han dirigido al derecho para aclarar la naturaleza de los hechos y de la teoría económica; los juristas deben dirigirse a la economía para aclarar la naturaleza y la función del derecho.

Pero, ¿qué es lo que aclara el jurista en torno a la naturaleza misma del derecho, dirigiendo su atención a los métodos de la economía? Observando el fenómeno jurídico desde el punto de vista del conjunto (la institución), éste no parece sino un medio de control, una técnica social (*social engineering*); si objeto de control es el comportamiento de los hombres que viven en grupos sociales, es necesario inventar un mecanismo idóneo para alcanzar el resultado con el mínimo esfuerzo. Los «esfuerzos» del derecho no son individuales, sino de la sociedad o de los grupos sociales, considerados en su aspecto colectivista, independientemente de toda consideración por el individuo. Baste esta consideración para comprender la contraposición a los principios tradicionales incorporados a la *rule of law*: en particular la supremacía del derecho, y su unión con la autonomía del individuo.

Desde aquel primer escrito Llewellyn afirmaba la utilidad para el jurista de aceptar las conclusiones de los economistas (la libre

(125) *The Effect of Legal Institutions upon Economics*, «Am. Econ. R.», 1925, pág. 665. Sobre el institucionalismo económico, véase: P. T. HOMAN, *An Appraisal of Institutional Economics*, «Am. Ec. R.», 1932; A. MONTANER, *Der Institutionalismus als Epoche Amerikanischer Geistesgeschichte*, Tübingen, 1948. Cfr. también el *Symposium* sobre la «Institutional Economics» (Papers of the 63 Annual Meeting of the Am. Econ. Ass., 1950) en «Am. Econ. R.», 1951, pág. 41.

competencia sólo rara vez es libre en los efectos y el derecho representa a menudo uno de los principales medios de limitación; las legislaciones en materia fiscal y social tiene efectos no sólo sobre la distribución, sino también sobre la producción, etc.). La economía contribuye al estudio funcional del derecho; pero existe el conocimiento de la ineficacia del método típicamente normativo para el estudio de los aspectos constitutivos del derecho: «Las partes del organismo que funcionan bien son las más difíciles de comprender... es la limitación de la propiedad privada la que revela el valor de aquella institución. Son las normas limitativas de la libertad contractual o testamentaria las que ponen en claro el fin de las respectivas instituciones, cuando no están sometidas a restricciones.»

El estudio institucionalista del derecho mira a los efectos prácticos, cuantificables, siempre en relación con los efectos. El mecanismo de control social del derecho presenta, respecto a los otros, la peculiar característica de ser consciente (*conscius*) de los fines que se han de alcanzar: no obra jamás completamente solo, sino en combinación con otros medios de control social. Llewellyn, a través de la descripción de una teoría de los fines del derecho, está obligado a aceptar la *duplicación de la ciencia jurídica*. Existen dos tipos de normas y, por lo tanto dos técnicas correspondientes: las normas de previsión y las normas que expresan un deber ser. Las primeras son las *rules for counselor* en cuanto nos permiten la previsión de la decisión del juez; las segundas, en cambio, son *rules for judges*, y, por lo tanto, representan un criterio directivo para la decisión del juez.

El *case-system* quisiera, en cambio, dejar creer que sucederá siempre lo que los tribunales han decidido, pero la lógica no es un medio de control del derecho; es necesario integrar el estudio analítico con el funcional «porque una sana sociología es la premisa de una sana técnica jurídica». No existe aún una ciencia social del derecho, pero puede hacer mucho en tal sentido el método institucionalista; por esta vía el derecho se reduce a una ciencia social, y sobre la base positivista de esta última se investigan las premisas para la reconstrucción de los principios o de los conceptos jurídicos.

Tratando el derecho como un fenómeno social, los realistas han visto en la *rule of law* sólo los aspectos normativos, o sea una *concepción ligada a una particular situación histórica*, destinada a ser superada con el decaer de la economía del *laissez faire*. Semejante posición fué desarrollada por William Seagle en uno de los libros más

importantes sobre la sociología del derecho (126), en que se sostiene que el principio de la justicia *according to law* es un mito de nuestra imaginación democrática y por lo tanto una fantasía. «Es erróneo —ha dicho— hablar del colapso del derecho en el mundo actual. Lo que está derrumbándose es el dogma de la justicia *according to law*. El derecho existe en su forma más indudable cuando no existen limitaciones al poder. Desde el punto de vista jurídico el edicto del tirano, del monarca absoluto, o del dictador es derecho. Sólo en la imaginación democrática el derecho es sinónimo de limitación de poder.» El fin del derecho es únicamente establecer relaciones de poder y de dominio.

Quiriéramos observar que en la crítica a la *rule of law*, los realistas no siempre dan un cuadro exacto de la doctrina que atacan; hablan más bien de *Legal Justice*, ignorando aspectos del contenido de esta doctrina. La *Legal Justice* sería «la justicia que se realiza, mientras es posible, en el *framework* que la sociedad se ha dado».

Por lo tanto, se consideran solamente los aspectos formales, y en particular las instancias de orden, de certeza, de imparcialidad y de igualdad. He aquí las principales objeciones de los realistas a la doctrina clásica de la «*rule of law*»:

a) *El principio de la imparcialidad*, según el cual los normas que han de aplicarse deben ser generales y establecidas con anticipación, no puede pretender una validez absoluta; no nos dice nada de la justicia de las decisiones, allí donde hay intereses confluyentes. Según Garland (127) se trata de un principio que no perdería su valor limitado ni siquiera si se formulase con el concepto de «*sport law*», o sea sobre la base de una concepción lúdica del derecho: si

(126) *The Quest for Law*, 1941.

(127) *Legal Realism and Justice*, pág. 81. HAYEK ha puesto en evidencia el ataque de los realistas contra la «*rule of law*» (*The Political Ideal of the Rule of Law*, obr. cit., pág. 55.: «The decline of the rule of law in America»). En la práctica del derecho tienen mucha importancia los ideales tradicionales como reparo contra el ataque realista: R. H. JACKSON, *The American Bar Center: a Testimony to our Faith in the Rule of Law*, «Am. Bar Ass. J.», 1954, pág. 19. Acerca la conexión entre las ideas del realismo y la discreción administrativa, véase: LEVY, *Of Jurisprudence in Modern Trends of the Law*, enero 1943 (publicada por la «Brooklin Bar Association»). Para una conciliación entre discreción administrativa y la «*rule of law*», véase: PEKELIS, *Administrative Discretion and the Rule of Law*, «Soc. Research», 1943, pág. 22. Y, finalmente, véase: H. v. MANGOLDT, *Rechtsstaatsgedanke und Regierungsform in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Essen, 1938.

acaso, una tal teoría llegaría con excesivo retraso. En efecto, en la situación histórica actual «el juego ha resultado demasiado brutal, demasiado destructivo de la vida humana, demasiado ventajoso para los que vencen y demasiado fatal para aquellos que pierden. La vida empieza a parecer más una lucha que un juego... las partes son demasiado desiguales para una competencia eficaz y, a los ojos del vencido, el juego aparece siempre más como explotación que como competencia». Los realistas, en vez de criticar un reglamento particular del juego, han terminado por atacar al juego como tal; Seagle ha afirmado así (128), que «la imparcialidad del derecho disfraza la parcialidad de las leyes, que reflejan la configuración del poder en el Estado, y están totalmente *composed* de ingredientes políticos».

b) El principio de la *igualdad frente al derecho*, significa identidad de soluciones en situaciones idénticas, y, por lo tanto, tratamiento idéntico de todos los individuos. No igualdad de bienes, sino igualdad de protección de los derechos. Los realistas ponen en evidencia como, a menudo, «obtener el mismo resultado para personas distintas equivale a tratarlas diferentemente», y por ello este principio no coincide con la justicia. Proponen, pues, la interferencia del poder político para remover la situación injusta; pero tal interferencia está contra la «rule of law», en cuanto se resuelve en un privilegio dedicado a una cierta categoría de personas. Como se ha puesto en evidencia por los economistas, un aumento en los salarios limitado a una categoría profesional, reduce generalmente la petición de este tipo de trabajo, y, por lo tanto, priva a los trabajadores de su empleo. Pero no corresponde al derecho resolver estas dificultades: el derecho es —según Seagle— «la ciencia de la ineficacia»: «Es obvio que cuando todas las partes son tratadas con igual ineficacia, éstas reciben igual protección del derecho. Tan potente es el ideal de la igualdad que puede incluso conciliar a los contendientes en la igualdad de la miseria.» (129.)

Concluyendo, podríamos observar que, en las críticas de los realistas circula la referencia a un derecho más elevado; y el asombro podría aumentar aprendiendo de Llewellyn que las creencias del derecho natural coexisten con el desarrollo del movimiento realista (130). Para ambos, el derecho positivo es algo que ha de modificarse

(128) W. SEAGLE, *Law the Science of Inefficiency*, New York, 1952, pág. 14 y siguientes.

(129) *Ibid.*

(130) K. N. LLEWELLYN, *One «Realist» View of Natural Law for Judges*, «Notre Dame Lawyer», 1939, pág. 3.

y reexaminarse. El realismo, entonces, nos ha dado una «nueva» versión del derecho natural que, rota cualquier ligadura con el individuo, se ha convertido no en una ciencia de la sociedad o en una ciencia política, sino en una ciencia del bienestar. He aquí entonces la dificultad de poner esta corriente de pensamiento bajo una de las acostumbradas etiquetas (positivismo, jusnaturalismo). En lucha contra el jusnaturalismo, se ha servido de los mismos instrumentos y de las mismas armas: la referencia a una ley más elevada. Se trataría en verdad de un hecho no nuevo en la historia de la especulación jurídica; y el pensamiento va hacia Tomas Hobbes, como ha observado Robbio (131). Por un lado su sistema pertenece al positivismo y por otro «descansa sobre el reconocimiento de la existencia de las leyes naturales, al estudio de las cuales ha dedicado, como es sabido, en sus libros políticos un específico y amplio tratado».

3. *Del realismo jurídico a la Ciencia Política.*

El realismo jurídico, incluso criticando la certeza del derecho y la *rule of law*, no ha renunciado a la búsqueda de un principio más elevado que pudiera representar un «límite» a la legislación judicial; ha llamado, en fin, la atención sobre la inseguridad del derecho para poder convertirlo en más cierto, a través de la aplicación de métodos científicos extraños al mismo. De este modo, de un lado, ha subordinado el derecho a la política, o a la economía, o a la sociología, y de otro, ha favorecido la discrecionalidad del juez y el absolutismo administrativo. El realismo, en efecto, es un modo, en su esencia, de reaccionar contra una insuficiente teoría del Estado, además de la del derecho; una vez rechazada la idea benthamiana y austiniana de la soberanía, el realismo político había puesto en evidencia la existencia de conflictos de intereses entre grupos sociales. El realismo jurídico ha venido después a afirmar la responsabilidad «política» del juez; esta arbitrariedad de la legislación judicial ha permitido, por medio del nombramiento, para el Tribunal Supremo, de los jueces que compartían las orientaciones del *New Deal*, obrar una transformación profunda en la vida americana, con una interpretación «evolutiva» de la Constitución; así

(131) N. BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, obr. cit., págs. 61 y ss.

tuvo lugar el paso del Estado liberal al Estado dispensador de servicios (*service state*). El Tribunal Supremo, que en la primera treintena del siglo XX había asumido un verdadero y propio poder de veto respecto al Congreso, desde 1937 en adelante, ha anulado solamente las leyes manifiestamente contrarias a la Constitución, mostrándose más bien benévolo respecto al Presidente y el Congreso, considerados por su origen electivo como los más directos exponentes de la voluntad popular.

A propósito de esto quisiéramos hacer resaltar el hecho de que, una vez concebido el derecho como medio de control social, se ha perdido la diferencia entre el derecho y la política o la economía. Esto ocurre precisamente en el momento en que se ha puesto en discusión la naturaleza misma de las ciencias políticas y sociales, y poco tiempo antes de que entrase en crisis en América la misma ciencia política. Esta última, en efecto, sufre (132) de un *hyperfactu-alism* y la ausencia de un aparato sistemático de conceptos. Y este hecho debería hacernos más bien suspicaces sobre la oportunidad de extender al derecho los métodos de la política. Sin duda el realismo jurídico ha tenido el mérito de criticar las conceptualizaciones del *case method*, pero ha ido demasiado lejos cuando ha pretendido estudiar directamente y realístamente la experiencia jurídica, independientemente del estudio de los conceptos jurídicos y de las técnicas tradicionales. La reducción del derecho a la política o a una filosofía del bien común ha actuado a través de diversos caminos, de los cuales los más importantes son:

La renovación del método de enseñanza.—No ha pasado aún un siglo desde la introducción del método de Langdell y ya desde hace varios años, en las escuelas de derecho «progresivas» se piensa, a través de una nueva revolución del método de enseñanza, integrar el derecho en las ciencias sociales. La misma enseñanza es objeto de discusiones y de experimentación científica, con una postura típicamente positivista y pragmatista. De este interés hacia los problemas de la instrucción jurídica es testimonio desde 1948 una revista especializada, el *Journal of Legal Education*, que es un órgano de la *Association of American Law Schools*. El comité para el *curriculum* de los estudios jurídicos en la Universidad de Yale (133) ha sinte-

(132) Para un análisis crítico sobre el estado de la ciencia política norteamericana: D. EASTON, *The Political System*, New York, 1952. Cfr. también: D. WALDO, *Political Science in the U. S. of America*, Unesco, 1956.

(133) Cit. en «*Journ. of Leg. Ed.*», 1949-50, pág. 335.

tizado bien las nuevas orientaciones: «Consideramos evidente que el derecho es uno de los estudios sociales, y que el estudio del derecho será más fructuoso y crítico cuando los conocimientos y las perspectivas de la historia, de la economía, de la estadística, de la psicología, de la ciencia política, de la sociología y de la psiquiatría sean usados plena y efectivamente en el trabajo de las escuelas jurídicas. En todas las ramas del derecho hay actuando una corriente de integración... no hace falta ya, como en tiempos de Gray o de Ames, limitarse a nociones aisladas alrededor de la política social jurídica. El derecho debe ser estudiado y enseñado como parte del proceso social, con una apreciación consciente de los factores que deberían influir en el juicio para la selección entre las varias normas, leyes o formas de reglamentación...»

El *case-book* es para el realista un instrumento útil para sus fines, una vez que introduce materiales extra-jurídicos: la integración debe tener lugar primeramente a través de la enseñanza. El espíritu positivista del primer *case-book* de Langdell ha sido sustituido por el pragmatista de los nuevos *case-books* americanos. Entre éstos merece particular mención la obra *Cases and Readings on Law and Society*, editada por Sidney Post Simpson y Julius Stone, los cuales han empleado catorce años en la recogida de materiales «para hacer posible un curso que diese importancia al estudio del derecho y los aspectos jurídicos de la economía, sociología y ciencia política, permitiendo así poner en práctica aquello de lo que tanto se ha hablado, o sea la correlación del derecho con las ciencias sociales»; en tres volúmenes y 2.389 páginas se trata del «derecho y de la sociedad por cuatro mil años y 200.000.000 de millas cuadradas». Esta obra se ha utilizado en varias escuelas jurídicas, como en la Universidad de la Alabama, como *introductory course*; en otras escuelas, como la Washington University, se ha estudiado el derecho como una institución social, según la orientación sostenida en modo particular por Llewellyn.

El fin de semejante enseñanza es convertir al jurista en un «social scientist»; la realidad social en América hace que no tenga sólo las obligaciones tradicionales de las profesiones legales, sino que disponga de un área de discrecionalidad que podría parecer revolucionaria: llamado en los órganos administrativos y ejecutivos a altos cargos, ejercita de hecho casi un poder legislativo. En efecto, desde 1930 en adelante se ha desarrollado en América una multiplicidad de Comisiones y de Oficinas administrativas que no sólo desempeñan

funciones ejecutivas, sino que tienen funciones casi jurisdiccionales, con el fin de tutelar los intereses públicos. Los realistas sienten simpatía por estos organismos, no obstante la acusación de favorecer al absolutismo administrativo. Sostienen la necesidad de sustraer a la jurisdicción ordinaria algunas controversias, para una mejor «eficacia» del derecho. Por lo tanto, los conocimientos profesionales del jurista deben ampliarse; debe dirigirse, sobre todo para su preparación, a aquellas ciencias, como la económica o la política, que pueden desarrollar en él la capacidad de previsión.

La aplicación al derecho de los métodos de otras ciencias.—Si el realismo ha abierto el camino para la reducción del derecho a la política y a la economía, han sido las corrientes más recientes las que han realizado el programa; los lados peligrosos del positivismo continental no se han revelado con igual evidencia, por el menor relieve dado al Estado. Es en definitiva el jurista quien con su preparación y su sensibilidad debe obrar y realizar una profunda transformación social. Las aportaciones hechas por estas corrientes, apoyándose fuera del derecho, no parece que sean de una validez indiscutible. Frank había empezado a introducir el método de la psicología; pero después se han tomado como ayuda los métodos de otras ciencias sociales para el análisis y el estudio de la realidad jurídica.

a) *La Experimental Jurisprudence*, intentando aplicar al derecho los métodos de la ciencia experimental (134), ha declarado querer llevar a sus consecuencias la jurisprudencia sociológica; debería ser su misión la medida de la eficacia de un sistema jurídico para alcanzar un determinado «fin», excluyendo de su consideración todo problema valorativo. Todo el trabajo de ordenación de la *common law* en la obra de los juristas resulta de un valor limitado para el investigador *scientifically minded*; puede ser objeto de una investiga-

(134) F. K. BEUTEL, *Some Implications of Experimental Jurisprudence*, 48 «Harv. L. R.», 1934, pág. 169; *An Outline of the Nature and Methods of Experimental Jurisprudence*, «Columbia L. R.», 1951, pág. 416. Según PUIG BRUTAU, los trabajos de Loevinger (cfr. nota 138) sobre la «jurimétrica» pueden incluirse en el movimiento de la «jurisprudencia experimental» (véase su prólogo a J. L. LOEVINGER, *Una introducción a la lógica del derecho*, obr. cit.). La sumisión del derecho a la política es evidente en la obra de Mac Dougal, la cual se centra alrededor del concepto de «Policy Making»; H. D. LASSWELL y M. S. McDUGAL, *Legal Education and Public Policy*, «Yale L. R.», 1943; McDUGAL, *The Law School of the Future: From Legal Realism to Policy Science of the World Community*, «Yale L. J.», 1947; McDUGAL, *The Comparative Study of Law for Policy Purposes*, «Am. Journ. of Comp. L.», 1952.

ción científica solamente la medida y la determinación de los efectos del derecho sobre la sociedad, que pueden permitirnos la previsión. Es interesante cómo en estos estudios programáticos para una jurisprudencia experimental se dirige la atención a la Ciencia Política y a la *Experimental Economics and Sociology*, que ya han intentado la cuantificación. Según Cowan, la ciencia del derecho debería resultar una parte de una ciencia social basada sobre un fundamento experimental, y la filosofía del derecho debería fundirse en la filosofía de las ciencias sociales, que desde un punto de vista científico y experimental no es más que la metodología de las ciencias sociales. Según Cowan, a través de los métodos experimentales es posible obtener un sistema de conocimientos; pero como el experimento no excluye el empleo de esquemas conceptuales, ha propuesto una combinación de la jurisprudencia experimental con la doctrina pura del derecho, que con razón ha sido criticada (135).

b) La *economía* y sus métodos han atraído particularmente las simpatías de los realistas; el conocimiento y la experiencia en materia económica se hacían necesarios en un país donde han sido sobre todo los juristas los que han dirigido la revolución y la transformación económica. Y en particular el institucionalismo ha ofrecido fáciles conclusiones y consecuencias en el plano jurídico. La necesidad de recurrir a la economía se ha sentido de modo particular en algunas materias (136), como el *trade regulation*, por la insuficiencia del método jurídico para tratar particulares problemas. Toda la legislación antimonopolista parecía incomprensible, quedando sobre el terreno del tradicional concepto jurídico de monopolio, e ignorando el análisis realizado por los economistas. La *Welfare Economics* ha ejercitado una particular sugestión, sobre cuyo modelo se ha tratado

(135) Th. COWAN, *Legal Pragmatism and Beyond*, en «Interpretations of Modern Legal Philosophies» (Essays in Honour of R. POUND), New York, 1947, pág. 130; *Postulates for Experimental Jurisprudence*, «Rutgers L. R.», 1954, página 404; *Experimental Jurisprudence and the Pure Theory of Law*, «Phil. and Phenom. Research», 1950, pág. 164 (trad. en ital. en: «Il Politico», 1952; véanse a propósito las críticas de N. BOBBIO, *La teoría pura del diritto e i suoi critici*, «Riv. trim. dir. Proc. civ.», 1954, pág. 369).

(136) W. ROSTOW, *Study of Economics in Relation to Education in Law*, 2 «J. of Leg. Ed.», 1950, pág. 335; C. D. EDWARDS, *The Place of Economics in the Course on Trade Regulation*, *ibid.*, 1948, pág. 1; J. W. MARKHAM, *Economics and Antitrust Law and Administration*, «J. of Public L.», 1955, pág. 127.

de establecer una *Jurisprudence of Welfare* (137) y resucitar el ideal benthamiano de un cálculo eudemonista. El realismo jurídico, entendido como jurisprudencia del bienestar, está justificado como un modo de obviar el desequilibrio de los poderes, consecuencia de la extensión de los deberes de los órganos administrativos. Pekelis nos recuerda el ejemplo de la decisión en el *Hope's case*, en que se sostiene que la reglamentación de la industria del gas se debía considerar «como realización de funciones económicas y no de rituales jurídicos». Si el poder judicial quiere competir con los otros poderes en la lucha por la supremacía, debe tener conocimiento en el campo de las ciencias sociales; la participación activa del juez es en cierto modo afirmación de la supremacía del derecho. A las objeciones según las cuales una jurisprudencia del bienestar atentaría contra la *rule of law* o el Estado de derecho, en que respecta a los legisladores, y no a los jueces, la determinación del bienestar social, se responde «que la jurisprudencia del bienestar requiere que, cuando el proceso de creación del derecho no ha sido agotado por el poder legislativo, éste sea actuado y completado conscientemente por los tribunales, en cumplimiento de su verdadera misión, y no de acuerdo con el mito tradicional, que nos daría, en vez de un gobierno según el derecho, un gobierno irresponsable y desenfrenado». En un cierto sentido, un punto de vista semejante no está fuera de la tradición americana. La concepción de que el monopolio legislativo en la creación del derecho sea la base de un gobierno democrático, no es válida, según Pekelis, fuera de los países en que a través de la lucha por la supremacía del poder, se ha realizado la doctrina de la división de los poderes.

La «jurimetría» en fin representa un intento de aplicación al dominio del derecho de los métodos empleados en las investigaciones econométricas; según Loevinger (138), hace falta abandonar como *meaning-less* los estudios en torno a la esencia del derecho y de la justicia para afrontar directamente «la investigación científica de los problemas jurídicos» (en torno al comportamiento de los testigos, de los jueces, de los legisladores, etc.). La ventaja de los estudios de

(137) A. H. PEKELIS, *The case for a Jurisprudence of Welfare*, «Social Res.», 1944, pág. 312 (incluido en el volumen: *Law and Social Action*, Ithaca-New York, 1950, pág. 24).

(138) *Jurimetrics*, «Minnesota L. R.», 1939, pág. 455, 485; véase también: *Dogmatism and Skepticism in Law*, *ibid.*, 1954, pág. 191.

jurimetría será «establecer en el mismo derecho un método institucional para el desarrollo y el cambio»; solamente la cuantificación de los hechos de la experiencia jurídica podrá permitirnos la previsión y servirnos de auxilio en la valoración de las pruebas en el proceso.

CONCLUSION

La inclusión del derecho en una ciencia social significa en realidad la subordinación de la experiencia jurídica a otros puntos de vista, y amenaza con hacer perder la perspectiva del derecho; todo esto se puede considerar como índice de una situación desagradable, de la insuficiencia de «una» teoría del derecho y del Estado frente a una sociedad nueva en necesidades y exigencias. Pero en América el realismo jurídico ha sido el vehículo a través del cual se ha insinuado una peligrosa desconfianza en el derecho y en sus valores. No era suficiente atacar a los principios tradicionales de la *common law*, hacía falta elaborar una nueva teoría del derecho y del Estado; cuando el realismo ha intentado esta misión, se ha revelado en su esencia más profunda como una ciencia política o una filosofía del bien común. La nueva teoría del Estado ha sido la del *service state*, mientras el derecho ha sido concebido casi unánimemente como una técnica social, como un medio de control.

Dejamos aquí el examen de los aspectos políticos de la cuestión, a sea en qué medida las nuevas teorías hayan satisfecho las expectativas; nos interesa sólo el aspecto jurídico: ¿Cuál ha sido la contribución de esta especulación, que se ha referido a la experiencia, a la realidad, a la vida para el estudio de la experiencia jurídica? La conclusión que nos parece poder sacar es más bien modesta. El realismo jurídico no nos parece la filosofía de la *common law* americana y por lo tanto un estudio de la experiencia jurídica americana; nos ha dado varios principios reguladores normativos, y hablándonos de eficacia del derecho, de control social, del Estado dispensador de servicios, ha terminado con perder el punto de vista del derecho. Esto, a nuestro modesto parecer, ha sido posible por la circunstancia de que el estudio de la experiencia jurídica se ha conducido independientemente del estudio de las conceptualizaciones de la ciencia jurídica (en el caso, la *common law* americana), como si ésta y sus valores no formasen parte de la experiencia jurídica: es ésta la consecuencia de un estudio fisicista del mundo humano. Para los rea-

listas, en efecto, el estudio del *law in action* es posible sólo a través de la separación entre «ser» y «deber ser», o sea excluyendo del derecho el problema del valor. Pero, abandonada la tradicional doctrina de la *rule of law*, el problema de la justicia ha quedado como el Cabo de Hornos del realismo jurídico americano y no puede ser resuelto, quedándose sobre el plano del hedonismo y del positivismo. El libro de Garland (*Legal Realism and Justice*) no es más que una crítica de la *Legal Justice* y no llega a resultados satisfactorios. La debilitación de la *rule of law*, privada de su base individualista y jusnaturalista, ha permitido la conversión del derecho en *técnica social*; hasta tal punto han sido plenamente desarrolladas las premisas del positivismo jurídico continental. Pero se ha señalado que si bien se atribuyen a Jhering todas las concepciones técnicas e instrumentales del derecho, él no las realizó en la práctica. Además de ser el padre del positivismo jurídico, Jhering es además el teórico de la dogmática jurídica y del formalismo jurídico; comprendido el valor de contenido de este último y su relación con la libertad del individuo. La conclusión de una teoría que había puesto en evidencia el «fin» en el derecho hubiera sido una teoría de los fines, con la consiguiente subordinación del derecho a la «política» o a la «economía»; es verdad que refiriéndose a la obra de Wagner, uno de los principales exponentes del historicismo económico, Jhering llegó a afirmar: «no conozco ningún escrito en donde la concepción fundamental del fin social del derecho haya sido desenvuelta de manera tan profunda, tan sencilla, tan convincente» (139). Pero el salto no fué dado ni por Jhering ni por la misma *Interessenjurisprudenz*, quedando sobre el terreno de la ciencia jurídica tradicional, no sacrificaron el contenido del derecho.

El realismo americano ha pretendido en cambio estudiar el derecho como un «hecho», y la experiencia jurídica independientemente del estudio de los conceptos tradicionales de la *common law*. Ha querido excluir los valores y las valoraciones. El estudio realista no ha sido nunca plena ni unánimemente aceptado ni en la misma América, donde Pound ha anunciado varias veces sus peligros. Fuller desde sus principios advirtió que el realismo jurídico amenazaba al mismo derecho: «si bien el fin del realismo jurídico ha sido la difusión del área del estudio del derecho, en realidad ha restringido el ámbito del método jurídico». Entre los otros juristas americanos,

(139) R. v. JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1904, pág. 408.

recordaremos también las críticas de Dickinson, de Cohen, de Franklin (140), los cuales, aun aceptando la crítica hacia la *phonographic theory*, no han ignorado la importancia del elemento lógico y sistemático en el estudio del derecho, y han augurado mejores instrumentos conceptuales. Particularmente en tiempos más recientes se advierte una situación de desagrado hacia el cientifismo imperante, primero por el *case-method*, y después con el positivismo realista; John T. Noonan en un interesante escrito (141) ha declarado abiertamente la imposibilidad de estudiar los problemas jurídicos derivados de la *negligence* con el *case-system*, prescindiendo de las valoraciones: «lo que se pide aquí —ha dicho— es una identificación con las partes; se espera una verificación de sus razonables expectativas con proyección imaginativa en una situación concreta. El juicio que se refiere a intereses individuales no puede ser separado de las valoraciones sociales; el caso individual particulariza solamente y humaniza las abstracciones sociales». El jurista, en fin, debe ser educado en el problema de las valoraciones, y Noonan pronostica que esto pueda suceder a través del soplo vivificador de la filosofía en las uni-

(140) L. FULLER, 82 «Un. of Pennsylvania L. R.», 1933-34, pág. 443: «∴ it seems to me that we are now in danger of carrying the crusade against "conceptualism" too far»; este anticonceptualismo trae consigo un otro peligro (pág. 457): «An uncritical adherence to the behavioristic approach leads to another erroneous assumption, that norms of decisions may be extracted directly from regularities of behavior, and that where you have a definite «behavior pattern» you have necessarily a correspondingly definite norm of decision. Now this is demonstrably untrue.» Muchos otros juristas norteamericanos reconocen el valor de la lógica y de los conceptos en el estudio del derecho; ya en 1915 notaba M. R. COHEN (29 «Harv. L. R.», pág. 622): «The various instances of the abuse of legal logic adduced by writers like Jhering, Korkunov, Demogue and Pound are all cases of an overhasty application of logic to a complex material and do not, of course, show the break-down of logic itself.» J. DICKINSON ha observado cómo la concepción del derecho «as a complete and coherent system» propia del «case-method» estaba ligada a la concepción newtoniana de ciencia: «The fact that legal rules do not always dictate the decisions of case does not, however, mean that they may not have influence and sometimes a controlling one, in the process of decision. Sceptics who minimize the influence of such rules often seem only disappointed absolutists...» (*Legal Rules: their Function in the Process of Decision*, 79 «Un. of Pennsylvania L. R.», 1931, pág. 835; id., *Legal Rules: their Application and Elaboration*, ibid., pág. 1.502.) Véase también M. FRANKLIN, *The Historic Function of the American Law Institute*, 47 «Harv. L. R.», 1934, pág. 1.367.

(141) J. T. NOONAN, *Value References in the Teaching of Negligence*, 8 «Journ. of Legal. Educ.», 1955-56, pág. 161.

versidades americanas, donde la *jurisprudence* se enseña sólo en una cuarta parte de las *Law Schools*. Otras críticas surgen en América de quienes, como Boorstin, acentúan (142) el carácter no humano y anti-histórico del estudio realista. En América, en efecto, el estudio histórico del derecho parece estar en una situación aún más grave que en el continente. Si la historia de la *common law* (o sea un curso de *legal history*) no existe como disciplina autónoma, sino que es absorbida en los varios cursos de derecho, los estudios romanistas están casi ausentes. La invitación de Boorstin a los estudios de historia jurídica tiene como punto de mira el cultivo humanista de los estudios jurídicos; podemos añadir que la historia es quizá el único laboratorio de experiencias y que el estudio histórico del derecho es estudio de la experiencia jurídica. A través del estudio «histórico», el derecho cesaría de presentarse en continua evolución en un estado incesante de cambio y mirando al pasado mostraría una serie de constantes, de persistencias de hechos y de instituciones que se repiten.

Pero llegados a este punto de nuestra investigación, sentimos la necesidad de sacar nuestras conclusiones y observaciones, valgan lo que valgan; en primer lugar convendría hacer resaltar aquellos aspectos del pensamiento americano que, por los reflejos y las conexiones con nuestros problemas, puedan parecer actuales al estudioso europeo deseoso de comparar situaciones y experiencias. Y estos aspectos no son jurídicos en el sentido estricto de la palabra, sino que, por un lado, son de naturaleza política íntimamente ligados al surgir del *service state* moderno o Estado dispensador de servicios (143), y por otro lado, de naturaleza didáctica, como consecuencia de la renovación de los métodos de instrucción. En cuanto al primer aspecto se recordará que todo el movimiento realista americano se ha revelado en la segunda fase, a través de la reducción del derecho a ciencia social, una nueva versión del derecho natural: así, a pesar de los peligros que hay en el desconocimiento de la autonomía de la experiencia jurídica, surge un lado positivo: la confianza persistente en la existencia de un *límite a la legislación*, aun cuando los realistas lo busquen sobre una base objetiva y científica. Puede que inadver-

(142) D. J. BOORSTIN, *Tradition and Method in Legal History*, «Harv L. R.», 1941, pág. 424; ídem, *The Human Study of Law*, «Yale L. J.», 1948, pág. 961; véase también: E. BODENHEIMER, *An Experiment in the Teaching of Legal History*, «Journ. of Leg. Educ.», 1950, pág. 501.

(143) Cfr. T. A. COWAN, *Le istanze di sicurezza sociale e la filosofia del diritto*, «Riv. intern. fil. dir.», 1954, pág. 629.

tidamente se deba precisamente a esto si América se ha mantenido bastante fiel al ideal del *Estado de derecho*, por lo que está todavía hoy *under the rule of law*: ha resultado moderado el principio de la división de los poderes y de la soberanía, a los cuales, en el continente, puede que hayamos dado un valor demasiado absoluto. En efecto, en un país para el cual no se había revelado el peligro de la tiranía de la mayoría, porque, si bien bajo una nueva forma, había sobrevivido la idea de una ley superior, la crítica del sistema democrático estaba destinada a tener escaso éxito; al mismo tiempo, en la Europa totalitaria se afirmaba que el *Estado de derecho* no era más que una ficción, o sea, 'un *Estado legislativo*, un *Gesetzesstaat*, como decía Carl Schmitt, y se presagiaba el abandono total de los principios tradicionales de la democracia.

Si pasamos al problema de la instrucción jurídica, nos llama la atención la creencia optimista de los juristas americanos de resolver la crisis del derecho con el cambio de los métodos de enseñanza: se trata sin embargo de un problema que no ha recibido en Italia aquel interés ordenado, disciplinado, sistemático que hubiese sido necesario; y no existe en el continente, según parece, una publicación especializada como el *Journal of Legal Education*. Sin embargo toda la historia del derecho continental desde la Edad Media es historia de renovación de métodos de instrucción (glosadores, Escuela culta, etc.) para hacer frente a las nuevas necesidades sociales y políticas. El mismo estudio sistemático del derecho, que representa hoy la característica dominante de la ciencia jurídica europea, es en sí un método de enseñanza: en la base del estudio sistemático del derecho (y no de los códigos) hay conciencia de que cada sistema jurídico tiene sus principios independientes de la voluntad del legislador. Pero quisiéramos recordar cómo la sistemática, aunque se difundió en el siglo XIX, es en realidad hija de las doctrinas jusnaturalistas y sus conceptos se encuentran ya en el siglo XVI; y no es por casualidad que los primeros tentativos de sistematización del derecho han sido llevados a cabo por los precursores del *Estado de derecho* (144). En la afición del jurista continental por el estudio sistemático del derecho sobrevive todavía hoy la idea medieval de la supremacía del

(144) Cfr. A. GIULIANI, *Sistemática e case-method come metodi di istruzione giuridica*, «Jus», 1957. Sobre el estudio sistemático del derecho véase el importante estudio: J. CASTÁN TOBEÑAS, *La ordenación sistemática del derecho civil*, «Rev. gen. Leg. y Jur.», 1954.

derecho: el estudio sistemático está unido a los aspectos y a las posiciones fundamentales y constitutivas de la experiencia jurídica.

He aquí la enorme importancia de la sistemática como método de instrucción jurídica: no es el fruto de la obra de un hombre o de un legislador, sino de generaciones enteras de juristas. Queda todavía por desvelar los dogmas para ver cuáles verdades, cuáles certezas sobreentienden; es una tarea difícil, que necesitaría de la colaboración de estudiosos de varios países. Por esto creemos que el pensamiento americano podría beneficiarse de estos esquemas, no para sobreponerlos a su experiencia, sino como método de instrucción en la busca de los principios jurídicos dentro de su historia. La sistemática continental podría ser útil ahora que los americanos se encuentran frente a una nueva experiencia, la interpretación del texto legislativo y de los *restatements* que, bajo muchos aspectos, son semejantes a nuestros códigos. En franca contradicción con la atmósfera positivista y realista de desconfianza hacia el conceptualismo, el interés hacia los *restatements* representa el testimonio más evidente de la aspiración a un ordenamiento sistemático del derecho y a un conceptualismo mejor, que ya en los estudios de Hohfeld había recibido un impulso decisivo. La vida misma de los *restatements* va ligada a la posibilidad de mejores conceptualizaciones y a la recepción del método que los americanos llaman de *civil law* (145); los métodos tradicionales son inadecuados técnicamente para afrontar el problema de la interpretación de leyes escritas o de sustitutivos de las codificaciones, como son los *restatements*.

En esta dirección tendría que ser conducida la revolución en las conceptualizaciones, como hace notar Franklin; basta pensar en las ventajas que podrían derivar de la simplificación de conceptos y de institutos a través del empleo de categorías de la sistemática continental como la del negocio jurídico (*Legal transaction*). Este interés hacia el estudio sistemático del derecho no tendría que ser separado de aquél hacia los problemas tradicionales de la filosofía jurídica;

(145) M. FRANKLIN, *The American Law Institute*, cit.; ídem, *On the Problem of Teaching Roman Law*, 4 «Journ. of Leg. Educ.», 1952-53, pág. 509: «The general study of Roman law in American law seems justified because of the extraordinarily high development of the categories of the Roman law and the modern civil law.» Sobre el influjo del derecho romano en Norteamérica: P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München, 1947, pág. 128.

y un movimiento en este sentido parece delinear-se en la cultura americana (146).

(146) La *jurisprudence* realista es por sí misma antifilosófica, y la filosofía según los realistas, tiene que ser metafísica: H. E. YNTEMA, *Jurisprudence and Metaphysics*, «Yale Law J.», 1950, pág. 273. Pero es extendido el temor de que esta actitud pueda ocasionar la desaparición del derecho: H. G. REUSCHLEIN, *Law could Disappear*, 5 «Journ. of Leg. Ed.», 1952-53, pág. 450. Pero hay ya en las *Law Schools* americanas «a growing, though yet largely powerless, dissatisfaction... with that purely technical training which, founded on the «Harvard revolution», has long been abandoned by Harvard itself» (A. A. EHRENZWEIG, *The Teaching of Jurisprudence in the United States*, *ibid.*, 1951-2, pág. 125. Este desinterés hacia los problemas tradicionales de la justicia y del valor no es general; por ejemplo, L. FULLER, prof. en *Harvard*, hace poco tiempo observaba cómo el curso de *Jurisprudence* «should start with justice. I Place this preference not on exhortatory ground, but on a relief that until one has wrestled with the problem of justice one cannot truly understand the other issues of jurisprudence» (*The Places and Uses of Jurisprudence*, I «Journ. of Leg. Educ.», 1948-49, pág. 477. Véase también: J. HALL, *Readings in Jurisprudence*, 1938. Hay que tener también en cuenta el influjo de la filosofía escolástica: B. F. BROWN, *A Scholastic Curriculum and Teaching Method for Catholic School in War-Time*, 10 «Catholic University Bulletin», Jubileo Law Lectures, 1943; LUCEY, *Natural Law and American Legal Realism; Their Respective Contributions to a Theory of Law in a Democratic Society*, 30 «Georgetown L. J.», 1942, pág. 483; ROONEY, *Special Report of the Committee on Philosophy of Law in Government*, Proceedings of the American Catholic Philosophic Association», 1945.

Se puede considerar un favorable indicio de interés hacia la filosofía del derecho continental la publicación de *The 20th Century Legal Philosophy Series*, patrocinada por la *Association of American Law Schools* desde 1939 (... «the materials to represent as nearly as possible the progress of Continental Legal thought in all aspects of Philosophy and Jurisprudence in the last fifty years»); en esta colección han sido publicados: *General Theory of Law and State* (H. Kelsen); *The Jurisprudence of Interests* (M. RÜMELIN, Ph. HECK, P. OERTMANN; H. STOLL, J. BINDER, H. ISAY); *Latin-American Legal Philosophy* (L. RECASENS SICHES, C. COSSIO, J. LLAMBIAS DE AZEVEDO, E. GARCÍA MAYNEZ); *The Legal Philosophies of LASK, RADBRUCH and DABIN*; *Soviet Legal Philosophy; Law in Economy and Society* (M. WEBER). Pero ya muchos trabajos continentales eran conocidos a través de la *Modern Legal Philosophy Series* (13 volúmenes, 1911-1922).

En la literatura italiana recordamos las traducciones de las obras de G. DEL VECCHIO: *The Formal Bases of Law* (n. 10 de la «Modern Legal Philosophy Series»); *id.*, *Philosophy of Law*, Washington, 1953, con intr. de D. F. BROWN; *id.* *Truth and Untruth in Morals and Law*, 39 «Iowa L. R.», 1953-54, pág. 16 (con introducción de R. POUND, que observa cómo «in the revived interest in natural law in the United States today he may better appreciated by those who seek a firm foundation for juristic thinking without being tied to hard and fast doctrines standing in the way of response to the exigencies of the life law has to govern», pág. 17).

Llegando a considerar, después, las corrientes realísticas sobre un plano propiamente especulativo, no nos atrevemos a compartir su actitud científíca en el estudio de la experiencia jurídica; un tal estudio, como está aclarando la especulación jurídica continental, es filosófico, a *parte subiecti*; tiene que mirar hacia la busca de los aspectos constitutivos del derecho evitando los dualismos. El realismo americano quisiera, en cambio, estudiar el derecho «científicamente», a *parte obiecti*; pero no nos da más que un principio regulador y normativo, considerando el derecho sólo en el momento de la lucha o desde el punto de vista de la «institución», concebida como un «entero» (*as a whole*). Empiezan a verse ya los primeros signos de intolerancia hacia una enseñanza puramente *técnica* del derecho; se reconoce que ésta es el resultado tanto de la introducción del *case-method* como del abandono de los problemas tradicionales referentes al valor y a la justicia. Un estudio como el del realismo americano no parece, por otra parte, habernos revelado verdades o certezas, pero ha hecho desviar el sentido de la distinción entre lo «jurídico», lo «político» y lo «social»; ni siquiera el estudio de la experiencia jurídica ha obtenido su contribución. No ignoramos la importancia que el realismo ha tenido como fuerza ideológica en el nuevo ajuste de la sociedad y del Estado, en el nuevo equilibrio entre los poderes. Pero, una vez cumplido este deber, puede ocurrir que se repita para el pensamiento jurídico americano la no insólita experiencia de aquel estudioso de derecho del cual nos ha hablado el decano de la Universidad de Columbia «que, no satisfecho de sus estudios, hizo incursiones en el dominio de la economía, de la filosofía, de la psicología, para volver, con una sensación de descanso, al más sistemático y ordenado estudio del derecho» (147).

ALESSANDRO GIULIANI

(147) Cit. en: «Journ. of Leg. Ed.», 1951, pág. 340.

BIBLIOGRAFIA

