

## ALGO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS JURISTAS

1

Suponga el lector lo siguiente: usted va a la tienda de comestibles y pone allí una grabadora en la cual se registra la conversación que se transcribe a continuación:

“Buenos días, señor Müller. —Buenos días, señor Schmidt. —¿Tiene usted arenques rellenos? —Sí, a 25 centavos por pieza. —Por favor, envuélvame usted 10. Tengo sólo un billete de \$ 10.00. —No importa, puedo cambiárselo: aquí tiene usted 7 pesos con 50 centavos y sus arenques. —Muchas gracias, señor Müller, buenos días. —Buenos días, señor Schmidt.”

Después se va usted a su casa y examina o analiza lo que quedó grabado. Primera pregunta: ¿negaría usted (como lo hizo Leibniz en su doctrina de las mónadas) la realidad de las relaciones?

Creo que esto sería apenas concebible. La grabación prueba la realidad de una relación entre el que habla y el que oye.

El hecho de que uno no pueda ver las ondas acústicas no cambia nada en la realidad de este asunto. Se habría podido, también, filmar el pago del dinero y la entrega de los arenques. Entonces, difícilmente, se podría dudar de la realidad del movimiento (como Zenón), aunque los pedazos de película sólo permiten ver las diferentes etapas en el proceso del movimiento, y no el movimiento mismo.

Ahora bien, afirmo que toda teoría jurídica habría sido mucho más sencilla si desde hace 2 000 años se hubiera poseído una grabadora y un rollo de película.

Segunda pregunta: ¿Impugnaría usted el carácter de realidad, de ser, del Derecho?

Esto no podemos hacerlo. En mi opinión, aquella audición proporcionada por la grabadora prueba el carácter de realidad, o de ser, de una compraventa al contado.

La cinta es la copia fiel de la compraventa; y cuando yo transcribo sus palabras, obtengo la copia fiel de la situación.

El texto escrito es un auténtico documento jurídico, un protocolo.

La película y la cinta magnética podría considerárselas como un documento natural, como un documento proporcionado por componentes físicos.

El desarrollo de una teoría jurídica científica resultaría muy dificultado a través de la historia por el hecho de que nosotros no podemos ver el movi-

miento ni el sonido, y de que no poseemos casi nunca documentos o testimonios naturales o físicos de las formas de aparición o presentación del Derecho.

Los documentos jurídicos tales como la demanda, la contestación a la demanda, la sentencia, el protocolo y la ley, son habitualmente los hechos que resultan más próximos a la realidad jurídica, y que nos proporcionan más a menudo nuestro conocimiento de primera mano de ella.

En esos documentos vive el Derecho, y podemos conocer mucho mediante ellos, y todavía aprender mucho más de ellos.

Si el Derecho fuese algo que viviera en nuestro corazón o que estuviese escrito en las estrellas, prácticamente nos sentiríamos desconcertados.

El documento jurídico tiene, para los juristas, la misma significación e importancia que la placa de Rayos X o su copia fotográfica para el cirujano.

Opino que todo lo que podemos ver u oír del Derecho son hechos carentes de sentido y ajenos al valor. Su sentido y su valor lo obtenemos tan sólo por virtud de la interpretación mediante normas. Ahora bien, esto significa una complicación por entero superflua de la teoría del Derecho; y significa que esta teoría trata de explicar los fenómenos de la vida jurídica partiendo de términos falsos.

Aclararé esto con mayor precisión más adelante.

## 2

Entre todos los documentos jurídicos mencionados en la sección precedente, la demanda coronada por el éxito es sin duda el más importante y el más verdadero.

El haber reconocido su valor constituye el máximo mérito del gran jurista Anselmo Feuerbach, quien, hace ciento sesenta años, elaboró el Código Penal Bávaro, en cuya parte especial se enumeran los delitos singulares, y ciertamente a través de artículos.

Cada artículo contiene los requisitos para una acusación válida.

Cuando hoy se produce un delito, el fiscal puede proceder inmediatamente a la acusación sin necesitar una larga búsqueda en tratados, colecciones de jurisprudencia y leyes, para saber cómo debe formular tal acusación. La ley constituye su formulario.

Este método fue perfeccionado por Ernst Beling, de Munich, hace cuarenta años.

A pesar de las obras de Portalis y Huber, falta hasta ahora en el campo del Derecho civil el gran legista. El código civil no tiene ninguna parte especial con un sistema de acciones; y, cuando un abogado quiere trabajar

aprisa y con éxito, debe coleccionar formularios de demanda, examinar la jurisprudencia y compilar para su bufete un libro de fórmulas.

Por lo que se refiere a los otros llamados instrumentos o documentos, quiero decir lo siguiente. La contestación a la demanda consta de una impugnación sistemática de los hechos aducidos en la demanda. Las más de las veces la sentencia puede tomar todas sus afirmaciones ora de la demanda o de la contestación a ésta.

Cuando, a través de los años, a demandas similares se reacciona con el mismo fallo, entonces se recomienda que el criterio de ese fallo sea recibido por la ley o incorporado a ésta. Así, la mayor parte de las leyes han aparecido de este modo, a pesar de que el lego piense que las más de las veces las leyes modifican el Derecho. En realidad, lo describen tal y como ya es.

Por razón de completar el examen, quiero mencionar, además, el protocolo y el contrato.

Supóngase lo siguiente. En la ciudad ocurrió un accidente de automóvil; y se procede a tomar declaración a los testigos oculares. El protocolo, el acta, muestra entonces la mayor de las veces que cada uno de los testigos percibió algo diferente.

Constituye un gran mérito para Husserl el haber sido el primero en mostrar que lo que el testigo individual ve, o cree haber visto, se halla condicionado en gran medida por sus anteriores experiencias en la vida. Un juez experimentado conoce muy bien este hecho.

(Otro gran mérito de Husserl consiste en haber descubierto las categorías semánticas. Sin embargo, dejando a un lado esto, creo que una teoría jurídica no resultará mejor o peor, según que el autor de ella haya o no leído a Husserl. El Derecho establece por sí mismo sus propias exigencias, sus propios requisitos.)

Un contrato, en tanto que informa sobre el pretérito, es un protocolo, es un acta. En lo que se refiere a sus efectos en el futuro, creo que un contrato no puede hacer otra cosa que originar demandas, o excluir éstas, y enumerarlas claramente.

### 3

Todas las mañanas el panadero y el lechero nos traen pan y leche. De las mercancías distribuidas de esta guisa, la mayor parte de ellas son pagadas prontamente. Esporádicamente acontece que un comprador se declare en quiebra y que el vendedor no pueda exigir coercitivamente el pago. Por consiguiente, se puede discutir sobre si la forma de nuestras leyes ("cuando el comprador no pague, será forzado a hacerlo") sea correcta.

En mi opinión, desde un punto de vista global es correcta.

Aquella frase informa sobre lo que se acostumbra en Holanda, y sobre lo que el juez hace habitualmente. Dicha frase es un enunciado sociológico.

Todo lo que hasta ahora hemos llamado ley, tiene esta forma.

Carlos Cossio habla de "peri-norma".

Ahora bien, hemos visto ya que no se trata de una norma.

(Kelsen no entiende correctamente esta frase, cuando la formula como norma de la manera siguiente: "cuando el comprador no paga, debe ser forzado a hacerlo".

Nada se gana al formularlo así.

Volveré de nuevo sobre este tema.)

Llamo norma, regla o Derecho, sólo las frases o proposiciones que tienen la siguiente forma normativa:

"El comprador debe pagar."

Respecto de esto. Cossio habla de endo-norma.

En mi opinión, donde quiera que sea posible, el legislador debe coleccionar todas las demandas en la parte especial de la ley. La demanda contiene plétora de información, y las más de las veces es todo lo que realmente sabemos del Derecho.

La mayoría de las veces el Derecho, sin embargo, no se agota con ello; y se tiene también necesidad de una parte general de la ley, parte general que contiene las reglas o endo-normas. Y ciertamente es así, porque no toda determinación puede formularse como peri-norma.

Por ejemplo, en los delitos se distinguen los puntos siguientes:

Preparación, tentativa, perpetración y último resultado.

La descripción del delito es la misma para las cuatro fases. Se estaría forzado a cuadruplicar la parte especial de la ley si no tuviésemos en la parte general reglas como la siguiente:

"Se puede castigar con más lenidad la tentativa."

En el Derecho civil vale además lo análogo para la equidad. Por ejemplo, se puede ceder casi todos los créditos. Además y aparte de la demanda del vendedor, del arrendador, del prestamista, etc., tendríamos que mencionar necesariamente en todas partes la demanda del cesionante, si no estuviese regulada la cesión en la parte general, mediante una endo-norma.

Por lo tanto, en tales casos consideramos enteramente legítima la creación de endo-normas. O, expresándolo con otras palabras: la parte general de las leyes no consta de líneas o renglones (en alemán, *Zeilen*; en inglés diríamos *sections*), sino de secantes (en alemán, *Spalten*; lo que en inglés se llamaría *cross-sections*).

#### 4

Supongamos lo siguiente: el señor Schulze recibe del abogado del señor Schmidt una carta que reza como se expresa a continuación:

Muy distinguido señor Schulze: En el sábado último usted jugó póker

con el señor Müller y con el señor Schmidt. En ese juego, usted perdió veinte pesos que debió pagar y pagó al señor Müller. Usted no tenía más dinero consigo. Después, usted perdió quinientos pesos pagaderos al señor Schmidt; y no se los pagó, a pesar de la reclamación que éste le hizo. Usted adeuda al señor Schmidt dicha suma y debe pagarla dentro de los tres días siguientes, pues de lo contrario tomaré las medidas necesarias.

¡El señor Schulze debe pagar! Esto es una endo-norma.

Según la opinión dominante, las normas forman un sistema; y el Derecho consta de normas. Según la teoría dominante, la norma otorga sentido y valor a los hechos carentes de sentido y ajenos al valor. Pero lo verdadero es precisamente lo inverso.

Si escuchamos una norma, si aprendemos una norma, no sabemos nada en absoluto sobre esto. Primero es necesario que la verifiquemos.

La norma que dice "Schulze debe pagar" es verdadera si, y tan sólo si: Schulze será obligado, forzado a pagar, cuando no pague voluntariamente. Ahora bien, puesto que no hay ninguna sensación para las deudas de juego, y, consiguientemente, tampoco hay la posibilidad de demanda alguna para reclamarlas, nuestro Derecho no conoce la norma arriba mencionada.

Por eso, Schulze podría pensar: "Yo puedo retirar el pago que hice a Müller" —pero sucede que esta norma tampoco existe. Nuestro Derecho no proporciona en tal situación ni para dicho caso, sanción alguna, ni tampoco la posibilidad de ninguna demanda.

Los hechos carentes de sentido y ajenos de valor de la vida jurídica (sanción, demanda y proceso) determinan, pues, lo que significa una norma y el valor que ella tiene.

Cuando se da en el proceso por primera vez una nueva sanción, entonces una nueva norma recibe su certificado de nacimiento; y cuando su última sanción queda abolida, entonces la norma obtiene su certificado de defunción.

Sin embargo, se comprende fácilmente por qué hay necesidad de normas.

Voy a enunciar algunas afirmaciones sociológicas correctas, para mostrar que de ellas no se puede derivar ciertas consecuencias, que habitualmente son erróneamente formuladas. Veamos las siguientes afirmaciones sociológicas correctas: no todos los compradores pagan; no todos los compradores que no pagan son forzados a ello; Max es un comprador y Max no paga.

Pues bien, de esos enunciados, no se puede derivar la siguiente consecuencia:

Max será forzado a pagar.

Pero si introducimos otras normas, a saber, las siguientes, entonces las consecuencias varían.

Si introducimos los siguientes enunciados:

Todos los compradores deben pagar;

Max es un comprador y Max no paga.

Entonces podemos decir, sin más: Max debe pagar.

Por lo tanto, se tiene que inventar las normas. La expresión “deber ser” es una construcción lingüística auxiliar. La frase con “deber ser” es un signo lingüístico. Los lingüistas hablan de meta-lenguaje, que se remite a otras palabras, las cuales describen la realidad. Los lingüistas hablan respecto de este punto del objeto del lenguaje, respecto de lo cual vale la siguiente definición:

$X$  debe ser  $F$ ; por lo cual, si  $X$  no hace  $F$ , entonces será forzado a ello.

Aunque con la grabadora de sonido podemos recoger discursos en el lenguaje habitual, que contienen la expresión “deber ser”, no es incorrecto decir que las normas no describen ninguna realidad, sino sólo palabras. Pero sería falso derivar de eso que la ciencia jurídica no tiene ningún carácter de realidad o de ser y que no habla de la realidad.

## 5

Gottlob Frege fue un gran matemático y un gran lógico. Fue el maestro de Husserl; y fue también el primer investigador que obtuvo resultados en la semántica.

A él se debe la siguiente definición del sentido (en alemán *Sinn*; en inglés, *intension*) y de la significación (en alemán, *Bedeutung*; en inglés, *extension*): Si temprano por la mañana oteo por la ventana de mi cuarto y digo: “Mira, ahí está el lucero vespertino”, hiero o lesiono el sentido de este enunciado, pues por la mañana, esa estrella es indicada con la expresión “lucero matutino”. Pero no hiero o lesiono la significación, ni una ley de la astronomía, pues con las expresiones “lucero matutino” y “lucero vespertino” se designa igualmente el mismo planeta Venus.

La mayor parte de los juristas se pregunta siempre por el sentido de una ley; y son los menos los que se preguntan por su significación. Mientras los juristas no pasen al campo de la significación, no tendremos una verdadera teoría científica.

Supóngase lo siguiente: El Parlamento y el Jefe de Estado aprueban una ley que no contiene sanción alguna, que pueda aplicarse de modo forzado, efectivamente, o una ley que provoca la repulsa general, hasta el punto de que los funcionarios no la aplican, de suerte que queda en pura letra muerta.

Esto sucede mucho más frecuentemente de lo que supone el lego o incluso el jurista. (Véase, por ejemplo, Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*.)

Los juristas, que reaccionen con vistas al *sentido*, dirán: “El Derecho es lo que la ley ha mandado.” Sus palabras son enteramente claras. Los

juristas que reaccionen en vista a la *significación*, dirán: Lo que el legislador imaginaba se ha convertido en una especie de Derecho Natural, que no tiene validez en ninguna parte. En mi patria es Derecho la costumbre que después de la promulgación de la ley se ha consolidado real y efectivamente con la tolerancia de las autoridades.

Es un desiderátum de todos los legistas que la legislación se desenvuelva más a menudo por el mismo camino de la realidad y coincida con la situación efectiva. Casi nunca se abroga expresamente una ley; pero a metros de altura queda el andamio de leyes que prácticamente han sido olvidadas.

## 6

Cuando se tiene que decidir sobre un conflicto jurídico, casi todas las gentes, e incluso la mayor parte de los juristas, preguntan: "¿Qué es lo que aquí es Derecho?" Para contestar esta cuestión se inspiran, la mayor parte de las veces inconscientemente, en la teoría y el método definitorios, que enseñan: lo que es Derecho permanece firmemente como tal. Se tiene tan sólo que descubrirlo y definirlo.

Considero esta opinión como falsa y como muy peligrosa y desgraciada en la práctica, por las siguientes razones.

En un Estado moderno, sobre la cuestión "¿Qué es lo que aquí es Derecho?", tiene que decidir no el jurista (ni siquiera un jurista muy eminente) sino la mayoría de los electores.

La mayoría de esos electores es nuestro soberano.

El voto de cada elector individual, tiene tanto valor, para responder a esa pregunta, como el voto del presidente del Tribunal Supremo, o como el voto del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad.

Antes de que nuestro soberano haya hablado, no hay nada firme, no hay nada establecido sólidamente, sobre lo que sea Derecho respecto de la cuestión planteada.

Toda pregunta singular puede formularse de tal modo que quepa contestarla con un *sí* o con un *no*. Toda pregunta singular es contestada con un *sí* por algunos hombres, y es contestada con un *no* por otros. Cuál sea el partido que consiga la mayoría, constituye un hecho que varía de país a país.

En México un automóvil corre por la derecha de la calle, mientras que en Londres, por la izquierda. La mayor parte de decisiones de ese tipo se han pronunciado desde hace siglos. Si, por ejemplo, hoy acontece un accidente de tránsito, entonces el juez de la ciudad de México, o el juez de Londres, no tiene que decidir si es correcto que en México el tránsito circule por la derecha y en Londres por la izquierda. En la práctica se preguntará

al juez sólo sobre las consecuencias del hecho de que en México el tránsito circule por la derecha.

Por ejemplo, el juez dirá lo siguiente: en México un automóvil debe rebasar a otro, sólo por el lado izquierdo. Al juez no se le pregunta sobre la verdad primaria, sino solamente sobre la verdad derivada.

O, diciendo lo mismo con otras palabras:

La teoría definitoria es falsa.

No hay un Derecho válido en todas partes y siempre, que tenga que ser tan sólo descubierto. Hay únicamente Derecho nacional.

El Derecho nacional es no sólo definido por el soberano, sino también creado por éste, es decir, impuesto por éste.

Los juristas en las tareas de la construcción y de la puesta en vigor del Derecho nacional, no tienen papel dominante alguno, antes bien, tan sólo una *función servicial*.

Los juristas construyen o redactan las demandas, las contestaciones y los fallos, tareas por virtud de las cuales son responsables de que nuestro sistema legal funcione correctamente.

Por eso y para eso somos legistas y nos preguntamos: ¿Cómo construimos aquí nuestro sistema legal? Defendemos la teoría y el método constructivo, que enseñan que el Derecho es fabricado por unos hombres, y que los juristas somos consiguientemente responsables de que el sistema de la legislación nacional funcione.

## 7

En un proceso histórico se decidió lo que nuestro Derecho es. Este proceso no trabaja de un modo lógico. Y, consiguientemente, nuestro Derecho no es lógico.

Si se es partidario de la teoría definitoria, entonces la mayoría de las veces se dice que la lógica no tiene ninguna influencia sobre nuestro Derecho.

Si se es partidario de la doctrina constructiva, entonces la cosa es diferente. Conocer *si* y *cuándo* debe funcionar el sistema de la ley, esto constituye un problema de la vida, que no se puede tratar mediante un método lógico.

Por lo tanto, no podemos por menos de saludar contentos el hecho de que en nuestra época haya cada vez un mayor número de juristas que se planteen la siguiente pregunta: ¿Cómo logificamos nuestro Derecho?

Este problema ha sido planteado en varias áreas del mundo presente, a saber, en las siguientes:

En la escuela del profesor Layman E. Allen, de Yale.

En la escuela del profesor Eduardo García Máynez, de México.

En la escuela del profesor Carlos Cossío, de Buenos Aires, la cual, lo mismo que las anteriormente mencionadas, investiga la lógica del Derecho.

En la escuela del profesor C. Perelman y de R. Feys, de Bruselas.

Y en la escuela del profesor Norberto Bobbio, de Turín.

Hay también muchos otros investigadores que trabajan, cada uno por su cuenta, sobre este tema.

La mayoría está todavía bajo la influencia de la doctrina definitoria.

El que hace cuarenta años era llamado "jurista conceptualista" es llamado hoy, la mayoría de las veces, "cultivador de la lógica jurídica".

El punto de vista del jurista conceptualista está por entero justificado.

Sin embargo, no se debe olvidar que el trabajo de desarrollar una doctrina jurídica lógica, cerrada, sencilla y correcta, es muy difícil y supone largos años de experiencia jurídica.

Si en el futuro las facultades o escuelas de matemáticas producen más matemáticos bien entrenados, que quieran ayudar a logificar la teoría jurídica, podremos contar con muy graves decepciones.

Los lógicos proyectarán y desenvolverán muchas vestiduras, muchos trajes, cuyo tejido y corte satisfará a las escuelas y facultades de matemáticas. Pero en cuanto al problema de si ese vestido se adecuará a nuestro Derecho, los matemáticos, los cuales poseen poca preparación jurídica, no serán capaces de proporcionar ayuda ninguna.

## 8

Imaginémonos que se produjese el siguiente caso absurdo: los fiscales y los jueces reclaman o exigen un aumento de sueldo; y, como no lo consiguen, deciden declararse en huelga el próximo lunes.

La consecuencia directa de eso sería que ya en el próximo miércoles reinaría en el país una total anarquía.

Quien se acuerde de los días de la revolución o de la ocupación enemiga, puede confirmar esto.

Aunque la mayoría de los hombres opine que ellos son decentes y honrados por naturaleza, es un hecho patente que la moral pública depende de la eficacia de los tribunales y es producida por éstos.

La doctrina que sostiene que el Derecho procede de la moral es falsa. En realidad, es la moral la que procede del Derecho.

La moral tiene como tema la siguiente cuestión: ¿Qué es bueno desde el punto de vista ético?

A esta cuestión se ha dado respuestas diferentes por las cuatro escuelas principales.

El formalista dice: debes hacer lo que la ley manda.

El iusnaturalista dice: debes hacer lo que la ley debiera mandar.

El naturalista dice: debes hacer lo que señala la costumbre.

El utilitarista dice: debes hacer lo que la costumbre debiera señalar.

Ahora bien, el Derecho es independiente de todas esas escuelas. El Derecho posee su propia teoría ética: la doctrina de la buena fe.

La expresión "buena fe", es una creación de la escuela estoica que ha seguido perdurándose.

Yo describiría la doctrina de la buena fe mediante las dos definiciones siguientes:

1)  $X$  debe  $F$  —por lo cual, si  $X$  no hace  $F$ , entonces  $X$  será perseguido (la mayor parte de las veces).

2)  $X$  actúa de buena fe —por lo tanto,  $X$  hace lo que él debe hacer.

De esas definiciones, se desprende claramente que cada resultado de nuestra reflexión depende de una frase del lenguaje objetivo, a saber, de la frase "si  $X$  no hace  $F$ , será perseguido, la mayor parte de las veces".

Esta frase o proposición es verdadera o falsa.

Respecto de la proposición del así llamado meta-lenguaje " $X$  debe  $F$ " no sabemos si es verdadera o falsa. Esa proposición, por así decirlo, compra un gato encerrado dentro de un saco.

De la frase del así llamado meta-meta-lenguaje " $X$  es bueno" o actúa de "buena fe", sabemos todavía menos. Podemos comparar esa frase con una especie de "vale" o "bono", que nos conceda el derecho de retirar un saco cerrado.

Ésta fue también la opinión de Hobbes, quien decía: "Las palabras son fichas de juego; y sólo el tonto las considera como moneda efectiva al contado."

El ejemplo que puse arroja clara luz sobre las dificultades de la filosofía y también de la filosofía del Derecho.

La filosofía intenta ordenar el meta-meta-meta-lenguaje, de tal modo que se pueda construir un claro lenguaje científico. Éste es el punto de vista desde cual debemos juzgar sus esfuerzos. Quien en este asunto no ejerza la necesaria modestia y reserva, llegará fácilmente a la opinión de Cicerón, quien decía que ninguna opinión es tan tonta que no haya sido expresada alguna vez por algún filósofo.

## 9

La ciencia crea valores.

Muchos juristas son idealistas y desean servir al ideal de la justicia. Muchos contemplan una *Pax Romana*, que aporte una situación pacífica.

Yo creo que si nuestra máquina legal funciona tranquila y quietamente, se realizará nuestra libertad personal.

No considero que eso sea un punto insignificante.

Pero se debe ver claramente que la ciencia engendra esos valores, sin que los científicos hablen de ello en su trabajo, y sin que en absoluto el jurista posea teorías sobre ello.

La ciencia es internamente ajena a los valores, es carente de valores.

El médico nada tiene que hacer con los sanos y con la salud.

El físico trabaja con ondas o rayos; pero no con "la" naturaleza.

El jurista no posee ninguna definición del Derecho ni de la justicia, con las cuales pueda emprender algo. El jurista trabaja con demandas, fallos y leyes.

Creo que el bien existe; y un signo de ello lo tendremos en el hecho de que el Derecho se convierta en una auténtica ciencia.

## 10

En este artículo he intentado desenvolver una teoría del Derecho empírica, legística, realista, extensional, constructiva, lógica, autónoma, y ajena a los valores. Tengo clara conciencia de que todo jusfilósofo puede pensar de modo diferente sobre cada uno de los temas aquí tratados. Sin embargo, creo que mi teoría puede ser recomendada, dado que es una teoría simple, sencilla y cerrada, y que cada una de sus proposiciones puede ser verificada.

F. PARADIES

(trad. de L. Recaséns Siches)