

DOS IUSNATURALISTAS NORTEAMERICANOS DE NUESTROS DÍAS: CAHN Y BODENHEIMER

I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. EL SENTIDO DE LA INJUSTICIA DE
EDMOND CAHN. III. TEORÍA Y AXIOLOGÍA JURIDICAS DE
EDGAR BODENHEIMER

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Durante la segunda Guerra Mundial se empezó a desenvolverse lo que podría llamarse el *segundo renacimiento* de la axiología jurídica en el siglo xx; y desde 1945 hasta el presente, ese resurgimiento de la Estimativa del Derecho no sólo se ha reforzado más y más, sino que ha ensanchado enormemente su área. Y ese segundo renacimiento de los temas axiológicos en la Filosofía jurídica se ha desenvuelto ya francamente bajo la advocación del Derecho Natural.

Claro que no se trata en modo alguno de intentos de restaurar, pura y simplemente, sin más, ninguna de las añejas escuelas de Derecho Natural, ni la Escuela Clásica Moderna (Grocio, Althusio, Tomasio, Puffendorf, etc.), ni la del Derecho Racional (Rousseau, Kant, Fichte), ni tampoco la doctrina escolástica (Santo Tomás, Vitoria, Soto Báñez, Suárez, etc.). Incluso muchos de los que se llaman a sí propios neo-tomistas, emplean en sus nuevas elaboraciones muchas inspiraciones de la filosofía del siglo xx (p. ej.: Scheler, Hartmann, existencialismo, etcétera).

Los nuevos iusnaturalismos de nuestros años constituyen la reacción filosófica contra las monstruosas atrocidades del Estado totalitario (de cualquiera de sus tres tipos: fascista, nazi y soviético).¹

Todas, o casi todas las nuevas doctrinas de Derecho Natural hacen especialísimo hincapié en la necesidad de articular las exigencias iusnaturalistas en el proceso histórico, y sobre todo en el mecanismo de la historicidad, que es esencial a todo lo humano.

Este artículo no versa sobre doctrinas declaradamente iusnaturalistas, sino sobre dos contribuciones de fecunda importancia, que sin intentar de modo inicial un propósito de nueva construcción de Derecho Natural, ponen de manifiesto, con gran energía, la necesidad de restaurar una estimativa jurídica, que implícitamente (la obra de Cahn) o de modo manifiesto (el

¹ Véase Luis Recaséns Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, 2ª ed., 1961, caps. 14 y 20.

pensamiento de Edgar Bodenheimer) desemboca en una nueva área iusnaturalista.

Las aportaciones de Cahn y Bodenheimer tienen muy impresionante significación, por el hecho de que esos dos pensadores norteamericanos partieron de un nivel en parte empírico, en parte pragmático, y en todo caso sociologista, y, al proseguir sus análisis y ahondar en sus meditaciones, se vieron lanzados a un plano de axiología fundada en cánones ideales. El segundo, Bodenheimer, lo reconoce explícitamente. Cahn no lo declara de modo expreso, pero, en fin de cuentas, se desenvuelve con apoyo en un plano de criterios ideales, y de alusiones a la naturaleza de hombre. Cierto que lo mismo acontece con la obra monumental del gran patriarca de la Filosofía del Derecho en los Estados Unidos en el siglo xx: Roscoe Pound.²

II. EL SENTIDO DE LA INJUSTICIA DE EDMOND CAHN

1. *Caracterización general de la obra de Edmond Cahn: la vía del sentido de la injusticia.*
2. *Poder y justicia.* 3. *La libertad y el orden.* 4. *Seguridad y cambio.*

1. *Caracterización general de la obra de Edmond Cahn: la vía del sentido de la injusticia*

La obra de Edmond Cahn,³ profesor de New York University, en última instancia y en el fondo, puede ser considerada como una nueva contribución al renacimiento del iusnaturalismo. Edmond Cahn no se manifiesta en modo alguno en pro de un retorno a la idea del Derecho Natural, probablemente por sentirse en alguna medida cohibido por el ambiente de la filosofía pragmatista y por la presión todavía existente de las corrientes empíricas. Sin embargo, todo su pensamiento se encamina a la búsqueda de la idea de justicia, así como de los criterios objetivos implicados por ésta.

“Sin duda la justicia —dice Cahn— es un valor ideal de jerarquía suprema, pero sus encarnaciones positivas se hallan tan profundamente entremezcladas y fundidas con otros valores e intereses, que resulta difícil abstraer de ese complejo la idea de justicia enteramente definida. Generalizando desde normas y sentencias particulares no conseguiremos nuestra meta, porque ¿de qué modo podríamos discriminar los ejemplos seleccionados de suerte que cu-

² Son en gran número las obras de Roscoe Pound, pero su pensamiento y la casi totalidad de sus aportaciones figuran en articulación sistemática en su tratado en cinco volúmenes *Jurisprudence*, West Publishing Company, Saint Paul, Minn., 1959.

³ Las principales obras de Edmond Cahn son: *The Sense of Injustice: An Anthropocentric View of the Law*, New York University Press, New York, 1949; *The Moral Decision: Right and Wrong in the Light of American Jurisprudence*, Indiana University Press, 1955; nueva ed.: Midland Book, 1959; *The Consumers of Injustice*, Reprinted from “Social Research”, Summer, 1959; *Supreme Court and Supreme Law*, edited by Edmond Cahn, Indiana University Press, Bloomington, 1954; *The Predicament of Democratic Man*, Macmillan, New York, 1961.

piese considerarlos como enteramente *justos*?" Pero si es difícil abstraer en toda su pureza la idea de justicia, en cambio, poseemos una guía bastante segura en lo que cabe llamar *el sentido de la injusticia*. Este sentido se manifiesta de un modo claro y frecuente. Es un fenómeno familiar y observable. La manifestación de ese sentido nos hace comprender el modo como surge la justicia y cuál es su propósito en la vida humana. Cahn prefiere referirse no tanto al sentido de justicia como más bien al sentido de injusticia. Es así, porque la "justicia" ha sido velada por las obras iusnaturalistas en tan gran medida, que éstas nos traen a la conciencia una especie de relación ideal, o de situaciones estáticas, o un conjunto de pautas normativas, preceptivas. Ahora bien, lo que más importa es averiguar qué sea la justicia desde un punto de vista *activo, vital, y experimental* en las relaciones de los seres humanos. "Mientras que la justicia habitualmente se piensa como un modo o condición ideal, y, por tanto, la respuesta humana a ella será meramente contemplativa. . . , en cambio, la respuesta a un ejemplo de justicia, real o imaginario, representa algo por entero diferente: está animado por una especie de movimiento, por una especie de calor en la conciencia." Por este camino, la justicia aparece no como un ideal abstracto, no como una determinada situación pensada, sino como una actividad: en este sentido la "justicia" significa el *proceso activo* para remediar o impedir aquello que suscita la reacción del sentido de injusticia. A través de una serie de impresionantes ejemplos, Cahn encuentra de nuevo los siguientes valores: paridad ante la ley, igualdad en los derechos fundamentales, la proporcionalidad que premia el mérito y castiga el demérito, la dignidad de la persona humana, la certeza, la seguridad, la regularidad, la protección a las expectativas normales, el criterio objetivo de las sentencias judiciales y de las decisiones administrativas, etcétera.

El sentido de la injusticia constituye un factor general que opera en el Derecho. Entre sus múltiples facetas figuran las exigencias de igualdad, la toma en consideración de los merecimientos, la dignidad humana, la adjudicación debida, la limitación del gobierno a sus funciones propias, y el cumplimiento de las expectativas comunes. Se trata de facetas y no de categorías. Esas facetas se entrecruzan mutuamente, y no agotan la totalidad del sentido de la injusticia. Son sólo aspectos, pero no partes, del sentido de la injusticia. Aunque muchos de esos aspectos tienen índole ética, no son exclusivamente éticos: al actuar como factores en la formación del Derecho positivo, adquieren una dirección especial y una forma calificada por el pasado histórico y por las situaciones presentes, de acuerdo con las necesidades del sistema jurídico; y son modificadas una y otra vez por el factor de la sanción. Un impulso ético al cual se añade una sanción jurídica, no es enteramente lo mismo que lo que era antes: su contenido y su intensidad deben reducirse al tamaño de su nueva responsabilidad.

Cahn no se atreve a afirmar rotundamente que esos aspectos de la justicia

sean universales. Reconoce, sin embargo, en ellos, algunas dimensiones de universalidad, junto a otras dimensiones condicionadas por las particularidades del Derecho positivo. Las dimensiones universales, que son restringidas, se proyectan en más extensas especificaciones por obra del Derecho positivo. A Cahn le preocupa no tanto el origen o el fundamento de esas pautas o aspectos que se revelan *a contrario*, por virtud del sentido de la injusticia, cuanto más bien los productos o efectos beneficiosos que se puedan conseguir por virtud de la iluminación operada gracias a ese sentido. Las reacciones simpáticas de ultraje, horror, repugnancia, resentimiento y cólera, esas reacciones afectivas, preparan al animal humano para resistir los ataques. La naturaleza nos ha equipado a todos los hombres para considerar la injusticia cometida con otro como una *agresión personal*. Mediante una empatía misteriosa y mágica, mediante ese intercambio imaginativo, cada quien se proyecta a sí mismo en la persona del otro, no meramente por piedad o compasión, sino con el vigor de la autodefensa. La injusticia se convierte en un asalto, en un atraco; y el sentido de la injusticia es el instrumento por cuya virtud el hombre descubre el ataque y se prepara a la defensa. El animal humano está predispuesto a luchar contra la injusticia.

A pesar de las diferencias en cuanto a cultura y situación histórica, nuestra conciencia no se halla necesariamente oscurecida o adormecida por tales diversidades, pues la fatalidad de que fue víctima Sócrates sigue amenazando los pensamientos de todas las generaciones sucesivas. Mientras que hay peligros sólo peculiares de determinadas situaciones históricas, hay otros que amenazan constantemente en todas las regiones del globo y en todas las épocas de la historia, por ejemplo, jueces corrompidos y pasiones del populacho.

Según Cahn, el sentido de la injusticia aparece como una mezcla indisoluble de *empatía* y *razón*. Sin la razón, no podría servir los fines de la utilidad social. Una parte de la experiencia del sentido de la injusticia es *emocional* —íntima, cálida—; pero otra parte es *racional*, la cual permite el crecimiento, el progreso y la acumulación.

Cahn sostiene que el Derecho se convierte en útil por ser justo, porque la *justicia crea y produce utilidad*. Por el contrario, la injusticia es algo pernicioso y derrochador desde el punto de vista práctico.

A diferencia de muchos iusfilósofos norteamericanos contemporáneos, Cahn atribuye *primaria importancia* a las *normas jurídicas generales*, porque la existencia de ellas evita que muchos conflictos lleguen a los tribunales, y porque el mero hecho de estar vigentes confiere seguridad y significación a un gran número de relaciones interhumanas. Además, la existencia de las normas jurídicas generales vigentes suscita actitudes de creencia, de fe y de seguridad. Claro que todo eso no impide que, incluso con alguna frecuencia, las normas generales fracasen como criterios para la resolución no litigiosa de algunos problemas. Al fin y al cabo las normas generales no deciden ellas

por sí mismas los conflictos que puedan producirse. En muchos litigios la comprobación y calificación de los hechos tiene un enorme alcance, a veces decisivo. Por otra parte, en los litigios se suscita el problema importantísimo de elegir cuál sea la norma adecuada para resolverlos. En fin de cuentas, observa Cahn —y este punto tiene evidente acierto y fundamental significación—, el hallazgo de los hechos y la determinación de cuál sea la norma aplicable son momentos *íntimamente correlacionados*.

Después de comprobar los puntos últimamente aludidos, Cahn se pregunta respecto de cuál sea la situación en que quede la seguridad por la cual se supone que deben velar las normas jurídicas. Los principios jurídicos desempeñan algunas valiosas funciones de justicia, tales como la igualdad y el cumplimiento de expectativas legítimas. Pero asimismo es verdad que las normas jurídicas pueden a veces ser injustas, inicuas y opresivas. ¿Cómo puede resolverse tal conflicto? Quizá se tiene la impresión de un conflicto porque se parta de una falaz creencia de que las normas jurídicas son el Derecho. Pero esta creencia es incorrecta. *Las normas jurídicas no son el Derecho*, antes bien, son sólo *instrumentos de éste*. Las normas jurídicas son implementos mediante los cuales la justicia opera en el Derecho; pero son instrumentos no sólo de la justicia, antes bien, son asimismo utensilios al servicio de una variedad de otros intereses humanos, algunos muy altos, otros más bien terrenales. Mediante el mecanismo de las normas jurídicas, cada uno de esos impulsos busca satisfacción máxima. Las normas jurídicas cambian y se acomodan no meramente al compás del flujo y movimiento de las fuerzas históricas, sino también con nuevas formas sutiles de equilibrio entre aquellos intereses. Así, el sentido de la injusticia puede sobreponerse al deseo profesional de simetría, o puede ceder, al menos temporalmente, a la masa de algunas demandas económicas —sobre cuya validez juzgará más tarde o más pronto.

La *seguridad* en los asuntos humanos es uno de los impulsos más vigorosos en el Derecho; pero no puede prevalecer definitivamente a base de sacrificar la justicia.

Al fin y al cabo, la justicia es la meta a la cual los jueces tratan de servir, a pesar de lo estrecho de las vías que han sido abiertas para ellos, y a pesar de todas las fragilidades humanas. Aun limitados por fronteras tan angostas, los jueces habitualmente hacen todo lo que pueden para seleccionar los hechos y las normas, al propósito de lograr un resultado justo.

Nuevas necesidades sentidas en las relaciones interhumanas, junto con el sentimiento de protesta contra regulaciones inadecuadas —lo uno y lo otro combinados—, determinan cambios en las normas jurídicas. De tal guisa, los requerimientos del deber se convierten, en alguna medida, en fuerzas configurantes de la realidad del Derecho; y las formas y las funciones de las normas jurídicas varían de acuerdo con la transformación de sus fines. A pesar de los obstáculos con que a veces se tropieza, el sentido de la injusticia —y

las directrices positivas que *a contrario* derivan de él—, nunca se halla por entero dormido en el proceso de elaboración del Derecho, tanto en el legislativo como en el judicial. Ese sentido une la expectativa de *regularidad* a la expectativa de *equidad progresiva*, y requiere que ambos anhelos sean satisfechos en *el mismo proceso*.

2. Poder y justicia

En este tema tropezamos con la siguiente antinomia: Por una parte la pretensión de razón absoluta ha mostrado apoyarse sobre frágiles pies de barro. La desilusión producida por esto ha incitado a la adoración del poder. La razón sin el poder resulta impotente; pero el poder apartado de la razón resulta caótico.

Incluso el más odioso de los tiranos, si desea llevar a cabo sus propósitos arbitrarios, tiene que someterse a un cierto orden, tiene que introducir algún método en sus afanes caprichosos. Es decir, la exigencia de una cierta *regularidad* está requerida no sólo por la justicia sino también por el mero poder. El ejercicio del poder mediante el Derecho tiene que referirse a categorías bastante definidas de asuntos humanos, a relaciones que se repiten y que, mediante esa repetición, permiten establecer caminos discernibles. Tales *categorías* constituyen un elemento del poder jurídico, pues prescriben las rutas por las cuales éste puede viajar, y los fines que puede proponerse. Aun en el caso de que supusiéramos que el Derecho fuese tan sólo un mandato soberano, éste sería no obstante un mandato emitido en las cámaras de un cosmos dado, con sus predeterminaciones, sus hábitos y su pesada inercia. El déspota, a quien antes se aludió, se encontraría limitado por todas las motivaciones, en competencia, de sus súbditos (desde las religiosas a las meras concupiscencias materiales) y por todas las trabas de la organización gubernamental (desde las intrigas de partido hasta la escasez de papel carbón). Tal déspota tendría que dar sus mandatos a abogados y a jueces, subordinando su voluntad a todas las mallas y a todos los enredos de la semántica.

Pensemos incluso en que el más venal de los funcionarios, tratando de halagar al tirano, puede interpretar los decretos de éste de un modo demasiado estrecho o de un modo demasiado amplio; pero, a pesar de ello, no puede esclavizar el lenguaje que habla. Entonces, resulta que ni siquiera pensando en este caso límite se puede decir que el Derecho sea una mera voluntad soberana. En ningún caso puede decirse esto desde un punto de vista empírico que contemple los hechos tal y como son. Si el déspota, imaginado en el caso límite descrito, desea continuar en el ejercicio de su poder, tendrá que hallar los medios para establecer eficiencia y acatamiento, en suma, un cierto esquema de orden, dentro de su administración. Incluso un tirano tal

tendrá que depender de otras gentes, de otras organizaciones que será preciso conservar, cuya lealtad necesitará asegurar.

Hay que reconocer que la mayor parte de la legislación en cualquier país intenta satisfacer todos aquellos sutiles y complejos impulsos, algunos sensatos y otros arcaicos, unos egoístas y otros altruistas, cuyo conjunto está comprendido dentro del Derecho. Por eso cabe decir que una gran parte de la legislación responde a millones de importantes y minúsculos soberanos, pues quien quiera que posee mente, músculos, aptitudes, o propiedades, es *por tanto* un soberano, capaz de imponer su voluntad sobre otros a través de medios jurídicos.

El Derecho no es solamente un antecedente lógico de la autoridad del soberano, sino que, además, reacciona sobre esa autoridad, modelándola y estructurándola.

Algunas instituciones sociales y jurídicas pueden ser borradas por convulsiones revolucionarias; pero otras parecen ser tan indelebles como los contornos de una costa marítima y cambian a un *tempo* geológico, es decir, superlativamente lento.

El nivel más bajo del poder estatal es aquel que requiere una aplicación continua de la fuerza, por ejemplo: el poder de un ejército conquistador.

El nivel siguiente puede ser llamado poder de *sumisión*, pues está caracterizado por la actitud pasiva del pueblo.

Un nivel más alto del poder está constituido por el hecho de que el gobierno tiene el *consentimiento de los gobernados*. Este consentimiento no implica necesariamente de un modo exclusivo técnicas democráticas o representativas, pues ha habido regímenes autoritarios que contaron con el apoyo del consentimiento de los gobernados, cosa que sucede cuando éstos consideran que el poder emana de una fuente estimada como legítima.

Pero hay todavía un nivel más alto de poder político, a saber: el del *asenso*. A este nivel la autoridad es ejercida con la concurrencia activa de los gobernados, quienes participan en la formulación y ponderación de las medidas, e influyen sobre el desarrollo del Derecho. Ésta es la fase que se da cuando existe un electorado ilustrado y alerta, cuando existe el hecho de una opinión pública informada y actuante. *Sólo a este nivel es posible la síntesis entre justicia y poder.*

Sin embargo, el *sentido de la injusticia* no espera, para manifestarse, el advenimiento de esta síntesis ideal, el triunfo lento del poder fundado sobre el *asenso* de los ciudadanos. Por el contrario, opera activamente *hacia la realización de esa meta*. En cualquier nivel de la soberanía, desde el más bajo al más alto, el sentido de la injusticia influye sobre los pensamientos y los actos de los seres humanos. Ni siquiera los tiranos y sus jueces pueden convertirse en insensibles a ese sentido, pues también ellos son seres humanos. Si los tiranos cometen atrocidades, con ello ofenden el sentido de la injusticia

y, a su vez, con ello, suscitan impulsos contrarios a su régimen. Cuando un acto está sostenido única y exclusivamente por el poder, el ejecutor de ese acto pierde poder; mientras que, por el contrario, cuando está sancionado por virtud de la justicia, entonces gana en poder.

Así pues, justicia y poder están la una y el otro hondamente enraizados como factores reales del Derecho; y la una y el otro son finitos.

3. *La libertad y el orden*

Es maravilloso que los hombres, sujetos al hambre, a la enfermedad y al temor, puedan haber concebido la idea de libertad. Este bien es escaso en la experiencia humana; y, sin embargo, ha tenido una variedad de formulaciones en la historia del pensamiento. Todas esas formulaciones estuvieron influidas por los factores de tiempo y lugar; pero todas ellas fueron *tiros lanzados hacia el infinito* mediante un arco finito. Ahora bien, esos disparos apuntaron hacia un número relativamente pequeño de direcciones; y sus trayectorias resultan instructivas.

En las varias concepciones y formulaciones de la libertad se da el denominador común de que todas ellas la consideran como un *medio* para la realización de ciertos fines. ¿Cuál es el sentido de ese deseo de ser libre? Este deseo tiene varias manifestaciones y significaciones.

La primera manifestación activa de la vida biológica es la urgencia de salirse de las fronteras del útero materno; ya nacido, el infante tiene el impulso de mover libremente sus manos, brazos y piernas, y de respirar con franqueza.

A medida que el ser humano va madurando, su urgencia de ser libre impregna todos los planos de su existencia.

Ahora bien, es obvio que el tiempo, el espacio y las circunstancias son coordenadas de toda libertad operante. Así pues, resulta necesario encauzar por los canales de un determinado orden esos impulsos de libertad. Tal encauzamiento, sin embargo, no elimina el constante deseo de libertad, el cual permanece siendo un elemento actuante en todo complejo jurídico.

El deseo de libertad se manifiesta sobre todo en un deseo de movilidad, con independencia incluso respecto de los fines que se trate de alcanzar mediante esa movilidad. Por eso la leyenda nos cuenta que Prometeo seguía luchando contra sus cadenas. Si al liberarse iba a hacer algo bueno, o a producir daño, es algo inesencial a la idea de libertad.

Adviértase que el orden social que *limita* las áreas de movilidad, al mismo tiempo *hace posible un cierto ámbito de movilidad*.

La movilidad es esencial a la organización humana. El genio creador y progresivo del hombre está ligado a la movilidad. Pero, al igual que todos los conceptos de poder, la movilidad comprende tanto lo bueno como lo malo.

La libertad por sí misma es mera potencialidad. Desde el punto de vista jurídico la movilidad es deseable tan sólo porque es indispensable.

Cahn analiza los diversos aspectos y las varias proyecciones del movimiento. Estudia ante todo el movimiento de las cosas, en relación con los seres humanos; por ejemplo: los problemas implicados por la prohibición normativa del hurto; el movimiento de las cosas como objetos de consumo, de producción y de cambio; la sustituibilidad de ciertas cosas llamadas bienes fungibles; las responsabilidades creadas por el movimiento de ciertas cosas, como carruajes, automóviles, aviones, etc.; el movimiento intangible de las cosas en cuanto a su adquisibilidad y enajenabilidad; el movimiento futuro de cosas aún no disponibles; etc. Cahn estudia también los ordenamientos jurídicos que degradaron algunos seres humanos a la categoría de meras cosas, la esclavitud. Estudia asimismo las formas de matrimonio por medio del rapto de la novia.

En cuanto a movilidad de las personas, Cahn examina la movilidad horizontal, en el espacio, de lugar a lugar en la superficie de la tierra; y la movilidad vertical hacia arriba y hacia abajo en la estructura estratificada de la sociedad.

La movilidad horizontal —y cuanto más rápida tanto mejor— ha sido considerada como signo de nobleza. Por otra parte, en aspectos diferentes, la movilidad horizontal puede tener una connotación peyorativa: el vagabundo, el gitano, el nómada; o sentirse como molestia cuando se recibe la orden de circular, dada por el policía; o como desgracia como cuando se le arranca a uno de su solar por una orden de exilio o deportación. Sin embargo, en términos generales, la inmovilidad horizontal suele producir efectos psíquicos desastrosos. No es extraño que el hombre occidental, cuando se sintió capaz de traspasar las fronteras de su pequeño condado, no paró hasta haber cruzado los mares, descubierto las Indias, colonizado los territorios antípodas, y conquistado los polos.

El valor fundamental de la libre locomoción se refiere especialmente a la vida del individuo, y plantea para éste algunas cuestiones críticas: 1) ¿Puede el individuo emigrar a cualquier tierra de su elección? 2) ¿Puede trasladarse a donde quiera y vivir donde mejor le plazca dentro del país de su nacimiento o dentro del país de su adopción? 3) ¿Puede el individuo emigrar a su voluntad?

Al enfocar estas cuestiones nos encontramos con un sarcástico contraste entre los pronunciamientos hechos en el papel, por una parte, y la realidad cotidiana en los regímenes nacionales. Nos encontramos con la enorme paradoja entre las formidables técnicas de movilidad en nuestro tiempo, por un lado, y una relativa inmovilidad jurídica, por el otro.

Sin duda, el derecho a la libre locomoción dentro del propio país, a la emigración, y a la inmigración en otro, constituye un altísimo valor. Ya

Cicerón, Vattel y Jefferson *consideraron la emigración como un derecho natural*. Y, en nuestro tiempo, Lauterpacht ha dicho que “un Estado que niega a sus ciudadanos el derecho de emigrar se reduce a ser una prisión”.

En cuanto a la movilidad vertical, Cahn hace las siguientes observaciones preliminares. Hay movilidad hacia arriba o hacia abajo: 1) Cuando la sociedad total asciende o decae respecto a prosperidad, técnica y cultura. 2) Cuando el grupo social o económico particular al que pertenezca un individuo sube o baja en relación al balance total de la sociedad. 3) Cuando el individuo en su carrera personal asciende o desciende dentro de un grupo, penetra en otros grupos, o persigue un camino de aislamiento aparente —aunque no sea realmente efectivo.

Ahora bien, las estructuras jurídicas afectan gravemente a cada uno de esos tipos de movimiento vertical.

La legislación económica y fiscal puede enriquecer o empobrecer considerablemente a una sociedad.

El Derecho controla también el movimiento relativo de los varios grupos económicos: privilegios colectivos de los sindicatos obreros; protección o limitación de los *trusts* industriales o financieros; etcétera.

La altura de la moral colectiva de una sociedad, se manifiesta por el grado con que acentúe favorablemente el movimiento vertical hacia arriba. Una economía vigorosa, llena de autoconfianza, considerará las oportunidades para el ascenso individual dignas del costo de algunas tragedias incidentales.

El movimiento de las ideas, habitualmente llamado “libre expresión”, se alimenta de la tendencia a la rebeldía en el ser humano, quien experimenta profundo resentimiento por las prohibiciones. En términos históricos, sin embargo, la idea de que todos los hombres deben ser libres para comunicar cualquier idea, nunca ha sido popular entre las autoridades, especialmente cuando se trata de ideas con proyecciones prácticas. Las sociedades se hallan gobernadas siempre por una *élite* especial, *élite* que puede ser y ha sido, de los más diferentes orígenes y caracteres. Resulta, pues, que la crítica procedente de una fuente diversa de la *élite* gobernante, tropieza con graves obstáculos. Tropieza también con la defensa de intereses privados (p. ej., debe no violar las normas prohibitivas de la difamación); o tropieza con intereses públicos (p. ej., debe no implicar una incitación al motín).

La movilidad en la simple comunicación se especifica en los siguientes derechos:

1. Permanecer en silencio.
2. Expresarse oralmente o por escrito.
3. Persuadir o informar a otros.
4. No escuchar.
5. Expresarse escuchando o leyendo.

6. Ser persuadido o informado.
7. Recibir una variedad ideológica.

Los campeones de la libertad en siglos pasados se preocupaban, sobre todo, de los tres primeros derechos enunciados. Pero el crecimiento fabuloso de los medios de divulgación en nuestro siglo ha suscitado la preocupación por los otros cuatro puntos restantes. Hay que reconocer que el derecho de que lo dejen a un solo o en paz, si así lo desea, es el más comprensivo de los derechos, y el derecho más altamente valorado por el hombre civilizado, cual acertadamente dijo el gran magistrado de la Suprema Corte norteamericana Brandeis.

El derecho a recibir una variante ideológica va cobrando cada día mayor importancia, aunque haya obtenido escasa protección en la realidad. Con este derecho suelen interferirse la educación obligatoria, y la concentración de la propiedad de los periódicos y de las cadenas de radiodifusión.

Claro que, en fin de cuentas, la garantía más eficaz de esos derechos radica en las garantías de tipo procesal. Ciertamente éstas no implican la seguridad de un remedio o de una protección, porque, en definitiva, dependen de las características de las personas llamadas a impartir tales garantías, es decir, de los jueces.

Al final de otros análisis sobre problemas y limitaciones de la movilidad, Cahn advierte que la dificultad en estos estudios es que se enfoca el movimiento en términos de *grado*, sin tomar en cuenta la *dirección*. El *tempo* deriva su valor de su destino. Ahora bien, la mera movilidad nada nos dice sobre eso. Los valores supremos de la libertad deben ser medidos por una regla que la libertad no puede proporcionar. La libertad absoluta es un concepto amoral.

Desde luego, los hombres hambrientos no son hombres libres. Cualquiera que haya padecido hambre o enfermedad, sabe hasta qué punto en tales situaciones pueden producirse actitudes de egoísmo, de irascibilidad y de indiferencia respecto del prójimo. Pero es ilusorio esperar que la libertad pueda ser equiparada al hecho de un estómago lleno. Los gansos de Estrasburgo son alimentados más asidua y cuidadosamente que cualquier otra criatura; pero sólo para convertirlos después en *pâté*. Provisiones económicas mínimas constituyen una condición de la libertad, pero no la libertad misma. Esas condiciones sirven sólo para acometer el desenvolvimiento real de la libertad.

Las leyes de una democracia liberal revelan, reconocen y garantizan los atributos del hombre libre. Esas leyes suministran las sanciones jurídicas para esa libertad. Pero los atributos del hombre libre son anteriores a las leyes, en un orden lógico. En un orden práctico, tales atributos deben manifestarse como resultados de la actuación del Derecho, como consecuencias y

corolarios de éste, pues un orden libre puede construir las condiciones para su propia persistencia.

El afán de libertad se dirigía en el siglo XVIII optimistamente, a la conquista de la verdad. Pero el afán de libertad ha sido favorecido, después, también por un punto de vista contrario, por el reconocimiento de las ineptitudes y las fallas humanas. Pues si los hombres son miopes, y si la verdad es subjetiva, entonces no hay ninguna opinión humana con derecho a pretender un monopolio del mercado intelectual. Debe haber "libre competencia", incluso en la venta de mercancías ideológicas, para que tal vez los clientes puedan encontrar alguna opinión aceptable. Desde este último punto de vista no es la fascinación de la verdad, antes bien, un profundo escepticismo lo que hace libres a los hombres. Sin embargo, Cahn considera esta antítesis, entre fe optimista y desesperanza cínica, como algo históricamente incorrecto, aunque ella puede servir en alguna medida para aclarar la idea de libertad. El punto de vista de la democracia liberal parece más bien constituir una posición en algún modo intermedia entre el optimismo fanático y la desesperanza pesimista.

En todo caso, el postulado primario de la libre expresión es el *suponer buenas intenciones en todos los ciudadanos*. Este postulado comprende los puntos siguientes: 1) Que los oradores con buenas intenciones superarán en influencia a aquellos animados por malos propósitos. 2) Que los ciudadanos que escuchan tienen la suficiente buena intención propia para desear ser persuadidos por lo mejor. 3) Que el orador y el público son capaces racionalmente de distinguir entre lo mejor y lo peor. 4) Que los hombres tienen suficiente albedrío para seguir aquello que han reconocido como bueno.

La libre expresión sirve para reducir el agravio interior contra la sociedad, el resentimiento subconsciente por la monotonía y la disciplina, y la amargura por no haber conseguido realizar lo que se deseaba. Por estos caminos, la libertad de expresión puede reforzar un deseo latente de hallar compromisos viables, de tolerar, e incluso de proteger, la oposición; y puede fomentar la esperanza de hallar reconocimiento de la propia individualidad única.

El sentimiento de la injusticia es el instrumento a través del cual la libertad construye sus valores morales y sus demandas respecto del Derecho. El sentido de la injusticia es la mezcla indisociable de razón y endopatía (esto es, proyección sentimental) en la institución humana por medio de la cual los hombres son capacitados para descubrir, resistir y repeler la amenaza de una injusticia. Este sentido de la injusticia se manifiesta en un intercambio imaginado, en el cual, dentro de los límites de lo subjetivamente relevante, se identifica un ataque injusto contra otro como una especie de amenaza o peligro para la propia persona. Este intercambio suscita reacciones emocionales y glandulares, que capacitan a los hombres para resistir contra el asalto.

Así, el sentido de la injusticia equipa a una persona humana con lo necesario para aumentar progresivamente el ámbito de su propia carrera, y para sobrevivir y crecer en una comunidad de experiencia, que va extendiéndose más y más. Sin tal sentido de la injusticia, el hombre se hallaría encerrado dentro de las murallas de su celda psíquica. Con este sentido, el hombre se convierte en un *congénere* espiritual.

El mero enunciado de los principios de la libre expresión constituye una especie de citatorio, o de emplazamiento, o de estímulo, para el sentido de la injusticia. El mero aserto del derecho a la libre expresión indica que el sentido de la injusticia ha operado como un estímulo. El reino de la libertad, por consiguiente, está destinado para pueblos que se hallan dispuestos a repeler la injusticia y a protestar contra ella. El hombre democrático confiere dignidad a la libertad en la medida en que su sentido de la injusticia se ha refinado y se ha cultivado, de modo que otorgue a esa libertad un propósito positivamente moral.

Ahora bien, el Derecho mismo puede contribuir a estimular el sentido de la injusticia y, por consiguiente, a sacar de éste consecuencias y directrices positivas.

El orden jurídico de un régimen despótico, lejos de educar a los ciudadanos, provocará en éstos una actitud de desprecio. Pero, cuando en el orden jurídico encarnan valores éticos, y cuando éste se ajusta a las necesidades del pueblo en un cierto tiempo y en un lugar determinado, entonces el Derecho adquiere una función educadora.

Ahora bien, sucede que en la medida en que la existencia de un Derecho vigente, que en sus términos generales resulte correcto, contribuya a la educación para cobrar mejor conciencia de los valores, con esto se afina la perceptibilidad de los ciudadanos para sentir de modo más agudo las injusticias eventuales o pequeñas que puedan producirse o aparecer en el horizonte.

Las lecciones específicas que pueden sacarse de un orden jurídico, alta y correctamente elaborado, rara vez pertenecen a principios sustantivos o de contenido, pues éstos cambian a tenor de las circunstancias y de la aparición de nuevas necesidades y de nuevas demandas. Las lecciones pertenecen más bien a la forma, a las actitudes humanas y a la orientación del ciudadano en el Estado. Entre esas lecciones se podrían destacar las siguientes:

a) *Precisión*. El Derecho establece categorías definidas y claras para una serie de tipos de conducta, con lo cual se logra claridad y, al mismo tiempo, facilidad para la realización de valores éticos.

b) *Flexibilidad*. El Derecho no ha sido fabricado solamente para los hombres, en tanto que género humano, antes bien, para hombres individuales. Por eso, muchas veces *es necesario romper las leyes silogísticas*. Hay muchos ejemplos que demuestran que la razón pura no es en modo alguno un instrumento adecuado para el Derecho.

c) *Realismo*. Será vulnerable cualquier norma jurídica que intente operar sólo de acuerdo con las apariencias, sin afectar la sustancia de las relaciones. Tales normas jurídicas acabarán siendo destruidas por las realidades persistentes de la existencia económica y social.

d) *Reciprocidad*. Mediante la reciprocidad en el Derecho, los hombres son llevados a respetar los derechos de otros en una comunidad de intercambio cuyo ámbito va extendiéndose.

e) *Moderación*. El sistema jurídico insinúa que un hombre puede obtener la realización de su deseo, siempre y cuando muestre alguna consideración por el efecto que esto produzca sobre otros. El orden jurídico aconseja temperancia en las ambiciones y moderación en los desarrollos. Incluso cuando el Derecho permite alguna opresión económica, se esfuerza para refrenar abusos extremos, pues la existencia misma del orden jurídico depende de la moderación. Cuando no sucede así, se abre el camino a la revolución para el establecimiento de un nuevo orden.

f) *Proyección*. En la medida en que el Derecho toma en consideración los motivos o el propósito, apela en algún modo a la conciencia. Por eso se puede perder un privilegio cuando se le ejercita maliciosamente; y por eso está prohibido el abuso en el ejercicio del propio derecho.

g) *Solidaridad*. El sentido de la injusticia estimula una actitud de desinterés, la cual es opuesta tanto a la actitud interesada o egoísta, como también a la actitud de dura indiferencia o de falta de interés. El Derecho trata de ejemplificar la actitud de desinterés en el ideal del juez imparcial. Así pues, el juez es un emblema de la solidaridad democrática; y su cargo es el símbolo de la conciencia pública que crea actos de justicia.

El orden jurídico de la democracia liberal concede a la libertad un sentido ético positivo. El hombre democrático legisla para sí mismo, mediante la elección de sus representantes en el Estado, mediante el ejercicio activo de conductas que contribuyen a configurar las decisiones de aquellos representantes, y mediante la participación en las tareas administrativas locales o regionales en un régimen descentralizado. El orden jurídico se convierte en el propio del orden del ciudadano democrático.

4. Seguridad y cambio

La palabra seguridad tiene múltiples significaciones en relación con el Derecho. Algunas de esas significaciones se refieren a la *estabilidad del orden político y social*; otras subrayan la *seguridad en conexión con factores físicos*, con los *derechos de propiedad* y con el *cumplimiento de los contratos*. Pero los iusfilósofos desgraciadamente han dicho muy poco sobre la seguridad en relación con los terrores íntimos que le sobrevienen al hombre de noche, y con las ansiedades durante las horas diurnas de labor. Por lo visto, los iusfi-

lósofos han supuesto que el reino del Derecho no tiene nada que ver con los fenómenos de temor y de culpa. Y, sin embargo, como lo han mostrado los cultivadores de la psicología social, hay algunos vínculos funcionales entre el Derecho y la seguridad íntima de los individuos.

Por otra parte, sin embargo, un exceso de seguridad o de fijeza o de atadura es sentido como un agravio a la libertad. El infante al que se faja de modo excesivamente apretado muestra reacciones de ira y protesta. Pero sucede también a la inversa que cuando un infante pierde todo sostén o apoyo, muestra reacciones de temor. En esto hallamos una pista muy importante, a saber: la inseguridad puede ser referida genéticamente al *temor de caer*.

Dejando a un lado otros aspectos de la inseguridad, hay que estudiar ésta en su conexión con las relaciones sociales. En este campo la firmeza del terreno que el individuo pisa, depende de que posea *un interés y una participación en los bienes de su sociedad*, depende de que sienta que *pertenece a esa sociedad y que los demás aceptan y aprueban esa su pertenencia*. Por virtud de la *pertenencia* se siente apoyado y sostenido. La compleja textura de la sociedad está ahí para evitar que el individuo caiga. Si, no obstante, la sociedad lo reprobese y lo rechazara, el individuo sentiría entonces que se le retira este apoyo dejándolo caer en una especie de pozo sin fondo. Inseguridad en el campo filosófico-jurídico es el miedo a perder el apoyo social.

Ahora bien, es cierto que la sociedad nunca ha sido algo como una roca en cuanto a firmeza y estabilidad. Por el contrario, ha estado siempre en un proceso de cambio. Pero cuando el cambio ha sido lo suficientemente lento y gradual, las generaciones han podido vivir sus vidas, antes de que nuevas fuerzas sacudiesen la estructura habitual, y entonces la inseguridad quedaba reservada primariamente a las clases oprimidas y carentes de privilegios.

Sucede, empero, que el cambio se ha acelerado en los dos últimos siglos, de manera que la seguridad en todos los niveles, incluso en los más privilegiados, se ha transformado. Ya nadie, ni siquiera los ciudadanos más prósperos, sienten bajo sus pies un terreno firme como roca. Con todo, permanece un soporte principal. Podríamos decir que nos sentimos como *sobre una plataforma en movimiento*, la cual no sólo sostiene a los hombres, sino que además los lleva consigo. Así, el movimiento no destruye nuestra sensación de seguridad. O se podría acudir también a la metáfora de un barco navegando por el mar, cuya fortaleza y estabilidad sugieren casi inevitablemente un casco y una quilla. Al tenor de esas observaciones se puede analizar las relaciones del Derecho con la seguridad humana, bajo los siguientes epígrafes: *el casco y la quilla; y la cabina y la cerca*.

El casco y la quilla. En cualquier apreciación sobre la contribución del Derecho a la fortaleza del apoyo social, el primer criterio consiste en la calidad de los jueces. La solemnidad, la autoridad de un tribunal en funciones producen una sensación impresionante: el todo social habla a través

del tribunal. Toda la fuerza, todo el poder de la sociedad apoya el pronunciamiento del tribunal o del juez. La Corte de Justicia simboliza la fusión de la justicia con la coerción organizada, la alianza del factor humano racional con la fuerza bruta. Cuando un ciudadano aparece ante un tribunal siente el impacto inmediato de ese poder; siente cómo todo ese poder se halla reunido y concentrado allí. Ciertamente un juicio es un calvario terrible; pero en él hay al menos cierta tranquilidad en cuanto a la probabilidad de que el tribunal llegará a un resultado de justicia, siempre y cuando los jueces sean honestos. De aquí, que tenga tanta importancia el procurar la honestidad de los jueces.

La calidad de los jueces ayuda a determinar la conducta de la policía.

Incluso cuando el Derecho extiende el área de su poder, al mismo tiempo señala límites a éste, al definir las nuevas competencias.

La injusticia que se ceba sobre uno mismo o que se contempla cebándose en otra persona, es experimentada por el organismo humano como una especie de ataque. El sentido de la injusticia, con el milagro del intercambio imaginativo que ella lleva anejo, reconoce la proximidad del peligro, y convoca los recursos glandulares, nerviosos y musculares para la defensa. Y un ultraje es sentido con gravedad mucho mayor, cuando es perpetrado por un juez, cuya función consiste precisamente en repeler y hacer imposibles tales heridas. Cuando el fallo de un juez es movido por los propios intereses de éste o por el soborno, se experimenta como un asalto directo contra todos y cada uno de los ciudadanos.

Los ingenieros navales conocen las ventajas de construir las naves con compartimentos separados. También el Estado y la sociedad están equipados con compartimentos similares, por cuya salvaguardia debe velar el Derecho. Si el Derecho falla en suministrar esas salvaguardias, entonces el ciudadano se esforzará para construir las suyas propias; o algunas de ellas serán suministradas para él por los grupos sociales. Ahora bien, es preferible que sea el Derecho el que cree esas salvaguardias, pues, de lo contrario, el individuo sintiéndose con un temor pánico, empezará a multiplicar la construcción de compartimentos y más compartimentos, que le salven de los peligros por los cuales cree sentirse amenazado. Si el buque de la sociedad, y sobre todo el del Derecho, fallan en conceder defensas y otorgar protección contra algunos peligros de gran importancia —tales como vejez, enfermedad, falta de educación o instrucción, medidas protectoras del parto, desempleo—, entonces ese buque no merece ser lanzado a navegar. El Derecho debe constituir un instrumento para salvaguardar no sólo las paredes entre sus propios compartimentos, sino también y sobre todo los muros construidos para delimitar su propio fin y su propio alcance, más allá de los cuales no está autorizado a actuar.

Cahn ofrece una serie de consideraciones pormenorizadas sobre las fun-

ciones que el Derecho debe realizar en relación con el cambio social, con el propósito de contribuir a la humanización de éste. Claro que un cambio social continuo es inevitable, y desde muchos puntos de vista apetecible. Y en nuestra época tal cambio se presenta como muy acelerado, lo cual, en ciertos aspectos, implica algunos beneficios. Pero, sucede que, por otra parte, el cambio provoca automáticamente efectos de ansiedad y de sufrimiento. Ese cambio acelerado, y muchas veces radical, puede aportar beneficios tan sólo a aquellos que no tienen nada que perder. Ahora bien, puesto que son inevitables nuevos ajustes en las relaciones sociales, tecnológicas y económicas, lo que tiene sentido no es proponerse la imposibilidad de impedir el cambio o de reducirlo a un mínimo que no sería viable. El propósito justo debe consistir por la vía de las realizaciones hacederas, no en resistirse u oponerse al cambio, antes bien, en aliviar sus consecuencias mediante una manipulación inteligente de éste, desde el punto de vista jurídico. Reconocer la inexorabilidad del cambio no implica forzosamente crear una situación de mareante inseguridad, siempre y cuando se aprenda a reconocer y a aplicar el canon limitador de sus riesgos. La limitación de esos riesgos implica cuatro criterios fundamentales, a saber: 1) que el cambio social será mantenido dentro de ciertos límites en la ruta de su desenvolvimiento; 2) que el cambio social se efectuará a través de ciertos métodos; 3) que el cambio social estará limitado dentro de ciertas amplias fronteras en lo que respecta a su contenido o sustancia; y 4) lo cual es lo más importante de todo, que las ganancias y pérdidas del cambio social habrán de ser sentidas y soportadas solidariamente, es decir, por la totalidad de los ciudadanos, o sea, con participación de todos ellos. Estos cuatro criterios, relacionados recíprocamente de modo funcional, pueden obrar para racionalizar la incidencia del cambio social.

Las soluciones de continuidad, en pequeñas dosis, suscitan sorpresa, acompañada a veces por resentimiento, otras veces por risa. Pero las soluciones de continuidad en grandes dosis provocan temor e inseguridad. La culminación de la discontinuidad constituye una locura.

Pero la continuidad deseable no debe ser una continuidad estática, antes bien, una continuidad de algo en movimiento. La continuidad no debe sufrir soluciones, cortes, pero tampoco debe ser un estancamiento.

El sistema jurídico debe ser un símbolo de persistencia, conservando vestidos familiares, mientras que, por otra parte, emprenda nuevas obligaciones y abra nuevos campos. El Derecho es una institución en la cual parte de su antigua maquinaria tiene que ser reparada, pero nunca reemplazada por completo de una vez. El Derecho, incluso, cuando sufre cambios, sirve a la seguridad y a la comodidad implicadas en una tradición.

Todo sistema de Derecho sobre la propiedad constituye la seguridad de que ciertas relaciones entre los hombres se desenvolverán dentro de canales predeterminados. Si tiene que haber un cambio en esas relaciones, tal cam-

bio tendrá que emanar de fuentes que estén dentro de las conocidas categorías del Derecho. El sistema jurídico hace saber a las gentes que sus agrupamientos espontáneos y accidentales pueden convertirse en asociaciones firmes y formales, que sus promesas pueden ser tomadas en cuenta para expectativas legítimas, y que muchas estructuras sociales, dotadas de propósitos y funciones persistentes, pueden elevarse a la dignidad de instituciones.

Una de las expectativas de los ciudadanos en una sociedad normal, es la de que el Derecho salvaguardará adecuadamente sus oportunidades de empleo y de avance, y sus derechos iguales para participar en los bienes de su época y de su lugar.

Dada la presente velocidad del cambio social, se experimenta que el sostén bajo nuestros pies es peligrosamente inestable. Toda persona anda con la fantasía de una calavera en sus manos, y esa calavera es la suya propia. Los desocupados, los desposeídos y los subalimentados recuerdan a las demás gentes que el mañana puede ser por entero diferente al hoy, que la compleja estructura de las relaciones económicas puede desgarrarse en cualquier momento, y que entonces esas otras personas pueden convertirse en superfluas para la sociedad. Incluso en épocas de transformación lenta, los hombres han tratado de avizorar en los desenvolvimientos de su tiempo, para enterarse de qué es lo que el flujo universal puede traerles consigo.

El Derecho trata con dos tipos principales de cambio social: con los cambios resultantes de los nuevos inventos, descubrimientos y progresos técnicos y de otras modificaciones del sustrato real; y con los cambios derivados de actos de los hombres bajo la autoridad del Derecho.

El sistema jurídico puede estimular o desanimar a los inventores, pero no puede reemplazar a éstos para llevar a cabo inventos. El sistema jurídico puede disolver o proteger agrupamientos sociales espontáneos; pero carece de la potencialidad de actuar como un *fiat* para hacerlos nacer. ¿Hay algunos límites que el Derecho deba establecer, para que el soporte o *substratum* social, aunque pueda mecerse, no se encorve y derrumbe? Partiendo del supuesto de que el Derecho debe esforzarse racionalmente en regular el *tempo* de la oscilación social, ¿puede decirse que hay un arco, más allá del cual se encuentre el desastre? El ángulo de ese arco extremo está delimitado por el punto de su trayectoria donde se interfieren simultáneamente dos líneas, de la igualdad humana. Éste es el punto en el cual se puede ver cómo en una determinada circunstancia convergen la igualdad *pasiva* y la igualdad *activa*.

La *igualdad pasiva*, como una limitación del cambio social, tiene que ver con la situación residual de aquellos individuos que sufren el impacto de la transformación. La igualdad pasiva demanda que, sea lo que fuere lo que aquellos individuos pierden, deben, sin embargo, conservar los atributos de miembros iguales de su sociedad. Si se ven privados de propiedad, por ejem-

plo, no deben quedar hundidos a un nivel más bajo que el de otros que antes no tenían propiedad, y deben continuar poseyendo y disfrutando los plenos derechos de ciudadanía. Si lo que pierden es su empleo, por causa de metamorfosis técnicas, entonces esta privación no debe impedirles el derecho de actuar en otros campos y de conseguir nuevas ocupaciones.

Nunca es admisible que el cambio social provoque el hundimiento de unas gentes por debajo del nivel de la ciudadanía, el cual debe ser igual para todos. En una sociedad despótica, bajo el más tenebroso régimen tiránico, todos los ciudadanos pueden resultar desposeídos de sus derechos humanos fundamentales, y convertirse, de tal guisa, en iguales desde el punto de vista pasivo; pero incluso bajo un tan odioso gobierno, una reforma que brutalmente impusiera encarcelamiento o ejecución a los grupos expropiados, no constituiría una nivelación, antes bien, se convertiría en el estímulo para conspirar.

La *igualdad activa* es la reclamación particular de compensación por parte de quienes han resultado lesionados por el avance social. El orden jurídico debe crear vías eficaces para la satisfacción de esas demandas o reclamaciones.

La cabina y la cerca. El orden jurídico debe detenerse respetuosamente ante la puerta de lo que pudiera llamarse la *cabina* del ciudadano, y contentarse con proteger el derecho de éste de cerrar la puerta a aquellos que intenten ingerirse en su hogar. En todo caso, es necesario que haya una cabina. Debe haber un lugar dentro del cual las presiones sociales se detengan, o queden por lo menos muy atenuadas, y dentro del cual el individuo pueda cobrar posesión de su propia y auténtica personalidad, de su genuina estatura. Dentro de su cabina el individuo se halla a salvo de muchos de los factores opresivos del orden social, que pueden perturbar su independencia. El mundo exterior y sus leyes jurídicas resultarían intolerables, si no fuese por el hecho de que no intervienen dentro de las cuatro paredes en las que puede encerrarse el individuo. La disciplina social, tanto la jurídica como la extrajurídica, necesita la *cabina individual* para salvaguardar su propia eficacia. O, dicho con otras palabras, necesita un lugar dentro del cual los hombres puedan sentirse a salvo de la ingerencia de esa disciplina social. Sin embargo, el Derecho ha ejercido siempre alguna influencia sobre el pensamiento y sobre la conducta dentro del hogar, aunque sea solamente en la medida que determinan las normas de las relaciones sexuales y familiares. Ahora bien, incluso esto debe producirse dentro de límites; porque, de lo contrario, el hogar se convertiría en una especie de trampa, en la que quedasen aprisionados sus moradores, por ejemplo, cuando se exagerase el ejercicio de la patria potestad. Así pues, aunque el Derecho debe respetar plenamente la independencia de la cabina, sin embargo, ejerce una especie de vigilancia, a distancia, sobre lo que pueda suceder en el hogar o sobre lo que pueda emanar de él.

Otra de las funciones de justicia, que el orden jurídico realiza, consiste en *limitar el peso de la culpabilidad*, mediante el principio de la retribución. La mayoría de los sistemas jurídicos modernos consideran como retribuibles, a un determinado precio, todos los delitos. Habitualmente, cuando se trata de violaciones de un contrato y de otras conductas antijurídicas similares, el precio consiste en el pago de una cantidad de dinero; cuando se trata de delitos más graves, el precio suele consistir en encarcelamiento por determinado tiempo; y en el caso de los delitos más espantosos, el precio suele ser la pena de muerte. Ahora bien, cuando el precio se ha pagado, el Derecho civilizado se considera satisfecho y no suministrará apoyo ninguno para cualquier otra persecución social del delincuente o de su familia. Claro que se acepta que la pena impuesta a un reincidente pueda resultar aumentada por consideración a sus anteriores condenas; pero la nueva pena sigue siendo el precio de su nuevo delito —aquellos que compran demasiado a menudo, pueden esperar que el precio suba.

Se ha presentado la cabina como la defensa de la personalidad individual, de la intimidad y privacidad del propio yo. Ahora bien, al pensar la cabina en estos términos, nos encontramos con uno de los dilemas más amargos en la filosofía jurídica. Se trata del dilema de la identidad humana. Por una parte, todo hombre es un miembro de la especie humana y, por consiguiente, el Derecho es algo adecuado y pertinente para él. Por otra parte, todo hombre es una criatura enteramente única, un yo propio, y por consiguiente, el Derecho resulta inadecuado para él. El Derecho se jacta de que no toma en consideración los rasgos individuales de cada persona. Ahora bien, esto es lo que precisamente constituye un agravio para el ser humano que desee vivir la unicidad peculiar de su propia vida y escapar al concepto genérico de hombre sin fisonomía.

El primer punto de vista suscita la tesis igualitaria, según la cual ninguna persona debe estar por encima del Derecho: ninguna persona puede estar *exenta de responder, según las reglas creadas por las normas jurídicas generales*.

Ahora bien, las reglas generales pueden resultar adecuadas al propósito del Estado, pero pueden resultar amargamente inadecuadas para un individuo que no se siente configurado de acuerdo con el molde previsto, para un individuo que se aparta del tipo considerado como "razonable" por la sociedad en que vive, para una persona que no encaje dentro del molde jurídico predeterminado.

Sucede, empero, que en las sociedades modernas civilizadas, el Derecho ha establecido algunas garantías para los no conformistas. El Derecho suministra, precisamente, garantías de libertad que pueden ser usadas por cada quien para realizar el tipo único personal. Por otra parte, la acción igualitaria de la ley, que produce efectos reales sólo en determinados aspectos, cum-

ple una función benéfica; por ejemplo, cuando desconoce el hecho del prepotente poder social o económico de algunos individuos, de algunas personas arrogantes, quienes de otro modo tratarían de usar, indebidamente, su fuerza. No se puede abandonar el tipo genérico de hombre con el cual opera el Derecho, sin poner en peligro muchas de las libertades ya conquistadas en el pretérito.

Sin embargo, el orden jurídico ha creado métodos y expedientes para proceder, en algunos casos, y en determinada medida, a la individualización de las normas generales, sin que éstas pierdan su calidad de tales.

Por otra parte, Cahn llama la atención sobre el hecho de que la estructura jurídico-política nacional constituye una especie de *cerca* o valla de sólida protección. Y la existencia de esa valla o cerca sirve como una advertencia y estímulo para el respeto mutuo, y para intensificar la comunidad con todos los demás que se encuentran dentro de aquélla.

Las comunidades nacionales se entregan a empresas que encarnan, por lo menos en alguna medida parcial, los valores que sus miembros han aprendido a subrayar. La empresa especial puede ser una guerra de defensa o de agresión, la construcción de una planta eléctrica, la sustitución de los tugurios por viviendas decorosas, la derrota de la enfermedad, el control de los ciclos económicos, o la difusión de ideas políticas consideradas como ortodoxas. El ciudadano que junto con todos sus demás conciudadanos es movilizado para contribuir con su dinero, sus servicios, o su sangre, a una empresa nacional, puede experimentar una nueva sensación de *seguridad participante*, o seguridad de participación, de un modo muy intenso. Si la empresa es tal que consigue afectar su sentido de injusticia, para buscar rutas justas, si los males que se trata de suprimir para otros son de una índole que pueda sentirlos él como una amenaza para sí mismo, entonces es capaz de desplegar grandes fuerzas de ánimo, celo y dedicación.

Pero esa valla o cerca puede ser contemplada también desde fuera. Por de pronto, se supone que tal cerca o valla es capaz de mantener alejados los factores desconocidos o peligrosos. Se considera, pues, que la valla o cerca, protege a las gentes que están en el interior de la misma. Por eso se considera gravísima la pena de deportación o destierro, que consiste en arrojar más allá de la valla a la persona a quien se ha condenado a ese castigo.

Tanto las gentes que se encuentran de un lado de la valla o cerca, como las que están del otro lado, consideran el lado propio como el seguro y como el deseable. A esa opinión ha tendido el factor de chauvinismo y xenofobia, responsable de un sinnúmero de crímenes y de locuras. Pero el sentido de injusticia continúa cruzando las fronteras nacionales y contribuye a inspirar un intercambio imaginativo con los pueblos que están más allá de la cerca o valla de la propia nación. Y asimismo, muchos ciudadanos no sólo temen los entuertos, agresiones o impertinentes ingerencias de otros Estados, sino que tam-

bién tienen miedo a las injusticias y arrogancias que puedan ser cometidas por su propio gobierno. Sucede, pues, que la única esperanza de influir sobre una empresa tan gigantesca como las relaciones exteriores, consiste en aliarse con muchas otras gentes. Esto es posible gracias al estímulo recibido del sentido de la injusticia.

En resumen, podemos suponer que muchas de nuestras ansiedades quedarían muy aliviadas, si se consiguiese realizar las siguientes exigencias: jueces honestos; responsabilidades humanas limitadas; suministro de medios o vías para la continuidad en la experiencia; obtención de igualdad activa en cuanto a la participación en beneficios sociales; garantía de igualdad pasiva para soportar cargas comunes; medidas jurídicas adecuadas a los merecimientos de cada quien; respeto al ámbito privado de la personalidad y de la residencia; y protección de la dignidad humana. Todo esto, en todos los continentes de la tierra.

A modo de recapitulación, Cahn formula algunas advertencias y algunas directrices. Debemos huir de enunciados demasiado generales y abstractos, que nos lleven a formular una serie de principios que supongamos aplicables por doquier y en todo momento. En lugar de redactar una lista de lemas, es preferible esforzarse en entender lo que está al alcance de cada cual, de entender las situaciones parcialmente nuevas observando cómo se desarrollan éstas. El sentido de la injusticia es sólo uno de los varios factores que son componentes de las respuestas particulares. Sería traicionar el sentido de la injusticia pretender hallarlo *constituido* permanente y definitivamente en cualquier respuesta singular o en cualquier serie de respuestas.

El espectador ve a menudo elevados fines, degradados por el empleo de medios dudosos. Se da cuenta de que muchas veces lo que se hace constituye una caricatura de lo que se dice. En cuanto a numerosos puntos y no pocas posiciones, el mapa, publicado por la sociedad a la que pertenece, parece apartarse considerablemente de la costa que puede ver con toda claridad; y, así, perdiendo confianza en lo que se le dice y se le comunica, puede sufrir una especie de azoramiento pánico.

El sentido de la injusticia posee una capacidad latente para reducir tales sufrimientos psíquicos. El sentido de la injusticia se despierta para enfrentarse contra una amenaza aquí y ahora, para reaccionar contra el peligro de una ocasión concreta, real o imaginada. En cada coyuntura única de valores y acontecimientos, el sentido de la injusticia enfoca el punto central de la preocupación.

Claro que de antemano, antes de que se presente la ocasión concreta, sabemos que hay justicia; pero sólo la ocasión singular descubre precisamente *lo qué* la justicia exige para ese caso.

Sin embargo, esas ocasiones no han mostrado ser dispares, discordes o diferentes en un grado indefinido, que haga imposible abarcar los tipos fun-

damentales de ellas. Por el contrario, parece que caen dentro de determinados grupos o tipos, que Cahn llama "facetas" del sentido de la injusticia. Esas *facetas* comprenden: las exigencias de igualdad, de reconocimiento del mérito de cada cual, de dignidad humana, de atribución o adjudicación conienzuda, de limitación de los poderes públicos a sus funciones propias, y de cumplimiento de las expectativas comunes. Cada una de esas facetas da lugar a una diferencia en el modo de operar de las reglas formales y de las aplicaciones individualizadas del Derecho positivo. En fin de cuentas, el sentido de la injusticia participa adecuadamente lo mismo en la configuración de las normas jurídicas generales, que en la elaboración de los fallos y decisiones singulares.

Cahn advierte que el orden jurídico no puede actuar a modo de una panacea que suprima todas las ansiedades y angustias —algunas de carácter íntimo, otras provocadas por factores familiares, otras con tintes emocionales, otras debidas a elementos fortuitos en la vida económica, otras originadas por frustraciones individuales. El papel del orden jurídico es mucho más modesto y mucho más limitado. Pero, en todo caso, cabe decir que no puede haber seguridad para todos los miembros de la comunidad, *a menos* que se construyan ciertas condiciones que el orden jurídico debe suministrar.

Hay argumentos racionales, apoyados además por adecuadas emociones, para afirmar la justicia. La seguridad que se trata de obtener mediante la justicia consiste en lograr la impresión de que existe un firme soporte social. La inseguridad que se trata de eliminar es la sensación de flaqueza o de posible hundimiento de ese soporte social.

El sentido de la injusticia, aunque sutil, no pretende remediar las inseguridades que pueden surgir de experiencias íntimas —en el útero antes de nacer, como lactante, o en el lecho conyugal. El sentido de la injusticia, en cambio, trata de reducir la carga de sentimientos de culpa que tienen un origen externo en la circunstancia social. El sentido de la injusticia puede suministrar el aseguramiento de una solidaridad y protecciones mutuas: y puede impulsar a la personalidad individual hacia horizontes más anchos y vastos.

El sentimiento de injusticia no puede suministrar alimentos al hambriento, vestidos al desnudo, o habitación a quien carezca de ella. Pero las demandas de igualdad, de cumplimiento de las expectativas comunes, y de dignidad humana, cuando son aplicadas de modo adecuado, proporcionan grandes impulsos y eficaces ayudas para la satisfacción de aquellas necesidades. Las sociedades tienen que enfrentarse con muchos problemas de organización: Dentro de los cauces de ésta se hallan vías normales para la satisfacción de aquellas urgencias.

La justicia es un proceso operante, activo, que va creando de modo acumulado sus propias recompensas, en cada una de las sucesivas ocasiones que

surgen. Entre esas recompensas figuran: la libertad, la cohesión, la confianza mutua, que cada uno de nosotros puede alcanzar para sí mismo y para sus congéneres.

III. TEORÍA Y AXIOLOGÍA JURÍDICAS DE EDGAR BODENHEIMER

1. *Características del pensamiento jurídico de Bodenheimer.* 2. *Funciones y sentido del Derecho: orden y justicia.* 3. *El poder, el Derecho y la justicia.* 4. *El Derecho natural.*

1. *Características del pensamiento jurídico de Bodenheimer*

Edgar Bodenheimer, profesor en la Universidad de Utah,⁴ ha heredado todo el caudal de filosofía jurídica y europea y ha recibido los estímulos del pensamiento y de los hechos jurídicos norteamericanos, habiendo logrado una integración armónica, mejor diríamos, una fusión u homogeneización, en la que no se perciben suturas. En cierto modo ha aproximado teorías europeas, demasiado abstractas, a las realidades efectivas, que plantean problemas no sólo a la regulación jurídica sino también al pensamiento jurídico. Por otra parte, ha puesto orden en una multitud de observaciones y de sugerencias que se han producido en el área del pensamiento jurídico norteamericano, y ha extraído el sentido de varias tendencias latentes en éste, las cuales tal vez no habían obtenido expresión rigurosa ni habían mostrado antes todo su alcance.

2. *Funciones y sentido del Derecho: orden y justicia*

Por una parte, Bodenheimer ha elaborado lo que podría llamarse una teoría funcional del Derecho, es decir, se ha preocupado de descubrir por qué y para qué se produce el Derecho en la vida social. Por otra parte, ha contribuido a la restauración explícita de la axiología jurídica, con un sentido que podría ser catalogado bajo la rúbrica iusnaturalista.

El planteamiento inicial que da a ambos problemas es muy sugestivo. Si alguien pregunta a gentes legas en materia jurídica, cuáles son las razones por las que consideran que el Derecho es necesario y beneficioso para la

⁴ Los principales escritos de Edgar Bodenheimer son: *Jurisprudence*, 1940 (hay trad. al esp. por Vicente Herrero: *Teoría del Derecho*, con Prólogo de Luis Recaséns Siches, FCE, México, 1942; *The Inherent Conservatism of the Legal Profession*, Reprinted from "The Indiana Law Journal", Vol. 23, Nº 3, 1948; *Some Recent Trends in European Legal Thought: West and East*, Reprinted from "The Western Political Quarterly", March, 1949; *The Impasse of Soviet Legal Philosophy*, Reprinted from "Cornell Law Quarterly", Vol. XXXVIII, 1952; *The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science*, Reprinted from "The Western Political Quarterly", 1950; *Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness*, Reprinted from "University of Pennsylvania Law Review", Vol. 104, Nº 8, June, 1956; *Law as Order and Justice*, Reprinted from "Journal of Public Law", Emory University Law School, 1957.

sociedad, obtendrá probablemente *dos tipos de respuestas* a esta interrogación. Algunas gentes contestarán aproximadamente comò sigue: "Creemos que necesitamos la institución del Derecho para el propósito de asegurar una dosis razonable de orden en la vida de la comunidad. Tenemos que conocer, en nuestras relaciones humanas y de negocios lo que podemos hacer sin miedo a ser objeto de sanciones coercitivas, aquello de lo cual debemos abstenernos, y qué índole de comportamiento podemos habitualmente esperar por parte de las gentes con las cuales estamos en contacto. Si ningún sistema de Derecho flotaríamos en un mar de incertidumbre respecto de nuestros derechos, deberes y obligaciones, y estaríamos a la merced de nuestros conciudadanos y de las autoridades que intentaran interferirse en nuestros asuntos." El otro tipo de respuesta rezaría aproximadamente como sigue: "Tiene que haber querellas y disputas entre los miembros de la sociedad. Ha de encontrarse algún medio para resolver esas controversias. La solución más satisfactoria parecería la de confiar la resolución de las disputas a un tribunal imparcial cuya decisión se esforzase en hacer justicia a los litigantes y en resolver el asunto de un modo justo y razonable. Ésta es la razón por la cual necesitamos Derecho y tribunales en nuestra sociedad."

Aunque esas dos respuestas no son incompatibles, sin embargo, cada una de ellas pone el acento predominante en metas diferentes. La primera respuesta subraya el hecho de que un sistema normativo, como el jurídico, sirve a algunas de las necesidades básicas de *orden y de organización social planificada*, que son necesarias para conservar la comunidad. La segunda respuesta da por supuesto que el orden jurídico, establecido en la sociedad, no basta con que sea un conjunto de mandatos autoritarios, sino que debe ser *un orden que satisfaga el sentido de justicia*, el sentido de lo razonable. Ninguna de esas dos respuestas puede ser descartada como irrelevante. Ambas contienen ideas válidas, llenas de sentido y justificadas, y dan expresión a sentimientos hondamente arraigados respecto de lo que el Derecho puede y debe hacer.

Hay una íntima conexión entre el Derecho y la búsqueda perenne de orden, regularidad y fijeza en las relaciones humanas. Esta conexión íntima se hace visible en muchas de las instituciones y de los procesos de la existencia colectiva. Tal conexión se manifiesta en el desarrollo de las costumbres, y en la tenacidad con las cuales éstas son observadas, especialmente en sociedades primitivas; en la tendencia a *codificar preceptos y principios jurídicos*, por lo menos en ciertas áreas del Derecho; en el hecho de que los jueces se inclinan a seguir los criterios sentados en fallos anteriores, incluso cuando no exista la regla de atenerse a los precedentes; y en el esfuerzo a dar uniformidad y dirección a la acción política y jurídica, adoptando para ello una "ley básica", una constitución, que defina los elementos fundamentales de la estructura política y social. La historia nos muestra que los hombres, donde quiera que han creado unidades de organización social, han tratado de evitar

el caos que se sigue de la falta de regulación, y de establecer alguna forma de orden viable.

Si el orden, el Derecho y la continuidad tienen una sustancial importancia en la vida humana, hemos de suponer que la tenacidad con que las sociedades se han adherido a la institución del Derecho, debe tener sus raíces en algo *más profundo y más fundamental* que la mera conveniencia pragmática o la ventaja utilitaria.

El anhelo, que los seres humanos sienten, de orden, regularidad y predictibilidad en el funcionamiento de los procesos sociales y gubernamentales, explica la característica normativa de la regulación jurídica. Ahora bien, *norma* en latín significa regla o instrumento de medición. Una cierta *medida de generalidad* es característica de todo Derecho. Incluso, cuando se observa o se propugna que el jefe de una pequeña comunidad decida de acuerdo con su sentido subjetivo de justicia, este sentido tendrá que manifestarse de tal manera, que se produzcan decisiones uniformes en casos esencialmente similares; pues si no fuese así, entonces la administración de justicia de ese jefe se manifestaría en fallos irracionales, caprichosos y enteramente impredecibles, y entonces probablemente la comunidad consideraría tal estado de cosas como la antítesis de un orden jurídico. La *arbitrariedad* y el *Derecho* representan polos opuestos. Hay dos razones fundamentales para mantener que el elemento de *generalidad* es un ingrediente esencial del concepto del Derecho. En primer lugar, esta tesis produce una uniformidad semántica en el uso del término Derecho. En las ciencias físicas, la palabra ley se reserva para la descripción de pautas uniformes, o por lo menos de regularidades estadísticas, en las operaciones de la naturaleza, y no es aplicada a acontecimientos insólitos, que sean inexplicables en términos de experiencia repetida. En segundo lugar, al aplicar a las leyes positivas hechas por los hombres esta misma palabra que se usa con referencia a las constancias físicas, no sólo conservamos una congruencia en el uso de un término lingüístico, sino que además, con ello, se expresa una de las características funcionales más importantes del Derecho. Por virtud de la generalidad de las normas jurídicas se introduce un elemento de *estabilidad y coherencia* en el orden social, garantizando con ello *paz interna* y una *imparcial administración de justicia*.

Pero el elemento normativo, o sea el orden, no es en el Derecho el único ingrediente en el concepto de éste. A tal ingrediente hay que añadir la *idea de justicia*, la cual debe ser reconocida como el supremo fin del control jurídico. En el pensamiento de la justicia late una aspiración hacia la *igualdad*, un rechazo contra el tratamiento discriminatorio, considerado como irrazonable, injustificado y caprichoso. Se pide que las personas iguales, los grupos iguales y las situaciones iguales sean tratados de un modo igual. Cierto que esta fórmula deja abierta la cuestión fundamental respecto de los criterios

que deben ser usados para determinar la igualdad y la desigualdad. Pero las observaciones de Bodenheimer sobre este punto serán resumidas aquí más adelante.

Todos los sistemas jurídicos, que cumplan propiamente su función, deberán encaminarse lo mismo a producir un orden que a realizar la justicia.

Tal vez se diga que ninguna institución humana puede servir a dos señores al mismo tiempo. Esto podría ser verdad cuando se tratase de dos señores que se propusiesen fines por entero diferentes, que emitieran mandatos incompatibles e irreconciliables, y que se hallaran en oposición en cuanto a los respectivos propósitos a los cuales se encaminasen. Pero si, por el contrario, los dos señores se esfuerzan por encaminarse a las mismas metas principales, cooperan en la persecución de esos fines, y sus caminos no se apartan, salvo en muy raras excepciones, entonces el servicio al uno no excluye el servicio al otro.

Los valores de *orden* y *justicia* normalmente no constituyen fines contrapuestos. Un sistema jurídico no puede ser viable, sino en la medida que pague tributo a estos dos valores.

Las conclusiones expuestas, dice Bodenheimer, se hallan en oposición con las opiniones de algunos iusfilósofos que han construido el edificio de sus doctrinas jurídicas exclusivamente sobre los conceptos de normatividad, orden y certeza, ignorando o no concediendo la debida importancia a los principios de justicia en la configuración del orden jurídico (por ejemplo, Austin, Kelsen, Lundstedt).

No es posible pensar un orden jurídico sin una referencia a principios de justicia. Tanto es así, que cuando se quiere eliminar tal referencia, la misma se introduce de nuevo bajo diversos disfraces. Así, algunos de los que han querido eliminar del concepto del Derecho esa referencia a la justicia, sin embargo, han introducido en aquél las notas de lo practicable, de lo viable, de lo hacedero, lo cual implica que se exige un *mínimum* de razonabilidad y de toma en consideración de los rasgos permanentes de los seres humanos. Supongamos que un déspota, investido con poder ilimitado, decidiese efectuar una completa subversión de las valoraciones habitualmente aceptadas. Supongamos que mandara que la gente matase a aquellas personas que le resultaran antipáticas, que violase a todas las mujeres que deseara, que engañase y que defraudase a sus socios, y que saludara a las personas que le son presentadas dándoles bofetadas. La carga de la prueba, de que un orden tal fuese posible en la realidad, corresponde a los relativistas. A falta de tal prueba, debemos suponer que un orden tal quebraría al momento, de un modo instantáneo, por causa de que el instinto vital, el deseo de conservar la integridad corporal y el anhelo de formas constructivas de vida son notas normales y predominantes en todos los hombres; mientras que, por el contrario, la negación de la vida, los impulsos homicidas y destructores son debidos a frustra-

ciones de los instintos primarios, a serias perturbaciones emotivas, o a histeria de masa engendrada por la agitación o por el miedo. La sustitución completa de todos los valores, que consideramos como afirmativos y constructivos, por el deseo de muerte, destrucción y engaño, jamás ha tenido lugar dentro de un grupo organizado. Tal cosa no tendría raíces en la realidad. Por el contrario, es un hecho que jamás dentro de ningún grupo ha tenido lugar un desplazamiento entero de todos los valores que consideramos como afirmativos y constructivos, salvo quizá tan sólo por cortos periodos de corrupción total y de plena decadencia; y que la guerra —cual la literatura y el arte de tiempos pasados lo demuestra— ha sido considerada siempre como un azote y como un mal, y no como una bendición, por la inmensa mayoría de los hombres. Este hecho suministra gran acopio de evidencia en favor del aserto de que los deseos de muerte y de destrucción no tienen tanta fuerza ni se hallan en el mismo plano de normalidad que los impulsos afirmativos de la vida humana. Así pues, es preciso darse cuenta de que existen ciertos atributos de la naturaleza humana que hacen imposible dar al sistema jurídico “cualquier contenido que se quiera”.

3. *El poder, el Derecho y la justicia*

Por su propia naturaleza, el Derecho es un *término medio entre la anarquía y el despotismo*. El Derecho trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, frena el poder del gobierno.

Pero no toda limitación del poder puede ser denominada Derecho. Sólo es Derecho una limitación que imponga al detentador del poder la observancia de ciertas “normas”, es decir, reglas generales de conducta. En un sistema jurídico desarrollado, la observancia de tales reglas de conducta será impuesta normalmente por el Estado, a través de algún sistema de coerción.

El poder representa, en la vida social, el elemento de lucha, de guerra y de sujeción. Por el contrario, el Derecho representa el elemento de compromiso, paz y acuerdo. En la vida social el poder es una fuerza expansiva y revolucionaria. El Derecho es restrictivo y conservador. El poder representa el elemento dinámico del orden social; es con frecuencia destructor, pero puede preparar el terreno para nuevas formas de sociedad humana.

Para conocer y comprender un fenómeno es necesario contemplarlo en su forma más pura y más desarrollada. Sólo describiendo un sistema jurídico desarrollado en el que se hayan realizado todos los elementos típicos y esenciales del Derecho en su forma pura, puede entenderse el verdadero significado del término Derecho.

El Derecho en su forma más pura y perfecta se realizará en aquel orden

social en el que esté reducida al mínimo la posibilidad de abuso de poder, tanto por parte de los particulares como por parte del gobierno.

¿Cómo puede el Derecho llegar a esta meta? Únicamente limitando, por una parte, el poder de los particulares y, por otra, el de las autoridades públicas. Si se limita sólo el poder de los particulares, habrá necesariamente un gobierno omnipotente, es decir, algo cercano al despotismo. Si no se limita más que el poder del gobierno, habrá forzosamente individuos particulares o grupos privados omnipotentes, es decir, algo parecido a la anarquía. Ambas situaciones son hostiles al imperio del Derecho. El Derecho en su forma más pura, tiene que reconocer una esfera limitada de poder a los particulares y otra a las autoridades gobernantes.

En conjunto, el Derecho significa igualdad y no sujeción. En su forma pura, el Derecho es una relación entre iguales, no entre superior e inferior. Cuando el Derecho sanciona o permite la existencia de zonas de poder de individuos o grupos extraordinariamente fuertes, entonces se aparta de su forma más perfecta.

En su forma más pura y desarrollada, el Derecho requiere el reconocimiento —al menos hasta cierto grado— de los derechos individuales. Los derechos contractuales, de propiedad y de familia son medios que permiten una amplia distribución de poder entre los ciudadanos; son, por esta razón, instrumentos importantes del orden jurídico.

La adquisición de gran poder por parte de un grupo particular crea necesariamente, dentro del orden social, una posición de debilidad para otros grupos, aunque el Derecho reconozca la igualdad formal de todos los individuos y grupos. De la posición débil de aquellos grupos —por ejemplo, de los trabajadores en un mundo dominado por los monopolios— puede resultar una situación de sujeción. Ahora bien, la relación de dominación y sujeción es ajena a la idea de Derecho. El Derecho en su forma pura presupone, pues, una cierta generalidad e igualdad en la asignación de derechos y deberes.

Sin embargo, un orden social basado en la igualdad absoluta presentaría dificultades muy serias. En primer lugar, tal orden sería *indeseable* porque no deben ser recompensados de la misma manera capacidades y resultados desiguales. En segundo lugar, tal orden *no podría ser mantenido durante mucho tiempo*: acabaría por irrumpir en forma violenta el deseo natural de los hombres de extender su poder y aventajar a los demás.

La dificultad, o mejor dicho la imposibilidad, de llegar a la realización de un sistema puro de derechos iguales, es indicio de una antinomia inherente a la idea misma de Derecho. Así como los hombres no soportan por mucho tiempo el imperio del poder en su forma pura y arbitraria, no tolerarían tampoco eternamente el imperio del Derecho en su forma ideal y perfecta. Todo extremo lleva en sí mismo las semillas de su propia destrucción.

Ésta es la razón por la que la lucha entre poder y Derecho será eterna en

la vida social. El Derecho, en su forma más ideal, a saber, un Derecho que hubiese eliminado toda traza de relaciones de poder entre los hombres, no podría constituirse nunca como una situación permanente. Una situación de libertad completa e igualdad absoluta de todos los hombres, es demasiado antagónica con las duras realidades de la naturaleza, para que pueda ser cumplida jamás en la vida humana.

Justicia quiere decir tratamiento igual de los iguales. La exigencia de que hombres iguales, grupos iguales, y situaciones iguales, deben ser tratados de modo igual, implica la importantísima prohibición de la arbitrariedad.

Reconoce Bodenheimer —al igual que lo analicé yo hace ya dieciocho años— que esta idea de la justicia deja abierta la cuestión fundamental respecto de cuáles sean los criterios que deban ser usados para determinar la igualdad y la desigualdad.

Añade además Bodenheimer que esta fórmula tiene dos defectos. En *primer lugar*, no aclara la verdad obvia de que una *igualdad de maltrato* no satisface las esperanzas humanas respecto de un orden de justicia. Si todos o la mayor parte de los miembros de una colectividad están sujetos a una igual condición de esclavitud u opresión, no hay razón para suponer que la justicia se haya cumplido mediante un igual tratamiento de los iguales. Si un número de criminales que han cometido idénticos delitos, relativamente leves, son todos ellos condenados a pena de muerte o a prisión perpetua, el mero hecho de que se haya concedido igualdad de castigo no constituye el cumplimiento de la idea de justicia. En *segundo lugar*, el punto de vista igualitario de la justicia fracasa en suministrarnos una explicación para el hecho de que a la justicia le importa no sólo la comparación de individuos, grupos sociales, y situaciones jurídicamente relevantes con el fin de determinar su esencial similitud o disparidad, sino que le importa también el *tratamiento judicial adecuado de situaciones únicas* y de combinaciones raras de acontecimientos que no se prestan a una comparación tal. Por ejemplo, la justicia aspira a administrar una pena adecuada al responsable de un delito particular, cometido bajo una constelación sumamente excepcional de hechos, la cual no puede ser analizada según los criterios generalizados y estereotipados. Sucede también que hay casos en que dos particulares tienen cada uno de ambos intereses justificados y razonables que caen en conflicto. Y asimismo hay casos en los cuales se encuentra un legítimo interés privado que chocó con una importante necesidad pública. En los dos tipos de esos casos la justicia tendrá que llevar a cabo una especie de equilibrio o balanceamiento de las equidades y un penoso esfuerzo estimativo de los pesos respectivos de las demandas opuestas, con el propósito de hallar un procedimiento de ajuste entre ellas, en la medida que sea posible, y de modo que resulte justo para ambos contendientes, dadas las particulares circunstancias del conflicto.

Por razón de estas deficiencias que muestra el criterio de "igual trata-

miento de los iguales", tal punto de vista ha encontrado desde la Antigüedad un complemento en una segunda concepción de la justicia, como *sum cuique tribuere*. Esta forma tiene, en parangón con el punto de vista de la igualdad, el matiz diferencial de acentuar la toma en consideración de las diferencias y características individuales. Sin embargo, en el *sum cuique* se da el supuesto de que las dos personas que pretenden que la misma cosa en discusión les es debida, tienen derecho a una igualdad distributiva. La fórmula *sum cuique* subraya también otro factor olvidado en la idea igualitaria, a saber, que si A no recibe todo lo que merece, su situación no se alivia por el hecho de que B reciba una porción igualmente insatisfactoria.

La idea igualitaria y la fórmula del *sum cuique* deben combinarse para suministrar una caracterización adecuada de esa índole de la justicia que presenta la fisonomía de Jano. La justicia aspira a la igualdad, allí donde se debe dar igualdad; pero aspira también a la diferenciación. Sin embargo, no se puede olvidar que estas fórmulas son muy imperfectas e indeterminadas. Estas fórmulas abren una amplia perspectiva que nos muestra el campo general en el que la justicia debe operar; pero no nos suministran pautas específicas para averiguar lo que se debe a una persona, ni para poner en claro cómo se debe medir la igualdad y la desigualdad en la vida humana social. Por eso cabe decir que esas definiciones son tan sólo vasijas que deben ser llenadas con un contenido concreto, social o jurídico.

Todo sistema jurídico —como ya se apuntó— debe aspirar a la creación de orden y, al mismo tiempo, al cumplimiento de la justicia.

Ahora bien, los valores de orden y justicia normalmente no son ni opuestos, ni mucho menos incompatibles. Ante todo, un sistema social caracterizado por una regulación comprensiva y sistemática de la conducta humana no puede ser eficaz si no posee un ingrediente sustancial de aquello que los destinatarios de la ley consideren como justicia temporal. Si los sentimientos de justicia de una gran parte de la población son ultrajados por un sistema jurídico que se proponga solamente establecer condiciones "ordenadas" de vida, será superlativamente difícil para las autoridades el mantener tal sistema contra los intentos de evasión o subversión. Los hombres no aguantarán largo tiempo un orden que consideren totalmente irrazonable e insoportable; y los hombres llamados a perpetuar tal orden tropezarán con dificultades insuperables. La practicabilidad y la viabilidad de un orden jurídico dependen de que los sujetos de éste vean en él algún reflejo de lo razonable y de la naturaleza humana. Claro que a esto se puede objetar que durante muchos siglos grandes grupos humanos soportaron la esclavitud; y que en otras etapas históricas las clases humildes han sufrido frecuentemente pobreza, enfermedad, y condiciones de vida indecorosas. Ahora bien, es asimismo cierto que en la historia de Roma nos encontramos con que cuando el tratamiento de los esclavos era cruel e inhumano en alto grado, el orden público se veía con frecuencia pertur-

bado seriamente por levantamientos de los esclavos. Por lo que respecta al segundo ejemplo, aunque él es verdadero, hay que tomar en consideración que muchas veces los humildes aceptaron miseria, sufrimientos y privaciones por virtud de creencias religiosas en la inevitabilidad del orden existente. Pero, en todo caso, tales ejemplos y estas consideraciones lo que ponen en evidencia es que para que actúe el sentido de la injusticia es necesario que se dé un ingrediente subjetivo que consiste en darse cuenta de lo que constituye una discriminación no razonable. Éste es otro de los factores por virtud de los cuales la justicia está sujeta a ciertas contingencias históricas y psicológicas. Pero, en todo caso, recordemos además, que las minorías oprimidas han causado muchas veces serias dificultades a sus opresores.

Veamos ahora, dice Bodenheimer, la otra cara, es decir: ¿qué sucedería con un sistema de Derecho que se preocupase única y exclusivamente de administrar justicia individualizada a los miembros de la sociedad, y se desentendiera por completo de la regularidad ordenada, de la certeza y de la seguridad? Tal sistema no sería viable; y de hecho nunca ha operado en la práctica de ningún Estado. El deseo humano de normatividad es tan fuerte, que un sistema que abandonase toda pauta general de juicio y descansase tan sólo sobre la inteligencia libre de sus jueces, caería por su propio peso. Claro que esta observación no implica que la guía normativa deba necesariamente ser suministrada por leyes, reglamentos o precedentes. Los cánones de conducta que proporcionen un *mínimum* de consistencia a la administración del Derecho pueden también tener un carácter sólo social, ético, o religioso; pueden descansar sobre el uso y la costumbre; o pueden ser configurados por la lógica intrínseca de las instituciones sociales que prevalezcan en una comunidad determinada.

Por otra parte, observa Bodenheimer que también desde otro punto de vista el orden y la regularidad son muy importantes, esenciales, para la realización de la justicia. La justicia exige el igual tratamiento de situaciones iguales o sustancialmente similares. Ahora bien, puesto que cabe que en una sociedad organizada surjan serias diferencias de opinión entre los varios jueces, respecto de qué situaciones requieren fallos iguales o similares, resulta entonces que un cuerpo de pautas obligatorias de adjudicación es también indispensable para el adecuado cumplimiento de la función judicial. En este punto, la justicia y la necesidad de certeza se dan de nuevo las manos, reclamando la existencia de alguna medida de normatividad en el Derecho.

Ahora bien, la idea de justicia no agota su vitalidad en el postulado de un igual tratamiento. La idea de justicia exige también un *tratamiento individualizado* de las situaciones que muestran rasgos únicos o extraordinarios y no pueden ser resueltas adecuadamente mediante la aplicación de reglas estrictas, o mediante la comparación del caso con los otros casos fallados anteriormente. En tales casos puede ser necesario apartarse de las normas fijadas

previamente, o relajar o flexibilizar éstas, para servir mejor las exigencias de la justicia, sacrificando la adhesión estricta a la regularidad recurrente y a la invariable adhesión a las reglas, que son precisamente las dimensiones que el orden tiende a favorecer. O, dicho con otras palabras, puede haber situaciones en las cuales la justicia y el orden no logren coincidir y en las que sus respectivos caminos se aparten, de modo que surjan discrepancias y tensiones entre esas dos piedras angulares del Derecho.

4. *El Derecho natural*

Desde tiempos muy antiguos se ha sustentado la creencia de que tiene que haber un Derecho basado en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual y como ser colectivo: un Derecho natural permanente y enteramente válido, independiente de la legislación, la convención o cualquier otro expediente imaginado por el hombre. En cuanto al contenido específico de ese Derecho natural, se han expuesto en el curso de la historia muchas ideas. Ahora bien, simplemente la idea misma de que hay un cuerpo de normas fundadas en la naturaleza humana, y obligatorias, por tanto, para todos los hombres y en todos los tiempos, ha demostrado, a lo largo de los siglos, tener una gran vitalidad y una persistente tenacidad.

A pesar de que la naturaleza humana es lo bastante flexible y paciente para soportar a veces durante algún tiempo sinrazones, entuertos y situaciones patológicas, hay ciertos límites más allá de los cuales no puede ir el olvido de la razón y de la justicia elemental. Estos límites son lo que se puede llamar Derecho natural.

Algunas de las limitaciones que se imponen al poder del legislador humano se hallan establecidas por la constitución física y psíquica del hombre. La naturaleza exige del hombre una cierta dosis de alimentos y de sueño; le ha dado el deseo de autoconservación; y ha instilado en él amor a su prole. Por lo tanto, se puede decir que leyes que estableciesen una jornada de trabajo de veintidós horas, prescribieran una dieta de hambre, prohibiesen contacto sexual entre hombres y mujeres; prohibieran el uso de la fuerza para la auto-defensa; o privaran a la gente del derecho de educar o incluso de conocer a sus hijos; tales leyes repugnarían al "Derecho de la naturaleza" y, consiguientemente, serían injustas.

El libre arbitrio legislativo está coartado además por otras limitaciones, las cuales aparecen impuestas por los poderes racionales de los seres humanos, que, al igual que los componentes físicos y emotivos, forman parte integral de la naturaleza humana. Los antropólogos contemporáneos están de acuerdo en que ninguna sociedad humana ha permitido el homicidio dentro de un grupo organizado, a menos que haya alguna forma de justificación. La razón nos manifiesta que el permiso de matar indiscriminadamente haría imposible

toda vida en cualquier sociedad. También todas las sociedades castigan el incesto (posiblemente con algunas excepciones muy definidas y muy limitadas) y la violación. La inmensa mayoría de las sociedades rechazan una entera promiscuidad sexual, y reconocen el matrimonio como una necesidad social; bien que la forma que la familia adopte pueda ser diferente (poliandria, poligamia, monogamia). Todas las sociedades han impuesto algunas exigencias de buena fe respecto de los acuerdos contractuales y han proscrito las formas graves de fraude. Todas las sociedades han reconocido que hay casos en los cuales los intereses de los individuos deben quedar subordinados a los intereses del Estado o sea de la comunidad organizada.

Sin embargo, la naturaleza humana no es estática ni inmutable. Mientras que existen rasgos humanos universales que son compartidos tanto por los hombres de las cavernas como por gentes altamente civilizadas, sucede que el desarrollo y el refinamiento de la civilización y de la cultura aportan ajustes y cambios en las reacciones y sensibilidades humanas, lo cual no puede quedar sin ejercer alguna influencia sobre el Derecho. Los avances en las exploraciones llevadas a cabo por la ciencia psicológica y por la ciencia ética, para penetrar más hondamente en el verdadero carácter de la naturaleza humana, pueden descubrir nuevas áreas de "Derecho natural". Así pues, el hombre civilizado puede considerar ciertos principios generales de trato justo y de justicia como imperativamente exigidos por la razón, mientras que, por el contrario, un miembro de una tribu de aborígenes quizá no haya aún llegado a reconocerlos como esenciales.

Entre lo que la ley del Tribunal Internacional de Justicia (artículo 38) llama "principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas", pueden contarse las siguientes exigencias: la de que una persona no debe ser condenada por razón de delito sin haberle dado una oportunidad para ser oída; la de que nadie debe ser juez en su propio caso o pleito; la de que una persona no debe ser castigada por un acto que, en el momento de cometerse, ella no podía por ninguna razón considerar que era censurable; y la de que la pena capital no debe ser impuesta por una infracción leve. El principio del igual tratamiento, entendido como la prohibición de la arbitrariedad legislativa o judicial, puede ser considerado como perteneciente también a esta categoría. En caso de violación de cualesquiera de esos principios, el problema de la "legalidad" o juridicidad de la divergencia puede ser presentado bajo ciertas condiciones a un tribunal, incluso cuando no haya una norma constitucional o legal que sancione el principio.

El ámbito del término "Derecho natural" se ha ensanchado todavía más por algunos autores, para incluir dentro de él instituciones y axiomas jurídicos, que, aun cuando no sean comunes a toda la humanidad o a todas las naciones civilizadas, son naturales e inherentes a una forma particular de civilización. Así, en una sociedad genuinamente feudal, en la cual las prin-

cipales instituciones políticas y económicas están ancladas en un vínculo de fidelidad personal entre el señor y sus vasallos, sería contrario a las premisas básicas de ese sistema social el permitir la libre enajenación de tierra por un vasallo a una tercera persona, con la consecuencia de que el señor pudiese encontrarse con un inquilino en quien no confiara o que fuera un enemigo personal suyo. Con independencia del reconocimiento legal del principio, los tribunales se sentirían inclinados a aplicar una fuerte presunción contra la libre enajenabilidad de la propiedad inmueble en ese orden social. En una sociedad capitalista, por el contrario, la libertad de contratación aparecería como un postulado cardinal exigido por la economía de la libre empresa, y, aunque el Derecho inevitablemente tendría que imponer restricciones a ciertos tipos de convenios, sin embargo, la libertad de contratar debería ser considerada como la regla y no como la excepción. Una sociedad socialista considerará natural ver de un modo desfavorable un ejercicio antisocial de los derechos privados, y dará preferencia a los intereses de la colectividad sobre los de los individuos.

Por razón de la uniformidad semántica, y en deferencia a la poderosa tradición del pensamiento iusnaturalista, se puede restringir el uso del término "Derecho natural" a aquellos requerimientos mínimos de lo razonable y de lo justo, que son ineludibles para la vida jurídica de una sociedad civilizada. Dentro de esta idea de Derecho natural, o bajo el imperio de la misma tendríamos que aceptar una cierta cualidad dinámica de fluidez y crecimiento, puesto que no sólo el conocimiento de la naturaleza humana puede mejorar con los avances de la civilización, sino que también, además, el sentido moral de los hombres puede experimentar una cierta vigorización y un cierto refinamiento. Convendría excluir también del ámbito de esa idea de Derecho natural aquellos principios que son "naturales" o apropiados sólo para un tipo particular de orden social y económico, es decir, el Derecho natural relativo a un tiempo y un lugar.

Es posible que, desde el punto de vista de los beneficiados de una determinada situación, algunas de las "premisas básicas" de un particular orden histórico se presenten bajo la apariencia de dictados de justicia inmutable, y que se pueda cometer errores identificando normas contingentes referidas a una cierta época o situación, con las exigencias generales de la decencia civilizada. Pero, en todo caso, la distinción propuesta está claramente justificada como un instrumento de análisis científico. A los efectos de la nomenclatura, los postulados jurídicos de un cierto sistema de Derecho histórico, a diferencia de las exigencias esenciales para toda regulación jurídica, pueden ser descritos como "principios fundamentales de política social", "premisas básicas del sistema social", o "normas culturales".

Según Bodenheimer, su concepción lleva a una teoría de la justicia en tres estratos. El *primer estrato*, que se halla colocado en el fondo, comprende

aquellas *pautas mínimas de justicia y de lo razonable*, sin las cuales no puede haber un "orden" genuino de Derecho en una sociedad civilizada. *Este primer estrato constituye el Derecho natural*. El *segundo estrato* comprende principios de carácter general que son considerados como *justos en un particular sistema político y social*, y que desempeñan un importante papel para fallar sobre los conflictos, aunque esos principios puedan no haber encontrado reconocimiento expreso en una fuente formal del Derecho. El *tercer estrato* consiste en *directrices para un orden mejor y más ideal*, que el Derecho positivo del Estado aún no llegó a realizar. La idea de justicia, desde el punto de vista de esta concepción, está relacionada tanto con las metas urgentes e inmediatas, como con los fines más remotos y últimos. No es correcto lo que algunos filósofos han hecho de identificar la noción de justicia con el estrato tercero o supremo; pues, al hacerlo así, ignoran el hecho de que la urgencia humana de justicia no se satisface con esquemas remotos de un paraíso utópico o con promesas de "dulces en el firmamento".

La relación de la justicia con la utilidad, con la adecuación y con las ventajas sociales, presenta un problema de gran magnitud, que no puede ser resuelto por una simple y fácil fórmula. Al analizar los problemas planteados por el postulado de un orden social justo —dice Bodenheimer—, nos encontramos con que consideraciones de pragmatismo y necesidad, fundadas en la existencia de defectos o imperfecciones en la estructura tecnológica, económica o social, hacen en ocasiones imposible el cumplimiento de fines de justicia, lo cual puede ser fácilmente comprendido por las gentes ilustradas de la comunidad. Así, la guerra, las hambres colectivas, la lucha civil, la escasez de trabajo, o el primitivismo del sistema productivo, pueden requerir que por razones de eficacia y ventaja sociales se tomen medidas drásticas, las cuales acaso resulten cuestionables desde el punto de vista de la justicia.

Sin embargo, al tener que enfocar un problema de este tipo, las autoridades debieran guiarse por la convicción de que, en principio, hacer justicia tiene una importancia superior a la eficacia política y a la utilidad social. Mera adecuación, simple eficacia, utilidad social, pueden servir lo mismo como metas indignas que como fines dignos. Debemos denunciar muchos hechos, que se han producido en nuestra época, en los cuales, invocando la "sana conciencia del pueblo", o el bien nacional, u otros pretextos, la justicia ha sido degradada y ha sido convertida en instrumento de viles propósitos políticos. Una nación, cuyos componentes o cuyas autoridades hayan perdido el sentido ético, pueden considerar como "útil" el oprimir a sus minorías, o el saquear a sus vecinos. Algunos legisladores pervertidos pueden considerar conveniente alimentar los intereses de aquellos que manejan los principales caudales o que controlan los recursos más importantes de la comunidad.

Sin embargo, por otra parte, hay que reconocer que en algunos casos los requerimientos de eficacia y adecuación pueden presentarse con dimensiones

tan imperativas, que ellos no puedan ser ignorados por los legisladores y los ejecutores del Derecho. En tales casos, los órganos jurídicos se debieran guiar por la voluntad de llevar a cabo los mandatos de eficacia con *el menor detrimento posible* de la justicia. Cuando se tiene conciencia de que el signo distintivo de un sistema jurídico civilizado consiste en el hecho de que éste trate a los seres humanos de un modo equitativo, justo y decente, entonces no se puede aceptar sin una previa crítica muy rigurosa, la solución que a primera vista parezca ser la más fácil. Los legisladores y los jueces deben darse plena cuenta de la índole del problema y deben hallarse imbuidos con la convicción de que ellos no son instrumentos inertes de la *razón de Estado*, sino que son y deben ser *órganos llenos de responsabilidad para la realización de la justicia en el orden social*.

Bodenheimer lanza la voz de alarma contra algunas doctrinas contemporáneas de un Derecho natural socializado. Hay que tener en cuenta, dice Bodenheimer, que un orden colectivista que niega todos los derechos individuales, puede basarse únicamente en el poder, y no en la justicia, ni siquiera en el Derecho. Es forzoso y fundamental elegir claramente entre el colectivismo puro y el Derecho justo. La mayor parte de los defensores de un Derecho natural socializado tiende a oscurecer este punto. *El Derecho justo presupone cierta medida de derechos individuales*. Presupone también el reconocimiento de un cierto grado de autoridad pública. Ambos elementos son esenciales al Derecho. Decir que la "voluntad colectiva", en tanto que tal, es la fuente y la base del Derecho, no es sino otro modo de sancionar el ejercicio de un poder autocrático por parte de los gobernantes del Estado; porque *no hay* en la sociedad una "voluntad colectiva" clara y unánime, salvo si se impone desde arriba por la fuerza, a los miembros de aquélla.

Bodenheimer al final de un trabajo que constituye una importante réplica a las objeciones formuladas por Kelsen contra el Derecho natural, y después de haber invalidado muchos de los argumentos empleados por aquel gran maestro, formula una serie de comentarios y asertos, que constituyen una revaloración positiva del iusnaturalismo. Estos comentarios y asertos son los siguientes:

1. La doctrina del Derecho Natural nos ha enseñado que el Derecho no es idéntico al poder o a la fuerza. Lo que los gobernantes, los grupos dominantes o los individuos privados hagan, no es necesariamente Derecho. El Derecho surge *sólo cuando los hombres se someten a restricciones en el ejercicio de su voluntad arbitraria*.

2. La doctrina del Derecho natural ha mostrado *la íntima conexión que existe entre el Derecho y la razón humana*. Puesto que el Derecho es primariamente un ajuste o acomodo de los intereses humanos en conflicto, la razón se convierte en un instrumento indispensable en la creación del Derecho. Allí donde y cuando prevalece por completo la sinrazón, allí no puede haber

Derecho en el verdadero sentido de esta palabra. Sin embargo, estamos hoy convencidos de que muchas determinaciones específicas de aquello que es "razonable" están sujetas a modificaciones históricas y dependen de los cambios en las convicciones sociales.

3. En la medida en que la doctrina del Derecho natural, en su forma modernizada de hoy en día, reconoce una *razón de la época*, es decir, un conjunto de creencias morales, de ideales económicos, y de pautas sociales, que rigen en un cierto periodo de la historia, nos suministra un importante instrumento o fuente para llenar los vacíos o las lagunas que se dan en los sistemas de Derecho positivo. Cada tipo distintivo de organización social opera con *ciertas premisas básicas* que afectan, consciente o inconscientemente, los procesos mentales y los pronunciamientos de los encargados de la administración de justicia. Hay, por ejemplo —como se ha indicado ya—, un "Derecho natural relativo" del feudalismo, uno del capitalismo y uno del socialismo, que a veces entran en juego en la valoración judicial de los casos para los cuales el Derecho positivo formulado en vigor no suministra una guía directa.

4. Otro mérito del enfoque iusnaturalista ha consistido en una clara conciencia de la *intima relación que existe entre la institución del Derecho y la idea de la justicia*. Todo Derecho apunta hacia la justicia. Pero nuestros recursos limitados, nuestra inteligencia limitada, y el uso incompleto de nuestras facultades racionales, determinan que sea extraordinariamente difícil la realización de un orden por completo justo. Esta dificultad no es motivo de desesperanza y no nos da ninguna excusa para abandonar nuestros esfuerzos encaminados al establecimiento de una "sociedad buena".

5. Finalmente, tenemos una deuda de gratitud para con la filosofía iusnaturalista por haber reducido el sentido del término "Derecho" a su *propio contenido lingüístico y emocional*. En la naturaleza, lo mismo que en la sociedad, afrontamos tanto fenómenos favorables como desfavorables, tanto desorden como regularidad, tanto accidente como causalidad. El pensamiento iusnaturalista ha limitado el área gobernada por el Derecho al reino de las normas legítimas y de la regularidad, al reino de lo razonable y de lo predecible. Donde reinan la pura casualidad y la irregularidad arbitraria, estamos fuera del dominio del Derecho. Aun cuando hoy en día tenemos muchas razones para poner en duda el supuesto de la Escuela Clásica del Derecho Natural, de que un orden racional perfecto impregna la totalidad del universo, sin embargo, debemos estar agradecidos a los filósofos de aquella escuela, por haber identificado la norma jurídica con la norma de racionalidad, regularidad y orden. Este uso del término está por completo de acuerdo con las asociaciones que nuestro lenguaje y nuestro sentimiento conectan al término "Derecho". Aunque es cierto, de modo innegable, que el logro de la racionalidad, predictibilidad y certeza en el Derecho están más allá del reino de lo

posible, debemos comprender y tener siempre a la vista que el intento de acercarse a esos ideales caracteriza toda verdadera actividad "jurídica".

Si deseamos conservar el buen nombre del Derecho, retener su concepto como un término de "importancia honorable" y asociar con él los valores de regularidad recurrente, racionalidad, y predictibilidad (aproximada), debemos decidirnos por el retorno a la concepción más restringida del Derecho, sugerida por los pensadores iusnaturalistas. Cualesquiera que sean los pecados en que hayan incurrido las varias doctrinas particulares de Derecho natural, el iusnaturalismo en su conjunto ha mostrado tener una más clara percepción de las cualidades características del Derecho, que la que el positivismo moderno pretende haber logrado.

LUIS RECASÉNS SICHES