

Título del original en inglés
Transcendental Nonsense and the Functional Approach

Publicado en la *Columbia Law Review*,
vol. XXXV, n° 6, año 1935

Traducción de Genaro R. Carrió

Copyright © by Columbia Law Review, 1935

IMPRESO EN LA ARGENTINA

PALABRAS PREVIAS DEL TRADUCTOR.

Me he tomado la libertad de cambiar el título de este trabajo y quiero justificar porqué lo he hecho. Cohen lo publicó en la *Columbia Law Review* (Vol. 35, N° 6, junio de 1935) bajo el título "*Transcendental Nonsense and the Functional Approach*" ("Sinsentido trascendental y enfoque funcional"). Este nombre parece hecho de medida para ahuyentar a los abogados. Pienso, por mi parte, que todos los abogados debieran leer este trabajo. Tal convicción, que me decidió a traducirlo, me decidió también a cometer la infidelidad arriba apuntada.

Cohen formula aquí una certera crítica a los juristas. Todos, en mayor o menor medida, nos hacemos diariamente acreedores a ella. Buena parte de nuestros problemas y de nuestras polémicas se originan en un inadecuado manejo

CAPÍTULO III

LOS USOS DEL METODO FUNCIONAL EL EL DERECHO

La significación del método funcional en el campo del derecho se clarifica si consideramos el impacto de este método sobre cuatro problemas jurídicos tradicionales: (1) La definición del derecho; (2) La naturaleza de las reglas y conceptos jurídicos; (3) La teoría de las decisiones jurídicas; y (4) El papel de la crítica jurídica.

1. La definición del Derecho

El punto de partida del análisis funcional en la teoría jurídica norteamericana se encuentra en la definición del Derecho de Holmes: "las profecías de lo que los tri-

bunales efectivamente harán". Es en "*La senda del Derecho*" (71) donde esta concepción jurídica realista es claramente formulada por vez primera:

"Si quereis conocer el Derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta —dentro o fuera del Derecho— en los mandamientos de su conciencia. . . Tomad por ejemplo, la pregunta fundamental. ¿Qué es el Derecho? Encontraréis que ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas univer-

(71) Holmes, "Path of the Law", *Harvard Law Review*, t. 10, págs. 457, 459-461 (1897); *Collected legal papers* (1921), págs. 167, 171-173. Una definición precisa, siguiendo a Holmes, aparece en C. J. Keyser, "On the study of legal science", *Yale L. J.*, t. 38, pág. 413 (1929).

salmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si aceptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por "Derecho" las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos."

Una considerable y estéril polémica ha surgido de los intentos de mostrar que esta definición del Derecho ("la forma en que los tribunales deciden efectivamente los litigios") es verdadera o falsa (72). Una de-

(72) Véanse ejemplos de este razonamiento en Dickinson, "Legal rules: Their function in the process of decision", *U. of Pa. Law Rev.*, t. 79, pág. 833 (1931); H. Kantorowicz, "Some rationalism about realism", *Yale L. J.*, t. 43, pág. 1240 (1934); Frank, *Law and the modern mind* (1930), págs. 127-128. He analizado en otra parte el círculo vicioso en que incurre Dic-

finición del Derecho es *útil* o *inútil*. No es más *verdadera* o *falsa* que una resolución

kinson en su intento de refutar la definición realista del derecho. Véase F. S. Cohen, *Ethical systems and legal ideals* (1933), pág. 12, N° 16. Kantorowicz repite el mismo argumento, subrayando el cargo de que una definición del derecho en términos de decisiones judiciales "coloca la carreta adelante de los bueyes" y es tan ridícula como una definición de la medicina en términos del comportamiento de los médicos. El paralelo, aunque ingenioso, es inadecuado: La analogía correcta con una definición de la ciencia del derecho como descripción de la conducta de los jueces sería una definición de la ciencia de la medicina como descripción del comportamiento de ciertos parásitos, etcétera. Kantorowicz acepta sin examen crítico el presupuesto metafísico de que la definición es un tránsito en una sola dirección desde algo más general a algo menos general. Pero la lógica moderna ha demostrado la vacuidad de esta presuposición. Para ciertos fines es útil definir a los puntos como funciones de líneas. Para otros, es útil definir a las líneas como funciones de puntos. Es tan lógico definir al derecho en términos de lo que hacen los tribunales como definirlo de la otra manera. La elección es una cuestión de conveniencia, no de lógica o de verdad.

La misma falacia metafísica vicia el argumento opuesto expresado por Frank, a saber, que la realidad "primaria" es particular y concreta, de modo que una definición del derecho tiene que ser necesariamente formulada en términos de decisiones efectivas. Según la lógica moderna el mundo contiene cosas relaciones, y ninguna de estas puede pretender un grado superior de realidad. Se puede iniciar una disputa o una investigación científica ya con un hecho concreto, ya con un principio general.

de Año Nuevo o una póliza de seguro. Una definición es, en efecto, un tipo de seguro contra ciertos riesgos de confusión. No puede, como tampoco puede hacerlo una póliza de seguro comercial, eliminar todos los riesgos. La certeza absoluta es tan ajena al lenguaje como a la vida. No hay seguridad final frente a la insolvencia del asegurador. Y las palabras de una definición siempre llevan consigo su propio halo de ambigüedad. Pero una definición es útil si asegura contra riesgos de confusión más serios que los que la definición en sí misma contiene.

La expresión "lo que los tribunales hacen" no está completamente exenta de ambigüedad. Existe posibilidad de desacuerdo acerca de lo que es un *tribunal*; si lo son, por ejemplo, la Comisión para el Comercio Interestadual (Interstate Commerce Commission), o la Corte de La Haya, o el Consejo Tribal de los Tesuque; si actúa como un tribunal el Juez que se extralimita en el ejercicio de las atribuciones que habrá de reconocerle la rama ejecutiva del gobierno. Puede haber incluso desacuerdo respecto de la línea de separación entre lo que los

tribunales *hacen* y lo que los tribunales *dicen*, en vista del hecho de que la mayor parte de la conducta de los jueces es verbal. Pero estas fuentes de ambigüedad en la definición de Holmes son periféricas más que centrales, y pueden ser fácilmente neutralizadas. Son, por lo tanto, fuentes de confusión mucho menos peligrosas que la ambigüedad fundamental inherente en la definición clásica del Derecho, que encierra una confusión entre lo que es y lo que debe ser.

La confusión clásica contra la que se alza la concepción jurídica realista, está ejemplificada en la tradicional definición de Blackstone, para quien el Derecho es "una regla de conducta social prescripta por el poder supremo de un Estado, que ordena lo que es justo y prohíbe lo que es injusto" (73).

En esta definición nos damos con el intento de unir dos ideas incompatibles que, en la tradición de la teoría jurídica inglesa, están estrechamente asociadas, sobre to-

(73) Blackstone, *Comentarios*, 44.

do, con los nombres de Hobbes y Coke, respectivamente.

Hobbes, el abuelo de la teoría jurídica realista, consideraba el Derecho como las órdenes o mandatos de un cuerpo en favor del cual los individuos particulares han abdicado su fuerza. Un estado de naturaleza está caracterizado por la guerra de todos contra todos. Para conseguir la paz y seguridad, cada individuo abandona algo de su libertad, algo de su poder, y las órdenes o mandatos del poder colectivo, el Estado, constituyen el Derecho.

La concepción jurídica de Hobbes ha sido muy impopular entre los ciudadanos respetables, pero me atrevo a pensar que la mayor parte de las críticas que se le han dirigido en los últimos doscientos cincuenta años tienen por fundamento una mala inteligencia de lo que Hobbes quería significar por "estado de naturaleza". Tal como lo veo, Hobbes nunca alude al estado de naturaleza en tanto que etapa histórica real, al cabo de la cual los hombres se reunieron y firmaron un contrato. El estado de naturaleza es una etapa en el análisis, en

lugar de ser una etapa histórica. Existe hoy y ha existido siempre en mayor o menor grado en diversos dominios de la actividad humana. En la medida en que cualquier relación social se encuentra libre del contralor del gobierno, ella presenta lo que Hobbes llama "un estado de naturaleza".

En las relaciones internacionales del presente, por lo menos en la medida en que las naciones no han abdicado su poder mediante tratados que establecen órganos de gobierno internacional tan rudimentarios como la Liga de las Naciones o la Unión Postal Universal, existe de hecho un estado de naturaleza y una guerra de todos contra todos. Esta guerra, tal como insiste Hobbes, está presente en potencia antes de que estallen las hostilidades. No sólo en el campo de las relaciones internacionales encontramos esta guerra de todos contra todos; también nos damos con ella en el campo de las relaciones industriales, en aquellas zonas a las cuales no se ha extendido aún el contralor gubernamental o de las que éste se ha retirado, si existía previamente.

Las concesiones recíprocas y las delega-

ciones de poderes que presupone un contrato de arbitraje, un tratado internacional, un "codigo industrial", una fusión de sociedades, o un contrato colectivo de trabajo, son pasos en la creación del gobierno y hacen entrar en juego nuevas reglas de derecho y nuevos organismos de aplicación. Los gobiernos no surgen de una vez para siempre. El control gubernamental está apareciendo hoy en muchas zonas de la vida comunitaria y aparece dondequiera los individuos hallan intolerables los conflictos propios de un estado de naturaleza. El proceso mediante el cual se crea el gobierno y se formulan sus mandatos es un proceso de intercambio y discusión humanos (*human bargaining*), fundado en el consentimiento efectivo, pero contrapesado por el poder relativo de los individuos o grupos en conflicto.

En toda esta concepción del Derecho, no hay referencia alguna a la razón o a la bondad. El derecho exige obediencia no a causa de su bondad o de su justicia o de su carácter racional, sino por el poder que lo sustenta. Aunque este poder se apoya en

medida efectiva en creencias populares acerca del valor de ciertos ideales jurídicos, sigue siendo verdad hoy lo que Hobbes expresara en su "*Diálogo sobre el Common Law*", "En cuestiones de gobierno, cuando no aparece otra cosa, bastos son triunfos" (74).

Muy distinta de esta concepción realista del derecho es la teoría, hecha famosa por Coke, de que el derecho es sólo la perfección de la razón (75). Es ésta una idea que ha tenido fuerza considerable en la historia constitucional norteamericana, habiendo servido primero como una base para la revolución popular contra las violaciones tiránicas del "derecho natural" y de los "derechos inalienables" de los ingleses, y, más recientemente, como un fundamento judicial para negar legitimidad a aquellas leyes que los jueces consideran "irrazonables". Sería absurdo desconocer la importancia de este concepto de derecho natural o justicia en tanto que *standard* para juz-

(74) Hobbes, *Dialogue between a philosopher and a student of the common law of England* (1681), "Of punishments".

(75) Co. Litt., 976.

gar los actos de los que mandan, ya sean actos legislativos, ejecutivos o judiciales. Claro está, empero, que la validez de este concepto del Derecho se encuentra en un reino de valores, que no es el reino de las vigencias sociales.

La confusión y ambigüedad que afecta la concepción clásica del derecho, tal como ha sido formulada por Blackstone e implícitamente aceptada por la mayoría de los autores modernos, resulta del intento de mezclar dos ideas inconsistentes. Blackstone se propone, en efecto, superponer la imagen del Derecho diseñada por un hipócrita de espíritu blando, Coke, y el cuadro realizado por un cínico de espíritu rudo, Hobbes, y darnos así una composición fotográfica. El Derecho, dice Blackstone, es "una regla de conducta social prescripta por el poder supremo de un Estado (aquí habla Hobbes) que ordena lo que es justo y que prohíbe lo que es injusto (aquí habla Coke)" (76). Al colocar estas dos ideas

(76) Que "justo" ("right") e "injusto" ("wrong") son usados en esta definición como términos éticos, y no estrictamente jurídicos, resulta claro de la exegesis

una al lado de la otra, suscitamos una rica fuente de confusiones, que muchos importantes estudiosos del Derecho desde Blackstone hasta nuestros días han considerado tan útil en las controversias jurídicas como la tinta con la que el pulpo confunde a sus enemigos.

Aquellos teóricos del Derecho que adhieren a la definición de Blackstone están en condiciones de manejar las ideas jurídicas como les plazca sin temor de ser refutados. Si las legislaturas o los tribunales están en desacuerdo con una teoría dada, cuesta poco trabajo mostrar que la disidencia es injusta, irrazonable, monstruosa y que, por lo tanto, no es "verdadero derecho". Por otra parte, al moralista entremetido que cuestiona una doctrina jurídica en razón de que es injusta o indeseable, puede invitársele a retornar al reino de la moralidad de donde vino, puesto que el derecho es la orden del soberano y no un objeto de la teoría moral. Quizá la principal utilidad de la teoría de Blackstone está en la mordaza

que el propio Blackstone hace de su definición. Comm. 54-55.

que coloca sobre la crítica jurídica. Obviamente, si el Derecho es algo que ordena lo que es justo y prohíbe lo que es injusto, es imposible discutir acerca de la bondad o maldad de cualquier ley, y una definición que disuada a los críticos del Derecho resulta muy útil para los apologistas jurídicos del orden social existente. Tal como afirma un autor moderno que se ha ocupado del razonamiento jurídico: "De ese modo todas las cosas que han recibido el sello jurídico son al propio tiempo jurídicamente éticas porque son Derecho, y el Derecho debe ser considerado ético o de lo contrario, el sistema mismo habrá de perecer" (77).

2. *La naturaleza de las reglas y conceptos jurídicos*

Si los funcionalistas están en lo cierto, el significado de una definición se halla en sus consecuencias. La definición de un

(77). Brumbaugh, *Legal reasoning and briefing* (1917), pág. 7.

término general como "Derecho" tiene significación sólo porque afecta todas nuestras definiciones de los conceptos jurídicos específicos.

La consecuencia de definir el derecho como una función de las decisiones judiciales concretas es que podemos proceder a definir de la misma manera conceptos tales como "contrato", "propiedad", "título", "persona jurídica", "derecho subjetivo" y "deber". Es decir, también como funciones de decisiones judiciales concretas.

La consecuencia de definir el Derecho como una mezcla de fuerza política y valor ético amalgamado en forma ambigua es que cada uno de los conceptos, reglas, o problemas jurídicos presentarán una ambigüedad similar.

Consideremos, por ejemplo, el elemental problema jurídico de saber si en un caso determinado hay contrato.

Quando los realistas se plantean este problema, dirigen su preocupación a la conducta efectiva de los tribunales. Para los realistas la relación contractual, como el Derecho en general, es una función de

las decisiones jurídicas. La cuestión de lo que los tribunales *deben* hacer es aquí irrelevante. Donde hay una promesa cuyo cumplimiento será compulsivamente obtenido por la acción de los órganos jurídicos, hay contrato. Así concebidas las cosas, cualquier respuesta a la pregunta "¿Hay contrato?" debe consistir en una profecía fundada, como toda profecía, sobre hechos pasados y presentes. Así concebidas las cosas, la pregunta "¿Hay contrato?", puede ser descompuesta en un cierto número de preguntas subordinadas, cada una de las cuales apunta a la conducta efectiva de los tribunales: (1) ¿Qué tribunales intervendrán, probablemente, en la decisión de los conflictos que se originen a raíz de una transacción dada? (2) ¿Qué elementos de dicha transacción serán considerados relevantes por aquellos tribunales? (3) ¿Qué han hecho en el pasado esos tribunales frente a transacciones *similares* a la que nos preocupa, es decir *idénticas a ésta en todos aquellos aspectos que el tribunal reputará importantes*? (4) ¿Qué fuerzas presionarán sobre los jueces para que éstos se atengan

a los precedentes que parecen aplicables (v. gr.: inercia; espíritu conservador; conocimiento del pasado o inteligencia suficiente para adquirirlo; respeto por los predecesores, por los tribunales de más alta jurisdicción o por los colegas; un hábito de no contrariar las expectativas establecidas del foro o del público en general) y qué poderío tienen esas fuerzas? (5) ¿Qué factores estarán presentes para estimular un tratamiento judicial nuevo de la transacción que nos preocupa (v. gr.: cambios en la opinión pública; los prejuicios y la idiosincracia de los jueces; teorías recientemente aceptadas sobre el Derecho, la sociedad o la economía; o el mutable contexto social del caso) y qué grado de poderío tienen estos factores?

Estas son las cuestiones que un exitoso abogado práctico enfrenta y resuelve en cada caso. El Derecho, en el significado que los juristas realistas dan a la palabra, no es otra cosa que el cuerpo de respuestas a aquellas preguntas. La tarea de predicción no envuelve en sí ningún juicio sobre valores éticos. Por supuesto, aun el más

cínico de los abogados prácticos no dejará de reconocer que las creencias éticas de los jueces positivamente existentes son hechos relevantes en cualquier caso, porque ellas determinan qué hechos serán considerados importantes por el juez y qué reglas del pasado serán reputadas por éste razonables o irrazonables y dignas de ser extendidas o restringidas. Pero las creencias judiciales acerca de los valores de la vida y de los ideales de la sociedad son *hechos*, del mismo modo que las creencias religiosas de los habitantes de la isla de Andaman son hechos, y la verdad o falsedad de tales creencias morales es una cuestión absolutamente ajena al jurista práctico, como lo es al observador científico.

Lavados con ácido cínico, todos los problemas jurídicos pueden ser interpretados así como cuestiones concernientes al comportamiento positivo de los jueces.

Nuestra pregunta tipo "¿Hay contrato?" puede recibir un segundo significado, radicalmente distinto del anterior. Cuando un juez se formula esta pregunta al redactar una sentencia, no está tratando de predecir

su propio comportamiento. Lo que está haciendo es plantearse, en forma oscura, el problema de si se *debe* o no atribuir responsabilidad a alguien por ciertos actos. Esta es, inescapablemente, una cuestión ética. Lo que un juez debe hacer en un caso dado es un problema tan moral como los tradicionales problemas de moralidad que se examinan en las Sunday Schools ⁽⁷⁸⁾.

Es difícil para aquellos que todavía conciben a la moralidad en términos ultraterrenos reconocer que cada caso plantea una cuestión moral al tribunal. Pero esta idea no atemoriza a aquellos que conciben a la moralidad en términos terrenales. La moralidad, así concebida, está vitalmente referida a hechos tales como expectativas humanas apoyadas en decisiones del pasado, la estabilidad de las transacciones económicas, y aun el mantenimiento del orden y de la simplicidad en nuestro sistema jurídico. Si los valores éticos son inherentes a todos los dominios del comportamiento hu-

(78) Cf. F. S. Cohen, "Modern Ethics and the law", *Brooklyn L. Rev.*, t. 4, pág. 33 (1934). Allí se examina la concepción de la "Sunday School morality".

mano, la adecuada apreciación ética de una situación jurídica no se halla en la efusión de una conciencia emotiva no familiarizada con el contexto social, con la línea de los precedentes y con las prácticas y expectativas, jurídicas y extrajurídicas, que han crecido en torno a un tipo dado de transacciones.

El más flaco servicio que presta la concepción tradicional del Derecho es que oculta de la mirada de los jueces el carácter ético de toda decisión judicial, y sirve así para perpetuar los prejuicios de clase y las suposiciones morales no críticas, que no podrían subsistir a la luz solar de la libre controversia ética.

La concepción del Derecho de Blackstone como algo semimortal y semidivino nos proporciona una concepción mística del contrato. Cuando un maestro de la teoría jurídica clásica como Williston se formula la pregunta "¿Hay contrato?", no tiene en mira ni el problema de la predicción científica que el abogado práctico enfrenta, ni el problema valorativo que enfrenta el juez consciente. Si tuviera en mira el primer

problema, sus estudios mostrarían sin duda la medida en que los tribunales dan de hecho sanción a los diversos tipos de obligaciones contractuales ⁽⁷⁹⁾. Sus conclusiones estarían formuladas en términos de probabilidad y estadísticas. Por el otro lado, si el profesor Williston estuviera interesado en los aspectos éticos de la responsabilidad contractual, ofrecería sin duda un balance significativo de los valores humanos y costos sociales implicados en los diferentes tipos de acuerdos y en los medios para hacerlos efectivos. En los hechos, sin embargo, el análisis de Williston oscilará entre una teoría de lo que los tribunales hacen y una teoría de lo que los tribunales deben

(79) Tan arraigado se encuentra en la tradición jurídica el ignorar los hechos de los casos que un jurista distinguido, el profesor Goodhart, puede sostener con toda seriedad que es muy peligrosa la práctica adoptada por algunas bibliotecas de derecho norteamericanas de ofrecer a los lectores la posibilidad de consultar los expedientes de los casos. Los estudiantes pueden apartarse de la *ratio decidendi* oficial y tratar de descubrir cuáles han sido los hechos del caso, lo que constituiría un golpe fatal para la teoría jurídica tradicional. Véase Goodhart, "Determining the ratio decidendi of a case", *Yale L. J.*, t. 40, págs. 161, 172 (1930).

hacer, sin detenerse en ninguno de los planos de las vigencias sociales o en el plano de los valores el tiempo suficiente para atacar problemas realmente importantes. Este vagabundeo confuso entre el mundo de los hechos y el mundo de la justicia invalida todas las discusiones y todos los análisis.

La claridad intelectual exige que distingamos cuidadosamente entre los dos problemas de (1) la descripción objetiva y (2) el juicio crítico que la teoría jurídica clásica mezcla en la misma frase. La teoría jurídica realista se hace cargo de tal distinción al expresar su doble tesis: (1) que cada regla o concepto jurídico no es más que una función de las decisiones judiciales, siendo aquí los problemas de valor irrelevantes; (2) que el problema del juez no es el de saber si una regla o concepto jurídico existe de hecho sino el de saber si *debe* existir. De esto resulta claridad en los dos frentes. La descripción de los hechos jurídicos se hace más objetiva, y el criticismo jurídico se hace más crítico.

Cuando el jurista realista se propone

descubrir cómo están manejando los tribunales ciertas situaciones, buscará de elevarse por encima de sus propios prejuicios morales y descontará los prejuicios morales del autor cuyo tratado consulte.

El escritor jurídico realista no enturbiará sus descripciones de la conducta judicial con la expresión de sus deseos personales; si una decisión o una línea de decisiones no son de su agrado, se abstendrá de decir "Esto no puede ser el Derecho porque está reñido con sólidos principios", y en lugar de ello dirá "Este es el Derecho pero a mí no me gusta", o, más útilmente, "Esta regla conduce a los siguientes resultados, que son socialmente indeseables por las siguientes razones...".

El abogado práctico realista, si continúa usando el lenguaje ritual para dirigirse a un tribunal no realista, por lo menos no se engañará con sus propias palabras: empleará sus "golpes de varita mágica" para provocar actitudes judiciales favorables y, al mismo tiempo, para desviar la atención judicial de aquellos precedentes o hechos que no le convienen (tal como el mago pro-

fesional usa su "golpes de varita mágica" para desviar la atención de los espectadores de ciertos hechos). Advirtiendo la circularidad de muchos argumentos conceptuales, el abogado práctico realista tratará de traer ante el tribunal los valores humanos que militan en favor de su causa, y como a menudo las reglas de procedimiento son un obstáculo para ello, recurrirá a algún acto de prestidigitación para llamar la atención de los jueces sobre su material mediante el recurso a un "memorial de corte sociológico", mediante una discusión de los antecedentes y consecuencias de los casos pasados citados como precedentes, mediante la elaboración y la exégesis de la prueba admisible, o aun mediante un discurso político o una conferencia sobre economía insertados en el alegato final.

El juez realista, por último, no se engañará a sí mismo ni a los demás fundando decisiones en razonamientos circulares a partir de la presencia o ausencia de "personas jurídicas", "acuerdos dolosos" (*conspiracies*), "derechos de propiedad", "títulos", "contratos", "causa próxima" u

otros derivados jurídicos de la propia decisión judicial. En lugar de ello, apreciará con franqueza los valores humanos en conflicto que se enfrentan en toda controversia, valorará la importancia social de los precedentes en que cada uno de los reclamos se apoya, abrirá la Sala de Audiencias a toda la prueba que pueda echar luz sobre esta delicada tarea práctica de ajuste social, y enviará al paraíso de los conceptos jurídicos de Jhering a todos aquellos abogados que no tengan otra habilidad que la de la acrobacia conceptual.

3. *La teoría de las decisiones jurídicas*

Los usos del enfoque funcional no son agotados por la "teoría jurídica realista". La "teoría jurídica realista", tal como se usa habitualmente esta expresión⁽⁸⁰⁾, es

(80) Véase K. N. Llewellyn, "A realistic jurisprudence — The next step", *Columbia Law Review*, t. 30, pág. 431 (1930); Pound, "The call for a realistic jurisprudence", *Harvard Law Review*, t. 44, pág. 697, (1931); Llewellyn, "Some realism about realism: Res-

una teoría sobre la naturaleza del derecho, y en consecuencia, una teoría sobre la naturaleza de las reglas jurídicas, de los conceptos jurídicos y de las cuestiones jurídicas. Su esencia es la definición del Derecho en tanto que función de las decisiones judiciales. Esta definición tiene un valor tremendo en el desarrollo de la ciencia jurídica, dado que nos habilita para eliminar la bruma sobrenatural que circunda el orden jurídico y para manejar los elementos del orden jurídico en términos objetivos y científicos. Pero este proceso de definición y clarificación es sólo una etapa preliminar en la vida de la ciencia jurídica. Cuando hemos analizado las reglas y los conceptos jurídicos en tanto que pautas de decisiones, se hace relevante preguntar "¿De qué están hechas las decisiones judiciales?"

Si concebimos a las reglas y a los conceptos jurídicos como funciones de las decisiones judiciales, es conveniente, a los fines de este análisis, ver en estas decisiones hechos puros y simples. Al igual que todo

ponding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, t. 44 pág. 1222 (1931).

hecho físico puede ser analizado como un complejo de electrones positivos y negativos, así toda institución jurídica, toda regla o concepto jurídico puede ser analizado como un complejo de decisiones en favor del actor o en favor del demandado. Pero la simplicidad es relativa al nivel del análisis. Para el químico, el átomo es el término más bajo del análisis. Pero el físico no puede detener el proceso de análisis en el átomo o aun en el electrón. Sería una herejía a la fe en la ciencia pretender que goza de simplicidad final e inmunidad perpetua frente a análisis ulteriores. Infortunadamente, ciertos defensores de la teoría jurídica realista, después de usar el método funcional para reducir las reglas y los conceptos a decisiones atómicas, se rehusan a seguir con el proceso analítico. Y parecen dispuestos a ver en estas decisiones productos simples no analizables de "pálpitos" (*hunches*) o de malas digestiones de los jueces.

La teoría del "pálpito" en el derecho ⁽⁸¹⁾, al magnificar los factores perso-

(81) Véase Hutcheson, "The judgment intuitive:

nales y accidentales en la conducta de los jueces, niega implícitamente la relevancia de los factores sociales significativos y predecibles que gobiernan el curso de la decisión judicial. Aquellos que han expresado este punto de vista han prestado un servicio real, al señalar el enorme campo de incertidumbre que se da en el derecho efectivo. Pero la experiencia real revela un cuerpo importante de uniformidad predecible en el comportamiento de los tribunales. El derecho no es una masa de decisiones desconectadas ni un producto de los cólicos estomacales de los jueces. Los jueces son humanos, pero ellos son una especial casta de seres humanos, seleccionados y conservados en servicio bajo un potente sistema de controles gubernamentales. Sus actos son "judiciales" dentro de un sistema que establece apelaciones, revisiones, juicios políticos y legislación. La decisión que

The function of the «hunch» in judicial decisions", *Corn. L. Q.*, t. 14, pág. 274 (1929); Hutcheson, "Lawyer's law and the little, small dice", *Tulane Law Rev.*, t. 7, pág. 1 (1932); Frank, *Law and the modern mind* (1930), cap. 12-13; T. Schroeder, "The psychological study of judicial opinions", *Calif. L. Rev.*, t. 6, p. 89.

es "peculiar" sufre erosión, a menos que represente la primera manifestación exterior de una nueva fuerza social, en cuyo caso pronto deja de ser peculiar. Es más útil analizar un "pálpito" judicial en términos del impacto continuado del estudio de un juez sobre los precedentes, sus conversaciones con sus colegas, la lectura de los diarios y sus recuerdos de los cursos universitarios, que en términos estrictamente fisiológicos.

Una teoría verdaderamente realista de las decisiones judiciales tiene que concebir cada decisión como algo más que una expresión de personalidad individual. Tiene que concebirla como algo que es al mismo tiempo, y ello es más importante, una función de fuerzas sociales, es decir, un producto de determinantes sociales y un índice de consecuencias sociales. Una decisión judicial es un acontecimiento social. Como la sanción de una ley federal, o el equipamiento de los autos de policía con radios, una decisión judicial es una intersección de fuerzas sociales: detrás de la decisión hay fuerzas sociales que actúan sobre ella para

darle una dirección; más allá de la decisión hay actividades humanas afectadas por ella. La decisión pierde sus dimensiones de significación social cuando es contemplada simplemente en el momento en que es dictada. Sólo investigando detrás de la decisión en busca de las fuerzas que la misma refleja, o proyectando más allá de ella las líneas de su fuerza en el futuro, llegamos a una comprensión del significado de la decisión misma. La distinción entre "holding" y "dictum" en cualquier decisión no ha de ser descubierta mediante el examen lógico de los considerandos o mediante la investigación histórica de los hechos efectivos del caso⁽⁸²⁾. Aquella distinción nos obliga a una predicción, una profecía del peso que los tribunales darán a las citas futuras de la

(82) Compárese la ortodoxa persecución de una fórmula que determine la "real" *ratio decidendi* de un caso en Goodhart, "Determining the ratio decidendi of a case", *Yale L. J.*, t. 40, pág. 161 (1930), con la sensata descripción que Llewellyn hace de la manera en que los casos abonan proposiciones de alcance amplio o restringido. *The bramble bush* (1930), páginas 47, 61-66. Cf. también Oliphant, "A return to stare decisis", *Am. L. School Rev.*, t. 6, págs. 215, 217-218; F. S. Cohen, *Ethical systems and legal ideals* (1933), págs. 33-37.

decisión adoptada. Esta cuestión no es de pura lógica, sino de psicología, economía y política humanas.

¿Cuál es el significado de una decisión judicial, resumida en las palabras "Sentencia en favor del actor"? Obviamente, la significación de la decisión, aún para las partes directamente implicadas en el caso, depende de ciertas uniformidades predecibles de conducta oficial, a saber, de que un oficial de justicia hará ejecutar la decisión en una u otra forma dentro de un período de tiempo; que la decisión será respetada o seguida por el mismo tribunal o por otros tribunales si la cuestión debatida es litigada de nuevo; que ciertos procedimientos se seguirán en el caso de una apelación, etcétera. Cuando vamos más allá del significado meramente privado de una decisión efectiva, nos vemos envueltos en un nuevo conjunto de predicciones que tratan de anticipar en qué medida otros casos, similares en ciertos aspectos, han de recibir, probablemente, el mismo tratamiento por parte del mismo tribunal o de otros tribunales dentro de una jurisdicción dada. Salvo en el con-

texto de tales predicciones, el anuncio de una decisión judicial es sólo un ruido. Si no se pudieren hacer predicciones razonables de este tipo, como parece decir a veces Jerome Frank⁽⁸³⁾, entonces todas las decisiones jurídicas serían simples ruidos y no serían mejor material para la ciencia que las frases mágicas de la teoría jurídica trascendental.

Si para comprender cualquier decisión debemos entrar necesariamente en el terreno de la profecía (y, por lo tanto, en el de la historia), entonces es falsa la concepción del derecho como algo que existe completa y sistemáticamente en un momento dado del tiempo⁽⁸⁴⁾. El derecho es un proceso social, un complejo de actividades humanas, y una ciencia jurídica adecuada tiene que ocuparse de la actividad humana, de causas y efectos, del pasado y del futuro. La ciencia jurídica, tal como tradicionalmente se la concibe, trata de darnos una foto

(83) Véase Frank, *Law and the modern mind* (1930), págs. 7, 53, 104-111, 132-134.

(84) En esto el derecho no difiere de otras instituciones sociales o de los objetos físicos. Cf. C. I. Lewis, *op. cit supra*, en la nota 48 (cap. 5).

instantánea de un sistema existente y completo de derechos y deberes. Dentro de ese sistema no hay procesos temporales, no hay causa ni efecto, no hay pasado ni futuro. Una decisión jurídica es concebida como una decisión lógica a partir de principios fijos. Su significado es expresado únicamente en términos de sus consecuencias lógicas. Un sistema jurídico, así visto, resulta tan extraño a la actividad temporal como un sistema de geometría pura. De hecho, la teoría jurídica es una parte de las matemáticas puras, como el álgebra, a menos que esté concebida como un estudio de conducta humana, conducta humana en tanto que es moldeada por las decisiones judiciales y en tanto que molde de éstas. Los sistemas, principios, reglas, instituciones, conceptos y decisiones jurídicos, sólo pueden ser entendidos como funciones del comportamiento humano (85).

(85) "Decir que existe una institución jurídica —la propiedad privada, el gobierno federal de los Estados Unidos, la Universidad de Columbia— es decir que un grupo de personas está haciendo algo, está actuando de cierta manera. Es señalar un aspecto particular de la conducta humana... Pero una institución

Tal modo de ver a la ciencia jurídica revela lagunas en nuestro conocimiento del derecho, las cuales, pienso, recibirán cada día mayor atención de parte de los investigadores.

Cuando se trata de formular las fuerzas sociales que conforman el curso de las decisiones de los jueces, nos movemos todavía entre conjeturas e informaciones recogidas al azar. Sabemos, de un modo general, que las fuerzas económicas dominantes desempeñan un papel en la decisión judicial, que los jueces reflejan por lo común las actitudes de su clase social en cuestiones sociales, que sus puntos de vista sobre el derecho están dictados, en cierta medida, por su experiencia jurídica pasada como abogados de intereses especiales, y que el impacto de la habilidad y elocuencia de los abogados es una fuerza acumulativa que lentamente martilla el derecho hasta conformarlo a los deseos de quienes se encuentran en mejores condiciones para con-

jurídica es algo más que el modo como actúan los hombres en una ocasión aislada... Una institución jurídica es la ocurrencia repetida del mismo tipo de conducta". U. Moore, *loc. cit. supra*, en la nota 32.

tratar los servicios de la habilidad y de la elocuencia jurídicas; pero nadie ha tabulado jamás, sobre bases científicas, la medida de tales influencias económicas (86). Sabemos, también, que los jueces son artífices, animados de ideales estéticos (87), preocupados por los juicios estéticos que el foro y las facultades de derecho emitirán sobre sus acciones y teorías, toscas o hábiles, armoniosas o incongruentes, anómalas o satisfactorias; pero también aquí carecemos de información específica respecto de la extensión de esta inclinación estética en las diversas ramas del derecho.

(86) Algunos primeros pasos promisorios en tal dirección han sido dados en: Brooks Adams, *op. cit. supra* en nota 32; Gustavus Myers, *History of the Supreme Court* (1912); Boudin, *op. cit. supra*, en nota 27 (1932); Walter Nelles, "Commonwealth vs. Hunt", *Columbia Law Review*, t. 32, pág. 1128 (1932); Nelles, "The first American labor case", *Yale L. J.*, t. 41, página 165 (1931); Max Lerner, "The Supreme Court and American capitalism", *Yale L. J.*, t. 42, pág. 668 (1933); W. Hamilton "Judicial tolerance of farmer's cooperatives", *Yale L. J.*, t. 38 pág. 936 (1929); artículos de Haines, Brown y Cushman citados *supra* nota 38.

(87) Cf. F. S. Cohen, *Ethical systems and legal ideals* (1933) págs., 56-61; "Modern ethics and the law", *Brooklyn L. Review.*, t. 4, págs. 33, 48-50 (1934).

Sabemos que los tribunales son, por lo menos en los Estados Unidos, una fuerza social generalmente conservadora, más bien un freno que un motor en el mecanismo social, pero no poseemos una comparación fáctica científica de los órganos de gobierno judiciales, legislativos y ejecutivos, desde el punto de vista de la ingeniería social. Concreta y específicamente, sabemos que el juez Fulano, ex abogado de un "non union shop", tiene ideas muy definidas acerca de las "injunction" en el campo laboral; que otro juez, que ha tenido una infortunada vida sexual, procede con parsimonia en la fijación de alimentos; que otro juez puede ser "tocado" por cierto "caudillo" político; que una serie de secuestros notorios provocará una ola de aplicación de la pena máxima en casos de secuestro. Todo este conocimiento es útil para el abogado práctico, para el funcionario público, para el reformador social, y para el desinteresado estudiante de la sociedad. Pero es muy magro, y lo poco de él que individualmente poseemos no es colectivamente accesible. No existe al presente publicación

alguna que haga conocer los antecedentes políticos, económicos y profesionales y actividades de nuestros diversos jueces. Tal libro de referencias sería enormemente valioso, no sólo para el abogado práctico que quiere formular un pedido o litigar un caso ante un tribunal capaz de acoger su pretensión, sino también para el desinteresado estudiante de la sociedad. Tal Index Judicial, empero, no se publica porque sería considerado impropio⁽⁸⁸⁾. Según la teoría clásica estas cosas nada tienen que ver con la forma como los tribunales deciden los casos. Un crítico ocurrente del enfoque funcional considera que es una *reductio ad absurdum* de este enfoque decir que las facultades de derecho del futuro pueden investigar psicología judicial, enseñar el arte del soborno, y producir *detectives* graduados⁽⁸⁹⁾. Esto está lejos de ser una *reductio ad absurdum*. Nuestra com-

(88) En *Law and the modern mind*, pág. 112-115, Frank da cuenta de que se ha abandonado un estudio estadístico de los fallos de varios magistrados de Nueva York que revelaba llamativas diferencias en la apreciación de ciertos delitos.

(89) Kantorowicz, "Some rationalism about realism", *Yale L. J.*, t. 43, pág. 1240 (1940).

prensión del derecho se enriquecerá en gran medida el día que sepamos más acerca de cómo piensan los jueces, acerca de la exacta medida de la corrupción judicial, y acerca de las técnicas para investigar hechos jurídicamente relevantes. Claro está que este conocimiento puede ser utilizado para fines bastardos, pero ¿no podemos, acaso decir lo mismo del conocimiento que imparte la educación jurídica tradicional?

Si hoy sabemos poco de las fuerzas motivadoras que conforman las decisiones judiciales, menos aún sabemos de las consecuencias humanas de estas decisiones. Ni siquiera sabemos en qué medida los fallos de los tribunales de alzada, a los que aluden, en forma casi exclusiva, los tratados de derecho, son efectivamente seguidos por los tribunales inferiores (*trial courts*)⁽⁹⁰⁾.

(90) El "Institute of Law" de John Hopkins rompió el hielo en el moderno estudio de las decisiones de *trial courts*. Véase *Studies of civil justice in New York* (1931). Véase también Marshall, *Study of judicial system of Maryland* (1932); C. E. Clark, "Fact research in law administration", *Conn. Bar J.*, t. 2, pág. 211 (1928); B. L. Shientag y F. S. Cohen, "Summary Judgments in the Supreme Court of New York", *Columbia Law Review*, t. 32, pág. 825 (1932); y trabajos allí

Aquí, también, es probable que el práctico experimentado haya acumulado una buena cantidad de información empírica, pero el joven egresado que acaba de recibirse en una facultad de primer rango ni siquiera conoce la existencia de tal problema. Del mismo modo, el problema de la aplicación efectiva de las sentencias casi no ha recibido estudio crítico. La discusión sobre el grado de aplicación efectiva de las diversas leyes, tiene lugar, por lo común, en la atmósfera rarefacta de la teoría polémica. Por lo común es prácticamente imposible averiguar si una determinada ley ha sido aplicada alguna vez, a menos que su aplicación haya suscitado alguna dificultad jurídica a los tribunales de alzada.

Cuando abandonamos el ámbito de la conducta oficial y tratamos de descubrir las consecuencias sociales de leyes o decisiones particulares, hallamos algunos pocos programas de investigación promiso-

citados, en las notas 6 y 7; Saxe, "Summary judgments in New York — A statistical study", *Cornell L. Q.*, t. 19, pág. 237 (1934); B. L. Shientag, "Summary Judgment", *Fordham L. Rev.*, t. 4, pág. 186 (1935):

rios ⁽⁹¹⁾, pero casi no encontramos estudios fácticos ⁽⁹²⁾. Hoy en día la inclusión de anotaciones de hecho en un código, destinadas a mostrar la extensión y efectos de la aplicación del derecho, resultaría para la mayor parte de los juristas una cosa casi obscena. Pero las ideas sobre la obscenidad cambian, y cada revolución intelectual

(91) Véase, por ejemplo, Pound, "The scope and purpose of sociological jurisprudence", *Harvard Law Review*, t. 24, pág. 591, y t. 25, págs. 140, 489 (1911-1912); F. K. Beutel, "Some implications of experimental jurisprudence", *Harvard Law Review*, t. 48, página 169, 191-194 (1934).

(92) Son excepciones notables: McCracken, *Strike injunctions in the new south* (1931); Brissenden y Swayzee, "The use of the labor injunction in the New York needle trades", *Pol. Sci. Q.*, t. 44, pág. 548 (1930), t. 45, pág. 87. Además de estos estudios directos de los efectos de las reglas o decisiones jurídicas, existe una literatura creciente sobre los materiales sociales de los que se ocupa el derecho. Ejemplos de tales obras son: Pound y Frankfurter "Criminal Justice in Cleveland" (1922); R. R. Powell y Looker "Decedent's estates: Illumination from probate and tax records", *Columbia Law Review*, t. 30, pág. 919 (1930); Smith, Lilly y Dowling, "Compensation for automobile accidents: A Symposium", *Columbia Law Review*, t. 32, pág. 785; S. y E. T. Glueck, "Predictability in the administration of criminal justice", *Harvard Law Review*, t. 42, pág. 297 (1929).

significativa hace resaltar hechos que antes eran oscuros e impropios. Es razonable esperar que algún día incluso las impudicias de Holmes y de Llewellyn habrán de parecer sabias y respetables.

4. *La crítica jurídica*

Quizá el principal servicio del enfoque funcional consiste en que al liberar a las reglas, conceptos e instituciones jurídicos del sabor compulsivo a lógica jurídica o a metafísica, abre camino para una consciente crítica ética del derecho. En la teoría jurídica tradicional, la crítica, cuando existe, aparece encubierta por el *camouflage* protector del sinsentido trascendental: "El derecho *tiene que* (o no *puede*) ser así, y ello porque lo exige la *naturaleza* del contrato, de la persona jurídica o de los "*contingent remainders*»." El enfoque funcional permite que la ética salga de su escondite. Cuando reconozcamos que las reglas jurídicas son simplemente fórmulas que describen las uniformidades de las decisiones judiciales,

que los conceptos jurídicos son igualmente pautas o funciones de las decisiones judiciales, que las decisiones mismas no son productos de partenogénesis lógica nacidos de principios jurídicos preexistentes, sino que son acontecimientos sociales con causas y consecuencias sociales, entonces estaremos en condiciones de llevar a cabo la seria tarea de apreciar el derecho y las instituciones jurídicas en términos de algún *standard* de valores humanos.

La importancia que para la crítica jurídica tiene la descripción clara y objetiva de la conducta judicial, de sus causas y consecuencias, está siendo generalmente reconocida. Lo que no es tan fácilmente reconocido es la importancia que la crítica jurídica tiene para la ciencia jurídica objetiva.

Desde las brillantes conquistas de Bentham, la ciencia jurídica descriptiva casi no ha experimentado progreso alguno en la determinación de las consecuencias de las normas jurídicas⁽⁹³⁾. Este fracaso, a la

(93) El profesor Kantorowicz recomienda el siguiente ejercicio esperitual. Que el abogado o estudiante de derecho no convertido lean un código de normas jurídicas de la siguiente manera: "Preguntarse respec-

luz del estimulante progreso de la moderna investigación de los antecedentes y contexto social de la decisión judicial, requiere explicación.

Es posible que esta laguna se explique en términos del heredado prejuicio de que las leyes y las sentencias se ejecutan a sí mismas, que las consecuencias de una ley o de un fallo están, por lo tanto indicadas con claridad en el lenguaje de la decisión o de la ley mismas, y que la investigación fáctica es, por ello, un trabajo innecesario. Es posible que este fracaso en la investigación se explique en términos del predominio que en la educación jurídica tiene el abogado particular. A éste le interesan las *causas* de las decisiones judiciales, pero su interés en las consecuencias cesa, probablemente, cuando percibe sus honorarios. Estoy inclinado a pensar, empero, que el

to de cada enunciado..., qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de este enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver cuantas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas.' *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1911), pág. 8, citado por Pound, *supra* nota 91, *Harvard Law Review*, tomo 25, págs., 489,513.

fracaso de nuestra ciencia jurídica en esta dirección puede ser atribuido a una dificultad más fundamental. La perspectiva de determinar las consecuencias de una norma jurídica dada, parece ser una tarea infinita, y lo es, en verdad, a menos que la abordemos con algún criterio de selección que indique qué consecuencias son *importantes*. Ahora bien, un criterio de *importancia* presupone un criterio de valores que es, precisamente, lo que los modernos pensadores de las escuelas "sociológica" y "realista" nunca han tenido. El Dean Pound ha hablado durante muchos años del "balance" de intereses, pero sin indicar jamás qué intereses son más importantes que otros, o como puede ser construido un *standard* de peso o de excelencia para apreciar los "intereses" (94). Los "realistas" contemporáneos, en general, o bien han negado en forma absoluta que puedan existir *standards* absolutos para medir la importancia (95),

(94) Cf. W. L. Grossman, "The legal philosophy of Roscoe Pound", *Ill. Law Rev.*, t. 18, págs. 285, 294-304 (1924).

(95) Véase U. Moore, "Rational basis of legal institutions", *Columbia Law Rev.* t. 23, págs. 609, 612

o bien han insistido en que antes de empezar a valorar los hechos tenemos que comprenderlos a fondo tal como son. Tal aplazamiento del problema equivale a su rechazo. Nunca comprenderemos los hechos a fondo tal como son, y no es probable adelantar mucho en el camino de esa comprensión si, al mismo tiempo, no hacemos jugar alguna teoría crítica de los valores. En términos de tal teoría, los deseos y hábitos humanos particulares son importantes, y la tarea de investigar las consecuencias jurídicas deja de responder a una vaga curiosidad para constituirse en este problema: ¿De qué modo pueden estas normas jurídicas fortalecer o cambiar estos importantes hábitos y satisfacer o frustrar estos importantes deseos?

La tarea de la ciencia jurídica descriptiva no puede, en consecuencia, separarse por completo de la crítica jurídica. La colección de hechos sociales sin un criterio selectivo de valores humanos produce una horrible monotonía de estadísticas inúti-

(1923); W. Nelles, Book Review, *Columbia Law Review*, t. 33, págs. 763, 765-768 (1933).

les⁽⁹⁶⁾. La relación entre la ciencia jurídica positiva y la crítica jurídica no es una relación de prioridad temporal, sino de dependencia mutua⁽⁹⁷⁾. La crítica jurídica resulta vacía sin la descripción objetiva de las causas y consecuencias de las decisiones jurídicas. La descripción jurídica es ciega sin la luz orientadora de una teoría de los valores. A través de la unión de la ciencia jurídica objetiva y de una teoría crítica de los valores sociales, nuestra comprensión del significado humano del derecho habrá de enriquecerse. La lealtad a esta unión de disciplinas distintas señalará lo que hay de importancia perdurable en la ciencia del derecho y en la filosofía jurídica contemporánea.

(96) Véase Pound, "The Call for a realist jurisprudence", *Harvard Law Review*, t. 44, págs. 697-701 (1931).

(97) He intentado investigar estas relaciones con algún detalle en *Ethical systems and legal ideals* (1933) y, también, más brevemente y con palabras de una o dos sílabas, en "Modern Ethics and the law", *Brooklyn L. Rev.*, t. 4, pág. 33 (1934).