

# JORNADAS

45

ALEXANDER H. PEKELIS  
*New School of Social Research, New York*

UNA JURISPRUDENCIA DEL BIEN COMUN

EL COLEGIO DE MEXICO  
*Centro de Estudios Sociales*

308  
J88  
no. 45  
ed. 2

# EL COLEGIO DE MEXICO

SEVILLA 30

MEXICO, D. F.

## JUNTA DE GOBIERNO

Alfonso Reyes, *Presidente*; Eduardo Villaseñor; Gustavo Baz; Gonzalo Robles; Enrique Arreguín Ir.; Daniel Cosío Villalón, *Secretario*.

308/J88/no.45/ej.2

126659

Pekelis,

Una jurisprudencia del...

SEMINAR



djp

*Director:* J. Arcana Echavarría; *Secretario:* F. Giner de los Ríos.

(Toda la correspondencia literaria debe enviarse a Sevilla 30, México, D. F.).

Distribución exclusiva: Fondo de Cultura Económica

Pánuco 63

330/cm  
9

JORNADAS, órgano del Centro de Estudios Sociales de El Colegio de México, nació al calor de un seminario colectivo sobre la guerra que celebró dicho Centro en 1943. La publicación se prosiguió durante los meses siguientes para reflejar la labor realizada en otro seminario sobre los problemas de América Latina. Cubiertas estas dos etapas, JORNADAS va a convertirse ahora en lo que había de ser desde un principio: órgano expresivo permanente del Centro de Estudios Sociales del Colegio y no ya sólo de actividades circunstanciales suyas.

Ante el nuevo carácter de JORNADAS, conviene fijar en breves palabras el sentido que quiere imprimirse a la publicación, las razones que empujan a emprenderla.

Es un tópico que ha llegado ya de los círculos científicos a los medios populares, que nuestro siglo es o debe ser el siglo de la ciencia social, por razón del desequilibrio hoy existente entre nuestro saber científico sobre la naturaleza y nuestro saber científico sobre el hombre y su actividad. Los resultados de la labor de las pasadas centurias, especialmente de la última, en el dominio de la ciencia natural, son hoy tangibles para todos y le han otorgado a nuestra vida un poder sobre los fenómenos naturales como nunca antes se soñara. En cambio, el pensamiento racional y científico apenas comienza a conquistar lo que nos es más próximo: nuestra propia vida y su organización. Los acontecimientos actuales prueban de qué manera el dominio de la naturaleza, la ciencia y la técnica, se frustran y son adversos al hombre cuando éste no maneja todavía otros instrumentos que guíen su propio destino. Nada más necesario hoy que el tratamiento científico, es decir, racional y objetivo, de las cuestiones humanas, pues el futuro de nuestra civilización, de toda posible civilización, en las presentes circunstancias, depende de que se puedan dominar, o no, la naturaleza

1

EL COLEGIO DE MEXICO

308/188/no.45/ej.2



\*3 905 0013974 A\*

13784

*humana y la vida social en un grado semejante a como nos es dado regular la naturaleza física. JORNADAS se propone ante todo mantener despierta la conciencia de este problema y coadyuvar con todas sus energías a los esfuerzos ya emprendidos para llegar a su solución.*

*Ahora bien, las cuestiones humanas no pueden ser tratadas en el vacío; surgen problemas, dificultades y conflictos ofrecidos en circunstancias y momentos determinados, y la investigación científica de los mismos sólo tiene sentido si sus resultados resuelven la situación problemática, despejan la dificultad o atenúan el conflicto, liberando al hombre de su angustiada presión. Esto quiere decir que no son las teorías las que determinan los problemas, sino éstos los que deben dar lugar al pensamiento teórico y, además, que no puede entenderse ni solucionarse ningún problema de la vida humana si lo desprendemos de su contexto o circunstancialidad. El olvido de este punto de partida elemental es quizá el responsable de la situación de atraso de las ciencias del hombre, como también de que las disciplinas sociales arrastren una pesada herencia de teorías que ya no responden a ninguna cuestión auténtica.*

*Asimilando el sentido de esa perspectiva, en las JORNADAS no se desdeñará, en modo alguno, el pensamiento social teórico actual, cualquiera que sea el punto del horizonte de donde proceda, y a su discusión y examen habrá que concederle atención cuidadosa; pero, en lo posible, sometiéndolo a la prueba de su validez para nuestros medios. En una palabra, lo que interesa de un modo fundamental son: a) las cuestiones humanas en su específica circunstancialidad americana, y b) los problemas "nuestros" que exigen una meditación teórica y una solución práctica.*

*En consecuencia, no se rechaza la consideración de las teorías y resultados de la ciencia social en general; pero se cree que la verdadera tarea intransferible está en estudiar y hacer que se estudien las cuestiones específicas de la facción latina del continente americano, de modo que soluciones y teorías no provengan de una importación*

*más o menos afortunada, sino que broten de la investigación misma de nuestras situaciones problemáticas peculiares.*

*La tragedia de Europa al privarnos de su producción intelectual y científica, siempre recibida con la sugestión de su viejo prestigio, nos obliga a un doble esfuerzo, que conviene que sea lo más consciente posible: por una parte, a que pensemos por nosotros mismos y sin andaderas y, por otra, a que meditemos hasta qué punto todo lo que nos viene del otro lado del Atlántico merece ser aceptado y asimilado y si no ha perdido aquel continente en más de algún punto el derecho al respeto que se le otorgaba sin discusión. Y pensando muy en particular en “nuestra América”, estamos convencidos de que ésta ha de ponerse enérgicamente a pensar en sí misma en su propio destino y a aprovechar lo que es un triste momento para conquistar definitivamente, sin renunciar a ninguna herencia valiosa, su autonomía cultural.*

*En cuestiones sociales y políticas es esto tanto más urgente cuanto mayor es la sospecha de que lo que se nos ofrece por varios lados no es dádiva generosa sino velado instrumento de dominación. Y sólo podremos mantenernos relativamente inmunes de las consecuencias sociales y culturales de las tremendas luchas de poder, hoy en juego, si conservamos la serenidad intelectual y el conocimiento preciso y objetivo de los hechos. Una visión acertada de nuestro presente y nuestro futuro es lo único que puede permitirnos sacar ventajas, incluso de lo que parecen adversas constelaciones.*

*Dentro de la dirección general antes esbozada, las JORNADAS del Centro de Estudios Sociales de El Colegio de México quieren presentar un amplio marco a la colaboración: desde las cuestiones filosóficas conexas, hasta los estudios de la ciencia social más particular y especializada; pero viendo también dibujados dentro de ese marco estos propósitos fundamentales: 1) exponer el estado actual de la ciencia, de conocimiento imprescindible, como punto de partida; 2) examinar y discutir, en particular, los problemas peculiares de la*

*ciencia en nuestros países, y 3) contribuir en lo posible al desarrollo de la ciencia social en marcha.*

*Desde el punto de vista científico, con JORNADAS se intentará fomentar el estudio de las cuestiones marginales y fronterizas de las ciencias tradicionales y académicas, que es donde se encuentran hoy día los problemas auténticos de la ciencia social futura. Y desde el punto de vista político, en su mejor sentido, conseguir el conocimiento recíproco de los pueblos de nuestra América, manteniendo así viva y real la conciencia de su común destino.*

2  
a.m., 1902-1946.  
ALEXANDER H. PEKELIS

*New School of Social Research, New York*

# Una jurisprudencia del bien común

## Posibilidades y limitaciones

*Open access edition funded by the National Endowment for the Humanities/Andrew W. Mellon Foundation Humanities Open Book Program.*



*The text of this book is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>*

JORNADAS — 45  
El Colegio de México  
*Centro de Estudios Sociales*  
1945

126659

308  
J.88  
no.45  
ej. 2

Traducción del inglés

por

RODOLFO SANDOVAL

## SUMARIO

- I. 1. La tercera década de este siglo en Norteamérica y el realismo jurídico; 2. El realismo jurídico y la tradición norteamericana; 3. Arbitrio judicial ¿para qué?
- II. 4. El enfoque del problema del bien común en el derecho privado; 5. Los controles impuestos por el bien común en una economía; 6. El dilema de los jueces; 7. Un problema educativo.
- III. 8. Resumen de las objeciones formuladas.
- IV. 9. Estado de derecho y las leyes inacabadas; 10. El derecho como fundamento del bien común; 11. Estabilidad jurídica y cambio jurídico; 12. La retroactividad, problema del bien común; 13. La legislación judicial y la soberanía popular.
- V. 14. El paraíso perdido; 15. Búsqueda del bien común; 16. El derecho judicial y la opinión pública.
- VI. 17. El bien común, concepto ambiguo; 18. El área de acuerdo; 19. El homenaje tributado por el vicio a la virtud; 20. La tiranía de los técnicos.

*El autor está muy obligado con Jerome Frank, Paul R. Hays, Alvin Johnson, Adolphe Lowe, Edwin W. Patterson, Herbert Prashker y Hessel E. Yntema, quienes tuvieron la bondad de leer y criticar con algún detalle las redacciones anteriores de este trabajo.*

*Tomad ahora el mapa. El mapa es lo que conocemos  
Y nada significa. He visto muchos mapas,  
en mi época conversé con mil hombres de mar  
Y, al final, sólo puedo decir  
Que uno se aventura como uno se aventura*

Stephen Vincent Benét, *Western Star*

# I

*1. La Tercera Década de este Siglo en Norteamérica y el Realismo Jurídico; 2. El Realismo Jurídico y la Tradición Norteamericana; 3. Arbitrio Judicial, ¿para qué?*

El debido respeto a la paciencia de los lectores parecería impedir nuevas digresiones acerca de las relaciones entre el Derecho y las Ciencias Sociales. El período comprendido entre las dos guerras mundiales ha visto un florecimiento tal de escuelas de jurisprudencia “sociológica” o “experimental”, de “realismo jurídico”, de “derecho social”, de “investigación jurídica de los hechos”, de “funcionamiento jurídico”, de “institucionalismo” y “pragmatismo” que uno puede preguntarse si será necesaria una exploración ulterior sobre esta materia. Sin embargo, existe una tendencia en la actitud actual de los jueces norteamericanos que merece la pena investigar. Esta actitud es, en cierto sentido, un resultado de las escuelas modernas; en otro sentido es, aunque parezca raro, una posición contraria.

No es posible estudiar debidamente en unos cuantos párrafos **I** las teorías y los efectos de esas escuelas; sin embargo, parece que con seguridad podría afirmarse, que presentan por lo menos tres características principales que les son comunes. Son éstas la insistencia sobre el abismo que existe entre la norma jurídi-

ca como ésta aparece en los textos y lo que es en la realidad; una percepción de la falta de correspondencia entre el carácter abstracto de las normas generales y la individualidad de los casos concretos; y una consciencia de la naturaleza creadora de la función judicial.

La historia de las instituciones humanas ha conocido la expresión de convicciones semejantes en muchas otras ocasiones. No es sorprendente que las tensiones de la tercera década de este siglo en Norteamérica prepararán su reaparición. La rapidez de los cambios operados en la postguerra pusieron de manifiesto, una vez más, que la realidad no se ajusta a los casilleros diseñados por los juristas. Una vez más, observadores penetrantes advirtieron que las prácticas de las sociedades anónimas se desarrollaban fuera de los estatutos de esas sociedades; que la distribución de intereses y poderes en las relaciones domésticas tenía muy poco parecido con el derecho aplicado por los tribunales a las relaciones domésticas; que el uso mercantil que rige la creación, cumplimiento e infracción de los contratos, muy poco tenía que ver con los textos legales corrientes. Aun la conducta de quienes se supone deberían imponer el cumplimiento de la ley se ha descubierto que es diferente en la realidad de como aparece en las decisiones de los tribunales. El Realismo Jurídico subrayó la diferencia entre lo que estaban diciendo y lo que estaban haciendo los jueces y funcionarios y aceptó la definición que dió Holmes del Derecho como una predicción de la conducta judicial.

Otra afirmación de Holmes: “que las proposiciones generales no deciden los casos concretos”, fué también aceptada y ampliada, convirtiéndola en una filosofía en la que no había lugar para un concepto de los tribunales como mera “viva vox juris” o como decía Montesquieu, la “boca que pronuncia las palabras de la Ley”. Se argumentaba que si los jueces no quieren admitir, ni aun en su fuero interno, su libertad para crear el derecho, ello se debe a que es más fácil ejercer autoridad atribuyéndola como

predicado a un derecho situado fuera del control de quienes lo declaran. Se ha sostenido que a veces los jueces están obsesionados por un inconsciente complejo paternal, un vehemente anhelo infantil de certeza jurídica en un mundo de caóticos riesgos. Por ello analizan las disposiciones legales, pesan los precedentes divergentes y seleccionan las pruebas admisibles destinadas a constituir los denominados hechos de la controversia, sabiendo poco y diciendo menos sobre los motivos que en realidad determinaron su elección y sobre sus tendencias e inclinaciones. Pero la verdad de la cuestión es que son principalmente creadores y no aplicadores de derecho.

2 Teorías como estas habían sido desarrolladas en Europa mucho tiempo antes de que el realismo jurídico llegara a ser popular en Estados Unidos. A este respecto algunos hechos tienen singular importancia. La influencia académica sobre la opinión pública jurídica siempre ha sido considerable en Europa. Las teorías “realistas” fueron postuladas por escritores de alto prestigio personal, como Ihering, Duguit y Géný. A pesar de ello sus enseñanzas no ejercieron una influencia apreciable sobre el estado de espíritu de los juristas europeos, y fueron por lo general confinadas totalmente al museo de las curiosidades jurídicas. La Europa pretotalitaria permaneció fiel a los dogmas de la certeza jurídica y de la función interpretativa de los jueces.

El resultante monopolio legislativo de la creación del derecho, o por lo menos la creencia en él, puede haber sido sólo una continuación del contraste que se percibía vigorosamente en la Francia prerrevolucionaria, entre los componentes populares de los Parlamentos y los funcionarios regios que integraban los tribunales. En forma análoga, el éxito de las teorías realistas en los Estados Unidos puede haberse debido a un deseo más o menos consciente de una reforma legal liberalizadora. Tal reforma, en

un país en donde la legislación está limitada a la vez por arriba por el derecho constitucional y por abajo por el *common law*, difícilmente hubiera podido ser realizada a través de la actividad legislativa ordinaria. Lo que se necesitaba era, en ciertos campos, una reforma constitucional, y en otros una invasión legislativa sin precedente de los dominios tradicionales del derecho resultante de las decisiones de los tribunales o un cambio en la mentalidad judicial. Esta última alternativa requería desde luego la reeducación de una generación de juristas, y el realismo jurídico puede enorgullecerse justamente de haber obtenido un éxito parcial en esta tarea. No es sorprendente que un país de tradiciones anglo sajonas haya preferido una revolución por medio de la educación al procedimiento usual de la educación por medio de la revolución, que aun puede resultar el camino de Europa hacia el realismo jurídico.

Causas más profundas han influído también en el resultado. Las doctrinas de arbitrio judicial son tan incompatibles con la tradición continental o, si se quiere, cartesiana, como son congruentes con las preferencias experimentalistas de Francisco Bacon, filósofo y Fiscal de la Corona, cuya contribución a la modelación de las instituciones jurídicas Anglo-norteamericanas es sub-estimada generalmente. Al leer las argumentaciones en favor del “derecho libre” (*frei Rechtsfindung*) o del “buen juez” (*le bon juge*), que sonaron a utopía en Alemania y Francia, algunos juristas formados en la tradición del *common law* deben haber sentido lo que el Monsieur Jourdain de Molière, quien en su primera lección de filosofía se enteró de que siempre había estado hablando en prosa; y comenzaron a tomar un tono menos defensivo al hablar de su derecho no codificado y su ciencia jurídica no sistematizada. Las doctrinas de arbitrio judicial fueron de todos modos una racionalización adecuada de la posición en la que se encontraban jueces y funcionarios por virtud de la técnica legislativa y constitucional de Norteamérica.

Debe recordarse que en cierto sentido los Estados Unidos no tienen Constitución escrita. Las grandes cláusulas de la Constitución, como las disposiciones más importantes de nuestras leyes fundamentales, no contiene sino una apelación a la honestidad y prudencia de aquellos sobre quienes pesa la responsabilidad de su aplicación. Decir que la compensación debe ser “justa”, la protección de las leyes “igual”, que las penas no deben ser “cruelles” ni “inusitadas”, que las cauciones o multas no deben ser “excesivas”, ni los registros domiciliarios y secuestros “inmotivados”, ni la privación de la vida, la libertad o la propiedad “sin el procedimiento jurídico debido”, no es otra cosa que dar base a la actividad de los jueces para crear el derecho, más aun, la Constitución, ya que se les deja en libertad de definir lo que es cruel, razonable, excesivo, debido o, en su caso, lo que sea igual.

A su vez el Congreso y las legislaturas de los Estados han adoptado hace tiempo la misma técnica en muchos puntos estratégicos. Se ha requerido en las leyes que las tarifas sean “justas y razonables”, que la fusión de las Compañías de transportes se haga por “interés público”, que la regulación de las estaciones de radio esté inspirada por el “interés, la conveniencia o la necesidad públicos”, que los métodos de competencia no sean “desleales”, que la distribución de las áreas de mercado entre los Estados y productores se haga considerando debidamente los factores económicos, y que las clasificaciones intra-industriales sean hechas sobre la base de ciertos “factores relevantes” nominados e inominados. Tampoco es seguro que la mecánica que permite obtener mayorías en las asambleas legislativas modernas haga posible una formulación menos ambigua.

No quiero decir que todas las medidas constitucionales o legales dejen la determinación de su contenido a los jueces. La enmienda séptima a la Constitución Norteamericana, por ejemplo, prescribe que “en pleitos de *common law* cuando el valor de la controversia exceda de veinte dólares, debe conservarse el derecho

al juicio por jurado —y admito que sería difícil interpretar la expresión veinte dólares como equivalente a quince o veinticinco, aunque, en un caso de inflación fácilmente podría interpretarse dándole el valor de dos mil. Pero ¿cuándo un pleito es un “pleito de *common law*” y no un caso de jurisprudencia de equidad? ¿Cuándo un juicio es un “juicio por jurado” y no un juicio ante un juez, que ordena dictar el veredicto o juzga *nonobstante veredicto*? Un análisis de nuestras leyes y constituciones puede poner de manifiesto una gran cantidad de importantes y precisas disposiciones. Empero, desgraciadamente las que son precisas, como la disposición de los veinte dólares, rara vez son importantes; y las importantes, como la cláusula del “debido procedimiento jurídico”, rara vez son precisas.

3 No obstante, sería equivocado concluir que la aparición del realismo jurídico no hizo sino poner de manifiesto una peculiaridad de las instituciones norteamericanas sin cambiarlas. Pero el hecho mismo de ponerlas de manifiesto tenía que operar una transformación. El rey del cuento hacía tiempo que andaba desnudo y —aunque Andersen no lo diga— unos cuantos sabios como Bacon, el obispo Hoadley, Holmes, siempre lo habían sabido. Pero claro que la cosa fué muy diferente cuando el encantador muchacho lo gritó en la calle. Ciertamente, la libertad de crear el derecho de los jueces y funcionarios no era sino un rasgo de la “tradición del *common law*”. Pero, como dice la Biblia, sus ojos abriéronse ahora y tuvieron el conocimiento divino de que eran libres.

Las consecuencias de esta consciencia están destinadas a ser importantes. En primer lugar, cuando los realistas llegaban a ser jueces o funcionarios se complacían menos en subrayar la discrepancia entre los textos y la realidad. El realismo expresado en primera persona —“el derecho es lo que los jueces hacemos

en realidad, no lo que decimos”— resultaba menos atractivo. Apenas servía de nada persistir en la definición del Derecho como la predicción de la conducta judicial, puesto que ningún juez podía regular su propia conducta tratando de predecirla. Si es verdad que la simple presencia de un observador influye la realidad observada, la naturaleza del procedimiento judicial tenía que cambiar cuando los jueces empezaron a filosofar sobre ello o cuando los filósofos, buscando la realidad del derecho judicial, se convirtieron en la realidad que estaban buscando.

La transformación del procedimiento judicial de ello resultante no es igualmente visible o profunda en todas partes, pero en conjunto la opinión jurídica más autorizada sabe hoy que la creación de una política no hace sino comenzar con la aprobación de una enmienda constitucional o de una ley. A su vez los jueces más destacados confiesan que no puede esperarse de ellos que estén más seguros del curso de su actividad o que sean menos falibles que los demás hombres, incluyendo a los legisladores.

Es sobre este trasfondo de escepticismo y libertad en donde se desarrolla la busca de un nuevo marco de referencias. En las facultades de derecho, los realistas han pretendido tomar los métodos de las ciencias sociales para la investigación de lo que es el derecho vivo. Actualmente los realistas que están en puestos de responsabilidad vuelven los ojos a las ciencias sociales en busca de guía no para la descripción sino para la conformación de la realidad jurídica.

Muchas decisiones judiciales de nuestros días muestran este triple *leitmotiv*: conciencia de la libertad, confesión de falibilidad y busca de una guía extra-jurídica. Una sentencia reciente de una corte federal de distrito dice que ahora los jueces se muestran más inclinados a “modificar sus procedimientos de modo que pueda haber un juicio más realista de los complejos problemas de los hechos económicos y la política industrial” y “a aceptar el testimonio económico apropiado para sentar una regla general

del régimen industrial”. La actitud es más pronunciada en las cortes de apelación, y particularmente en la judicatura federal. En el caso *Wickard vs. Filburn*, resuelto en el día primero de su período 1942-1943, la Suprema Corte de los Estados Unidos dijo: “las cuestiones de poder del Congreso no deben decidirse por referencia a ninguna fórmula”, y que es “la economía de la industria del trigo” y no “la aplicación mecánica de las fórmulas jurídicas lo que debe determinar la constitucionalidad de una cierta aplicación a un caso dado de la Ley del reajuste agrícola (Agricultural Adjustment Act). En el día último de ese período, adoptando una posición análoga en el campo de las libertades políticas, la Corte estableció que la Constitución no fué concebida para que fuese “una camisa de fuerza política para las generaciones futuras” (*Schneiderman vs. United States*). Durante el mismo período los magistrados de la Suprema Corte de Justicia se negaron en muchas ocasiones a someterse a las consecuencias “que derivarían de una noción legalista” (*Williams vs. North Carolina*); a “deducir de episodios aislados cuestiones abstractas de prueba y procedimiento” (*Johnson vs. United States*); a dejarse “confinar a una prueba tan mecánica” (*Parker vs. Brown*); o a considerar una disposición constitucional “como si fuera una abstracción matemática, un absoluto que no tuviera ninguna relación con la vida de los hombres” (*Martin vs. City of Struthers*).

Saben lo difícil que es trazar la línea divisoria aun entre una actividad puramente comercial y una religiosa” (*Murdock vs. Pennsylvania*) y no afirmaran “falsas pretensiones de exactitud” o “validez científica” (*Group of Investors vs. R. R.*) Los jueces “frecuentemente llegan a diversas conclusiones a pesar de un examen exhaustivo y muy cuidadoso de todos los datos disponibles, inclusive la diferencia de opinión de sus colegas” (*De Zon vs. American President Lines*). No se enfrentan con “un problema de álgebra en el que se puede demostrar si la solución es correcta o equivocada” (*Altwater vs. Freeman*), y —como la

corte dijo este año— en algunas situaciones “quedarán dudas cualquiera que sea la solución concreta que resuelva el caso” (Davies vs. Bowles). En otra ocasión afirma que “en el mejor de los casos las palabras son instrumentos inexactos” (Harrison vs. Trust Co.) y que su “empleo sin discriminación enreda el derecho” (Tiller vs. R. R.). Y que “de nada sirve sustituir una fórmula general por otra” (Galloway vs. United States). La Corte se da cuenta de que “esto no satisface a quienes buscan fórmulas matemáticas rígidas”, pero advierte con gran énfasis que “los grandes conceptos de la Constitución no proporcionan tales fórmulas”.

## II

*4. El Enfoque del Problema del Bien Común en el Derecho Privado; 5. Los controles Impuestos por el Bien Común en una Economía; 6. El Dilema de los Jueces; 7. Un Problema Educativo.*

4 No es necesario aceptar literalmente estas afirmaciones para admitir que indican la existencia de una situación plena de esperanzas y peligros. Hablando en primer término de las esperanzas, es posible que estemos en los albores de un nuevo modo de enfoque de la actividad judicial, en los comienzos de lo que yo llamaría una jurisprudencia del bien común, En otras palabras, nuestros jueces, que por largo tiempo han estado planteándose una serie de problemas acerca de los cánones de interpretación, las intenciones de los legisladores y las líneas de la autoridad judicial, pueden estar a punto de formularse, cada vez con mayor frecuencia, la única pregunta que en realidad importa ¿cuál de mis posibles conductas —qué norma jurídica— podría servir mejor al bienestar general de la sociedad a la que he jurado servir? Y pueden inclinarse a responder a esta pregunta franca y explícitamente, e intentar contestarla de modo inteligente, con la ayuda de todos los datos que pueden ofrecer las ciencias sociales.

Un enfoque judicial responsable basado en la utilización de tales datos podría construirse sobre cimientos ya puestos por di-

versos juristas en muchos campos del derecho público y privado. Así, por ejemplo, el reconocimiento de la función de difusión del riesgo, que tiene el derecho relativo a responsabilidad civil, ha hecho depender la validez intrínseca de ese derecho del grado en que sirvan al bienestar general las pautas de distribución del riesgo que se adopten. La exposición reciente de la “importancia de las condiciones interpretativas” que encuentran los jueces en los contratos privados, ha debilitado aun más el concepto de que el contrato es creado sólo por las partes contratantes, y ha llamado la atención de los juristas acerca del grado de influencia ejercido por las concepciones que acerca de la propiedad y la utilidad tenga la comunidad. Los estudios sobre “la premisa inarticulada” en casos relativos a incapacidad mental, influencia indebida, y fraude, han demostrado cómo sus resultados más bien dependen de la valoración social de la conveniencia de hacer que se cumplan los contratos motivo del litigio, que de la estimación objetiva de la existencia de los vicios del consentimiento que se aleguen. Una visión más general ha conducido a la identificación de una amplia categoría, cuya importancia crece cada día, de contratos a los que se denomina “contratos obligatorios” (*compulsory contract*) regida por el concepto social de conveniencia y lealtad más que por el de consentimiento individual.

La importancia del problema del bienestar y la necesidad de dar una respuesta inteligente y bien informada a los denominados en inglés problemas de “política pública” (*Public Policy*) se hace más visible a medida que uno se aleja de los campos clásicos de los contratos o la responsabilidad civil a las leyes que regulan las relaciones domésticas, las organizaciones, seguros, transacciones comerciales especiales o al derecho internacional privado. Un análisis relativamente exigente de los problemas cruciales que tienen que afrontar los tribunales en estos campos demuestra que no pueden ser resueltos por meros silogismos jurídicos, o sin hacer una elección más o menos consciente entre políticas sociales

divergentes. Y no parece deseable que esta elección sea hecha, como frecuentemente se hace, sin una información verdadera acerca de la realidad social sobre la que recae la fuerza de las medidas jurídicas, sin un conocimiento cierto de la dirección, agudeza o profundidad de sus efectos.

5 El enfoque de los problemas jurídicos desde el punto de vista del bien común parece ser especialmente prometedor en la regulación de la actividad económica. El mecanismo de las leyes contra los *trusts* puede hacerse funcionar de un modo más eficaz si, por ejemplo, se permitiera que las teorías de la competencia imperfecta o monopólica influyesen sobre las doctrinas judiciales que regulan las prácticas de la absorción de los fletes, la adopción de uno o muchos puntos base, o la protección de los productores marginales por las asociaciones de productores. Para no citar más que un ejemplo específico, la lucha entre las casas que venden por correo y los comerciantes locales, de la que se habla aun como una lucha entre monopolio y libre competencia, adquiriría un nuevo significado si se hiciera un intento para determinar cuál de los dos ejerce un grado mayor de poder monopólico sobre los precios.

Pero el campo en que la cooperación entre juristas y economistas podría ser particularmente fructífero es, a mi juicio, el de las compañías de servicios públicos. Las comisiones de servicios públicos, por ejemplo, no han comprendido aun por entero la naturaleza de su tarea de fijar tarifas. A pesar de que cada día es más patente que en muchos casos el valor práctico de toda empresa depende de las tarifas que pueda cobrar, las comisiones están aun trabajando sobre el supuesto de que la tarifa permisible debe derivarse del valor de la empresa, la llamada base de tarifa.

El Magistrado Jackson, al formular su voto particular en el

reciente caso de la Federal Power Commission y Hope Natural Gas Co., ha atacado enérgicamente la naturaleza derivada del concepto de precio. “¿Es necesario para fijar al gas un precio razonable basarlo en una base de tarifa de cualquier clase que ésta sea?”, preguntaba, y concluyó que “en el caso del gas natural en el campo, no hay razón de que se recurra a un rodeo para fijar su precio por el procedimiento de una base de tarifa”. A pesar de que la conclusión de Jackson fué pronunciada sobre las características especiales de la industria del gas natural, a mi juicio, es igualmente aplicable al campo de los servicios públicos en general. El círculo vicioso que es el razonamiento acostumbrado, se pone de manifiesto cuando, en un caso de reorganización del procedimiento la Comisión de Comercio Interestatal, en ejercicio del poder federal en materia de quiebras, declara que calculará el valor de un ferrocarril capitalizando la tarifa probable que el productor esté autorizado a cobrar por ese servicio. Sin embargo esa tarifa tiene que ser autorizada por la misma Comisión de Comercio Interestatal, actuando como órgano regulador, sobre la base del valor del ferrocarril calculado por otro procedimiento.

El examen del problema del bien común amplía la tarea de la regulación de las compañías de servicios públicos. Las Comisiones y tribunales pueden tener que rebasar la determinación del rendimiento adecuado basada en el valor pasado, presente o posible futuro de la propiedad de la compañía de servicio público de que se trate. Pueden verse obligados a fijar precios y tarifas específicos prestando mayor atención a su función social, y así cambiar el acento del productor al consumidor y su consumidor. Por ello pueden verse llamados a decir en qué forma ha de distribuirse entre los diversos grupos de consumidores la carga total de los gastos fijos y generales. El magistrado Jackson pedía que la decisión del precio en el caso Hope fuera remitida a la Comisión de Energía Federal (*Federal Power Commission*)

porque ésta no había investigado cual utilización del gas natural ofrece “más alto rendimiento desde el punto de vista tanto social como económico”. La opinión personal de Jackson era que el gas natural sólo tiene ventajas para el consumo doméstico, a diferencia de los usos industriales, y que la Compañía debería ser obligada a establecer una discriminación activa favorable al primero. Esto, para el magistrado Jackson es “el verdadero aspecto de servicio público de la empresa y su cuidado es lo primero a que debe atenderse al hacer la regulación”.

Acaso pudiera ser mejor entendida la naturaleza del proceso de fijación de tarifas, y su función mejor realizada, si se diera la debida atención a los estudios de Frank Knighth sobre riesgos, incertidumbre y beneficios, o a los escritos más recientes de Hotelling o Lange sobre la función del precio en la economía socialista y en la economía capitalista. Tal estudio probablemente conduciría a reconocer que el alcance actual de la acción gubernamental sobre la fijación de precios no es sólo un artificio para limitar los beneficios, sino también un experimento encaminado a conseguir el bien común a través de la fijación de precios, susceptible de convertirse en el fundamento jurídico de una democracia económica. Para decirlo con las mismas palabras del magistrado Jackson, debemos reconocer en el “precio” lo que este es —un instrumento, un medio, un recurso usado “para reconciliar el derecho de propiedad privada que la sociedad ha permitido adquirir sobre un recurso natural importante con las necesidades que esa misma sociedad tiene de él— el precio debe equilibrar la riqueza y el bien común.

**6** El caso de la Federal Power Commission vs. Hope Natural Gas Co., del que he tomado las citas anteriores, es un ejemplo ilustrativo de la situación general de los tribunales en los campos en los que la legislación requiere ser puesta en prác-

tica por la acción administrativa. Durante muchas décadas han defendido los liberales la revocación del criterio sostenido en el caso *Smith vs. Ames*, en el que se interpretó que la Constitución contiene una exigencia de métodos específicos de tasación y fijación de tarifas. En el caso *Hope*, resuelto en el pasado mes de enero, la Suprema Corte ahuyentó ese fantasma y declaró, que en adelante, no se ocuparía de la conveniencia teórica de las fórmulas de tasación y fijación de tarifas, mientras los resultados alcanzados sean satisfactorios.

La victoria dejó pensativos a muchos liberales. El magistrado Jackson objetó que él “no tenía un instinto que le permitiese distinguir lo “razonable” de lo “irrazonable” en materia de precios y que tenía que buscar un objetivo consciente para decidir”. El magistrado Frankfurter se adhirió al voto particular e hizo hincapié en que “muy poco se beneficiaría el interés público con sustituir el baturrillo de principios sentados en el caso *Smith vs. Ames*, por un estímulo a la obscuridad o confusión consciente, en el proceso de llegar a un resultado, sobre el supuesto de que mientras el resultado parece ser inofensivo, su base carece de importancia”.

Estas experiencias han sido consideradas como una mera prueba adicional del cuadro convencional del magistrado Frankfurter traicionando las ideas liberales que profesó en la Escuela de Derecho. La verdad de la cuestión es que ha demostrado darse cuenta de la nueva tarea que los jueces liberales tienen que desarrollar en la actualidad. Después de haber ganado la guerra contra el conceptualismo, los realistas deben, como dice la frase conocida, ganar la paz. Ser antifascista en la Italia del Norte es ahora un título heroico. Pero en la Italia del Sur, donde se tiene que tomar posición respecto de una serie de problemas enojosos tales como Badoglio, Stalin o el modo de pagar a los trabajadores, administrar los ferrocarriles o alimentar al pueblo, se necesita algo más que ser antifascista. Esto es, según

pienso, lo que el magistrado Jackson quiso dar a entender cuando dijo, “Si hemos de introducir nuestros propios juicios en la teoría que desarrollemos, debemos explicar algo de la filosofía jurídica, económica o social que nos guíe, para orientación de los reguladores y los regulados”.

Por extraño que pueda ser encontrar la base de una jurisprudencia del bien común en las opiniones del autor de *La Lucha por la supremacía judicial*, las frases citadas apoyan la afirmación. El magistrado Jackson hace explícita su nueva actitud cuando agrega, “si por otra parte, la Corte ha de sostener que una tarifa determinada es razonable por el mero hecho de que la comisión ha dicho que lo es, una revisión judicial sería una farsa costosa de tiempo y dinero, sin valor práctico para nadie.”

La defensa de una jurisprudencia del bien común tiene pues un significado político definido. En Norteamérica, como en toda sociedad, también se está desarrollando la lucha por la supremacía en la creación del derecho. La distribución de poderes entre las instituciones creadoras de derecho ha sido siempre, de hecho, una cuestión de compromiso determinada por razones políticas o incluso partidistas, algunas veces enmascaradas en ropajes filosóficos. La posición del pretor romano, la separación de poderes de Montesquieu, la doctrina de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes sentada en el caso *Marbury vs. Madison*, no son sino ejemplos de tales compromisos políticos. Sin embargo, las instituciones tienen un peso propio y constituyen uno de los elementos en el paralelogramo social de las fuerzas. Actualmente ocupa el centro de atención la posición de los órganos administrativos. Estos han conquistado posiciones avanzadas y tratan de reducir a los tribunales a una incómoda posición inferior. Tal cosa preocupa a quienes creen no sólo que son compatibles la acción legislativa o administrativa eficaces y la inteligente revisión judicial de las mismas, sino que su coexistencia equilibrada es la esencia del gobierno constitucional —sin

lo cual, debo agregar, el federalismo se convertiría en una mera descentralización administrativa. El equilibrio político está amenazado porque los órganos administrativos se han apoderado de las armas que ofrece la tecnología de la ciencia social y han dejado atrás a los tribunales aun obstaculizados por su ignorancia de los métodos de la economía y psicología modernas.

El magistrado Jackson observa en el caso Hope que la regulación de la industria del gas natural tenía que ser considerada “como la realización de funciones económicas, no como la realización de rituales jurídicos”, es obvio que si se acepta este punto de vista los tribunales tendrán que capacitarse convenientemente o serán excluidos del campo de la regulación. En otro caso reciente, un voto particular suscrito por el magistrado Roberts para atacar la constitucionalidad de la ley de administración de los precios de emergencia, aclaró incidentalmente la deformación profesional de los jueces. “Ningún tribunal es competente” —se quejaba el magistrado Roberts— “para demostrar, sin lugar a dudas, que una masa de opinión económica consistente en estudios de subordinados del Administrador, mapas y gráficas preparadas sobre la base de estudios hechos, y ensayos económicos reunidos aquí y allá, que las consideraciones o conclusiones del Administrador extraídas de ese material, no pueden apoyar la opinión del Administrador de que lo que ha hecho por vía de regulación o fijación de precios tiende a impedir que se produzca en la postguerra un colapso de valores, o impedir el desperdicio de los recursos votados para medidas de defensa por medio de precios excesivos, o impedir que se ponga en peligro el nivel de vida de las personas que dependen del seguro de vida, o impedir que las escuelas sufran escasez, para no enumerar sino sólo unos cuantos de los propósitos declarados en la ley”. El magistrado Roberts colegía que el tribunal debería declarar inconstitucional la ley porque sus pautas, consideradas a la luz de la competencia limitada de la

Corte Suprema, eran demasiado indefinidas. ¿Pero es verdad que a los tribunales sólo les queda la alternativa de ser un sello de caucho o un callejón sin salida?

Creo que el dilema de los jueces puede ser evitado si los tribunales adquieren ese mínimo de conocimiento sobre ciencia social que los capacitaría para ejercer un control de sentido común sobre los mapas y los ensayos económicos que le parecieran tan enmarañados al magistrado Roberts. A menos que nos resignemos al gobierno de los técnicos y estemos dispuestos a someternos al simbolismo totémico producido por las ciencias sociales debemos estar prestos a aprender su idioma, y como si dijéramos a ver por medio de sus mapas y gráficas. A menos que los cultivadores de las ciencias sociales aprendan el idioma y las técnicas jurídicas, o los juristas el idioma y técnicas de aquéllos, estaremos condenados a ver el ausentismo del aparato gubernamental y a ser testigos de un nuevo divorcio entre el poder nominal y el real.

**7** La jurisprudencia del bien común es, pues, un problema educativo fundamentalmente. Una de las tareas que los educadores deben afrontar hoy día es hacer desaparecer ese abismo aterrador que existe entre aquellos que en escuelas y centros de investigación estudian nuestra comunidad y aquellos que modelan su vida en comités legislativos y tribunales. La separación tajante entre las escuelas de derecho y las escuelas de ciencia política, economía y sociología ha llevado a una separación correspondiente entre la actividad científica de cada uno de los dos grupos. Y es muy natural que en el seno de cada uno de ellos se haya producido una tendencia a alejarse de las resbaladizas orillas. El efecto combinado de estas tendencias ha creado una tierra de nadie científica que se ha cubierto con enmarañado seto de conceptismo y semántica. Es necesario un esfuerzo conjunto para podarlo.

Esta situación ha puesto una gran responsabilidad sobre los hombros de los cultivadores de la ciencia social. Quiéranlo o no, no podrían eludirla. No subestimo la necesidad de la investigación libre de presiones no científicas, ni el valor del desarrollo de los estudios sociales más allá de los conceptos del bien y del mal. Sin embargo, no hay duda, de que la próxima década ejercerá una presión creciente sobre los cultivadores de la ciencia social. Tampoco es seguro que esta “orden social a los intelectuales”, como fué denominada en la primera época de los soviets, haya de ejercer una influencia perjudicial sobre las ciencias sociales. Es verdad que los intelectuales y los artistas siempre han clamado por su libertad frente a los amos, pero la historia es un tanto ambigua respecto de la justificación de su deseo. Ni siquiera la rigidez del “orden social” de los Papas del Renacimiento fué capaz de matar el arte renacentista.

También es un hecho histórico que las ciencias sociales nunca fueron totalmente *wertfrei*. Un libro del economista sueco Myrdal, “El elemento político en la formación de las doctrinas económicas”, aparece escrito por un adicto al realismo jurídico. Algunos de sus pasajes, mostrando el grado en que han influido en la teoría económica los objetivos políticos, suenan de un modo parecido al *Law and the Modern Mind* en su análisis de las motivaciones de la teoría jurídica. Una participación de las ciencias sociales en el desarrollo de la jurisprudencia del bien común podría colocar los elementos normativos de la ciencia social a la luz de la conciencia, y contribuir así a un saludable desarrollo de la teoría social. En pocas palabras, la jurisprudencia del bien común puede ofrecer una oportunidad para contestar no sólo la pregunta, “¿cómo conforman y cómo deben conformar la realidad social las instituciones jurídicas?”, sino también la de “¿En qué medida son importantes las ciencias sociales para la vida de la sociedad?”. Si se les hiciera mostrar los resultados de sus investigaciones de laboratorio a un auditorio de legos inte-

ligentes, sobre los que pesa una responsabilidad social, los cultivadores de las ciencias sociales podrían descubrir que ellos y sus disciplinas están sufriendo una severa prueba que conduce a un progreso efectivo. La jurisprudencia del bien común puede así convertirse en un campo experimental de los efectos de las instituciones jurídicas y la importancia de los estudios sociales.

# III

## 8. *Resumen de las Objeciones Formuladas*

8 A la afirmación de que los jueces deben plantearse y discutir francamente el problema del bien común, e intentar resolverlo con ayuda de los datos que proporcionan las ciencias sociales, se pueden hacer ciertas objeciones vigorosas. Es probable que tales objeciones giren alrededor de alguna variación o combinación de los tres conceptos siguientes.

En primer lugar se dirá, claro está, que son los legisladores y no los Jueces, quienes deben plantearse la cuestión del bienestar y considerar los datos sociales de que se dispone. Y esta proposición, a su vez, se justificará por diversas consideraciones o se presentará bajo diversos puntos de vista. a) Que si nuestro Estado es un Estado de derecho y no un gobierno de los hombres, debemos ser regidos por proposiciones generales e impersonales formuladas sin considerar individualmente a los litigantes, aplicadas con igual rigor a todos ellos. b) Si se deja a los tribunales el poder de plantearse el problema del bienestar estarán tentados a cambiar la solución según los vientos que soplen, o el cambio de moda, y sus decisiones vendrían a ser “de la misma clase que los boletos de ferrocarril, buenos solamente para este día y este tren”; esto pondría en grave peligro la estabilidad del sistema jurídico. c) Existen una injusticia y una dureza especiales en la “legislación judicial” porque, al contrario de lo que ocurre

con una nueva ley que sólo es obligatoria para el futuro, la decisión de los tribunales pretende ser únicamente declaratoria del derecho y, por lo tanto, se aplica retroactivamente. d) Si el bienestar del pueblo requiere un cambio en el derecho, este debe ser obra del pueblo mismo por intermedio de sus representantes debidamente elegidos que integran sus asambleas legislativas.

El segundo grupo de objeciones puede centrarse alrededor del concepto de que la plena conciencia de la meta que se persigue no implica necesariamente el logro de ese fin. Por consiguiente, debe sostenerse que la mayoría de los creadores de derecho, a lo menos inconsciente o secretamente, se han planteado el problema del bienestar, y que los jueces han sido creadores de derecho. Sobre el trasfondo de estas afirmaciones pueden proyectarse varias objeciones más específicas. a) La conciencia de su función creadora de derecho y una búsqueda consciente del bien común no hacen necesariamente de un hombre o un juez un creador de derecho bueno o mejor. b) Aunque los jueces sean perfectamente conscientes de lo que están haciendo, no debe informarse al pueblo, por su propio bien, del grado de arbitrio de los jueces —y menos aun de las decisiones judiciales.

Finalmente, los objetantes pueden atacar la utilidad de introducir el concepto de bien común en el procedimiento judicial. a) En primer lugar, es tan corriente el acuerdo respecto de que el derecho, tanto el creado por los jueces como el que no lo es, debe ser bueno (o servir al bienestar general) como es corriente el desacuerdo acerca de qué sea lo que sirva al bien común. b) La dificultad no se resuelve con referirla a las ciencias sociales, porque no hay un acuerdo general entre los cultivadores de estas ciencias, ni siquiera entre los estudiosos de una sola rama de los estudios sociales, sobre lo que sea el bien común, sobre los medios de conseguirlo o sobre si es conveniente o posible que los estu-

dios sociales den una orientación para la solución de los problemas sociales. c) Si, por otra parte, algunos cultivadores de las ciencias sociales —no necesariamente los mejores— estuviesen dispuestos a dar esa orientación, el resultado podría ser un paternalismo intolerable, un gobierno tiránico de los técnicos.

Puede decirse, desde un principio, que algunas, si no todas, de esas objeciones tienen una validez filosófica considerable, y que a pesar de mi gran inclinación a disentir de ellas en último término no intentaré demostrar en este escrito su falacia teórica. Sería suficiente, para los propósitos presentes, señalar que las alternativas que ofrecen estas objeciones —implícitamente, puesto que su formulación explícita es muy rara, y ello por razones que están por determinarse— son tan diferentes de los elementos fundamentales de la sociedad norteamericana, que su intento de ponerlas en práctica tropezaría con dificultades aun mayores y conduciría a consecuencias más revolucionarias y causaría más trastorno que los que pueden temerse del desarrollo de una jurisprudencia del bien común.

# IV

*9. Estado de Derecho y las Leyes Inacabadas; 10. El Derecho como Fundamento del Bien Común; 11. Estabilidad Jurídica; 12. La Retroactividad, Problema de Bien Común; 13. La Legislación Judicial y la Soberanía Popular.*

El argumento de que el problema del bien común debería plantearse en las asambleas legislativas, y ser resuelto allí, con ayuda de la información pertinente en forma de proposiciones impersonales, libre de toda consideración de los litigantes individuales, fué vigorosamente expuesto por Beccaria: “El desorden que surge de una rigurosa obediencia a la letra de una ley penal no puede compararse con los desórdenes producidos por la interpretación. . . . Cuando un Código rígido. . . no deja al juez otra tarea que examinar los actos de un ciudadano y juzgar si están conformes o no con el derecho escrito; cuando la norma de lo justo y de lo injusto, que debe guiar igualmente los actos del ciudadano ignorante que los del filósofo, es una cuestión no de controversia, sino de hecho; los súbditos no están expuestos a las pequeñas tiranías de los muchos, tanto más crueles cuanto menor sea la distancia entre el que sufre y el que le hace sufrir”.

No subestimo el peso de este argumento, que ha tenido entre sus abogados a las más nobles mentalidades de muchos siglos. Sin embargo, para los propósitos de esta investigación no es necesario volver a plantear la vieja cuestión, no limitada al cam-

po de la filosofía política, respecto del valor y peso relativos de las normas generales y las variaciones individuales. Tampoco necesitamos discutir si el ideal de un código Benthamista —que privaría a los jueces de la facultad de interpretar el derecho, alejando la incertidumbre de la sala de jurados, de la cámara del canciller y de la oficina del funcionario y quitando de raíz el esoterismo legal por la supresión de las profesiones jurídicas—, puede tener algún lugar allí donde los hombres son seres humanos.

Llamaré la atención más tarde sobre la relación esencial entre las leyes y el bien común. Parece suficiente decir en este punto que si es o no deseable o posible un tipo de legislación que eliminase la necesidad del arbitrio judicial, es muy poco lo que de ese tipo de legislación se encuentra en los textos jurídicos actuales. Por el contrario, el peso de la ideología tradicional del *common law* y las técnicas de la maquinaria política y legislativa de Norteamérica, han unido sus fuerzas para multiplicar los ejemplos en los que los legisladores no han dejado a los jueces mejor guía que adjetivos tales como “justo”, “razonable”, “leal”, “conveniente”, “adecuado” o “propio”. Y cuanto mayor es el valor estratégico de una determinada medida tanto más probable es que la mayoría legislativa necesaria para su aprobación se reuna recurriendo al uso de palabras “neutrales” que no prejuzgan la solución. Cuando así ocurre es sencillamente imposible que los jueces actúen en la forma defendida por Montesquieu, Beccaria o Bentham.

La admisibilidad de la “legislación judicial” es una cuestión legítima y candente en los países que han hecho por lo menos un fervoroso intento de atender la llamada de la codificación, propuesta por los filósofos de la ilustración. Mi argumentación sería a todas luces inconveniente, si me enfrentase con un serio renacimiento de la defensa benthamista del bien común mediante una legislación inequívoca. Sin embargo, en tanto Bentham siga

no siendo profeta en su tierra del *common law*, la verdadera cuestión no es si los jueces deben completar la obra que dejan sin concluir las convenciones constitucionales y las asambleas legislativas, sino si deben hacerlo con plena conciencia de sus funciones de creadores de derecho, y con el propósito manifiesto de servir al bien común de la comunidad a la que pertenecen.

En verdad que hay muchos campos, y campos de vital importancia, en que la tarea inconclusa se deja a los órganos administrativos. Desde luego que en ellos, los tribunales pueden negarse a hacer una contribución inteligente a los problemas del bienestar sea por una descuidada aprobación y obstruyendo ciegamente todo experimento, innovaciones o extravagancias de las oficinas administrativas. Cualquiera de los dos caminos significaría, en una u otra forma, el fin de la revisión judicial. Y si los tribunales prefieren ser callejón sin salida, mejor que un sello de caucho, esto no podría detener por mucho tiempo lo inevitable. Pero tanto si la revisión judicial perece por atrofia, como si lo hace por hipertrofia es difícil que el resultado pueda ser agradable para los adversarios de la "legislación judicial". No puedo imaginar control judicial de la actividad administrativa que no siguiera, substancialmente, los métodos y los criterios de una jurisprudencia del bien común.

**IO** Una investigación posterior de la objeción que he venido discutiendo debería aclarar otro punto, que es por completo independiente de la imposibilidad de realizar el apartamiento judicial de estas cuestiones en un país en donde los legisladores no han puesto la base correspondiente. Este punto consiste en que el ideal de una jurisprudencia del bien común no es en modo alguno incompatible con el ideal del Estado de derecho.

El concepto de que el gobierno de la ley presupone y requiere un monopolio de la facultad creadora de derecho por el órgano

legislativo, puede haber estado justificado de un determinado ambiente político e histórico, pero considerado en sí mismo no lo está en absoluto. Tal monopolio no es suficiente ni necesario para preservar el ideal del Estado de derecho; por una parte, las leyes, e incluso las constituciones pueden contener y a veces contienen disposiciones *ad personam* que se contraponen a ese ideal; por otra parte, el ideal ha tenido frecuentemente su más alta expresión en normas universales de origen puramente judicial.

La verdadera prueba no consiste en quien dé una orden, ni en si ésta tiene una forma general e impersonal o si fué expedida con ocasión de un litigio particular. Consiste en si la orden se deduce de una máxima susceptible de alcanzar esa universalidad que caracteriza al derecho en su más alto sentido. La jurisprudencia del bien común nunca debe intentar eludir esta exigencia fundamental. Equivocaría la relación esencial entre la ley y el bien común si olvidara que la ley es un elemento del propio bien común, más aun, su fundamento. La pregunta ¿“qué cosa es buena para nuestra sociedad?” es decisiva y tiene que ser formulada por todos aquellos legisladores, jueces o funcionarios administrativos a quienes está confiada la función de dictar normas. Y tiene que ser contestada con ayuda de todos los datos extrajurídicos pertinentes, extraídos de los estudios sociales o de cualquier otro campo. Sin embargo, la respuesta misma tiene que ser creadora de derecho.

La jurisprudencia del bien común no debe corromperse convirtiéndose en una jurisprudencia de conveniencia. Debe ser fiel a la admonición de Goethe de que “donde quiera que el hombre tiene sentido se conduce como un legislador”. Las conveniencias de las situaciones específicas tienen que ser valoradas desde el punto de vista general y subsumidas dentro de un patrón inteligible. No es bastante que las acciones específicas de los órganos gubernamentales sean convenientes y sirvan a las exigencias del momento y las necesidades de una situación particular.

Dicho en palabras de la *Ética a Nicomaco*: “Para ser justas tienen que realizarse y distribuirse de cierta manera. Y esta es una tarea más difícil que saber qué cosas son convenientes”. Un verdadero jurista, que piense en el bien común, en vez de investigar solamente qué acción judicial específica o qué medida administrativa serviría mejor al bienestar público en situaciones particulares, se preguntará de qué *norma* de acción que pueda servir a esa finalidad, y de qué máxima, susceptible de convertirse en ley universal, puede deducirse la medida específica.

Los casos concretos no pueden resolverse por medio de proposiciones generales, ni sin ellas. Aun en el sentido más estrecho el bienestar no se mide sólo por la cantidad absoluta de bienes y servicios de que disfrutan los hombres, sino también por su distribución relativa. En este sentido, tanto el derecho como el bienestar caen dentro de la definición que dió Dante del derecho, como una proporción entre hombre y hombre, *la hominis ad hominem proportio*.

Sería posible excluir mediante psicoanálisis el complejo paternal y la búsqueda de seguridad. Pero la búsqueda de una conformidad con las normas, de una pauta de acción reconocible, de un *ordo voluntatis*, no es otra cosa que una búsqueda de armonía y belleza. Es un rasgo de la humanidad; aun más, es la misteriosa fuerza primaria de nuestro universo que presta ritmo al canto de los salvajes, a los juegos de los niños y forma geométrica a la cristalización de la sal.

Los hechos económicos y sociales de la vida, que nos ha enseñado el realismo jurídico, han destruido la creencia de que las decisiones judiciales son traídas, hechas a medida, por cigüeñas constitucionales. Sin embargo, este descubrimiento no debería llevar a un cinismo tan estúpido, a su modo, como el cuento de la cigüeña. Continuando la metáfora, no debemos olvidar que el apetito sexual por sí solo no podría haber hecho del hombre lo que es ahora, en otras palabras, que el amor es un hecho biológico

sin el cual sería inconcebible el estado actual de la raza humana. En forma análoga, la sociedad no puede ser construída únicamente sobre el capricho judicial o sobre la conveniencia. El deseo humano de regularidad y legalidad es el fundamento de la sociedad, y su satisfacción una condición del bienestar. Los redactores de la más grande codificación que haya sido emprendida por los pueblos de occidente, el *Corpus Juris Justinianensis*, tenían conciencia de la naturaleza de esta búsqueda —y de la metáfora a que me he referido— cuando dedicaron su trabajo “a la juventud ávida de las leyes”, *legum cupidae juventute*.

**II** La precedente discusión de la objeción primera y fundamental a la jurisprudencia del bien común es una indicación suficientemente clara de la respuestas a las otras objeciones del mismo grupo. Sería útil, sin embargo, detenerse un poco sobre ellas, con el fin de hacer más explícito lo que no pretende ser la jurisprudencia del bien común.

En primer lugar, el principio de que los tribunales siempre deben plantearse el problema del bien común no significa que sus resoluciones deban ser como los boletos “válidos sólo para este día”. Habiendo determinado que una nueva norma jurídica sirve mejor que la antigua al bienestar de la comunidad los tribunales deben preguntarse si el cambio, en el momento que dictan su decisión resulta favorable al bienestar. La estabilidad tiene un valor social, político y moral obvio, que sería osado y estúpido negar. Los constructores construirían en vano si el material usado no encarnase la gran fuerza de este universo, la inercia. Las instituciones y jurídicas de todos los pueblos atestiguan el reconocimiento de esta fuerza. Las leyes que limitan los plazos para el ejercicio de una acción, la adquisición por prescripción, el principio de la cosa juzgada, otras formas de sentencias firmes, la remisión a la costumbre, la ficción de la “pérdida de título”

—todo ello demuestra que la sociedad reconoce lo que Jellinek llamó, en relación con otro problema, la fuerza normativa de lo fáctico, y lo que podría llamarse de poder moral del tiempo.

Sin embargo, la inercia es un buen criado, pero un mal amo, Los rascacielos no pueden construirse sin la inercia —ni sólo con ella. Si se necesitara prueba de la sabiduría política del *common law* se podría encontrar en su actitud frente al problema de la estabilidad y el cambio jurídico. Por una parte, el *common law* desarrolló —es cierto que en la cancillería, donde por paradójico que parezca encontró sus rasgos más característicos— el concepto análogo a la prescripción extintiva (*laches*), que puede cerrar la puerta a la demanda y consolida una situación de hecho aun antes de que haya expirado el plazo para poder ejercitar una acción. Por otra parte, el arsenal inagotable de la cancillería provee a los tribunales de armas apenas conocidas en países de tradición romanista, para superar la rigidez de la cosa juzgada, despojándola así del carácter sacrosanto que tiene en los demás países. Por un lado se dice que la constitución de los Estados Unidos requiere que las sentencias judiciales tengan un cierto grado de firmeza, sin el cual no sería posible el ejercicio de la acción judicial. Por otro lado, se sostiene que la Constitución prohíbe la atribución de un grado excesivo de firmeza a las sentencias, que deben siempre quedar abiertas a la posibilidad de impugnación por determinados motivos.

Los tribunales norteamericanos han aceptado el principio del *stare decisis*. Pero nunca lo han considerado como un amo absoluto. Hoy día es demasiado tarde para pedir que no sea contrariado ningún precedente. Como ha dicho recientemente el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “adherirse ciegamente al criterio de que no debe descuidarse ningún precedente sentado en alguna decisión de esta Corte, sería contrario a muchas decisiones de la Corte que no aceptan ese punto de vista”. El verdadero problema no es si deben descui-

darse, sino de cuando deben ser descuidados los precedentes.

Un tribunal afronta el problema de *stare decisis* sólo cuando está razonablemente convencido de que la decisión anterior es equivocada, o de que una decisión habría sido diferente, si el caso en que se adoptó no hubiera tenido precedente. Como ningún tribunal cree que en ningún caso deben contrariarse los precedentes los jueces que piensan que una “decisión no pueda dictarse considerando los resultados que puedan derivarse de ella” pueden inclinarse a discutir todo precedente claramente “equivocado”. Sólo los jueces que tengan el valor de preguntarse “¿acertado o equivocado, el cambio serviría al bienestar común?”, tendrán un criterio en que basar una distinción entre los precedentes que deben ser abandonados y los que deban seguirse. La jurisprudencia del bien común puede resultar un elemento de estabilidad así como un incentivo para el cambio.

Un caso reciente, y ya famoso, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, proporciona a ese respecto un ejemplo vívido. Cuando se pidió al tribunal que contrariase el precedente de larga tradición de que los seguros no son materia de comercio interestatal, fué la minoría, opuesta a descuidar el precedente, la que enfocó el problema desde el punto de vista del bienestar. Después de haber reconocido las limitaciones de la doctrina de *stare decisis* —el Presidente de la Corte continuó diciendo que la piedra de toque que debe imperar en materia de descuidar la contradicción y sostener los precedentes no es el hecho de que sean atinados o equivocados, justos o injustos “. . . la regla de *stare decisis* encarna una sabia política porque con frecuencia es más importante que quede establecido un criterio que el hecho de que éste sea justo”. Las consecuencias prácticas de la decisión deben servir de guía al tribunal para elegir. “Y antes de contrariar un precedente es deber del tribunal, en todo caso, cerciorarse de que no se va a producir mayor trastorno al repudiar que al conservar una norma, así sea ésta de dudosa validez”. Cuando el tribunal crea que ocurre así esta creencia “puede impedirle

contrariar una doctrina de larga tradición, si este cambio de criterio a una doctrina que ofrece tan pocas perspectivas de conducta y promete pocas ventajas y tantos inconvenientes. Para mí estas consideraciones son decisivas”.

El magistrado Jackson puso de manifiesto con la misma claridad que su negativa a contrariar el precedente establecido en materia de seguros estaba fundado en consideraciones de bienestar. “La lógica abstracta”, dijo, “puede apoyar (el criterio de la mayoría), pero el sentido común y lo que conviene a la situación parecen contrariarlo. Podría decirse que las consecuencias prácticas no deben preocupar al tribunal, y que éste debe limitarse a la teoría jurídica . . . Pienso no sólo que estamos en libertad de considerar las consecuencias prácticas de tal revisión de la teoría constitucional, sino que estamos obligados a hacerlo. Este tribunal reconoció recientemente que ciertas decisiones precedentes respecto a la línea divisoria entre el poder federal y el estatal eran ilógicas y teóricamente equivocadas, pero declaró al mismo tiempo que las seguiría manteniendo porque tanto el gobierno federal como los estatales habían adaptado la estructura de sus leyes a ese error”.

El problema de la relación entre la estabilidad y el cambio se entrecruza con los dogmas de la separación de poderes, y tiene muy pequeña relación, si es que alguna tiene, con el problema de si los jueces deben tener facultades para crear el derecho. Las asambleas legislativas y los tribunales pueden estar equivocados respecto a la oportunidad del cambio y pueden anticiparse o rezagarse a la necesidad de hacerlo. Pero el simple planeamiento de la cuestión del bien común no garantiza que se vaya a dar una solución correcta. Sin atender al problema de que los legisladores o jueces pueden ser falibles en la administración de la prueba, parece obvio que sólo las consideraciones de la conveniencia de un determinado cambio, en un tiempo y una sociedad determinada, y no las teorías lógicas abstractas sobre los límites

del *stare decisis*, pueden procurar una guía inteligente. Y la prueba parece ser particularmente apropiada en un país cuya tradición de mayor importancia ha sido la tradición del cambio.

**I2** Queda, sin embargo, el argumento de que los cambios en el derecho creado por el juez deben contrastarse con una piedra de toque distinta porque a diferencia de las nuevas leyes, las nuevas doctrinas judiciales son de aplicación inmediata y retroactiva, por ello causan “confusión, sorpresa, e injusticia”.

No cabe duda de que cierto grado de no retroactividad de la ley es una condición de su conveniencia. Es igualmente cierto que toda nueva ley, como todas las perturbaciones humanas del orden de cosas existentes, no puede menos de ser retroactiva en cierto sentido. La línea imprecisa entre la retroactividad permisible y la que no puede permitirse ha sido trazada en forma muy varia respecto de las leyes, pero no se ha hecho ningún intento serio de limitar la retroactividad indebida de las decisiones judiciales. La crítica de que nos estamos ocupando ahora tiene fundamentos evidentes. Y no es difícil descubrir la razón de que se haya dejado de lado el problema de la aplicación retroactiva del derecho creado por los jueces, así como tampoco es difícil comprender por qué se hace sin titubeos esa aplicación. La razón reside evidentemente en la ficción jurídica del carácter que tiene la actividad judicial como descubrimiento del derecho. Como se supone que los jueces no crean derecho, nuevo ni viejo, se presume que el derecho recién descubierto ha sido siempre así, independientemente de lo que se haya dicho en sentencias anteriores y erróneas. En consecuencia no es injusto aplicar el derecho a relaciones jurídicas creadas con anterioridad a su descubrimiento.

El ataque del realismo jurídico fué dirigido contra esa ficción y hoy difícilmente existe quien crea en ese viejo concepto,

pero tampoco en esta ocasión se dedujeron las consecuencias necesarias de la victoria del realismo, y su deducción puede constituir también hoy la tarea de la jurisprudencia del bienestar. Con plena consciencia de la verdadera naturaleza del procedimiento judicial los tribunales deben ser capaces de evitar el dilema que se les presenta de operar con la rudeza de la retroactividad o de eternizar normas perjudiciales. El pretor romano creó en cierta medida derecho judicial orientado hacia el futuro, formulando anualmente su *judicium dabo, juzgaré*, y hay suficientes autoridades modernas, nacionales y extranjeras, en las que es posible apoyar la adopción de un tipo de acción semejante en los tribunales norteamericanos. Los jueces deben estar autorizados para descartar un precedente sólo para el futuro, aunque aplicando todavía el derecho antiguo al caso que están decidiendo. El planteamiento explícito e informado del problema del bien común conducirá necesariamente a enfocar de modo más responsable el problema de la retroactividad judicial. En vez de proceder basándose en la ficción anticuada de que el juez descubre el derecho, los tribunales pueden ser inducidos a adoptar un punto de vista realista sobre las verdaderas consecuencias de sus decisiones.

13 Por último, existe la objeción de que en una democracia el derecho debe ser creado por el pueblo no solamente para el pueblo. Se dice que el Congreso y las legislaturas de los Estados, son la expresión de la voluntad de la mayoría, y que toda legislación judicial equivale a una usurpación de la soberanía popular. Este argumento ha sido presentado recientemente, apoyándose de modo especial en la autoridad de Jefferson, en relación con el problema de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Para los propósitos de este estudio, puede servir de respuesta

suficiente a esta objeción, destacar otra vez que, cualquiera que pueda ser la conveniencia y posibilidad de una legislación exhaustiva, bajo las actuales técnicas constitucionales y legislativas norteamericanas, la única alternativa frente a una jurisprudencia del bien común es que el derecho sea creado por unos jueces que no saben o no dejan que el pueblo sepa que están creándolo. La conveniencia de esta alternativa será estudiada en la sección siguiente, pero querría hacer notar aquí que la jurisprudencia del bien común no intenta, en modo alguno, privar a las legislaturas de la oportunidad para lograr o retener el monopolio de creación del derecho y de la responsabilidad del bienestar del país. Si los legisladores realmente se duelen de que los jueces creen el derecho, pueden ser inducidos a poner en práctica su creencia en el estado de derecho (*government by law*), que tan frecuentemente proclaman, como a restringir el uso de la “legislación por defecto”, y a asumir la responsabilidad de formular leyes más precisas. Todo lo que la jurisprudencia del bien común demanda es que allí donde, y en el grado en que, el proceso de creación del derecho no ha sido agotado por el legislativo, y está siendo de hecho completado por los tribunales, éstos actúen en cumplimiento de su verdadera misión y no de acuerdo con una fábula que nos produciría, en vez de un verdadero gobierno del derecho, un gobierno irresponsable disfrazado.

Por otra parte dudo que esta objeción tenga una base sólida. Dudo que sea sostenible la noción de que el monopolio de la creación del derecho por el legislativo es la base del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, en países y en tiempos que no han experimentado la lucha por el poder en la que se originó tal concepto. Queda por ver si puede decirse, y en qué sentido, que los legisladores norteamericanos, más aun que los jueces norteamericanos, son necesariamente “verdaderos representantes” del pueblo y de su “voluntad general”, es decir de sus tendencias permanentes y no de sus actitudes transitorias.

# V

*14. El Paraíso Perdido; 15. Búsqueda del Bien Común;  
16. El Derecho Judicial y la Opinión Pública.*

**I**4 Puede dudarse si hay mayor sabiduría en una actividad racional del hombre o en su actuación no calculada, y de si es la actividad “planificada” o el desarrollo inconsciente de modos de conducta lo que ofrece mayor probabilidad de armonía y vitalidad finales. Este problema ha aparecido, en una u otra forma, en casi todos los campos de la actividad humana. Ha habido pensadores que consideran aun al lenguaje, la familia y la sociedad como el resultado de una creación planificada, hecha de propósito, de un contrato social explícito; y otros que por el contrario afirman que el bienestar económico común puede realizarse, más aun, es inevitable que lo sea, por actividades individuales sin coordinación, inspiradas por motivos que dicho en forma moderada, carecen en absoluto de relación con tal finalidad. La misma creación del derecho, aun en su manifestación legislativa no siempre ha sido concebida como una actividad que persiga un propósito consciente.

Sin embargo, no son los tribunales la única clase de creadores de derecho, que ocultan esta actividad bajo el disfraz de encontrar o revelar la norma. Tampoco son siempre los jueces los que pretenden limitarse a la mera interpretación de la voluntad del legislador: a veces ocurre lo contrario. Docenas de codifica-

ciones, gubernamentales y privadas, se han presentado como mera interpretación de las decisiones judiciales, y no es necesario tener un fervor realista para descubrir cuanta legislación nueva contienen estas codificaciones. Un número aun mayor de leyes, algunas de las cuales eran —convenientes y verdaderamente necesarias— han sido atribuídas a la revelación divina, a la tradición mágica, la razón absoluta, o el destino geopolítico manifiesto. Las influencias románticas llevaron a los juristas a lamentarse del aumento del derecho creado por legislación, basándose en que la finalidad voluntaria y consciente perseguida por éste ponía en peligro a la espontaneidad del desarrollo de las instituciones jurídicas alimentadas por los usos inconscientes y el *volksgeist*. Pero sus argumentos no fueron tomados en cuenta por un siglo que vió el precipitado desarrollo de la legislación en todos los países de la civilización occidental. Pero esto no significa necesariamente que aquellos argumentos fueran indefendibles ni tampoco este ensayo pretende probarlo. No discuto aquí si es deseable o no tener jueces que crean no ser más que la voz del derecho o la expresión del genio popular para la consecución inconsciente de la justicia y el bienestar. Lo que trato de hacer es simplemente señalar que la enorme mayoría de los jueces más preeminentes de Norteamérica no lo creen así hoy día. A la cuestión de si crea un mejor derecho un juez que sabe que es creador de derecho que uno que no lo sabe, debe responderse que hoy todos los jueces más influyentes lo saben y difícilmente, en los tiempos que vivimos, podría convencérseles de lo contrario.

El presente trabajo comenzó con un examen de los postulados fundamentales del realismo jurídico y de la influencia que los mismos han ejercido sobre la mentalidad judicial. Dicho en pocas palabras, el realismo creó en los jueces una inquietud de conciencia. Después de haber enseñado o adquirido en la cátedra, una creencia en la naturaleza creadora de la función judicial, difícilmente podría esperarse de la nueva generación de

jueces, que olvidara, al ocupar su sitio, el canon que habían enseñado o aprendido. Tanto si es prudente que el rey del cuento continúe obrando, una vez que se ha descubierto que anda desnudo, como si estuviera revestido de ricos y bordados ropajes, como en el caso contrario, es evidente que no podría seguirse atribuyendo las virtudes mágicas de la inocencia virginal. El hecho es simplemente que, parafraseando la expresión citada del Magistrado Jackson, los jueces modernos más preeminentes, de quienes depende en último término la creación del derecho judicial “no tienen un instinto por el que puedan distinguir lo justo de lo injusto y tienen que buscar alguna orientación consciente para formular su decisión”. Puede ser que la humanidad haya sido más feliz en un estado de naturaleza, pero ningún panegírico de sus glorias ha logrado nunca devolverle el paraíso perdido.

**15** Voy a ocuparme en seguida de las posibles ventajas de una situación en la que los jueces “fingieran” ser tan sólo unos descubridores de la norma pero que actuasen conscientemente como creadores de derecho. Pero no querría dejar este tema sin anotar algunas dudas respecto de las supuestas virtudes de la creación inconsciente del derecho.

En primer lugar puede recordarse que la renuncia a asumir la responsabilidad de una búsqueda consciente del bienestar ha impedido, durante muchas generaciones, y en muchos pueblos, el desarrollo adecuado de la rama principal de la actividad creadora de derecho, la legislativa. Ha impedido que la legislación busque sin ambages “la mayor felicidad para el mayor número”, es decir, que se convirtiera en una legislación para el bien común. Basta pensar en los cambios profundos y benéficos que se produjeron en el campo de la justicia penal, cuando el centro de atención cambió de un álgebra de retribución proporcionada a la búsqueda de un código penal que impidiera la repetición de

los crímenes y reformas o incapacitara a los criminales. Este cambio de derecho penal etiológico (castigo como consecuencia, *quia peccatum est*) a un derecho penal teleológico (castigo como un medio, *ne peccetur*), ha sido realizado ampliamente por las asambleas legislativas y representa una de las más grandes victorias de la Ilustración en el campo jurídico. Pero, naturalmente, no habría sido posible recoger sus frutos si la legislación benthamista no hubiera tenido el complemento de jueces enteramente distintos de los que Bentham consideraba jueces ideales. Para la modernización del derecho penal se necesitó y se sigue necesitando una enorme dosis de inventiva, flexibilidad, humanidad y lo que no es menos importante, una consciencia de fines por parte de los órganos judiciales y administrativos. Pero se ha alcanzado un progreso considerable y es significativo que esta rama, la más antigua del derecho, haya sido la primera en aprovechar las enseñanzas de las ciencias no jurídicas —psicología, medicina, sociología— aproximándose así a una jurisprudencia del bienestar.

En segundo lugar, los jueces no siempre se han planteado, ni siquiera inconscientemente el problema del bienestar. A los jueces les disgusta afrontar responsabilidades en igual medida que a los demás hombres. La creación del derecho, o por lo menos la creación consciente y responsable del derecho, es un proceso penoso para la cabeza y el corazón. En mayor grado ocurre así cuando se trata de la creación judicial del derecho sobre la marcha, creación del derecho en el momento de aplicarlo, en un campo donde se resuelve un problema jurídico ahorcando a un hombre, que es un ser humano. No es sino humano, demasiado humano, buscar apoyo en la supuesta inevitabilidad de los resultados derivados de la ley o el precedente. Aun en los llamados casos sin precedente puede eludirse con frecuencia la responsabilidad de relacionar la cuestión litigiosa con el criterio del bien común, o con cualquier otro criterio teleológico,

invocando la simetría jurídica, o mediante la adaptación de la nueva decisión judicial al clima jurídico dominante. Pero en la realidad, claro está, a los jueces les queda desde luego un gran margen de elección. Con la coartada de la búsqueda de la norma firmemente establecida, las leyes y precedentes ambiguamente redactados les han ofrecido oportunidades para una verdadera arbitrariedad judicial, porque un pequeñísimo cambio en el centro de atención podía deducir una nueva distinción del laberinto inextricable de considerandos y resultandos.

Es posible que algunos jueces hayan usado conscientemente de ese arbitrio, para buenos o malos fines. Pero sospecho que la mayoría, eludiendo la luz y la responsabilidad de la plena consciencia, han sucumbido a la tentación de sumirse en la penumbra de la pereza intelectual y de seguir los patrones habituales de la superstición y el prejuicio. Incluso cuando estos patrones son una proyección de los intereses de sectores bien definidos, caros al corazón del juez, no necesita éste proceder de mala fe. Puede actuar defendiendo esos intereses honestamente, haciendo que sus palabras reflejen fielmente su pensamiento. El ajuste se opera en una etapa anterior: son sus pensamientos los que modelan de acuerdo con sus intereses. Y es en este ajuste subrepticio, en el que se traiciona de buena fe a la justicia y al bien común, donde se encuentra el mayor peligro de la creación inconsciente del derecho. Me parece afortunado que sus posibilidades y alcance hayan sido limitados por la consciencia cada vez mayor de la judicatura moderna.

**16** Pasemos al estudio de la objeción siguiente que es en cierto modo análoga a la anterior, aun en el caso de que los jueces sepan lo que hacen, ¿deben contar el cuento? ¿Deben discutir en forma abierta y explícita, en la forma en que lo hacen los tribunales federales con frecuencia cada vez mayor,

los problemas reales contenidos en cada caso? Después de todo, los creadores del derecho pueden saber lo que están haciendo, pueden perseguir lo que conciben como el bien común, sin declarar que son legisladores. En muchos templos antiguos y modernos, los observadores atentos han visto o podrían haber visto a los augures cambiando sonrisas entre ellos. Aunque haya que crear nuevo derecho hoy día, ¿por qué deben los jueces cargar los cambios al bienestar en vez de usar, como acostumbraban los antiguos varones prudentes, los símbolos convincentes de la astrología judicial? ¿No es cierto que en muchas situaciones la gente lo pasaría mejor si estuviera convencida de que las decisiones mediocres a que llegan los jueces son el resultado inevitable de los dictados de la ley, producidas *jure ac necessitate dictantibus*, que si se encontraran con decisiones excelentes francamente fundadas en el concepto del bien común libremente elegido por los jueces?

Objeciones como éstas se han hecho en otras sociedades, en una forma explícita y frecuente, que no es posible encontrar “en un país de libertad de expresión” para citar la expresión de Holmes, “que afecta considerar deseables la educación y el conocimiento”. Pero debe notarse que la exclusión de la opinión pública del proceso de la creación judicial del derecho es aceptada implícitamente por aquellos que piensan que la actividad judicial, cualquiera que sea su naturaleza legislativa, no debe estar inspirada por una búsqueda consciente de los ideales del bien común. Aunque la falta de discusión pública no excluye necesariamente una búsqueda consciente del bienestar por parte de los jueces, la inversa no es cierta; y aquellos que abogan por la creación inconsciente y judicial del derecho cierran necesariamente la posibilidad de una participación continua e inteligente de la opinión pública en este importante aspecto de la creación del derecho.

No intento demostrar la falacia fundamental de esta con-

cepción situándome en una posición absolutista, en un punto de vista de libertad de expresión y gobierno de libre discusión, propio de un cuatro de julio. Ni siquiera tengo la pretensión de que mientras y en la medida en que se dejen a los jueces funciones de creación del derecho, es necesaria una jurisprudencia del bien común en todas partes y en todos los tiempos, para asegurar la naturaleza democrática del proceso judicial, la participación ilustrada del pueblo en el proceso de creación del derecho. Reconozco que la realidad social es más compleja de lo que podrían hacernos creer los absolutos constitucionales. Una de las manifestaciones de esta complejidad es que, a través de la historia de la humanidad, incluso filósofos desinteresados, valientes y humanitarios, han sentido la necesidad de imponer ciertas limitaciones a su propia libertad de expresión. El “peligro claro y presente” de que una manifestación completa y precisa de su pensamiento conduciría a un deplorable mal entendimiento de muchos, los ha inducido frecuentemente a expresarse en forma indirecta, incompleta o aun con ambigüedad contradictoria.

Sin embargo, no niego que haya casos en los que un hombre, un filósofo, un general o un juez actúen bajo un deber moral, político o si se quiere constitucional que les impone no decir todo lo que piensan sobre el caso que tienen ante sí. Dónde trazar la línea divisoria entre el derecho y el deber de hablar o el derecho y el deber de callar, es sin duda un problema histórico; como Leo Strauss dice “la línea divisoria entre la timidez y la responsabilidad ha sido trazada de diverso modo en las diversas épocas”. Y muy bien puede ocurrir que una búsqueda franca del bien común por los jueces o, en su caso, por los legisladores, resulte perniciosa en algunas sociedades. Pero a no ser que esté muy equivocado, hoy, en este país, la historia ha trazado esa línea divisoria —y, no puedo menos de añadir que afortunadamente— de tal modo que la libre discusión de los elementos del bien común, implícitos en la decisión de los litigos, se encuentra

indiscutiblemente dentro de los "límites filosóficos" de la libertad de expresión a que antes me he referido. Cualesquiera que puedan ser las dudas sobre la conveniencia de dejar que el pueblo sepa que los jueces crean derecho, el hecho histórico es que hoy día lo saben no sólo los jueces, sino también aquella parte de la opinión pública que se preocupa seriamente de la administración de justicia.

Mas aun, los jueces más destacados del día no quieren ocultar ese conocimiento al pueblo. Algunos de ellos pueden titubear en seguir contando un cuento tan desacreditado y en conducirse como si nadie supiera sus secretos sacerdotales. Otros se negarían a actuar como depositarios de una revelación divina aun cuando no fuera puesta en duda su sabiduría de oráculo. Por una parte, un análisis realista de la función judicial ha informado a la opinión pública, o por lo menos, a la opinión pública jurídica, ejerciendo así presión sobre los jueces. Por otra parte, la fuerza de la opinión pública ha sido llamada a intervenir por los mismos jueces: las judicaturas vacantes, federales y de los Estados, han sido cubiertas cada vez más por creyentes exotéricos en la discusión abierta y franca de los problemas reales que se presentan en los casos, más bien que por hombres con mentalidad o temperamento diplomático. Si es deseable o no una relación tan estrecha entre el tribunal y la opinión pública, son las fuerzas históricas las que la han producido. El fracaso de un intento relativamente reciente de imponer un cambio radical en el personal de un tribunal demuestra que la composición de la judicatura posee un considerable grado de estabilidad en este país. Parece fútil intentar una vuelta a las esotéricas solemnidades del pasado.

La responsabilidad de nuestro tiempo respecto al poder judicial es semejante al que resolvió y afrontó el siglo de las luces respecto a los poderes ejecutivo y legislativo. Sabemos ya que los jueces no obran *par grace de Dieu*. Pero es necesaria la mutua acción, más ilustrada e informada entre los jueces y el pueblo,

para hacer que estos obren realmente *par volonté de la nation*. El resultado no podría alcanzarse únicamente por la acción de los tribunales. La jurisprudencia del bien común no es en ningún sentido una cuestión exclusivamente judicial. Requiere la acción de los juristas, filósofos, cultivadores de la ciencia social y educadores, quienes deben exponer la posición de los tribunales al público y dirigir la influencia de la opinión pública sobre los tribunales.

# VI

*17. El Bien Común, Concepto Ambiguo; 18. El Area de Acuerdo; 19. El Homenaje Tributado por el Vicio a la Virtud; 20. La Tiranía de los Técnicos.*

**I**7 La mayoría de los hombres están contra el pecado, y podría dudarse si se suavizarían las dificultades del proceso judicial con que todos los jueces se adhirieran a la máxima “si esto no ayuda al bienestar, estoy en contra”. En otras palabras, la defensa de una jurisprudencia del bien común, ¿no constituye una petición del principal y acaso único principio real, por el hecho de no definir el bienestar? Lo que es más, ¿no actúa sobre el supuesto infundado de que existe una cosa que es el bienestar común, el bienestar de la comunidad como un todo? La realidad de nuestros procesos políticos y sociales, ¿no consiste acaso en una lucha entre los intereses, irreconciliablemente contrapuestos, de los diversos grupos?

Mas aun, se afirma a veces que estos intereses son tan incommensurables en teoría, como contrapuestos en la práctica. Pareto ha notado que los intereses individuales o colectivos no pueden ser ponderados o “pesados” con grado alguno de objetividad, y más recientemente F. C. Bentham y L. Robbins han encabezado el ataque contra los economistas del bienestar, subrayando que no es posible comparar la satisfacción experimentada por los diferentes hombres y que no existen medios para medir su magni-

tud relativa. En un caso muy reciente el juez L. Hand ha dado la misma nota escéptica y también ha dicho, con su peculiar crudeza, la razón general por la que algunos tribunales se niegan a adoptar un criterio basado en el bienestar, o cuando menos, a hacerlo en forma franca. “Siempre da una apariencia de mayor autoridad a una conclusión”, dice, “deducirla dialécticamente de premisas admitidas previamente, que confesar que esto implica la estimación de intereses contrapuestos *que son necesariamente inconmensurables*”.

Los intentos de Bentham de ofrecer a la humanidad un “Cálculo felicífico” no han conseguido dar un fundamento científico sólido a la legislación del bienestar por él defendida. Pero ¿acaso el estado actual de los estudios sociales, en que se apoya una jurisprudencia del bienestar, puede ofrecer fórmulas menos ambiguas? Poco del optimismo que puede abrigarse a este respecto parece fundado, en el caso de que limitemos la investigación al campo relativamente reducido del bienestar económico. Abandonada la esperanza de decidir basándose en razones económicas, cual de las páutas de distribución del ingreso procura el máximo bienestar social, hasta los partidarios de la escuela del bienestar parecen inclinarse a limitar su afirmación a la proposición de en qué grado son convenientes y deseables las medidas que aumentan el ingreso de todo el mundo —fórmula que no impresiona a nadie haciéndole creer que representa un progreso considerable sobre la fórmula de Bentham “la mayor felicidad posible para el mayor número posible”.

No sólo no es posible desechar con ligereza estas críticas, sino que son enteramente válidas por lo menos en la medida en que no tratan de impedir la marcha de la acción y el progreso. Siempre es posible desconcertar al médico pidiéndole que defina la enfermedad, la salud, o simplemente el cuerpo humano. Puede ser útil hacer esto de cuando en cuando. Pero, después de todo, la humanidad, con la ayuda de la física y de la química ha obte-

nido progresos técnicos nada despreciables sin necesidad de haber encontrado solución a la vieja cuestión filosófica de la definición de la “materia” o la “energía”. Puede hacerse una observación semejante respecto de los estudios sociales que, sin haber alcanzado aun la definición de sí mismos, o haber decidido completamente su carácter científico, han producido y diariamente siguen aportando útiles contribuciones para la conformación de nuestra sociedad.

Y a aquellos que señalan cierto número de casos cruciales, contruídos con gran sutileza teórica, la ambigüedad de la guía que puede prestar un concepto del bienestar, la mejor respuesta que puede dárseles es que no toman en cuenta el área tan grande de situaciones corrientes en que podrían tener menos confusión en los campos teóricos, y en las que muy poco se ha hecho que sirva como remedio práctico. En otras palabras, puede ser cierto, por ejemplo, que la insaciabilidad de las necesidades humanas hace difícil o imposible descubrir un medio preciso para medir el grado de satisfacción que pueda procurar el aumento de bienes y servicios. Pero la insistencia de los economistas sobre esta insaciabilidad humana apenas si puede considerarse como un obstáculo fuerte a un movimiento hacia el bienestar, tanto en el campo de la jurisprudencia como en cualquiera otro, que tenga como objetivo una comunidad que proveyera por lo menos a las necesidades más indiscutibles y elementales.

**18** Es realista, nada más, admitir que nuestra sociedad ha alcanzado por lo menos un acuerdo externo sobre un número sin precedente de problemas. Por lo pronto, un alto grado de mortalidad infantil, la desnutrición continua de un gran porcentaje de la población nacional, las condiciones de habitación que provocan enfermedades y delincuencia juvenil, incluso las condiciones arriesgadas o degradantes de trabajo, no

tienen hoy defensores declarados. No sólo eso, sino que puede suponerse, con relativa seguridad, que muy pocas gentes sostendrían públicamente hoy día que la sociedad no tiene derecho o deber de poner los medios para realizar aquel ajuste de la pauta de ingreso que puede ser necesario para eliminar de su seno las manifestaciones más extremas de estos fenómenos. En una sociedad que hace unos tres cuartos de siglo sostuvo una guerra civil motivada por un problema franca y públicamente reconocido de la propiedad de los seres humanos, esta unidad tan notable de opiniones expresas tiene una importancia que no se puede pasar por alto.

Si este acuerdo sobre las necesidades elementales de la humanidad fuera auténtico, los movimientos tendientes al bienestar tendrían una base sólida para desarrollar una enorme tarea. La gran mayoría de la raza humana no puede adquirir los medios estrictamente mínimos de alimentos y abrigo necesarios para la vida. Aun en los países más ricos, abundan la desnutrición, las viviendas inferiores a la habitación tipo y las condiciones inferiores de trabajo. La eliminación de esas condiciones aparece como una gran tarea que sería suficiente para una generación, sin importar el grado de desacuerdo que pueda haber entre economistas y filósofos sociales en las afinaciones del concepto del bien común. Cuando nos encontramos frente a las numerosas e indiscutibles necesidades, las disquisiciones teóricas sobre cuestiones tales como “si la satisfacción debe medirse por lo que pensamos necesitar, o por lo que los técnicos nos digan que debemos necesitar”, o sobre “la posibilidad de comparaciones interpersonales, de la utilidad”, se vuelven insignificantes para los propósitos de la acción práctica inmediata.

Puede haber quienes discutan si los problemas delineados, sobre los que existe un amplio acuerdo, son de tal naturaleza que la actividad judicial normal hubiera de tener ocasiones de ocuparse de ellos. Sin embargo, esta duda desaparecería proba-

blemente, si se tomara en cuenta que las instituciones jurídicas modernas tienden a afectar a un número cada vez mayor de hombres.

Después de haber entendido las sutilezas de las propiedades vinculadas “*por líneas de varón*” o la ley *De Prerogativa Regis*, se puede uno sentir desilusionado al saber que afectaban a un segmento insignificante de la población mientras una abrumadora mayoría vivía en tenencia servil, de lo que muy poco se oye en las cátedras. Pero las leyes modernas—que abarcan un ámbito que llega desde la regulación de la forma de competencia de trabajo hasta la fijación de precios, tarifas y salarios; desde la imposición de tributos hasta la distribución de riesgos—afectan directamente a grandes masas de la población, conforman hasta la estructura de los precios y salarios del país, e influyen las condiciones de vida y de trabajo de todos. Una considerable porción de la actividad judicial tiene su centro en esas leyes.

Debe notarse además que el estado actual de la opinión pública articulada de los Estados Unidos es tal que un grado considerable de unanimidad puede descubrirse respecto de cierto número de problemas que van mucho más lejos del simple reconocimiento de necesidades elementales. Por ejemplo, la supremacía de raza o de clase sólo se defiende de modo franco excepcionalmente, y casi nunca por los tribunales o ante ellos. Existe también un *consensus* igualmente considerable, por lo que se refiere a las opiniones expresadas, acerca del respeto a un grado mínimo de protección debida a los consumidores indefensos y a los trabajadores menores de edad, o los derechos y obligaciones del trabajo. Las cosas han cambiado desde los días en que las leyes sobre el trabajo de los menores o la responsabilidad criminal por sindicación constituían los problemas reconocidos como tales.

En este sentido la tarea de una jurisprudencia del bien común es mucho menos difícil que la de una economía del bien común.

Por ejemplo, las teorías de Pigou han sido criticadas por sus colegas economistas en el sentido de que maneja proposiciones que parten del supuesto de la igualdad de los seres humanos, como parte esencial de la ciencia económica, cuando en realidad tales afirmaciones son más bien de un carácter ético que científico. Los creadores de derecho apenas si pueden tener razón para temer un ataque semejante. Ningún jurista concibe el derecho como una ciencia con la dignidad o la imparcialidad lógica de la economía positiva. Al revés que su compañera económica, la jurisprudencia del bien común está sobre un terreno relativamente seguro cuando adopta como finalidad los ideales éticos y políticos profesados por nuestra sociedad e intenta encontrar en los arsenales de la doctrina judicial y de la ciencia social los medios para realizarlos.

**I**9 Debe reconocerse, por consiguiente, que el acuerdo a que nos hemos referido es en gran parte muy superficial. En muchos casos no va más que de labios afuera. Con mayor frecuencia aun la sinceridad de este acuerdo teórico no tiene el complemento de una voluntad verdadera de hacer los sacrificios personales que implica la ejecución de las medidas necesarias para remediar la situación que estamos lamentando. Pero no debemos olvidar que el conocimiento de las condiciones reales bajo las cuales viven las gentes apenas está comenzando a difundirse en gran escala. Ya se ha hecho notar que la jurisprudencia del bien común representa un medio de conseguir una cooperación más estrecha entre el derecho y la opinión pública. La difusión de este conocimiento no puede menos de influir a la larga la actitud de una gran cantidad de gente.

En las palabras de un informe publicado por la Sociedad de Naciones, en vísperas de la presente guerra, “saber qué es necesario para la mera supervivencia de los muchos haría intolerable

la situación a los pocos que tienen un nivel de vida relativamente elevado, al contemplar un estado de cosas en que no se alcanza ese mínimo. A falta de otros motivos superiores el mero instinto de conservación debería obligarles a esforzarse por remediar las deficiencias contemporáneas”.

El problema de en qué grado es sincero el acuerdo reinante en una sociedad sobre determinado problema, o sobre otros análogos, debe ser analizado en forma realista. Sería peligroso por lo tanto construir una política sobre unas simples expresiones de labios afuera, considerándolas como si fueran una roca sólida. Pero también sería falta de realismo el despreciar su inmenso valor social. Los franceses dicen que la hipocresía es un homenaje que el vicio paga a la virtud, y puede agregarse que frecuentemente es un tributo bastante oneroso. Se frustraría el progreso social si no pudiéramos utilizar la renuncia de las gentes para exhibirse en su lado peor. Tampoco es seguro que la verdadera personalidad de un hombre, un grupo o un pueblo se revele mejor en sus pensamientos secretos que no en esa disciplina que sus propias palabras les imponen en mayor o menor grado. Es más frecuente que se evite la responsabilidad moral disfrazando los verdaderos problemas que un caso encierra que la repudiación franca de aquella. La función educativa y cívica de una jurisprudencia del bienestar consiste precisamente en el hecho de presentar honradamente los problemas y de presentarlos en aquellos puntos que la técnica de formulación de nuestras leyes y la estructura judicéncia de nuestro sistema jurídico han hecho cruciales.

**20** Por último, por fortuna existe un área de desacuerdo, de auténtico y franco desacuerdo —desacuerdo en los fines y en los medios. Lejos de ser el campo en el que la jurisprudencia del bien común no se aplica, esta área es una de

esas en la que sus esfuerzos son particularmente necesarios. Aunque no queremos admitirlo, un tribunal que se enfrenta con un problema respecto del cual la sociedad está en franco desacuerdo y respecto del cual el legislativo no ha procurado una guía segura, no puede hacer otra cosa sino ponerse del lado de una de las facciones contendientes. La cuestión es si lo hará por comisión o por omisión —ésto es, si los jueces discutirán o no en sus opiniones los argumentos en favor o en contra de los problemas reales subyacentes en el litigio acerca del cual la sociedad se encuentra dividida. Pueden hacer esto o evitarlo por diversos medios. Pueden discutir cánones de interpretación legislativa; declarar su falta de jurisdicción, que es “el medio más fácil de dar al litigante descontento la impresión de que es la ley y no el juez quien se niega a oírlo”; o dejar la solución del problema a un órgano administrativo.

Una ilustrada jurisprudencia del bien común que proporciona al juez los resultados inteligibles obtenidos por los estudios sociales y que lo mantenga en contacto con una opinión pública informada, capacitaría a los tribunales para pesar inteligentemente los conflictos que se planteen para exponer sus razones y juzgar el pleito, realizando así efectivamente la función a ellos encomendada. He estudiado antes las ventajas de la creación consciente y articulada del derecho, por el juez. Baste señalar aquí que tal creación del derecho no está limitada en modo alguno al área en que la sociedad ha llegado ya a un acuerdo sobre el bienestar. Por el contrario la jurisprudencia del bien común es uno de los medios más poderosos para la investigación, el refinamiento y el desarrollo del concepto del bienestar.

Sin embargo, pueden expresarse temores respecto al papel de los cultivadores de las ciencias sociales en este desarrollo. Puede temerse que ese creciente conocimiento del procedimiento judicial y la influencia cada vez mayor sobre el mismo produciría un paternalismo rector o una declarada dictadura de los técnicos.

Baste decir que cualquiera que sea el grado de este peligro, si existe, no se ha originado con el nacimiento de una jurisprudencia del bien común, y que encontraría su antídoto más poderoso en el desarrollo de una revisión judicial informada. La atracción de los economistas, sociólogos y psicólogos hacia las capitales de la nación y de los estados no nació con la guerra y no terminará con ella. No podemos retrasar el reloj. Los cultivadores de la ciencia social están con nosotros definitivamente y permanecerán en el centro mismo del gobierno. Es verdad que algunos técnicos, algunas juntas especializadas e incluso un tribunal especializado pueden desarrollar un nuevo complejo paternal, traspasando la eterna ansia humana de la certidumbre objetiva en el poder de los técnicos. Prevenir este resultado es una de las principales tareas de una revisión judicial inteligente. Los jueces pueden y deben llegar a familiarizarse con las diversas disciplinas no jurídicas. Pero precisamente por la diversidad de esas disciplinas y la diversidad de sus labores judiciales deben seguir siendo legos inteligentes por lo que se refiere a estas disciplinas. Un control inteligente ejercido por los legos sobre la actividad técnica administrativa parece ser la mejor defensa contra una tiranía de los técnicos.

Un juez debe saber más sobre los estudios sociales precisamente para adquirir la convicción de que éstos no pueden procurar un mayor grado de certeza que las constituciones, las leyes o los precedentes. En su búsqueda de una guía infalible los hombres han ensayado a muchos *ductores errantium*, pero nunca con éxito. Sería irrazonable e injusto para sus autores esperar que las doctrinas de la competencia imperfecta, del cambio social o de la teoría del conocimiento habrían de conseguir lo que no pudieron lograr Aristóteles, el Derecho Romano y Carlos Marx. Un conocimiento mejor de las ciencias sociales capacitaría a los jueces para usar de los resultados obtenidos por ellas sin abdicar la responsabilidad de la decisión final, cuya decisión

debe dejarse a la sociedad legal representada por quienes crean ese derecho.

Así pues, la jurisprudencia del bienestar no es un “adiós a las armas” de los juristas. Una cosa es reconocer que el derecho es una cuestión demasiado seria para dejársela a los juristas, y que si es cierto que existen problemas jurídicos también es cierto que no existen soluciones estrictamente jurídicas para ellos, y otra cosa enteramente distinta es resolver problemas diciendo “es un caso sencillo, es cuestión que no me compete”. Por ejemplo, los economistas tienen a veces la tentación de pasar los problemas que les corresponden a los sociólogos, psicólogos, físicos, filósofos morales y aun a los juristas. Este traspaso de responsabilidad de los juristas a los economistas puede degenerar fácilmente en un círculo vicioso. Más aun, la rendición incondicional de los juristas a las ciencias sociales traicionaría la relación esencial entre el derecho y el bienestar, que traté de mostrar al estudiar el derecho como base del bienestar.

Sin ofrecer certeza científica de ninguna especie, la jurisprudencia del bien común no puede menos de infundir en las respuestas que se den a los problemas jurídicos un mayor grado de precisión del que hoy poseemos. “¿Hasta qué punto puede quedar este grado de perfección lejos del punto de máxima perfección?”, era la pregunta de Bentham, citada en el estudio de Wesley Mitchell sobre el cálculo felicífico. Y la respuesta de Bentham, dada para defender una legislación del bien común parece apoyar igualmente una jurisprudencia del bien común a la que Bentham se había opuesto: “. . . en cualquier caso a los ojos de cualquier persona racional y honesta, tendrá una ventaja imposible de describir, sobre toda forma de argumentación en la que las ideas estén flotando y en la que no se alcanza nunca ninguna precisión porque nunca se aspira siquiera a lograrla”.

La jurisprudencia del bien común no es respuesta a los problemas de nuestro tiempo. En realidad, no es en absoluto una

respuesta, sino más bien es un modo de investigación. Es una invitación a aprender, una sugestión acerca del modo como deben formularse los problemas, un llamado al desarrollo de una participación sistemática de la magistratura —cargada con la responsabilidad y despojada de sus hábitos pontificales— en las labores de la sociedad. La jurisprudencia del bienestar no es una solución fácil a los problemas sociales y jurídicos. Es la asignación de una grave tarea, cuya misma formulación habría sido imposible sin el estímulo que deriva de la nueva actitud de los actuales tribunales. Es cierto que constituye la repudiación de una vida y una jurisprudencia sin problemas. Pero no es un intento de imponer un determinado concepto de la vida ni de ofrecer una respuesta determinada, a los problemas que tenemos delante. Sabemos muy bien que no puede descubrirse un nuevo mundo haciendo su mapa por anticipado, o probando su existencia de antemano. Es más, es posible haber descubierto el continente del nuevo bienestar sin sospechar su existencia y morir creyendo que se trata solamente del viejo continente de la riqueza, de las Indias fabulosas.

Tener finalidades no es planear de antemano los resultados que han de alcanzarse. Es la voluntad de descubrir, la voluntad de ampliar el estrecho segmento de mundo que conocemos, la voluntad de aprender y de hacer lo mejor, la convicción firme y profundamente arraigada de que los hombres pueden ver una y otra vez en la vida de cada uno.



EL COLEGIO DE MEXICO

308/188/no. 45/ei 2



\*3 905 0013974 A\*

## LISTA DE JORNADAS PUBLICADAS

1. José Medina Echavarría. *Prólogo al estudio de la guerra* (agotado).
2. Tomás Sánchez Hernández. *Los principios de la guerra* (agotado).
3. Jorge A. Vivó. *La Geopolítica* (agotado).
4. Gilberto Loyo. *La presión demográfica* (agotado).
5. Antonio Caso. *Las causas humanas de la guerra*.  
Jorge Zalamea. *El hombre, náufrago del siglo xx*.
6. Vicente Herrero. *Los efectos sociales de la guerra* (agotado).
7. Josué Sáenz. *Los efectos económicos de la guerra*.
8. Manuel F. Chavarría. *La disponibilidad de materias primas*.
9. Manuel M. Pedroso. *La prevención de la guerra*.
10. D. Cosío Villegas, E. Martínez Adame, Víctor L. Urquidi, G. Robles, M. Sánchez Sarto, A. Carrillo Flores, José E. Iturriaga. *La postguerra*.  
Alfonso Reyes, D. Cosío Villegas, J. Medina Echavarría, E. Martínez Adame, Víctor L. Urquidi. *La nueva constelación internacional*.
11. Raúl Prebisch. *El patrón oro y la vulnerabilidad económica de nuestros países*.
12. José Gaos. *El pensamiento hispanoamericano*.
13. Renato de Mendonça. *El Brasil en la América Latina*.
14. Agustín Yáñez. *El contenido social de la literatura iberoamericana*.
15. José E. Iturriaga. *El tirano en la América Latina*.
16. Javier Márquez. *Posibilidad de bloques económicos en América Latina*.
17. Gonzalo Robles. *La industrialización en Iberoamérica*.
18. Vicente Herrero. *La organización constitucional en Iberoamérica*.
19. M. F. Chavarría, A. Pareja Díez-Canseco, M. Picón-Salas, J. A. Portuondo, L. Alberto Sánchez, J. Vasconcelos, Jorge A. Vivó, J. Xirau. *Integración política de América Latina*.  
A. Castro Leal. *La política internacional de América Latina*,
20. Francisco Ayala. *Ensayo sobre la libertad*.
21. J. A. Portuondo. *El contenido social de la literatura cubana*.
22. Antonio García. *Régimen cooperativo y economía Latino-Americana*.

23. Jesús Prados Arrarte. *El plan inglés para evitar el desempleo.*
24. Florián Znaniecki. *Las sociedades de cultura nacional y sus relaciones.*
25. Renato Treves y Francisco Ayala. *Una doble experiencia política: España e Italia.*
26. John Condliffe. *La política económica exterior de Estados Unidos*
27. A. Carneiro Leão. *Pensamiento y acción.*
28. Antonio Carrillo Flores. *El nacionalismo de los países latino-americanos en la postguerra.*
29. Moisés Poblete Troncoso. *El movimiento de asociación profesional obrero en Chile.*
30. José María Ots Capdequi. *El siglo XVIII español en América.*
31. Medardo Vitier. *La lección de Varona.*
32. Howard Becker y Philip Fröhlich. *Toynbee y la sociología sistemática.*
33. Emilio Willems. *El Problema Rural Brasileño desde el punto de vista antropológico.*
34. Emilio Roig de Leuchsenring. *13 Conclusiones Fundamentales sobre la Guerra Libertadora Cubana de 1895.*
35. Eugenio Imaz. *Asedio a Dilthey.* (Un ensayo de interpretación).
36. Silvio Zavala. *Contribución a la historia de las instituciones coloniales en Guatemala.*
37. Roberto MacLean y Estenós. *Racismo.*
38. Alfonso Reyes. *Tres puntos de exegética literaria.*
39. Agustín Yáñez. *Fichas mexicanas.*
40. José Miranda. *El método de la ciencia política.*
41. Roger Caillois. *Ensayo sobre las sectas.*
42. Otto Kirchheimer. *En busca de la soberanía.*
43. Manuel Calvillo. *Francisco Suárez.*
44. Juan Bernaldo de Quirós. *El Seguro Social en Iberoamérica.*
45. Alexander H. Pekelis. *Una jurisprudencia del bien común.*

---

Distribución exclusiva:

FONDO DE CULTURA ECONOMICA

Pánuco, 63 - México, D. F.