

LA NECESIDAD DE UNA JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA*

ROSCOE POUND

TRADUCCIÓN DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Si podemos dar crédito a las noticias periodísticas, un eminente canadiense afirmó recientemente en un discurso en Londres, que "la paz y el orden están más asegurados en el Canadá que en los Estados Unidos"¹. No creo que sea así. Pero vale la pena resaltar que un hombre de negocios experimentado y conservador piense de esta manera, y que tal declaración efectuada en una ocasión de cierta importancia, no haya sido objetada.

Pero hay que admitir que nuestro Derecho no tiene el verdadero arraigo en los norteamericanos que debería tener, y que existe una tendencia creciente a insistir en estándares individuales y aplicarlos al estándar colectivo, que es o debe estar expresado en el Derecho. Los ejemplos de esta tendencia abundan. A partir de la revisión de los volúmenes del "National Reporter System" (publicación periódica con jurisprudencia clasificada- N del T.), se desprende que en 1906, nuestras cortes de revisión conocieron más de noventa nuevos juicios en acciones contra empleadores por daños personales, pues las resoluciones inferiores no estaban sustentadas con pruebas que garantizaran un pago favorable. En el mismo año, se realizaron más de cuarenta nuevos juicios en estas cortes por la misma razón, en procesos contra compañías de ferrocarriles por daños personales. ¿Cuántas resoluciones fueron revocadas por las cortes de apelación en dichos casos y por la misma razón?. No lo sabemos. Tampoco existe forma de saber en cuántos casos más las sentencias revocadas pudieron ser evitadas, si es que la ley hubiera sido aplicada con más celo y obligada a cumplirse. Pero es digno de resaltar, que el imperfecto y poco claro sentimiento de que los empleadores y las grandes industrias deben asumir el costo del desgaste humano producido en sus operaciones, han hecho posibles más veredictos que las normas jurídicas contenidas en las ordenes judiciales.

Muchos miembros del jurado que evaden un servicio fastidioso afirmando tener escrúpulos contra las penas capitales, son sin duda alguna,

vergonzantes. Incluso está el hecho de que una gran parte de las personas convocadas para actuar como jurados en los juicios recientes por asesinato, han testificado bajo juramento que no podrían recibir el encargo de investigar y determinar cuestiones de hecho como miembros de un jurado bajo juramento en una corte de justicia, porque sus puntos de vista respecto a la pena, difieren de los establecidos en el Derecho. En uno de estos juicios, una de estas personas le dijo a la Corte que si un acto que da como resultado un asesinato es dirigido contra la sociedad en general, debería aplicarse la pena capital. Pero si sólo el ciudadano asesinado es objeto del ataque, tal pena no se justificaba. Y esta teoría fue seriamente discutida por la prensa, sin que siquiera se sugiriera que había algo de impropio en la negativa del ciudadano a cumplir su deber legal con la administración de Justicia, porque había ideado esta nueva teoría del castigo que el Estado no reconocía.

Los llamados al denominado Derecho no escrito, del cual hemos escuchado tanto no hace mucho, son llamados que hace el Derecho claro y definido a los sentimientos individuales del ciudadano, y parece que nadie se detiene en seguir sus propias inclinaciones, en dichos casos, con base a la idea de que es su obligación subordinar esos sentimientos, al sentir general formulado en el Derecho². Buena parte de esta autodeclaración individual contra el Derecho, se debe sin duda a la falta de un estándar de justicia social establecido durante un periodo de transición. Pero gran parte debe atribuirse a una muy difundida falta de respeto por el Derecho, a un sentimiento generalizado de que a menos que un individuo lo acepte, él o aquellos por los que tiene un interés, no serán tratados como la justicia requiere. "Neminen oportet esse sapienterem logibus", dice Coke, "nadie por su propio juicio debería ser más sabio que el Derecho"³. Cuando alguien con su propio juicio es más sabio que el Derecho, se presenta una situación en la que el Derecho no tiene efecto. La falta, cuando existe tal condición, puede recaer en las personas o en el Derecho. Por mi parte, creo que la falta de respeto actual por el Derecho no es, por lo menos en intención, una falta de respeto por la Justicia, y la falta debe recaer en gran medida en el Derecho y en la manera en que se le enseña y se le explica.

El desarrollo político y jurídico fueron necesarios antes que el desarrollo social e industrial. El Gobierno y el Derecho crearon el ambiente de paz, orden y estabilidad en el que sólo la organización industrial y social de hoy en día puede crecer. Así pues, la teoría y la doctrina jurídicas alcanzaron un grado de fijación antes de que las condiciones con las que el Derecho debe lidiar hoy en día, hubieran aparecido.

* El presente ensayo, que aquí traduzco, tiene la ficha siguiente: "The need of a sociological jurisprudence" por Roscoe Pound, *The green bag*, vol XIX, núm. 10, Boston, oct. 1907, pp. 607-615. Hasta donde alcanza mi información, es la primera vez que se traduce al castellano en forma completa. Fragmentos escogidos fueron traducidos con anterioridad por Lorenzo Zolezzi, y que aquí se han aprovechado (cf. su *Introducción a la Sociología del Derecho*, materiales de enseñanza, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1970). Debo agradecer a Joaquín Brage Camazano, quien tradujo del alemán al castellano la cita final con la que Pound cierra su ensayo y a Víctor Eulogio Aspillaga T. quien revisó la traducción e hizo importantes sugerencias. (Domingo García Belaunde.)

¹ "Lord Strathcona en su discurso referido al aumento de la inmigración de estadounidenses al Canadá, declara que muchos granjeros norteamericanos saben que las perspectivas al noroeste de Canadá son mejores, y que la paz y el orden están más asegurados en Canadá que en los Estados Unidos". Nelson B.C. *Times*, 2 de julio de 1907.

² Desde que se escribió lo anterior, obtuvimos un buen ejemplo en el discurso del Día del Trabajo del Sr. Gompers, en el que, de estar correctamente citado, dice, "no obedecería orden temporal alguna que lo privara de sus derechos". *Chicago Inter.-Ocean*, 3 de setiembre de 1907.

³ Co. Lit. 97b

Y en este punto, donde los principios legales tomaban una forma final, el punto creciente en el progreso humano empezó a cambiar a las ciencias naturales y físicas y su aplicación en la ingeniería, las artes, y el cultivo científico del suelo y el desarrollo de sus recursos. No es probable que Titius y Seius, quienes en su época promovieron la Filosofía en las escuelas, sean expulsados ahora.

El orden cambiante de las cosas, se ha sentido en la ciencia jurídica. Se realizan investigaciones de casi todo tipo. Se han establecido laboratorios para investigar casi todo interés humano. Anualmente se publican una avalancha de boletines para difundir ampliamente los últimos resultados de la aplicación de las ciencias naturales y físicas a la salud y el bienestar, de la aplicación de la teoría económica a nuestro bienestar material, de la aplicación de principios sociológicos a problemas de la vida municipal y estatal. En todas estas materias, el público muestra un interés permanente. Debería ser obligación de alguien informar a las personas del avance de la ciencia jurídica y hacer de sus resultados una propiedad de todos. Debería ser obligación de alguien reunir y conservar las estadísticas de la Administración de Justicia y aplicar a ésta o deducir de las mismas, los principios apropiados de la administración judicial.

Los profesores de Derecho deben dejar claro al público lo que es el Derecho y los por qué del Derecho, qué es lo que hace y por qué lo hace. Pero nadie puede obtener estadísticas totalmente completas y autorizadas sobre la mayoría de los puntos del día a día en la Administración de Justicia. Nadie está estudiando sería o científicamente cómo hacer efectiva nuestra gran producción de leyes. No hay dotaciones para la investigación jurídica. No hay laboratorios dedicados a la ciencia jurídica, cuyos boletines hagan posible a los académicos obtener datos autorizados y hagan llegar al público lego conclusiones sólidas. Nadie piensa en crearlos.

En las universidades estatales, donde uno puede ser entrenado gratuitamente en las aplicaciones científicas más especializadas, donde un ingeniero puede recibir entrenamiento técnico en forma gratuita, los estudiantes de Derecho pagan una fuerte pensión. La razón obvia es que las personas no consideran que el Derecho haga algo por ellos. La ciencia jurídica debe presentar primero ciertos resultados prácticos. Debe mostrar que tiene algo que ofrecer antes de esperar el reconocimiento público. Pero no debe sufrir para quedarse atascada en la esterilidad, frente a tareas fructíferas que se esperan de ella en esta época de transición.

La ciencia jurídica parece empezar en todas partes en el intento por distinguir casos superficialmente análogos y establecer "diferencias" o "diversidades"⁴. De esta comparación de normas dentro del sistema jurídico, hay sólo un paso para comparar con las normas de otros sistemas legales y los mismos sistemas. Esta fue la teoría del *ius gentium*, y sin duda, en cierta medida, la práctica. Debe observarse que nuestro propio Derecho, por lo menos desde Fortescue, aunque menospreciado por Coke, estuvo muy marcado en los siglos diecisiete y dieciocho por el desarrollo de la igualdad⁵ y el surgimiento del Derecho Mercantil⁶.

⁴ Ihering, *Geist des Römischen Rechts*, III, i, ii. En el periodo justo antes de Coke, los informes "ponían diferencias" y "marcaban diversidades". Por ej. Keilway, 50, 53, 57, Dyer, 111 b,

⁵ Spence, *Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, I, 413.

⁶ Wooddesson, *Elements of Jurisprudence*, 1xxix, en 1792 trata el Derecho Mercantil como parte del Derecho de las Naciones.

Luego de la tendencia comparativa, viene una tendencia filosófica. El Derecho es considerado como algo de razón. No es suficiente que exista una norma en un sistema o que sea análoga con otras. La norma debe adecuarse a la razón, y si no lo hace, debe ser reformada hasta que lo haga, o deba tener razones para ello. Esta fue la idea principal del *ius naturale*. Se ha visto en Europa continental en el periodo después de Grotius y en el *usus modernus*. En nuestro Derecho, se ha observado en los siglos diecisiete y dieciocho en el otorgamiento de "razones" en las que Blackstone y los profesores de Derecho que lo siguieron en América, fueron tan prolíficos. A esta tendencia filosófica siguió una tendencia analítica, como una reacción. La validez de las llamadas razones es revisada. Al ser en su mayor parte *ex post facto* y, aunque ostentoso, no es ni históricamente sólido ni críticamente adecuado, se desbaratan, y con frecuencia arrastran a las normas con ellos. De esta manera, el período analítico usualmente coincide con una tendencia crítica, y una era de reforma a través de la legislación. Tal tendencia en el Derecho Romano culminó con la legislación de Justiniano⁷. En Alemania, derrocó al por tanto tiempo dominante romanismo y dio a luz al Código alemán. En nuestro sistema de *common law*, originó el movimiento de reforma, inaugurado por Bentham, cuya doctrina no ha sido agotada en su totalidad. Junto con esta tendencia analítica, que algunas veces empieza antes de ella, y otras veces después, pero como otra fase de la revuelta de la filosófica, existe una tendencia histórica. No necesito precisar hasta donde vemos algo de esto en el Derecho Romano clásico. Precedió la tendencia analítica en Alemania; siguió esa tendencia en Francia. En Inglaterra, parece que continuó. En cualquier caso, completa la exposición de explicaciones ostentosas del periodo anterior y asegura el derrocamiento de una pseudo filosofía. Con el auge y crecimiento de la Ciencia Política, la Economía y la Sociología, es momento de avanzar hacia una nueva tendencia y esa tendencia, que había avizorado antes de este artículo, se parecería a la tendencia sociológica, y ya se encuentra muy asentada en la Europa continental⁸.

Entre nosotros, la profesión, por lo menos, está aún en su mayor parte bajo el dominio de los métodos y frases de la segunda tendencia, mucho tiempo después que esa tendencia ha agotado su fuerza. El que ejerce la profesión está muy poco, si lo está, más allá de Blackstone y sus imitadores del siglo diecinueve. Incluso una respetable escuela jurídica anuncia que enseña el "Derecho y las razones". Estas "razones" del tipo del siglo dieciocho, se encuentran aún en los libros de texto de uso común, y los libros que los estudiantes leen están con frecuencia llenos de ellas. También se encuentran en las decisiones judiciales⁹.

Las distinciones del Derecho sustantivo que tienen su origen en sutilezas olvidadas de la práctica, son aún solemnemente explicadas

⁷ Véase, por ejemplo, el *Código VII*, 25, en el que Justiniano se refiere a la distinción clásica como un "mero rompecabezas" y "una frase vana y superflua".

⁸ Véase Stammler, *Wirtschaft und Recht* (1906), Ehrlich, *Soziologie und Jurisprudenz* (1906), Gumpłowicz, *Allgemeines Staatsrecht* (1907), Vaccaro, *Les Bases Sociologiques du Droit et de l'État* (1898) Grasserie, *Les Principes Sociologiques du Droit Civil* (1906).

⁹ Para tomar un ejemplo saltante, aunque antiguo, una corte de gran autoridad al explicar la norma modificada por la Ley Lord Campbell dice, siguiendo a Grotius, que "la vida de un hombre libre no puede ser cotizada, pero la de un esclavo que puede ser vendido, si puede hacerse" *Hyatt v. Davis*, 16 Mich. 180, 191.

⁹ Cooley, *Torts*, 63, 69.

por “razones” que ni satisfacen los hechos históricos, ni satisfacen el sentido real de justicia. Sin duda alguna, hemos hecho un cierto avance. Las enseñanzas de los juristas analíticos y de la Escuela Histórica, se están filtrando a través de las facultades en el ejercicio de la profesión. El tipo de “razón” que determina cómo se “asumió” o “implicó” esto o aquello, que había sido usado para explicar los cambios graduales en el Derecho cubriéndolos con ficción, o para reconciliar las doctrinas existentes con generalizaciones *ex post facto*, está cayendo en desuso. Primero los profesores, y luego unos cuantos escritores empezaron a insistir en un tratamiento más científico. Hoy en día incluso una corte ocasional se atreve a hablar de cuasicontrato. Pero los libros aún están llenos del método antiguo, incluso en estos asuntos en los que se está avanzando. Tomemos solo un ejemplo. En un libro ampliamente citado, utilizado durante el año pasado en por lo menos diez Facultades de Derecho, y leído por la mayoría de los que practican y se preparan para postular a los Colegios de Abogados, se dice que hay presunción de daño en la violación de los derechos relativos a bienes inmuebles, en el intento de hacer que nuestro *common law* respecto a violación de derechos, encaje en un molde romanizado de *damnum and iniuria*¹⁰ y se nos informa que no hay responsabilidad cuasi contractual (como debemos ponerla ahora) en el caso de un cierto hecho, porque “no podemos suponer que se produciría, salvo como un acto erróneo”¹¹.

En la medida que los estudiantes lean estas “razones” y se les enseñe que esto o aquello está “asumido” o “implícito” como contrario al sentido común, o es “constructivamente” algo diferente a lo que es obviamente, y en la medida que los legos en la materia escuchen estas explicaciones desde la judicatura, cuando se sienten como jurados, o del abogado a quien consultan como clientes, o de las opiniones publicadas de las cortes, las personas con toda seguridad confirmarán la creencia, popular en todas las circunstancias, de que el Derecho es una masa arbitraria de tecnicismos, que no guardan relación con la razón o la justicia.

Hoy en día, las razones detrás del Derecho deben apelar a un público inteligente y educado. Deben haber razones detrás, como las debe haber detrás de todo lo que se impone a las personas en el presente. Y si puedo adaptar una terminología del *common law*, deben ser razones basadas en hechos antes que en el Derecho.

El Derecho ya no es algo sagrado o misterioso. Las decisiones judiciales son investigadas y tratadas libremente por historiadores, economistas y sociólogos. Las doctrinas anunciadas por las cortes son debatidas en la prensa, e incluso han sido tratadas en plataformas políticas. Los legos saben bien que pueden hacer las leyes y que el conocimiento del Derecho no es un requisito necesario para la legislación importante. El motor legislativo nivela la norma justa con la injusta, ante la ansiedad del público de trazar un nuevo camino. La introducción de la doctrina de la negligencia comparativa en las leyes de responsabilidad del empleador y en leyes recientes que dejan las cuestiones de negligencia totalmente a los jurados, o en otras palabras, anulando toda certeza de que en casos similares que comprenden negligencia, recibirán una decisión similar; constituyen ejemplos interesantes.

Las doctrinas del *common law*, por lo menos tal como son explicadas a las personas, no se encomiendan a la inteligencia del público. En dichos casos, se debe hacer algo, y se hace con mucha frecuencia con poco entendimiento del antiguo Derecho, conducta ilícita o reparación. Pero no tenemos derecho a seguir tales descarrilamientos. El público debe moverse bajo la orientación legal que las luminarias del Derecho proporcionen. Los que ejercen y los que enseñan el Derecho, deben estar en posición de dirigir el sentir popular. Debemos volver a investigar las teorías de la Justicia, del Derecho y de los derechos. Debemos buscar la base de las doctrinas, no en la sabiduría del Blackstone de nuestros antepasados, no en las razones apócrifas de los inicios de la ciencia jurídica, ni en su historia, con lo útil que puede ser al permitirnos fijar las doctrinas en su propio valor, sino en un entendimiento científico de las relaciones del Derecho con la Sociedad y de las necesidades, intereses y opiniones de la sociedad de hoy.

Se pueden encontrar múltiples razones para la actual condición del Derecho en Norteamérica, en el dominio de los que ejercen el Derecho y en las ideas e ideales de los que tienen a su cargo la educación legal. En la medida que el objetivo sea entrenar a los que ejercen el Derecho, para que puedan ganar dinero con la profesión, y en la medida que las escuelas sean juzgadas principalmente por su éxito en dar ese entrenamiento, no podemos esperar nada mejor. Incluso ésta es una explicación, más que una excusa. Las Facultades de Derecho deben enseñar las normas por las que las cortes deciden los casos. No pueden enseñar un Derecho diferente del que es reconocido y aplicado por las cortes. Pero no están obligadas a enseñar la pseudo-ciencia legal tradicional. Tampoco están obligadas a enseñar el pensamiento jurídico de los que ejercen el Derecho, sin importar cuánto piense que aquél esté involucrada en la idea de un sistema jurídico.

No fue hace mucho tiempo que una historia jurídica ficticia resultó igualmente ortodoxa. Freeman nos habla de un profesor de Derecho que “le exigía a los candidatos a grado decir que Guillermo el Conquistador introdujo el sistema feudal en la gran Gemot de Salisbury en 1086”¹². Y cuando algún historiador protestaba, contestaba que él era un examinador del Derecho; que “los hechos podrían encontrarse en crónicas, pero que el Derecho se encontraba en Blackstone como una fuente infalible; lo que Blackstone, decía, no podía ser refutado por él en tanto examinador del Derecho”¹³. Pero las cortes y los libros de Derecho no pueden seguir haciendo filosofía autorizada, si es que previamente no hacen historia autorizada.

Yo no soy partidario de agregar ningún curso nuevo o cursos nuevos a nuestros currículos. Sin duda, las facultades están ofreciendo ahora todos los cursos que los estudiantes pueden tomar y series útiles. Pero las Facultades de Derecho no sólo hacen el derecho difícil¹⁴; sino que hacen difícil la ciencia jurídica, como lo comprueba la larga postergación del Código alemán a consecuencia del dominio de la Escuela Histórica, la persistencia de las teorías del siglo dieciocho en el pensamiento jurídico norteamericano, mucho después de haber sido abandonadas en los otros campos. Y la fuerte resistencia del individualismo del *common law*, frente a las tendencias colectivistas del pensamiento moderno, de aceptación cada vez mayor.

¹¹ Cooley, *Torts*, 95.

¹⁰ Resulta interesante observar que esta declaración se encuentra aún con nosotros en la enseñanza del Derecho. Mordecai, *Law Lectures*, 24 (1907).

¹¹ Freeman, *Methods of Historical Study*, 73-74.

¹² Maitland, *English Law and the Renaissance*, 25.

¹³ Se ha hecho una denuncia en Francia con el mismo efecto; Vareilles-Sommieres, *Principes Fondamentaux du Droit*, prefacio.

¹⁴ Ver el comentario de Brunner sobre el efecto de la recepción del Derecho Romano en Alemania en las posesiones de los campesinos, *Grundzuge der Deutschen Rechtsgeschichte*, 216.

No debemos cometer el error en la educación legal norteamericana, de crear un abismo permanente entre el pensamiento jurídico y el pensamiento popular. Pero podemos cometer este error no sólo enseñando pseudo-ciencia legal y filosofía obsoleta, sino también mediante el método predominante de no decir nada acerca de estos asuntos, dejando al estudiante que coja lo que él quiera aquí y allá, en los casos y textos, sin indicarle de que hay otras concepciones y otras teorías consideradas por los eruditos de no poca autoridad, y dejarlo avanzar en la creencia de que está completamente entrenado¹⁵. Tengo poca fe en los cursos abstractos, incluso si nuestras facultades tuviesen sitio para nuevos cursos. La instrucción del tipo requerido debe ser concreta. Debe yacer en el punto de vista a partir del cual se tratan problemas legales concretos, se exponen doctrinas concretas, y se investigan y critican decisiones reales.

El profesor moderno de Derecho debe ser también un estudiante de Sociología, Economía y Política. Debe saber no sólo lo que deciden las cortes y los principios mediante los cuales deciden, sino adicionalmente, las circunstancias y las condiciones sociales y económicas, en las que se deben aplicar estos principios. Debe conocer el estado del pensamiento y sentimiento populares que forman el medio ambiente en el cual deben operar, en la práctica, tales principios.

Los monjes legales que pasan sus vidas en una atmósfera de puro Derecho, del cual se excluye todo elemento humano y mundano, no pueden crear principios prácticos para ser aplicados a un mundo inquieto de carne y hueso. Las reglas más lógicas y más diestramente razonadas, pueden vencer el fin del Derecho en su administración práctica, sino han sido adaptadas al medio ambiente en el cual deben hacerse cumplir¹⁶. Por lo tanto, es deber de los profesores norteamericanos de Derecho, investigar los fundamentos sociológicos, no sólo del Derecho, sino del *common law* y de temas especiales que ellos enseñan.

Y mientras se enseña el Derecho real mediante el cual los tribunales deciden, hay que dar a su enseñanza el sentido que le quedará a las nuevas generaciones de abogados para guiar al pueblo como debe, en lugar de abandonar su legítima hegemonía en legislación y en política, a los ingenieros, a los naturalistas y a los economistas.

Sin remover puntos de controversia, se puede asumir que el fin práctico de la Administración de Justicia de acuerdo a ley, es un ajuste de las relaciones de los hombres entre ellos y con la sociedad, y que cumpla con el sentido de moral de la comunidad. En el pasado, este ajuste ha cumplido con el sentido de la moral general, procediendo según las líneas de un individualismo estricto. La idea ha sido, en la medida que era posible, dejar que todos hagan y adquieran todo lo que puedan.

La concepción individualista de la Justicia, como la libertad de cada uno limitada únicamente por las iguales libertades de todos, ha sido la concepción legal. Esto ha sido tan completamente cierto, que los sociólogos hablan de esta concepción como "justicia legal", y algunas veces se asume que el Derecho debe buscar un tipo diferente de Justicia de lo que se entiende comúnmente, y de lo que es considerado por la comunidad. Pero esto es algo que no puede ser. El Derecho es un medio, no un fin. Una divergencia tal no puede perdurar, a menos que el Derecho esté en las manos de una casta progresista y culta, cuyas concepciones estén más avanzadas que las del público y cuyo liderazgo lleve el pensamiento popular a un nivel más alto¹⁷. Cuando en su lugar, el Derecho está en manos de una profesión altamente cuidadosa y conservadora, cuyo pensamiento en dichos asuntos quedaron muy atrás, la diferencia provoca irritación con el Derecho e indiferencia de sus mandatos. A la fecha, mientras que los juristas en los Estados Unidos están repitiendo fórmulas individualistas de justicia, los sociólogos están hablando más bien de "el cumplimiento por parte de la sociedad, de una igualdad artificial en condiciones sociales que son naturalmente desiguales"¹⁸. Están definiendo la Justicia como la satisfacción de los deseos de cada uno en la medida que no tengan más peso que los deseos de otros¹⁹. Que esta es la dirección del pensamiento popular, se demuestra por la tendencia inconsistente del Derecho en la misma dirección.

Es verdad que nosotros aún hablamos constantemente de lo sagrado que es la propiedad ante la ley. Un dirigente de nuestra profesión nos dice que un objetivo fundamental es la "preservación de los derechos de propiedad privada"²⁰. Un libro de texto utilizado en más de una Facultad de Derecho nos dice que "el derecho de propiedad tiene origen divino, derivado por título escriturado del Creador universal de todas las cosas y comprobado por la intuición universal"²¹.

La corte más alta de uno de los Estados nos dice en palabras elocuentes, que el derecho a tener propiedad por testamento, es un derecho absoluto e inherente, que no depende de la legislación.²² Pero el progreso constante del Derecho está en otra dirección. Ihering establece que esta es la diferencia que existe entre lo nuevo y lo viejo: "Antiguamente; alto valor de la propiedad, bajo valor de la persona; ahora, bajo valor de la propiedad, alto valor de la persona."²³ El dice que la línea de crecimiento jurídico del futuro es "debilitando el sentido de propiedad, reforzando el sentimiento de honor"²⁴. Y hay abundantes testimonios de que esto es verdad para nuestro Derecho en los Estados Unidos, como son las continuas demandas en las que la legislación moderna priva a los hombres del poder de regular sus propios asuntos y de manejar su propiedad.

El avance del Derecho sobre el viejo individualismo, no está limitado a los derechos de propiedad. El paso de las fases ultra-individualistas de las doctrinas del *common law* en cada caso, tanto a través de la legislación como de la decisión judicial, es lo suficientemente obvio. Permitásenos señalar algunos casos. Uno de los así llamados derechos naturales, en el

¹⁵ Un ejemplo excelente se puede ver en la historia de la Equidad en Inglaterra. La Equidad no era popular, pero estaba en la línea correcta del progreso. Sin embargo, los cancilleres desarrollaron doctrinas de un carácter ultra-ético que fue más allá de los requisitos del sentido común, y estos refinamientos de equidad han sido eliminados. Como ejemplos de esto, basta con nombrar la doctrina de la compensación de los fideicomisarios, fideicomiso creado mediante expresiones de solicitud, y reglas como la de impedir la equidad del rescate.

¹⁶ Ward *Applied Sociology*, 23.

¹⁷ Ward, *Applied Sociology*, 22 – 24; Willoughby, *Social Justice*, 20 – 25.

¹⁸ Argumento del Sr. Choate en los casos de Impuesto a la Renta, 157 US 429, 534.

¹⁹ Smith, *Personal Property*, Sec. 33.

²⁰ *Nunnemacher v. State*, 108 N.W. 627.

²¹ Ihering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (9 ed.) 418.

²⁴ Ihering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (9 ed.) 429.

²² Freund, *Police Power*, Sec. 503.

cual se insiste aún, es la libertad de contratar, el derecho de cada hombre de decidir los compromisos que va a asumir y establecer los detalles del mismo por sí solo. Pero la legislación moderna está reelaborado constantemente este Derecho, creando clases de personas y clases de sujetos, con respecto a los cuales los derechos y las obligaciones están definidas por la ley "y son concluyentes para las partes, sin tener en cuenta las estipulaciones que intentan dejarlas de lado"²⁵. Y dichas leyes ahora se mantienen como constitucionales, dentro de amplios límites. Esta tendencia tampoco está limitada a la legislación.

El contrato de seguro ha sido tratado de tal forma por las cortes, que ya no es un contrato ordinario, para ser juzgado como tal, sino el Derecho de Seguros se ha convertido en un cuerpo especializado de doctrina²⁶. Las decisiones más antiguas fueron extremadamente estrictas en insistir sobre el derecho a una seguridad para realizar cada cual su propio contrato en todo aspecto. Las mínimas desviaciones, que tenían el efecto de variar en cierto grado la obligación que asumía para ser responsable, bastaban para liberarlo.

El y sólo él podían determinar por qué se obligaría, y podría hacerlo de la forma más arbitraria que pueda elegir, ya que era su propio asunto²⁷. Pero el advenimiento de las compañías que otorgan fianzas y otras garantías a cambio de una contraprestación, ya ha producido un cambio. Se sentía que el Derecho de toda persona a realizar su propio contrato para él mismo, debía dar paso a la demanda pública para el cumplimiento de contratos de seguros, a menos que aparezca cierto daño sustancial al asegurador. Y este sentimiento ha llevado a una línea de decisiones judiciales con respecto a contratos de compañías que otorgan fianzas y otras garantías²⁸.

El profesor Gray ha indicado un fenómeno similar en el asunto de *spendthrift trust* (fideicomiso que impide a los acreedores ir contra los intereses o principal del beneficiario)²⁹. El *common law* insistía rigurosamente en la responsabilidad individual. No era posible para un deudor a través de cualquier dispositivo disfrutar de todo el beneficio sustancial de la propiedad libre de reclamos de sus acreedores. Las decisiones judiciales norteamericanas que permiten dichos fideicomisos están, como él señala, en claro desacuerdo con el espíritu del *common law*. Hay otra señal de la dirección hacia la igualdad en la satisfacción de deseos, más que igualdad en la libertad de acción como la norma de justicia; y las decisiones que el profesor Gray justamente estigmatiza como "snob"³⁰, no son sino crudos intentos por aplicar esta norma, antes de haber sido claramente reconocida o que haya tomado forma definitiva.

²³ Wambaugh, *Cases on Insurance*, prefacio.

²⁴ Por lo tanto si el rey moría, la seguridad por la paz se eliminaba "para cumplir con su paz, y cuando está muerto, ya no es su paz." Anónimo. *Brook's New Cas.* 172. Un caso típico moderno es *U.S. v. Boecker*, 21 Wall 652.

²⁵ Ver por ejemplo, *American Bonding Co. v. City of Ottumwa*, 137 Fed. 572, *Segari v. Mazzei* (La.) 41 So. 245.

²⁶ Gray, *Restraint on the Alienation of Property* (3 ed.) viii-x.

²⁷ *Restraint on the Alienation of Property*; xi.

²⁸ Ver una interesante discusión de esto en *Pritchard v. Howell*, 1 Wis. 131.

²⁹ Ver también el reciente intento de la corte federal de circuito para forzar un esquema de reorganización ante los acreedores, poco dispuestos de una compañía de servicio público, en *Chicago Traction Cases*. Cualquiera sea el punto de vista que se tome de este mandato judicial, es una señal de los tiempos.

Probablemente, en ninguna parte el individualismo del *common law* está expresado más característicamente que en las doctrinas como negligencia concurrente del perjudicado por un hecho ilícito (*contributory negligence*). Legislación reciente con respecto a la responsabilidad del empleador, está casi eliminando dichas doctrinas. Parece sentirse que nada menos que un fraude, que haga caso omiso de la vida o que sea tan grueso como para que califique como fraude, debe evitar una indemnización por daños.

No menos característico es el punto de vista que el *common law* toma de los accidentes industriales. Insiste en que dichos accidentes deben deberse ya sea a condiciones totalmente impredecibles, o por negligencia de alguna persona. Ya sea que el empleador, sostiene, fue negligente, o lo fue el empleado. El que el negocio mismo, y no la negligencia de alguna persona que opera en éste, pueda ser responsable por el accidente, es una situación que él no puede concebir y por la cual no dispone nada, aparte de establecer que el empleado asume los riesgos incidentales. Pero está siendo de conocimiento de todos los que han estudiado las circunstancias del empleo industrial moderno, que la supuesta culpa concurrente de los empleados, es en efecto resultado de condiciones mecánicas impuestas sobre ellos por la naturaleza de su empleo, y que debido a estas condiciones, la vigilancia y la responsabilidad individual contempladas por el *common law*, son imposibles en la práctica. Por lo tanto, si bien el *common law* insiste que el trabajador debe asumir los riesgos normales de su ocupación, le exige demostrar negligencia por parte de su empleador como un pre-requisito de indemnización, y hace que asuma rigidamente la negligencia de su propia contribución al accidente, por lo que el público ha pensado cada vez más que el empleador debe tomar el riesgo de los accidentes de personal, como los accidentes a su planta y maquinaria, y que la negligencia concurrente del perjudicado por un hecho equivocado -en donde no hay una auto-lesión voluntaria y no hay fraude- es uno de estos riesgos ordinarios.

Tal y como señaló recientemente el Presidente de los Estados Unidos, en su discurso en la celebración del Día de Georgia en la Exposición Jamestown: "No es ni justo, ni conveniente ni humano; es repugnante para el juicio y el sentimiento que la carga financiera de los accidentes que se producen debido a exigencias necesarias de su ocupación diaria, deba ser recibida, sin buscarla, por los que sufren y quienes están en menores condiciones de soportarla. Cuando el empleador... inicia y pone en movimiento organizaciones que crean riesgos para otros, éste debe tomar todos los riesgos ordinarios y extraordinarios ahí implicados." Los jurados han percibido esto débilmente por años y han dado veredictos en este sentido. La legislación está ahora introduciendo rápidamente reglas fundadas abiertamente en esta teoría. Si esta legislación es construida y aplicada por hombres completamente empapados en la doctrina del *common law* y en sus prejuicios, la divergencia entre las normas legales y el pensamiento popular, si no produce legislación más radical, incrementarán la falta de respeto por la ley. Pero debemos señalar aquí una vez más que la mayor consideración por la persona y por la igualdad en la satisfacción de deseos, son los elementos orientadores de la doctrina más reciente.

Otra señal que vale la pena mencionar sobre el cambio de la norma de la así llamada "justicia legal" a la de "justicia social", debe

³⁰ Otto Kuntze, *Revisio Generum Plantarum*, III, fin.

verse en la tendencia de la legislación moderna a reintroducir el *status* o algo muy similar a esto. La concepción de que los derechos deben pertenecer o que se deben dar deberes a una persona mayor de edad y la capacidad natural debido a la posición que ocupa en la sociedad o la ocupación a la cual se dedica, es chocante para el espíritu del *common law*. Por lo tanto, las cortes, empapadas fuertemente de las nociones del *common law* en este asunto, han tendido a sostener, cada vez que ha sido posible, que las normas que cumplen con esta idea, son inconstitucionales.

Pero la concepción es perfectamente reconciliable, y en realidad lo exige la idea de justicia social. Cuando la norma es la igualdad de libertad de acción, todos los casos distintos a aquellos pocos y simples, basados en las así llamadas incapacidades naturales, tales como infancia y locura, son repugnantes para la idea de justicia. Cuando la norma es la igualdad en la satisfacción de necesidades, dicha clasificación y dicho retorno en parte a la idea de *status*, son inevitables.

Incluso más marcada y de más duración es la debilidad de doctrinas extremas de *fides est servanda*, a través del giro a la idea de justicia social. Aquí nuevamente el punto de vista del *common law* fue extremadamente individualista. Deja al individuo libre para asumir cualquier obligación que elija y para determinar sus detalles para él mismo. Pero aquí, como en otras partes, esto impone una responsabilidad que corresponde con esta libertad. Si elige asumir una obligación, el *common law* lo atiene a éste celosamente. El había evaluado el riesgo y lo había tomado. En la medida que ha permitido incurrir en éste como hombre, debe soportar sus consecuencias. Por lo tanto, los jueces del *common law* se resistían extremadamente a permitir a los deudores de contratos a escapar recurriendo a la prescripción, y por un tiempo, casi anulaban esa ley en la medida que se aplicaba a las deudas³¹. Pero las normas hoy en día de exención, patrimonio familiar y tasación, para no hablar de las leyes de quiebra e insolvencia, limitan en gran medida el poder del acreedor para hacer cumplir la obligación asumida³². Existe un creciente sentimiento de que el acree-

dor que extiende un crédito, debe asumir un riesgo. El principio de que las promesas deben mantenerse, nos llevan a sostener que la demanda de necesidades razonables del deudor, sean igualmente cumplidas razonablemente.

En todos los casos de divergencia entre la norma del *common law* y la norma de aceptación pública, se las arregla sin decir que ésta última prevalecerá al final. Tarde o temprano, lo que la opinión pública exija será reconocido y aplicado por las cortes. Un tribunal entrenado en teorías individualistas y firme en la persuasión de que la así llamada justicia legal, es una norma absoluta y necesaria a partir de la cual no puede haber partida sin la destrucción del orden legal, puede retardar, pero no puede evitar el avance a la norma más nueva reconocida por el sociólogo.

En este avance, los abogados deben ser factores conscientes y no seguidores inconscientes del pensamiento popular. Tampoco obstructores conscientes del curso del desarrollo legal. Para este fin, es deber de los profesores de Derecho, mientras enseñan escrupulosamente el Derecho que las cortes administran, lo hagan en el espíritu y desde el punto de vista de las enseñanzas políticas, económicas y sociológicas de hoy en día. Es su tarea crear en este país una jurisprudencia sociológica verdadera, desarrollar una cabal comprensión entre la gente y el Derecho, asegurar que el *common law* permanezca en lo que sus exponentes siempre han insistido que es —la costumbre del pueblo, la expresión de sus hábitos de pensamiento y acción en cuanto a las relaciones de los hombres entre sí. Y si al hacer esto, deben oponerse a las cortes y a los que ejercen el Derecho y a los libros de autoridad, en cuanto a la naturaleza de la Justicia y de los derechos y las bases de las concepciones legales actuales y los principios recibidos, ellos pueden decir, como el naturalista a sus colegas más conservadores: "raisonniert so viel ihr wollt, aber fñft Euch in das wissen schafflich unvermeidliche"³³. ("argumenten todo lo que quieran, pero al final deberán someterse a lo que científicamente es inevitable").

Lincoln, Neb, agosto de 1907.

³¹ Ver una interesante discusión de esto en Pritchard V. Howell, 1 Wis. 131.

³² Ver también el reciente intento de la corte federal de circuito para forzar un esquema de reorganización ante los acreedores, poco dispuestos de una compañía de servicio público, en Chicago Traction Cases. Cualquiera sea el punto de vista que se tome de este mandato judicial, es una señal de los tiempos.

³³ Otto Kuntze, Revisio Generum Plantarum, III, fin.