

LAS DOS CIUDADES DEL DERECHO*

Por Charles L. BLACK, JR.**

En la base de la vida pública del hombre pueden diferenciarse dos imágenes del derecho —algunas veces complementándose, algunas veces en conflicto.

En primer lugar se encuentra el derecho que prevalece en la sociedad. Los tribunales resuelven los litigios y exponen las razones de sus decisiones. Las leyes son publicadas y leídas. Los precedentes son conservados y son usados como el ingenio de los abogados puede hacerlo. Las personas se benefician de los legados, pierden automóviles a una compañía de fianzas, se casan, van a la penitenciaría, etcétera. Y como hecho psicológico existe en la mente de jueces y abogados un marco conceptual para guiar y explicar toda esta actividad. Esta estructura de ideas jurídicas no es la misma en dos personas, pero en todo caso existe un amplio acuerdo en considerar que esta es la tarea del derecho —incluso el desacuerdo se da sobre cómo se presenta el derecho. Este derecho que se manifiesta tangiblemente en cada nación puede ser llamado 'derecho positivo'.

En segundo lugar, tan tenue como la montaña de un pintor chino, pero tan vigorosa como el pintor la hace parecer, se encuentra la otra imagen del derecho tal y como los hombres en su tiempo piensan que el derecho debe ser. Este derecho ideal no puede ser conocido como lo es el derecho positivo a través de los documentos y palabras de jueces y abogados en su labor profesional. Aquellos que nos persuaden de su existencia no pueden señalarnos la lectura de un código ni una decisión judicial en base de sus argumentos. Lo único que podemos conocer a partir de estas fuentes (códigos y decisiones judiciales) es el tenor del derecho tal y como existe —y que puede ser bueno o malo.

No obstante, nos vemos obligados a buscar el modelo del derecho justo. En esta búsqueda podemos encontrarnos contraviniendo los cánones del positivismo científico, pero si no lo hacemos así estamos despojándonos de nuestro carácter humano. Desde las más antiguas inscripciones en las tumbas de las pirámides hasta el más reciente artículo de la "Yale Law Review", así como desde los indígenas cheyenes antes de Custer hasta el hombre que se desplaza en la ciudad en el Express

* Este artículo apareció bajo el título *The Two Cities of Law* en "The Saturday Evening Post", abril, 1960. Copyright © Charles L. Black Jr. Traducción permitida.

** Law professor, Yale University; Luce professor of Jurisprudence, Yale University.

de Brodway, el hombre trata y siempre ha tratado no sólo conocer el derecho como es, sino de discernir, a veces vaga y obscuramente, qué es lo que la justicia requiere del derecho.

Esta búsqueda de luz en el derecho ha adoptado muchas formas. Recurrentemente a través de la historia occidental, el nombre "derecho natural" ha sido dado a la proyectada imagen del derecho como debe ser. Aristóteles y Cicerón hablaron de un derecho natural con el que el derecho positivo humano debe ser medido. Santo Tomás utilizó este concepto de su espléndida síntesis. Grocio lo usó y construyó con él las bases del moderno derecho internacional. John Locke hizo de la idea una parte perdurable del pensamiento liberal e Inglaterra, de ahí cruzó el Atlántico para entrar en nuestra declaración de Independencia, cuyo documento es un abierto llamamiento a "las leyes de la naturaleza y de la naturaleza de Dios..." La idea de derecho natural se encuentra impregnada en las diversas épocas de nuestra tradición intelectual.

El derecho natural tal y como fue concebido por sus defensores no contiene ninguna de las exigencias del derecho positivo. No es establecido por el Estado, no lo modifica tribunal alguno, ninguna legislatura lo establece o lo altera. Por lo contrario, sus expositores han sido filósofos y tratadistas, profesores y eclesiásticos. Las proposiciones de cada sistema de derecho natural pueden aspirar a validez solamente sobre la base de los argumentos propuestos por las personas que escriben libros sobre el tema. Sus razonamientos parten de creencias presumidas o establecidas sobre la naturaleza del hombre; a partir de estas perspectivas se han trazado conclusiones sobre cómo debe ser el derecho. El producto final, cuando se halla plenamente desarrollado, es un sistema de derecho ideal que puede ser mantenido como modelo en comparación con el derecho positivo.

Hugo Grocio, uno de los más grandes iusnaturalistas, estableció en pocas palabras la proposición siguiente:

"La ley natural es un dictado de la recta razón que señala que un acto, en tanto se encuentra o no, en conformidad con la naturaleza racional y social del hombre, contiene en él, la cualidad de vileza moral o bien de necesidad moral y que, en consecuencia tal acto resulta prohibido o permitido por el autor de la naturaleza, Dios".

Desde una perspectiva histórica son varios los sistemas de derecho natural que se han elaborado de esta manera, éstos han diferido ampliamente, pero la idea original permanece constante; a partir de ella el pensamiento del 'derecho natural' toma su nombre. A través de los años se ha mantenido o presumido que hay un derecho correcto, derecho justo, deducible, por la razón, de la naturaleza del hombre y de sus relaciones con la sociedad y con el orden cósmico.

Es poco plausible, si bien no imposible, que una tradición tantas veces acreditada decline y resulte enteramente sin valor. Por tanto es sorprendente que lo que puede ser llamado con justeza tendencia domi-

nante en la ciencia del derecho (Jurisprudence) británica y norteamericana rechaza en la actualidad el concepto de "derecho natural" y desecha el *corpus* completo de la reflexión jusnaturalista. No se trata de disentir de un sistema aislado de "derecho natural", sino que más bien, es el propio valor de los razonamientos iusnaturalistas lo que es negado por completo, ya sea de manera expresa o con un elocuente olvido.

Esta actitud puede ser explicada sobre un buen número de fundamentos, no todos aplicables necesariamente al caso de un pensador en particular. Mucho más importante es el difundido punto de vista moderno que propone que, nos encontramos ante un espejismo, cuando concebimos que la "justicia" tiene remotamente que ver con la realidad objetiva que cubre las instituciones positivas del derecho. No tenemos ninguna certeza, dicen los seguidores de esta teoría, para suponer que exista alguna justicia que pueda ser 'descubierta', 'justicia' es sólo el nombre de nuestras propias reacciones. La diferencia entre el derecho bueno y el derecho malo, entre lo justo y lo injusto, se basa en los sentimientos del hombre; el objetivo concebido como poseyendo forma y realidad es un mero deseo de nuestra imaginación.

Otros, sin referirse a esta última cuestión, objetan el término 'derecho natural', con su implicación de que los fines del derecho son, en sí mismos, un tipo de derecho. Nada sino confusión es inherente, dicen, a esta voluntaria mezcla de lo que existe con lo que es deseado. Tampoco, objetan otros, se puede realmente deducir el derecho 'natural' de la naturaleza del hombre. El infanticidio entre los esquimales es tan 'natural' como nuestras becas alimenticias para escolares. Se requiere algo más allá del conocimiento de los hechos naturales para distinguir estas instituciones.

También se ha objetado la ausencia de un análisis crítico, agudo en la especulación jusnaturalista "El hombre", reza un conocido precepto de derecho natural, "tiene derecho a los frutos de su trabajo". "La propiedad privada debe ser protegida", dice otro. Estas fórmulas son en buena medida, si no es que en su totalidad, tautológicas; la 'propiedad' de un hombre bien puede definirse como lo que el derecho protege o debe proteger para él. En la medida en que no son tautológicas, no se pueden deducir lógicamente de ninguna generalización válida sobre la naturaleza humana conocida.

Por supuesto, el asentimiento de estas huecas *sententiae* es fácil de lograr sin hacer caso del vacío lógico de sus derivaciones. Pero dicho asentimiento no significa nada, ya que los preceptos en sí mismo son demasiado vagos para resolver problemas jurídicos reales; y a menudo pueden dar igual fuerza a ambas partes de una misma controversia. ¿Está el beneficiario de una jubilación recibiendo los 'frutos de su trabajo'? o, ¿está siendo privado de ellos el contribuyente que sostiene la pensión? Si alguien, ignorándolo, compra un anillo a un joyero que, a su vez, sin saberlo, lo compró a un ladrón, ¿es en justicia de 'su propiedad'?

o bien de la de aquél a quien fue robada la joya? El problema real del derecho, supone no una obediencia fiel a hermosas máximas, sino en la mediación de argumentos opuestos cada uno con su dosis de validez.

Y aun si pudiéramos, continúan los críticos, especulando en torno a la naturaleza del hombre, llegar a conclusiones ciertas y claras, quedan todavía otros obstáculos formidables. Decidir si una ley es buena implica no sólo juzgar sobre la conveniencia de sus fines sino también de su aplicación práctica. Un padre que no sea cariñoso con sus hijos, que hace caso omiso de sus problemas, que voluntariamente evita ayudarlos a sobreponerse a las crisis de su desarrollo, puede ser considerado de peor manera que el ladrón de un banco que no comete homicidio. La corrección de su comportamiento puede ser considerada como un objetivo más importante, que la supresión del robo bancario. Pero ¿someter a ese tipo de personas al correctivo legal de esta conducta mejoraría efectivamente las relaciones entre padres e hijos? ¿Cuáles serían los resultados sociales que produciría la autorización de las ediciones piratas? De la respuesta a estas preguntas —preguntas acerca de cómo debe funcionar en realidad un precepto jurídico— depende la justa evaluación de cada norma y su práctica en el derecho. Tales preguntas no pueden ser contestadas más que tentativamente y en definitiva no pueden ser contestadas por deducción de grandes principios.

Las escuelas de derecho natural, dicen los críticos, son, en realidad, estrechas y particularistas. Sus espléndidos razonamientos sobre la naturaleza del hombre, universal, como dicen sus postulados, son falsas máscaras para los prejuicios de un determinado tiempo, secta o corriente de pensamiento. Sus verdades 'obvias', son obvias para los ya convencidos; sus deducciones parecen que obligan a aquellos que ya han aceptado las conclusiones. Los postulados y las falacias son la trama y urdimbre de sus vagas y aparatosas obras.

Cada una de estas objeciones tiene un gran peso. Pero —como el profesor Lon Fuller y otros han demostrado— queda un valor en el concepto que el término 'derecho natural' trata de sugerir. Permítaseme llegar a este valor expresándome no en términos filosóficos sino prácticos, en los términos que en realidad utilizamos cuando ponderamos seriamente cuestiones del derecho.

En primer lugar, el impulso para plasmar las instituciones de derecho hacia una justicia más perfecta es sentido y obedecido por toda clase de hombres. Esto está sorprendentemente desconectado, de la visión filosófica sobre la validez objetiva que se imputa al 'bien' o a la 'justicia'. Algunas de las personas que, como los filósofos, nos aseguran que la 'justicia' es sólo el nombre de nuestras propias emociones, son incansables en la defensa de la justicia como ellos la conciben; su defensa no consiste sólo en la exhibición de sus emociones sino en dar razones de por qué otras personas deben experimentar las mismas emociones. No necesitamos plantearnos aquí si de esta manera se contradicen a sí mismos;

permítasenos mejor hacer notar el claro hecho de que todas las personas, en cualquier lugar, son dadas, cuando consideran el derecho, a pensar, trabajar y hablar por el mejoramiento de éste.

Pero antes de que estemos en posibilidad de mejorar nuestro derecho debemos alcanzar una convicción suficientemente clara de los objetivos que deben ser requeridos. Las consideraciones y argumentos con los que damos cuerpo a estos objetivos pueden revestir muchas formas. Pero seguramente cualquier razonamiento sensato acerca de la forma de mejorar el derecho debe empezar con algo semejante a este postulado: *el derecho bueno es el derecho que es bueno para el hombre en su sociedad y en el mundo.*

Por supuesto, de esta fórmula, no se pueden deducir consecuencias específicas. Pero ella tiene, no obstante, un cierto poder aclarativo; nos recuerda que la búsqueda de un derecho bueno implica, no sólo concebir algún bien abstracto, sino conocer al hombre —la naturaleza del hombre— y la naturaleza de sus sociedades y de su mundo. Este conocimiento por sí solo, puede no decirnos nada acerca de la justicia, pero es una parte indispensable de cualquier reflexión en torno a ella.

Finalmente, cuando pensamos en serio conformar el derecho al derecho justo, siempre sucede que empezamos a pensar en cierto grado sistemáticamente. Los problemas de la justicia en el derecho, raras veces se presentan como una simple cuestión particular. Muchos valores se encuentran igualmente en juego. Una medida del sistema es la alternativa al caos.

Sin embargo, una visión más o menos sistemática de los requerimientos de la justicia, basada en gran medida en una visión más o menos sistemática de la naturaleza del hombre, empieza a parecer derecho natural. Uno casi podría decir que es natural al estudioso del derecho pensar en la línea del derecho natural. No tenemos porqué construir un sistema omnicomprendivo del derecho ideal; no necesitamos atribuir a nuestras conclusiones parciales y tentativas la pseudoinfalibilidad ensoberbecida y autosuficiente que acompaña a la mayoría de las obras de derecho natural. No necesitamos dar por sentado que el conocimiento de la naturaleza del hombre es suficiente; por lo contrario algún juicio de valor, algún acto de conveniente elección moral deben ser añadidos. Pero el camino que tenemos que tomar, si vamos a pensar en alguna manera sobre los fines del derecho, lleva, con mucho, la misma dirección que ha seguido el pensamiento iusnaturalista.

Si nos valemos de las palabras “derecho natural” es por una mera cuestión de terminología. Lo esencial es no descartar lo bueno del pensamiento iusnaturalista solamente porque no podemos aceptar todas sus afirmaciones anteriores. La mayor parte de la especulación jusnaturalista ha sido pretenciosa, arrogante y absurda. En gran parte ella consiste en malabarismo trivial de expresiones altisonantes. Pero podríamos tolerar todo esto y aún más, antes de descartar la idea de que el derecho posi-

tivo humano debe encaminarse a un fin, por muy vacilante e inseguro que se perciba, y que este movimiento no puede hacer caso omiso de las consideraciones —tan válidas como puedan serlo, tan claramente estructuradas como la materia lo permita— en torno a la naturaleza del hombre, hacedor y sujeto del derecho.

Por tanto, no es sorprendente que el pensamiento jusnaturalista haya tenido amplias y continuas relaciones con el derecho positivo de los Estados Unidos. Esta relación, podemos estar seguros, ha sido amplia y peculiarmente desfigurada (disfrazada). Un abogado norteamericano puede dedicarse a la vida profesional en la barra o en la magistratura sin oír alguna vez la expresión derecho natural. Nuestros abogados y jueces hablan de derecho positivo —sus razonamientos se relacionan con precedentes, reglamentos y disposiciones constitucionales. La referencia a la justicia del caso, prescindiendo del derecho positivo, es probablemente apologetica y casi nunca da a entender que se atiene a los conceptos sistemáticos del derecho natural. ¿Cómo puede, pues, decirse que el pensamiento jusnaturalista se ha introducido en la cultura jurídica norteamericana?

Para contestar esta pregunta debemos considerar los distintos sentidos en los que el derecho norteamericano ha rechazado todo el pensamiento jusnaturalista. Después consideraremos los distintos sentidos en que lo ha aceptado.

Al principio de nuestra historia había la idea de que el derecho natural debía ser tratado como una especie de ley, que podía ser invocada libremente en los tribunales y que era superior a todas las demás normas positivas. Esto significaría que, si un juez creía que una ley o disposición constitucional violaba la justicia natural, su obligación era hacer caso omiso del derecho positivo y decidir el caso en contra de lo que éste disponía.

Esta noción fue al fin totalmente rechazada, la judicatura la arrojó como una papa caliente. El hecho de que los dogmas de cualquier escuela de filosofía jurídica controlaran y nulificaran el derecho positivo, las leyes y la constitución que habían sido hechos por el pueblo a través de los órganos establecidos era, y es, ofensivamente contrario a las teorías de nuestra vida política. La mera sugestión era una insolencia y se encontró con el reproche, cayendo en el olvido.

El resultado —hablando ahora de los sentidos aceptados— es que una fuerza como la que el pensamiento jusnaturalista puede tener en el derecho norteamericano, tiene que operar no desde fuera, sino dentro y a través del derecho positivo. Aceptando de él tanto como el pueblo, por medio de sus representantes, quiera aceptar y no más.

Sin embargo la aceptación ha sido amplia; los juicios sobre derecho y justicia, sustentados parcialmente en los fundamentos y creencias sobre la naturaleza del hombre y la sociedad han calado en cada nivel de nuestro sistema jurídico. La demostración más obvia se encuentra en

la legislación formal, incluyendo la Constitución y sus enmiendas. La prohibición constitucional del derecho *ex post facto* (las leyes que castigan los delitos cometidos antes de ser promulgados) completa la creencia de que tales leyes contravienen la justicia natural. La abolición de la prisión por deudas fue motivada por convicciones tales como los derechos del hombre. Nuestras leyes de seguridad social descansan en las ideas más o menos sistematizadas sobre la naturaleza de las relaciones sociales del hombre. Pero cualquier lista finita de ejemplos tiende a minimizar la conexión entre la legislación y los conceptos de justicia que prevalecen. Nuestras leyes sobre el matrimonio, testamentos, impuestos, procedimiento penal —ésta y muchísimas más— están determinadas en una gran parte por criterios ampliamente sostenidos sobre los requerimientos de justicia, a la luz de las creencias sobre la naturaleza del hombre.

Es menos obvio, pero claramente cierto, que en la decisión de los casos particulares los jueces no solo pueden, sino tienen que colmar las incertidumbres del derecho positivo con algo así como consideraciones de derecho natural. Esto es una parte que impregna del todo nuestro sistema jurídico. Esto se encuentra del todo difundido en nuestro sistema jurídico; su efecto conjunto es de la mayor importancia en la completa formación del derecho positivo. Frecuentemente hemos pensado que el juez es como una especie de máquina lógica que deduce sus juicios a partir de precedentes y leyes. Algunas veces es sustancialmente cierto; cuando los precedentes y leyes aplicables hablan con una voz clara, el juez consciente, por lo general, debe obedecer sin importar qué es lo que piensa en torno a la justicia del caso. Pero hay ocasiones, en número infinito, en que no es esto lo que sucede —no porque el juez sea caprichoso sino porque la ley no contiene una respuesta incontrovertible para el problema presentado.

Nuestro derecho se basa en gran parte en los precedentes de los casos decididos con anterioridad. Sin embargo, de éstos no hay dos enteramente iguales. El juez debe decidir a menudo si la diferencia es suficiente para justificar una variación en el resultado. Esta cuestión no puede ser respondida mediante un razonamiento lógico sobre la base del precedente; es una interrogante que surge después de que dicho razonamiento se ha completado.

El otro componente que en gran medida se presenta en nuestro derecho lo constituye la legislación —el derecho que emana de actos legislativos. Muy a menudo los términos claves más importantes de una ley son completamente vagos, siempre hay límites inciertos de aplicabilidad. Algunas veces puede demostrarse que esa vaguedad es deliberada, que el Congreso, o una legislatura estatal, de manera intencional, dejan a los jueces la posibilidad de concretar las generalidades de la ley; pero intencional o no, la consecuencia es que la ley no le dice al juez sin ambigüedades, qué es lo que debe hacer.

El juez, en consecuencia, no siempre puede obedecer el mandato del

precedente o de la ley porque en muchas ocasiones el mandato no es emitido con claridad. Esto no es culpa de nadie sino que es inherente a la naturaleza del pensamiento y del lenguaje. ¿Quién podría esperar que algo llamado "la ley" pudiera resolver con anterioridad cada cuestión planteada por la variedad infinita de la vida? Es verdad —nada sorprendente— que nuestro sistema jurídico tiene grandes lagunas, en las que los limitados materiales técnicos no hablan con claridad. Esto no es un defecto, sino la forma a través de la cual el derecho permanece flexible y capaz de desarrollarse.

Pero el juez debe resolver cada caso, si el análisis honesto de los materiales 'estrictamente legales' no lo conduce a ella, ¿qué tenemos para llenar esa brecha? Hay tres posibilidades; cada una de ellas juega un papel, y en un caso particular pueden ser interrelacionadas en forma compleja.

En primer lugar, el juez puede extraer el 'principio' de la ley o el sentido del precedente y, entonces, determinar cómo aplicar este principio al caso. Este principio, si puede ser distinguido, debe ser, hablando con claridad, un principio de justicia, un juicio sobre los requerimientos del derecho justo. Tal principio no debe ser entendido sin comprender las razones que le dan origen, y estas razones, como hemos visto, seguirán en general las líneas del pensamiento iusnaturalista, en el sentido genérico que hemos examinado.

En segundo lugar, el juez puede recurrir a lo que considere como sentimientos comunes de justicia. Estos también se basan a menudo en razones sondeadas en la concepción popular del derecho natural; es un hecho que la gente común piensa y habla en términos de derecho natural y derechos naturales.

En tercer lugar, en los casos en que estas técnicas más impersonales fallen para llegar a la decisión, el juez puede valerse de sus propios puntos de vista sobre la justicia del caso.

Ahora bien, estos tres caminos que conducen a la decisión no están en realidad tan categóricamente separados como parece. Ni el 'principio' de la ley, o el "*case Law*", ni el "sentido de justicia" de la comunidad son del todo fáciles de determinar y en cada caso estas cuestiones efectivamente influyen en la decisión, tal y como son registradas en la mente del juez. El principio subyacente, es el principio subyacente que el juez piensa; el sentido comunitario de justicia es el sentido comunitario como él lo siente. Sin embargo por medio de las tres fórmulas que hemos señalado se trae al proceso algunas definiciones de justicia y algunas razones —frecuentemente del tipo del derecho natural— para proponer la definición buscada; el juez debe estar capacitado para manejar y pesar este material.

Y si el juez hace bien su trabajo no debe descargar esta parte necesaria del trabajo en bases transitorias. El juez habrá de pensar en conexión con los fines del derecho y al bien del hombre —estar apto tanto

para aclarar sus propios pensamientos en el sentido usual de su actividad como para entender los de otros, en lo que deban ser utilizados para sustentar una decisión. En otras palabras, habrá de pensar parcialmente siguiendo las líneas del derecho natural, aunque de ninguna manera necesita hacerlo en la forma hipersistemática y dogmática de que usan los autores del derecho natural.

(Hablo más de juez que de jurado, porque se supone que éste tiene que tratar cuestiones relacionadas más con el hecho que con el derecho. Sin embargo, algunas veces los jurados deciden estimando no sólo los hechos sino el sentido de equidad. Además la cuestión formalmente de hecho puede contener una cuestión normativa; decidir si un acusado fue negligente implica decidir qué constituye la negligencia. Indudablemente, en ambos casos el jurado participa en la conformación del derecho siguiendo la concepción común de justicia.)

En esta forma la legislación y las decisiones judiciales de nuestro derecho positivo están impregnadas del pensamiento jusnaturalista en un sentido general. Aquí no se trata de una oposición entre ambos, menos aún de una radical superioridad antidemocrática del derecho natural sobre el derecho positivo. El derecho positivo en una sociedad democrática admite tanto como el pueblo lo desee una conformación hacia fines éticos. Deseos que se expresan, como siempre, a través de sus representantes. De esta manera actúan no sólo mediante la legislación sino además dejan amplios y vitales caminos en el marco técnico del derecho positivo, otorgando a los órganos (representantes) judiciales la facultad de completar la ley con tantas consideraciones de justicia como sea necesario.

Un nivel en el cual esta situación opera, peculiar a nuestro sistema político, es la Constitución. En efecto, nuestra constitución, la cual controla las otras leyes, contiene ciertas disposiciones generales que emergen de convicciones sobre demandas de justicia: “debido proceso legal” “igual protección ante la ley”, “libertad de expresión”, etcétera.

Cuando un juez considera si una determinada innovación procesal atenta contra el “debido proceso legal” puede encontrar —en documentos históricos, decisiones judiciales anteriores o en otros materiales técnicos— una clara evidencia en favor de un lado de la cuestión. Si esto sucede no tendrá ninguna otra alternativa honesta para decidir el caso de conformidad (con estos materiales). Pero si, como ocurre frecuentemente, los materiales técnicos no solucionan la cuestión entonces el juez debe decidir obedeciendo sus convicciones sobre la conformidad de la nueva ley con los principios primarios de la justicia procesal que considera están contenidos en las palabras de la Constitución.

En este limitado pero importante sentido, un elemento de lo que puede ser llamado derecho natural no sólo entra —como ya hemos visto— en toda formación de derecho a niveles ordinarios sino también controla e incluso anula el derecho ordinario. Esto sucede no porque el

'derecho natural' tenga validez en sí mismo, sino porque el pueblo norteamericano en su acto jurídico fundamental —el establecimiento y sanción de su Constitución— ha querido incluir en su texto los principios que le parecieron buenos, los que consideraron justicia natural, dejando a los tribunales el trabajo de la aplicación de estos principios a los casos concretos.

El sistema jurídico de los Estados Unidos, en consecuencia, ha rechazado como debía ser, la noción de un derecho natural que se encuentra al margen del derecho positivo prevaleciendo sobre éste último. Pero no ha caído por ello en el error opuesto de proclamar que la mera legalidad es suficiente —donde lo que es, es justo. Ha realizado una simple pero muy fructífera y creadora síntesis. Ha creado dentro de él, en tanto sistema jurídico positivo, variados medios de desarrollo en vista de un derecho justo. Los caminos no han sido distribuidos de manera ideal, los controles no son perfectos; su efectividad depende enteramente de las cualidades de inteligencia y carácter de aquellos que aplican el derecho. Pero yo me atrevo a decir que no se ha ideado hasta ahora una solución mejor al problema de relacionar el derecho positivo —el derecho que efectivamente es— con el derecho en perspectiva, el derecho ideal, el derecho que algunos han visto implícito en la naturaleza del hombre.

Quiero concluir con un pensamiento —que como el resto del artículo— será sin duda no satisfactorio e incluso objetable tanto para los que sostienen que el derecho natural es desdeñable, como para sus fervorosos devotos. Lo haré contando una historia real. Una tarde, el otoño pasado, me encaminaba a mi clase de derecho constitucional. Iba yo a dirigir una discusión acerca de ciertas cuestiones técnicas relacionadas con la aplicación de la Catorceava Enmienda tal como fue completada por actos del Congreso, relacionada con el voto y otros derechos. Mi cabeza estaba llena de los números de las leyes correspondientes (*Federal Revised Statutes*). Temo que iba murmurando para mí mismo, práctica que no puedo recomendar a aquellos que mantengan buena reputación.

Durante el trayecto, se me ocurrió mirar sobre los tejados de los edificios de piedra roja, hacia el cielo, que los indios de Connecticut deben haber visto, antes de que llegaran los colonos blancos, con sus grandes castillos de nubes otoñales, tan lejanos como la imaginación puede encontrar. Y de alguna manera, muy de repente, esta ilimitada expansividad de excelsa libertad me conectó con las palabras que había rastreado en la Catorceava Enmienda a través de la legislación "*privilegios e inmunidades de los ciudadanos*", "*debido proceso legal*", "*igual protección ante la ley*"... y me vi atrapado por un momento por la idea de una comunidad en la cual estas palabras no tenían el estrecho, relativo y limitado significado que somos capaces de darles en el mundo real, sino que habían crecido hasta los límites de las posibilidades que se encuentran en ellas.

Fui a mi clase con una visión diferente del trabajo del día. No es que haya abandonado los tecnicismos presentes y haya hecho un discurso sobre ciudades de Utopía. Lejos de ello, la clase fue la más estrictamente técnica que haya enseñado en el año. Un músico que oye una música de otra dimensión en su camino hacia la sala de conciertos debe ciertamente, responder, si es un músico, no confiando en sus sentimientos cuando tiene que tocar, sino aun estando especialmente atento a la exactitud de su *tempo*.

Tampoco iba a creer que por el mero hecho de que trabajemos tenazmente en el derecho, la comunidad de las nubes descendería a la tierra. No, la ciudad celestial está donde debe estar, y nuestras ciudades terrestres siempre estarán sucias y llenas de ruido.

Pero me dirigí hacia mis tecnicismos de alguna manera seguro de que, a pesar de que la labor del derecho en la sociedad no podrá ser nunca iluminada o sus incertidumbres superadas por la visión de una justicia libertadora perfecta, y a pesar de todo el trabajo que nosotros podemos hacer, puede ser que nunca venga desde las distancias galáxicas para traernos la luz a nuestra vida; sin embargo, esta es la luz que proporciona al trabajo el más grande valor que él posee. No sé exactamente cómo pueda realizarse esto; la idea más clara que tengo sobre ello es que todo nuestro trabajo en el derecho debe ser un ritual, celebrando la visión, que asegure que aunque esto no será nunca totalmente logrado, tampoco estará nunca totalmente perdido.

El derecho en los últimos tiempos ha ganado mucho en realismo, agudeza, en desprecio de lo solemne y del oropel retórico. Este logro, como todos los logros, viene con sus riesgos concomitantes, en este caso con el peligro mortal de que el derecho pierda la poesía. La poesía del derecho no resuelve ningún problema jurídico. En efecto, ella fue llevada al descrédito precisamente por los intentos ilegítimos de hacerla resolver problemas jurídicos, delito que todas las escuelas conocidas de 'derecho natural' cometieron. La poesía del derecho es el motivo para resolver problemas, la sagrada inclinación hacia la justicia, nuestro inapreciable descontento de nuestra lejanía del derecho perfecto. La tradición del derecho natural, no obstante lo irritantes que puedan haber sido sus barrocos intentos de vendernos sus planos ficticios de la ciudad celeste, por lo menos ha tratado de conservar viva la poesía del derecho.

He aquí la clave, para nuestra mejor utilización del trabajo de los pensadores jusnaturalistas en todas las escuelas. Debemos primero separar su poesía de su prosa y entonces enfrentar el hecho de que la prosa no establece verdades eternas e infalibles, sino solamente conclusiones tentativas, bien o mal razonadas, sobre problemas prácticos. No hay ningún 'antiintelectualismo' en creer que nuestras mentes no están hechas para indagar más allá de la duda, el contenido de la justicia inmutable; uno de los más precisos y sutiles usos del intelecto está en marcarse sus propios límites. A través de este límite realista, la prosa

en cada una de las grandes construcciones del derecho natural tendrá sin duda mucho con qué contribuir, por el camino de la introspección fructífera, y de la hipótesis, a la búsqueda de la justicia.

La poesía, de otra parte, no resuelve nada, no decide nada, no transmite ninguna información, no pesa nada en la escala de los argumentos. Es demasiado preciosa para estos usos. Puede asegurarnos, si guardamos silencio y atendemos, que toda la cuestión de la decisión, argumentación, la larga y decepcionante búsqueda de información y soluciones, después de todo vale la pena.

Traducción del original en inglés de
Ma. del Refugio González y de Rolan-
do Tamayo y Salmorán, colaboradora
e Investigador de Tiempo Completo
del Instituto de Investigaciones Jurídicas.