

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO, ESCANDINAVO Y ALEMÁN

Índice de contenido

1REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO	1
2Benjamín Cardozo.....	2
3Roscoe Pound.....	2
4Jerome Frank: expticismo ante hechos.....	3
5Oliver Wendel Holmes.....	4
6REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO.....	5
7Karl Olivecrona.....	7
8Alf Ross.....	8
9REALISMO JURÍDICO ALEMÁN.....	12
10Rudolf von Jhering	12

RESUMEN: El presente documento resume las ideas de los principales expositores del realismo jurídico norteamericano, escandinavo y alemán. Se destacan principalmete ideas de: Benjamín Cardozo, Roscoe Pound, Jerome Frank, Oliver Wendel Holmes, Vilhelm Lundstedt, Alf Ross y Rudolf von Jhering.

1 REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

La faceta más característica del realismo norteamericano consiste en que sus representantes tratan de minimizar el elemento normativo y prescriptivo del derecho y maximizan el elemento empírico y descriptivo del mismo. Así, el derecho se convierte en un conjunto de hechos, en lugar de normas. Lo que preocupa a los realistas se reduce a saber lo que los jueces hacen en realidad al resolver las disputas que se presentan ante ellos. No obstante, las decisiones de los tribunales son inciertas e impredecibles; asimismo, las reglas y precedentes sobre los que se fundan son la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

expresión de los valores morales y de las políticas públicas existentes en una sociedad determinada.¹

1 Benjamín Cardozo

“Cardozo resaltó la necesidad de que los jueces estén alertas a las realidades sociales, al fundamentar que es indispensable un análisis comprensivo del proceso judicial, que requiere un conocimiento íntimo de los factores que forman e influyen al derecho, porque el proceso judicial incluye tanto la creación como el descubrimiento de las reglas mismas. Cardozo -al igual que Holmes- enfatizó los límites de la utilización de la lógica deductiva en la solución de los problemas legales; pero, a diferencia de éste, estaba imbuido de un idealismo ético que le permitía relajar la regla cuando ésta, al ser demasiado fiel al precedente, podía ser inconsistente con la justicia².”

2 Roscoe Pound

“Pound reconoció que la actividad judicial comprende siempre una valoración de los diversos intereses que demandan protección jurídica, ya sean éstos, individuales, colectivos o sociales. El juez para clasificarlos requiere de un pleno conocimiento sociológico de ellos y también de pautas valorativas, para poder determinar en qué medida y de qué manera han de ser protegidos. De este modo, la tarea del derecho consiste en reconocer, delimitar y proteger eficazmente los diferentes intereses que se presentan realmente en la sociedad.

Pound trató de emancipar al derecho del dogmatismo, tanto de la exégesis lógico-deductiva como del historicismo. Consideraba que

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

aunque es cierto que el derecho tiene una estructura lógica, es un instrumento para la vida social encaminado a realizar fines humanos, dentro de las rutas variadas y cambiantes de la historia. Por esta razón, el juez debe ser libre para buscar la solución más justa, en lugar de estar atado a la voluntad del legislador y a las glorias del pasado, que obstaculizan el cambio social y la regulación de nuevas realidades sociales, en lugar de favorecer la función del derecho como ingeniería social.”³

3 Jerome Frank: *excepticismo ante hechos*

“A Frank le preocupan poco, en general, las normas jurídicas. Ni las juzga particularmente enigmáticas ni les atribuye mayor influencia en la superación de las dudas suscitadas por la recepción de la prueba.

Su teoría no es normativa en el sentido de referirse a normas no en el suministrar normas. Tampoco es sociológica, al estilo de Cohen, de Pound o de Llewellyn, en la medida en que éstos se preocupan pro analizar los factores que hacen a la regularidad de los comportamientos judiciales al dictar sentencias finales por aplicación de las normas aplicables. Frank ni siquiera entra a polemizar sobre los diversos métodos de interpretación... Le preocupa, en cambio, estudiar el proceso por virtud del cual los jueces de primera instancia fijan los hechos del caso que determinarán la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma.

Su investigación si se quiere es psicológica... Este tipo de conocimiento es esencial para suministrar a los jueces y a los abogados conciencia esclarecida de los datos de la realidad sobre

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

la que operan, para ganar así una actitud racional y aumentar las probabilidades de un resultado justo.

La bondad de una teoría se mide, en primer término, por su neutralidad en la descripción de la realidad. Una teoría jurídica que hiciese caso omiso de la personalidad del juez no sería una buena teoría jurídica. Tampoco lo sería, por cierto, si concentrase todo su interés teórico en el fenómeno de la percepción y recuerdo por el juez de lo dicho por los testigos en su presencia."⁴

4 Oliver Wendel Holmes

"Aunque Holmes admitió que los principios morales son trascendentes para formular el derecho, reconoció que los valores reflejan las preferencias cambiantes de los grupos poderosos dentro de la sociedad. De hecho, su agnosticismo ético y su pragmatismo lo llevaron a concluir que el derecho se debe definir desde el punto de vista de un hombre malo que se preocupa solamente de las consecuencias materiales que tal conocimiento le permitirá predecir: "Las profecías de lo que los tribunales harán en realidad, y nada más pretencioso es lo que entiendo por derecho."⁵

"Para Holmes el objeto del conocimiento del Derecho es la conducta futura de los tribunales, llegando por tal camino a una sociologización del derecho que tuvo importante desarrollo posterior".⁶

Para Holmes, "la verdad es que el derecho siempre se aproxima a la consistencia, pero nunca la alcanza. En un extremo siempre está adoptando nuevos principios de la vida, y en otro, retiene los antiguos que vienen de la historia y que aún no han sido

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

absorbidos o descartados. Solo llegará a ser enteramente consistente cuando deje de crecer... Por más que codifiquemos el Derecho en una serie de disposiciones de apariencia auto-suficiente, estas disposiciones no serán sino una etapa en su continuo crecimiento.”⁷

2 REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

“A diferencia del realismo norteamericano, el realismo escandinavo tiene un acercamiento metodológico mucho más especulativo hacia los problemas jurídicos, y le presta menos atención a las peculiaridades de las decisiones judiciales. No obstante, comparten lo esencial, al adoptar una actitud empirista hacia la vida humana y, por ende, hacia el derecho.

Para los realistas escandinavos -incluso más radicales que sus contrapartes norteamericanos- la naturaleza del derecho se identifica con un conjunto de hechos en lugar de un conjunto de normas o comandos: El derecho no es otra cosa que los hechos sociales. Dentro de los hechos sociales destaca que el derecho sea una gran maquinaria con el propósito de proteger a la sociedad. De hecho, el ejercicio de la fuerza es vista como parte integral del concepto de derecho. Por esta razón, el derecho se define -para Olivecrona- como reglas acerca del uso de la fuerza; y -para Ross- como un instrumento del poder. De esta manera, Ross afirma que "el derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza". Asimismo, admiten que la mayoría de la gente obedece al derecho como hábito y sin la necesidad de recurrir a la fuerza física. No obstante, consideran que la amenaza de coerción es un importante factor psicológico que asegura dicho cumplimiento.

Con relación a la validez del derecho, los realistas escandinavos

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

niegan que el derecho sea vinculatorio en otro sentido que no sea el referente al impacto psicológico que tiene sobre la población. La validez del derecho deriva del hecho de que el pueblo cumple ciertas reglas porque trata de evitar las consecuencias desagradables que aparecen en caso de realizar una conducta fuera del margen de lo jurídico. Por su parte, Ross -de manera similar a los realistas norteamericanos- sostiene que el derecho provee de normas a los tribunales para decidir casos concretos. Pero llega a la conclusión, que una norma de derecho es válida si se puede predecir que las cortes la van a aplicar de manera eficaz.

El ataque en contra de los conceptos elementales del formalismo fue iniciado por Hägerström, quien identificó a las ideas de derecho subjetivo y deber jurídico como metafísicas porque tienden a evadir toda realidad social. Por su lado, Lundstedt combatió los conceptos jurídicos tradicionales, pero extendió el campo de combate a muchos más. Considera que dichos conceptos son operativos solamente en la conciencia subjetiva y que nunca podrán tener un significado realmente objetivo.

Finalmente, los realistas -con la intención de eliminar por completo los juicios de valor del campo de la ciencia jurídica- emprendieron un ataque muy severo a lo que denominan el "método de la justicia". De manera similar a los positivistas lógicos, sostienen que los juicios de valor en el derecho son únicamente juicios que corresponden a la forma verbal del mismo; por tanto, la discusión sobre el contenido de los principios de justicia es meramente ilusoria. La justicia es parte del derecho sólo cuando el orden jurídico o social es eficaz o realmente aplicado, cumplido u observado por la sociedad. De este modo, Ross concluye que toda filosofía de los valores no es otra cosa que ideología pura que sirve para justificar algún interés particular dentro de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

la sociedad. Todos los juicios de valor sobre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo están fundados en sentimientos emotivos e irracionales; por lo cual, la justicia es invocada para cualquier causa, sin que exista un argumento o criterio real para determinar que algo es justo o injusto.

Para los iusrealistas, tanto norteamericanos como escandinavos, el derecho se distingue de los valores justos o naturales de los iusnaturalistas -teológicos y laicos o racionales- y se diferencia de las normas formales o vigentes de los iusformalistas en que se fundamenta en hechos sociales que eficazmente son aplicados u observados por la sociedad. Por tanto, para los iusrealistas el derecho es un hecho eficaz o real.”⁸

1 Karl Olivecrona

“... el derecho no consiste en órdenes del estado, pero podemos avanzar un poco más. Toda la tendencia a fundar el derecho en el estado, a definirlo como una creación del Estado se apoya en una ilusión. El Estado no es una entidad, un poder que exista con independencia del derecho; por lo tanto, no puede decirse que el derecho emane del Estado.

Si consideramos el término “Estado” en un sentido realista, significa una organización; pero toda organización descansa en un sistema de normas que operan prácticamente en un grupo de hombres. Esto es, debe haber ciertos cánones de conducta más o menos conocidos dentro del grupo, que influyan en la conducta de los miembros del grupo. Si esta condición no se cumple no puede haber organización sino solamente anarquía. Ahora bien, las normas sobre las cuales se erige la organización del Estado son precisamente

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

las normas jurídicas. En otras palabras: el Estado (en sentido realista) presupone el derecho. No puede existir sin el derecho. Consiguientemente, carece de sentido sostener que el derecho es una creación del Estado.⁹

“el propósito del legislador es influir en las acciones de los hombres, por eso, sólo puede lograrse influyendo en sus mentes. Cómo opera la influencia en la mente individual es problema psicológico”.¹⁰

“La ley es siempre, por cierto, la obra de algún individuo o de algunos individuos o de algunos individuos y nunca del “Estado” abstracto. Lo que se necesita para contruir una ley es tener acceso al mecanismo que está siempre listo para ser usado por quien ha nacido en una posición clave o que tiene el coraje, la habilidad y la tenacidad requeridas para llegar a esa posición”.¹¹

2 Alf Ross

“Es el dualismo de realidad y validez en el derecho, que fructifica en una serie de antinomias de la teoría jurídica. Lo que este dualismo significa se desprenderá de sus consecuencias. Como explicación preliminar puede adelantarse que el derecho concebido al mismo tiempo como un fenómeno susceptible de observación en el mundo de los hechos , y como una norma obligatoriaa en el de la moral o los valores; al mismo tiempo como algo físico y metafísico, como empírico y a priori, como real y como ideal, como algo que existe y algo que vale, como un fenómeno y como una proposición.

En términos amplios, hay entonces tres posibilidades en la ciencia

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

del derecho. Puede retenerse el dualismo del derecho natural sin escudriñar en sus inmanentes antinomias, o puede elegirse entre uno de sus dos elementos, ya sea realidad o validez. La primera corriente –amplia corriente media– es seguida por la ciencia tradicional, la que aún retiene una estrecha relación con el dogmatismo jurídico y los puntos de vista corrientes; o bien por las escuelas que están fundadas en filosofías que tratan de explicar o de eliminar el dualismo por medio de construcciones metafísicas. Las dos extremas posiciones las toman las escuelas de teoría científica que no reconocen metafísicas, y cuya explicable voluntad de obtener unidad en los conceptos jurídicos fundamentales es más fuerte que su respeto por los puntos de vista corrientes. Por un lado tenemos las teorías puramente sociológicas o *realistas*, por el otro la ciencia normativa pura del derecho de Kelsen.

Ahora bien, ¿ en cuál de estas tres escuelas puede hallarse la verdad? Presumiblemente en ninguna de ellas. La posición tradicional cae bajo el peso de sus antinomias, que en última instancia pueden ser apenas veladas pero no abolidas por las construcciones metafísicas. Quedan las dos escuelas críticas. Pero un examen de las mismas nos muestra la presencia de un factor sobremano extraño, que podría llamarse la, trágica ley de la proporción inversa de la coherencia lógica y del valor de verdad simbólica en el derecho en cuanto a la relación de la última con las categorías realidad y validez. De acuerdo con esta ley, ... pareciera que cuanto más coherentemente se desarrolla una teoría jurídica a este respecto, menos sirve como base teórica para la ciencia del derecho."¹²

“La interpretación del concepto “derecho vigente” ... difiere en forma aguda del punto de vista tradicional que predomina la teoría

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

jurídica de Europa continental. Puede ser caracterizada como teoría jurídica realista contrapuesta a la teoría jurídica idealista... Por un lado, el "mundo de la realidad", que abarca todos los fenómenos físicos y psíquicos en el tiempo y en el espacio, que captamos a través de la experiencia de los sentidos. Por otro, el "mundo de las ideas o validez" que abarca varios conjuntos de ideas normativas absolutamente válidas que captamos inmediatamente mediante nuestra razón. Este último conocimiento es así independiente de la experiencia de los sentidos y por ello es llamado a priori.

El derecho es un fenómeno de la realidad en la medida en que su contenido es un hecho histórico que varía de acuerdo con el tiempo y el lugar, que ha sido creado por el hombre y depende de factores externos de poder. Pero que este contenido tenga "validez" como derecho es algo que no puede ser observado en la experiencia.

El pensamiento que se halla en la base del realismo jusfilosófico está ligado al deseo de entender el conocimiento del derecho de acuerdo con las ideas sobre la naturaleza, problemas y métodos de la ciencia elaboradas por la moderna filosofía empirista. Varias tendencias filosóficas, el empirismo lógico, la escuela de Uppsala, la de Cambridge y otras, concuerdan como fundamento común, en el rechazo de la metafísica como conocimiento especulativo fundado en una aprehensión a priori de la razón. Solo hay un mundo y un conocimiento. Toda la ciencia, en último grado, se ocupa del mismo cuerpo de hechos, y todos los enunciados científicos acerca de la realidad, esto es, aquellos que no son de carácter puramente lógico-matemático, están sometidos al test de la experiencia.

Desde un punto de vista de tales presupuestos no puede admitirse

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

una "validez" específica, ni en términos de una idea material a priori de justicia, ni como una categoría formal. Las ideas de validez son construcciones metafísicas erigidas sobre una interpretación falsa de la "fuerza obligatoria" vivida en la conciencia moral. Como todas las otras ciencias sociales, la ciencia del derecho tiene que ser en último análisis, un estudio de fenómenos sociales, la vida de una comunidad humana; y la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la "vigencia" del derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales."¹³

"Alf Ross precisa aún más: las normas jurídicas son directivas que pretenden provocar determinado proceder. "Las leyes no se sancionan para comunicar verdades teoréticas sino para dirigir el comportamiento de los hombres a fin de que actúen de una cierta manera deseada. Un parlamento no es una oficina de informaciones, sino un órgano central de dirección social. Estas directivas son vividas por cada jugador como socialmente obligatorias; es decir, un jugador no solo se siente motivado espontáneamente a un cierto método de acción, sino que al mismo tiempo sabe con certeza que una transgresión de las reglas provocará una reacción (protesta) de parte de su oponente. Es decir, "Derecho vigente" significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del Derecho en acción, lo que a su vez significa que esas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas como socialmente obligatorias. Un sistema jurídico nacional puede ser definido como un conjunto, dotado de coherencia interna de significado, de directivas dirigidas principalmente a los jueces y que estos consideran socialmente vinculantes, razón por la cual las aplican, ejerciendo la fuerza física contra las personas de acuerdo con las

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

condiciones de uso establecidas en las mismas directivas dirigidas principalmente a los jueces y que éstos consideran socialmente vinculantes, razón por la cual las aplican, ejerciendo la fuerza física contra las personas de acuerdo con las condiciones de su uso establecidas en las mismas directivas. La Ciencia del Derecho dirige su atención al contenido abstracto de las directivas y no de las realidades del Derecho en acción ... En efecto, en los individuos influyen otros factores, en particular los políticos. Por eso, las aserciones referentes al Derecho vigente son, de acuerdo con su contenido real, una predicción de acontecimientos sociales futuros. Estos están fundamentalmente indeterminados y no es posible formular a su respecto predicciones externas de ambigüedad. Toda predicción es al mismo tiempo un factor real que puede influir sobre el curso de los acontecimientos y es, en esa medida, un acto político..."¹⁴

3 REALISMO JURÍDICO ALEMÁN

1 *Rudolf von Jhering*

"El Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el Derecho debe siempre procurar una solución, hasta el punto que, puede decirse, que el Derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta. No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La expresión del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo.

Se podrá objetar que la lucha y la discordia son precisamente lo que el Derecho se propone evitar, porque semejante estado de cosas implica un trastorno, una negación de orden legal, y no una condición necesaria de su existencia. La objeción podría ser justa si se tratase de la lucha de la injusticia contra el Derecho; pero aquí se habla de la lucha del Derecho contra la injusticia.

Si en esta hipótesis el Derecho no lucha, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquélla, se negará a sí mismo. Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el Derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al Derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea.

Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de Derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos. El Derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el Derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el Derecho en su impotencia; se completan recíprocamente; y el Derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.

El Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Si abrazamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una Nación, desplegando sin cesar para defender su derecho tan penosos esfuerzos como los que hace para el desenvolvimiento de su actividad en la esfera de la producción económica e intelectual. Todo hombre que lleva en sí la obligación de mantener su derecho, toma parte en este trabajo nacional, y contribuye en lo que puede a la realización del Derecho sobre la tierra.

Este deber, no se impone sin duda a todos en las mismas proporciones. Miles de hombres pasan su vida feliz-mente sin lucha, dentro de los límites fijados por el Derecho, y si nos llegásemos a ellos hablándoles de lucha por el Derecho, afirmando que el Derecho es la lucha, no nos comprenderían, porque siempre fue para ellos el reinado de la paz y del orden. Desde el punto de vista de su personal experiencia, tienen perfecta razón; hacen como todos aquellos que tienen riquezas heredadas y que han recogido sin pena el fruto del trabajo de otros, que niegan esta proposición: la propiedad es el trabajo. La causa de esta ilusión viene de que los dos sentidos en que se nos ofrecen la propiedad y el Derecho, pueden descomponerse subjetivamente de tal manera, que el goce y la paz estén de un lado, y la lucha y el trabajo estén del otro. Si dirigiésemos igual pregunta a los que lo ven bajo este último aspecto, nos contestarán todo lo contrario. El Derecho y la propiedad son como la cabeza de Jano, de doble rostro: éstos no pueden ver más que uno de los lados, aquéllos el otro, y de ahí resulta el diferente juicio que forman del objeto. Lo que decimos

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

del Derecho, se aplica, no sólo a los individuos, sino también a generaciones enteras. La vida de las unas es la paz, la de las otras es la guerra, y los pueblos, como los individuos, son, por consecuencia de ese modo de ser subjetivo, llevados hacia el mismo error: nos alimentamos en ocasiones del sueño de una larga paz, y nos creemos en la paz perpetua, hasta el día en que suene el primer cañonazo, viniendo a disipar nuestras esperanzas, haciendo con tal cambio nacer una generación, tras la que vivió en deliciosa paz, que vivirá en constante guerra, que no disfrutará un solo día, sino a costa de tremendas luchas y de rudos trabajos. Así se reparten, en el Derecho como en la propiedad, el trabajo y el goce, sin que por esto, su correlación sufra el menor detrimento. Si vivís en la paz y en la abundancia, pensad que otros han debido luchar y trabajar por vosotros. Es preciso pensar en los tiempos del Paraíso si se quiere hablar de la paz sin lucha, y del goce sin trabajo; porque nada se conoce en la historia que no sea el resultado de penosos y continuos esfuerzos. Más adelante desenvolveremos el pensamiento de que la lucha es para el Derecho, lo que el trabajo es para la propiedad; y que relativamente a su necesidad práctica y a su dignidad moral, debe ser colocado en absoluto en la misma línea. Con esto venimos a rectificar una falta de omisión de que con derecho se acusa a nuestra teoría; y no sólo a nuestra filosofía del Derecho, sino también a nuestra jurisprudencia positiva. Nuestra teoría, fácil es notarlo; se ocupa mucho más con la balanza que con la espada de la justicia; lo limitado del punto de vista puramente científico bajo el que mira el Derecho, que es lo que hace aparecer a éste menos bajo su lado real, como idea de fuerza, que bajo su lado racional, como un tejido de principios abstractos, ha impreso, según creemos, a toda esta manera de ver la cuestión, un carácter que no está muy en armonía con la amarga realidad. El

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

desenvolvimiento de nuestra tesis dará la prueba de lo que decimos. El Derecho envuelve, como es sabido, un doble sentido: el sentido objetivo que nos presenta el conjunto de principios de Derecho en vigor; el orden legal de la vida, y el sentido subjetivo, que es, por decirlo así, él precipitado de la regla abstracta en el derecho concreto de la persona. El Derecho encuentra en esas dos direcciones una resistencia que debe vencer, y en ambos casos debe triunfar, o mantener la lucha. Por más que nos hemos propuesto directamente como objeto de estudio el segundo de esos dos puntos de vista, no debemos dejar de establecer, por la consideración del primero, que la lucha, como hemos afirmado anteriormente, es de la misma esencia del Derecho.

He ahí para el Estado que quiere el reinado del Derecho, un punto incontestable que no exige prueba alguna. El Estado no puede lograr mantener el orden legal, más que luchando continuamente contra la anarquía que le ataca. Pero la cuestión varía de aspecto si se trata del origen del Derecho y se estudia, ya su nacimiento desde el punto de vista histórico, ya la constante y continua renovación que en él se opera todos los días ante nuestra vista, tal como la supresión de títulos en vigor, la anulación de artículos de leyes que están rigiendo, en una palabra, el progreso en el Derecho. Si sostenemos, en efecto, que el Derecho está sometido a una misma ley, bien se trate de su origen o bien de toda su historia, establecemos una teoría diferente de la generalmente admitida en nuestra ciencia del Derecho romano. Según esta doctrina, que llamaremos con el nombre de sus dos principales representantes, de Savigny y Puchta, sobre el origen del Derecho, éste se desenvuelve insensiblemente sin dificultad, como el lenguaje. No es necesario, según afirma tal doctrina, luchar; la investigación misma es inútil, porque esa fuerza de la verdad que secretamente obra en la vida, avanza con paso lento, pero seguro,

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

y sin violentos esfuerzos, y el poder de la persuasión va produciendo, poco a poco, la luz en los corazones, que obrando bajo su influencia, lo revisten de una forma legal. Una regla de Derecho nace, pues, tan sencillamente como una regla gramatical, y para explicar según esta teoría, cómo el antiguo Derecho romano viene a permitir al acreedor vender al deudor innsolvente o autoriza al propietario de un objeto robado para reivindicar la cosa en cualquier punto donde la encuentre, basta decir, que de parecido modo a como fue introducido en la vieja Roma la regla de *cum rigiendo el ablativo*.”¹⁵

“No dudamos en afirmar categóricamente que no responde en manera alguna, que está muy lejos de llenar las legítimas pretensiones de un hombre, en quien el sentimiento legal esté perfectamente sano. No solamente porque para muchos de los casos que en la práctica se presentan, no ha encontrado solución, sino porque reina en su conjunto una manera de ver completamente contraria a ese idealismo que hemos presentado más arriba, como constituyendo la naturaleza y el buen estado del sentimiento legal. Nuestro derecho civil no es el que menos reproduce esa consideración ideal que nos muestra en una lesión, no sólo un ataque contra la propiedad, sino también contra la persona misma. No tiene para todas las violaciones del derecho, salvo el ataque al honor, otra medida que la del valor material; como que no es más que la expresión de un grosero y puro materialismo.

Pero, se dirá: qué debe garantizar el derecho a quien ha sido lesionado en su propiedad, sino el objeto en litigio o su valor? Admitiendo la justicia de esta objeción, preciso sería llegar a la conclusión de que no podría o no debía ser castigado el ladrón que hubiese restituido el objeto robado. Pero el ladrón, se dirá aún, no ataca solamente a la persona lesionada, sino también a las

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

leyes del Estado, al orden legal, a la ley moral; y nosotros queremos que se nos diga si no hace lo mismo el deudor que niega de mala fe el préstamo que se le ha hecho, el mandatario que abusa indignamente valiéndose de la confianza en él depositada: ¿es reparar la lesión que se ha hecho a nuestro sentimiento legal el no devolvernos después de largos debates más que lo que desde un principio nos pertenecía?

Pero aparte de ese deseo tan motivado de obtener satisfacción, ¿no es chocante el desequilibrio natural que existe entre las partes? El riesgo que les amenaza de salir mal en el proceso, consiste para el uno, en perder el bien que era suyo, y para el otro, en la devolución de un objeto que injustamente conservaba; en el caso contrario, el uno tendría la ventaja de no haber podido nada, y el otro, la de haberse enriquecido a costa de su adversario. ¿No es esto provocar la más grande de las falsedades y acordar una prima a la deslealtad? No hacemos, en realidad, más que caracterizar nuestro derecho...

Distinguimos a este propósito los tres grados de su desenvolvimiento. El sentimiento del derecho es en el primer período de una violencia desmedida, y si vale la expresión, puede decirse que no ha llegado a dominarse (antiguo derecho); en el segundo, reina ostentando una gran fuerza de moderación (derecho intermedio); en el tercero, se debilita y enerva (fines del imperio y particularmente el derecho de Justiniano).¹⁶

- 1 Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Revista jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado. (En línea). Biblioteca jurídica virtual. Número 90 (fecha de consulta: 13 de noviembre del 2008). Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm>
- 2 Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Revista jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado. (En línea). Biblioteca jurídica virtual. Número 90 (fecha de consulta: 12 de noviembre del 2008). Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm>
- 3 Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Revista jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado. (En línea). Biblioteca jurídica virtual. Número 90 (fecha de consulta: 12 de noviembre del 2008). Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm>
- 4 Cueto Rúa, Julio. En: Frank, Jerome. Derecho e incertidumbre. 1968. Centro Editor de América Latina S.A. Buenos Aires, Argentina. Localizado en Biblioteca Facultad de Derecho, UCR Signatura 345.11 F828dd
- 5 Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Revista jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado. (En línea). Biblioteca jurídica virtual. Número 90 (fecha de consulta: 12 de noviembre del 2008). Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm>
- 6 Oliver Wendel Holmes. The Common Law. 1964. Tipográfica Editora Argentina. 1964. Localizado en Biblioteca Facultad de Derecho, UCR Signatura 349.73 H752c pág
- 7 Oliver Wendel Holmes. The Common Law. 1964. Tipográfica Editora Argentina. 1964. Localizado en Biblioteca Facultad de Derecho, UCR Signatura 349.73 H752c pág 44
- 8 Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Revista jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado. (En línea). Biblioteca jurídica virtual. Número 90 (fecha de consulta: 12 de noviembre del 2008). Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm>
- 9 Karl Olivercrona. El derecho como hecho. Roque depalma Editor. Buenos Aires, Argentina, 1959 p26.d Localizado en Biblioteca Facultad de Derecho, UCR. Signatura 340.1 O-48d
- 10 Karl Olivercrona. El derecho como hecho. Roque depalma Editor. Buenos Aires, Argentina, 1959 p36.d Localizado en Biblioteca Facultad de Derecho, UCR. Signatura 340.1 O-48d
- 11 Karl Olivercrona. El derecho como hecho. Roque depalma Editor. Buenos Aires, Argentina, 1959 p40 Localizado en Biblioteca Facultad de Derecho, UCR. Signatura 340.1 O-48d
- 12 Ross, Alf. Hacia una ciencia realista del Derecho crítica del dualismo en el Derecho. Editorial Abelardo Perrot. Buenos Aires,

- Argentina. 1961. Págs 15-23. Localizado en Biblioteca Facultad de Derecho, UCR. Signatura 340.1 R823h
- 13 Ross, Alf. Sobre el derecho y la justicia. EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. Segunda edición. 1970. Localizado en Biblioteca Facultad de Derecho, UCR. Signatura 340.1 R823s2. Págs 63-69
- 14 Miguel Tenorio Torazano. El realismo jurídico escandinavo. (en línea) En: Revista Jurídica No. 19. (fecha de consulta: 12 de noviembre del 2008) disponible en:
www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr4.pdf
f -
- 15 Von Ihering, Rudolf. Estudios Jurídicos. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1974 págs 9-19. Localizado en Biblioteca Facultad de Derecho, UCR. Signatura 340.07 J59 e
- 16 Von Ihering, Rudolf. La lucha por el Derecho. Segunda edición. 2004. Valleta Ediciones. Buenos Aires, Argentina. Págs 107ss. Localizado en Biblioteca Facultad de Derecho, UCR. Signatura 340.1 J59L2