

LEY, JUSTICIA Y LAS ASPIRACIONES DEL PUEBLO

Clarence Morris*

SUMARIO

Introducción.- 1. La legislación como fuente de justicia.- 2. La legislación y las aspiraciones públicas.- 3. Los jueces y las aspiraciones del pueblo.- 4. El sentido popular.- 5. Conclusiones.

Introducción

1. La tesis de este ensayo es doble: *a)* no puede haber justicia sin ley, y *b)* la justicia de ordinario sólo está crea-

* Nació el 8 de enero de 1903 en Denver, Colorado, y murió el 8 de febrero de 1985. Fue profesor en las Universidades de Wyoming, Texas en Austin y Pensilvania. Inició un programa de Derecho y ciencias de la conducta, vinculado con cursos de criminología, pruebas y Derecho de Familia en Pensilvania, el primer programa de su tipo en los Estados Unidos. Fue el autor de *How lawyers think, Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases*, y varios artículos y reseñas en revistas de Derecho de Harvard, Columbia, Michigan y Texas.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

da intencionalmente por los legisladores como agentes del pueblo (no como sus amos).

2. Aunque puede haber ley sin justicia, la justicia sólo se realiza por medio de una buena ley; es la cualidad que hace justa a la ley. Esto se verá más claro con dos ejemplos. El mérito literario hace buena la buena literatura. Hay poemas, novelas, dramas y otras composiciones literarias, mediocres, pero no puede haber mérito literario si no se escribiese literatura. La pulcritud es cualidad de alguna gente. Muchas personas son ordinarias, pero la pulcritud no existiría en un mundo deshabitado. El mérito literario puede imaginarse sin pensar en ningún escrito específico; los patrones o normas de pulcritud pueden formularse sin pensar en persona alguna concreta; puede estudiarse la justicia sin referirse a una ley, sentencia u obligación legal particular. Pero la justicia no existiría en un mundo que no conociese las leyes. Cuando la palabra “justicia” se usa en otros sentidos (como un padre justo, un patrono justo), se emplea metafóricamente. Naturalmente hay condiciones previas de justicia; no puede haber literatura –buena o mala– sin lenguaje, ni ley de bienes inmuebles sin propiedad.

3. No es probable que cobre actualidad la justicia más que cuando un legislador trata de servir las aspiraciones del pueblo como agente suyo, aunque la ley de los tiranos puede ser justa en algunos aspectos accidentalmente. Desde luego, el pueblo aspira a metas que no tienen que ver con la justicia (p. e., la belleza y la verdad), pero no son metas de los legisladores. El legislador consciente no siempre comprende las aspiraciones del pueblo ni logra apoyarlas, pero existen.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

4. No soy experto en detallar o definir las aspiraciones del pueblo, pero cualquier persona de sentido común tiene alguna noción de su ámbito. Los deseos indignos de ser llamados aspiraciones públicas (aunque haya muchos que los sientan) son egoístas, irracionales e inclusive consecuencia de enfermedades mentales muy comunes. Las verdaderas aspiraciones del pueblo son arraigadas, razonables y sin intención de explotación. No son inmutables del todo, pero hay muchas relativamente permanentes y, cuando cambian, suelen hacerlo poco a poco. Surgen nuevas aspiraciones públicas al cambiar la escena social y al desarrollarse las capacidades y técnicas humanas. Su realización tiene a veces que esperar a que se produzcan los avances técnicos. Es difícil determinar el alcance de las aspiraciones públicas por cuatro motivos: 1) Nadie es lo bastante experto y sabio para enumerarlas *in extenso*, 2) Algunas aspiraciones públicas son incipientes y sólo pueden ser formuladas por los más prudentes especialistas, 3) Los métodos técnicos de encauzarlas son todavía toscos y desorientadores, 4) El pueblo con aspiraciones cambia y aumenta, por lo que algunas de ellas están en movimiento constante.

5. Otro punto de carácter preliminar: sólo cuando se define ampliamente la ley, puede decirse que de ella depende la realización de la justicia. No puede limitarse a las órdenes generales del gobierno. Aunque las leyes y ordenanzas emanadas de los cuerpos legisladores pueden crear justicia, y así lo hacen, a veces es producto de las sentencias judiciales. Mi definición de la ley incluirá las que se originan en estas sentencias judiciales (y cuasi-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

judiciales). Se referirá a algo más que a la intervención gubernamental en los asuntos públicos, porque la justicia puede proceder del reconocimiento social de las obligaciones legales, que a veces existe sin precisión gubernamental. No me opongo a que se defina la ley más estrictamente, y yo podría hacerlo también (aunque no serviría tanto a mi propósito), pero entonces mi estudio sobre la naturaleza de la Justicia se haría más intrincado y engorroso.

6. En aras de la claridad, trataré por separado de la relación entre la justicia y la ley en cuanto: 1) a disposiciones aprobadas por los legisladores, 2) a sentencias judiciales y 3) a obligaciones originadas en la sociedad.

7. Puesto que los legisladores pueden ser indolentes, estúpidos, caprichosos, equivocados, egoístas, intolerantes y tiránicos, sus disposiciones pueden ser injustas. Hasta los legisladores competentes y de buena intención (con los cuales no rezan los epítetos anteriores) pueden olvidarse de que son agentes del pueblo y no sus maestros, y legislar injustamente (en beneficio propio y no del bien o de las aspiraciones públicas). Inclusive los legisladores capaces e interesados únicamente en servir al pueblo pueden verse dificultados o impedidos por procedimientos torpes y recursos escasos, y no dictar leyes justas.

1. La legislación como fuente de justicia

8. Con todo, muchos grandes filósofos ven en la legislación una fuente de justicia. Todos, desde luego, admiten que una ley aprobada y promulgada puede ser no obstan-

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

te deficiente. La “justicia convencional” de Aristóteles nace cuando el legislador promulga disposiciones sobre asuntos hasta entonces indiferentes.¹ Pero en estos casos la ley sólo es justa cuando ha sido justamente elaborada, y “no tanto, cuando se ha producido más o menos al azar”.² Hobbes, quien dice que Leviatán, elaborador de leyes, no puede ser injusto, reconoce, sin embargo que puede ser inicuo³ o inepto.⁴ Hume, para quien la justicia es un artificio humano, da a entender que las disposiciones de las leyes promulgadas pueden ser defectuosas y necesitar nueva formulación.⁵ Ya sé que otros grandes filósofos no consideran la legislación como fuente de justicia. Cicerón utilizó el derecho público romano para estudiar la justicia en el libro tercero de *Las Leyes*, pero creía que la justicia del sistema romano existía antes de su promulgación, que la justicia y la ley dignas de ese nombre existen en la recta razón de los dioses antes de que los hombres dicten leyes buenas.⁶ El terrenal Montesquieu dijo también (en uno de sus extraños estados de

-
- 1 Aristóteles, *Nicomachean Ethics*, traducción al inglés de Rackham 1949, pág. 295; Clarence Morris, rec., *The Great Legal Philosophers* (1959) (lo citaremos como *Great Philosophers*), pág. 21.
 - 2 Aristóteles, *op. cit.*, pág. 259; *Great Philosophers*, pág. 121.
 - 3 Thomas Hobbes, *Leviathan* (1904), pág. 122; *Great Philosophers*, pág. 121.
 - 4 Hobbes, *op. cit.*, pág. 252; *Great Philosophers*, pág. 132.
 - 5 David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Vol. II, Libro II, No. 549 Everyman’s Library, 1911, pág. 226; *Great Philosophers*, pág. 207, dice: “Como la obligación de cumplir las promesas es un invento en interés de la sociedad, adopta cuantas formas requiera este interés”. Si es así, quizás sea imperfecto el trabajo técnico de formularla.
 - 6 Cicerón, *Leyes*, trad. de la versión de Keyes (1928), pág. 317; *Great Philosophers*, pág. 44.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

ánimo) que la potencialidad de la justicia preexiste antes de su actualidad histórica.⁷

9. Estos dos puntos de vista pasan por alto, me parece, la justicia nuevamente creada que la legislación promulgada puede lograr y a veces logra, justicia irrealizada y no plenamente comprendida como tal hasta que se completan los procesos de su elaboración. Con un ejemplo se verá más claro: los jueces ingleses han sostenido últimamente (como los de algunos estados norteamericanos) que los delitos de derecho común pueden castigarse, es decir, que aunque sin una norma legislada y previamente declarada, puede un tribunal fallar que alguien es culpable de haber cometido un delito y ordenar que sea castigado.⁸ Esto habría encantado a los antiguos confucianos. Cuando Tzuchan promulgó leyes penales en el año 536 a. de J. C., Shu-shing, maestro de un reino coreano, le escribió que estaba desdeñando el ejemplo de los reyes antiguos, quienes abjuraron de las leyes generales del castigo para evitar la litigación. Y continuó diciéndole que, cuando son conocidas las leyes exactas, el pueblo pierde su miedo a los superiores, discute el alcance de las cláusulas legales y se hace difícil de gobernar.⁹

7 “Antes de que se hiciesen las leyes, hubo relaciones de posible justicia. Decir que no hay cosas más justas o injustas que las mandadas o prohibidas por leyes positivas, equivale a afirmar que todos los radios son desiguales antes de trazar el círculo”. Montesquieu, *Spirit of the Laws*, versión inglesa de Nugent (1873), pág. 2; *Great Philosophers*, pág. 161.

8 *Saw v. Director of Public Prosecutions*, 2 All E. R. 448 (1961); tratado en *Modern L. R.* (1961), 626. El castigo fue nueve meses de cárcel por publicar un directorio provocativo de prostitutas. Los fundamentos del derecho común para la sentencia respondían a ofensas estipuladas en leyes positivas.

9 Ch'ú, *Law and Society in Traditional China* (1961), pág. 170.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

10. En dieciocho estados de la Unión Norteamericana se ha abolido expresamente el poder de los tribunales para castigar delitos de derecho común, sustituyéndolo por códigos penales legislados.¹⁰ En los demás estados la situación es parecida a la de Inglaterra, es decir, sigue existiendo teóricamente el poder judicial en cuanto a los delitos de derecho común, pero los tribunales se muestran renuentes a innovar o aplicar precedentes antiguos y oscuros;¹¹ en estos estados, no hay más delitos de derecho común que unas cuantas faltas sin importancia.¹² Así, por ejemplo, en mi estado de Pensilvania, un tribunal de apelación común (advírtase el título apropiadamente arcaico) multó en 1924 sin autoridad legal para ello, a una mujer por su lengua soez.¹³ Puede decirse en defensa del tribunal que el único punto combatido por su abogado fue que los cargos no estaban suficientemente probados.

11. Pero ¿cómo son creadoras de justicia las leyes positivas penales? ¿Cómo puede decirse que encarnan justicia nueva alguna, si, en gran parte, fueron aprobadas mucho después que la conducta que condenan fuese considerada ilegal y justamente castigada? Ninguna cámara legislativa norteamericana inventó los delitos clásicos. Todas limitaron, al definir los delitos, la autoridad de los

10 *Common Law of crimes in the United States*. Col. L. R., 47 (1947), pág. 1332.

11 *Ibid.*, pág. 1334. Véase también Warren y Brandeis, "The Right to Privacy", Harv. L. R., 4 (1890), pág. 193, 219, donde se propone un nuevo remedio civil para la invasión de la independencia privada, pero los autores dicen que para entablar acción criminal, haría falta legislación.

12 *Loc. cit.*

13 *Commonwealth v. Smith, alias Quinter*, 17 Berks 40 (1924).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

funcionarios que detienen, juzgan y castigan a los reos. Indudablemente, nuestras leyes y procedimientos criminales son injustos en muchos aspectos, pero lo que subrayo es que se creó una nueva justicia penal cuando el derecho penal moderno incorporó a los textos formulados de las leyes límites a la autoridad, que tenía antes libertad de movimientos.

12. Conozco, desde luego, leyes penales tan laxas que no sujetan a cauces legales los juicios de los tribunales que las aplican. A esta clase pertenecen muchas veces las leyes sobre lenguaje soez y sobre “conspiración”. Indudablemente, de vez en cuando se interpretan otras leyes penales de manera que sorprenden tanto a los legisladores como a los ciudadanos.¹⁴ Pero es un fenómeno notable del siglo XX, el cambio que se ha producido en las actitudes de los jueces hacia la legislación. Cuando un juez norteamericano del siglo XIX dudaba de la sabiduría de los legisladores, interpretaba sus leyes de forma que se malograra su fin.¹⁵ Hoy, la mayor parte de nuestros jueces procuran sinceramente poner en práctica la intención de los cuerpos legislativos.

2. La legislación y las aspiraciones públicas

13. La sustancia de las prohibiciones del derecho penal clásico expresa tan exactamente las aspiraciones públicas, que los legisladores se mueven con seguridad garan-

14 Testigo, p. e. Caminetti v. U. S., 242 470 (1917), donde se volvió contra los amateurs la Ley Mann, aprobada para combatir el vicio comercial.
15 Véase Roscoe Pound, “Common Law and Legislation”, Harv. L. R., 21 (1908), págs. 383, 385.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

tizada cuando condenan, por ejemplo, el asesinato, el robo y el incendio. Pero la fuerza limitadora de la definición legislativa de los delitos es también reacción a otra aspiración del pueblo, la de tener un derecho penal preformulado, deliberado, claro y promulgado. La importancia de esta aspiración se manifiesta en la desconfianza popular en la capacidad de algunos jueces para definir improvisadamente y con objetividad los delitos, cuando está en litigio la culpa de algún acusado (que puede ser poco simpático al pueblo). Aun tratándose de faltas leves, nos disgustan los procedimientos que permiten declarar culpable a alguien a menos que haya algo estatuido legalmente antes de cometerse el delito.

14. Esta aspiración pública a la determinación impersonal del delito podría realizarse de alguna otra manera. En una sociedad estática, acaso pudiera estar el derecho común penal tan desarrollado y tan congelado, que (después de un período de desarrollo) la mayor parte de los criterios de culpabilidad estuviesen determinados antes del juicio. Pero no ha existido, en efecto, ese sistema y, en todos los países civilizados la definición legislativa de la mayor parte de los delitos ha representado las aspiraciones del pueblo a un derecho penal promulgado. Me aventuro a afirmar que, en la práctica, probablemente no puede realizarse de otra manera la justicia de este tipo. En consecuencia, la definición legislativa de los delitos ilustra 1) una justicia que no podría existir sin ley y 2) una justicia que surgió cuando los agentes del pueblo se afanaron por servir a sus aspiraciones. En el sistema confuciano, Tzu-chan, quien creía que los funcionarios de-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

bían ser amos, también pensaba que las leyes penales promulgadas obstaculizarían el poder judicial. Por tanto sólo habría justicia de leyes promulgadas accidentalmente, como cuando los legalistas posteriores creían que la promulgación contribuía mejor a disuadir de los delitos y que podrían ser amos más eficaces utilizando el procedimiento de la promulgación.

15. Sólo he puesto un ejemplo relativamente trivial de creación de justicia por los legisladores, más bien que por los jueces o por elementos no gubernamentales. Hay, naturalmente, numerosas áreas en que el desarrollo de la justicia es exclusivamente legislativo. Otras instituciones han combatido, por ejemplo, la inseguridad económica, pero la seguridad social moderna sólo habría progresado con interrupciones si no es por la legislación. De la misma manera, el desarrollo de la justa regulación de los negocios y el comercio, del servicio militar y de los impuestos recae exclusivamente en el legislador.

16. Naturalmente, no todos los procesos legislativos son creadores. Todas las sesiones legislativas se dedican, en su mayor parte, a asuntos presupuestarios y a otros problemas apremiantes, pero de rutina, que no contribuyen a mejorar la administración de la justicia. Los proyectos de ley presentados requieren atención preferente; no hay sesión de cámara legislativa alguna norteamericana que dure hoy lo suficiente para examinar los proyectos de ley meritorios que se presentan. A veces, asuntos nimios absorben la atención de los legisladores y debilitan su labor. Y aunque no dejan de atender a los asuntos principales, es muy poco el tiempo que dedican a la

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

justicia; y tribunales, administradores y funcionarios no gubernamentales tienen que estar constantemente creando justicia para que podamos vivir. Y aunque los legisladores quisiesen resolver por anticipado todos los problemas de justicia, no podrían prever el futuro inevitablemente nuevo.

3. Los jueces y las aspiraciones del pueblo

17. Volvamos a la justicia emanada de las sentencias judiciales. La labor de los jueces es aún más rutinaria de ordinario que la de los legisladores. Cuando las causas en que entienden se reducen a cuestiones de hecho, el trabajo de los jueces tiene tanto de creador como el de los médicos: un médico concienzudo e imaginativo desarrolla una labor terapéutica diaria con perfección extraordinaria, pero uno corriente sólo sabe tratar las enfermedades corrientes. El juez dedicado a casos ordinarios tiene muy poco margen para ser moderadamente creador.

18. Cuando un cuerpo legislativo se encuentra ante un proyecto de ley de solución difícil, aplaza la acción hasta saber qué puede hacer; en cambio, un tribunal no dispone de tiempo para resolver un caso confuso. Si las pruebas no son suficientes por algún motivo, la asignación de la carga probatoria, es decir, la regulación de a quién incumbe la prueba, determina arbitrariamente cuál de los litigantes ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba. Lo mismo ocurre, por lo menos en teoría, cuando vienen a ser iguales las pruebas en contrario. Aclarados los hechos, si el tribunal no está seguro de quién es el que tiene razón, suele negarse a modificar el *statu quo* y

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

sobresee el caso, con lo cual los litigantes siguen en la misma situación. Naturalmente, en ninguno de estos casos tiene el fallo judicial nada de creador, y mucho menos surge justicia nueva. Al contrario, hasta la creatividad futura está obstruida cuando, conocidos los hechos, el tribunal no pronuncia sentencia porque no sabe a qué parte debe favorecer la ley, la fuerza de la tradición en nuestro sistema de derecho común tiende a impedir que los tribunales vuelvan a considerar los méritos de los problemas no resueltos en justicia. Cuando, más tarde, se esclarezcan las cosas, un respeto exagerado a los precedentes o a la tradición puede cegar al tribunal.¹⁶ Por otra parte, la falta total de precedente produce, asimismo, un efecto intimidante; los tribunales que citan precedentes para prácticamente todas sus decisiones se sienten perplejos e inquietos cuando no hay precedente alguno que favorezca la realización de una aspiración pública.¹⁷

19. Naturalmente, la judicatura no tiene obligación de satisfacer todas las aspiraciones del pueblo. Pero lo que es ahora el bueno, rutinario derecho común, tuvo antaño sus orígenes creadores. Antes de mediado el siglo XIX, ni

16 Veáse, p. e., *Union Pacific v. Cappier*, 66 Kan. 649, 72 Pac. 281 (1903), acción ejercitada equivocadamente en que el querellante alegaba que, después de atropellar el tren de la compañía demandaba a la víctima, los ferroviarios no acudieron en seguida en ayuda suya, por lo cual se desangró y murió. Fallo: la compañía no tenía obligación de acudir en ayuda suya.

Por la sordera judicial a la justicia, no se ha dejado oír su voz algunas veces. Esto era frecuente en los tribunales de derecho común durante el período que precedió inmediatamente a su adopción de defensas equitativas. Veáse Walsh, *Treatise on Equity* (1930), pág. 99.

17 Veáse, p. e. *Robertson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N. Y. 538 (1902), en que el tribunal se negó a reconocer que el anunciador que publicó sin permiso la foto de una muchacha conculcó sus derechos.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

el parlamento británico ni las legislaturas norteamericanas se ocupaban gran cosa de la administración de justicia en asuntos particulares, y cuando lo hacían, era para tratar casos de descontento sin importancia. Hasta principios de nuestro siglo, no aumentaron de volumen los códigos de los estados norteamericanos, para dividirse en múltiples secciones. Sólo atendiendo a voces especiales y políticamente respetadas, nuestras legislaturas se decidieron a compilar extensos y sistemáticos códigos sobre instrumentos negociables, sobre sociedades anónimas, seguros, etc. A lo largo de la historia, el derecho común ha sido la fuente principal de justicia en Inglaterra y en los Estados Unidos.

20. Los jueces del derecho común se valían indudablemente de otros sistemas jurídicos y adoptaron las costumbres del comercio y otras normas sociales corrientes. Pero su deseo de caminar sin andadores produjo frecuentemente nuevos reconocimientos de las aspiraciones públicas, que no iban a poder realizarse de otra manera. Este espíritu creativo se manifiesta en la invención judicial de la regla contra la perpetuidad de dominio, o sea, la que en el siglo XV prohibía las restricciones a la enajenación de propiedad más allá de una vida de veintiún años. Los jueces justificaron esta medida nueva con dos razones: 1) las perpetuidades son malas; y, 2) los jueces tienen facultades para combatir ese mal. No realizaron un cambio trivial¹⁸ como el que llevaron a cabo, por ejemplo, los jueces del siglo XX, dispuestos a prohibir las “*spite fen-*

18 Véase Gray, *Rule against Perpetuities* (4a. ed., 1942), especialmente págs.169-170.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

ces”, las tapias que por despecho se construían para impedir la vista de una propiedad vecina.¹⁹ Los jueces del siglo XVII limitaron las facultades de planeamiento de los hacendados, que querían seguir controlando después de muertos sus propiedades familiares. Estos jueces pertenecían también personalmente a la clase hacendada, y sus simpatías estaban más o menos del lado de aquéllos a quienes iban a refrenar; pero también creían saber que las aspiraciones posfeudales del pueblo británico no aceptaban un sistema rígido de propiedad, sino que preferían una sociedad dinámica y en desarrollo.

21. Los aspectos notables de esta creatividad judicial eran que los jueces no vacilaban en abordar problema tan importante y complicado, y que pudieron ponerse de acuerdo para trazar la línea divisoria arbitraria, aunque pudiera haber pasado lo mismo por cualquier otro punto. Quizás los tiempos dieron más valor a la judicatura y, al mismo tiempo, desviaron de su preocupación a otras fuerzas gubernamentales. Lo mismo al principio que más tarde, la creatividad del derecho común parece ser menos calculada, más profunda e intuitiva, más producto del ingenio institucional de jueces y abogados. Ejemplo de ello es el desarrollo de las ficciones de derecho en el desahucio y en la acción de recuperación de la propiedad mueble.

22. El desahucio fue originariamente un aditamento sin importancia del siglo XIII a las acciones de derecho común para recuperar la posesión de las tierras después

19 Véase, p. e., *Hubbard v. Halliday*, 58 Ok. 244, 158 Pac. 1158 (1916).

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

de un despojo injusto. Los terratenientes importantes despojados injustamente ejercitaban en estos casos la acción “real” apropiada. Pero no había acción real para proteger a los arrendatarios y aparceros y se inventó el nuevo mandamiento de desahucio para llenar este vacío. El nuevo remedio fue clasificado, quizás accidentalmente, como intrusión o interposición, y no como una acción real, y era a la vez rápido y sencillo. Las acciones reales eran complicadas y lentas. No mucho después de haberse inventado el desahucio, los ocupantes de la tierra no poseedores descubrieron una manera de sustituir por un desahucio más rápido las acciones reales más lentas y engorrosas. Un terrateniente despojado otorgaría un contrato de arrendamiento a favor de un amigo. Puesto que ese amigo no había sido evidentemente despojado (requisito previo indispensable del desahucio), un segundo amigo pretendería despojarla. El primer amigo entonces, como arrendatario despojado, demandaría al segundo en desahucio. Este segundo amigo notificaba al ocupante efectivo que el juicio era inminente y le manifestaba que él no se proponía defenderse y que, por consiguiente, a no ser que el ocupante se defendiera, era probable que tuviera un choque con el alguacil que iría a dar posesión al primer amigo. Mediante este procedimiento se llevaba al ocupante al tribunal, que es todo lo que se proponía. Es difícil decir si ese estratagema fue inventado por los abogados²⁰ o fue en cierta medida inspirado por los propios jueces. Sea como sea, la judi-

120 “Los abogados vieron la oportunidad de asegurar el juicio... sin los gastos y demoras de la antigua acción real...”, dice Edmund Morgan, *The Study of Law* (1626), pág. 82.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

catura fomentó la ficción y sentó el precedente de que cualquier ocupante que deseara defender una acción de desahucio ejercitada por un arrendamiento nominal podría hacerlo únicamente si admitía el arrendamiento, el allanamiento y el despojo. Más tarde, la farsa se convirtió en ficción, y con el tiempo llegó a abolirse hasta la ficción.²¹

23. La ampliación en esta forma del desahucio fue una mera reforma procesal; un remedio más rápido venía a sustituir a otro más lento; pero el remedio, acelerado en dos o tres años, era una verdadera bendición comparado con la demora que acarrearía el ejercicio de la acción real e indudablemente favorecería la aspiración pública de una justicia más eficaz contra el despojo ilegal de la propiedad. Hoy tenemos algo parecido en los litigios por accidente de automóvil, en que los demandados suelen ser reacios a arreglos convenientes hasta que los casos están para ser juzgados, a veces años después de haberse iniciado.

24. La ampliación de la recuperación de bienes muebles perdidos experimentó un progreso importante. La acción se entablaba al principio contra el que se encontraba una propiedad perdida y no quería devolvérsela a su verdadero dueño. Pero, pasando el tiempo, hubo casos en que el demandante alegaba que había perdido casualmente, por ejemplo, cuarenta toneladas de carbón, que el acusado había hallado y se negaba a devolver.²² Por las artimañas de abogados y jueces, la pérdida y el hallazgo

21 *Ibid.*, págs. 81 et seq.

22 *Mast v. Goodson*, 3 *Wilson* 348, 351 (Common Pleas, 1772).

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

se habían hecho algo ficticios, y la acción ampliada se ejercitaba contra cualquiera que se apropiase ilegalmente alguna propiedad personal.²³

25. Los letrados no sólo contribuyen a difundir viejos remedios a los nuevos casos, sino que, al parecer como ofendidos, frenan las tentaciones de los jueces de introducir innovaciones injustas. Este aspecto de la valía de los abogados se ve más claramente con lo que puede ocurrir en un sistema judicial donde no existe la abogacía, por ejemplo, el de la China Imperial. En un caso de última voluntad, el padre moribundo de un pequeño y de una mayor casada legó a su hija todos sus bienes menos su espada, que recibiría el hijo al cumplir los quince años. Pero, llegada esta fecha, su hermana se negó a dársela, por lo que él la demandó. El juez Ho Wo dijo que la hija era violenta y dominante, y su marido avaro y villano; que el fallecido temía que la pareja hiciese daño a su hijo si le dejaba sus propiedades; por tanto, confió a la hija la custodia temporal del caudal hasta que el muchacho tuviese edad suficiente para manejar la espada y entablar una acción por su cuenta ante las autoridades si fuese necesario. Ho Wo sostenía que debía darse al hijo, no sólo la espada, sino toda la propiedad.²⁴

26. Que un padre, teniendo un hijo varón, dejase sus bienes a su hija era un caso raro en la China Imperial. Pero Ho Wo no decía que no pudiese hacerse, sino que se negó a respetar esta última voluntad, porque el testador

23 Veáse Morgan, *op. cit.*, págs. 80 et seq.

24 Van Gulik, *T'ang-Yin-Pi-Shin* (1956), pág. 176.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

había indicado simbólicamente una intención distinta. Supongamos que interpretó bien sus propósitos: ¿tenía atribuciones para dar fuerza legal a su fallo? ¿Se hubiera conducido así si la hija tuviese un abogado que se empeñase en mantener métodos menos imaginativos de interpretación? (Debe añadirse que causó gran admiración la sentencia de Ho Wo y se consignó en un libro compilado hace unos mil años para guía de los magistrados chinos).

27. No es fácil demostrar que las innovaciones judiciales a veces son y deberían ser siempre, un intento de responder a las aspiraciones públicas.²⁵ Los jueces no son sus representantes en el mismo sentido que los legisladores; ni cuando son elegidos, prometen un programa político, ni hacen campañas, ni enarbolan banderas de partidos. Esto se debe en gran parte a que la función judicial se considera más administrativa que creadora. En la mayor parte de los casos, se piensa, ya está determinada la dirección de la ley que el buen juez debe aplicar o adaptar imparcialmente al caso. Sólo de vez en cuando innovan, y aún en ese caso, deben prescindir de todo partidismo, o sea, proceder en la forma que a su criterio responda mejor al deseo del pueblo. Así parecen ser los ejemplos que he expuesto. El deseo popular quedó más o menos servido con las ampliaciones de los juicios de desahucio y cuando la vindicación de los derechos a la propiedad personal se extendió en el caso de los bienes extraviados a todas las apropiaciones ilegales. Sin embargo, en estos

25 Al interpretar una ley o una constitución escrita, el tribunal tiene una función algo distinta, de la que no podemos ocuparnos en este breve ensayo.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

dos casos, no se hizo otra cosa que ampliar hasta límites sensibles la ley existente; las innovaciones no fueron sino triunfos de la función sobre la historia. Lo mismo ocurrió con las reglas contra la perpetuidad, cuya audacia, sin embargo, me parece harina de otro costal; rara vez los jueces de derecho común llegan a tanto en su iniciativa. Y, en nuestros tiempos, es difícil encontrar ejemplos de decisiones judiciales tan tajantes sin relación con algún texto constitucional o legislativo.

28. Learned Hand observó una tendencia contemporánea contra la innovación judicial; decía que los jueces de derecho común antiguos solían introducir más innovaciones, porque la sociedad era más homogénea y sus elementos propendían a ponerse al lado de la justicia.²⁶ Y dice: “Todo esto ha cambiado... Las (nuevas) demandas, que anteriormente hubieran sido tácitas, se manifiestan ahora explícitamente si la justicia debe ser una acomodación... entre los intereses vitales y conscientes de la sociedad, ha adoptado una significación desconocida antes”.²⁷ Por eso, los sistemas de valores más variados de los tiempos modernos reducen grandemente el atractivo (y por tanto la probabilidad) de la nueva justicia sentada por los jueces.

29. Sin embargo, los del siglo XX no han renunciado a la iniciativa creadora: han hecho correcciones y avances. Vayan dos ejemplos para confirmarlo: uno es la rectificación de una irreflexión legal, y el otro la declaración de

26 Learned Hand, “The Speech of Justice”, Harv. L. R., 29 (1916), págs. 617, 619.
27 *Loc. cit.*

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

un nuevo derecho.

30. En el siglo XIX, un fabricante de carruajes firmó contrato con el jefe general de correos británico para la conservación de los coches postales. Uno de ellos perdió una rueda por negligencia en el mantenimiento. El cochero resultó herido y demandó al constructor del carruaje. En 1842, el Tribunal de Hacienda falló que no se debía indemnización ninguna al cochero, porque él no fue parte contratante cuando el constructor quedó obligado a la conservación de los vehículos.²⁸

31. Con la disposición resultante sobre el “carácter privado del contrato”, quedaron exentos todos los prestadores de servicios y bienes negligentes de tener que indemnizar a terceras personas. La doctrina era tan manifiestamente injusta, que no tardaron en hacerse excepciones menores. Pero la doctrina siguió en pie en los Estados Unidos durante más de setenta años. Sin embargo, el magistrado Cardozo la repudió en 1916 y condenó a la *Buick Motor Company* a pagar indemnización por los daños debidos a la manufactura deficiente de un coche vendido por un intermediario a un cliente con el cual no había contratado la empresa.²⁹ Esto sirvió de ejemplo para los jueces decididos de casi todos los estados norteamericanos, y la doctrina del carácter privado pasó a la historia. Cardozo, a mi entender, salió en defensa de la justicia en un caso en que los no muy versados en leyes no habían advertido que la disposición era injusta.

28 Winterbottom v. Wright, 10 M & W. 109 (1842).

29 Macpherson v. Buick Motor Co., 217 N. Y. 382. 111 N. E. 1050, (1916).

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

32. El otro ejemplo es el derecho a la intimidad, o aislamiento, desarrollado en el siglo XX y no conocido, al menos por ese nombre, hasta que lo propugnó un artículo imaginativo y convincente en la *Harvard Law Review*, en 1896.³⁰ El artículo animó a muchos jueces de los estados a proteger de manera nueva a los interesados contra el uso de nombres y fotografías de los anunciadores; contra los interceptores de líneas telefónicas, los acreedores machacones y escandalosos, etc., etc. Lo que hicieron los tribunales estatales por estos derechos (rara vez ayudados por la legislación) es impresionante y se tradujo en nuevas formas de protección contra el entusiasmo excesivo.

33. Además, los tribunales están constantemente formulando y reformulando las leyes, atentos a su justicia. Está tan extendida esta actividad, que si ponemos unos cuantos ejemplos, pueden presentarse a desorientaciones por su carácter concreto. Claro está que también abunda el tecnicismo inflexible, el aferrarse a la tradición y la ceguera para las nuevas cosas, enemigos de la justicia, agazapados en las grietas de nuestro casuismo legal. Puede ser más grave el pecado de los jueces por defecto que por excederse en creatividad judicial. Mi convicción personal no concuerda con el optimismo de Cardozo cuando dice: “No los principios engendrados por la actividad judicial... Son sacrificados los que no tienen vigor y fuerza suficiente para resistir la prueba de la experiencia”.³¹ Me acerco más a Traynor cuando afirma:

30 Warren y Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harv. L. R.*, 4 (1896), pág. 193.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

Ahora hay muchos que creen que el juez puede y debe participar creativamente en el desarrollo del derecho común. Pero, cada vez que hace algo en este sentido, debe tener presente el antiguo recelo de que la creatividad es un exceso peligroso del talento, que no se compagina con la circunspección; que amenaza sombríamente la estabilidad de la ley.. Lo que debería preocuparnos, no es la posibilidad remota de demasiadas opiniones creadoras, sino su permanente escasez.³²

34. Así pues, aunque los jueces creen justicia, nuestra necesidad de ella no quedará completamente satisfecha en los tribunales. Los jueces no tienen movilidad ni recursos para crear toda la justicia que necesitamos, ni obligación ni competencia para ello individualmente, consultando sólo la voz de su conciencia. Con jueces obstinados y con manías, se destruye el sistema de la justicia y se da juego a las delaciones. Si son egoístas y sagaces, podrán persuadir a sus compañeros para que vean una nueva justicia que se le escapa al público adormilado, pero rara vez seguirán los jueces que vengan detrás de sus innovaciones cuando no concuerdan con las aspiraciones públicas. Sólo con jueces competentes y de fiar, puede progresar la justicia, nunca peligrar su estabilidad. Pero si, por el contrario, son demasiado lentos en su esfera, sus fracasos serán doblemente injustos; la doctri-

31 Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921), pág. 22.

32 Monrad Paulsen, rec., *Legal Institutions Today and Tomorrow* (1959), págs. 48, 50.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

na de *stare decisis* se perpetuará después de ellos.

4. El sentido popular

35. La suma de la justicia gubernamental (judicial, legislativa y ejecutiva) no basta de por sí para producir una sociedad justa; por eso voy a ocuparme ahora de la justicia de las obligaciones legales reconocidas sin intervención directa del gobierno. En la filosofía histórica del derecho, tal como la expone Savigny en su volumen sistemático sobre jurisprudencia,³³ el derecho va desarrollando un lenguaje propio, naturalmente y según el carácter del pueblo. Cada sociedad produce el suyo, imponiendo costumbres que se incorporan a la fe popular. Como no se inventa cada derecho conscientemente, sólo “se crea” en un sentido metafórico.³⁴ Rara vez puede incorporarse propiamente hablando y con utilidad a leyes oficiales promulgadas, porque el proceso de reducirlo a palabras abstractas le quita vigor y oscurece su significado. Los legisladores gubernamentales sólo funcionan bien cuando se han formado en el estudio histórico, gracias al cual saben reflejar exactamente el espíritu popular cuando se da la rara necesidad de esclarecer el derecho. Sin esa formación, promulgaríanse leyes carentes de sentido popular e incapaces de fomentar la fidelidad del pueblo a ellas.

36. Aunque rara vez figura la palabra justicia en el razonamiento de Savigny,³⁵ da a entender que el derecho

33 Savigny, *Of the Vacation of Our Age For Legislation and Jurisprudence* (1814), esp. caps. I y II; *Great Philosophers*, págs. 290-293.

34 Pero veáse Carl J. Friedrich, “Law and History”, *Vand. L. R.*, 14 (1961), págs. 1027, 1035.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

justo nunca puede ser producto de una creatividad oficial. Aunque haya funcionarios facultados para investigar y aplicar la ley en ciertas ocasiones (y muy rara vez para darle carácter oficial), el pueblo es el que transpira su justicia, justicia que existe como hecho histórico del que se enteran los buenos funcionarios y luego aplican a los problemas que van surgiendo.

37. Creo que en nuestros tiempos no debemos temer que los legisladores anglo-norteamericanos se dediquen a codificaciones abstractas; no es probable que quieran dar nueva forma al derecho natural ni al *jus gentium*. En nuestro mundo complicado, tendríamos que esperar sentados si relegásemos la solución de todos nuestros importantes problemas de justicia al sentido popular. Preferimos una legislación más activa y profesional. Confiamos en que funcionarios laboriosos, preparados y expertos realicen con su talento algunas de las aspiraciones del pueblo. Pero la tesis de Savigny nos enseña muchas cosas. Como sólo se produce una cultura genuina³⁶ en las comunidades que permiten gran participación en la elaboración de decisiones sociales, la creatividad de los legisladores y de los jueces es bienvenida y mejor recibida cuando responde a los valores populares y trata de realizar las aspiraciones del pueblo, no las suyas propias. También nos señala Savigny que algunas obligaciones se desarrollan realmente en la sociedad misma,

35 Cuando la emplea, suele ser en la expresión “administración de justicia”, con la cual se refiere únicamente a la aplicación de la ley, sin atender a lo justa que pueda ser.

36 Tomo la frase y la idea de Bertram Morris, *Philosophical Aspects of Culture* (1961), obra verdaderamente brillante.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

sin intervención del gobierno.

38. Pero la metáfora de Savigny sobre la iniciativa popular se presta a confusiones en algunos aspectos: describe las fuerzas sociales que crean obligaciones legales como monolíticas e inconscientes. Aunque dice que las costumbres varían según la localidad, da a cada una de éstas un carácter unificado, que sólo forma un sistema de costumbres.

39. Ehrlich, seguidor en el siglo XX de las doctrinas de Savigny, elaboró una sociología más complicada: veía a la sociedad como una colectividad pluralística, y los hombres de los grupos de Ehrlich muchas veces desarrollan intencionalmente aquellas obligaciones legales que sirven a sus fines. Sin embargo, cree con Savigny que en su mayor parte surgen estas obligaciones sin interrupción gubernamental, y se observan sin atender a sanciones oficiales.

... El hombre vive en innumerables relaciones legales y..., y con pocas excepciones, voluntariamente cumple con los deberes que estas relaciones le imponen como padre o hijo, como marido o esposa, no se inmiscuye en el disfrute de la propiedad de su vecino, paga sus deudas, entrega lo que ha vendido y hace a su patrono la prestación del trabajo... a que se obligó... Lo corriente es que no piense para nada en... los tribunales... ¿Va una ama de casa a demandar a su criada por deficiencias en el servicio?³⁷

40. Ejemplo notable que podemos añadir al de Ehrlich,

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

es la ley del contrato colectivo de trabajo con sus negociaciones, su interpretación privada y su cumplimiento. Así, con un simple pacto entre gerencia y trabajadores, la industria automovilística regula la vida de más seres humanos que la mayor parte de las leyes positivas.

41. Rara vez se piensa en la justicia (tal como se define en este ensayo, como resultado del esfuerzo de los agentes del pueblo por hacer realidad sus aspiraciones) en las transacciones legales privadas. Cada una de las partes contratantes tiene interés, claro está, en proteger sus bienes³⁸ y, cuando se esperan negociaciones continuadas, se esfuerza por tratar a la otra con equidad. Procura, desde luego, servir a su propio interés, pero el gobierno interviene frecuentemente para evitar injusticias con leyes, por ejemplo, contra monopolios, reguladoras de la pureza de los alimentos, de uniformación de las pólizas de seguros, etc., o con una supervisión administrativa como la ejercida por la Comisión de Valores y Bolsa, la Comisión de Comercio Federal, y demás.

42. Pocas veces se ocupan las actividades profesionales o industriales de los intereses de quienes no están afecta-

37 Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, trad. ingl. de Moll (1936), pág. 21023; *Great Philosophers*, pág. 440.

38 Por lo menos, en el sentido en que se supone su interés. Cfr. John Austin, *Lecture on Jurisprudence* (3a. ed.; 1869), pág. 162; *Great Philosophers*, pág. 350; “Generalmente el individuo es el mejor juez de sus intereses, de lo que va a producirle el mayor placer y el mayor dolor. En comparación con la conciencia íntima de sus intereses personales, el conocimiento del interés de los demás es una vaga conjetura. Consiguientemente, el principio de la utilidad general exige imperiosamente que atienda a los propios intereses más que los de los demás; que no desdeñe habitualmente lo que conoce bien para perseguir lo que sólo conoce imperfectamente”.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

dos inmediatamente por ellas. Son pocas las ocasiones en que los negociantes pueden ocuparse de los extraños en sus operaciones rutinarias.³⁹ Pero hay algunos tratos privados que afectan profundamente a quienes no intervienen en ellos y, por tanto, las decisiones adoptadas tienden a responder a las aspiraciones públicas o a impedir las. Así, ocurrió hace poco en el caso sensacional de contrato colectivo en la industria siderúrgica. ¿Deberían preocuparse por la inflación quienes lo negociaron, y procurar impedir la, llegando a un acuerdo que no redundase en el alza de los precios? ¿Debería haber estado presente en la mesa de las negociaciones el pueblo? No soy yo quien tiene que contestar a estas preguntas, pero el hecho de que puedan ser planteadas demuestra que nuestros procesos gubernamentales están llenos de capacidad para infligirnos una injusticia, lo mismo que para crear justicia. Esto se ve más claramente en dos ejemplos sencillos de la medicina organizada.

43. En la Suprema Corte de Delaware, se planteó hace poco una cuestión sin precedentes: ¿tiene obligación un hospital de prestar ayuda de urgencia a un desconocido que acude a él? El tribunal contestó afirmativamente.⁴⁰ Hubo, claro está, en este fallo, intervención gubernamental, pero lo importante es que ni los abogados ni el juez pudieron encontrar un caso norteamericano parecido en pleno 1961. Indudablemente, la medicina institucional había decidido mucho antes que los necesitados tenían

39 Véase John Stuart Mill, *Utilitarianism* (Everyman's Library); (1951), pág. 28; *Great Philosophers*, pág. 368.

40 *Wilmington General Hospital v. Manlove*, 174 A. 2a. (1961) 135.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

derecho a un trato de urgencia en las salas del hospital. Estaba establecido en las ordenanzas internas de las instituciones médicas, con las naturales diferencias de detalle entre hospitales y hospital. Quienes las elaboraron se hicieron eco de una aspiración pública mucho antes de que en Delaware se vindicase este derecho. Probablemente es tan eficiente y valioso en la vecina Pensilvania, aunque el gobierno no lo ha pronunciado todavía.

44. El segundo ejemplo médico se refiere a un problema que tiene que ver quizás con una injusticia de las ordenanzas internas de los hospitales y que necesita corregirse. El de las enfermeras debidamente preparadas en un servicio médico escaso, a mi entender. Supongamos que sólo trabajasen cuando quisieren, que muchas de ellas se negasen a prestar servicio los fines de semana o los días de fiesta. Supongamos que las escasas enfermeras privadas se pongan a disposición de pacientes ricos, que no necesitan sus cuidados tanto como otros pobres. Si esto es así, ¿no tienen obligación las sociedades profesionales de enfermeras, los médicos y los hospitales de poner remedio, reformando las ordenanzas internas reguladoras del servicio de las enfermeras? Hablo en tono condicional, porque no conozco los hechos ni la forma de corregirlos. Pero sé que, si las asociaciones privadas no crean justicia, nuestra sociedad se irá haciendo cada vez más injusta. No sostengo, naturalmente, que todas las ordenanzas internas injustas de las asociaciones puedan y deban ser reformadas por individuos privados. Sin embargo, el poder privado no siempre lo es del todo; a veces se le tolera sólo porque quienes lo ejercen proba-

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

blemente quieren y pueden hacerse eco de algunas aspiraciones públicas. Cuando no ocurre así, el vacío suele llenarlo el gobierno, cuando los casos sean comunes e intolerables, el gobierno tiende a inclinarse al totalitarismo.

45. Quienes intenten crear justicia tal como la ha definido (sean personas privadas o funcionarios públicos) necesitan algo más que conocimientos técnicos y buena voluntad: deben saber algo de las aspiraciones públicas y desear secundarlas. Los filósofos que tratan de elaborar sistemas de valores a base de las consecuencias tienden a suprimir este punto. Ahí tenemos, por ejemplo, la filosofía social de John Stuart Mill.

46. La fuente de justicia es para Mill la capacidad que tiene el hombre de captar la comunidad de intereses entre él y la sociedad; la inclinación innata a defenderse a sí mismo tiende a expandirse, incluyendo la defensa de la sociedad.⁴¹ Por eso, quienes oponen resistencia a una injusticia personal suelen basar su protesta en alguna ley que beneficia a la sociedad.⁴² Una causa justa se atrae el apoyo emocional de los extraños, porque probablemente redunde en ventajas sociales.⁴³ Las de menos importancia social son apoyadas porque parecen convenientes y nada más.

47. Pero Mill observa que pueden variar considerablemente las predilecciones sobre asuntos importantes.

41 Mill, *Utilitarianism*, *op. cit.*, pág. 63; *Great Philosophers*, pág. 374.

42 Mill, *op. cit.*, págs. 64-65; *Great Philosophers*, pág. 375.

43 Mill, *op. cit.*, pág. 66; *Great Philosophers*, pág. 375.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

Hay –dice– quienes creen que es injusto castigar a alguien para dar ejemplo a los demás; que el castigo sólo es justo cuando su fin es beneficiar al que lo recibe. Otros sostienen todo lo contrario... que castigar a quienes han llegado a la edad del discernimiento, por su beneficio, es despotismo e injusticia, porque, si sólo se trata de su propio bien, nadie tiene derecho a imponerse a su juicio personal sobre él; en cambio, pueden ser justamente castigados para evitar que los demás obren mal, porque esto constituiría ejercicio del derecho legítimo de defensa propia. El Sr. Owen afirma también que es injusto castigar de por sí; porque el delincuente no creó su propio carácter; su educación y las circunstancias le hicieron criminal y de ellas no es responsable.⁴⁴

48. El método de Mill para elegir entre estas alternativas es utilitario; averiguando la proporción de felicidad y de dolor que cada una de ellas puede producir, estamos en condiciones de optar por la que más sirva al bienestar e igualdad humanos.⁴⁵ Por tanto, si Mill fuese omnisciente, sabría qué alternativa era la más justa. Si fuese legislador,⁴⁶ sabría qué teoría era la más justa para basar en ella el código penal. Si fuese juez o miembro de un consejo de indulto, sabría cuál era la mejor para dispensar clemencia. Si fuese director de una orden frater-

44 Mill, *op. cit.*, págs. 68-69; *Great Philosophers*, pág. 376.

45 Naturalmente, no todos los utilitarios tienen tanto interés en fomentar la igualdad como Mill.

46 Que lo fue, dicho sea de paso.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

nal de policía, sabría qué alternativa podría orientarle para crear reglamentos de su fraternidad para mejorar la justicia penal. Y lo importante es que, según Mill, conocería la justicia al conocer lo que debería desear el pueblo: no tendría importancia lo que quisiera de hecho, excepto cuando su ignorancia impidiera a los inteligentes líderes dar al pueblo lo que necesitara. En esto creo que Mill está equivocado (aunque es uno de mis ídolos).

5. Conclusiones

49. La creación de la justicia no debe confiarse a quienes proceden como jefes, y no como agentes. Los legisladores no deben jugar a ser dioses ni reyes filósofos. Sólo sirven a la causa de la justicia cuando secundan los deseos del pueblo. El agente trata de adivinar qué quiere su jefe, preguntándose qué querría él si lo fuese. La labor del legislador puede y debe ser muchas veces creadora, primero, porque el pueblo desea más y mejor justicia, que debe ser ideada creativamente y forjada con imaginación; y segundo, porque la comprensión de las aspiraciones incipientes del pueblo requiere talento creador.

50. El pueblo a veces desea más que justicia, mayor belleza o más verdad, por ejemplo. Como estos objetivos suponen talento y reparto de su producto, pueden plantearse problemas de justicia distributiva. Pero ni el artista ni el sabio pueden obrar como agentes. Si el artista no procede como jefe, será un ramplón, no un creador. Si el sabio no obra como jefe, los deseos de los demás absorberán sus energías y deformarán lo que ve. Claro está que arte y ciencia surgen de la sociedad y aspiran a comuni-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

carse con ella; tienen aspectos institucionales. Pero el creador de justicia no sólo debe ser producto de la sociedad, sino consagrarse a descubrir, comprender y realizar en lo posible las aspiraciones del pueblo, no las suyas. No puede crearse intencionalmente la justicia de otra manera.

51. Desde luego, tanto las aspiraciones públicas como las privadas a veces se realizan por accidente. Por coincidencias felices, los hombres pueden hacerse ricos, acaudalados y también sabios. La perfección de la pizca del algodón (lograda por hombres a quienes no interesaba primordialmente la justicia) acabó con la economía injusta algodonera del “Profundo Sur”. Pero también accidentalmente puede producirse la miseria, la guerra y la injusticia irremediable. Sólo por medio de la ley (en su sentido amplio), de la ley perfeccionada por los agentes del pueblo dedicados a secundar sus aspiraciones, cabe esperar el desarrollo sostenido de la justicia humana.