



**EDITORIAL F. TRILLAS, S. A.
MEXICO, D. F., 1967**

La LON L. FULLER
moral
del
derecho

LA MORAL QUE HACE POSIBLE EL DERECHO

(Una) ley que el hombre no puede obedecer, ni obrar conforme a ella, es nula y no es ley: pues es imposible obedecer contradicciones, u obrar conforme a ellas.

Vaughan, C. J., en *Thomas v. Sorrel*, 1677

Es de desear que nuestros doctos abogados contesten a las preguntas siguientes... ¿si es que alguna vez la comunidad política, cuando eligió el Parlamento, le dio un poder ilegal ilimitado, y a su albedrío para contravenir sus propias leyes y reglamentos antes de que los hubieran derogado?

Lilburne, *England's Birth-Right Justified*, 1645

ESTE CAPÍTULO COMENZARÁ con una alegoría bastante extensa. Se trata del infeliz reinado de un monarca que llevaba el nombre adecuado, pero no muy original y ni siquiera muy sonoramente majestuoso, de Rex.

Ocho formas de fracasar en la creación del derecho

Rex subió al trono lleno del celo de un reformador. Consideraba que la falta más grande de sus predecesores se había manifestado en el campo del derecho. Durante generaciones, el sistema legal no había sabido lo que era una reforma básica. Los procedimientos judiciales eran engorrosos, las normas legales estaban escritas en la lengua arcaica de otra época, la justicia era costosa, los jueces eran negligentes y algunas ve-

ces corrompidos. Rex estaba decidido a remediar todo esto y hacer que su nombre quedara en la historia como el de un gran legislador. Pero su mala suerte hizo que fracasara en su ambición. Realmente fracasó en forma espectacular, pues no solamente falló en implantar las reformas necesarias, sino que nunca logró en absoluto crear algún derecho, bueno o malo para sus gobernados.

No obstante, su primer acto oficial fue dramático y oportuno. Puesto que necesitaba tener las manos limpias de todo compromiso, anunció a sus súbditos la inmediata derogación de toda ley existente, de cualquier clase que fuera. Después se dedicó a redactar un nuevo código. Desgraciadamente, educado como un príncipe solitario, su instrucción había sido muy deficiente. En particular, se sintió incapaz de realizar las generalizaciones más sencillas. Aunque no le faltaba confianza cuando se trataba de resolver controversias concretas, el esfuerzo para dar razones lógicas acerca de cualquier conclusión agotaba hasta lo último sus facultades.

Dándose cuenta de sus limitaciones, Rex renunció al proyecto de redactar un código y anunció a sus súbditos que de ahí en adelante él actuaría como juez en cualesquier disputas que pudieran surgir entre ellos. En esa forma esperaba que con el estímulo de una variedad de causas litigiosas, sus facultades de generalización latentes podrían desarrollarse, y procediendo causa tras causa, elaboraría gradualmente un sistema de reglas que podrían incorporarse en un código. Desgraciadamente, sus defectos de educación estaban más arraigados de lo que él creía. La aventura fracasó totalmente. Después de haber dictado literalmente cientos de fallos, ni él ni sus súbditos pudieron descubrir plan alguno en esas sus sentencias. Las tentativas de generalizar que se encontraban en sus resoluciones sólo aumentaban la confusión, pues daban falsas directivas a sus súbditos y ponían fuera de equilibrio a sus escasas facultades de juicio en la decisión de casos posteriores.

Después de este fracaso, Rex se dio cuenta que era necesario empezar de nuevo. Su primer paso fue seguir un curso de lecciones sobre generalización. Con sus facultades intelectuales fortificadas en esa forma, reanudó el proyecto de elaborar un código, y después de muchas horas de solitaria

labor, logró preparar un documento bastante extenso. Sin embargo, aún no creía que hubiera superado completamente sus anteriores defectos. En consecuencia, anunció a sus súbditos que había redactado un código y que de ahí en adelante se regiría por él en el fallo de las causas, pero que durante un futuro indefinido el contenido del código permanecería como un secreto de Estado, conocido solamente por él y su escribano. Para sorpresa de Rex, este sensato plan causó profundo agravo en sus súbditos. Declararon que era muy desagradable que el caso de cualquiera de ellos fuera decidido en secreto por leyes que no había manera de conocer.

Perplejo ante este rechazo, Rex emprendió un inventario cuidadoso de sus virtudes y debilidades. Decidió que la vida le había enseñado una lección muy clara, a saber: que es más fácil decidir las cosas con la ayuda de una percepción tardía que intentar adivinar y controlar el futuro. No sólo hacía esa percepción más fácil decidir sobre los diversos casos, sino —y esto era de suma importancia para Rex— que hacía también más fácil exponer razones. Decidiendo sacar partido de esta percepción tardía, Rex concibió el siguiente plan: al principio de cada año civil resolvería todas las controversias que hubieran surgido entre sus súbditos durante el año anterior. Acompañaría sus fallos con una exposición completa de razones. Naturalmente, debería comprenderse que las razones dadas en esta forma no eran precisamente para controlar las decisiones en años futuros, pues eso sería echar por tierra todo propósito del nuevo plan, que consistía en aprovechar la percepción tardía. Confiadamente anunció Rex el nuevo plan a sus súbditos, manifestando que iba a publicar el texto completo de sus juicios con las reglas aplicadas por él, con lo cual superaría la principal objeción al antiguo plan. Los súbditos de Rex recibieron este anuncio en silencio, después tranquilamente explicaron por medio de sus representantes que cuando ellos decían que necesitaban conocer las leyes, querían decir conocerlas *por adelantado* a fin de poder obrar conforme a ellas. Rex murmuró algo respecto de que deberían aclarar más ese punto sus súbditos, pero dijo que vería lo que podía hacer.

Rex se daba cuenta ahora que no podía eludir la publicación de un código promulgando las leyes que se aplicarían

en futuras disputas. Continuando con sus lecciones sobre generalización, trabajó diligentemente en la revisión de un código, y finalmente anunció que éste se publicaría dentro de poco. Este anuncio fue recibido con general beneplácito. Por consiguiente, el desaliento de los súbditos de Rex fue mayor cuando pudieron obtener su código y se descubrió que éste era ciertamente una obra maestra de confusión. Los jurisperitos que lo examinaron declararon que no había una sola oración que pudiera entenderse ya fuera por un ciudadano ordinario o por un abogado experto. La indignación se hizo general y pronto apareció frente al palacio real un grupo de gente llevando un cartelón que decía: "¿Cómo puede alguien cumplir una ley que nadie entiende?"

El código fue retirado rápidamente. Reconociendo por primera vez que necesitaba ayuda, Rex puso a un grupo de expertos a revisar el código. Les dio instrucciones de no alterar la substancia, sino de aclarar la forma de expresión completamente. El código resultante fue un modelo de claridad, pero al estudiarlo se echaba de ver que su nueva claridad sólo había hecho resaltar que estaba plagado de contradicciones. Se informó de fuente autorizada que no había una sola estipulación que no fuera invalidada por otra incompatible con ella. Nuevamente apareció un grupo frente al palacio real portando un cartelón que decía: "Esta vez el Rey aclaró las cosas —en ambas direcciones."

Nuevamente se retiró el código para someterlo a revisión. Sin embargo, ya para entonces Rex había perdido la paciencia con sus súbditos y con la actitud negativa que parecían adoptar hacia todo lo que él trataba de hacer por ellos. Decidió darles una lección y poner un hasta aquí a sus críticas. Dio instrucciones a sus expertos de expurgar el código de contradicciones, pero al mismo tiempo de hacer extremadamente inflexibles todos los requisitos contenidos en el mismo y agregar una larga lista de nuevos delitos. De este modo, en vez de dar un plazo de diez días al ciudadano que era citado ante el trono, en la versión corregida el tiempo se reducía a diez segundos. Constituía un delito, penado con diez años de prisión, el estornudar, toser, tener hipo, desmayarse o caer en presencia del Rey. Se convertía en traición el no entender,

creer y profesar en forma debida la doctrina de la redención evolutiva democrática.

Cuando se publicó el nuevo código casi estalló una revolución. Los ciudadanos prominentes manifestaron su intención de burlarse de sus disposiciones. Alguien descubrió en un autor antiguo un pasaje que parecía oportuno: "Ordenar lo que no puede hacerse no es legislar; es destruir la ley, pues una orden que no puede ser obedecida no logra otro fin que confusión, temor y desorden." Pronto este pasaje fue citado en cientos de peticiones presentadas al Rey.

El código fue nuevamente retirado y un cuerpo de expertos se encargó de la tarea de revisarlo. Rex dio órdenes a los expertos de que siempre que encontraran una ley que requiriera algo imposible, fuera rectificada a fin de hacer posible su cumplimiento. Resultó que para lograr esto hubo necesidad de volver a redactar todas las prescripciones del código. Sin embargo, el resultado final fue un triunfo de redacción. Era claro, coherente, y no demandaba de los súbditos nada que no pudieran cumplir. Fue impreso, y distribuido gratuitamente a todos los habitantes.

No obstante, antes de que llegara la fecha para la entrada en vigor del nuevo código, se comprobó que se había empleado tanto tiempo en las sucesivas revisiones del plan original de Rex que la substancia del código había sido considerablemente dejada atrás por los acontecimientos. Desde que Rex asumió el poder se habían suspendido los procesos legales ordinarios y esto había ocasionado importantes cambios económicos e institucionales dentro del país. La adaptación a estas nuevas condiciones requería muchos cambios substanciales en las leyes. Por lo tanto, tan pronto como el nuevo código se puso legalmente en vigor, quedó sujeto a una diaria corriente de enmiendas. Nuevamente surgió el descontento popular; un folleto anónimo apareció en las calles ilustrado con groseras caricaturas del Rey y conteniendo un artículo principal con el título: "Una ley que cambia todos los días es peor que no tener ley en absoluto."

En poco tiempo, este foco de descontento se calmó por sí mismo conforme disminuía gradualmente la cantidad de enmiendas. Sin embargo, antes de que esto ocurriera en un

grado notable, Rex anunció una importante decisión. Considerando los infortunios de su reinado, dedujo que gran parte de las dificultades se originaban de los malos consejos recibidos de los expertos. Por consiguiente, declaró que reasumiría el poder judicial en su propia persona. En esta forma podría controlar directamente la aplicación del nuevo código y asegurar a su país contra otra crisis. Comenzó a emplear todo su tiempo en oír y decidir causas que se suscitaban conforme al nuevo código.

A medida que el Rey proseguía en su tarea, parecía que florecían tardíamente sus facultades de generalización por largo tiempo adormecidas. Sus opiniones empezaron a revelar realmente una confiada y casi exuberante maestría al distinguir hábilmente sus propias sentencias anteriores, al exponer los principios sobre los que actuaba, y al establecer orientaciones para futuras controversias. Para los súbditos de Rex parecía que estaba a punto de brillar un nuevo día en el que podrían conformar su conducta a un cuerpo coherente de leyes.

Sin embargo, esta esperanza se desvaneció pronto. Luego que se pudo obtener el volumen reunido de los juicios de Rex y éstos fueron examinados cuidadosamente, sus súbditos se quedaron asombrados al descubrir que no había relación visible entre esos juicios y el código que pretendía aplicar. Hasta donde podía expresarse en la disposición efectiva de las controversias, el nuevo código podía no haber existido en modo alguno. Sin embargo, virtualmente en cada una de sus decisiones Rex declaraba y volvía a declarar que el código era la ley básica de su reino.

Los ciudadanos principales comenzaron a celebrar reuniones privadas para discutir qué medidas, casi en rebelión abierta, podrían tomarse para que el Rey se alejara del tribunal y regresara sencillamente al trono. Mientras se efectuaban estas discusiones Rex murió repentinamente, envejecido antes de tiempo y profundamente desilusionado de sus súbditos.

El primer acto de su sucesor Rex II, fue declarar que quitaba el poder de manos de los abogados y lo ponía en las de los psiquiatras y expertos en relaciones públicas. En esta forma explicó él, la gente podría ser feliz sin tener leyes.

Las consecuencias del fracaso

La chapucera carrera de Rex como legislador y juez demuestra que el intento de crear y mantener un sistema de normas legales puede frustrarse por lo menos de ocho maneras; hay en esta empresa, si se quiere, ocho caminos que conducen al desastre. El primero y más obvio consiste en dejar del todo de crear leyes, de manera que cada causa deba fallarse sobre bases *ad hoc*. Los otros caminos son: *b*) la falta de publicar, o al menos de poner a disposición de la parte afectada, las leyes que se espera que observe; *c*) el abuso de legislación retroactiva, la cual no sólo es incapaz de guiar la acción, sino que socava la integridad de las leyes de efecto presunto, puesto que las coloca bajo la amenaza de cambio retroactivo; *d*) el no hacer las leyes comprensivas; *e*) la promulgación de leyes contradictorias o *f*) leyes que están fuera de la capacidad de conducta de la parte afectada; *g*) la introducción de cambios tan frecuentes en las leyes que el súbdito no pueda orientar sus actos por medio de las mismas, y, finalmente, *h*) la falta de congruencia entre las reglas conforme se promulgaron y su verdadera administración.

Un fracaso total en cualquiera de estos sentidos no produce simplemente un mal sistema de derecho; sino que produce algo que no puede llamarse propiamente sistema jurídico, excepto tal vez en el sentido de Pickwick, en el cual un contrato nulo puede todavía considerarse como cierta clase de contrato. Realmente, no puede haber una base racional para aseverar que un hombre puede tener obligación moral de obedecer una norma legal que no existe, o que se mantiene en secreto para él, o que se creó después de que él hubo obrado, o que era ininteligible, o estaba en contradicción con otra ley del mismo sistema, u ordenaba lo imposible, o cambiaba a cada minuto. Puede no ser imposible para un hombre obedecer una ley de la cual hacen caso omiso los que están encargados de su administración, pero en ciertas ocasiones la obediencia se hace inútil —tan inútil, de hecho, como emitir un voto que nunca será contado. Como ha advertido el sociólogo Simmel, hay una especie de reciprocidad entre el gobierno y el ciudadano con respecto a la observancia de las

leyes.¹ En efecto, el gobierno dice al ciudadano: "Estas son las normas que esperamos que sigas. Si las observas, podemos asegurarte que son las normas que se aplicarán a tu conducta." Cuando el gobierno rompe este lazo definitiva y completamente, no queda nada en qué se base la obligación del ciudadano para observar las leyes.

El apuro del ciudadano se hace más difícil cuando, aunque no existe un fracaso total en ningún sentido, hay un empeoramiento general y severo en la legalidad, tal como ocurrió en Alemania bajo el régimen de Hitler.² Por ejemplo, principia a desarrollarse una situación en la cual se publican algunas leyes, otras, incluso las más importantes, quedan sin publicar. Aun cuando la mayoría de las leyes tienen un efecto en perspectiva, la legislación retroactiva se usa en forma tan libre que ninguna ley está inmune de cambio *ex post facto*, si

¹ *The Sociology of George Simmel* (1950) trad. Wolf, § 4 "Acción recíproca en la idea del derecho", págs. 186-189; véase también capítulo 4, "Subordinación bajo un principio", págs. 250-267. La exposición de Simmel es digna de ser estudiada por aquellos a quienes interesa definir las condiciones según las cuales puede lograrse el ideal del "gobierno del derecho".

² He expuesto algunas de las características de este empeoramiento en mi artículo, "Positivismo y fidelidad al derecho", *71 Harvard Law Review*, 630, 648-657 (1958). Este artículo no intenta hacer una amplia investigación de todas las decisiones judiciales de la posguerra en Alemania relativas a sucesos que ocurrieron durante el régimen de Hitler. Algunos de los últimos fallos presentaban la nulidad de juicios decretada por los tribunales de la época de Hitler, no a causa de que las leyes aplicadas fueran nulas, sino basándose en que los jueces nazis interpretaban mal las leyes de su propio gobierno. Véase Pappe "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era", *23 Modern Law Review*, 260-274 (1960). El doctor Pappe da a esta decisión mayor importancia de la que me parece adecuada. Después de todo, el sentido de una ley depende en parte de las normas aceptadas de interpretación. ¿Puede decirse que los tribunales alemanes de la posguerra dieron todo su efecto a las leyes nazis al interpretarlas según sus normas en vez de las normas bastante diferentes que se utilizaban durante el régimen de Hitler? Además, con leyes de esa clase, repletas como estaban de frases vagas y delegaciones ilimitadas de poder, parece un poco fuera de lugar insistir sobre la forma en que deberían ser propiamente interpretadas.

así se adapta a la conveniencia de los que están en el poder. Para el juicio de causas criminales que conciernen a la lealtad al régimen, se establecen tribunales militares especiales y estos tribunales hacen caso omiso, siempre que les conviene, de las leyes que se supone que controlan sus decisiones. Cada vez más, el objetivo principal del gobierno parece ser, no el de dar al ciudadano normas mediante las cuales rija su conducta, sino el aterrorizarlo hasta la impotencia. Conforme se desarrolla esa situación, el problema al que se enfrenta el ciudadano no es tan sencillo como el que pueda tener un votante que sabe con certeza que su voto no será contado. Es más parecido al del votante que sabe que las probabilidades están en contra de que su voto sea tomado en absoluto en consideración y que, si se cuenta, hay muchas probabilidades de que se contaría en contra del partido por el que realmente votó. Un ciudadano que se encuentra en este aprieto tiene que decidir por sí mismo si está o no de acuerdo con el sistema y votar como si fuera una especie de acto simbólico que exprese la esperanza de días mejores. Así sucedió con el ciudadano alemán bajo el gobierno de Hitler, enfrentado a decidir si tenía o no la obligación de obedecer aquellos fragmentos de la ley que el terror nazi había dejado intactos.

En situaciones como ésta no puede haber un principio sencillo por medio del cual se pruebe la obligación del ciudadano de ser fiel a la ley, en la misma forma que no puede existir un principio semejante para probar su derecho a comprometerse en una revolución general. Sin embargo, una cosa es evidente. Un mero respeto por la autoridad constituida no debe confundirse con la fidelidad a la ley. Los súbditos de Rex, por ejemplo, permanecieron fieles a él como rey durante su largo e inepto reinado. No fueron fieles a sus leyes, porque él nunca creó alguna.

La aspiración a la legalidad perfecta

Hasta ahora nos hemos preocupado por descubrir ocho caminos que conducen al fracaso en la empresa de crear el derecho. Correspondientes a éstos existen ocho clases de excelencia legal a las cuales debe tender todo sistema de derecho. Lo que en el más bajo nivel parecen condiciones indispensables

para que exista del todo el derecho, se vuelven, conforme ascendemos la escala del logro, exigencias cada vez más difíciles para la capacidad humana. En lo alto de la escala nos vemos tentados a imaginar una utopía legal en la cual todas las leyes son perfectamente claras, coherentes unas con otras, conocidas por todos los ciudadanos, y nunca retroactivas. En esta utopía las leyes permanecen inmutables a través del tiempo; requieren solamente lo que es posible, y son escrupulosamente observadas por los tribunales, la policía, y todos los demás encargados de su administración. Por razones que expondré dentro de poco, esta utopía, en la cual se realizan a la perfección los ocho principios de legalidad, no es realmente un objetivo útil para guiar el impulso hacia la efectiva legalidad; el objetivo de la perfección es mucho más complejo. No obstante, sugiere ocho normas distintas mediante las cuales se puede poner a prueba la excelencia de la legalidad.

Al exponer en mi primer capítulo la distinción entre la moral de deber y la de aspiración hablé de una escala imaginaria que principia en la parte inferior con los deberes morales más obvios y esenciales y asciende hasta los logros más elevados a que puede llegar el hombre. También hablé de un indicador invisible que señala la línea divisoria en que cesa la presión del deber y principia el reto de la excelencia. Deberá aclararse ahora que la moral interna del derecho presenta todos estos aspectos. También comprende una moral de deber y una moral de aspiración. Se enfrenta asimismo al problema de saber dónde marcar el límite debajo del cual los hombres serán condenados por fracasar, sin esperar alabanzas por haber triunfado, y sobre el cual serán admirados por triunfar o al menos compadecidos por no haberlo logrado.

Al aplicar el análisis del primer capítulo a nuestro tema actual, llega a ser esencial considerar ciertas cualidades distintivas de la moral interna del derecho. En la que puede llamarse la moral básica de la vida social, los deberes que afectan a otras personas en general (en oposición a aquellos que conciernen a individuos en particular) de ordinario requieren únicamente abstenciones, o como pudiera decirse, son negativos por naturaleza. No matar, no hacer daño, no engañar, no difamar, y otros deberes semejantes. Tales deberes se prestan a ser definidos con un mínimo de dificultad. Es decir, ya

sea que nos ocupemos de deberes legales o morales, podemos elaborar normas que indiquen con cierta precisión —aun cuando nunca completamente— la clase de conducta que se debe evitar.

Sin embargo, las demandas de la moral interna del derecho, aunque se refieren a una relación con las personas en general, requieren algo más que abstenciones, son, como diríamos, vagamente afirmativas por naturaleza: dan a conocer la ley, la hacen coherente y clara, velan por que sus decisiones como parte oficial se guíen por estas cualidades, etc. Para cumplir con estos requisitos, las energías del hombre deben encaminarse a logros específicos y no únicamente a evitar acciones perjudiciales.

Debido a la calidad afirmativa y creativa de sus requisitos, la moral interna del derecho se presta difícilmente al logro por medio de deberes, ya sean éstos morales o legales. Por conveniente que pueda parecer una orientación del esfuerzo humano, si afirmamos que hay una obligación que cumplir, debemos afrontar la responsabilidad de definir hasta qué punto esa obligación ha sido violada. Es fácil afirmar que el legislador tiene el deber moral de hacer que sus leyes sean claras y comprensibles. Pero esto es, en el mejor de los casos, una exhortación a menos que estemos preparados para definir el grado de claridad que debe lograr a fin de cumplir con su deber. La noción de sujetar la claridad a una medida cuantitativa presenta evidentes dificultades. Por supuesto, podemos contentarnos diciendo que el legislador tiene por lo menos el deber moral de tratar de ser claro. Pero esto sólo aplaza la dificultad, pues en algunas situaciones nada puede ser más desconcertante que intentar calcular cuán vigorosamente intentó un hombre hacer lo que no pudo hacer. En cualquier caso, en la moral del derecho, las buenas intenciones ayudan poco, como lo demostró ampliamente el rey Rex. Todo esto lleva aún más a la conclusión de que la moral interna del derecho está condenada a permanecer principalmente como una moral de aspiración y no de deber. Su atractivo principal debe ser en cierto sentido como una comisión de confianza y para el orgullo de quien fue su artífice.

Hay una importante excepción a estas observaciones. Se refiere al desideratum de hacer que las leyes sean conocidas, o

al menos accesibles para aquellos a quienes afectan. Este es un requisito que se presta con extraordinaria facilidad a la formalización legal. Una constitución escrita puede prescribir que ningún proyecto aprobado se convierta en ley hasta que se le haya dado una forma específica de publicación. Si los tribunales tienen poder para efectuar esta medida, se puede decir que es un requisito legal para la creación de la ley. Pero es también fácilmente imaginable un deber moral con respecto a la publicación. Por ejemplo, una costumbre puede definir qué clase de promulgación de leyes puede esperarse, dejando al mismo tiempo sin aclarar qué consecuencias se derivan de una desviación de la forma aceptada de publicación. Una formalización del desideratum de publicidad tiene evidentes ventajas sobre los esfuerzos sin encauzar, aun cuando éstos se ejercen en una forma inteligente y concienzuda. Una norma formalizada de promulgación no sólo indica al legislador dónde debe publicar sus leyes, sino que también permite al sujeto —o al abogado que representa sus intereses— saber a dónde dirigirse para aprender lo que es la ley.

Cabría suponer que el principio que condena las leyes retroactivas podría también ser fácilmente formalizado en una norma sencilla que indicara que tal o cual ley no debería ser promulgada o que carecería de validez si se llegara a promulgar. Sin embargo, esa norma perjudicaría la causa de la legalidad. Es curioso, pero uno de los requisitos de legalidad que parecen más obvios —el de que una ley promulgada deba gobernar lo que pase mañana, no lo que sucedió ayer— resulta que presenta algunos de los problemas más difíciles de toda la moral interna del derecho.

Por consiguiente, lo más que podemos esperar de constituciones y tribunales con respecto a los requisitos de legalidad distintos de los de promulgación es que nos salven del abismo; no se puede esperar que dispongan muchas medidas obligatorias encaminadas a logros verdaderamente importantes.

Legalidad y cálculo económico

En mi primer capítulo intenté demostrar como, a medida que dejamos la moral de deber y ascendemos a los más altos

niveles de una moral de aspiración, el principio de utilidad marginal ejerce un papel cada vez más importante en nuestras decisiones. Al nivel del deber, cualquiera cosa parecida al cálculo económico está fuera de lugar. En una moral de aspiración no sólo está en su lugar, sino que se convierte en parte integrante de la misma decisión moral —y va en aumento conforme alcanzamos los niveles más elevados de realización. No es difícil demostrar que algo parecido a un cálculo económico puede ser necesario cuando surge un conflicto entre la moral interna y la externa del derecho. Por ejemplo, desde el punto de vista de la moral interna del derecho, es de desearse que las leyes permanezcan estables a través del tiempo. Pero es obvio que los cambios de circunstancias, o los cambios en la conciencia de los hombres, puedan requerir cambios en los objetivos substantivos del derecho, y algunas veces cambios perturbadoramente frecuentes. En este punto nos vemos muchas veces obligados a tomar un oscilante curso intermedio entre cambios demasiado frecuentes y falta absoluta de cambios, sostenidos por la convicción no de que el curso escogido es el único adecuado, sino de que en todos los eventos debemos mantenernos alejados de los escollos del desastre que se encuentra a uno y otro lado.

Supongo que es mucho menos evidente que puedan surgir antinomias dentro de la moral interna del derecho. No obstante, es fácil demostrar que los varios desiderata que contribuyen a formar esa moral pueden algunas veces oponerse unos a otros. Por lo tanto, es al mismo tiempo de desear que las leyes no cambien con el tiempo y que sean de tal manera que no pongan obstáculos insuperables a la obediencia. Sin embargo, cambios rápidos en las circunstancias, como los que acompañan a una inflación, pueden hacer que la obediencia a una ley particular que anteriormente era bastante fácil, se vuelva cada vez más difícil, hasta el punto de ser casi imposible. Nuevamente se hace necesario seguir un curso intermedio que implica cierto menoscabo de ambos anhelos.

Durante una visita que hice a Polonia en mayo de 1961, conversé con una señora que fue Ministra de Justicia, conversación que es pertinente aquí. Ella me contó cómo en los primeros días del régimen comunista se hizo un esfuerzo severo y sostenido para redactar las leyes tan claramente que fueran

inteligibles al trabajador y al campesino. Sin embargo, pronto se descubrió que esta clase de claridad sólo podía lograrse a costa de aquellos elementos sistemáticos que en un sistema jurídico agrupan sus normas en un todo coherente y las hacen capaces de ser aplicadas consecuentemente por los tribunales. En otras palabras, se descubrió que el hacer las leyes fácilmente comprensibles para el ciudadano acarrea un costo invisible que hacía su aplicación por los tribunales más caprichosa y menos previsible. Por lo tanto, fue inevitable retroceder a un punto de vista más equilibrado.

Estos ejemplos e ilustraciones podrían multiplicarse. Creo que ya se ha dicho bastante para demostrar que la utopía de la legalidad no puede considerarse como una situación en la cual todo desideratum de la moral especial del derecho se realiza a perfección. Esta no es una cualidad especial —y ciertamente ningún defecto peculiar— de la moral interna del derecho. En todo empeño humano encontraremos siempre el problema del equilibrio en algún punto, conforme atravesamos el largo camino que conduce del abismo del fracaso total a las alturas de la excelencia humana.

Es tiempo ya de examinar más extensamente cada uno de los ocho requisitos de la moral interna del derecho. Esta revisión tropezará con ciertas dificultades hasta ahora pasadas por alto, particularmente aquellas que conciernen a la relación entre las dos clases de moral, interna y externa del derecho. También incluirá algunas observaciones sobre la manera en que realmente han surgido en la historia los problemas de la moral interna del derecho.

La generalidad del derecho

El primer desideratum de un sistema para sujetar la conducta humana al gobierno de las reglas es algo obvio: debe haber reglas. Esto puede ser expresado como un requisito de generalidad.

En la historia reciente, los fracasos más notables para lograr reglas generales han sido tal vez los de algunas de nuestras oficinas reguladoras especialmente aquellas que tienen a su cargo funciones de distribución. Como el rey Rex, se embarcaron en su empresa creyendo que si procedían al princi-

pio caso por caso adquirirían una comprensión que les permitiría desarrollar normas generales de decisión. En algunos casos esta esperanza ha sido completamente frustrada; esto es especialmente así en el caso de la Junta de Aeronáutica Civil y en el de la Comisión Federal de Comunicaciones. Creo que la razón de este fracaso estriba en la naturaleza de las tareas asignadas a estas oficinas; tratan de desempeñar por medio de formas judiciales algo que no se presta a realización por medio de esas formas.³ Pero, sea cual sea la razón, consideradas como un intento para crear sistemas legales coherentes, estos organismos han resultado notablemente infructuosos. Las quejas presentadas contra estas oficinas no se refieren tanto a que sus reglas son injustas, como a que han omitido del todo producir algunas reglas significativas. Esta distinción es importante porque el desideratum de generalidad es algunas veces interpretado como indicando que el derecho debe obrar en forma impersonal, que sus reglas deben aplicarse a clases generales y no deben contener nombres propios. Los preceptos constitucionales que invalidan "las leyes privadas" y la "legislación especial" expresan este principio.⁴ Pero el

³ He tratado de analizar los límites del proceso de determinación judicial en dos artículos: "Adjudication and the Rule of Law", *Proceedings of the American Society of International Law* (1960), págs. 1-8; "Collective Bargaining and the Arbitrator", *Wisconsin Law Review* 3-46 (1963). Pienso publicar más tarde un análisis más general que se llamará *The Forms and Limits of Adjudication*. Véanse también págs. 170-177, infra.

⁴ Véase la anotación "Special, Local or Private Laws" en *Index Digest of State Constitutions* (2ª ed. 1959) publicado por el Legislative Drafting Research Fund of Columbia University. Medidas de esta índole han provocado muchas dificultades a los tribunales y legislaturas. Algunas veces se cumplen sus requisitos por medio de artificios tan disimulados como la disposición de que una ley particular se aplicará "a todas las ciudades del Estado que según el último censo tengan una población de más de 165 000 habitantes y menos de 166 000". Antes de condenar esta manifiesta evasiva debemos recordar que la clase o grupo de un solo miembro es un concepto familiar y esencial en la teoría de lógica y de grupo. A veces la prohibición de leyes especiales va dirigida contra malas aplicaciones bastante obvias del poder legislativo. La Constitución de California, por ejemplo, prohíbe leyes especiales "para el castigo

principio protegido por estas disposiciones es un principio de equidad, el cual, en los términos del análisis aquí presentado, pertenece a la moral externa del derecho.

Este principio es diferente del requisito de la moral interna del derecho, el que exige, como *mínimum*, que debe haber leyes de alguna clase, por justas o injustas que puedan ser. Puede uno imaginar un sistema de derecho destinado a un solo individuo designado por su nombre, que regule su conducta con respecto a otros individuos también nombrados. Algo parecido puede existir entre jefe y empleados. Si el jefe desea evitar la necesidad de vigilar al empleado y dirigir cada uno de sus actos, puede encontrar necesario enunciar y transmitir ciertos principios generales de conducta. En esta aventura se presentan al jefe todos los caminos del fracaso recorridos por el rey Rex. Tal vez no tenga éxito en enunciar leyes generales; si lo hace puede fracasar al trasmitirlas al empleado. Si el jefe logra crear un sistema funcional de normas, descubrirá que este triunfo ha sido logrado a costa de sí mismo. No sólo ha tenido que invertir cierto esfuerzo e inteligencia en la empresa, sino que su mismo éxito coarta su libertad de acción. Si al distribuir la alabanza y la censura hace habitualmente caso omiso de sus propias normas, verá que su sistema de reglas se desintegra, y sin que haya una revuelta franca, puede dejar de producir lo que él buscaba obtener de ese conjunto de reglas.

En los verdaderos sistemas para controlar y dirigir la conducta humana es raro un fracaso total para lograr algo parecido a una regla general. Cierta generalización está implícita en el acto de comunicar hasta un simple deseo. La orden dada a un perro: "dame la mano", requiere cierta fuerza de generalización tanto en el amo como en el perro. Antes de que pueda ejecutar la orden, el perro tiene que entender qué clase de actos ligeramente diferentes serán aceptados como dar la mano.

de delitos... para regular la práctica de tribunales de justicia... otorgar divorcios... declarar la mayoría de edad de cualquier persona". (Artículo VI § 25, según enmienda de 4 de noviembre de 1952.) Sin embargo, el mismo artículo contiene una prohibición general de leyes especiales o locales "en todos los casos en que se puede aplicar una ley general". Esto ha producido una verdadera avalancha de litigios.

Más aún, un perro amaestrado llegará a percibir con el tiempo en qué clase de situaciones es probable que se le pida dar la mano y frecuentemente extenderá su pata anticipándose a una orden que aún no se le ha dado. Evidentemente, algo semejante puede suceder y sucede en los asuntos humanos, aun cuando aquellos que tienen el poder de mandar no tengan deseos de establecer reglas generales. Pero si un fracaso total de generalización requiere las dotes especiales de ineptitud de un rey Rex, el hecho es que muchos sistemas legales, grandes y pequeños, adolecen lastimosamente de la falta de principio general.⁵

El problema de generalidad recibe un tratamiento muy inadecuado en la literatura de la jurisprudencia. Austin percibió correctamente que un sistema jurídico es algo más que una serie de ejercicios de poder político sin plan alguno. Sin embargo, su intento de distinguir entre órdenes generales y particulares era tan arbitrario y tan sin relación con su sistema general, que la literatura angloamericana, desde su época, se ha recuperado escasamente de su desorientación original.⁶

Tal vez el defecto básico del análisis de Austin radica en que no distingue dos cuestiones: a) ¿qué es esencial para la eficacia de un sistema de normas legales? y b) ¿a qué debemos llamar "una ley"? En el análisis presentado en estas conferencias, el requisito de generalidad se basa en el axioma de que **para someter la conducta humana al control de las reglas debe haber reglas.** Esto no afirma en modo alguno que todo acto gubernamental, que posea "fuerza de ley" —como un decreto

⁵ La queja de Herbert Wechsler de que algunas de las últimas sentencias de la Suprema Corte sobre problemas constitucionales carecen del grado de generalidad razonada que aseguraría la "neutralidad" de la Corte es la última expresión de queja que se remonta hasta los principios del derecho mismo. Véase *Principles, Politics, and Fundamental Law*, de WECHSLER (1961).

⁶ Véase AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence* (1879), Confer. I, páginas 94-98; GRAY, *The Nature and Sources of the Law* (2ª ed. 1921), págs. 161-162; BROWN, *The Austinian Theory of Law* (1906), nota en págs. 17-20; comp. Kelsen, *General Theory of Law and Statute* (1945), págs. 37-39; SOMLÓ, *Juristische Grundlehre* (2ª ed. 1927), § 20, págs. 64-65. La mejor obra que he encontrado en inglés es PATTERSON, *Jurisprudence —Men and Ideas of the Law* (1953), capítulo 5.

judicial dirigido contra un acusado particular— deba adoptar la forma de disponer una regla general. Ni se intenta aquí dictar normas en asuntos de conveniencia lingüística, como decidir si debemos o no llamar ley a una disposición gubernamental que establece una oficina para recaudación de impuestos en el distrito Centerville.

Promulgación

Volviendo ahora a la promulgación de las leyes, éste es un antiguo y repetido problema que data desde la época de la Secesión de la Plebe en Roma.⁷ Con todo lo obvio y urgente que parece esta demanda, debe reconocerse que está sujeta al principio de utilidad marginal. De hecho, sería insensato tratar de educar a todo ciudadano dentro del significado completo de toda ley que pudiera concebiblemente serle aplicada, aunque Bentham estaba decidido a ir bastante lejos en esa dirección.⁸

La necesidad de esta educación dependerá, por supuesto, de lo lejos que se desvíen los requisitos legales de las opiniones generalmente compartidas sobre lo bueno y lo malo. Durante gran parte de su historia el derecho común tradicional se ha dedicado considerablemente a aclarar las deducciones de conceptos que eran generalmente sostenidos en la sociedad de la época. Esta gran medida de coincidencia entre las demandas morales y legales disminuye considerablemente la fuerza de la objeción de que las reglas del derecho común eran poco accesibles en comparación con las de un código.

El problema de la promulgación se complica con la pregunta: “¿Qué es lo que cuenta como ley para los fines de este requisito?” Organismos de decisión, especialmente tribunales administrativos, adoptan con frecuencia el criterio de que

⁷ Se encontrarán análisis pertinentes en AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence* (1879), págs. 542-544; GRAY, *Nature and Sources of the Law* (2ª ed. 1921), págs. 162-170. Austin acepta sin vacilar una opinión tradicional en Inglaterra según la cual un acto del Parlamento se considera eficaz sin haber sido publicado.

⁸ Véase, por ejemplo, los esfuerzos educativos recomendados en *Rationale of Judicial Evidence*, cap. IV, “Of Preappointed Evidence”, *Works*, Bouring’s ed., 4. 508-585.

aun cuando las normas que ellos aplican en controversias deberían publicarse, no se aplica un requisito semejante a las normas y prácticas que rigen sus procedimientos internos. Sin embargo, todo abogado experimentado sabe que para predecir el resultado de las causas es frecuentemente necesario conocer, no sólo las reglas formales que las rigen, sino los procedimientos internos de deliberación y consulta por medio de los cuales se aplican de hecho estas reglas. Tal vez en reconocimiento de esto se ha desarrollado en Suiza y en México lo que parece un requisito fantástico, el que ciertos tribunales mantengan sus deliberaciones en público.

El hombre a quien Thurman Arnold llama algunas veces "el mero realista" (cuando no se reserva este papel para sí mismo)⁹ puede sentirse tentado a decir algo parecido a esto, acerca del requisito de promulgación: "Después de todo, tenemos miles de leyes, de las cuales sólo es conocida una pequeñísima parte, directa o indirectamente, por el ciudadano ordinario. ¿Por qué tanta alharaca para que se publiquen? Sin leer el código penal el ciudadano sabe que no debe asesinar ni robar. En cuanto a las leyes más esotéricas, podría distribuirse su texto completo en todas las esquinas y ni un hombre entre cien las leería nunca." A esto podrían darse varias respuestas. Aun si ni un solo hombre entre cien se toma el trabajo de enterarse, digamos, acerca de las leyes aplicables a la práctica de su profesión, esto es suficiente para justificar el trabajo de hacer que las leyes sean accesibles a la generalidad. Este ciudadano tiene por lo menos derecho a saber, y no puede

⁹ Algunas veces el juez Arnold parece poder combinar los papeles. En la "Teología" del profesor Hart, 73 *Harvard Law Review*, 1928, en la página 1311 (1960), se levanta elocuentemente sobre lo "puro realista" al declarar: "Sin una constante y sincera prosecución del brillante pero nunca completamente realizable ideal del gobierno de derecho sobre los hombres, de la *razón* sobre la *preferencia personal*, nunca tendremos un gobierno civilizado." Pero en el mismo artículo apostrofa al profesor Hart por proponer que la Suprema Corte debería emplear más tiempo en "madurar el pensamiento colectivo". Arnold declara: "No existe tal proceso, ni nunca ha existido; los hombres de opiniones positivas sólo se empeñan en esas opiniones por... deliberación." (Página 1312.)

ser identificado anticipadamente. Más aún, los hombres, en muchas actividades, observan la ley, no porque la conozcan directamente, sino porque siguen la pauta establecida por otros de quienes saben que están mejor informados que ellos mismos. En esta forma, el conocimiento que tienen algunos pocos de la ley influye frecuentemente en forma indirecta en las acciones de muchos. Debería darse también a las leyes la publicación adecuada a fin de que puedan ser criticadas públicamente, incluyendo la crítica que indique que no son la clase de leyes que no deban ponerse en vigor a menos que su contenido pueda ser efectivamente transmitido a aquellos que están sujetos a las mismas. Es también evidente que si las leyes no son dadas a conocer inmediatamente, su inobservancia o cumplimiento no puede ser realmente comprobada. Finalmente, el gran volumen de leyes modernas concierne a formas específicas de actividad, tales como las de la dirección o práctica de profesiones o negocios particulares; tiene poca importancia el que éstas sean o no conocidas por el ciudadano ordinario. El requisito de que las leyes sean publicadas no se basa en algo tan absurdo como esperar que el ciudadano concienzudo se sienta a leerlas una por una.

Leyes retroactivas

En este país, el problema de las leyes retroactivas concierne explícitamente a ciertos preceptos de la Constitución de los Estados Unidos¹⁰ y a medidas dispersas en ciertas consti

¹⁰ El tercer párrafo del Artículo I, Sección IX, dispone: "Ninguna ley de proscripción o *ex post facto* será promulgada por el Congreso." A pesar de la extensión de sus palabras, la disposición acerca de las leyes *ex post facto* ha sido interpretada como para que se aplique únicamente a las leyes penales. (Véanse los artículos citados en la nota 12, infra.) Por leyes de proscripción la Constitución se refiere principalmente a actos legislativos punitivos, dirigidos contra los individuos. La prohibición de tales leyes estaba apoyada no sólo por la creencia de que las leyes deberían tener efecto futuro, sino también, y tal vez principalmente, por la convicción de que las medidas punitivas deberían imponerse por normas de aplicación general.

tuciones estatales.¹¹ Fuera del ámbito que abarcan estas disposiciones, la validez de la legislación retroactiva es considerada generalmente como un problema de proceso debido. No trataré de las intrincaciones e incertidumbres de esta parte del derecho constitucional.¹² En su lugar trataré de ciertos problemas básicos concernientes a la relación entre la retroactividad y los otros elementos de legalidad.¹³

La prohibición de las leyes de proscripción y *ex post facto* se extiende a los Estados conforme al Artículo I, Sección X. Esta Sección agrega la prescripción de que "ningún Estado promulgará una ley que perjudique la obligación derivada de contrato". Esta última disposición se considera generalmente como destinada a anular una clase especial de ley "retroactiva". Sin embargo, como indicaré más tarde en el texto, existen verdaderas dificultades para lograr una definición precisa de una "ley retroactiva". Esto se vuelve difícil en relación con la "cláusula de daños".

¹¹ Véanse las anotaciones "Leyes *ex post facto* y leyes retroactivas" en el *Index Digest of State Constitutions* (2ª ed. 1959). El espíritu de estas leyes encuentra una vigorosa expresión en la Parte I, Sección 23, de la Constitución de New Hampshire de 1784: "Las leyes retroactivas son sumamente injuriosas, opresivas, e injustas. Por lo tanto, no deberán promulgarse tales leyes, ni para la decisión de causas civiles, ni para el castigo de delitos."

¹² Véase Hale, "The Supreme Court and the Contract Clause", 57 *Harvard Law Review* 512-557, 612-674, 852-892 (1944); Hochman, "The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation", 73 *Harvard Law Review* 692-727 (1960); "Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts", 71 *Yale Law Journal* 907-951 (1962), (nota sin firmar).

¹³ La literatura sobre jurisprudencia presta poca atención a las leyes retroactivas. Gray examina extensamente el efecto *ex post facto* de las decisiones judiciales (*The Nature and Sources of the Law*) (2ª ed. 1921), págs. 89-101, 218-233, pero sólo dice de las leyes: "La legislatura puede, en ausencia de cualquier prohibición constitucional, inclusive hacer retroactiva la nueva ley." (*Ibid.* página 187). Kelsen parece preocuparse poco por las leyes retroactivas, pero observa que puesto que es generalmente reconocido que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, por lo tanto, una ley puede aplicarse debidamente a alguien que no sabía de ella, la ley retroactiva sólo va un poco más lejos al aplicar una ley a alguien que no podía posiblemente haberla conocido. *General Theory of Law and State* (1945), págs. 43-44, 73, 146, 149.

Considerada por sí misma, y haciendo abstracción de su posible función en un sistema de leyes que son mayormente leyes en perspectiva, una ley retroactiva es verdaderamente una monstruosidad. El derecho tiene que ver con el gobierno de la conducta humana por medio de leyes. Hablar de gobernar o dirigir la conducta hoy por reglas que se promulgarán mañana es hablar por hablar.

Preguntar cómo evaluaríamos un sistema legal imaginario que consiste exclusivamente en leyes retroactivas, y sólo retroactivas, es como preguntar cuánta presión de aire hay en un vacío perfecto.

Por lo tanto, si hemos de evaluar las leyes retroactivas inteligentemente, debemos situarlas en el contexto de un sistema de reglas que son generalmente reglas en perspectiva. Es curioso, en este contexto pueden surgir situaciones en las que el hecho de permitir un efecto retroactivo a las normas legales se hace no sólo tolerable, sino que puede ser realmente esencial para promover la causa de la legalidad.

Como cualquier otra empresa humana, el esfuerzo por cumplir los requisitos frecuentemente complejos de la moral interna del derecho puede sufrir varias clases de contratiempos. Cuando las cosas marchan mal es cuando se hace frecuentemente indispensable la ley retroactiva, como una medida curativa; aunque el movimiento propio de la ley es adelantarse al tiempo, algunas veces tenemos que detenernos y volvernos a recoger los fragmentos. Supongamos que una ley declara que a partir de la fecha en que se pone en vigor, ningún matrimonio será válido a menos que la persona que efec-

Para Somló la cuestión es de justicia; no hay una razón intrínseca en la naturaleza del derecho para que las leyes no puedan ser retroactivas, *Juristische Grundlehre* (2ª ed. 1927), 302-303. Sólo Austin parece considerar las leyes retroactivas como un problema difícil de analizar legalmente. Considerando al derecho como un mandamiento al que acompaña una sanción, observa que el daño o el mal suponen una *intención* ilegal, o una de esas formas de *inadvertencia* ilegal que son negligencia, imprudencia y precipitación. Pues a menos que la parte hubiera sabido que está violando su deber, o que *podía* haberlo violado, la sanción no podría aplicarse en el momento del acto a fin de obligarlo "a obedecer" el mandamiento. *Lectures on Jurisprudence* (4ª ed. 1879), pág. 485.

túe la ceremonia ponga al certificado de matrimonio un sello especial, proporcionado por el Estado. Una avería de la imprenta oficial impide que puedan obtenerse los timbres cuando la ley entra en vigor. Aunque la ley ha sido debidamente promulgada, se le da poca publicidad, y el método por el cual sería ordinariamente conocida, por transmisión verbal entre aquellos que efectúan las ceremonias de los matrimonios, fracasa debido a que los timbres no son distribuidos. Se celebran muchos matrimonios entre personas que no saben nada de la ley, y con frecuencia ante ministros religiosos que tampoco están enterados de la misma. Esto ocurre después de que la legislatura ha suspendido sus sesiones. Al ser convocada nuevamente a sesión la legislatura promulga una disposición legislativa confiriendo validez a los matrimonios que por los términos de la ley anterior fueron declarados nulos. Aunque por sí mismo, el efecto retroactivo de la segunda ley perjudica al principio de legalidad, disminuye el efecto de la falta de cumplimiento de otros dos objetivos legales: el que las leyes deban hacerse conocer a aquellos a quienes afectan y que éstas puedan ser obedecidas.¹⁴

Podría uno verse tentado a derivar de este ejemplo la lección de que las leyes retroactivas siempre se justifican, o al menos son inocentes, cuando su intento es subsanar irregularidades de forma. Antes de precipitarse a deducir esta conclusión sería bueno recordar la Purga de Roehm de 1934. Hitler había decidido que ciertos elementos del partido nazi reunidos cerca de Roehm eran un estorbo para su régimen. El procedimiento normal en una dictadura en un caso semejante hubiera sido ordenar simulacros de procesos seguidos de un fallo condenatorio y de ejecución. Sin embargo, el tiem-

¹⁴ Debido a que los redactores ordinariamente pasan por alto la necesidad ocasional de leyes "curativas", algunas veces los tribunales tienen que volver a redactar substancialmente prohibiciones categóricas constitucionales de leyes retroactivas. Así el Artículo I, § 20 de la Constitución de Tenesí de 1870 dispone que "ninguna ley retroactiva o que perjudique la obligación de contrato, será promulgada". Esto era en los primeros tiempos interpretada como si dijera: "ninguna ley retroactiva, ni otra ley, que perjudique la obligación de contrato, será promulgada". Los primeros casos son discutidos en *Wynne's Lessee v. Wynne*, 32 Tenn. 405 (1852).

po apremiaba, así que Hitler y sus socios emprendieron un viaje rápido hacia el sur durante el cual abatieron a balazos a cerca de cien personas. Regresando a Berlín, Hitler arregló prontamente la aprobación de una ley retroactiva que convertía estos asesinatos en ejecuciones legales. Después Hitler declaró que durante el asunto "la Suprema Corte del pueblo alemán consistía en él mismo", indicando así que según su manera de pensar, a las muertes con arma de fuego había acompañado una mera irregularidad de forma que consistía en el hecho de que él portaba en su mano una pistola en vez de la vara de la justicia.¹⁵ Y, con esta opinión del asunto, pudo aun haber citado las palabras de nuestra Suprema Corte al defender un estatuto al que llamó "una ley curativa adecuadamente destinada a remediar... defectos en la administración del gobierno".¹⁶

Un segundo aspecto de la legislación retroactiva se relaciona no tanto con cualquier contribución positiva que ocasionalmente se pueda prestar a la moral interna del derecho, sino más bien a la circunstancia de que inevitablemente se atribuye en cierto grado al cargo de juez. Es importante observar que un sistema para gobernar la conducta humana por medio de leyes formalmente sancionadas no requiere necesariamente tribunales o cualquier otro procedimiento institucional para dirimir disputas acerca del sentido de las leyes. En una sociedad pequeña y amistosa, gobernada por leyes relativamente sencillas, tales disputas quizá no surjan. Si se suscitan pueden solucionarse por medio de una transacción voluntaria de intereses. Si no son resueltas aun en esa forma, un cierto número de controversias acerca del asunto tal vez no perjudiquen gravemente la eficacia del sistema en general.

Hago hincapié sobre este punto porque frecuentemente se da por sentado que los tribunales son simplemente un reflejo del fin fundamental del derecho, que se supone que es el de dirimir disputas. La necesidad de las leyes —según parece creerse— surge generalmente de la naturaleza egoísta, pendenciera, y litigiosa del hombre. En una sociedad de ángeles no habría necesidad de leyes.

¹⁵ En mi artículo en 71 *Harvard Law Review* 650 (1958) se encontrarán importantes referencias.

¹⁶ *Graham v. Goodcell*, 282 U. S. 409, 429 (1930).

Pero esto depende de los ángeles. Si los ángeles pueden vivir juntos y llevar a cabo sus buenas obras sin leyes en absoluto, entonces, por supuesto, pueden prescindir de la ley. Tampoco las necesitarían si las leyes por las que se rigen fueran tácitas, libres de formalidades y percibidas intuitivamente. Pero si para cumplir sus funciones celestiales debidamente, los ángeles necesitan reglas "hechas", reglas creadas por alguna decisión explícita, entonces necesitan leyes, tal como se las conceptúa en estos ensayos. Un rey Rex que fuera llamado a gobernarlos y a establecer reglas para regir su conducta no perdería oportunidad de echar a perder su faena porque sus súbditos fueran ángeles. Se podría objetar que por lo menos no se suscitara el problema de mantener la congruencia entre la acción oficial y la ley promulgada; pero esto no es verdad, pues Rex podría fácilmente caer en el error de hacer peticiones particulares a sus angélicos súbditos que serían contradictorias de leyes generales que él había establecido para regular su conducta. Esta práctica podría producir un estado de confusión en el que las leyes generales perderían su fuerza directiva.

En una sociedad política numerosa y compleja, los tribunales llevan a cabo una función esencial. Ningún sistema legal—ya sea elaborado por el juez o promulgado legislativamente—puede ser tan perfectamente planeado que no dé lugar a controversias. Cuando surge una controversia acerca del sentido de una regla particular, es necesaria alguna medida para resolver la disputa. La forma más adecuada de lograr esta resolución está en alguna forma de procedimiento judicial.

Supongamos que surge una disputa entre *A* y *B* acerca del sentido de una regla legal por la cual se determinan sus respectivos derechos. Su disputa es sometida a un tribunal. Después de pesar todos los argumentos cuidadosamente, el juez puede considerar que éstos están casi igualmente equilibrados entre la posición tomada por *A* y la tomada por *B*. En ese sentido la ley no le proporciona realmente ninguna norma clara para decidir la causa. Sin embargo, los principios pertinentes a esta decisión se basan en esta ley, cuyos requisitos en nueve de diez causas no originarían problema de ninguna clase. Si el juez fracasa al pronunciar su decisión, no cumple con su deber de solucionar las disputas que surgen de un cuer-

po legal existente. Si falla la causa, se ve inevitablemente envuelto en un acto de legislación retroactiva.

Evidentemente, el juez debe decidir la causa. Si cada vez que surge una duda acerca del sentido de una ley el juez fuera a declarar la existencia de un vacío legal, la eficacia de todo el sistema de reglas en perspectiva quedaría gravemente perjudicada. Para obrar con confianza conforme a leyes, los hombres no sólo deberán tener la oportunidad de saber qué son las leyes, sino también estar seguros de que en caso de disputa acerca de su sentido hay un método disponible para solucionar la disputa.

En el caso que se acaba de suponer, el argumento para una decisión retroactiva es muy conveniente. Sin embargo, supongamos que el tribunal actúa no para aclarar una duda acerca de la ley, sino para negar uno de sus propios precedentes. Por ejemplo, continuando con el caso de *A* y *B*, la misma disputa surge entre *C* y *D*. *C* se niega a resolver la disputa sobre la base de la decisión dada en el caso de *A v. B*, y en su lugar lleva el caso a los tribunales. *C* convence a la corte de justicia que su decisión en el caso de *A v. B* estaba equivocada y debe ser revocada. Si esta revocación se hace retroactiva, entonces *D* pierde aun cuando él confiaba en una decisión legal que estaba claramente a su favor. Por otra parte, si la decisión en el caso *A v. B* estaba equivocada y debía haber sido anulada, *C* ha prestado un servicio público al negarse a aceptarla, llevándola al tribunal para ser reexaminada. Sería ciertamente irónico que la única recompensa que *C* recibiera por su servicio fuera que se aplicara en su contra una ley reconocidamente equivocada. Si el tribunal fuera a anular el precedente en vista a casos futuros, de modo que el nuevo fallo se aplicara únicamente a casos que se presentaron después de la decisión de revocar la sentencia anterior; es difícil comprender cómo podría un litigante privado tomar la iniciativa para recurrir a la invalidación de una decisión que estaba equivocada o que había perdido su justificación debido a un cambio de circunstancias. (Se ha indicado que este argumento pierde su fuerza en el caso de lo que pudiera ser llamado "el litigante institucional", digamos, un sindicato de trabajadores o una asociación de comerciantes,

que mantiene un interés permanente en el desarrollo del derecho que se extiende más allá de controversias específicas.)¹⁷

Las situaciones que se acaban de exponer se refieren a litigios civiles. En las causas criminales se aplican consideraciones bastante diferentes. Esto ha venido a ser reconocido en casos que comprenden la invalidación de precedentes, como por ejemplo, cuando un tribunal ha interpretado una ley penal que no se aplica a cierta forma de actividad; luego, en un caso posterior cambia su manera de pensar y deroga su precedente interpretación.¹⁸ Si esta decisión invalidatoria fuera proyectada retroactivamente, entonces serían marcados como delinquentes hombres que actuaban con confianza sobre una interpretación judicial del derecho. Se ha supuesto que se aplican diferentes consideraciones a causas en que el tribunal falla incertidumbres dejadas sin resolver anteriormente en la aplicación de una ley penal y que tales casos deben ser tratados justamente como el caso civil *A v. B*, examinado anteriormente. Creo que esta opinión es errónea. Es cierto que existen en este caso ciertas salvaguardias que atenúan lo que parece ser una burda injusticia, al hacer retroactivamente delictuoso lo que anteriormente no era tan claramente así. Si la ley penal en general es de aplicación incierta, puede ser declarada inconstitucionalmente vaga. Más aún, es un principio aceptado de interpretación que una ley penal debe ser interpretada estrictamente, de manera que los actos que están fuera de su sentido formal no deben ser considerados delictuosos simplemente porque presentan la misma clase de peligro que aquellos descritos por las palabras de la ley. Sin embargo, es posible que una ley penal pueda ser redactada en tal forma que, aun cuando su sentido sea razonablemente claro en nueve de diez casos, en el décimo caso, en el que surge de hecho alguna situación especial, pueda ser tan confuso que no proporcione al acusado en particular ningún aviso de que lo que él estaba haciendo fuera delictuoso. Esto es especialmente probable que sea el caso cuando hay de por medio reglamentaciones de orden económico. Los tribunales han supuesto generalmente que esta clase de causa no tiene otra

¹⁷ Véase la nota en el *Yale Law Journal*, citada en n. 12, supra.

¹⁸ Véase referencia de la última nota.

alternativa que resolver la duda, creando así una ley penal retroactiva. El problema es tratado, en otras palabras, como si fuera solamente un juicio civil. No obstante, en una causa criminal como la supuesta, una absolución no deja sin resolver disputa alguna, lo que significa simplemente que el acusado queda libre.

Propongo que debería reconocerse un principio según el cual el acusado no debería ser declarado culpable cuando la aplicación de la ley a su situación particular fuera tan poco clara que, si hubiera sido igualmente confusa en todas las aplicaciones, hubiera sido declarada nula por incertidumbre. Este principio eliminaría la falsa analogía con los juicios civiles, y pondría el tratamiento de lo que puede llamarse incertidumbre específica en armonía con el derecho concerniente a leyes penales que son en conjunto inciertas.

Queda por examinar el problema más difícil de todos: el de saber cuándo una ley deberá ser considerada propiamente como retroactiva. El caso más fácil es el de la ley que implica convertir en acto delictuoso aquel que era perfectamente legal cuando fue cometido. Las disposiciones constitucionales que prohíben las leyes *ex post facto* están principalmente dirigidas contra tales estatutos. El principio de *nulla poena sine lege* es generalmente respetado por las naciones civilizadas. La razón por la cual se condena en forma tan universal la ley penal retroactiva no se debe meramente al hecho de que en la litigación penal los peligros sean considerables. Se debe también —y principalmente— a que de todas las ramas del derecho, el derecho penal es el que concierne en forma más obvia y directa a la formación y control de la conducta humana. La ley penal retroactiva es la que recuerda más directamente el brutal absurdo de ordenar a un hombre hoy que haga algo ayer.

En contraposición con la ley penal *ex post facto*, suponemos que una ley de impuestos promulgada, digamos en 1963, que establece un impuesto sobre las utilidades obtenidas en 1960, época en la cual no estaban todavía sujetas a impuesto dichas utilidades. Tal ley puede ser considerada burdamente injusta, pero no puede decirse, estrictamente hablando, que sea retroactiva. Indudablemente, basa el monto del impuesto en algo que sucedió en el pasado. Pero lo único que requiere de aquél a quien está dirigida, es muy sencillo, a saber, que

pague el impuesto requerido. Este requisito obra en forma futura. En otras palabras, no promulgamos leyes de impuestos hoy que ordenen a un hombre pagar impuestos ayer, aunque podemos promulgar hoy una ley que determina las contribuciones que se van a imponer sobre sucesos ocurridos en el pasado.

Para el ciudadano ordinario el argumento antes propuesto parecería probablemente la peor de las argucias. Probablemente diría que así como un hombre puede efectuar un acto porque sabe que éste es legal bajo la ley penal en vigor, igualmente puede celebrar una transacción porque sabe que según la ley existente la ganancia que ésta le proporciona no está sujeta a impuestos. Si la ley penal *ex post facto* es perversa porque impone un castigo a un acto que no lo merecía cuando fue efectuado, hay una injusticia igual en una ley que grava al hombre con un impuesto por una actividad que estaba libre de tributos cuando la llevó a cabo.

La respuesta a este argumento haría ver las consecuencias que se seguirían si sus deducciones fueran completamente aceptadas. Las leyes de todas clases, y no sólo las de impuestos, entran en los cálculos y decisiones de los hombres. Un hombre puede decidir estudiar para ejercer una profesión particular, para casarse, limitar o aumentar el número de miembros de su familia, disponer finalmente de su fortuna —todo con referencia a un cuerpo de derecho existente, el cual incluye no sólo leyes de impuestos, sino también leyes de propiedad y contrato, y quizá también leyes sobre elecciones que dan lugar a una distribución especial del poder político. Si cada vez que un hombre confía en el derecho existente para arreglar sus asuntos, se asegurara contra cualquier cambio en las normas legales, todo el conjunto de nuestras leyes se osificaría para siempre.

A este argumento podría responderse conforme a lo siguiente: Las leyes de impuestos no son completamente iguales a otras leyes. Entre otras cosas, toman parte más directa en el planeamiento de los propios asuntos. Más aún —y esto es mucho más importante—, su objeto principal no es frecuentemente sólo el aumentar los ingresos públicos, sino conformar la conducta humana en una forma que el legislador considere deseable. En este respecto son muy parecidas a la

ley penal. Las leyes de propiedad y contractuales ni prescriben ni recomiendan procedimiento alguno especial para obrar; su objeto es meramente proteger las adquisiciones que provienen de actividades no especificadas. Por otra parte, las leyes de impuestos alientan o disuaden a los hombres acerca de ciertas clases de comportamiento y éste precisamente es con frecuencia su objetivo. Cuando se convierten así en una especie de sustituto de la ley penal, pierden, por así decirlo, su primitiva inocencia. En el caso con que se inició esta discusión (cuando la ley originalmente no impuso tributos sobre ciertas clases de ganancias) el propósito de la misma puede haber sido inducir a los hombres a efectuar transacciones de la clase que produciría estas mismas ganancias. Cuando más tarde se fija un impuesto a las ganancias obtenidas de estas transacciones, se pena en efecto a los hombres por hacer lo que la misma ley los indujo a hacer originalmente.

En este punto puede replicarse en la forma siguiente: las leyes de cualquier clase pueden inducir a los hombres a formas particulares de comportamiento, o disuadirlos de ellas. Por ejemplo, toda la ley de contratos, podría decirse que tiene por objeto inducir a los hombres a organizar sus asuntos por medio de la "empresa privada". Si las operaciones de negocios son planeadas en parte tomando en consideración la ley de contratos existente ¿va a ser esa ley inmune a los cambios para siempre? Supongamos que un hombre incapaz de leer y escribir se convierte en corredor de bienes raíces en una época en que los contratos orales de corretaje son valederos. ¿Tendría que protegerse contra una ley posterior que pueda requerir que tales contratos se hagan constar por un escrito firmado? En cuanto al argumento de que las leyes de impuestos tienen frecuentemente la finalidad explícita de atraer o disuadir a los hombres acerca de ciertas actividades, ¿quién puede decir cuál es la función precisa de un impuesto, excepto que aumenta la recaudación pública? Un legislador puede haber favorecido un impuesto por una razón, otro por una razón del todo diferente. ¿Qué diremos del impuesto sobre bebidas alcohólicas? ¿Fue su objetivo desalentar a los bebedores o fue aumentar la recaudación imponiendo una contribución especial sobre aquellos cuyos hábitos de vida indican que están especialmente capacitados para ayudar a sufragar los gastos

del gobierno? No puede haber una respuesta clara a preguntas de esta naturaleza.

Al llegar a este punto debemos acortar este diálogo y dejar sus problemas sin resolver. El propósito de abordarlo ha sido únicamente el de indicar algunas de las dificultades que comprende el concepto de la ley retroactiva, dificultades que no están en modo alguno confinadas a la ley de tributación. Para subsanar estas dificultades los tribunales han tenido que recurrir frecuentemente a la noción de un contrato sobre el gobierno y el ciudadano. En esta forma, si se concede exención de impuestos a favor de ciertas actividades y más tarde se deroga, la prueba que se aplica frecuentemente es preguntar si el Estado puede o no haber celebrado un contrato para mantener la exención. Deberá observarse que esta noción de un contrato entre Estado y ciudadano es capaz de una extensión indefinida. Como ha demostrado Georg Simmel, la posición de poder superior del Estado reside fundamentalmente en una reciprocidad tácita.¹⁹ Esta reciprocidad, una vez explícita, puede hacerse extensiva a los ocho principios de legalidad. Si el rey Rex, en vez de ser un monarca hereditario, hubiera sido electo para el cargo en forma vitalicia bajo la promesa de reformar el sistema legal, sus súbditos podrían muy bien haber creído que tenían el derecho de destronarlo. La noción de que una revolución puede justificarse por un quebrantamiento de contrato por parte del gobierno es, por supuesto, una noción antigua. Es un concepto del que generalmente se cree que está absolutamente más allá de las premisas ordinarias del razonamiento jurídico. Sin embargo, aparece un pariente más suave que éste, dentro del sistema legal mismo, cuando la validez de la legislación retroactiva se hace depender de la fidelidad del Estado a un contrato entre él mismo y el ciudadano.

En esta exposición acerca de las leyes retroactivas se ha cargado mucho el acento en las dificultades de análisis. Por esa razón no me gustaría dejar el asunto sin antes recordar que no todos los aspectos del mismo son oscuros. Como los otros desiderata que integran la moral interna del derecho, las dificultades y matices no deben hacernos cerrar los ojos al hecho de que, si bien la perfección es una finalidad esquivada,

¹⁹ Véase nota 1, supra.

no es difícil reconocer las indecencias ruidosas. Ni tampoco para encontrar ejemplos de abusos obvios tenemos que confiar nuestra búsqueda a la Alemania hitlerista o la Rusia stalinista. Nosotros también tenemos legisladores que, en su propia manera más modesta, demuestran creer que el fin justifica los medios. Tenemos, por ejemplo, una ley federal promulgada en 1938. Esta ley hacía "ilegal para cualquier persona que hubiera sido condenada por un delito de violencia... recibir cualquier arma de fuego o municiones que hubieran sido embarcadas o transportadas en comercio interestatal o exterior". Los redactores de la ley consideraban enteramente justificable que las personas que quedaban comprendidas dentro de los términos expresados no eran en general los ciudadanos más de confiar. También en forma totalmente comprensible abrigaban el deseo de hacer que su ley fuera retroactiva. Sin embargo, dándose cuenta de que esto era imposible, trataron de hacer lo más cercano a esto. Insertaron una regla en la ley al efecto de que si cualquier arma de fuego era recibida en actos de comercio interestatal por una persona que correspondiera a la descripción de la ley, se supondría que la recepción del arma había tenido lugar después de la fecha de entrada en vigor de la ley. Esta muestra de extrema habilidad legislativa fue anulada por la Suprema Corte por la sentencia dictada en *Tot v. United States*.²⁰

La claridad de las leyes

El desideratum de claridad representa uno de los ingredientes esenciales de la legalidad.²¹ Aunque esta proposición

²⁰ *Tot v. United States*, 319 U. S. 463 (1942). La Corte anuló también otra presunción contenida en la ley. Esta disponía que la posesión de una arma de fuego por una persona que estuviera comprendida en la descripción contenida en la ley debería hacer suponer que el arma había sido recibida por transporte en acto de comercio interestatal o de comercio exterior.

²¹ Este desideratum se estudia escasamente en la literatura de jurisprudencia. Lo poco que se habla de ello en la obra póstuma de BENTHAM, *The Limits of Jurisprudence Defined*, Everett ed. (1945), pág. 195, está dedicado completamente a desarrollar un minucioso intento de nomenclatura capaz de distinguir varias

está escasamente expuesta a ser refutada, no estoy seguro de que siempre se entienda qué responsabilidades se contraen en el cumplimiento de este requisito.

En la actualidad existe una pronunciada tendencia a identificar el derecho, no con normas de conducta, sino con una jerarquía de poder o de mando. Este punto de vista —que confunde la fidelidad a la ley con la deferencia a la autoridad establecida— lleva fácilmente a la conclusión de que mientras los jueces, policías, y fiscales pueden infringir la legalidad, los cuerpos legislativos no pueden hacerlo, excepto cuando tal vez transgredan restricciones constitucionales explícitas sobre su poder. Con todo, es evidente que una legislación oscura e incoherente puede hacer que la legalidad sea inaccesible para cualquiera, o al menos irrealizable, sin una revisión autorizada que de por sí perjudica a la legalidad. El agua de un manantial contaminado puede algunas veces ser purificada, pero sólo a costa de transformarla en algo diferente. El hecho de estar en el extremo superior de la cadena de órdenes no exime a la legislatura de su responsabilidad con respecto a

clases de falta de claridad. Se podía haber esperado que Austin enumerara entre “las leyes impropriadamente así llamadas” (*Lectures*, pág. 100-101) la ley que fuera totalmente ininteligible. Pero ésta no figura en su análisis. Sin embargo, el olvido de este tema por escritores positivistas es del todo comprensible. El reconocimiento de que las leyes pueden variar en claridad equivaldría a reconocer que las leyes pueden tener varios grados de eficacia, que la ley confusa es en un verdadero sentido menos ley que una ley clara. Pero esto sería aceptar una proposición que va contra las suposiciones básicas del positivismo.

En este país se ha insistido en que, sin hacer referencia a cualquier norma de la Constitución, los tribunales deberán negarse a tratar de aplicar leyes que carezcan terminantemente de claridad. Aigler, “Legislation in Vague or General Terms”, 21 *Michigan Law Review* 831-851 (1922). Sin embargo, a medida que se ha desarrollado el derecho, el requisito de claridad ha sido incorporado a una doctrina de vaguedad anticonstitucional, y la aplicación de esta doctrina ha quedado casi enteramente confinada a causas penales. Véase la extensa nota, “The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court”, 109 *University of Pennsylvania Law Review* 67-116 (1960).

las demandas de la moral interna del derecho; en realidad aumenta esa responsabilidad.

Considerar la claridad legislativa como de un alto valor no significa condenar precipitadamente aquellas normas que hacen depender las consecuencias legales de medidas como "la buena fe" y "el cuidado debido". Algunas veces la mejor forma de aclarar las cosas es aprovechar el derecho e incorporar en él normas de juicio que se han formado en la vida ordinaria fuera de las cámaras legislativas. Después de todo, esto es algo que utilizamos inevitablemente en el lenguaje ordinario como vehículo para transmitir el propósito legislativo. Nunca podremos, como observó Aristóteles, ser más precisos de lo que admite la naturaleza del asunto que estamos tratando. Una claridad aparente puede ser más perjudicial que una vaguedad honradamente manifiesta.

Por otra parte, es un grave error —y un error que se comete constantemente— suponer que, aun cuando quien redacta la legislación no pueda traducir su propósito en normas claramente manifestadas, puede siempre delegar esta tarea con confianza a las cortes de justicia o a los tribunales administrativos especiales. Sin embargo, de hecho, esto depende de la naturaleza del problema que se encomienda a la delegación. Por ejemplo, en derecho mercantil, los requisitos de "justicia" pueden ser definidos con seguridad por un grupo que posea práctica comercial y conozca los principios de conducta compartidos por una comunidad de comerciantes. Pero sería un error concluir de esto que todos los conflictos humanos pueden estar claramente contenidos en reglas derivadas, caso por caso, de la norma de justicia.

Por consiguiente, hay necesidad de distinguir cuando tropezamos con la condenación general de Hayek contra las disposiciones legales que requieren lo que es "justo" o "razonable":

Podría escribirse una historia acerca de la decadencia del Gobierno de Derecho ... en función de la introducción progresiva de estas fórmulas vagas en la legislación y la jurisdicción,²² y de la creciente arbitrariedad e incertidum-

²² Indudablemente quiso decir "adjudicación", no "jurisdicción".

bre de la ley y la magistratura, y la consiguiente falta de respeto por ellas.²³

Aun está en gran parte sin escribir un capítulo muy necesario de jurisprudencia. Este capítulo estaría dedicado a un análisis de las circunstancias bajo las cuales podrían ser seguramente asignados problemas de reglamentación gubernamental a una decisión judicial con una perspectiva razonable de que surgirían normas de decisión bastante claras de un tratamiento, caso por caso, de controversias conforme surjan éstas. Tratándose de problemas de este carácter fundamental es poco lo que puede servir una política de "ver y esperar" o de "experimento social".

Contradicciones en las leyes

Es bastante obvio que el evitar contradicciones accidentales en el derecho puede requerir una gran cantidad de concienzudo trabajo por parte del legislador. Lo que no es tan obvio es que puede ser difícil saber cuándo existe una contradicción, o cómo podría uno definir una contradicción en términos abstractos.

Por lo general se supone que el problema es sencillamente de lógica. Una contradicción es algo que viola la ley de identidad por la cual *A* no puede dejar de ser *A*. Sin embargo, este principio formal, si es que tiene del todo algún valor, no tiene ninguno al tratarse de leyes contradictorias.²⁴

Veamos una situación en la cual una contradicción "en el sentido lógico" parece completamente evidente. Podemos suponer que en una sola ley se encuentran dos disposiciones: una requiere que los dueños de automóviles instalen nuevas placas el primero de enero; la otra convierte en un delito trabajar

²³ *The Road to Serfdom* (1944), pág. 78.

²⁴ El análisis bastante formal que hace Kelsen del problema de normas contradictorias no ofrece, en mi opinión, ninguna ayuda al legislador que trata de resolverlas. *General Theory of Law and State* (1945), págs. 374-375 et passim; véase la nota en el índice "Non-contradiction, principle of". Ni es tampoco mucho lo que se logra de la exposición de Bentham sobre "repugnancias". Everett, *Bentham's Limits of Jurisprudence Defined* (1945), págs. 195-198.

en ese día. Aquí parece haber una violación de la ley de identidad; no puede ordenarse y prohibirse una acción al mismo tiempo. ¿Pero existe alguna violación de lógica al hacer que un hombre haga algo y castigarlo luego por ello? Ciertamente podemos decir que esta forma de proceder no tiene sentido, pero al emitir este juicio estamos suponiendo tácitamente la finalidad de dar una dirección intencionada al esfuerzo humano. Difícilmente puede esperarse de un hombre que es habitualmente castigado por hacer lo que se le ordena, que reaccione en forma adecuada a órdenes que se le den en lo futuro. Si nuestra forma de tratarlo es parte de la intención de crear un sistema de reglas para gobernar su conducta, en tal caso fracasaremos en el intento. Por otra parte, si nuestro objeto es ocasionarle un colapso nervioso, tal vez tengamos éxito. Pero en ninguno de los casos habremos infringido la lógica.

Uno de los principios aceptados para proceder con respecto a contradicciones aparentes en el derecho es ver si hay alguna forma de reconciliar las disposiciones aparentemente incoherentes. De acuerdo con este principio un tribunal podría tener la idea de encontrar al hombre que instaló sus placas en el día de Año Nuevo, culpable de un delito y de perdonar su castigo porque trabajó bajo la coacción de una ley. Esta parece una solución bastante complicada, pero en la historia del derecho se han adoptado procedimientos aún más extraños. En cierta época existió en el derecho económico un principio según el cual cualquier promesa hecha bajo juramento era obligatoria y otro principio conforme al cual cierta clase de promesas, como las obtenidas por la fuerza o las hechas a los usureros, no imponían obligación. ¿Qué hacían entonces los tribunales en el caso de una promesa hecha a un usurero bajo juramento? La solución era obligar al que prometió a cumplir la promesa e inmediatamente después obligar a aquel a quien se había hecho la promesa a devolver lo que acababa de recibir.²⁵ Puede haber habido un cierto valor simbólico en este curioso proceder. Primero, al hacer cumplir el contrato, la corte dramatizaría la norma de que los hombres están obligados a cumplir las promesas hechas bajo juramen-

²⁵ RUDOLPH VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, II² (6th and 7th ed. 1923), § 45, pág. 491.

to, y después, al anular su mandamiento, recordaría a quien se hizo la promesa lo que su engaño le había costado.

Suponiendo que el tribunal al enfrentarse a la ley de descanso del día de Año Nuevo, no juzgara conveniente condenar al acusado y después perdonar el castigo, podría adoptar una de las dos interpretaciones de la ley en cuestión: a) que la sección de la ley que hace un delito del trabajo en día de Año Nuevo anula la disposición acerca de las placas de automóvil, de manera que el dueño de éste pueda legalmente diferir la instalación de las mismas hasta el dos de enero; o b) que la medida con respecto a las placas anula la prohibición de trabajar, de manera que el dueño del automóvil pueda instalar sus placas el día primero, sin cometer delito alguno. Una solución menos obvia, pero mucho mejor, sería combinar estas interpretaciones, de manera que el dueño que instala sus placas el día primero no viola ley alguna, al mismo tiempo que el dueño que aplaza colocar las placas a su automóvil hasta el día dos se encuentra igualmente dentro de la ley. Esta solución reconocería que el problema básico presentado por la ley es que éste da una dirección confusa al ciudadano y que, por tanto, debe permitírsele resolver esa confusión en cualquiera de las dos formas sin daño para él.

Sería bueno considerar otro ejemplo de ley "que se contradice a sí misma" —en esta ocasión presentado en una decisión real. En el caso de los *Estados Unidos v. Cardiff*, el presidente de una compañía fabricante de alimentos había sido acusado del delito de negarse a permitir a un inspector federal el acceso a su fábrica para determinar si se estaba cumpliendo o no con la ley federal sobre alimentos, drogas y cosméticos.²⁶ La sección 704 de esa ley define las condiciones bajo las cuales el inspector puede entrar en una fábrica; una de estas condiciones es que obtenga primero el permiso de su dueño. La sección 331 indica que es un delito del dueño de la fábrica el rehusar "permitir la entrada o inspección conforme autoriza la sección 704". La ley parece, por consiguiente, decir que el inspector tiene el derecho de entrar en la fábrica, pero el dueño tiene el derecho de no permitirle la entrada rehusándole el permiso. Sin embargo, hay una manera muy sencilla de eliminar esta aparente contradicción. Esto con-

²⁶ 344 U. S. 174 (1952).

sistiría en interpretar la ley como si significara que el propietario viola la ley si *después* de permitir la entrada al inspector, rehusa entonces dejarlo entrar. Que esto haría que su responsabilidad dependiera de su propia acción voluntaria no es una anomalía; un hombre no necesita prometer, pero si lo hace, puede contraer una responsabilidad por hacerlo.

La Suprema Corte consideró esta interpretación pero rehusó aceptarla. La dificultad de esto no es que carezca de lógica, sino que no corresponde a ningún propósito legislativo razonable. Es comprensible que el Congreso quisiera probablemente asegurar que el inspector pudiera entrar en la fábrica aun con la protesta del dueño. No es comprensible que quisiera limitar el derecho del inspector a entrar en el improbable caso de un dueño de fábrica excéntrico quien pudiera primero dar permiso y luego cerrar la puerta. La ley podría tener sentido interpretando el requisito como si el inspector asegurara primero el permiso conforme a las cortesías ordinarias acordando una hora y fecha convenientes, aun cuando la redacción de la ley no se conforma a esta interpretación. La Suprema Corte sostuvo que el choque de las dos disposiciones producía un resultado demasiado ambiguo para que diera aviso adecuado acerca de la naturaleza del delito; por lo tanto, la Corte dejó sin efecto la condena.

Hasta ahora esta exposición se ha referido a aquellas contradicciones que surgen dentro del marco de una sola ley. Pueden presentarse problemas más difíciles cuando una ley promulgada, por ejemplo, en 1963 se encuentra en pugna con las disposiciones de una ley completamente distinta promulgada en 1953. En este caso la solución sancionada por el uso es considerar como implícitamente anuladas cualesquiera medidas de la ley anterior que son incompatibles con la promulgación posterior, de acuerdo con la máxima consagrada: *lex posterior derogat priori*.²⁷ Pero en algunos casos una forma

²⁷ LORD ELLESMERE en un antiguo tratado sobre interpretación estableció la norma de que cuando aparecen repugnancias en una sola ley la primera disposición —es decir, la que se lee primero en el orden del texto— es la que se impone. THORNE, *A Discourse upon the Statutes* (1942), págs. 132-133. Se pregunta uno cuál sería la base de esta curiosa opinión. ¿Sería quizá la suposición de que los redactores legislativos se encuentran de ordinario cansa-

más adecuada de solucionar el problema podría ser seguir el principio que se aplica ahora cuando surgen contradicciones dentro del marco de una sola ley, es decir, afectando un ajuste recíproco entre las dos leyes, interpretando cada una según el punto de vista de la otra. Sin embargo, esta solución podría tener sus propias dificultades. Una dificultad sería saber dónde detenerse, pues los tribunales podrían verse embarcados en la peligrosa aventura de intentar rehacer todo el cuerpo de nuestro derecho positivo para que fuera en general más coherente. La reinterpretación de antiguas leyes desde el punto de vista de las nuevas presentaría también problemas embarazosos de legislación retroactiva. No intentaré continuar con estos temas. Sin embargo, bastante se ha insinuado para extraer una clara lección: **el descuido legislativo acerca de la concordancia de las leyes entre sí puede ser muy perjudicial para la legalidad y no existe una sola norma mediante la cual deshacer el daño.**

Se ha propuesto que en vez de hablar de “contradicciones” en los argumentos morales y legales, deberíamos hablar de “incompatibilidades”²⁸ —acerca de aquellas cosas que no se compaginan o no se compaginan bien. Otro término, muy utilizado en la historia del derecho común, sería aquí adecuado. Esta es la palabra “repugnante”. Es especialmente adecuado porque lo que llamamos leyes contradictorias son leyes que están en lucha unas con otras, aun cuando no necesariamente se eliminan mutuamente como se supone que hacen en lógica las proposiciones contradictorias. Otro término idóneo que ha caído en desuso es la palabra “inconveniente” en su sentido original. La ley inconveniente era aquella que no ajustaba o no concordaba con otras leyes. (Comp. *convenient* en inglés con el francés moderno *convenir*, equivalente a *convenir* o *estar de acuerdo* en español.)

Del análisis presentado aquí debería resultar evidente que para determinar cuándo son incompatibles dos normas de conducta humana debemos frecuentemente tomar en consideración una multitud de razones extrínsecas al lenguaje mismo dos y menos atentos a medida que se aproxima el final de su tarea?

²⁸ PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique-Traité de l'Argumentation*, págs. 262-276.

de las normas. En una época de la historia el mandato de "cruza el río, pero no te mojes", contenía un sentido de repugnancia entre los dos términos. Pero desde la invención de los puentes y de los botes esto ha dejado de ser verdad. Si yo dijera ahora a un hombre que brincara en el aire, pero que mantuviera sus pies en contacto con la tierra, mi orden parece contradecirse a sí misma, sencillamente porque suponemos que no hay manera de que pueda llevarse consigo la tierra en su salto. Por supuesto, el contexto que ha de tomarse en consideración para resolver el problema de la incompatibilidad no es mera ni principalmente tecnológico, pues éste incluye todo el ambiente institucional del problema —legal, moral, político, económico, y sociológico. Para poner a prueba esta aseveración puede uno suponer que la ley de descanso del día de Año Nuevo requería la instalación de placas de automóvil en ese día, pero en otra sección imponía el impuesto de un dólar a cualquier persona que ejecutara algún trabajo en ese día. Sería instructivo estudiar cómo podría uno proceder para demostrar que esas medidas "repugnan" una a otra y que su inclusión en una sola ley debe haber sido el resultado de una inadvertencia legislativa.

Leyes que requieren lo imposible

Por lo que se ve, una ley que ordena lo imposible parece tan absurda que uno se ve tentado a suponer que ningún legislador en su sano juicio, ni siquiera el dictador más malvado, podría tener alguna razón para promulgar tal clase de ley.²⁹ Desgraciadamente los sucesos de la vida contradicen

²⁹ En este punto puede plantearse la pregunta de por qué la mayoría de los otros deseos que integran la moral interna del derecho no se relacionan fundamentalmente con la posibilidad de la obediencia. No hay duda de que la cuestión puede considerarse desde este punto de vista. De la misma manera que es imposible obedecer una ley que requiriera que uno debería medir tres metros de estatura, así es también imposible obedecer una ley que no puede ser conocida, que es ininteligible, que aun no ha sido promulgada, etc. Pero para justificar la separación que se hace en el texto, deberá observarse que mi intención no es emprender una tarea de vinculación lógica, sino desarrollar prin-

esta suposición. Tal ley puede tener lo que Lilburne llamó "un poder ilegal ilimitado" por su misma absurdidad; su brutal inutilidad puede hacer ver al sujeto que no hay nada que no le pueda ser exigido y que debe mantenerse alerta a saltar en cualquier dirección.

La técnica de exigir lo imposible está sujeta a la más sutil y algunas veces hasta a la más benéfica explotación. El buen profesor demanda frecuentemente a sus alumnos más de lo que él cree que son capaces de dar. Lo hace con el más laudable propósito de ejercitar su inteligencia. Desgraciadamente en muchas historias humanas el hilo de la narración puede llegar a confundirse entre una vigorosa exhortación y una obligación impuesta. El legislador es así fácilmente desorientado al creer que su papel es semejante al del maestro. Se olvida que el maestro cuyos alumnos no pudieron lograr lo que él les requirió hacer, puede, sin falsedad ni contradicción manifiesta, felicitarlos por lo que en realidad pudieron lograr. En una situación similar el funcionario del gobierno se enfrenta a la alternativa de cometer una grave injusticia o de disminuir el respeto por la ley al hacerse el desentendido ante una desviación de sus requerimientos.

El principio de que una ley no deberá pedir lo que es imposible del sujeto puede ser llevado a un extremo quijotesco en el cual termina por pedir lo imposible del legislador. A veces se supone que ninguna forma de obligación legal puede justificarse a menos que se base ya sea en *a)* la intención de cometer una acción perjudicial, o *b)* incurrir en alguna culpa o negligencia. Si se considera a un hombre res-

principios que orienten al esfuerzo humano intencionado. El dialéctico puede, si así lo desea, ver una ley que se contradice a sí misma, como un caso especial de imposibilidad de obediencia, aun cuando al adoptar esta opinión puede, como ya lo he indicado, encontrar dificultad para definir lo que él significa por "contradicción". Desde el punto de vista del legislador, en cualquier caso, hay una diferencia esencial entre las precauciones que debe tomar para que sus leyes sean coherentes entre sí y las que debe observar para que los requisitos de la ley estén dentro de los poderes de los que están sujetos a la misma. Diferencias esenciales de esta índole se confundirían si se intentara catalogar todas las cosas bajo el título de "imposibilidad de obediencia".

ponsable por la situación de asuntos de los cuales no puede culpársele ya sea porque intencionalmente los provocó o porque sucedieron debido a negligencia por su parte —se le ha atribuido la responsabilidad de algo que ha sucedido más allá de sus facultades. Cuando la ley es interpretada para alcanzar un resultado semejante se culpa al hombre de violar un mandato. “Esto no debe suceder”, lo que era para él imposible de obedecer.

El aire de cosa razonable que rodea a esta conclusión ofusca el verdadero alcance de lo que realmente reclama. Por ejemplo, con respecto a la prueba de la culpa, la ley se encara a un dilema insoluble. Si aplicamos a un acusado cierto objetivo uniforme —tradicionalmente el del “hombre razonable— evidentemente corremos el riesgo de imponerle requisitos que es incapaz de cumplir, pues su educación y facultades naturales quizá no le permitan captar esta norma ordinaria. Si tomamos el camino opuesto e intentamos preguntar si el hombre que está ante nosotros, con todas sus incapacidades y peculiaridades individuales, no llegó a lo que debería haber logrado, emprendemos una averiguación arriesgada en la que puede fracasar toda capacidad de juicio objetivo. Esta indagación requiere una identificación benévola con la vida de otro. Evidentemente las diferencias de clase, de raza, de religión, de edad, y de cultura pueden obstruir o deformar esa identificación. El resultado es que aun cuando una justicia reservada y fría está obligada a veces a ser dura, una justicia íntima, que trata de explorar y comprender los límites de un mundo privado, no puede ser algo así como imparcial. El derecho no sabe de magia que le permita ir más allá de esta antinomia. Por lo tanto, está condenado a tomar un camino intermedio, moderando la norma del hombre razonable en favor de ciertas deficiencias obvias, pero formalizando hasta sus definiciones de éstas.

Puede decirse que las dificultades que se acaban de describir surgen a causa de que la determinación de una falta comprende lo que esencialmente es un juicio moral. Por el contrario, el determinar la intención con la cual se produjo el acto parece requerir sólo una investigación de hecho. Pero, nuevamente la realidad es más compleja. Si la intención es un hecho, es un hecho privado que se deduce de manifestaciones

externas. Hay veces en que la deducción es relativamente fácil. Holmes observó una vez que hasta un perro conoce la diferencia entre ser molestado por alguien que tropieza con él y el ser pateado. Pero a veces la intención requerida por el derecho es una intención sumamente específica, como cuando las sanciones penales se hacen depender de la prueba de que el acusado violó a sabiendas la ley. Esta clase de precepto se encuentra a veces en leyes económicas complicadas, y su finalidad es evitar la injusticia de castigar a un hombre por haber hecho algo que por su cariz puede haber parecido completamente inocente. Por mi propia experiencia sé que es frecuentemente dudoso si el remedio en este caso no es peor que la enfermedad. **La intención requerida es tan poco susceptible de prueba que el que trata de probar se ve de hecho obligado inevitablemente a preguntarse: "¿Parece la clase de persona que se sometería a las leyes o uno de aquellos que las violarían si tuvieran la oportunidad? Esta pregunta, desgraciadamente, conduce fácilmente a otra: ¿parece él de mi clase?"**³⁰

Por consiguiente, éstas son las dificultades que se encuentran cuando, para mantener la ley al alcance de la capacidad de obediencia del ciudadano, su responsabilidad se limita a los casos en los que se puede demostrar culpa o mala intención. Sin embargo, existen numerosos ejemplos en nuestro derecho de responsabilidad legal, que se considera explícitamente independiente de cualquier prueba de culpa o intención.

Una forma bastante extendida de responsabilidad de esta clase no presenta un problema grave para la moral interna

³⁰ A este respecto debería mencionarse un artículo, "The Modern Conception of Animus", 19 Green Bag 12-33 (1906) de Brooks Adams, hermano de Henry y nieto de John Quincy. En este artículo Adams esgrime un argumento ingenioso y curiosamente marxista, afirmando que las clases dirigentes siempre han manejado en su propio interés la definición de propósito (ánimo) requerido para delitos o daños particulares. Adams trata también de demostrar que se ha hecho un manejo similar en las normas de prueba que determinan lo que es suficiente para demostrar o refutar el propósito requerido. Aun cuando su tesis principal es a veces más ingeniosa que convincente, vale la pena leer el artículo pues demuestra la dificultad de poder probar cuándo la responsabilidad depende de la intención.

dél derecho. Supongamos que un loco roba mi cartera. Su condición mental puede ser tal que le es imposible comprender u obedecer las leyes de propiedad privada. Esta circunstancia proporciona una buena razón para no enviarlo a la cárcel, pero no hay ninguna razón para permitirle que se quede con mi cartera. Según la ley tengo derecho a que se me devuelva mi cartera, y en este sentido él tiene la responsabilidad legal de devolverla, aunque al apoderarse de ella obrara sin culpa y sin ninguna intención de hacer mal. Otro caso que ilustra el mismo principio se presenta cuando al ajustar cuentas un deudor paga de más a su acreedor, ambos obrando inocentemente y compartiendo la misma creencia errónea acerca de lo que se hace. En este caso el acreedor está obligado a devolver el excedente de pago, aun cuando el recibirlo no fue en forma alguna un acto culpable.

Un considerable cuerpo de derecho se refiere a la prevención o rectificación del enriquecimiento injusto que puede provenir cuando los hombres obran inadvertidamente, o por error, o sin la capacidad ordinaria para comprender la naturaleza de sus actos. Parte de este derecho está asignado explícitamente a los cuasicontratos; el resto se manifiesta como una influencia —frecuentemente tácita— en el derecho de contratos el de daños. El análisis ha sido confuso, tanto en el derecho común como en el derecho romano, por el hecho de que actos clasificados en su forma como “delictuosos” o como “resultantes en daño” han sido utilizados para rectificar el enriquecimiento injusto de una parte a expensas de la otra, en situaciones en las que el grado de culpabilidad del acusado carece de importancia.

La existencia de un cuerpo de derecho que se ocupe de rectificar inadvertencias puede parecer sugerir una objeción al análisis presentado en estos ensayos. El derecho ha sido considerado en estos capítulos como “la empresa de sujetar la conducta humana a la autoridad de las leyes”. No obstante, cuando los hombres obran por error o inadvertencia obviamente no conforman sus acciones, ni pueden hacerlo, a los dictados de la ley; nadie estudia la ley de cuasicontratos para saber lo que debe hacer en ocasiones en que no sabe completamente lo que está haciendo. La solución de esta dificultad es bastante clara. Para preservar la integridad de un sis-

tema de relaciones legales establecido por advertencia, se necesita un sistema de leyes complementario para remediar los efectos de la inadvertencia. Existe en esto mucha semejanza con el problema de las leyes retroactivas. Un sistema de derecho compuesto exclusivamente de leyes retroactivas podría únicamente existir como una fantasía digna de Lewis Carroll o de Franz Kafka. Sin embargo, una ley retroactiva de carácter "curativo" puede desempeñar una función útil para mediar en contratiempos que pueden ocurrir dentro de un sistema de reglas que son generalmente reglas probables.³¹ Así sucede con las normas que remedian los efectos de la inadvertencia. Si todo sucediera por inadvertencia, no habría manera ni siquiera de concebir el problema de remediar la inadvertencia. Las leyes destinadas a ese objeto derivan no sólo su justificación, sino el verdadero sentido de su función como un anexo a un sistema mayor de reglas destinadas a servir como guía de conducta.

Sin embargo, el principio de rectificar el enriquecimiento injusto que resulta de la inadvertencia no puede explicar todos los casos en que se presenta la responsabilidad legal sin culpa o intención. Existe, de hecho, un cuerpo considerable de leyes que trata de la imposición de una responsabilidad estricta o absoluta por perjuicios resultantes de ciertas formas de actividad. Así, el trabajar con barrenos puede ir acompañado de la responsabilidad que resulte de todo el perjuicio que puede causar a otro aun sin intención de perjudicar o sin que se pueda comprobar que hubo negligencia alguna en tomar las precauciones debidas.³² En casos como éste el derecho ordena, con la frase consagrada, que "los hombres obren bajo su propio riesgo".

La responsabilidad estricta de esta clase se justifica más fácilmente con el principio económico de que los costos sociales previsibles de una empresa deben manifestarse en los costos privados del manejo de esa empresa. Por lo tanto, los peligros inherentes a una obra con barrenos son tales que ninguna suma de cuidado o previsión puede evitar que ocasionalmente y sin intención se produzcan daños a las perso-

³¹ Véanse págs. 53-54, supra.

³² American Law Institute, *Restatement of Torts* (1938 § 519, "Miscarriage of Ultrahazardous Activities Carefully Carried On".

nas o a la propiedad. Si al contratista de carreteras que barren un lado del cerro para hacer un corte se le considera responsable sólo por una falta comprobada, se reduciría su incentivo para hacer sus excavaciones con mayor seguridad. En otras palabras, sus cálculos económicos son falsos y el precio de su falsificación es soportado por el público. Para rectificar esta situación imponemos a su obra con barrenos una especie de impuesto en forma de una ley que lo hace responsable de cualquier daño que resulte de estas operaciones, puedan éstas atribuirse o no a cualquier negligencia por su parte.

La analogía de un impuesto es útil para esclarecer la relación entre una responsabilidad estricta de esta clase y la moral interna del derecho. No consideramos un impuesto general sobre ventas como una orden de no vender mercancías; consideramos que meramente impone una especie de sobrecarga en el acto de vender. En la misma forma, tampoco juzgamos la disposición especial sobre obras con barrenos como una orden para que al usar explosivos nunca causen daño alguno por inocente que éste sea. Más bien debemos considerar la disposición como agregando una responsabilidad especial para regular cierta línea de conducta. Lo que la moral interna del derecho exige de una ley de estricta responsabilidad no es que ésta deje de ordenar lo imposible, sino que defina lo más claramente posible la clase de actividad que lleva consigo una sobrecarga especial de responsabilidad legal.

El principio de que las empresas que originan riesgos especiales deban afrontar el costo de los daños que resulten de su operación puede extenderse considerablemente. En algunos países, por ejemplo, el principio se ha hecho extensivo al uso de automóviles, incluyendo aquellos que se utilizan para diversión o por conveniencia privada. Es una especie de clisé decir que existe en la actualidad "una tendencia general" hacia la responsabilidad estricta. En realidad, parece que a menudo se supone que esta tendencia nos está conduciendo despiadadamente hacia un futuro en el cual los conceptos de culpa e intención dejarán de desempeñar alguna parte en el derecho.

Creo que podemos estar razonablemente seguros de que no nos espera ese futuro. Si la responsabilidad estricta fuera una consecuencia, no de ciertas formas específicas de activi-

dad, sino de *todas* las actividades, el concepto de una conexión causal entre el acto y el daño resultante se perdería. Un poeta escribe un poema melancólico. Un amante despechado lo lee y está tan deprimido que se suicida. ¿Quién fue el "causante" de que perdiera la vida? ¿Fue el poeta, o la dama que plantó al difunto, o tal vez el maestro que despertó su interés por la poesía? Un hombre en la furia de una borrachera mata a tiros a su esposa. ¿Quién entre los relacionados en este caso comparte la responsabilidad de lo sucedido —el asesino mismo, el hombre que le prestó la pistola, el vendedor de licores que proporcionó la ginebra, o fue quizá el amigo que lo disuadió de obtener un divorcio que hubiera puesto fin a una unión desgraciada?

Podemos obtener un indicio de esta clase de problemas, de las dificultades que se encuentran para tratar esas formas de responsabilidad estricta que hemos visto. Una responsabilidad tal es la que imponen las leyes de indemnización de los trabajadores. Evidentemente debe establecerse alguna relación causal entre el oficio del empleado y la enfermedad o daño por la que debe ser indemnizado. La frase utilizada en las leyes es que el daño o la enfermedad debe "derivar del empleo y en el curso del empleo". La interpretación de esta cláusula ha dado lugar al más insatisfactorio y frecuentemente fantástico cuerpo de derecho. Para ver lo que una aplicación universal de responsabilidad estricta podría implicar sólo necesitamos preguntar cómo se aplicaría una ley que únicamente requiriera que la pérdida o daño del demandante "derivara" de la conducta del demandado.

La explicación que se acaba de dar del problema de la estricta responsabilidad civil no es en forma alguna exhaustiva. Existen algunas formas de tal responsabilidad que no son fácilmente explicables a base de lo aquí examinado. Hay también numerosos casos de motivos legislativos inciertos o mezclados, que presentan una justificación suplementaria común de las reglas de estricta responsabilidad en que éstas, por ejemplo, tienden a asegurar el cuidado debido en forma más eficaz que las leyes que hacen que la responsabilidad dependa explícitamente de la prueba relativa a la falta de cuidado debido. Algunos casos de responsabilidad estricta deberán considerarse probablemente como anomalías; resultantes o

de confusión analítica o de accidente histórico. Por consiguiente, también la distinción entre la responsabilidad estricta y la responsabilidad basada en culpabilidad es frecuentemente oscurecida por suposiciones de culpabilidad, algunas de las cuales son bastante difíciles en el sentido que imponen una pesada carga en aquellos que tratan de refutarlas. Finalmente, deberá recordarse que la responsabilidad contractual es generalmente "estricta". Aunque ciertas intromisiones catastróficas e inesperadas en la ejecución pueden excusar dicha responsabilidad, generalmente no es una defensa para el contratista culpable alegar que hizo lo mejor que pudo. Casi no se necesita demostrar que esta última forma de responsabilidad estricta no presenta problema alguno a la moral interna del derecho; la ley no debe imponer por sí misma una carga imposible al hombre, pero no está obligada a protegerlo de la responsabilidad contractual cuando él asume la responsabilidad de un hecho que está más allá de su poder.

Hemos llegado ahora a la infracción más grave del principio que establece que la ley no debe ordenar lo imposible. Esta se basa en leyes que crean una estricta responsabilidad penal —leyes bajo las cuales un hombre puede ser declarado culpable de un delito aunque haya obrado con el cuidado debido y con una intención inocente. En los tiempos modernos el uso más extendido de tales leyes ha sido el campo de las reglamentaciones económicas, de sanidad y seguridad, aun cuando no es raro que se imponga también una responsabilidad criminal estricta en casos que se relacionan con la posesión de narcóticos, aparatos de juegos de azar, y licorés prohibidos.

La responsabilidad criminal estricta nunca ha logrado respetabilidad en nuestro derecho. Dondequiera que se hayan promulgado leyes que impongan tal responsabilidad, han provocado protestas, contestadas con una defensa que pocas veces va más allá de una disculpa, alegando una supuesta necesidad. Sin embargo, no hay ningún misterio acerca de la razón de su continuada y tal vez creciente aparición en la legislación moderna: ayudan considerablemente a los propósitos del fiscal. Es probable que él nos asegure que su aparente injusticia, se elimina por su "observancia selectiva". Aun cuando teóricamente tales leyes son una trampa para el inocente, en

la práctica los únicos perseguidos son los verdaderos villanos. En cuanto a éstos, se facilita considerablemente someterlos a la acción de la justicia porque el gobierno al justificar su caso está relevado de probar la concurrencia de intención o culpa, tarea particularmente difícil cuando están de por medio complicadas medidas reglamentarias. Cuando la responsabilidad absoluta se aúna a sanciones rigurosas —como sucede frecuentemente— mejora la posición del fiscal. Generalmente no tendrá que someter el caso a juicio; la amenaza de prisión o una fuerte multa es suficiente para inducir a una confesión de culpabilidad o, —cuando esto se autoriza— a un arreglo fuera del tribunal. Las sanciones extremas también mejoran las relaciones públicas de los órganos encargados de la ejecución. El inocente que tuvo un tropiezo y que sabe que pudo haber sido declarado culpable se siente profundamente agradecido cuando se le deja en libertad y, por lo tanto, se salva de que se le considere un criminal. Con toda sinceridad promete cooperar más inteligentemente en el futuro.

Las conveniencias de lo que ha sido llamado “observancia por aturdimiento” —que en forma menos caritativa puede llamarse “observancia por chantaje”— fue ampliamente conocida durante los turbulentos días de la segunda Guerra Mundial, cuando los fatigados administradores de reglamentos económicos complicados tenían que encontrar alguna forma de simplificar su tarea. El uso continuo de esta estratagema debería ser motivo de preocupación para todo aquel que guste de creer en la fidelidad al derecho como respeto por las reglas debidamente promulgadas, más bien que como una facilidad para arreglar calladamente cualquier reclamación que pudieran tramitar las oficinas encargadas de hacer cumplir la ley. Afortunadamente, se han alzado recientemente voces influyentes y persuasivas contra este mal y otros abusos que concurren con la estricta responsabilidad penal.³³

³³ HALL, *General Principles of Criminal Law*, (2ª ed. 1960), capítulo X, págs. 325-359; HART, “The Aims of Criminal Law” 23 *Law & Contemporary Problems* 401-441 (1958); The American Law Institute, *Model Penal Code, Proposed Official Draft* (1962), secciones 1.04(5), 2.01-213.

Antes de abandonar el tema de las leyes que exigen lo imposible, es necesario hacer dos observaciones más. Una es simple y evidentemente al efecto de que no puede trazarse una línea estricta entre la dificultad extrema y la imposibilidad. Una regla que exige en cierta forma demasiado puede ser dura e injusta, pero no es necesario que contradiga el propósito básico de una orden legal, como lo hace una regla que exige lo que es completamente imposible. Existe entre las dos un campo indeterminado en el que coinciden la moral interna y la externa del derecho.

Mi observación final es que nuestras nociones de lo que es de hecho imposible pueden ser determinadas por suposiciones que están sujetas a un cambio histórico. En la actualidad, la oposición a las leyes que implican obligación de profesar creencias religiosas o políticas se apoya en la base de que tales leyes constituyen una injustificable ingerencia en la libertad individual. Thomas Jefferson tenía una opinión distinta. En la redacción original del Preámbulo al Estatuto de Libertad Religiosa de Virginia, condenaba tales leyes como un intento de obligar a lo imposible:

Sabiendo bien que las opiniones y creencias de los hombres no dependen de su propia voluntad, sino que involuntariamente siguen la evidencia que se propone a sus mentes...³⁴

Puede uno preguntarse si no existe en este concepto un respeto más profundo tanto para la verdad como para las facultades humanas del que tenemos nosotros por las mismas.

Estabilidad del derecho a través del tiempo

De los principios que integran la moral interna del derecho, el que requiere que las leyes no cambien con demasiada frecuencia parece menos adecuado para ser formalizado en una restricción constitucional. Por ejemplo, es difícil imaginar una convención constitucional lo suficientemente imprudente para decidir que ninguna ley deberá modificarse más a

³⁴ BOYD, *The Papers of Thomas Jefferson*, II, 545.

menudo, digamos, que una vez al año. Por otra parte, las restricciones en la legislación retroactiva han sido tema favorito de los autores de una constitución.³⁵ Con todo, hay una gran afinidad entre los daños hechos por la legislación retroactiva y los que resultan de los cambios demasiado frecuentes en el derecho. Ambos sufren de lo que pudiera llamarse inconstancia legislativa. Es interesante observar que Madison, cuando trató de defender las disposiciones de la Constitución que prohíben las leyes *ex post facto* y las leyes que menoscaban la obligación contractual, utilizó un lenguaje más idóneo para describir el mal del cambio frecuente que el que resulta de leyes retroactivas:

La gente sensata de los Estados Unidos está cansada de la política vacilante que ha dirigido los consejos públicos. Han visto con pena e indignación que los cambios súbitos... se vuelven... trampas para la más industriosa y menos informada porción de la comunidad. Han visto, también, que una intrusión legislativa no es sino el primer eslabón de una larga cadena de repeticiones.³⁶

La afinidad entre los problemas planteados por cambios demasiado frecuentes o repentinos en el derecho y aquellos originados por la legislación retroactiva es reconocida en los fallos de la Suprema Corte. El mal del derecho retroactivo surge porque los hombres pueden haber obrado basándose en la situación de derecho anterior a la ley retroactiva y las acciones así decididas pueden frustrarse o hacerse inesperadamente gravosas por una alteración en su efecto legal determinada por consideraciones retrospectivas. Pero algunas veces puede anularse una acción adoptada de acuerdo con la ley anterior con tal que se dé algún aviso del cambio inminente y que el cambio mismo no entre en vigor tan rápidamente que no haya tiempo suficiente para ajustarse a la nueva situación de derecho. En este caso la Corte ha dicho:

Queda bien establecido que (las leyes restrictivas) pueden modificarse acortando el tiempo prescrito, pero solamente

³⁵ Véanse notas 10 y 11, supra, págs. 51-52.

³⁶ *The Federalist*, núm. 44.

si esto se hace mientras transcurre aún este periodo, y de manera que quede un tiempo razonable para principiar la acción antes de que la prohibición tenga efecto.³⁷

Congruencia entre la acción oficial y la ley declarada

Llegamos finalmente al más complicado de todos los objetivos que integran la moral interna del derecho: la congruencia entre la acción oficial y el derecho. Esta congruencia puede destruirse o perjudicarse de muchas maneras: interpretación equivocada, inaccesibilidad de la ley, falta de percepción a fondo para ver qué es lo que se requiere para mantener la integridad de un sistema legal, soborno, prejuicio, indiferencia, estupidez, y la tendencia hacia el poder personal.

Así como las amenazas contra esta congruencia son múltiples, así también los procedimientos legales destinados a mantenerla, adoptan, por necesidad, una variedad de formas. Podemos considerar entre éstas la mayoría de los elementos del "proceso debido", en cuanto a procedimientos, tales como el derecho de ser representados por un abogado, y el derecho de interrogar a un testigo contrario. Podemos también incluir como dirigido en parte al mismo objetivo el *habeas corpus* y el derecho de apelar de una decisión adversa a un tribunal superior. Aun la cuestión de "competencia" para plantear problemas constitucionales es importante a este respecto; los principios fortuitos y fluctuantes acerca de este asunto pueden producir una forma de correspondencia discontinua y arbitraria entre la Constitución y su realización en la práctica.

En este país la tarea de prevenir una discrepancia entre el derecho declarado y su aplicación práctica se encomienda principalmente a la judicatura. Esta asignación de funciones tiene la ventaja de poner la responsabilidad en manos expertas, sujetando su desempeño a escrutinio público y poniendo especialmente de relieve la integridad del derecho. Sin embargo, existen serias desventajas en cualquier sistema que confía exclusivamente en los tribunales como un baluarte contra la administración ilegal del derecho. Hace que la corrección de

³⁷ *Ochoa v. Hernández y Morales*, 230 U. S. 139, en págs. 161-162 (1013).

los abusos dependa de la complacencia y de la capacidad monetaria de la parte afectada al litigar su causa. Ha demostrado ser relativamente ineficaz al controlar la conducta ilegal de la policía, pues este mal, de hecho, se ha combinado con la tendencia de los juzgados inferiores a identificar su misión con la de sostener la moral de la fuerza policiaca. Para un control eficaz de la ilegalidad policiaca mucho es lo que se puede decir a favor de una oficina de vigilancia como el "ombudsman" escandinavo, capaz de obrar pronta y flexiblemente acerca de quejas exentas de formalidades.

En aquellas esferas en que el juez hace la ley se puede decir que, aunque la congruencia esencial entre ley y acción oficial puede ser menoscabada por los juzgados inferiores, no puede ser dañada por la Suprema Corte puesto que ésta hace la ley. Al parecer, la Suprema Corte de una jurisdicción no puede estar fuera de paso, pues es la que da el tono. Pero cabe en lo posible que el tono pedido no seaailable ni siquiera por el que lleva la batuta. Todas las influencias que puede producir una falta de congruencia entre la acción judicial y la ley positiva pueden, cuando el tribunal mismo crea la ley, producir desviaciones igualmente perjudiciales de otros principios de legalidad: la falta de articulación en forma razonablemente clara de las normas generales unida a la inconstancia en la decisión que se manifiesta en sentencias contradictorias, cambios frecuentes de dirección, y variaciones retroactivas en la ley.

El elemento más sutil en la tarea de mantener la congruencia entre el derecho y la acción oficial radica, por supuesto, en el problema de interpretación. La legalidad requiere que los jueces y demás funcionarios apliquen el derecho escrito, no conforme a su capricho o en una forma burdamente literal, sino conforme a principios de interpretación apropiados a su posición en el orden jurídico general. ¿Cuáles son esos principios? La mejor respuesta breve que conozco data de 1584, cuando los Barones de la Real Hacienda se reunieron para considerar un difícil problema de interpretación de la ley en el caso de Heydon:

Y ellos resolvieron que para interpretar segura y ciertamente todas las leyes escritas en general (ya sean penales

o benéficas, restrictivas o amplificativas del derecho común), deben distinguirse y considerarse cuatro cosas:

- a) Cuál era el derecho común antes de elaborar la ley.
- b) Cuál era el daño y defecto para el cual el derecho común carecía de disposición apropiada.
- c) Qué remedio ha decidido y designado el Parlamento para curar el mal de la comunidad.
- d) La verdadera razón del remedio; y por consiguiente el oficio de todos los jueces es obrar siempre en tal forma que se suprima el daño, y se apresure el remedio.³⁸

Si alguna crítica puede hacerse a este análisis, es que debería haber incluido un quinto punto a "distinguir y considerar", que dijera algo como lo siguiente: "Cómo podrían aquellos que deben guiarse a sí mismos por su redacción, entender razonablemente el propósito de la ley, pues el derecho no debe convertirse en trampa para aquellos que no pueden conocer sus razones tan completamente como los jueces."

Teniendo a la vista la verdad básica de la resolución en la causa de Heydon, a saber: que para entender una ley hay que entender "el mal de que adolece la comunidad" que la ley ha de remediar, lo cual nos permite aclarar el problema de interpretación de las confusiones que lo han oscurecido típicamente. Algunas de éstas tienen un aspecto engañoso de sentido común, lo que les ha dado una longevidad inmerecida. Esto es especialmente cierto del pensamiento contenido en el siguiente pasaje de Gray:

Generalmente se habla de la interpretación como si su función principal fuera descubrir cuál es realmente el sentido

³⁸ Es evidente que en el pasaje citado la palabra "daño" se utiliza en un sentido que ya no se acostumbra. En la forma utilizada en el caso de Heydon era de hecho muy similar a otras dos palabras muy usadas por entonces: "repugnancia" e "inconveniencia". Todos estos términos describían una situación en la que las cosas no ajustaban, fragmentos de desorden que el esfuerzo humano no había puesto aún en un orden razonado.

Tal vez podría también proponerse que puesto que el informe de la resolución fue dado por Coke, es posible que él manifestara lo que los Barones deberían haber resuelto más bien que lo que ellos de hecho pensaban y decían.

de la legislatura. Pero cuando una legislatura ha tenido una verdadera intención, en una u otra forma, sobre algún asunto, ni siquiera una vez en cien surge alguna duda acerca de su intención... El hecho es que las dificultades de la llamada interpretación surgen cuando la legislatura no ha tenido intención en absoluto; cuando la cuestión que plantea la ley nunca sucedió... (En tales casos) cuando los jueces profesan declarar lo que quiso decir la legislatura, están en realidad legislando para llenar el hueco de *casus omissi*.³⁹

Ahora bien, es por supuesto cierto que ocasionalmente se olvida del todo en la redacción de una ley alguna situación probable de modo que puede uno imaginarse al redactor exclamando algo parecido a: "¡Sí, hombre!" cuando se le hace ver este descuido. Pero casos como éste están lejos de ser frecuentes en los problemas de interpretación. Es más común que la ley resulte obtusa e incompleta y no deje de dar en un blanco obvio.

Reforzando la opinión de Gray hay una opinión atomística de la intención, unida a lo que podría llamarse una teoría indicadora de significado. Esta opinión concibe que la mente está dirigida a cosas individuales, más bien que a ideas generales, a distintas situaciones de hecho, más bien que a algo importante en los asuntos humanos que esas situaciones puedan compartir. Si esta opinión fuera tomada en serio, tendríamos entonces que considerar la intención del redactor de una ley dirigida contra las "armas peligrosas" como obligada a especificar una serie interminable de objetos individuales: revólveres, pistolas automáticas, dagas, cuchillos de monte, etcétera. Si un tribunal aplica la ley escrita a una arma en la que no pensó el legislador, entonces esto sería "legislar", no "interpretar", lo cual sería aun más obvio si dicha ley se aplicara a una arma que no se hubiera aún inventado cuando fue aprobada la ley.⁴⁰

³⁹ *The Nature and Sources of the Law* (2ª ed. 1921), págs. 172-173.

⁴⁰ La opinión "atomista" de intención descrita en el texto se relaciona y puede considerarse como una expresión de nominalismo filosófico. He tratado acerca de la influencia de esta opinión

Esta opinión atomística de la intención ejerce, directa e indirectamente, tanta influencia sobre las teorías de la interpretación que se hace indispensable oponerle una opinión más genuina del problema. Con ese fin permítaseme sugerir una analogía. Un inventor de utensilios para el hogar, muere dejando el esbozo a lápiz de un invento en el cual estaba trabajando en la época de su muerte. En su lecho mortuorio pide a su hijo que continúe trabajando en el invento, aunque muere sin haber tenido la oportunidad de decir al hijo para qué va a servir el invento o algo relativo a sus planes para terminarlo. Para cumplir con el deseo del padre el primer paso del hijo sería decidir cuál era el fin del proyectado invento, qué defecto o insuficiencia de utensilios existentes estaba destinado a remediar. Después trataría de entender el principio fundamental del invento, la "verdadera razón del remedio", en el lenguaje de la causa de Heydon. Una vez resueltos estos problemas procedería a trabajar en lo que era esencial para terminar el diseño del proyectado invento.

Hagamos ahora, respecto de las acciones del hijo, la clase de preguntas que se hacen ordinariamente acerca de la interpretación de las leyes. ¿Fue el hijo fiel a la intención de su padre? Si lo que queremos es decir: "¿Elevó él al cabo una intención que el padre realmente tenía acerca de la forma de completar el diseño?" Porque, por supuesto, la pregunta es bastante difícil de contestar, pues no sabemos si el padre tenía tal intención, y si fue así, cuál era ésta. Si queremos decir: ¿Siguió él los planes dispuestos por el padre, aceptando su idea de que el proyectado aparato era necesario y la forma general de ver que tenía acerca del problema de remediar la necesidad? Entonces la respuesta sobre los hechos supuestos es: Sí. Si el hijo pudiera invocar el espíritu de su padre para pedirle ayuda, lo probable es que esta ayuda sería en forma de colaboración con el hijo en la solución de un problema que el padre había dejado sin resolver. Así sucede ordinariamente con los problemas de difícil interpretación. Si el redactor de una ley fuera llamado a consulta directa, tendría que proceder generalmente en la misma forma que el

en el movimiento conocido como realismo legal en mi artículo, "American Legal Realism", 82 *University of Pennsylvania Law Review* 429, 443-444 (1934).

juiz, haciendo preguntas como las siguientes: ¿Cabe este caso dentro del daño que la ley trata de remediar? ¿Es apropiado a la "verdadera razón del remedio" designado por la ley, es decir, es el remedio prescrito idóneo para tratar esta manifestación del daño general a que se destina la ley?

La analogía del invento incompleto puede también ser útil para aclarar una confusión que se manifiesta en todo el vocabulario de interpretación. Tendemos a interpretar la intención como un fenómeno de psicología individual, aun cuando lo que estamos interpretando es una ley emanada de una corporación. Así, indagamos la acción "del legislador" aun cuando sabemos que ésta no existe. En otras ocasiones hablamos de la intención de "la legislatura", aunque sabemos que aquellos que votaron una ley lo hacen frecuentemente sin una verdadera comprensión de sus términos. Acercándonos más a la psicología individual podemos hablar de la intención "del redactor". Pero nuevamente se presenta el problema. Pueden haber varios redactores, obrando en diferentes ocasiones y sin ningún acuerdo común acerca del propósito exacto que se persigue. Más aún, cualquier intención privada e inexpressada, del redactor de una ley se considera propiamente como legalmente inaplicable a su propia interpretación.⁴¹ Volvamos a la analogía del invento incompleto para ver si ofrece alguna ayuda en este atolladero. Es claro que el hijo al resolver su problema encuentre útil ponerse, por así decirlo, de acuerdo con el pensamiento de su padre, recordando su modo de pensar y su manera característica de resolver los problemas. También es claro que este procedimiento puede no ser ni esencial ni útil. Realmente si el diseño incompleto hubiera sido obra de algún inventor completamente desconocido, la tarea del hijo no hubiera cambiado esencialmente. Hubiera observado el diagrama para ver cuál era el fin del invento y qué princi-

⁴¹ Hablado de la Ley de Fraudes, Lord Nottingham dijo en la causa de *Ash v. Abdy*, 3 Swanston 664 (1678): "Tenía alguna razón para conocer el sentido de esta ley; pues se me planteó primeramente." Comp. "Si lord Nottingham la redactó, era el menos indicado para interpretarla, pues el autor de una ley opina más de lo que intentó en privado acerca del sentido que ha expresado." Campbells, *Lives of the lord Chancellors of England*, 3 (3d ed. 1848), 423n.

pio o principios generales servían de base al diseño proyectado. En un caso así podríamos hablar de "la intención del diseño". Esto podría implicar una metáfora, pero ésta es al menos una metáfora útil que da una descripción atinada de la naturaleza de la tarea del hijo. Así, al hablar de la intención legislativa, creo que sería mejor referirnos a "la intención de la ley", como hizo Mansfield al tratar de la intención contractual como "el propósito de la transacción".⁴²

La fidelidad a la ley promulgada se identifica frecuentemente con una actitud pasiva y puramente receptiva por parte del juez. Si actúa "creativamente", ha de ser que se extralimita en su designación como intérprete. Aquellos que prefieren el derecho creado por el juez a las leyes escritas podrán alegrarse de esta desviación y verán con gusto que el juez saque tanto provecho de tan poco. En cambio, aquellos que desconfían del poder judicial son capaces de distinguir en cualquier papel creativo un abandono del principio y la ambición del poder personal. Cuando la cuestión se aborda en estos términos, todo el problema ha sido mal concebido. En el caso del invento incompleto, cuando el hijo asumió un papel creativo no merece, por ese sólo acto, ni alabanza ni censura. Estaba simplemente cumpliendo los requisitos de su encargo, haciendo lo que tenía que hacer, es decir, llevar al cabo el deseo de su padre. El tiempo para la alabanza o censura vendría cuando se pudiera examinar lo que había logrado en su inevitable papel creativo. Lo mismo pasa con los jueces.

Pudiera objetarse que la analogía que se ha utilizado aquí es engañosa. Podría decirse que una ley no se utiliza para un propósito tan sencillo y tan fácilmente definido como, por ejemplo, el de una barredora eléctrica. El daño social que la ley trata de remediar es frecuentemente sutil y complejo, y su mera existencia es perceptible únicamente a aquellos que mantienen ciertos juicios de valores. Por otra parte, el remedio que una ley indica para curar "un mal de la comunidad" no es como un eje que conecta un mecanismo con otro. Frecuentemente, la legislatura tiene que escoger entre una larga lista de posibles remedios, algunos de los cuales proporcionan una clase de cura muy indirecta para el defecto que se trata de corregir.

⁴² *Kingston v. Preston*, 2 Douglas 689 (1773).

Se puede admitir todo esto; sin embargo, yo señalo que es precisamente en este punto de aparente inutilidad donde el ejemplo del invento incompleto es más útil. Se puede tolerar cierta oscuridad acerca del inconveniente que se trata de remediar por medio de una ley. Pero si esta oscuridad va más allá de un punto crucial, entonces ninguna maestría en la redacción ni habilidad en la interpretación pueden hacer que se comprenda una ley que adolece de ese defecto. Por otra parte, cierta vaguedad de pensamiento acerca de la relación entre el remedio y el defecto a que el primero se destina no vicia inevitablemente a una ley. Pero si esta relación es fundamentalmente mal concebida, se pierde toda posibilidad de interpretación coherente. Suponer otra cosa sería como dar por sentado que un invento cuya concepción es básicamente errónea podría salvarse sólo porque se incorporó a una heliografía limpia.

Permítaseme citar un ejemplo histórico de una disposición legal viciada por un defecto fundamental en su propósito. Me refiero al párrafo 5, sección 4, de la Ley de Fraudes, promulgada en 1677. La sección 4 de la ley se basaba en la presunción de que cierta clase de contratos no debían ser legalmente obligados a cumplir a menos de que la prueba de su existencia fuera respaldada por un documento firmado. En cambio, se había considerado desaconsejable extender un requisito tan estricto a todos los contratos, algunos de los cuales deberían ser legalmente válidos aun cuando fueran hechos oralmente. Por consiguiente, los redactores se enfrentaron a la necesidad de decidir qué clase de contratos debería requerirse que fueran por escrito y qué clase podía ser dejada sin peligro a la forma oral. Tal decisión fue redactada en los siguientes términos: "no se entablará pleito... 5) sobre ningún convenio que no se ejecute dentro del espacio de un año de haberse celebrado; a menos que el convenio sobre el cual se entable tal pleito... sea por escrito, y firmado por la parte a la cual se dirija entonces la demanda".

Probablemente se puede afirmar que pocas prescripciones legales han dado lugar a tantas interpretaciones discordantes y fantásticas como las palabras antes citadas. ¿Qué es lo que estaba mal? La ley se expresa en un inglés sencillo y directo. El inconveniente que se trata de eliminar es bastante ob-

vio. Es también bastante fácil ver por qué los redactores hubieron de escoger, como especialmente necesitados de la seguridad de la prueba escrita, los contratos destinados a durar por un periodo de tiempo considerable; en palabras de Holt, "el objeto de la ley era no confiar en la memoria del testigo durante un periodo de más de un año".⁴³

La dificultad surgió porque los redactores simplemente no pensaron en la relación entre el mal y el remedio que destinaron a subsanarlo. En primer lugar es evidente que no existe una relación directa entre el tiempo en que un testigo será llamado a declarar y el tiempo que se requiere para ejecutar el contrato; un contrato puede programarse para su vencimiento en un mes y, no obstante, ser objeto de prueba en el tribunal dos años después. Más aún, los redactores no se preguntaron a sí mismos qué harían los tribunales con el caso tan común en los contratos en que es imposible decir por adelantado cuánto tiempo se requerirá para cumplirlo, como ocurre en contratos como el de emplear a un hombre para toda la vida o pagarle una suma mensual hasta que se cure de determinada enfermedad. Al imaginar sucesos inesperados que aceleran o difieren la ejecución, esta clase de contratos puede extenderse considerablemente. En un caso que se presentó para su decisión poco después de haberse promulgado la ley se sugirió que la validez del contrato dependería del curso verdadero de los acontecimientos.⁴⁴ Si resultaba que el cumplimiento debía tener lugar en el transcurso de un año, el contrato oral era válido; si no, el contrato no podía obligarse a cumplir. Pero esta solución nunca fue aceptada ni lo podría ser. Las partes necesitaban saber desde el principio, o al menos al surgir la dificultad, si tenían o no un contrato. Hacer que la existencia de un contrato obligatorio dependa de acontecimientos posteriores, se prestaría a toda clase de maniobras para lograr determinada situación y produciría la mayor confusión imaginable. En pocas palabras, los tribunales tuvieron que enfrentarse a una ley escrita que no podía ser aplicada en forma que pudiera llevar al cabo la intención vagamente concebida de sus redactores. Finalmente, en 1954, encontraron los ingleses el único remedio

⁴³ *Smith v. Westfall*, 1 lord Raymond 317 (1697).

⁴⁴ Véase causa citada en la última nota.

para esta situación: revocar completamente la sección en cuestión. Nosotros todavía tratamos de encontrar la solución a un acertijo que no la tiene.

Mi segundo ejemplo de legislación fundamentalmente mal concebida es casi tres siglos más moderno. Se refiere a una ley que adolece del defecto de que es imposible definir en términos claros qué clase de mal estaba destinada a remediar. Con la derogación de la prohibición, los norteamericanos decidieron vehementemente "evitar el retorno de la antigua taberna". ¿Qué quería decir esto? La antigua taberna era una cosa compleja, que combinaba aspectos arquitectónicos, de ambiente, artísticos, comerciales, jurídicos, y sociológicos. Era bastante improbable que retornara, o que pudiera siquiera volver en su antigua forma después de una ausencia de quince años, durante los cuales se habían efectuado cambios sociales fundamentales. Para estar doblemente seguros, en muchos Estados se pensó que "debería haber una ley".

¿Cómo se puede legislar en contra de algo como "la antigua taberna"? Pues bien, la vieja taberna tenía puertas oscilatorias; por lo tanto, que sea ilegal servir licor detrás de cualquier cosa que imparcialmente puedan ser llamadas puertas oscilatorias. En la antigua taberna los parroquianos permanecían en pie para beber; decrétese, por lo tanto, que ahora deben sentarse —aunque seguramente como una proposición original hay mucha mayor razón para suponer que la causa de la sobriedad progresaría requiriendo a los bebedores permanecer en pie durante sus libaciones. En la vieja taberna no se podía comprar una comida, aun cuando quizá el cliente fuera obsequiado con una gratis. Vamos a crear algo similar al ambiente de un restaurante familiar en la nueva taberna, obligando por medio de un requisito legal que obligue a que se sirvan alimentos. Pero esto no debe ir demasiado lejos. Sería sumamente injusto pedir al sediento parroquiano que comprara comida antes de que pudiera servírsele una copa. Permítase que el requisito legal sea, entonces, que la nueva taberna esté preparada para servir alimentos a aquellos que lo soliciten, por pocos que éstos sean entre sus parroquianos.

La responsabilidad primordial para administrar esta mezcla alopática de reglamentos no fue, por supuesto, delegada al fiscal, sino a la autoridad encargada de conceder las licen-

cias. ¿Puede alguien imaginar que se derive algún sentido de función social utilizando tal autoridad? ¿Hay alguna razón para sorprenderse de que este aspecto del reglamento sea notorio por su ineficacia y corrupción? Aun si pudiera encontrarse un burócrata consciente que considerara que la misión de su vida era hacer cumplir las leyes, aunque éstas no tuvieran objeto, el problema quedaría todavía por resolver. Habría problemas de interpretación insolubles, por ejemplo, para decidir en qué consiste el estar adecuadamente preparado para servir alimentos a un comensal que nunca se presenta.

Al llegar a este punto debe interrumpirse nuestra exposición del problema de interpretación. Es un tema de una textura tan rica que no podría agotarse citando cualquier analogía o metáfora. Sus requisitos dependen tanto del contexto que los casos ilustrativos pueden servir únicamente para exponer principios generales, pero no transmiten los matices que concurren en la aplicación de esos principios a las derivaciones particulares del derecho. Con todas sus sutilezas, el problema de interpretación ocupa un lugar preciso, central en la moral interna del derecho. Revela, como no puede hacerlo ningún otro problema, la naturaleza cooperativa de la tarea de mantener la legalidad. Si el factor interpretativo es conservar un sentido de misión útil, la legislatura no debe imponerle tareas absurdas. Si el redactor legislativo va a cumplir con sus responsabilidades, debe él a su vez poder prever formas de interpretación racionales y estables. Esta dependencia recíproca impregna en formas menos inmediatamente obvias todo el orden legal. Ninguna concentración individual de inteligencia, percepción, y buena voluntad, por estratégicamente ubicada que esté, puede garantizar el éxito al tratar de sujetar el comportamiento humano al gobierno de las leyes.

La legalidad como un arte práctico

Al extenso análisis que acaba de terminar deberán agregarse algunas observaciones finales acerca de las aplicaciones prácticas de los principios de legalidad.

Primera, debe hacerse una advertencia acerca de la palabra "ley". En 1941 se agregó a las leyes anotadas de Massa-

chusetts (cap. 2-9) una disposición al efecto de que el pavo americano fuera considerado como el ave oficial del Estado. Ahora bien, es evidente que el bienestar del público no hubiera sufrido ningún perjuicio si esta ley se hubiera mantenido en secreto y hecho retroactiva a la fecha del arribo del Mayflower. Realmente, si damos el nombre de ley a cualquier acto oficial de un cuerpo legislativo, puede haber circunstancias bajo las cuales todos los detalles de una ley deben mantenerse en secreto. Tal caso podría suscitarse cuando se votara una suma para financiar la investigación acerca de alguna nueva arma militar. Es siempre afortunado que algún algo del gobierno deba ocultarse al público a fin de protegerlo de la crítica. Pero hay veces que es necesario inclinarse ante la inflexible necesidad. La Constitución misma en el Artículo V prescribe que cada "cámara deberá llevar un diario de sus sesiones, y publicarlo de cuando en cuando, excepto aquellas partes que a su juicio puedan requerir que se mantengan secretas". Sin embargo, todo esto tiene muy poca importancia con respecto a las leyes que son materia de examen.⁴⁵ Por ejemplo, no puedo pensar de ningún apremio que pudiera justificar que se ocultara al conocimiento público una ley que creara un nuevo delito o que modificara los requisitos para hacer un testamento válido.

Segunda, las infracciones de la moral legal tienden a hacerse acumulativas. Un descuido de la claridad, la coherencia, o la publicidad pueden suscitar la necesidad de leyes retroactivas. Los cambios demasiado frecuentes en el derecho pueden invalidar los beneficios de los procedimientos formales, pero lentos para dar a conocer el derecho. El descuido acerca de mantener las leyes en forma que puedan ser obedecidas puede engendrar la necesidad de una observancia discrecional que a su vez perjudica la congruencia entre la acción oficial y la regla promulgada.

Tercera, el grado en que la ley lleva a expresar explícitamente los conceptos de bien y mal ampliamente compartidos por la comunidad disminuye en importancia la necesidad de

⁴⁵ Se encontrará una exposición de algunos problemas de publicidad distintos de la promulgación de leyes en la forma ordinaria en mi artículo "Governmental Secrecy and the Forms of Social Order", en *Nomos* ("Comunidad") 256-268 (1959).

que la ley promulgada sea publicada y expresada con claridad. Así sucede también con el problema de la retroactividad; cuando la ley es en gran parte un reflejo de la moral extralegal, lo que aparece en forma de legislación retroactiva puede en substancia representar meramente la confirmación de opiniones ya ampliamente sostenidas, o en proceso de desarrollo hacia la ley finalmente promulgada. Cuando hacia fines del siglo dieciséis los tribunales ingleses sancionaron legalmente la ejecutoria del contrato bilateral, sólo se pusieron al día con la práctica comercial permitiendo a las partes hacer directamente lo que con anterioridad se habían visto obligados a hacer con rodeos.

Cuarta, la forma estricta con que en general deberían aplicarse los ocho desiderata, así como la prioridad en el rango de los mismos, sería afectada por la rama de la ley en cuestión así como por las clases de normas legales sujetas a consideración. Por lo tanto, en general, es más importante que un hombre tenga una advertencia clara de sus obligaciones legales que el que sepa precisamente la desagradable experiencia que acarrea una violación; una ley retroactiva que crea un nuevo delito es completamente objetable, una ley similar que prolonga el término de prisión por un delito existente lo es menos. Una distinción conocida entre normas legales es la que distingue entre normas que imponen obligaciones y aquellas que confieren facultades legales. Ambas clases de normas son afectadas en cierto grado por los ocho requisitos de moral legal. Sin embargo, las normas que otorgan y definen poderes legales rara vez tienen algún equivalente en las prácticas de la vida diaria —el darse la mano al cerrar un trato nunca ha sido aceptado como un formalidad legal adecuada. De aquí que en cuanto a las normas que definen facultades legales, los requisitos de publicidad y claridad se inclinan a ser especialmente exigentes. Por el contrario, al conferir validez retroactiva a lo que conforme al derecho existente era un vano intento para ejercer una facultad legal será visto con frecuencia como un adelanto en la causa de la legalidad, pues evita la confusión de los derechos legales.

Quinta y última, debería recordarse que en nuestro detallado análisis de cada uno de los requisitos de moral legal, hemos adoptado generalmente el punto de vista de un legislador es-

crupuloso, ansioso de comprender la naturaleza de su responsabilidad y dispuesto a enfrentarse a sus dificultades. Este énfasis en los matices y problemas difíciles no nos debe hacer olvidar que no todos los casos son difíciles. Cada uno de los requisitos de legalidad puede ser violado en formas que no admiten duda. Por ejemplo, se dice que Calígula había respetado la tradición de que las leyes de Roma fueran anunciadas en un lugar público, pero se ingenió de manera que sus propias leyes fueran escritas con letras tan pequeñas y colocadas tan alto que nadie podía leerlas.

La paradoja de que un asunto puede ser al mismo tiempo muy fácil y muy difícil puede ser ilustrada con un ejemplo tomado de Aristóteles. En su *Ética* Aristóteles plantea la cuestión de si es fácil ser justo con los demás. Observa que pudiera parecer que así sería, pues hay ciertas normas establecidas de trato justo que pueden ser aprendidas sin dificultad. La aplicación de una simple norma debería ser sencilla. Pero no es así. Dice Aristóteles recurriendo a una analogía favorita, la de la medicina: "Es cosa fácil conocer los efectos de la miel, del vino, del eléboro, del cauterio y de hacer una incisión. Pero saber cómo, a quién, y cuándo deben ser aplicados estos remedios es una empresa no menos difícil que la de ser médico."⁴⁶

Así, a nuestra vez, podemos decir: Es fácil entender que las leyes deben ser claramente expresadas en normas generales que tengan un efecto en perspectiva y que sean dadas a conocer al ciudadano. Pero saber cómo, bajo qué circunstancias, y en qué grado deberán lograrse estas cosas, es una empresa no menos difícil que ser legislador.

⁴⁶ *Ética a Nicómaco*, Libro V, 1137a.