

MÉTODOS JUDICIALES DE INTERPRETACION DEL DERECHO

Julio César CUETO-RUA

Traducción: Ciro Ciliberto Infante (*) ("Judicial Methods of Interpretation of the Law", Louisiana State University Paul M. Hebert Law Center, Center of Civil Law Studies, publicado por "The Publications Institute Paul M. Hebert Law Center", Louisiana State University, Louisiana, Estados Unidos de Norteamérica, enero de 1981 (**).



CAPITULO IX

Los factores axiológicos en el proceso de interpretación de la ley y la elección del método

La historia de la ciencia del Derecho y la historia del Derecho muestran que los jueces han empleado diferentes métodos para la interpretación y aplicación de las normas generales del Derecho, ya sea creadas por el legislador, por los jueces, o de las normas consuetudinarias. Algunos métodos de interpretación han prevalecido en ciertas circunstancias históricas (1) mientras que otros métodos han prevalecido en diferentes medios sociales (2). Además, el uso simultáneo de varios métodos ha sido común, ya sea con o sin prioridad dada a uno u otro de esos métodos por sobre los otros (3). Esta característica, propia de la experiencia jurídica, y en especial de la experiencia judicial, no debiera sorprender. El hecho es que tanto juristas como jueces, en el desarrollo de sus tareas, encuentran en el derecho elementos esenciales que requieren el uso de técnicas diversas y específicas, de manera tal que esos elementos puedan ser comprendidos y su incidencia en la creación y aplicación del derecho pueda ser determinada.

En países centralizados, donde el Estado se ha desarrollado al punto de establecer y operar órganos para la creación y aplicación de las normas o para dirimir los conflictos, la tarea de interpretar y aplicar las normas requiere el manejo de materiales normativos escritos en lenguaje natural. Desde el comienzo, el proceso de interpretación requiere un adecuado manejo de la semántica y la sintaxis. Un buen juez es siempre un buen lector y un buen escritor; él está familiarizado con la gramática y la estructura del lenguaje.

Desde que las palabras son signos mediante los cuales los conceptos son expresados, leer es recibir información por medios conceptuales. Entre otras

(*) Alumno adscripto al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social

(**) Este artículo es una reimpression traducida con la autorización del "Publications Institute" y el "Center of Civil Law Studies" del "Paul M. Hebert Law Center" Baton Rouge, Louisiana, EE.UU. El autor ha revisado la traducción.

cosas, las palabras son medios de transmisión de conceptos. Los conceptos son entes ideales por medio de los cuales los objetos son nombrados. Los conceptos se refieren a todo tipo de objetos, tales como aquellos que forman parte del llamado mundo de la naturaleza, como por ejemplo la tierra, la atmósfera, los cuerpos celestes, el calor y los seres vivos; aquellos objetos que los hombres han creado o modelado, como por ejemplo los utensilios, las herramientas, los muebles, la ropa y las pinturas; y esos objetos tan especiales que sólo pueden ser percibidos o imaginados por medio de procesos mentales, como por ejemplo los números, las figuras geométricas, las relaciones lógicas y hasta las brujas y los fantasmas. Además, los conceptos se refieren a los actos mismos de elección y preferencia, como por ejemplo el hacer un instrumento, el escribir o leer libros y el correr carreras. Estos conceptos transmitidos a través de las palabras utilizadas por el legislador o por los jueces, al sancionar las leyes o al dirimir un caso, son conceptos descriptivos de la conducta humana. Por cierto, se puede decir con propiedad que el contenido u objeto de cualquier manifestación judicial o legislativa es siempre conducta humana. Hay numerosas maneras de describir la conducta humana y muchas de ellas son utilizadas igualmente por legisladores y por jueces.

Como el comportamiento humano es un fenómeno real que tiene lugar en el tiempo y el espacio, cualquier descripción de la conducta humana requiere implícita o explícitamente una referencia al lugar donde ocurrió, donde habrá de ocurrir o donde debiera ocurrir; y al tiempo en que ocurrió, habrá de ocurrir o debiera ocurrir. Referencias precisas al espacio y al tiempo requieren del uso de expresiones matemáticas, por ejemplo unidades de duración de movimiento para medir el tiempo o identificar fechas, medidas de longitud para medir el espacio, líneas o formas geométricas para localizar y definir áreas en el espacio. La conducta humana es acción, la acción de personas. Dado que hay diferentes clases de personas, por ejemplo hombres y mujeres, menores y mayores, capaces e incapaces, nacionales y extranjeros, parientes y no parientes, ausentes y presentes, entonces cualquier descripción adecuada de la conducta humana requiere también una indicación explícita o implícita acerca de la clase de personas sobre la cual se está haciendo referencia. Además, las acciones humanas se refieren a diferentes áreas de la realidad social y de la experiencia humana, como por ejemplo, la satisfacción de necesidades esenciales del hombre, el intercambio con otras personas, el desplazamiento de un lugar a otro, la dirección de la conducta a seguir o la aceptación de ejemplos de conducta dados por otra persona, la entrega o la recepción de cosas impregnadas de valor real o simbólico, el cuidado de otros, la destrucción de cosas o la lesión de otros. En el Derecho, cualquier referencia abstracta a las relaciones humanas, es decir, una referencia sin especificaciones ni indicaciones, ya expresas, ya implícitas, con respecto a dónde, cuándo,

qué y por quién fue ejecutada o debió ser ejecutada la acción, no tiene significado. Las palabras usadas en el enunciado de normas generales sancionadas por el legislador o extraídas por el juez de la costumbre o de la jurisprudencia, transmiten al lector una serie de conceptos que se refieren a diferentes tipos de objetos, por ejemplo naturales, culturales o ideales, y que conforman la labor jurídica esencial de definir y de describir la conducta humana que debe ser seguida. Esta naturaleza referencial y esta función descriptiva de las palabras y de los conceptos nos muestra que el proceso de entender el significado de las palabras descriptivas que encontramos en cualquier norma van a dirigir al intérprete, sea abogado, juez o legislador, a diferentes tipos de objetos que ofrecen su propio y específico problema de comprensión y metodología. En otras palabras, diferentes problemas de comprensión y de método son producidos por elementos temporales, espaciales, materiales y personales de la experiencia jurídica (4); por lo tanto, un adecuado entendimiento de la norma puede necesitar la ayuda especializada de expertos de diferentes campos. Por ejemplo, puede ser necesario consultar un científico de la naturaleza para determinar qué es una "enfermedad endémica", un "peligro de radiación", un "material susceptible de fisión", una "sustancia tóxica", un "territorio tropical", un "pantano", un "lecho de río", o una "costa". O, en el ámbito cultural, se puede necesitar la consulta de un experto para determinar el significado de "invención", "plagio" o "concierto". Como un último ejemplo, en las ciencias formales tales como la matemática y la lógica, los expertos podrán ser llamados para informar qué se quiere significar con "exclusión", "inclusión", "alternativa", "divisible", "unidad" o "totalidad". Tal asistencia técnica, que puede ser requerida en numerosos casos, ayuda en la mejor identificación del tipo de conducta humana a la cual se refiere la norma jurídica general. Puede ser llamada asistencia auxiliar, desde que es invocada para clarificar ciertos aspectos del complejo conjunto de objetos por medio de los cuales se define la conducta humana, es decir: tiempo de su ocurrencia, lugar de su ocurrencia contenido de la conducta y clases de personas involucradas.

Identificar el tipo de conducta que debe considerar es, sin embargo, solamente el principio de la labor del juez. Mucho más importante desde el punto de vista jurídico, es el descubrimiento y evaluación del significado de la conducta. El juez es llamado para administrar justicia, distribuir justicia a las partes, y reforzar los valores básicos de la sociedad. Para llevar a cabo dicha función el juez debe resolver el conflicto presente ante él, por medio de una norma general de Derecho. En ciertos casos el juez puede descubrir fácilmente el significado de la norma a aplicar por medio de reglas elementales de gramática y semántica. Habitualmente éste es el caso en que el juez se encuentra ante un conflicto común o de tipo corriente. Pero otras veces el juez puede verse en dificultades, ya por tratarse de hechos poco comunes o ambiguos, ya porque las normas jurídicas que

en un principio parecían ser las aplicables al caso tenían un significado poco claro o porque traían aparejadas consecuencias inesperadas. Cuando el juez hace un análisis más profundo del asunto, puede encontrar inconsistencias, falta de adecuadas disposiciones para la solución del conflicto, o encontrar otras normas también aplicables al caso pero que lo llevan a resultados opuestos.

Ya fue demostrado que el juez puede descubrir diferentes significados en una misma norma, dependiendo del tipo de método de interpretación que aplique (5). También fue demostrado que el significado elegido por el juez puede estar sujeto a cambios que resultan del tipo de relación lógica que el juez establezca entre la norma interpretada y las otras normas del ordenamiento jurídico, o entre la norma sujeta a interpretación y los conceptos básicos o principios generales del ordenamiento jurídico (6). El juez puede contar con diferentes normas aplicables al caso, pero que lo llevan a resultados contradictorios. Al mismo tiempo, dispone de diferentes métodos, que cuando son aplicados, pueden llevar a diferentes interpretaciones de las mismas normas jurídicas generales que son finalmente seleccionadas para la decisión del conflicto. Las siguientes circunstancias caracterizan la situación en que el juez se encuentra como resultado de un proceso de selección, interpretación y aplicación de normas jurídicas generales para la solución del conflicto:

a) El juez debe elegir la o las normas generales en base a las cuales decidirá la disputa. En este proceso de selección el uso de la lógica no va a ser determinante (7). Seleccionar la premisa básica para posteriores deducciones no es un proceso que tenga lugar solamente en base a la lógica (8).

b) La norma finalmente seleccionada fue elegida porque fue objeto de un proceso de interpretación que permitió al juez descubrir en la norma un significado concordante con el significado de los hechos relevantes del caso pendiente de resolución.

c) En la interpretación de la norma jurídica general elegida, el método o los métodos de interpretación finalmente aplicados son aquellos que conducen al descubrimiento de un significado normativo que haga que la norma, tal cual ha sido interpretada, sea la base adecuada para la justa adjudicación de la disputa (9).

En otras palabras, el proceso a través del cual el juez selecciona, interpreta y aplica la norma puede ser caracterizado como sigue:

Primero: el juez encuentra normas que compiten entre sí, todas ellas aplicables al caso pendiente de resolución.

Segundo: cada una de esas normas en competencia requiere ser interpretada.

Tercero: el significado de esas normas en competencia puede variar de acuerdo al método de interpretación utilizado.

Cuarto: el conocimiento de las normas en competencia entre sí y la selec-

ción de una o más de esas normas para la decisión del caso puede ser logrado mediante el uso de uno o más métodos.

Quinto: la selección que hace el juez de las normas y la selección del método o de los métodos de interpretación son selecciones mutuamente relacionadas.

La idea de que cada norma presenta uno y sólo un significado "verdadero" es refutada por la experiencia cotidiana de los tribunales y por el hecho evidente de que las normas jurídicas continuamente adquieren significados diferentes con el paso del tiempo. La idea de que sólo hay un procedimiento técnico para determinar el significado de las normas sancionadas por el legislador, o creadas por decisiones judiciales o establecidas por el comportamiento consuetudinario del pueblo, ha sido desacreditada por la historia de la ciencia del Derecho y por la historia del Derecho mismo. La creencia de que la lógica por sí sola sirve como una guía para la selección de la norma jurídica general o de las normas jurídicas generales que suministrarán la base para el razonamiento judicial y para la solución del conflicto es también infundada. Los hechos del caso pueden ser subsumidos en más de una norma jurídica, y cuando es así, no hay forma lógica de descalificar algunas normas y de conservar las otras ⁽¹⁰⁾. La idea de que hay algún procedimiento técnico o metodológico para la selección del método que debería ser aplicado para la solución del caso es también insostenible.

El factor crucial que determina la línea de razonamiento del juez y su decisión final del caso no está basado ni en la lógica, la historia, la sociología o la economía, ni tampoco encuentra su basamento en consideraciones puramente pragmáticas de los intereses en juego. El factor determinante va a ser encontrado en la valoración de los valores en juego en el caso, y en la elección de aquel valor que es merecedor de su reconocimiento judicial ⁽¹¹⁾. El proceso de interpretación es controlado por los valores jurídicos, y esos valores, de la misma manera, controlan la elección del método. La función judicial gira alrededor de la objetiva y esclarecedora evaluación de los hechos del caso y de las normas jurídicas aplicables. El deber del juez es decidir el caso de acuerdo al Derecho y la justicia. La interpretación de las normas jurídicas generales y la selección del método de interpretación aplicable están condicionadas por la identificación de los valores jurídicos en juego. La teoría de la interpretación y la teoría del método están esencialmente relacionados con la teoría de los valores jurídicos.

2. La compleja estructura axiológica de la experiencia jurídica

Muchas de las dificultades que los jueces, abogados y legisladores experimentan cuando operan con normas jurídicas generales y enfrentan la solución de específicos problemas jurídicos, están relacionadas con dos factores básicos. En primer lugar, en cada caso no es uno sino que son varios los valores jurídicos que reclaman ser realizados. En segundo lugar, es muy difícil realizar todos

esos valores jurídicos al mismo tiempo y de una manera equilibrada. Si cada norma jurídica general y cada decisión judicial hubiera de satisfacer el orden y la seguridad y nada más, quizás no sería muy difícil dictar sentencias y alcanzar un mínimo de orden y seguridad. Sin embargo, en cada caso, todos los valores jurídicos están involucrados y todos esperan reconocimiento y realización. Orden sin solidaridad, o seguridad sin justicia no es una situación muy deseable ni valiosa. Cuando la seguridad de las personas ha sido puesta en peligro por la organización del grupo social por medio de un mecanismo altamente eficiente de poder y por el logro de un apropiado nivel de paz, ya interno, ya externo, esa organización y esos logros han sido denunciados por quienes prefieren reconocer la prioridad a los derechos del individuo y por quienes desconfían del creciente poder del Estado. Si la cooperación y la solidaridad son realizados en detrimento de la expansión dinámica de la voluntad del individuo en una sociedad ordenada, la situación resultante puede ser considerada como el umbral del Estado represivo. Justicia sin orden es imposible. Orden sin justicia es indeseable. Orden sin poder es inestable. Poder sin orden es amenazante. Seguridad sin justicia carece de valor. Justicia sin seguridad pierde sentido.

La solución judicial de los conflictos puede resultar dificultosa en los casos poco corrientes, difíciles o inesperados, porque el juez debe tener en cuenta todos los valores jurídicos involucrados y porque la experiencia pasada puede proveerle de muy poca, si alguna, guía. Todos los valores jurídicos son significativos para los hombres, todos ellos se encuentran en las mismas raíces de la vida social e interindividual. Estas dificultades se ven multiplicadas por la naturaleza esquiva de los valores en general, y de los valores jurídicos en particular. Cerca de 2.000 años de pensamiento occidental no han sido suficientes para dirimir la disputa entre sofistas, cínicos y relativistas, quienes niegan la realidad, objetividad o sentido de los valores; y platónicos e idealistas, quienes mantienen la postura contraria. Incluso entre platónicos e idealistas, sutiles diferencias sobre el significado de los valores, su respectiva dignidad y fuerza ⁽¹²⁾ y sus relaciones y fundamentos, han agregado confusión y dudas a un campo ya de por sí contencioso de esfuerzos intelectuales y filosóficos. Sin embargo, la discusión de las selecciones y preferencias hechas en el campo axiológico por los jueces al decidir los casos, no puede ni debe ser ignorada o esquivada meramente porque tal tarea es difícil o porque involucra complejas cuestiones de metafísica, filosofía y lógica. Ignorar cuestiones axiológicas y dejar de lado cuestiones planteadas por la selección judicial de normas y de métodos, agregan nuevas complicaciones a un espinoso tema y tienden a oscurecer el significado de la función judicial y la naturaleza de su mecánica. Discutir abiertamente el proceso de evaluación que el juez lleva a cabo al decidir un caso tiene la obvia ventaja de exponer y enfocar un aspecto crucial de la realidad. Dicha exposición también incrementa la posibili-

dad de un manejo racional de los problemas encontrados en ese proceso y proporciona una mejor perspectiva desde la cual los principales caracteres, limitaciones y posibilidades de este proceso pueden ser percibidos.

La conducta humana que puede ser definida como el ejercicio de un derecho, o el cumplimiento de una obligación, o la aplicación de una sanción o el padecimiento de una sanción, es conducta bilateral. Es conducta jurídica aquella conducta a la cual el ordenamiento jurídico como un todo, le atribuye significación jurídica. Cuando una conducta es analizada y juzgada desde una perspectiva jurídico-normativa, se encuentra el significado jurídico específico de la acción en las normas positivas de Derecho vigentes en la comunidad. Cada una de esas normas es expresiva de un valor jurídico. Cada una de esas normas fue elegida por el legislador o por el juez de entre otras normas de Derecho lógicamente posibles. Cada norma fue elegida porque fue considerada la mejor, esto es, fue la norma que mejor satisfacía las aspiraciones y fines de la comunidad, en la medida en que la norma fue valorada por el legislador o el juez.

Las normas jurídicas son portadoras conceptuales de valores jurídicos; por lo tanto, la selección judicial de la norma jurídica que corresponde al caso concreto de conducta humana cuyo significado jurídico está siendo investigado por el juez, no está basado en el descubrimiento neutral de conceptos por medios puramente lógicos, esto es, conceptos, en los cuales se pudiera subsumir el caso específico de conducta humana sujeta a estudio judicial. El proceso es mucho más complejo. Involucra el descubrimiento del significado jurídico de esa instancia de conducta, es decir la determinación de si la conducta consiste en el ejercicio de un Derecho, el cumplimiento de una obligación o la aplicación o el sufrimiento de una sanción. También involucra la comparación de ese significado con el significado axiológico sostenido y expresado por las normas jurídicas, es decir, esas entidades lógiconormativas que son en sí mismas la expresión conceptual de preferencias axiológicas. Los valores que encuentran expresión conceptual en normas jurídicas generales o que son sostenidas por ellas son bien conocidos por el hombre occidental. Estos valores permitieron comprender tres mil años de desarrollo histórico. Inspiraron instituciones culturales, políticas y económicas. Hicieron significativo el largo y doloroso proceso de desarrollo de instituciones jurídicas, tanto públicas como privadas, como así también el comportamiento de legisladores, jueces y juristas.

La justicia fue estudiada y alabada por Platón (13), Aristóteles (14) y Santo Tomás (15). La solidaridad fue estudiada por Duguit (16), mientras que la cooperación fue examinada por Sidney y Beatrice Webb (17) y por los fabianos socialistas británicos. Machiavello (18) y Hobbes (19) se ocuparon del poder. La paz fue objeto de los trabajos de Grotius (20), Kant (21) y Kelsen (22). La seguridad fue destacada por Recasens-Siches (23) y por los social-demócratas alema-

nes; Locke (24) y los escritores burgueses decimonónicos, ingleses, franceses y alemanes pusieron de manifiesto la importancia del orden. En diversos momentos históricos cada uno de esos valores ha sido proclamado, ya solo, ya con otros, como el valor jurídico por excelencia. Todos están presentes en la experiencia jurídica. Todos reclaman ser reconocidos. Ignorar uno cualquiera de esos valores hace extremadamente difícil la adecuada comprensión de las instituciones y de la vida humana en el mundo occidental.

Todos esos valores jurídicos se encuentran recíprocamente relacionados. La medida en que cada uno de ellos es realizado o la medida en que deja de ser realizado afecta a los restantes valores. No todos los valores jurídicos son de la misma dignidad o fuerza. La frustración de un valor más "fuerte" puede poner en peligro la realización de un valor de mayor dignidad. La justicia vale más que el orden, pero el orden es más fuerte. Sin un mínimo de orden no puede haber justicia. La solidaridad es un valor superior a la cooperación, pero la cooperación es más fuerte que la solidaridad. Sin un mínimo de cooperación es muy difícil lograr un grado satisfactorio de solidaridad. La paz es superior al poder, pero el poder es más fuerte que la paz. Sin un mínimo de poder es difícil lograr la paz, interna o externa, en alguna medida adecuada.

Es común comprobar que los jueces prefieren dictar sentencias que habrán de contribuir al establecimiento y la consolidación del orden en el grupo social, sin embargo a menudo los jueces se abstienen de así hacerlo, porque existe la evidencia de que ellos podrían por su sentencia dañar la solidaridad existente entre los miembros del grupo social. El juez puede estar convencido de que la conducta de una de las partes ha tendido a menoscabar o disminuir el uso apropiado del poder estatal, y, por ello mismo puede sentirse inclinado a dictar una sentencia que fortalezca ese poder amenazado. Por otra parte, el juez podría no dictar tal sentencia si es que ha llegado a la conclusión de que su sentencia puede sentar un mal precedente para la defensa y la seguridad de los derechos individuales. Si los jueces se las tuvieran que ver con sólo un valor podrían haberse cargo con mayor facilidad de los casos difíciles y con situaciones sociales complicadas, o podrían reconciliar más fácilmente intereses sociales en conflicto. La labor del juez, sin embargo, no es tan simple. No hay juez, que sea un juez dedicado, deseoso de lograr justicia en la sentencia final del caso, que sólo reconozca un valor e ignore los restantes.

3. Valores "positivos" y "negativos"

Esta compleja estructura (la mutua relación entre la dignidad y la fuerza axiológicas) es complicada aún más por la "polaridad" de los valores. Cada valor positivo tiene su contraparte en un valor negativo (25); así, por ejemplo, la

justicia tiene como contraparte a la injusticia. El fracaso en la realización de un valor positivo trae como consecuencia la realización de su contraparte negativa (26). El fracaso en la realización de un valor positivo puede tener lugar de dos maneras diferentes; por exceso o por defecto.

Valores negativos por defecto: cada uno de los siete valores positivos antes mencionados, es decir, justicia, paz, poder, solidaridad, cooperación, seguridad y orden, tienen su contraparte por defecto. El fracaso en lograr un mínimo de justicia, trae aparejada la injusticia. De la misma manera la falta de un mínimo de orden trae aparejado el desorden. La falta de un mínimo de seguridad trae aparejado la inseguridad. La falta de un mínimo de poder trae aparejado la anarquía. La falta de un mínimo de paz trae aparejado la discordia. La falta de un mínimo de cooperación trae aparejado el aislamiento. La falta de solidaridad trae aparejado la extranjería.

Valores negativos por exceso: por razones que serán examinadas más adelante, sólo tres de los siete valores, es decir, la cooperación, el poder y el orden, tienen contrapartes negativos por exceso. Un exceso de orden lleva al ritualismo, un exceso de poder lleva a la opresión, y, finalmente, un exceso de cooperación lleva a la masificación (27).

Los valores jurídicos positivos y negativos que han sido vividos y experimentados por el hombre occidental a través de la historia, la cultura y la filosofía de las sociedades occidentales, están expuestos en la tabla axiológica siguiente: Al preparar esta tabla no se hizo esfuerzo alguno por clasificar los valores en base a su dignidad y fuerza; la tabla es meramente descriptiva de aquellos valores positivos y negativos que un juez encuentra en la experiencia judicial occidental.

Valores negativos por exceso	Valores positivos	Valores negativos por defecto
	justicia	injusticia
	paz	discordia
opresión	poder	anarquía
	solidaridad	extranjería
masificación	cooperación	aislamiento
	seguridad	inseguridad
ritualismo	orden	desorden

Todos éstos, tanto los valores positivos como los negativos, son parte de un todo dinámico, de una estructura dinámica. Cada uno de estos valores, ya sean positivos o negativos, pueden tener varios grados de realización, aunque la total realización de cualquiera de estos valores positivos parece no estar al alcance del hombre. Los hombres no son dioses. Ni tampoco la absoluta realización de

los valores negativos parece estar en sus manos; tampoco los hombres son diablos. La vida social es un proceso fluído y altamente dinámico de las realizaciones parciales de valores positivos y negativos. En tal proceso los jueces llevan a cabo una tarea de la mayor importancia. En las palabras de Aristóteles: "Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, digamos así, justicia personalizada" (28).

4. Descripción de los valores jurídicos

Como este trabajo trata de la experiencia jurídica se ha intentado describir el proceso mental involucrado en la decisión de casos. El análisis ha mostrado que en la selección de las normas en base a las cuales el caso va a ser decidido y en la elección del método que proveerá la clave para la interpretación de esas normas, esa selección y esa elección llevadas a cabo por el juez, se encuentran determinadas por su apreciación de los valores jurídicos en juego en el caso y por la convicción profundamente sentida de que su deber es ser justo en la resolución del caso.

Durante siglos, la naturaleza e inclusive la existencia misma de los valores han sido cuestionadas. Resurge a lo largo de la historia el argumento de Trasímaco en "La República" de Platón:

"¿A qué viene, Sócrates, toda esa palabrería? Porque os adjudicáis recíprocamente la victoria, y os hacéis el uno al otro concesiones como dos tontos? Si deseas sinceramente en qué consiste la justicia, no te limites a preguntar y a rebatir ufano lo que te contestan, no ignorando que es mucho más fácil interrogar que responder. Por lo contrario responde tú mismo que entiendes por justicia. Y no vayas a responder que es lo conveniente, lo útil, lo ventajoso, lo lucrativo o lo provechoso. Responde con claridad y con precisión porque no estoy dispuesto a tolerar semejantes pamplinas... Escucha pues, dijo Trasímaco, sostengo yo que la justicia no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte" (29). (N. de T. 1).

Cerca de dos mil años no han sido suficientes para poner fin a la disputa entre filósofos y iusfilósofos en cuanto a la naturaleza, contenido y significado de los valores en general y los valores jurídicos en particular. Es por todo ello fácilmente comprensible por qué en este trabajo no se intenta siquiera entrar en argumentaciones filosóficas relativas a los valores. El propósito de este trabajo es mucho más modesto: describir, tan estrecha como imparcialmente posible, la relación entre los valores jurídicos y las funciones que dichos valores jurídicos cumplen en el proceso judicial. Este esfuerzo encuentra su principal inspiración en el trabajo analítico pionero de Carlos Cossio sobre los valores y las sentencias (30). Las secciones siguientes estarán entonces dedicadas a la descripción de los valores jurídicos, tanto los positivos como los negativos, en la medida requerida para facilitar la debida comprensión del proceso judicial.

5. Orden, desorden y ritualismo

El orden significa la regularidad en la secuencia de los acontecimientos. Significa un lugar para cada cosa y un momento predecible para cada acontecimiento. El planeamiento y el orden hacen posible la predicción de acontecimientos y la incorporación racional de la propia conducta en la cadena de acontecimientos (31). El planeamiento y el orden permiten anticipar efectos y consecuencias. Porque existe orden, el yo está en condiciones de organizar sus acciones en el mundo circundante. Uno es capaz de calcular el impacto de acciones y omisiones y de aumentar y extender las consecuencias de sus propias decisiones. Porque hay orden es posible prever los riesgos. Porque hay orden, según Cossio, la vida corre a través de un sendero pre-establecido, donde los riesgos y peligros son evitados (32). El valor del orden está esencialmente relacionado con la posición del hombre en el mundo. Al tener cada cosa en su lugar, al ocurrir todo de acuerdo a lo planeado, es posible expandir el espacio circundante, es posible extender el ámbito espacial en el cual se vive la vida y se la desarrolla, y expandir las relaciones humanas y las conexiones. El orden es un valor fuerte. Hace posible la vida racional. Es un valor básico que debe ser realizado al menos en grado mínimo de modo tal que a las personas les sea posible planear su propia existencia y prever las posibles consecuencias de sus acciones.

Los jueces se encuentran particularmente preocupados por el orden, pues su propia función judicial ha sido diseñada y organizada para suministrar a los miembros de la comunidad claras indicaciones de cuánto pueden esperar de los otros miembros de la comunidad, incluyendo los mismos jueces, cuando un determinado curso de conducta es seguido. Tener orden es abrir ciertas puertas y cerrar otras. Es, de alguna manera, una invitación a actuar. Tener un cierto grado de orden es, según Cossio, tener un cierto grado de justicia (33). Los jueces saben que la cosa es así. Ellos comprenden que el mantenimiento del orden, es decir, hacer predecible la conducta humana, y calcular sus consecuencias es una de las funciones básicas dadas a los jueces por la comunidad.

Relacionado con el orden, el desorden es su valor negativo por defecto. Habiendo desorden no hay predicción posible. Los acontecimientos parecen ocurrir al azar. Las acciones humanas devienen ineficaces. El desorden engendra parálisis, pues los hombres no pueden estimar las consecuencias de sus propias actividades ni prever los hechos futuros. La carencia de predicción y de previsibilidad hacen casi imposible la anticipación de los riesgos. El mundo circundante se hace peligroso. En vez de expansión y crecimiento, la contracción y el retraimiento se hacen necesarios para proteger la vida. Pasados beneficiosos intercambios y permutas con otras personas son malgastados. El mundo pareciera

transformarse en un desierto, y el hombre queda solo. La destrucción no está lejos. La naturaleza destructiva del desorden pesa intensamente sobre las mentes de los jueces. Les advierte la necesidad primordial de recobrar la regularidad de los acontecimientos, la predictibilidad de la conducta humana y la previsibilidad de los efectos de las propias decisiones (34).

El ritualismo es el correlativo valor negativo por exceso del orden. Demasiado orden y demasiada planificación limitan la libertad de acción y la inspiración creadora. Formalismos, requisitos y formas se hacen tan prevaletes que la acción humana se vuelve ineficaz. Todo el tiempo disponible es usado en el estricto cumplimiento de los requisitos impuestos a los miembros de la comunidad y que sirven como condición para el logro de ciertos resultados. Como consecuencia, la energía y los recursos son gastados en formalidades y no se logran resultados sustantivos. Por supuesto las formalidades cumplen una función beneficiosa cuando se manifiestan como elementos de un orden racional. Cuando esto ocurre las formalidades son la expresión apropiada de un sistema en el cual hay un lugar para cada cosa y en el que la secuencia preordenada de acontecimientos hacen la predicción posible. Pero un exceso de formalidades hace irracional el ordenamiento. Las formalidades se convierten en barreras que frustran la concreción de los objetivos buscados por las partes en una disputa y por la comunidad como un todo. Las formalidades se convierten en una finalidad en sí misma, desconectada de las expectativas reales y justificadas del grupo social. Es una cáscara vacía, inservible y exenta de significación positiva alguna.

Los jueces están agudamente concientes de los peligros del ritualismo. Deben distinguir entre aquellas formalidades y procedimientos que garantizan la operación ordenada de las funciones judicial y social y estas otras formalidades y procedimientos que sofocan la innovación o el crecimiento o que hacen imposible el efectivo funcionamiento de las instituciones. Por lo tanto los jueces están llamados a lograr un delicado equilibrio de las formalidades, de tal manera que el orden sea seguro y el exceso de ritualismo sea evitado.

6. Seguridad e inseguridad

Seguridad es protección contra riesgos. Todo ser humano enfrenta riesgos provenientes del mundo circundante. En él encuentra objetos amenazantes, por ejemplo, fuerzas naturales tales como el frío, el viento o el calor, criaturas vivientes como animales salvajes o gérmenes e incluso seres humanos tales como enemigos o sujetos dañinos. Vivir es, en cierto modo, enfrentar y neutralizar riesgos y amenazas. El destino del hombre es, parafraseando a Holmes, no el reposo (35) sino el peligro y la incertidumbre (36). Sin embargo es posible prever y evitar riesgos. Se logra seguridad no cuando el riesgo es eliminado (cosa usualmente imposible) sino cuando el riesgo es evitado y neutralizado (37).

En tanto el orden permita al ser humano hacer uso efectivo de sus energías y, con conocimiento de las consecuencias, introducir sus acciones en el mundo de los acontecimientos, la seguridad protege contra las amenazas que pueden venir tanto del medio ambiente natural como del social. Este es un sosten básico para la acción humana, esto es, la subsistencia de la vida misma. El orden y la seguridad están, entonces, estrechamente vinculadas entre sí. Si existe un mínimo de orden es posible prever los riesgos y amenazas inherentes a todo curso de acontecimientos, ya sean ellos naturales o sociales.

Si el riesgo es anticipado, será entonces posible tomar precauciones para impedir su ocurrencia, y si ello no es posible, para neutralizar sus efectos mediante medidas compensatorias. Al estar seguro, el ser humano se encuentra en condiciones de desplegar el pleno potencial de sus energías e imaginación y puede responder a los reclamos de su vocación. Es como si el mundo circundante, el mundo social y natural en el cual el ser humano vive o, como lo dice Heidegger, "in-der-Welt Sein" (39), ha dejado de ser la fuente de fuerzas letales y se ha convertido en un lugar seguro donde una acción eficiente puede ser ejecutada sin poner en peligro la propia vida. La seguridad libera al ser humano de los factores perturbadores que amenazan su vida diaria y el futuro previsible. Aunque es imposible la neutralización de todos los riesgos que amenazan la existencia del hombre, la acción compensatoria está disponible, aún si llegara a pasar lo peor. La angustia y la ansiedad son reducidas a un grado susceptible de control y se abren múltiples caminos para la acción. El ser humano se encuentra provisto de mejores posibilidades, tiene un mayor número de caminos disponibles. Es como si su vida se hubiera enriquecido y fuera más digna de ser vivida.

La seguridad, como el orden, tiene una suerte de calidad primordial. En cuanto al orden esto es cierto porque el orden hace posible prever futuros acontecimientos, y actuar por lo tanto de una manera racional. En cuanto a la seguridad esto es cierto pues ella hace posible la vida bajo una razonable, aunque limitada, certeza de subsistencia durante un período de tiempo determinado. El orden introduce la racionalidad en el mundo circundante. La seguridad detiene y neutraliza los factores amenazantes ocultos en el mundo circundante.

La vida social organizada siempre ha suministrado un mínimo de seguridad a cada uno de los miembros de la comunidad. Ese mínimo de seguridad es similar a un presupuesto básico de la vida del grupo social. Se la descuenta. Uno vive, más que piensa, la seguridad, de ahí que si la seguridad se encuentra en juego en un caso y el juez se da cuenta de que su decisión puede ponerla en peligro, éste se encontrará particularmente preocupado. El comprende plenamente que las partes han actuado y siguen actuando bajo el supuesto de su subsistencia y de la permanencia de sus vidas. Tal supuesto es de naturaleza fundamental. Por ello los jueces son reacios a adoptar acción alguna que perturbe tales supuestos y que pueda allanar el camino de los daños o de la pérdida de la vida o de la propiedad.

La inseguridad es el valor negativo por defecto de la seguridad. La inseguridad significa que el ser humano no está protegido contra las amenazas y riesgos del mundo circundante. Está expuesto y es objeto de destrucción y daño. Su vida puede terminar, su cuerpo puede ser herido. Su propiedad puede ser destruida o deteriorada. El mundo circundante no invita a la acción. Por el contrario, el mundo parece inducir al escape, a la retirada, a la reclusión, al aislamiento, como si la única manera de preservar la vida, el cuerpo o la propiedad fuera escapando del amenazante medio ambiente. La inseguridad reduce y debilita la vida humana. Habiendo inseguridad, la mayor exposición a un mundo peligroso aumenta la posibilidad de destrucción y pérdidas. Por otro lado, acciones humanas más restringidas y más refrenadas habrán de empobrecer la vida humana mediante la disminución de los contactos sociales y la limitación de la operación apropiada de la voluntad humana. La inseguridad presagia la aniquilación de las esperanzas y las expectativas. Como los jueces son instrumentos humanos para la realización de la seguridad, es su deber la protección de los miembros de la comunidad mediante la operación de las instituciones que la comunidad ha organizado o diseñado para prevenir o neutralizar riesgos y peligros. Los jueces están habilitados para eliminar o reducir peligros sancionando comportamientos injustificados, riesgosos o peligrosos.

7. Poder, anarquía y opresión

La vida social es vida organizada, es vida sujeta a una cierta estructura jerárquica en virtud de la cual se eligen los objetivos, se buscan las finalidades, se seleccionan los medios y se ejecutan las acciones adecuadas. La vida social no es un agregado desordenado y caótico de conducta humana carente de relación recíproca. Por el contrario, el comportamiento de los miembros de la comunidad muestra que responden a ciertas directivas o que siguen un esquema particular de crecimiento y desarrollo. En todo grupo social hay personas dotadas de la autoridad necesaria para elegir fines y seleccionar los medios para lograr esos fines. Estas personas son capaces de infundir ideas, inspirar acciones y movilizar gente. Este poder, esta autoridad para infundir y dirigir puede ser la expresión de meras cualidades inherentes a la personalidad. El más persuasivo y duradero poder es aquél que corresponde a las características personales del líder, es decir su conocimiento, su experiencia, su coraje y su sabiduría. Un hombre con tales cualidades no sólo comanda, persuade. Un hombre con tales cualidades no sólo comanda, persuade. Gana apoyo y ayuda. No necesita ejercer ningún tipo de acción coercitiva ni amenazar con sanciones para ser seguido. Convence en virtud de la fuerza y atributos de su propia personalidad. El es un "honoratiore" (40). Tiene la capacidad de inspirar a sus conciudadanos y de dirigirlos hacia el futuro.

Hay, por cierto, otras formas de lograr y emplear el poder. En las comunidades muy grandes y complejas de nuestros días hay muchos aspectos diferentes de la vida comunitaria, que, a diversos niveles de la estructura social, requieren de diferentes grados de poder para un adecuado desarrollo y crecimiento del grupo social. Es por esto que uno raramente encuentra un dirigente único u honoratiore, a cargo de algún sector del grupo social. En cambio se confía en otros procedimientos que varían en cuanto a sus formas para la sección y reconocimiento de aquellas personas que van a tener el poder de dirigir el grupo. Las costumbres y las tradiciones jugaron anteriormente una función importante en la organización del grupo social y en la selección de dirigentes. Hoy en día se prefieren procedimientos electorales formales para identificar o elegir a aquéllos que tendrán el poder de indicar el camino hacia el futuro y el derecho de demandar que ese camino sea seguido.

El poder implica la infusión de objetivos, la transmisión y la comunicación de preferencias, la articulación de políticas, y la organizada movilización de energías. El grupo social opera como un todo bajo la inspiración de sus dirigentes. Tal articulada, coherente y consistente conducta de los miembros del grupo social aumenta el efecto de las acciones individuales, porque tales comportamientos responden a una misma directiva y buscan resultados similares. Como consecuencia el grupo gana fuerza y consistencia. Se convierte en un cuerpo sólido inspirado en los mismos ideales que se concreta en un sentimiento de "pertenencia" provechosa que es compartido por los miembros de la comunidad. El poder, entonces, es infusión e inspiración por unos pocos y aceptación, reconocimiento y cumplimiento por muchos. La fuerza ganada de tal modo se difunde en el seno del grupo y ella es experimentada por sus miembros. El sentimiento resultante agrega en nuevo elemento de consistencia e identificación social que permite a los miembros compartir la fuerza del grupo como si fuera la fuerza de cada uno de ellos.

El juez como miembro de la comunidad es parte de la estructura social. El es claramente conciente de su posición privilegiada en el grupo. Mediante su experiencia ha aprendido cuán importante es que los mecanismos e instituciones del grupo social funcionen eficientemente y ha captado la naturaleza y alcance de su intervención y cuán vital es esa intervención para el mantenimiento de esos mecanismos e instituciones. El se da cuenta de que su propia función está esencialmente ligada al funcionamiento adecuado de las estructuras sociales de poder (41). La decisión del caso y el consecuente cumplimiento de la sentencia son, inter alia, expresiones de poder que en este contexto son utilizadas para neutralizar la naturaleza divisiva de las disputas entre los miembros de una comunidad. El juez comprende muy bien que la realización del poder es condición sine qua non para la subsistencia de la comunidad como comunidad. Se da cuen

ta de que él, como juez, como órgano de la comunidad, tiene la obligación de proteger la existencia de la comunidad, de preservar su organización y de mantener un funcionamiento eficiente de aquellos mecanismos por medio de los cuales el grupo fija y realiza sus metas. De ahí que, el juez sea reacio a llevar a cabo cualquier acción que pueda poner en peligro cualquier institución que el grupo social ha organizado para preservar su existencia y para alcanzar sus objetivos.

El correspondiente valor negativo por defecto del poder es la anarquía. La anarquía implica falta de dirección, acción sin rumbo, y multiplicidad de comportamientos individuales encarnados en forma aislada con torpe olvido de la suerte e intereses del grupo. Cada individuo es dejado solo, o por lo menos funciona como si estuviera solo, aislado de los otros e ilimitado en su conducta. El individuo no está sometido a la operación de tipo alguno de autoridad. El grupo o comunidad organizado en base a aceptadas tradiciones, instituciones y metas deja de existir. En su lugar, un agregado desordenado de individuos, carente de limitaciones en el ejercicio de su voluntad independiente actúa en la búsqueda autónoma de sus objetivos particulares. La armonía desaparece y prevalece la debilidad y la ineficacia. Ya no hay más sentimiento de "pertenencia" ni un reconocimiento ni identificación de intereses, propósitos o valores comunes. Tal falta de identificación genera falta de confianza y hostilidad. La afirmación de la voluntad individual se hace agresiva, y la ausencia de poder abre el camino de la generalización de acciones individuales torpes.

No hay lugar para un juez en medio de la anarquía. El desempeño de la función judicial se hace imposible. Nadie reconoce su autoridad judicial. La intervención judicial con el propósito de dirimir los conflictos se hace prescindible. Sus decisiones son ignoradas y no hay posibilidad de lograr el cumplimiento de esas sentencias. Tampoco existen instrumentos eficaces para imponer a los individuos la realización de cualquier conducta debida conforme a Derecho. La anarquía destruye la jerarquía. El juez llega a encontrarse privado de su autoridad para mandar, para restringir o para dirimir. Deja de ser órgano de la comunidad porque la comunidad misma ha dejado de existir. El juez, como los demás miembros de la comunidad, queda solo. Debe apoyarse en el ejercicio de su propia voluntad individual y se ve forzado a enfrentarse con la voluntad de los demás sin autoridad para exigirles obediencia o aceptación. Porque la anarquía implica la destrucción de su posición como juez y porque la anarquía provoca la aniquilación de sus poderes, los jueces son reacios a dictar sentencias que debiliten el funcionamiento eficiente de las organizaciones sociales y que dañen la estructura jerárquica del Estado que provee la base requerida para el adecuado y apropiado funcionamiento de los tribunales.

La opresión, por el otro lado, es el correlativo valor negativo por exceso de poder. La opresión implica la destrucción de la autonomía individual. Cuan

to se haga es hecho por haber sido requerido por quienes disponen de poder. Las vías para las preferencias individuales se encuentran sustancialmente reducidas. E incluso las pocas vías abiertas remanentes carecen de relevancia o de atracción para los seres humanos que enfrentan una elección individual.

Cuando la opresión prevalece, unos pocos mandan a muchos, y muchos son obligados a obedecer. Hay muy pocas oportunidades significativas para el ejercicio de preferencias individuales y para la acción. La excepción son los pocos que mandan, porque la vida de los otros está sujeta a la coerción. El estímulo de la creación y la aventura se pierden. Queda destruido el sentido de la responsabilidad individual. Crecientes muros de prohibición rodean al ser humano, impidiendo cualquier visión del futuro. De esta manera, vivir, es vivir en un presente aumentado donde el individuo se siente alienado, en tanto el futuro se encuentra tan alejado que pierde sentido. La vida misma está vacía, en blanco, desnuda. No hay gozo, sólo el sentimiento opresivo de que uno no está viviendo su propia vida sino la de otro. El ser humano se convierte en un autómatas, a quien se le requiere la ejecución de actos externos, conforme a instrucciones. La total y racional aceptación de las metas por la persona actuante, es irrelevante en la medida en que la disensión se limita a ser un fenómeno puramente mental, no produce consecuencias. Importa cuanto puede ser visto, examinado, contado o medido.

La vida social se hace mecánica, rígida y homogénea. Los miembros sojuzgados de la comunidad no encaran comportamiento individual inesperado. Desde que cualquier intento de queja o resistencia es suficiente para una acción coercitiva del Estado, hay un sentido penetrante de traición experimentado por quienes se atreven a oponerse o resistirse. Este sentimiento tiende a debilitar los vínculos existentes entre los miembros de la comunidad oprimida. En vez de camaradería, amistad y respeto mutuo, se produce el aflojamiento de los lazos sociales y políticos. El alma se vacía y aísla, privada de asistencia o ayuda. En vez de los vínculos fraternales establecidos por la acción individual basada en la buena voluntad y la generosidad, hay lazos de sujeción forjados por los gobernantes, quienes atan a su voluntad las voluntades de los súbditos. La estructura social se convierte en una pirámide rígida, con una ancha base de sujetos obedientes y una angosta cúspide de gobernantes absolutos. Desde que el miedo y no la buena voluntad se convierte en el factor predominante en el desarrollo y crecimiento de la opresión, la estructura social resultante es superficial e inestable. Mantiene una apariencia de conformidad, en la medida en que el aparato de coerción subsiste lo suficientemente eficaz como para provocar un sentimiento de terror generalizado, pero la vida es mutable y el tiempo todo lo desgasta, incluidos los instrumentos requeridos para el funcionamiento de la maquinaria de opresión. Estos instrumentos terminan por resultar oxidados o ineficaces y todo comienza a desmoronarse. La conformidad queda expuesta como pequeña o inexistente.

Los jueces están profundamente conscientes de los peligros de la opresión. Se dan cuenta de que sus funciones sólo pueden ser efectivas y duraderas si son partes de un sistema de vida que sea finalmente aceptado por los miembros de la comunidad. Los jueces tienen una clara comprensión de las limitaciones que rodean a cualquier acción humana que haya sido rechazada por la mayoría de los miembros del grupo. Saben muy bien que sus poderes como jueces guardan relación con el grado de comprensión de sus decisiones por parte de los miembros del grupo, y del grado de su aceptación por parte de los miembros en el sentido de algo que debe ser. Por esta razón los jueces sienten la necesidad de explicarse ante el público y hacer saber al pueblo que no se ejercita el poder sin razón. Los jueces saben que cuanto mayor la contradicción entre los actos externos y la efectiva voluntad de los miembros de la comunidad, más débiles se hacen los lazos sociales y políticos, incluyendo aquéllos que ligan al juez con el pueblo.

8. Paz y discordia

La paz implica la unidad entre seres humanos que se ven a sí mismos como miembros de una misma familia o de un mismo grupo, unidos por lazos espirituales de identidad y tradición. El yo ve a los otros como amigos, no como enemigos. Hay un sentimiento de confianza, credibilidad y destino común. En vez de diferencias que separan a los miembros, la comunidad comparte un origen y destino comunes y comunes aspiraciones que los unen. Esos vínculos que ligan a los miembros de una comunidad como hermanos identificados por un nombre común y llamados a actuar en conjunto para el logro de objetivos similares, los lleva a una situación de paz y tranquilidad. No hay falta de confianza, ni prejuicios, ni sospechas. En su lugar prevalece un sentimiento positivo de fraternidad. El ser humano se siente inclinado a dismantelar las barreras levantadas para paralizar las agresiones y se ve impulsado a incrementar sus contactos y relaciones con los demás. La paz promueve los contactos entre los seres humanos y abre el camino para que el individuo experimente nuevas y más ricas relaciones con los otros. La vida y la experiencia del miembro individual de la comunidad es enriquecida por su estrecha vinculación con la vida y experiencia de otros miembros de la comunidad. El individuo ve a los otros como personas que actúan y sienten como él lo hace, así uno encuentra razón suficiente para esperar sentimientos, objetivos y aspiraciones similares de parte de quienes ha identificado como sus amigos.

La paz, es decir, la unidad vivida y experimentada por los miembros de la comunidad, es muy valiosa para el juez ⁽⁴²⁾. El juez debe intervenir en los conflictos para resolverlos. En los casos que tiene ante él, los intereses no se encuentran unidos, están en conflicto. El juez tiene clara conciencia de que su mi-

sión consiste en promover la paz entre los miembros de la comunidad de tal manera que les sea posible alcanzar el grado de unidad que fortalecerá al grupo y que dará a cada uno de los miembros del grupo la seguridad que surge de compartir tradiciones similares y vivir un destino común (43). El juez comprende acabadamente cuán intensas pueden llegar a ser las diferencias y los conflictos que se encuentran en cualquier sociedad. Limitación en los recursos, choques de personalidad, diferencias de interpretación o una variedad de vocaciones, introducen elementos heterogéneos, divergentes y dinámicos en una sociedad. La tarea de contener esos conflictos y diferencias dentro de límites ciertos y estrechos se hace imperativa si es que el grupo o comunidad habrá de ser preservado como tal. El juez comprende que no hay posibilidad de lograr paz permanente, ya interna, ya externa, pero también sabe que tiene la aptitud de reducir tensiones y diferencias mediante el sabio ejercicio de su poder judicial y que al así hacerlo fortifica la comunidad de la cual él es miembro, introduce y desarrolla un enfoque racional para la solución de los conflictos y suministra a los miembros de la comunidad con la debida anticipación, noticia de la forma en que futuros similares conflictos serán atendidos y resueltos.

Toda sentencia judicial que tienda a incrementar el desenso, a fomentar el desasosiego y la desconfianza, o a alimentar el rencor y el odio, debilita al grupo social. Expone al grupo social a la acción agresiva de sus enemigos y aumenta las diferencias internas, obstruyendo las vías judiciales con más casos y disminuyendo su eficiencia como instrumento para el logro de la paz. Por ello los jueces son reacios a tomar cualquier medida que pueda ser divisiva o que pudiera servir como fuente adicional de disputas entre los miembros de la comunidad. Los jueces saben que si ellos alimentan discordia con sus decisiones, su propia posición se verá debilitada y el grupo del cual ellos son órganos, se verá sujeto a los riesgos de los conflictos y la enemistad.

La discordia es el valor negativo por defecto de la paz. La discordia implica la fractura de los vínculos que unen a los miembros de la misma comunidad. En la discordia los miembros ya no se ven más como miembros de la misma familia; por el contrario se ven a sí mismos como enemigos o adversarios que nada o muy poco tienen en común. La discordia juega un papel intensamente negativo en la vida social del grupo. En vez de una base común, una tradición compartida y un destino unido, la discordia crea abismos en la comunidad que separa a sus miembros y los lleva a formar grupos de fuerzas opuestas y a incrementar las diferencias entre los propios miembros. Cuando las disputas se multiplican, cuando grupo tras grupo salta al escenario de la confrontación, se ve sustancialmente reducido el poder del juez para intervenir en los conflictos y para solucionarlos de una manera satisfactoria. Como falta la solución racional y civilizada por medio de los jueces, las partes pueden verse forzadas a buscar soluciones por

vía directa. Un estado de discordia o confrontación sustituye al estado de paz. Antiguos amigos, son ahora enemigos, y no parecieran subsistir lazos que pudieran promover una reunificación del grupo y una solución pacífica del conflicto.

9. Cooperación, aislamiento y masificación.

La cooperación se refiere a la acción coordinada entre dos o más personas. Las inevitables limitaciones de la acción individual pueden ser superadas por medio de una conducta mutuamente coordinada mediante la cual se procura la realización de cierto propósito específico. Para tener cooperación no hay necesidad de que las partes cooperadoras adopten una decisión previa y deliberada que lleve al cumplimiento de una conducta explícitamente acordada. Es suficiente que la acción de una de las partes converja o coincida con la acción de otra, en el entendimiento explícito o implícito, de que está buscando un objetivo común. En virtud de haber cooperación se expande el ámbito de fines y objetivos a ser buscados y realizados por los miembros de la comunidad. El ámbito de acción social es ampliado, haciendo accesibles a cada uno de los miembros de la comunidad ciertas metas, servicios o instrumentos que de otra manera hubieran estado más allá de su alcance. En la medida en que la cooperación pone al alcance del individuo ciertas metas que de otra manera no hubieran podido ser logradas, puede decirse que la cooperación permite al individuo operar en la realidad social con un mayor grado de eficiencia.

El individuo, en vez de sentirse excluido, necesitado o debilitado, comienza a creer que sus aspiraciones no se han perdido ni han dejado de tener basamento. En vez de un sentimiento de desesperación o de desamparo, causado por la conciencia de las propias limitaciones, surge la esperanza del cumplimiento de los objetivos buscados gracias a la asistencia o ayuda que puede resultar de las acciones coordinadas o concertadas. El aumento del número de objetivos realizables, resultante de la acción cooperativa llevada a cabo por los miembros de la comunidad, mejora su bienestar espiritual y material. La vida se hace más rica. Cada uno de los miembros de la comunidad es capaz de discernir las nuevas posibilidades para su vida individual. En vez del empobrecimiento causado por la falta de suficiente número de oportunidades, hay un aumento de nuevas alternativas para la propia vida.

Muchos de los conflictos y disputas que llegan a conocimiento del juez y que pueden requerir su actuación para lograr algún tipo de ajuste racional de las diferencias existentes entre las partes son causados por las acciones indebidas de personas temerosas de la pérdida de metas o de servicios en razón de la naturaleza limitada de sus propios recursos. Tales personas pueden ser impulsadas a ejecutar acciones individuales injustificadas, en su intento por lograr fines ansiados. Muchos conflictos surgen por falta de voluntad de llevar a cabo acciones co-

ordinadas. Cooperar requiere el abandono de la conducta individual egoísta. Por ejemplo, esto es cierto en aquellas personas llamadas a actuar en situaciones como las que presenta una empresa, un movimiento político o una organización mutual. La negativa de tales personas a participar en acciones coordinadas es comúnmente impulsada por sus deseos de consolidar sus respectivas posiciones individuales y de afirmar, en forma dogmática, sus objetivos particulares o personales. Tal deseo, sin embargo, tiende a ser autodestructivo, porque los objetivos buscados por estos individuos pueden no ser logrados sin suficiente cooperación. Los jueces, por lo tanto, tienden a promover la cooperación por medio del adecuado ejercicio de su poder judicial. No son inducidos a sentar precedentes que pudieran obstaculizar, poner en peligro o perturbar la cooperación social. Por el contrario, los jueces reconocen la importancia de abrir caminos de buena voluntad que habrán de facilitar la coordinación de las acciones humanas para el logro de propósitos comunes. Los jueces saben que si se estimula la cooperación y se alcanza un grado razonable de acciones coordinadas, va a haber una disminución de tensiones sociales, una reducción en el número de disputas y un incremento y mejoría de las posibilidades asequibles a los miembros del grupo social (44).

El aislamiento es el correspondiente valor negativo por defecto de la cooperación. El aislamiento implica una actitud de rechazo a compartir esfuerzos, una falta de voluntad en participar de un fructífero esfuerzo común, y una marcada despreocupación por el destino de los demás, como si sus suertes estuvieran más allá de la preocupación individual. Una persona aislada se convierte en un factor social negativo. Por su negativa a coordinar sus acciones con las acciones de los otros, el individuo se convierte en un elemento perturbador, un obstáculo que estrecha el curso de las acciones y multiplica las dificultades en la realización de objetivos comunes. La falta de cooperación disminuye la eficacia de la acción social. Una persona aislada en el medio de un grupo interesado en la realización de algunos objetivos comunes, se convierte en un factor negativo. Porque una persona aislada, debe, no obstante, definir preferencias para vivir, su acción carente de coordinación, incluídas sus omisiones, puede interferir con alguna acción cooperativa iniciada por los otros miembros del grupo. No sólo habrá de interferir su acción carente de coordinación con el comportamiento cooperativo, sino que, además, su actitud de aislamiento habrá de limitar sus propias posibilidades. La pérdida resultante es doble: pierden tanto la comunidad como el individuo aislado.

La conducta antisocial es dañosa y perturbadora, porque puede poner en peligro los esfuerzos positivos de otros interesados en incrementar las posibilidades disponibles en favor de los miembros del grupo social. Los jueces ganan conciencia de las implicaciones negativas del comportamiento no cooperativo y

por ello se inclinan a reconocer y proteger la cooperación y a desalentar el aislamiento que empobrece a la comunidad y alimenta sentimientos de desesperanza. Como miembro del grupo y como uno de sus órganos, el juez es llamado a alentar la cooperación porque ella se encuentra directa e indirectamente relacionada con el bienestar de la comunidad. El juez es un órgano del grupo que debe buscar los procedimientos mediante los cuales la conducta social creativa y constructiva se expande en vez de contraerse. El juez no es llamado al solo efecto de aplicar sanciones e imponer obligaciones; ciertamente, él debe cumplir estas funciones, pero debe hacerlo de tal manera que el grupo como un todo gane mejores oportunidades para desarrollar su fuerza y para lograr sus objetivos comunes.

La masificación es el correspondiente valor negativo por exceso de la cooperación. La masificación implica la pérdida del sentido del yo, porque no queda lugar para alguna acción individual innovativa o creativa. Cuanto debe ser hecho, debe serlo de la misma manera en que es hecho por el resto del grupo, o, por lo menos, debe ser hecho de una manera similar. La coordinación de acciones humanas se hace mecánica; se convierte en un mero agregado de acciones "standard" adoptadas con motivo de situaciones "standard". Se impone un alto grado de uniformidad a los miembros del grupo social; así, vivir es vivir como todos viven, es decir, como vive el hombre común. Se espera de uno que haga lo que hacen los otros. No se dan conductas aisladas o separables. No puede haber diferencias entre la acción individual y la acción del grupo, desde que la primera debe ajustarse a la segunda, y por lo tanto la primera deja de existir. El grupo social se convierte en una unidad de conducta "standard" dotada de la eficacia mecánica que resulta de la pura acumulación de acciones externamente coordinadas sobre la base de su propio contenido "standard". Cuando la masificación prevalece, la sociedad puede ser comparada con una colonia de hormigas. Hay diferentes clases de individuos en el grupo y cada clase debe una función precisamente definida. Cada individuo en su clase debe llevar a cabo la tarea asignada y debe hacerlo de acuerdo a las instrucciones suministradas. Nada deja de ser previsto: sólo existe un conjunto de acciones "standard" que debe ser realizado, y el agregado de esas acciones ocasionará un resultado predeterminado. De nadie se espera, ni se le permite, hacer algo nuevo. Nadie puede basar su conducta en la percepción de una diferente forma de lograr el objetivo deseado, ni tampoco puede perseguir otro objetivo, aunque sea más valioso.

La masificación es destructiva, estéril y auto-destructiva. La fuerza de las sociedades humanas encuentra su apoyo en la habilidad de esas sociedades de improvisar soluciones, de mejorar soluciones ya probadas, y de enfrentar los desafíos de cambiantes situaciones con respuestas más adecuadas para hacerse cargo de nuevas realidades. Cuando prevalece una uniformidad "standard", cuando al ser humano no se le deja probar nuevos enfoques, cuando toda persona es obliga-

da a actuar pensar y vivir como todos los miembros de su clase entonces se pierde el espíritu el ser se transforma en un peon obligado a ejecutar actos de acuerdo con secuencias de accion preestablecidas de contenido standard. Cuando los miembros del grupo social se despersonalizan cuando la comunidad de seres humanos se comporta como una colonia de hormigas llega a su fin la expansion de la vida. Los estilos del comportamiento se hacen rigidos y la falta de flexibilidad en las respuestas humanas a los nuevos problemas debilita al grupo y abre el camino de su destruccion. Desde que los miembros han perdido el sentimiento de su yo, tienden tambien a perder de vista su propia responsabilidad individual, ya no tienen mas conciencia de la posibilidad de acciones innovadoras exitosas.

Los jueces son conscientes de los riesgos sociales involucrados cuando la oportunidad de acciones individuales independientes e innovadoras se encuentran muy reducidas por la imposicion de excesivas pautas de acciones coordinadas. Como jueces, sienten la necesidad de individualizar, tienden a tratar a cada miembro de la comunidad como a individuos de carne y hueso cada uno con sus propias aspiraciones, sueños y esperanzas. Cada caso sometido a decision judicial da evidencia de aspiraciones e intereses individuales, expectativas y frustraciones, y angustia y remedio. Los jueces saben que si se dejan prevalecer 'standards' impersonales, uniformes o despersonalizados en la experiencia juridica el grupo puede enfrentar los peligros de la destruccion y la decadencia.

10. Solidaridad y extranjeria

La solidaridad significa el compartir pérdidas y ganancias como si el destino de los otros fuera el propio destino y viceversa. Puede haber cooperacion sin solidaridad como el caso cuando una persona coordina sus acciones con las acciones de otras para incrementar los efectos o consecuencias de sus respectivas conductas pero sin participacion conjunta en los resultados del esfuerzo coordinado o cooperativo. Cuando un pescador llama a alguno de sus amigos para que lo ayuden a equipar su bote a tirar y recoger las redes, y cuando esos amigos lo ayudan habra cooperacion sin solidaridad si lo producido gracias al esfuerzo común no es compartido. La solidaridad entonces implica un cierto grado de participacion en las consecuencias de una forma de actuar especifica y por lo tanto cuanto acaece a los otros en ese esfuerzo compartido tambien le acaece a cada persona como un individuo. Si el grupo pierde el individuo tambien pierde. Si el grupo gana, el individuo tambien gana. La vida de los integrantes parece estar estrechamente ligada como si todos los participantes fueran uno y como si todos estuvieran sujetos al mismo destino. Los nexos que unen o atan a esas personas van mas alla del ambito de su sola conducta coordinada. El factor importante es

es tanto la manifestación externa de sus conductas, aún cuando esas conductas están inspiradas por los mismos propósitos; ese factor importante es un elemento espiritual, que lleva a la asunción voluntaria de un destino común aún cuando no hay posibilidad u oportunidad para acciones coordinadas.

En virtud de la solidaridad la vida humana alcanza uno de los niveles más altos de generosa devoción al bienestar de la comunidad (45). La solidaridad crea un fuerte sentimiento de pertenencia. Cuanto le pase a una persona, afectará a otras. El yo no está aislado sino participando con los otros; de esa manera la vida humana se hace más rica, pues la vida de los otros se convierte, en cierto sentido, en parte de la propia vida de uno, y esas vidas agregan un nuevo significado y una mayor profundidad a la vida individual. El individuo se encuentra dedicado al cuidado y la atención de los otros, a hacer más y a dar generosamente. Todas las partes involucradas viajan juntas hacia un destino común. Son llamados colectivamente a asumir los riesgos de la vida, las recompensas del coraje y las decepciones de los acaecimientos infortunados. La solidaridad acerca más a las personas (46).

Los nexos de la solidaridad son unos de los instrumentos más poderosos para el sólido y duradero establecimiento y desarrollo del grupo social. En vez de experimentar oposición o reclusión, el ser humano es estimulado a compartir su vida con otros y a asumir como propios los propósitos y objetivos de los demás. La solidaridad es el centro de cualquier esfuerzo que el grupo social encara para superar obstáculos o para soportar privaciones y miserias. La solidaridad aumenta la fuerza de los miembros del grupo, pues ninguno está solo, esto es, desde que cada persona es acompañada por otros dispuestos a compartir un destino común. También potencia la fuerza del grupo porque los lazos que existen entre los miembros del grupo agregan un poderoso sentido de comunidad de intereses y de similitud de propósitos que invitan a la acción generosa y dedicada. Los jueces no son indiferentes a un valor tan significativo para la sociedad. Ellos comprenden claramente el significado de la solidaridad como una fuente de entendimiento mutuo y tolerancia. La solidaridad tiende a disminuir los conflictos, a finiquitar las disputas y a solucionar racionalmente cualquier diferencia que pueda surgir en el grupo social. Por lo tanto los jueces tienen mucho cuidado de evitar cualquier acción judicial que pueda sembrar desconfianza entre los miembros del grupo social o que pueda llevar a la rotura de los lazos de la solidaridad. Los jueces están muy conscientes de la importancia de crear nuevos vínculos y lazos de solidaridad en la comunidad para preservar la fuerza y solidez de la comunidad.

La extranjería es el correlativo valor negativo por defecto de la solidaridad. La extranjería implica la renuncia a ser miembro del grupo. Alimenta los intentos de retirarse de la comunidad y a alejar al propio yo de cualesquiera con-

secuencias pudieran caer sobre el grupo. Esto se traduce en la rotura de los lazos con otros y en la afirmación de la supremacía de los intereses del yo individual, sean cuales sean las consecuencias para el grupo social. En la extranjería nada es valioso si no es valioso para el yo individual. La existencia y las acciones de otros deben ser sufridas como fuente de limitaciones inevitables de la acción extranjera. Cuanto mayor el alejamiento del individuo, mayor será la efectividad de la reducción de sus contactos con los otros. El individuo extrañado nada espera de la comunidad, ni nada está dispuesto a darle. De este modo el individuo extrañado es egocéntrico y procura llegar a ser autosuficiente. El aumento o crecimiento de la extranjería entre los miembros de la comunidad crea disociación y desgarramiento. Con el crecimiento de la extranjería la comunidad pronto exhibe signos de separación y de división entre los miembros del grupo. Los lazos que antiguamente mantenían unidos a los miembros del grupo, se han aflojado. El individuo comienza a ocuparse de sus propios intereses con total olvido de la suerte del grupo como un todo. Una vez que este proceso creciente de extranjería se generaliza, la subsistencia de la comunidad como tal está en juego. Nadie se interesa por los otros y, finalmente, nadie se ocupa ni preocupa por la comunidad. Destrucción, secesión y derrota, se hacen visiblemente posibles. Los jueces perciben claramente las consecuencias peligrosas del proceso de extranjería que conduce a la disolución social. Los jueces comprenden que cuando los lazos de la solidaridad se aflojan o destruyen, el futuro de la comunidad de la que ellos son órganos, está en peligro. Es por ello que los jueces son desconfiados ante cualquier acción humana tendiente a negar la existencia de la solidaridad y a afirmar la prioridad del yo y de los intereses individuales; tales acciones humanas dañan el bienestar del grupo social como un todo.

(Fin de la primera parte de la traducción. La continuación
aparecerá en sucesivos boletines)

- (1) De acuerdo a Mitchell Franklin: "No hay un método jurídico en un determinado sistema, pero si una sucesión de métodos jurídicos, cada uno surgiendo en situaciones históricas concretas y determinadas." "Franklin", "A Study of Interpretation in the Civil Law", *Vanderbilt Law Review*, 1950, T. 3, págs. 557, 561.
- (2) No hay diferencias básicas o esenciales en el proceso de interpretación seguido por los jueces del common law o los del derecho continental cuando trabajan con materiales legislativos. Véase la fina percepción de Jerome Frank en su opinión en su voto en "Usatorre c/The Victoria", 172 F. 2d 434 (2d. Circ. 1949). Dice Frank: "Nuestro actual modo de interpretación de disposiciones legislativas en casos no penales no está en el otro polo de la civil". *Idem* en pág. 444, n. 16.

- (3) Recasens-Siches dice: "a lo largo de muchas centurias algo le pasó a la interpretación jurídica, algo parecido a lo que le ocurre a una niña con muchos pretendientes, pero ninguno marido en perspectiva. Realmente, la interpretación jurídica acostumbraba tratar con una variada multiplicidad de métodos. Pero ninguno de esos métodos demostró ser suficientemente satisfactorio, ninguno de esos métodos pudo ser sostenido como suficiente o plenamente justificado... Cardozo... manifestó que él no podía encontrar algún criterio para dar prioridad a alguno de esos métodos, ...de manera tal que el segundo debiera ser usado como subsidiario del primero, etc. De todas maneras, Cardozo suministró una información iluminante y decisiva, que llega al verdadero corazón de este problema; lo que siempre y definitivamente le importó a Cardozo fue encontrar la decisión justa, la "más justa" y la "más correcta" decisión de entre todas aquellas posibles. Recasens-Siches, "The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational" en "ESSAYS IN JURISPRUDENCE IN HONOR OF ROSCOE POUND, Ed. R. Newman, 1962, págs. 217-18. (En lo sucesivo citado como RECASENS-SICHES, "LOGIC OF THE REASONABLE").
- (4) Los elementos temporales, espaciales, personales y materiales en el derecho son considerados por Kelsen como elementos del Estado. El significado teórico de estos elementos es el mismo, desde que para Kelsen el Estado es el ordenamiento jurídico. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 20th Century Legal Philosophy Series, traducción de A. Wedlberg, 1945, págs. 181-91, 207-42. En lo sucesivo citado como KELSEN.
- (5) Ver capítulos V, VI y VII.
- (6) Ver capítulos V y VI.
- (7) De acuerdo con Recasens-Siches: "El Derecho nunca es cuestión de lógica. Por el contrario, es una materia de juicio, de apreciación de valores". RECASENS-SICHES, "LOGIC OF THE REASONABLE", supra nota 3, pág. 201.
- (8) Stone, "The Province and the Function of Law", 1950, págs. 137-40 (en lo sucesivo citado como STONE, THE PROVINCE).
- (9) Dice Cardozo: "Mi análisis del proceso judicial llega a esto y poco más: la lógica, y la historia, y las costumbres, y la utilidad, y los standars aceptados de conducta adecuada son las fuerzas que solas o en combinación conforman el progreso del Derecho. Cuál de esas fuerzas predominará en cada caso debe depender en gran medida de la importancia o del valor comparativo de los intereses sociales que van a ser promovidos o disminuidos en consecuencia. Uno de los intereses sociales más fundamentales es que el Derecho debe ser uniforme e imparcial. Nada debe haber en su accionar con sabor de prejuicio, o favoritismo o, incluso, de capricho arbitrario o de irregularidad. Por lo tanto en principio debe haber adherencia al precedente. Habrá un desarrollo simétrico consistente con la historia o con la costumbre, cuando la historia o la costumbre han sido la fuerza motriz o la principal, en dar la forma a las normas vigentes; y con la lógica y la filosofía cuando ellas han sido la fuerza motivante. Pero el desarrollo simétrico puede ser comprado a un precio muy alto. La uniformidad deja de ser buena cuando se convierte en la uniformidad de la opresión. El interés social atendido por la simetría o la certeza deben ser equilibrados por el interés social atendido por la equidad y la imparcialidad y otros elementos del bienestar social". B. Cardozo, "The Nature of the Judicial Process", 1921, págs. 112-13 (en lo sucesivo citado como CARDOZO).

- (10) Según la opinión de Félix Cohen: "Lógica elemental nos enseña que cualquier decisión jurídica o que un conjunto finito de decisiones puede ser subsumido bajo un número indefinido de normas jurídicas diferentes, tal como puede ser trazado un número infinito de curvas diferentes sobre un punto o sobre una colección finita de puntos. Toda decisión es una elección entre diferentes normas que lógicamente se ajustan a las decisiones pasadas pero que, lógicamente, llevan a resultados en conflicto en el caso pendiente. La lógica provee el trampolín, pero no garantiza el éxito de una zambullida determinada". F. Cohen, "Ethical Systems and Legal Ideals: An Essay on the Foundations of Legal Criticism", 1933, pág. 35.
- (11) W. Friedman dice: "El problema de los valores, de las políticas e ideologías que empujan al tribunal en una o en la otra dirección, no puede ser eliminado. No quedan muchos abogados que crean verdaderamente que los problemas jurídicos son materia de pura lógica". Friedman, "The Interpretation of Statutes in Modern British Law". Vandervilt Law Review, 1950, t. 3, págs. 544, 555.
- (12) Por "dignidad" se quiere expresar la jerarquía específica o el "valor" de cada valor. Algunos valores son más valiosos que otros. Todo abogado sabe que la justicia es más valiosa que el orden. Por "fuerza" se quiere significar la intrínseca capacidad de un valor para alcanzar su realización en la vida humana. Cuanto más fácil resulta realizar un valor, más fuerte será considerado. Cuanto más difícil sea la realización de un valor, más débil será considerado. En general, los valores más fuertes tienden a exhibir menos dignidad, en tanto los valores más "débiles" tienden a ser de mayor dignidad. Para un análisis de estas complejas relaciones axiológicas ver: Hartmann, "Ethics", trad. S. Coit, 1932, págs. 54-57, 449-52 (en lo sucesivo citado como HARTMANN); M. Scheler. "Formalism in Ethic and Non-Formal Ethics of Values", trad. de M. Frings y R. Funk, 5ª Ed., 1973, págs. 86-100 (en lo sucesivo citado como SCHELER).
- (13) Platón, "Republic", trad. de G.M.A. Grube, 1974, especialmente libros I-IV (en lo sucesivo citado como REPUBLIC).
- (14) Aristóteles, "The Nichomachean Ethics", trad. de H. Rackham, 1975, especialmente libro V. (en lo sucesivo citado como ARISTOTELES).
- (15) Santo Tomás de Aquino, "Summa Theologica", Trad. de Fathers of the English Dominican Province, 1955, especialmente 2a. 2ae quaest. 57; 1a. 2ae quaest. 66; 2a. 2ae quaest. 58. Traducción: Fathers of the English Dominican Province, 1955.
- (16) L. Duguit, 'L'Etat, Le droit Objectif et la Loi Positif', 1911; L. Duguit, "Traite de Droit Constitutionnel", 1927, caps. I-II (en lo sucesivo citado como DUGUIT, TRAITE, t. I).
- (17) S. Passfield & B. Webb, "Industrial Democracy", 1897; B. Weeb, "The Cooperative Movement in Great Britain", 1899, 1ª ed., 4ª imp.; Passfield, "The Basis of Socialism: Historic", en "Fabian Essays in Society", ed. de G. Shaw, 1889.
- (18) N. Machiavello, "Il Principe", 1981
- (19) Hobbes, "Leviathan", ed. de A. R. Waller 1935, especialmente pt. 2.
- (20) H. Grotius, "De Jure Belli ac Pacis Libri Tres", trad. por F. Kelse, 1925 (en lo sucesivo citado como GROTIUS).
- (21) E. Kant, "The Philosophy of Law" trad. por W. Hastie, 1974, especialmente pt. 2.
- (22) H. Kelsen, "Law and Peace in International Relations", 1942

- (23) Recasens Siches, "Vida humana, Sociedad y Derecho", 1952, cap. VI (en lo sucesivo citado como RECASENS-SICHES, VIDA HUMANA).
- (24) J. Locke, "Two Treatises of Government", 1963.
- (25) De acuerdo a Hartmann: "Los disvalores están situados en una posición contraria a los valores, ...son como contrapartes, tal como el ámbito de las categorías no conoce. Una interacción de disvalores debe correr paralela a la interacción de los valores, o posiblemente no paralelas, pero de acuerdo a una regularidad que le es propia. Eso daría una dialéctica doblada, con una constante polaridad recíproca, por virtud de la cual lo que no es discernible en una serie, muy bien podría ser visible en la otra. Si recordamos que muchos valores negativos son más comprensibles que sus contravalores positivos, que muchos valores sean definibles solo indirectamente a través de sus disvalores —un hecho que prácticamente conocimos al efectuar nuestro análisis— entonces se hace claro que una dialéctica de los valores necesitará el apoyo de una dialéctica de valores negativos". HARTMANN, nota 12, pág. 394. Ver también SCHELER, nota 12, págs. 25-27.
- (26) En la opinión de Max Scheler: "La no existencia de un valor positivo es, en sí mismo, un valor negativo", Scheler, supra nota 12, pág. 26.
- (27) La palabra "masificación" no es común en el mundo del idioma inglés, aunque es muy común en el español: masificación (N. del T.: en español en el original). Este término empezó a ser usado en forma amplia después de la traducción al inglés de "La rebelión de las masas" de J. Ortega y Gasset, publicado en 1957. He elegido usar la anglicanización de la palabra española "masificación" (N. del T.: en español en el original) ya que había sido anglicanizada con anterioridad por Phillip E. Hammond y Kirk R. Williams en su obra inédita "Moral Climates of Nations: Measurement and Classification", que era parte de un proyecto llevado a cabo por los autores junto con el Prof. Boris Kozolchyk, titulado "Models of Fairness and Legal Systems" (National Science Foundation, Grant GS-38286). En ese trabajo Hammond y Williams usaron la palabra "masificación" en un sentido similar a la palabra española "masificación" (N. del T.: en español en el original). Ver por ejemplo el capítulo titulado "Secular Change and Two Kinds of Morality: Massification or Moralization?"
- (28) ARISTOTELES, supra nota 14, en libro V. § 11, n^o 7.
- (29) REPUBLIC, supra nota 13, libro I, n^o 336 b-d, 338 c. (N. del T.: la versión española de esta cita no fue traducida del original en inglés, sino que para hacer el texto más terso y conciso se tomó de la traducción al español, directo del griego, de Antonio Camarero, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 9^a ed., 1977).
- (30) Aquí se mencionan sólo aquellos trabajos de Cossio que están relacionados directamente con el tema principal de este trabajo: C. Cossio, "El Derecho en el Derecho Judicial", 2^a ed., 1959; C. Cossio, "La plenitud del ordenamiento jurídico", 2^a edic., 1947; Cossio, "Teoría de la Verdad Jurídica", 1954 (en lo sucesivo citado como COSSIO, TEORIA DE LA VERDAD JURIDICA); C. Cossio, "La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad", 2^a ed., 1964, (en lo sucesivo citado como COSSIO, LA TEORIA EGOLÓGICA); C. Cossio, "La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho", 1954 (en lo sucesivo citado como COSSIO, LA VALORACION JURIDICA); Cossio, "Panorama de la Teoría Ecológica del Derecho", Revista de la Fac. de Derecho, t. 13, 1949; C. Cossio, "El Principio 'Nulla Poena Sine Lege' en la Axiología Ecológica", Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 48, 1947; C. Cossio, "El substrato filosófico de los métodos interpretativos", Revista Universidad, t. 6,

1940; C. Cossio y Hans Kelsen, "Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho, Teoría Ecológica y Teoría Pura", "Teoría Ecológica y Teoría Pura: Balance provisional de la Visita de Kelsen a la Argentina", 1952; C. Cossio, "Los valores jurídicos", Anuario de filosofía del Derecho, t. 4, 1956.

- (31) Aunque no hace una distinción apropiada entre orden y seguridad, H.W.R. Wade ha escrito en el mismo sentido: "El Derecho existe para garantizar el orden que las fuerzas en control de una sociedad desean imponer. Su objetivo es la uniformidad de acciones de tal modo que un miembro de la sociedad pueda saber cómo, en ciertas circunstancias, otro habrá de actuar probablemente, siendo esto la esencia de la seguridad". Wade, "The Concept of Legal Certainty a Preliminary Skirmish", *Modern Law Review*, t. 4, pág. 185.
- (32) COSSIO, LA TEORIA EGOLÓGICA, supra nota 30, pág. 567; Cossio, "Meditación sobre el orden y la seguridad", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 83, pág. 1023, año 1956 (en lo sucesivo citado como COSSIO, MEDITACION).
- (33) C. Cossio, "La justicia", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, año 1967, t. 126, págs. 1043-44 (en lo sucesivo citado como COSSIO, LA JUSTICIA).
- (34) Huntington Cairns ha puesto mucho énfasis en el orden y el desorden como criterios básicos para la comprensión de la vida social y para la definición del objeto propio de la Ciencia del Derecho. Ver: H. Cairns, "The Theory of Legal Science", 1941.
- (35) Holmes, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, t. 10, pág. 466.
- (36) Dice Holmes: "Y el método y la forma lógica estimulan ese profundo deseo de certeza y de tranquilidad alojados en toda mente humana. Pero la certeza es generalmente una ilusión y la tranquilidad no es el destino del hombre. Detrás de las formas lógicas se encuentra un juicio relativo al mérito relativo y la importancia de razones legislativas en competencia, a menudo un juicio inarticulado e inconsciente es cierto, y sin embargo es la misma raíz o nervio de todo el proceso. Ud. le puede dar forma lógica a cualquier conclusión". *Idem* en pág. 466.
- (37) Edmond Cahn escribe: "Se considera alcanzada la seguridad cuando uno ordena sus asuntos y su vida interior de manera tal que los favores y las amenazas de los hombres y los dioses le resultan indiferentes". E. Cahn, "The Sence of Injustice: An Anthropocentric View of Law", 1949, pág. 127.
- (38) Esta relación ha sido enunciada de un modo claro y sucinto por Richard A. Wasserstrom: "Unas de las más fundamentales de todas las necesidades humanas es el sentirse en control del medio en que uno se encuentra. Esta necesidad puede ser mejor satisfecha, este sentido de seguridad más libremente alcanzado, este poder sobre el medio circundante más exitosamente alcanzado, en un ámbito social en el que el cambio, si ha de ocurrir, sea regular, y, por lo tanto, pueda ser anticipado". R. Wasserstrom, "The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification", T. 62, 1961 (en lo sucesivo citado como WASSERSTROM).
- (39) M. Heidegger, "Being and Time", cap. 1-4, trad. de J. Macquainie y E. Robinson, 1962 (en lo sucesivo citado como HEIDEGGER).
- (40) Max Weber describe al "honoratiore" de la siguiente manera: "(1) En virtud de su situación económica tienen la capacidad de ocupar en forma continua posiciones de liderazgo o de autoridad en un grupo corporativo sin remuneración, o con una meramente nominal, y (2) ocupan una posición de prestigio social que puede descansar en

una cualquiera de diversas bases y de manera tal que en un proceso formalmente democrático ellos probablemente habrán de lograr la confianza de sus compañeros, de modo que habrán de ocupar posiciones oficiales primero en base a la libre elección y después por tradición". M. Weber, "Max Weber on Law in Economy and Society", t. 52, pág. 25, Trad. de E. Shila y M. Rheinstein, ed. M. Rheinstein, 1954.

- (41) De acuerdo a Gmelin: "La decisión y sentencia no es meramente una conclusión lógica; es también un ejercicio del poder del Estado en interés del mantenimiento de la paz conforme a Derecho". Johann Gmelin, *Dialectic and Technicality: The Need of Sociological Method*", en *Science of Legal Methods; Select Essays by Various Authors* nº 87, *Modern Legal Philosophy Series* nº IX, 1921, pág. 129 (en lo sucesivo citado como GMELIN).
- (42) Edwin Garlan dice: "tanto la decisión como sus principios deben ser probados por lo menos por su idoneidad para lograr la paz", E. Garlan, "Legal Realism and Justice", 1941, pág. 78 (en lo sucesivo citado como GARLAN).
- (43) Dicen Peter Stein y John Shand: "El mantenimiento de la paz en la comunidad es una pre-condición para el logro del resto de los valores jurídicos. Es inútil hablar de justicia o de libertad si los ciudadanos no se sienten razonablemente a salvo de ataque..." P. Stein y J. Shand, "Legal Values in Western Society", 1974, t. 31 (en lo sucesivo citado como STEIN & SHAND).
- (44) De acuerdo a Pound: "Pero una parte del camino del pensamiento jurídico del mañana ya es visible. Parece ser un camino hacia un ideal de cooperación más que de competencia agresiva. Sin embargo la cooperación no puede ser, en forma totalmente satisfactoria la medida de los valores para un sistema de Derecho. Esto porque la cooperación es un proceso. Debe ser cooperación hacia algo. Sospecho que la idea probará ser cooperación hacia la civilización". R. Pound, "Social Control Through Law", nº 111, pág. 126-27 (en lo sucesivo citado como POUND, SOCIAL CONTROL).
- (45) En la opinión de Hartmann: "El individuo sostiene una doble posición respecto del Derecho en vigencia en una comunidad. Por una parte, él es el afectado por los ajustes jurídicos, quien le debe acatamiento y al mismo tiempo, disfruta de su protección; por otra parte, él está allí también como un creador del Derecho quien, ya directa o indirectamente, participa creativamente en el continuo proceso de desarrollo jurídico de la comunidad. El también tiene su parte de responsabilidad por el Derecho vigente. Esta responsabilidad compartida es el inevitable reverso de su sometimiento, de otro modo éste último contradiría su libertad personal, cuya preservación es inherente al significado del Derecho. La conciencia de tal responsabilidad compartida es el segundo factor moral de importancia en el individuo como miembro de la comunidad. Es el fundamento de su solidaridad jurídica y civil con el conjunto de otros colocados en una situación similar. Esta solidaridad es el más profundo factor formativo en la vida histórica de los pueblos. Es también el elemento primario en la existencia ética del ciudadano de un Estado; y donde quiera que es fuerte y supera los reclamos especiales del individuo, la comunidad florece sobre ella. Su decadencia significa ruina... Esta solidaridad es una característica del individuo; pero a pesar de eso es una característica que él puede tener solamente en conexión con la unidad colectiva... Es al mismo tiempo un valor de la comunidad, tal como la justicia lo es en general". HARTMANN *supra* nota 12, págs. 234-36.

- (46) De acuerdo con Alexandre Alvarez: "La solidaridad debiera ser aceptada no sólo en las dos fases admitidas en ese Código (Alemán), sino también en la idea de ayuda recíproca, especialmente entre el patrón y el dependiente, entre miembros de la misma asociación, y en general entre personas ligadas por intereses similares; como también, en esas otras facetas vistas en la extensión de la responsabilidad más allá del caso de culpabilidad actual". A. Alvarez, "Methods of Scientific Codification", en Science of Legal Method, Select Essays by Various Authors, nº 449, Modern Legal Philosophy Series, nº IX, 1921, pág. 448.

N.del T.: las notas bibliográficas han sido traducidas por el traductor.