

III

Hacia una Jurisprudencia Principalista

Dr. Leslie Van Rompaey*

SUMARIO

A.- INTRODUCCIÓN

- 1 - NOCIÓN DE POSITIVISMO JURÍDICO.
- 2 - LOS ORÍGENES DEL MITO DE LA AUTOSUFICIENCIA Y OMNIPOTENCIA DE LA LEY.
- 3 - LA CRISIS DEL POSITIVISMO
- 4 - SOBRE LA PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN
- 6 - SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA LEY, AÚN CUANDO NO CONSTITUYA UN INSTRUMENTO AUTOSUFICIENTE Y OMNIPOTENTE.
- 7 - SOBRE EL ROL ACTIVO QUE DEBE ASUMIR EL JUEZ EN EL PROCESO DE INTERPRETACIÓN, CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO.

* Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay



A.- INTRODUCCIÓN.

La temática que abordaré es esencialmente opinable, y mi postura personal al respecto no compromete la posición de la Corporación que integro. Contiene sí, y así lo espero un embate crítico vigoroso contra el positivismo jurídico legalista que a través de la influencia de la revolución francesa predomina –a mi juicio– en nuestra cultura jurídica.

1.- NOCIÓN DE POSITIVISMO JURÍDICO.

El positivismo jurídico podría definirse sintéticamente como la pretensión de regulación general tanto de la acción del poder público como del orden social mediante leyes sistemáticas¹ y completas² que posibilitarían mediante su simple aplicación casi matemática³ la solución de cualquier conflicto intersubjetivo de intereses, con abstracción⁴ del contenido valorativo o axiológico de los preceptos legales. Es más: el positivismo niega toda vinculación conceptual entre Derecho y moral.

Todo el Derecho debe encerrarse en las leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la ley la solución debida, fuera de la ley no hay criterios jurídicamente válidos.

2.- LOS ORÍGENES DEL MITO DE LA AUTOSUFICIENCIA Y OMNIPOTENCIA DE LA LEY.

Con la Revolución Francesa la ley es la expresión de la soberanía popular, la garantía de la libertad y eficaz instrumento para alcanzar la felicidad del pueblo.

El legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo: la ley expresa la auténtica voz del pueblo y éste no puede cometer injusticias consigo mismo⁵.

Decía **Diderot** que las voluntades particulares son sospechosas; pueden ser buenas o malas; pero la voluntad general es siempre buena, no ha engañado nunca, no engañará jamás.

La ley, como sostenía **Rousseau**, ha de ser sencilla, precisa y clara, abstracta y general, garante de la libertad, y sobre todo, expresión de la voluntad esclarecida de la soberanía popular y constituye el instrumento de la razón ilustrada para alcanzar la justicia y la felicidad de las sociedades⁶.

El movimiento codificador sanciona códigos que no pretenden ser la simple recopilación de las normas hasta entonces vigentes, sino regular las relaciones sociales de un modo uniforme, completo, omnicompreensivo, que no deje resquicios por donde se cuele la voluntad del intérprete: el juez queda reducido a un mero hacedor de silogismos, que solo debe extraer de la ley, para su aplicación el caso concreto, la solución al conflicto que el texto normativo ya tenía prevista de antemano.

La ley es la suprema y casi única fuente del derecho, no reconociendo ninguna superior, y los jueces pueden y deben resolver todo conflicto con su único auxilio.

Como decía **Montesquieu**, el juez es un ser inanimado, la boca que pronuncia las palabras de la ley⁷, reduciéndose su magisterio a la mecánica aplicación del texto legal con el solo auxilio de elementales principios de lógica y racionalidad.

1 Ver: Pedro Serna, 'Sobre las respuestas al positivismo jurídico' en Las razones del derecho natural. Ed. Ábaco, año 2000, pág. 64, lit. e. – Ver asimismo, Carlos S. Nino, 'Fundamentos de Derecho Constitucional', p. 36 y 37.

2 V. op. cit. pág. 63, lit. d. – v. también Carlos S. Nino, op. cit., p. cit.

3 V. op. cit. pág. 64, lit. f – ver en tal sentido, Carlos S. Nino, op. cit., p. cit.

4 V. op. cit. pág. 65, nal. 2º. - Ver asimismo, Carlos S. Nino, op. cit., p. cit.

5 V. Rousseau, 'El Contrato Social', cap. IV.

6 Prieto Sanchís, 'Ley, principios y derechos', p.15.

7 De L' esprit des lois, lib. IX, cap. VI.

Recomendaba **Voltaire** que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no los árbitros.

Las leyes deberían ser sencillas, reguladoras de la totalidad de los conflictos intersubjetivos, redactadas en términos de fácil inteligencia: **Beccaria** sostenía que “no hay cosa mas peligrosa que aquél axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley”.

En el Estado legislativo de Derecho, la vinculación del juez a la ley se postula en términos de subordinación: frente al legislador, que posee una legitimidad política o ‘de origen’, los jueces solo tienen una legitimidad ‘técnica’ o ‘de oficio’; es decir que su actuación será aceptable en la medida que pueda verse como la exacta aplicación de la ley.

El recurso de casación, inicialmente concebido para evitar el peligro de manipulación judicial de la ley a través de su interpretación, constituye una prueba clara de ese esfuerzo por garantizar la supremacía del legislativo sobre el juez.⁸

La independencia judicial que se postula es de carácter instrumental: radica en la libertad interpretativa, que no debe ser influida por elementos de presión externos al propio juzgador y en las garantías orgánicas relativas al estatuto de los jueces, gobierno del poder judicial separado de la política, retribuciones adecuadas, prohibición de militancia política, etc. En rigor, independencia judicial y vinculación a la ley son el anverso y el reverso de la misma medalla, pues si la vinculación a la ley requiere que los jueces sean independientes, también es claro que la mayor independencia radica en la exacta aplicación de la ley. Por eso puede decirse que los principios de vinculación a la ley e independencia judicial postularon el ejercicio de la función de juzgar conforme a parámetros jurídicos preconstituidos, o si se quiere, la ausencia de razones extrajurídicas (políticas, ideológicas, etc) como fundamento de sus decisiones.

Vinculación a la ley e independencia judicial configuran pues la base teórica del modelo de juez que le es propio al Estado de Derecho.

Se trata de un juez neutral sin ideología, aséptico, apolítico, (“*la bouche que prononce les paroles de la loi*”, en la célebre descripción de Montesquieu). Un juez sin sentimiento y sin pasiones, cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad. Por lo demás, la vinculación del juez a la ley, aparte de ser una exigencia del modelo de legitimidad, garantiza ciertos valores que se consideran irrenunciables: la certeza o previsibilidad de las decisiones jurídicas, la igualdad de la aplicación de la ley y la uniformidad jurisprudencial.⁹

En síntesis, el pensamiento de la revolución francesa confería a la ley la aptitud de regulación general tanto del ejercicio del poder estatal cuanto del orden social liberal, mediante leyes sistemáticas y completas fuera de las cuales no hay criterios jurídicamente válidos. Es la concepción del derecho propia del positivismo jurídico o legalista.¹⁰

3. - LA CRISIS DEL POSITIVISMO.

La fuerza incontrastable de los hechos, y la experiencia judicial que constatará inexorablemente el creciente desajuste entre la realidad y la norma legal superada en su previsión por el vertiginoso cambio social demostró la insuficiencia del intento de reducir la función del juez a un simple mecanismo de subsunción automática de leyes preestablecidas.

García de Enterría resalta que la gran crítica al positivismo era sencillamente el contraste con la justicia, valor sin el cual el derecho no es siquiera concebible.

No es cierto que en ningún caso sea posible aplicar la ley sin interpretarla y esta interpretación no puede reducirse a un problema mecánico de subsunción

8 Sobre el punto señala Sergi Guash Fenández que: “... La Revolución Francesa supone una desconfianza hacia el poder y un profundo interés por su limitación. ... se daba expresión a la omnipotencia y autosuficiencia de la ley como utopía sobre la que se construyó la estructura casacional. ... Sin duda el Tribunal de Casación será el instrumento político más radical del iluminismo en la confirmación de la certeza del Derecho y la subordinación del Juez a la ley ...” – ‘El hecho y el derecho en la casación civil’, Ed. Bosch, año 1998, p. 35.

9 Marisa Gascón, ‘Interpretación y argumentación jurídica’, p. 8-9.

10 García de Enterría, ‘El Derecho, la ley y el juez’, p.44

del enunciado general de la norma al caso concreto; por el contrario, en toda interpretación se reproduce necesariamente el proceso valorativo material que concluyó en la ley, deben necesariamente manejarse los valores que articulan y animan la estructura de las instituciones, las cuales son cualquier cosa menos maquinas frías y automáticas, y además están entre si enhebradas de forma que solo los respectivos principios institucionales revelan.

Frente al optimismo de quienes confiaran en la aptitud de las leyes para solucionar *'per se'* a todos los conflictos sociales, estas se mostraron insuficientes para lograr tal propósito, superadas por el vertiginoso cambio social y tecnológico de la revolución industrial. Decae el mito de la ley como cuerpo normativo con vocación de exhaustividad y eternidad.

Paralelamente crece la figura del juez en forma proporcional al proceso de descrédito y decadencia de la ley.

El Derecho identificado con las normas legales, resulta incapaz de ofrecer respuestas a los nuevos conflictos, lo que provoca la aparición de lagunas y el mantenimiento formalista de soluciones obsoletas e insatisfactorias.

El Derecho legal no tiene un carácter sistemático y coherente, lo que de nuevo deja en manos del juez la respuesta ante el caso concreto.

El derecho no puede quedar encorsetado en la ley del Estado porque existen fuentes sociales que compiten con ella y que han de ser también ponderadas por el interprete. La letra de la ley se muestra necesariamente insuficiente, pues tras su mandato o enunciado normativo literal subyace un fin o un interés social que radica en una serie de valores cuya consideración ha de influir en la decisión judicial.

La legislación se hace fragmentaria, desordenada y casuística, de difícil conocimiento y variabilidad frecuente: la certeza que se pretendía por el legalismo racionalista o positivismo rígido se torna en inseguridad frustrándose la pretensión de ordenar la vida social mediante reglas sencillas, duraderas, y respecto de las cuales pueda presumirse su general conocimiento.

En definitiva, la ideología que quería ver en la ley la única o fundamental fuente de derecho, encarnación indiscutible de la justicia legal emanada de la soberanía popular, abstracta y general en su contenido, y garantía de la certeza jurídica y de la previsibilidad de las acciones del ciudadano, se presenta solo y en el mejor de los casos como un glorioso arcaísmo histórico, cuando no en una ideología legitimada encubridora de una realidad mucho mas compleja, y por cierto mucho menos luminosa para las pretensiones del legislador¹¹.

4.- SOBRE LA PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Del Estado liberal decimonónico que confería supremacía absoluta a la ley se pasa a el Estado constitucional, que limita el ejercicio del poder, aun del legislativo.

El núcleo del constitucionalismo moderno consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaces de imponerse frente a cualquier otra norma, y sobre todo, con un contenido preceptivo amplio de valores, principios y derechos fundamentales.

Uno de los rasgos que mejor definen al Estado Constitucional de Derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no la eficacia de los derechos

11 En este sentido enseña Couture que: "La teoría de Montesquieu, parece más bien una reacción contra la arbitrariedad judicial de su tiempo, que ya preparaba el estallido de la Revolución. ... Su teoría de la absoluta fidelidad a la ley, de la simple relación matemática, fue la teoría del siglo XVIII para la justicia del siglo XVIII. Esa teoría ha cumplido admirablemente sus fines políticos ... Pero con relación al sistema constitucional en que este estudio se apoya, dicha teoría puede, por ahora, dar por cumplida su misión.". 'Constitución, Ley y sentencia' en 'El proceso, visión y desafíos' de Greif, F.C.U. 1993, p. 234.

en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre el alcance de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia.

A quien corresponde decidir cuál sea ese alcance y contenido es justamente la cuestión polémica. Cabría sostener que el principio democrático exige atribuir ese fundamental papel al legislador, pero es también evidente que el propio carácter supra legal de los derechos hace que al final sean los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes por cuanto llamados a hacer valer la Constitución, terminan ejerciendo esa función. Por ello el carácter normativo de la Constitución, más allá de la simple posibilidad de enjuiciamiento normativo de la ley, comporta cambios muy profundos en la manera de concebir el Derecho y las propias instituciones jurídicas. En particular, comporta cambios profundos en la manera de concebir las relaciones entre legislación y jurisdicción: el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez al Derecho pero sobre todo a la ley, a pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales pero no a la ley que a ellos se contrapone.

En suma, los jueces pueden (y deben) hacer valer la Constitución en detrimento de la ley. En el Estado Constitucional el juez está vinculado a la ley pero también a la Constitución. Esa doble vinculación del juez (a la ley y a la Constitución) significa que éste solo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que debe hacer un previo juicio de constitucionalidad de la ley. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución) entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella una interpretación constitucionalmente adecuada) entonces no está vinculado a ella. En este segundo supuesto, los jueces

en los sistemas del *'judicial review'*, 'desplazan' la ley y resuelven el caso aplicando directamente la Constitución; en los sistemas del control concentrado, como el nuestro, los jueces no pueden desplazar la ley sino que están obligados a plantear la cuestión al Tribunal Constitucional, en nuestro país la Suprema Corte de Justicia que es el único órgano llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley¹².

Alexy traza el perfil del constitucionalismo contemporáneo: *"Más principios que reglas, más ponderación que subsunción, más jueces que legisladores, y más Constitución que ley"*.

Aunque el esquema no posee la rigidez que emanaría de su expresión literal: *"Más principios constitucionales que reglas legales"* no significa que la solución de los conflictos jurídicos pueda ser encomendada exclusivamente a las directivas que emanan de genéricos principios o derechos fundamentales consagrados en la Constitución, sino que estos han de ser tomados en consideración, y que han de serlo en primer lugar para someter a juicio previo la propia validez de las leyes relevantes en el caso.

"Más ponderación que subsunción" tampoco significa que esta deja de ser operativa, sino que en todo caso la aplicación de principios se acomoda a un esquema particular en cuya virtud cuando entran en conflicto (p.ej: derecho al honor o a la intimidad o libertad de expresión) no se anulan o se excluyen con carácter general sino que han de buscar su preeminencia en el caso mediante un juicio de racionalidad o de balance entre argumentos y razones contemplando las especiales circunstancias del caso.

"Más jueces que legisladores" no representa un llamamiento a prescindir de la tarea legislativa que sigue siendo fundamental en un Estado de Derecho, sino una invitación a el control de la misma por parte de quienes únicamente pueden hacerlo, que son los jueces.

"Más Constitución que ley" no significa que la primera no convierta en superflua a la segunda, sino que solo esta última carece de autonomía porque siempre

12 Gascón, op. cit. p. 12.

habrá de rendir cuentas ante la instancia superior de la Constitución .

La Constitución ya no tiene por objeto solo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales , que condicionan la validez de las leyes y del conjunto de las normas.

El constitucionalismo moderno ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista humanista e ilustrado; el papel que antes desempeñaba el Derecho natural respecto del soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador.

Las Cartas Constitucionales se han convertido en documentos de positivación de la moral, lo que contribuye a reafirmar el papel del juez en la interpretación y aplicación del Derecho.

5 LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS.

Las Constituciones consagran una gran cantidad de derechos y principios que son el reflejo de concepciones de la moralidad. Son por así decirlo, moral positivada, o como también se ha dicho, Derecho Natural positivado¹³.

Además, estos principios y valores constitucionales ni siquiera reflejan una concepción uniforme que habilite su aplicación inmediata sin posibilidad de generación de conflictos entre ellos. Son principios y valores tendencialmente contrastantes, por lo que la eventual presencia de varios de ellos en un caso

concreto (cosa por lo demás muy frecuente) deja al juez sin guía para la acción: se abre un ancho margen para la discrecionalidad judicial, pues es el juez quien debe sopesar los principios en juego y decidir razonablemente (o sea, discrecionalmente) cuál de ellos debe prevalecer en ese caso concreto¹⁴.

En la opinión de **Dworkin**, autor de relevante influencia en la materia, los principios tienen una “dimensión de peso o importancia” (*dimension of weight*) de modo que quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de los principios implicados en el caso, y la aplicación prioritaria de uno en detrimento del otro no implica la pérdida de juridicidad del principio descartado en el caso¹⁵.

La verdadera ruptura del positivismo radica en la consagración jurisprudencial, cada vez mas segura y resuelta, de los principios generales de derecho, no solo como fuente subsidiaria en defecto de la ley (art.16 C.Civil) sino como elementos informadores del ordenamiento jurídico, que son consagrados expresamente por nuestra Constitución (arts. 7, 72 y 332) confiriéndoles jerarquía supralegal y operatividad directa¹⁶, y que expresan los postulados, valores y principios éticos arraigados en la conciencia social cuya vigencia el juez puede constatar mediante mecanismos técnicos que evitan el puro subjetivismo o la arbitrariedad en la decisión.

En la opinión de **Real**¹⁷,(aceptada por la doctrina nacional más recibida en la materia)¹⁸ el art. 72 de la Carta consagra la recepción del jusnaturalismo personalista, en cuanto proclama, genéricamente, los derechos deberes y garantías “inherentes a la personalidad humana”.

13 En tal sentido expresaba **Real** que: “... Nuestra Constitución incorpora, genéricamente, al ordenamiento jurídico positivo, la esencia ideológica del jusnaturalismo clásico, es decir, la idea de derechos, deberes y garantías que derivan de la personalidad humana y de la forma republicana de gobierno y, por ende, positiviza las soluciones generalmente admitidas por la doctrina jusnaturalista ...” (Citado por Cajarville en ‘Reflexiones sobre los principios generales del Derecho en la Constitución Uruguaya’, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real’, p. 162).

14 Gascón, op. cit. p. 12.

15 ‘Los derechos en serio’, p. 77 y 78.

16 Ver sobre el punto: Cassinelli Muñoz, ‘Derecho Público’ ed. F.C.U., año 2002, p. 93 a 95; Risso Ferrand, Derecho Constitucional, t. I, págs. 127 a 142.

17 Recopilada en Martins, ‘Los principios generales de Derecho ...’, p. 39,40 – Ver además ut. supra nota al pie de página N° 13.

18 Ver entre otros: Korzeniak, ‘Primer Curso de Derecho Público, Derecho Constitucional’, ed. F.C.U., año 2001, págs. 331/333; Cassinelli Muñoz, op cit., págs 93 a 95.

Nuestro Derecho Público positivo resiste, con ventaja, el parangón con el de países de sólida cultura y de firmes tradiciones jurídicas, donde los principios generales aparecen como una creación jurisprudencial de rango legislativo. En Uruguay, los principios generales de Derecho “inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional, y por tanto participan de la supremacía jerárquica normativa de la Constitución rígida: quedan pues al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de la leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario.

Nuestro artículo 72 se separa de sus modelos norteamericanos y argentino en cuanto incluye en su letra, clarísima, la evidente recepción del ius naturalismo personalista, que aquellos sólo suponen implícitamente en su espíritu.

6.- SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA LEY, AÚN CUANDO NO CONSTITUYA UN INSTRUMENTO AUTOSUFICIENTE Y OMNIPOTENTE.

Las consideraciones formuladas precedentemente no impiden reconocer que es de esencia del Estado de Derecho y de la institucionalidad democrática reafirmar la preeminencia de la ley, que expresa la voluntad popular.

El papel del juez en nuestro derecho debe seguir siendo el de un servidor de la Constitución y la ley en nombre de las cuales habla y de las cuales extrae las fuerzas de sus sentencias.

Es cierto que ante una legislación fragmentada casuística, cambiante, con normas que caen con frecuencia en obsolescencia por desajustes sistemáticos, el papel del juez se realza, pero este redimensionamiento del papel del juez no puede llevarlo nunca a una independencia con respecto de la ley. Le lleva necesariamente a un uso más depurado y refinado de los principios generales de derecho, los cuales no son una fuente alternativa de la ley, ni un modo de excusar la obediencia debida a esta, ni por supuesto, una apertura a la libre búsqueda del derecho.

Los principios generales del derecho condensan los valores básicos del ordenamiento.

Comenzando por los valores expresados en la Constitución, pero llegando también a los principios institucionales más concretos.

La vinculación del juez a la ley no se vulnera ni se reduce por el empleo de los principios generales del derecho en el proceso interpretativo, siempre que tales principios se utilicen por juristas expertos y se inserten en el sistema normativo como el aceite que facilita su funcionamiento y no como una alternativa o una excepción o ruptura del mismo.

Es necesario reafirmar tales conceptos: el uso cada vez más frecuente y necesario de los principios generales de derecho y pautas hermenéuticas valorativas principales o axiológicas, tendientes a suplir la insuficiencia u obsolescencia de la ley que no se ajusta en su previsión normativa abstracta a las especiales circunstancias del conflicto sometido a la decisión judicial, no implica una adhesión a la libre creación judicial del Derecho ni la rebelión del juez contra la Ley ni la recepción de la doctrina del uso alternativo del Derecho, que pretende justificar cualquier interpretación desde criterios ideológicos.

Es verdad que la ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la ley sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma la expresión del principio democrático. La democracia no admite ya otro sistema de regulación o, si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y esto está en la esencia de su ideario, sociedades auto reguladas, que no admiten instancias exteriores, sean monarcas o poderes absolutos ungidos por cualquier mito o por cualquier elección, o jueces pretendidamente redentores o iluminados, auto investidos como representantes de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica.

El juez no es un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que

deba convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel ya no neutro sino activo, del juez, pero siempre orientado al servicio de la Constitución y de la ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesa las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance¹⁹.

7.- SOBRE EL ROL ACTIVO QUE DEBE ASUMIR EL JUEZ EN EL PROCESO DE INTERPRETACIÓN, CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO.

Sostiene **Calamandrei** que la finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad, es más, es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa.

Las leyes, dígame lo que se quiera de que el ordenamiento jurídico no tiene lagunas, no pueden prever todos los casos que la realidad –mucho más rica que la más febril imaginación– suscita ante el juez, de manera que también en el sistema de la legalidad, toda ley deja al juez un cierto margen de discrecionalidad dentro del cual él, mediante la interpretación y la aplicación, viene a ser, aun sin darse cuenta de ello, siempre que se mantenga dentro de ciertos márgenes, creador de Derecho²⁰.

Cuando se dice que en el sistema del positivismo legalista el juez no es más que intérprete de la ley, no se debe creer que él no sea más que el portavoz inanimado y mecánico de la ley, “*la bouche de la loi*” como quería **Montesquieu**, por el contrario la ley, aún la más precisa y minuciosa, deja al juez, no sólo en la reconstrucción del hecho sino también en la búsqueda de la relación que media entre el hecho y el precepto jurídico, un cierto ámbito de movimiento y de elección dentro del cual el juez, no sólo puede sino que debe buscar la respuesta, más que en la ley, en su propia

conciencia. La sentencia no surge directamente de la ley, sino de la conciencia del juez, estimulada por múltiples motivos psicológicos, entre los cuales la ley constituye el motivo más importante, pero no el único; un motivo que, para transformarse en sentencia, tiene que encontrarse y fundirse, como en un crisol, con los demás motivos de orden moral, en contacto con los cuales se transforma de abstracta proposición lógica, en concreta voluntad individual.

No hay norma, se puede decir, que no conceda al juez un cierto respiro de libertad creadora; el sistema de la legalidad es, no la abolición del Derecho libre, sino la reducción, y podríamos decir el reconocimiento de él dentro de las casillas de la ley.

Cuando el juez se encuentra ante un caso nuevo, que no recibe una solución legal clara e inequívoca se siente naturalmente inducido a buscar la solución en el instintivo sentimiento de justicia que le dicta su conciencia y sólo en un momento sucesivo va a consultar las leyes, a fin de encontrar en ellas a posteriori la justificación lógica de la solución sugerida por el sentimiento. No en balde los jueces hoy, encuentran primero la parte dispositiva de la sentencia, y luego tal vez a distancia de alguna manera redactar su motivación.

La decisión del caso nuevo ha nacido de la conciencia sobre la medida de aquél caso singular y ha sido un descubrimiento individual realizado por el sentimiento intuitivo de justicia o razones de equidad individual, pero no lo puede confesar así y es necesario entonces a toda costa mediante ingeniosos esfuerzos inductivos, traducir ese descubrimiento a términos generales y abstractos.

Aún en el sistema de legalidad, la ley misma ofrece al juez los medios para no perder nunca de vista la justicia, para mantenerse siempre en contacto con ella, aunque cambian los tiempos con más velocidad que las leyes: la interpretación evolutiva, la analogía, los principios generales, ventanas abiertas al mundo por las cuales si el juez se asoma a tiempo, puede entrar el aire oxigenado de la sociedad que se renueva.

19 García De Enterría 'El Derecho la Ley y el juez', pg. 49 a 51.

20 Cfme. Kelsen H. 'La Teoría Pura del Derecho', Eudeba, Bs. Aires, 5ta. Ed. 1967, p. 167/170

Existen tiempos de estancamiento social en que el juez puede limitarse a ser el fiel escudero del legislador, el secuaz que lo acompaña paso a paso, pero hay tiempos de transformación rápida en que el juez debe tener el valor de ser su precursor, el heraldo, su conductor.

Concuerdo con **Calamandrei** en la necesidad de propiciar o excitar la sensibilidad constitucional de la magistratura. La Constitución con sus disposiciones programáticas no se dirige solamente al legislador para que a la larga transforme en leyes ordinarias aquél programa, sino que se dirige directamente también a los jueces, para que, mediante las aplicaciones de los principios generales y la interpretación evolutiva, hagan entrar inmediatamente en sus sentencias sin aguardar la obra del legislador el respeto a las nuevas exigencias sociales que la Constitución revela y consagra. La distinción tan discutida entre normas preceptivas y normas programáticas, que desgraciadamente ha servido y sirve para bloquear en sus disposiciones esenciales la actuación legislativa de la Constitución no debe ser considerada por los jueces como un obstáculo que les impida tomar en cuenta, en su jurisprudencia, las normas tendenciales que, aunque no traducidas todavía a leyes pueden servir ya de principios orientadores de la práctica judicial.

Aun cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias, pueden ponerse en directo coloquio con ella y escuchar sus sugerencias, pueden traducirlas, día a día, a la realidad de las relaciones humanas. Esto no quiere decir desobediencia al principio de legalidad: inspirarse con la Constitución para introducir en las viejas fórmulas un espíritu nuevo he ahí precisamente el verdadero legalismo democrático en que debe jactarse la magistratura, autónoma y libre de inspirarse valerosamente.

Precisamente, la toma de conciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el principio de constitucionalidad, pero también la conciencia del riesgo antidemocrático a que puede conducir un activismo judicial desbocado, tal vez explique la gran atención que en

la últimas décadas se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales. Y es que, si es esencial al constitucionalismo la centralidad de un poder judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley (y sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial.

Este último es un argumento particularmente importante. Si el juez ya no es *“la boca que pronuncia las palabras de la ley”* sino el depositario de un poder que se ejerce con cierta discrecionalidad, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues allí reside su principal fuente de legitimidad, debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario. La presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez; por el contrario, representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo, que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo.

Este es el sentido de las teorías de la argumentación jurídica.

Como enseña **Calamandrei**²¹ reducir la función del juez a una simple actividad de hacer silogismos significa empobrecerla, hacerla estéril, disecarla.

La justicia es algo mejor: es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es precisamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad, que es necesario apreciar e incrementar en el juez.

El peligro mayor que amenaza a los jueces en una democracia, y en general, a todos los funcionarios públicos, es el hábito de la indiferencia burocrática, de la irresponsabilidad anónima. Para el burócrata, los hombres dejan de ser personas vivas y se transforman en números, cédulas y fascículos: en un expediente, con numerosas fojas, y en medio de ellas, un hombre

21 'Proceso y Democracia', p. 80-83

disecado. Para el burócrata, los afanes del hombre vivo que está en espera no significan nada; ve aquél enorme cúmulo de papeles sobre su escritorio y solo trata de encontrar un medio de hacerlo pasar al escritorio de otro burócrata, su vecino de oficina, y descargar sobre él el fastidio de aquel engorro.

¡Ay si esta indiferencia burocrática penetra entre los jueces !

Quién reflexiona en el paso de los dolores humanos que está encomendado a la conciencia de los jueces se pregunta cómo ellos, con tan terrible tarea, pueden dormir con tranquilidad. Sin embargo, el sistema de legalidad entendido en forma demasiado escolástica, con el ingenioso mecanismo del silogismo judicial, parece hecho a propósito para privar al juez del sentido de su terrible responsabilidad y para ayudarlo a dormir sin angustias.

En la plaza se encuentra un ahorcado, condenado a muerte por el juez. La sentencia ha sido ejecutada, pero era inocente; el ahorcado era inocente.

¿Quién es el responsable de haber dado muerte a ese inocente ?

¿El legislador que ha establecido en la ley la pena de muerte en abstracto o el juez que la ha aplicado en concreto ?

Pero tanto el legislador como el juez encuentran la manera de salvar su alma con el pretexto del silogismo.

El legislador dice: *“No tengo la culpa de esa muerte; puedo dormir tranquilo porque la sentencia es un silogismo del cual solo he construido la premisa mayor, una inocua fórmula hipotética general y abstracta, que amenazaba a todos, pero que no afectaba a ninguno. Quien lo ha asesinado ha sido el juez, ya que ha sido él quien ha extraído de las premisas inocuas la conclusión mortífera, la lex specialis que ha ordenado la muerte de un inocente”.*

Pero el juez dice a su vez: *“No tengo la culpa de esa muerte y puedo dormir tranquilo, ya que la sentencia es un silogismo del cual no he hecho otra cosa que*

extraer la conclusión de la premisa impuesta por el legislador. Ha sido éste quien lo ha asesinado, con su ley, que ya era una ‘sententia generalis’, en la cual también estaba comprendida la condena a aquel inocente”.

“Lex specialis, sententia generalis”; así el legislador y el juez se atribuyen recíprocamente la responsabilidad y pueden dormir tranquilos uno y otro, mientras el inocente se mece en la horca.

Pero ésta no puede ser la justicia de una democracia, ni éste puede ser el juez digno de la ciudad de los hombres libres. Ya hemos dicho con anterioridad que la democracia es un compromiso, un engagement: *“faute de cet engagement, la technique constitutionnelle est morte”.*

Lo mismo se puede decir en cuanto a la técnica judicial.

No queremos saber nada de los jueces de Montesquieu, *“êtres inanimés”*, hechos de pura lógica.

Queremos jueces con alma, jueces *“engagés”*, que sepan llevar con humano y vigilante empeño el gran peso que significa la enorme responsabilidad de hacer justicia.

La verdad es que el juez no es un mecanismo, no es una máquina calculadora (una computadora diríamos hoy). Es un hombre vivo, y su función de individualizar la ley y de aplicarla al caso concreto, que ‘in vitro’ pueda representarse como un silogismo, es en realidad una operación de síntesis que se cumple misteriosa y calurosamente en el crisol sellado del espíritu, en el cual la mediación y la soldadura entre la ley abstracta y el hecho concreto tienen necesidad para realizarse, de la intuición y del sentimiento ardiente de una conciencia laboriosa. En suma, el sistema de la legalidad y en general, la teoría normativa del derecho es un esquema didáctico, útil para los juristas, pero esta descomposición lógica de la sentencia se asemeja a los análisis de los químicos que aún cuando hayan alcanzado a individualizar todas las sustancias elementales de las que está compuesto un organismo vivo, no han logrado, sin embargo, encerrar en fórmulas la chispa de la cual ha brotado la vida por la misteriosa combinación de esos elementos.

Por otra parte, inclusive en el sistema de la legalidad son las propias leyes las que ofrecen al juez el camino para hacer pasar el sentimiento hacia las rígidas formas dictadas por la razón.

En la técnica legislativa se adoptan con frecuencia las expresiones tradicionales de significado genérico y variable ('buena fe', 'diligencia de un buen padre de familia', 'equidad', 'según las circunstancias'), que han sido denominadas imaginativamente los órganos respiratorios a las válvulas de seguridad del sistema jurídico, porque a través de ellas el juez, dando un contenido concreto, caso por caso, a esas frases elásticas, logra hacer penetrar en las leyes muertas el aire vivificador de las exigencias sociales que se encuentra en perpetuo movimiento de evolución.

Pero aún sin acudir a estos conocidos expedientes técnicos, con los cuales el mismo legislador hace que en el interior del Derecho 'racionalizado' penetre el oxígeno de lo irracional, es preciso persuadirse de que toda interpretación constituye una nueva creación y que en toda interpretación tiene decisiva influencia la inspiración individual.

La ley prestablecida es uno de los coeficientes que concurren a estimular la conciencia del juez en la decisión, pero no es el único factor, lo que explica

ciertos fenómenos, que de otra manera pudieran parecer incomprensibles de disparidad en la jurisprudencia: dos jueces en dos aulas de la misma Corte, tal vez el mismo día aplicando la misma ley a dos casos absolutamente similares deciden la misma cuestión en sentido diametralmente opuesto. ¿Cuál de los dos se ha equivocado? Ninguno de los dos, porque si la ley era la misma para ambos, si los hechos eran idénticos, sin embargo era diverso el sentimiento individual del juzgador a través del cual la ley y los hechos se han encontrado²².

Al final de cada capítulo de 'Elogio de los jueces' hay un dibujito de una balanza que sobre un platillo lleva dos gruesos volúmenes y en el otro la leve gentileza de una rosa. El buen funcionamiento de la justicia depende de los hombres y no de las leyes.

El óptimo sistema judicial es aquél en que los jueces y abogados, vinculados por recíproca confianza buscan la solución de sus dudas, más que en la pesada doctrina, en la viva y fresca humanidad. En aquella balanza en contraste con las leyes físicas la rosa pesa más que los dos gruesos libros. A fin de que la justicia funcione humanamente es necesario que la balanza se incline del lado de la rosa. Añado: del lado de la justicia, el amor al prójimo y del humanismo.

22 En este sentido explicaba el Maestro Couture que: "... Si la voz de la sentencia fuera la misma voz de la ley muchos fenómenos comunes del derecho carecerían de explicación.

No tendría, por ejemplo, justificación alguna que la jurisprudencia cambie en cuanto a una solución, en tanto la ley no cambia.

Lo menos que puede preguntarse, frente a un cambio de jurisprudencia o a sus tan frecuentes contracciones, es cómo resulta posible que ahora se declare blanco de lo que hasta ayer se declaró negro, y que este tribunal conceda lo que aquél niega, sin cambio alguno de la norma legislativa. ¡En nombre de que principio de lógica jurídica, el ser inanimado, el signo matemático, para utilizar la terminología de la doctrina, puede declarar hoy en contra de lo que declaró ayer, que las deudas ilíquidas devengan intereses, y en esta Sala declara el impuesto municipal de sucesiones está vigente, en tanto que en aquélla declara que está derogado? ..." (op. cit. , págs. 232/233).