

# EL OFICIO DEL JUEZ<sup>1</sup>

STEPHANE RIALS

## La ilusión de Montesquieu

Los juristas retienen de Montesquieu sobre todo el famoso capítulo 6 del libro II del *Espíritu de las leyes*, "De la constitución de Inglaterra". En este pasaje, Montesquieu asigna al juez un lugar estrechamente subordinado. Es el fruto de una inquietud frente a una función "terrible", pero también de una doctrina de las funciones estatales interrelacionadas: los juicios no deben nunca ser más "que un texto preciso de la ley"; los jueces "no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ella" y la "potencia de juzgar" es "de alguna manera nula"... Al plantear esto, Montesquieu participa de una corriente bastante difundida en los decenios anteriores a la Revolución, de la cual Beccaria es otra ilustración; corriente que la crítica de la "equidad" de los parlamentos alimenta concretamente, puesto que la exaltación de una ley intrínsecamente liberadora le suministra el fundamento doctrinario. Ese es uno de los aspectos principales del pensamiento del 89 cuya exigente coherencia -puesta de manifiesto en el más alto grado por la institución del referente legislativo- se inscribirá enérgicamente sobre una realidad que se ocultará. Portalis, con algunos matices, opondrá más tarde, indebidamente pero de manera significativa, el simple "acto de jurisdicción o de magistratura" al "acto de soberanía". De esta manera no hará sino reafirmar el

rechazo a que el juez pueda ser un "poder" y dará fórmulas ambiciosas para garantizar la laminación de su oficio, colocando al juez como en una prensa entre la constatación de los hechos por los jurados -al menos en materia penal- y la promulgación de la regla por la ley y, por consiguiente, obligado a una comparación que se quería creer mecánica entre los hechos y la ley, por la vía exclusiva del "silogismo judicial" tan caro a Beccaria<sup>2</sup>.

Sin embargo, se olvida que Montesquieu no promueve uno sino dos modelos institucionales. Al lado de la "Constitución inglesa", que es quizás el mejor destino para Europa después del absolutismo, conserva la nostalgia de las anteriores monarquías continentales, en las cuales se reunían las funciones legislativas y ejecutivas en manos del rey, atemperadas por dos poderes intermedios, entre los cuales el juez era el más eminente.

De esta manera el oficio del juez -noción que entendemos de modo más extensivo que el grueso de la doctrina procesalista- sería susceptible de dos geometrías. Y la adopción de una, extensiva, o de otra, restrictiva, tendría que ver con una escogencia deliberada en el seno del pacto constitucional. Tal inteligencia de las cosas, bastante curiosa, pudo ser recibida no solamente en el siglo XVIII sino en el seno de una doctrina menos antigua. Hoy, el clima ha cambiado. Cada quien insiste, de manera más o menos tajante, en que la función de juzgar tiene su

1. Artículo introductorio de la Revista *Droits*, No. 9, 1989, París, PUF. Traducción de Víctor Manuel Moncayo C., profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

2. Ver M. Verpeaux, "La notion révolutionnaire de juridiction". Observemos que, aún dentro de esa ideología, ciertas instituciones deberían atemperar su rigidez, como ocurre con los jueces de paz, la jurisdicción en equidad, en la cual el "buen sentido" es requisito al mismo título que el conocimiento de la ley.



lógica y sus exigencias que prohíben reducirla a esa función mecánica de “decir la ley”, a la cual se creyó durante un tiempo que se la podía reducir.

## La primera de las funciones

A menudo no se tiene en cuenta el hecho de que los dos aspectos generalmente rescatados por los juristas en la obra de Locke, se encuentran poderosamente articulados uno al otro: es en las “deficiencias” del estado de naturaleza, sobre las cuales Locke fundamenta su análisis de las funciones estatales. Principalmente observa que “en el estado de naturaleza falta un juez reconocido, que no sea parcial, y que tenga la autoridad de decidir todos los diferendos”. Fácilmente se puede imaginar el valor que asignaba a tal función, hasta tal punto que consideraba que una de las causas de la degradación del estado de naturaleza residía en la peligrosa tendencia de que cada quien proclamara el derecho y se hiciera justicia.

Lo que no se podrá dudar es que pueda existir una comunidad humana, por poco desarrollada que sea, –inclusive no estatal– que ignore absolutamente el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir la intervención de terceros en los conflictos, cualquiera que sea la naturaleza del derecho vigente y la configuración de su administración. No nos arriesgamos a invocar las “lecciones” de la antropología. Pero debemos observar que así como Hobbes –que apenas creía en el estado de naturaleza– soñaba con ella al hablar de la primera revolución inglesa que soportaba, Locke –que si creía en el estado de naturaleza– cuando evoca la segunda fase del estado de naturaleza parece referirse a veces a la época de la edad media. Es de este período, que se extiende desde las secuelas del hundimiento del imperio carolingio hasta los principios del fortalecimiento del poder estatal moderno, al cual se refiere Paul Ourliac<sup>3</sup>.

Ourliac nos dice que en el siglo XI el Sur conserva la memoria de la ley que prohibía al juez decidir libremente,

pero el contenido de esta ley desapareció y nadie está en capacidad de imponer una ley nueva. Desde luego, ningún juez puede verdaderamente juzgar –de otra parte, tendría los medios?– pero la incoercible función de juzgar se realiza a través del modo menor de la conciliación propuesta por los *boni viri* y a través del modo mayor del juicio de Dios, administrado mediante las ordalías o el duelo judicial, que obedecen a procedimientos minuciosos y desembocan en la redacción del juicio sobrenaturalmente rendido. La conclusión de las mismas guerras privadas, que obedecieron a un código más riguroso a medida que el sistema feudal se racionalizó y se extendió, revestía la significación de un juicio. Es decir que, aún en las situaciones menos favorables, difícilmente se escapa a la mediación de los conflictos por un tercero, así sea Dios.

La historia, a la cual ciertamente no hay que acudir demasiado, nos dice aún más: la función de juzgar fue una función primera en la génesis del estado moderno. Es mediante ella que cada señor pretendió primero y logró luego afirmar su poder sobre sus “hombres”. Aunque el poder en sentido jurídico termina resumiéndose en la justicia e inversamente todo acto de poder fue imputado a la justicia, fue acto de jurisdicción o de manera mucho más general acto de mando. Quizás –al lado de la significación muy amplia y fuerte que los canonistas asignaron a la “jurisdicción”– estamos frente a uno de los orígenes de la noción extensiva de jurisdicción, que reenvía a la idea de una competencia incontrovertible de las actividades humanas o del saber, ejercido sobre un territorio o en una provincia. En un segundo momento, el rey utilizará plenamente los recursos del derecho feudal, principalmente para ejercer su jurisdicción sobre las demandas de los vasallos. Después, sin renunciar a sus trapacerías, se afirmará como *omnis justitiae fons*, desarrollará un imponente aparato judicial y multiplicará los “casos reales”, en el marco de un discurrir cada vez más claramente real. Sólo de una manera muy lenta la imagen de un rey justiciero se esfumará en beneficio de la de un rey legislador –inacabada– (que pretenderá durante mucho tiempo obrar mas con miras a la reforma que a la creación), y una “administración judicial” –caracterizada por el papel determinante del juez en el cumplimiento de tareas de administración pública– cederá el lugar a una

3. Paul Ourliac, “La puissance de juger: le poids de l’histoire”, en Revista Droits, No. 9, 1989, París, PUF.



“administración ejecutiva” –compuesta de agentes ejecutores no dependientes del juez y no sometidos a formas jurisdiccionales. Las tres grandes funciones clásicas se desprenderán así de una invasora función jurisdiccional primitiva. Ciertamente, la historia no tiene razón (aún entendida como despliegue de la razón). Pero ella nos inicia a la inextinguible sed de justicia que hace del juez el primer personaje de la Ciudad. Nos hace saber que el legislador es más una forma de juez en abstracto que el juez una especie de legislador en concreto.

Quizás eso es lo que durante mucho tiempo ha desconocido menos que nosotros el mundo inglés, aunque, simétricamente, haya ignorado permanentemente las ventajas de la legislación racional. Eso es lo que lo autoriza a admitir, por la vía de la técnica del “precedente”, el papel –que presume de legislador “agudo”– del juez que asocia a ciertos hechos precisos una regla y, por consiguiente, una solución<sup>4</sup>. Es lo que le ha permitido, de otra parte, a pesar de una cierta exaltación de la soberanía parlamentaria, considerar que la ley no puede ser verdaderamente acabada antes de ser aplicada por el juez.

En una perspectiva un poco diferente, se puede comprender el desarrollo del arbitraje interno a la luz de una necesidad primera de justicia. De la misma manera que Hobbes estima que el derecho natural de cada uno a salvar su vida subsiste en el estado social, en los espacios de la efectividad de la fuerza legítima y salvadora, las rigideces de la justicia estatal, que a veces son fuente de una ineficacia tendiente a una denegación de justicia práctica, no hacen sino legitimar una justicia privada cuyo papel contemporáneo es creciente<sup>5</sup>.

4. Ver C. Jauffret, Spinosi, “Comment juge le juge anglais?” en Revista Droits, No. 9, 1989, París, PUF.

5. Ver Ch Jarrosson. “Arbitrage et juridiction”, en Revista Droits, No. 9, 1989, París, PUF.

**“La función de juzgar tiene su lógica y sus exigencias que prohíben reducirla a esa función mecánica de decir la ley”**

Finalmente digamos una palabra sobre las teorías jurídicas –sean ellas más o menos naturalistas o más o menos positivistas– que definen el campo del derecho por la “justiciabilidad” y caracterizan la “juridicidad” por la cualidad de ciertas reglas que permiten que puedan ser objeto de un juicio por un tercero en caso de litigio. Tales teorías tienen el mérito –tanto mayor en la medida en que el juez no reniegue de su oficio– de superar ciertos obstáculos del positivismo estatal<sup>6</sup>. Subrayan sobre todo una forma de “intimidad ontológica entre el juez y el derecho” (J. Verhoeven) y dan a la función jurisdiccional toda su preeminencia. Como lo escribe Charles Leben: “(...) Si un orden jurídico puede existir sin legislador... ni ejecutivo..., no puede existir sin una forma de juez apta para pronunciarse sobre la interpretación de las reglas... y la solución de los litigios”<sup>7</sup>.

### El “misterio de la justicia”

La fórmula es de Carlos V. Está saturada de un sentido perdido. Sin embargo, aún nos pone alertas hoy sobre las dificultades que plantea el conocimiento del oficio del juez.

La función jurisdiccional se limita a decir (juris-dictio) en forma obligatoria (imperium) el derecho. La ejecución de la sentencia pertenece al mundo de la función ejecutiva.

6. Sin embargo no todas, pues, frente a la ausencia de control de la constitucionalidad, tratan de dejar al derecho constitucional por fuera del campo del derecho –mientras que él es, como minimum, derecho auto-interpretado por los actores. Aún cuando tal control existe, pero de manera insuficiente como en Francia, dejan buena parte de la constitución fuera del “derecho”. Si bien en nuestro concepto, el criterio del derecho debería más bien ser investigado en la justiciabilidad virtual: se reputarían jurídicas no solamente las cuestiones que pertenecen a la competencia efectiva de un juez sino también aquellas que no se puede concebir que sean de la órbita de un juez.

7. Ver Ch Leben, “La jurisdiction internationale”, en Revista Droits, No. 9, 1989, París, PUF.



Contrariamente a lo que permitiría pensar una confusión frecuente, que es fruto de una cierta desviación del positivismo, el imperium no se manifiesta en la ejecución, ni siquiera en la fórmula ejecutoria del juicio: es intrínseca a este último siempre y cuando se trate efectivamente de un juicio<sup>8</sup>. Lo que es claro, por el contrario, es que las consecuencias de la obligatoriedad no son las mismas en el seno del sistema estatal que antes o fuera de él. Pero, la sentencia de una jurisdicción internacional es obligatoria aunque el juez no pueda recurrir a un poder coercitivo institucionalizado y, por lo tanto, aunque en cierta medida sus decisiones no tengan fuerza ejecutoria en el sentido admitido de la expresión. Como lo observa Charles Leben, la obligatoriedad es de la esencia de la jurisdicción pero no la realización de la coerción. En síntesis, deben distinguirse cuatro elementos, de los cuales sólo dos caracterizan la jurisdicción: decir el derecho (jurisdictio), la obligatoriedad (imperium), la fuerza ejecutoria y la ejecución. Para aquellos que le asignan un valor especial a la coerción, se debe agregar que conviene no tener de ella una visión demasiado sumaria: su instrumento puede ser concentrado y especializado –lo que de otra parte no comporta necesariamente que juegue siempre ni siempre eficazmente– pero pueden existir mecanismos difusos y complejos de coerción relativamente exitosos.

Es principalmente por esta razón que la asimilación, en otro momento frecuente, de la función jurisdiccional a la función ejecutiva –por estar igualmente subordinadas a la ley– carece de sentido. Esto surgirá en profundidad con los desarrollos posteriores: pero lo que desde ya es evidente es que la dimensión de ejecución material propia de la función ejecutiva es exterior al campo de la función jurisdiccional. Sin embargo, hay que subrayar la permanente oscilación del derecho público francés en esta

---

8. Se observará como el nuevo Código de Procedimiento Civil distinguió lo que debía ser con el mayor rigor doctrinal en lo relativo al arbitramento; de una parte el art. 1476 dispone que “la sentencia arbitral, desde que se pronuncia, tiene autoridad de cosa juzgada (...)”; de otra parte, el art. 1477 dispone que “no es susceptible de ejecución forzada sino en virtud de una decisión de exequatur que emane del tribunal de mayor instancia (...)”. Ver Rials, “arbitrage et reglement amiable”, Encyclopedir Dalloz. Contentieux administratif, t. I, 1983, No. 4 ss.

materia. Michel Verpeaux observa cómo los constituyentes estaban lejos de percibir una distinción entre la “ejecución” –por el “Ejecutivo”– y la “aplicación” –por el “judicial”– de la ley. Pero es que existía un trasfondo político: por razones las mas diversas, sea que en los rangos monárquicos o de derecha hayan querido fortalecer al rey, sea que hayan deseado, mas generalmente, disminuir el Judicial, muchos se negaron a hacer de él un “poder”. En ese momento se manifiestan explosivamente las ambigüedades temibles de esta última noción: ella reenvía ya sea a una cierta independencia orgánica, ya sea a la función ejercida, e impide, por consiguiente, el fino análisis jurídico de las funciones. Al fin de cuentas, sin embargo, la distinción entre la función ejecutiva y la función judicial– una y otra mal comprendidas, de otra parte –triumfa mas bien en 1790, pero en definitiva menos por razones teóricas profundas y más por el propósito de debilitar al rey, quitándole ampliamente la nominación de los jueces y confiándola al electorado. Por otra parte, la doctrina del “administrador-juez” ciertamente fundamentada en una voluntad netamente política, se manifestará en el siglo XIX hasta su abandono completo y definitivo en virtud de la sentencia Cadot del Consejo de Estado en 1889, y persiste la incertidumbre, aún cuando de una manera a un poco diferente y de modo mas circunscrito, sobre el análisis de las funciones estatales, de tal manera que la jurisdicción –al menos administrativa– aparece como bajo el antiguo régimen pero de manera menos coherente y difícilmente menos disociable de la administración<sup>9</sup>.

### **Pero entonces, ¿cuál es el contenido del oficio del juez?**

Durante mucho tiempo, la función jurisdiccional, al menos en el marco de la doctrina administrativista, implícita o explícita, sólo ha sido objeto de una definición material: la jurisdicción consistía simplemente en arreglar litigios o dificultades contenciosas con respecto al derecho.

---

9. Ver J. Chevallier, “Reflexions sur l’ arret Cadot” y O. Gohin, “Qu’ est-ce qu’ une juridiction pour le juge français? en Revista Droits, No. 9, 1989, París, PUF.



Así, en el marco de la doctrina del administrador-juez, el administrador se transformaba en juez, por fuera de toda condición orgánica e inclusive formal, desde el instante en que él disponía sobre los litigios engendrados por su propia acción. La imperfección de tal criterio se manifestaba en la práctica. Pues, de un lado, si una exigencia restrictiva limitaba el campo de lo contencioso –se planteaba que no había contencioso sino cuando un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés era violado–, de otro lado toda decisión unilateral del poder público que afectara los derechos de los administrados se consideraba que abría un contencioso “latente”, lo cual tenía como efecto extender extraordinariamente las competencias de la administración reputadas jurisdiccionales.

Implícitamente la sentencia Cadot, al fin de una evolución regular, al abandonar la doctrina del ministro-juez, renunciaba a esta definición puramente material de la función jurisdiccional. Comprendemos bien su alcance con relación a nuestra cuestión. Ciertamente señala un viraje político, el de una normalización liberal formando una pareja con la sentencia Blanco, quince años mas antigua, acabó de sentar las bases –afirmando a la vez la continuidad y el cambio– de lo que se podía llamar la fórmula francesa de regulación de la administración por el derecho: la sentencia Blanco había confirmado la autonomía del derecho administrativo entendido como cuerpo de reglas exorbitantes con respecto al derecho privado, así como la inmunidad jurisdiccional de la administración frente al juez judicial, salvo excepciones; la sentencia Cadot mantiene esta inmunidad pero restringe definitivamente su alcance afirmando que la administración tiene un juez de derecho común que es el Consejo de Estado –juez específico, ciertamente, juez cuya exterioridad con relación a la administración no es radical, pero en todo caso un tercero respecto de la administración activa. De esta manera, se trata de una etapa

**“Aún  
en las situaciones  
menos  
favorables,  
difícilmente  
se escapa  
a la mediación  
de los conflictos  
por un tercero,  
así sea Dios”**

decisiva en el plano técnico por cuanto abre la vía a la clara diferenciación entre el recurso por exceso de poder y el recurso de casación; en este sentido la sentencia Cadot comporta una enseñanza de otro alcance: demuestra que la posición que define la función jurisdiccional de manera puramente material era insostenible, pues no correspondía al espíritu profundo de ella.

Desde luego, el acento puede desplazarse: el juez no es solamente quien dirime un litigio diciendo el derecho que le es aplicable; debe ser un tercero con relación al litigio. Esto es obvio y es sorprendente que el panorama de las preocupaciones políticas haya ocultado durante tanto tiempo ese rasgo fundamental; pero el mérito de esta larga y parcial ocultación es que permite comprender mejor, por el hecho de la irresistibilidad misma del movimiento doctrinal que condujo a la sentencia Cadot, el carácter primero, esencial, del criterio orgánico de la función jurisdiccional. En otros términos según una distinción perfeccionada por Laferrière, la función jurisdiccional es una función contenciosa –dimensión material– administrada por un tercero de acuerdo con ciertos procedimientos –dimensión orgánica y formal, y es precisamente este segundo elemento el que distingue el contencioso jurisdiccional del contencioso no jurisdiccional.

Esta doble exigencia es original con relación a las otras funciones del estado? Ciertamente no. Sin embargo, la dimensión orgánica y formal de la función jurisdiccional aparece evidentemente como más determinante que la de las demás funciones (si se exceptúan ciertas figuras de la justicia política del tipo impeachment: pero ésta es una justicia?). Así, a pesar de todo lo que se ha podido decir sobre el largo predominio del criterio orgánico en la definición de la función legislativa, ésta fue siempre definida en primer lugar de manera material, como función de expedir normas generales, reglas. Únicamente el Contrato Social liga indisolublemente criterio material y



criterio orgánico, exigiendo que la ley sea un acto del cuerpo del pueblo. Pero el constitucionalismo más difundido, que distribuye la función legislativa entre órganos variados, que bautiza como leyes actos situados en escalones diferentes y adoptados según procedimientos distintos, que inclusive emanan –excepcionalmente– de manera exclusiva del “Ejecutivo”, que define fácilmente los reglamentos como “materialmente legislativos” (con consecuencias en cuanto a su régimen, como ocurre en Alemania), ese constitucionalismo da prioridad a la definición material de la ley, aunque deba constatar que actos que no son materialmente legislativos pueden ser adoptados bajo la forma de la ley, así como otros que sí lo son pueden revestir otra forma.

De esta manera, la noción de función jurisdiccional supone un elemento de definición orgánica –y por lo mismo formal– que es preponderante, aún si el juez no ejerce generalmente sino una función jurisdiccional que se manifiesta por actos jurisdiccionales: el juez –estatal, internacional o árbitro– es un tercero suficientemente independiente y desinteresado –principio de valor constitucional según la decisión del Consejo constitucional del 22 de julio de 1980– cuyo trabajo está rodeado de ciertas garantías, principalmente procedimentales, que pueden no encontrarse todas reunidas pero cuya ausencia completa excluye la calificación de jurisdicción (salvo si, de manera discutible pero felizmente escasa, el legislador desconoce la exigente naturaleza de la jurisdicción en la calificación de un organismo sin que el Consejo Constitucional se ocupe de censurarlo).

Existe un último elemento que la doctrina califica como formal, la “fuerza de verdad legal” vinculada a la decisión jurisdiccional, la “autoridad de cosa juzgada”. Aún cuando la doctrina le asigna un lugar central –y por este hecho, desde un cierto punto de vista la distinción entre la “autoridad de cosa juzgada” y la “autoridad de cosa decidida”, según las fórmulas de Georges Vedel, reviste una gran importancia–, nos parece un anexo a la definición teórica de la función jurisdiccional y, para decirlo tajantemente, estrechamente ligado a la fase legiscentrista, bastante francesa, del ser estatal del derecho. Por ello mismo está desprovisto de exhaustividad de hecho y de

necesidad en derecho. De otra parte, la referencia a la fuerza de la ley, si se explica históricamente por la transparencia del juez siempre postulada, es cuando más analógica e implica sobre todo que el “Ejecutivo” ejecuta las decisiones jurisdiccionales y pone su fuerza al servicio de la justicia. Muy a menudo se agregará que es en razón de que una instancia se llama jurisdiccional, que sus decisiones tiene tal autoridad y no lo contrario. De manera inversa, no hay evidentemente jurisdicción que cuando hay decisión y no consejo o conciliación.

## Decir el derecho

El juez dice el derecho. ¿Pero de qué derecho se trata? Hoy se admite por todos que la *juris-dictio* no podría limitarse a la *legis-dictio*. De una cierta manera, aún los constituyentes eran concientes de ello, porque por temor a ver renacer un “poder judicial”, instauraron mediante la ley de 16-24 de agosto de 1790 un referente legislativo, es decir la posibilidad reconocida a los jueces de proceder a estatuir en caso de dificultad en la aplicación de las leyes, en espera de la solución dada por el propio legislador.

Nos encontramos aquí entre las teorías elementales de interpretación que postulan que no hay ningún lugar para la interpretación cuando un acto es claro –claridad entendida de manera fuertemente amplia por razones procedimentales, bien conocidas de los juristas– y las teorías extremistas. Estas últimas, si no inauguradas al menos llevadas a la incandescencia por Nietzsche, quisieran que el intérprete de una norma en todos los casos la recreara, como conclusión de un acto no de conocimiento sino de voluntad, para retomar la conceptualización kelseniana. Aún los juristas que entienden la interpretación bajo la modalidad exclusiva de un acto de voluntad, permanecen mas acá de las grandes problemáticas de “sospecha” que alimentan tal escepticismo. Ciertamente estas problemáticas (marxismo, nietzscheismo, freudismo, principalmente) han sido fecundas, no por lo que ellas encontraron pues tales desarrollos encontraron siempre lo que buscaban– sino por la renovación del cuestionamiento que ellas autorizaron. Ellas promovieron semánticas unilaterales, de cuya derivación pudo verificar



un desvergonzamiento del pensamiento y que terminó desembocando en la ruina de toda semántica (ese fue el “pensamiento 68” demolido con fuerza por Luc Ferry y Alain Renaut). Esas problemáticas han sido representadas entre los juristas y de manera particularmente brillante y tropical por Michel Troper, cuyo rechazo del sentido y la exclusión de toda recolección hermenéutica hacen evocar la “diseminación” derridiana, aunque probablemente no

hacen sino radicalizar un kelsenianismo que de entrada, debe quizás tanto a un baño de “escepticismo vienés” 1900 (Ph. Raynaud) como al neo-kantismo que ordinariamente se le atribuye. Se podría objetar humorísticamente a los autores de este vaivén, que ellos no creen verdaderamente lo que dicen, porque escriben (o enseñan) y postulan de tal manera que sus lectores (u oyentes) los comprendan al menos en cierta medida. Sin hablar de aquellos que plantean que el juez recrea forzosamente la ley que se trata de interpretar, pero no se interroga sobre la validez de su actividad doctrinaria de comentaristas de sentencias... Mas profundamente, no parece que el alcance de los conceptos de la corriente hermeneútica –ciertamente diversificada– sea de tal naturaleza que conduzca por las vías de un nihilismo epistemológico como ese. ¿Qué nos dicen esas tendencias sobre las condiciones de posibilidad de la comprensión? Que es necesario cuidarse de la pérdida del sentido (pero también del enriquecimiento), rechazar la creencia elemental y espontánea en una limitación demasiado simple del campo semántico, tomar la medida de la inmersión temporal y espacial de la interpretación, de la “historicidad de la comprensión” como lo dice Gadamer en Verdad y método, rehabilitar el intérprete por la inteligencia del “círculo hermeneútico”, aprehender, en el seno del trabajo del intérprete, el juego de la anticipación del sentido, de la pre-comprensión bien subrayada por Heidegger, etc. Pero nada de eso encierra definitivamente, sino todo lo contrario, al intérprete en una subjetividad irreductible. La prueba de ello es –verificación

***“Evidente  
es que la  
dimensión  
de ejecución material  
propia  
de la función  
ejecutiva es exterior  
al campo de la función  
jurisdiccional”***

de hecho– que las preconcepciones inapropiadas de los intérpretes se revelan inconsistentes en la medida en que ellos progresan y que las pretendidas mónadas llegan a menudo a un acuerdo. La –relativamente libre investigación jurídica– primera fase que se podría llamar “eurística” según Jan Greish debe probarse en el curso de una segunda fase propiamente hermenéutica que está dominada por una lógica de la validación. La verdadera

cuestión hermenéutica es, por lo tanto, probablemente menos la de la relatividad del sentido que la de las vías del acuerdo sobre el sentido. La única dificultad persistente, que dio lugar a tantos debates con ocasión de la nominación abortada del juez Bork a la Corte Suprema hace poco, es la de saber si la interpretación debe tomar como objeto, en el marco de una especie de fundamentalismo textual, la intención originaria (original intention) del legislador, lo que quiso decir, o si más bien se debe admitir la autonomía semántica de los textos. Este debate profundo en la hermenéutica<sup>10</sup> es claro que no solamente interesa al derecho. En lo que concierne a los juristas, forzoso es verificar que sólo marginalmente reviste real intensidad. Numerosos textos, por su naturaleza técnica e instrumental, a duras penas suscitan discusiones de esta clase. Muchos otros, en cuanto ponen en juego “valores”, invitan a lo contrario, tanto más si son antiguos. En la práctica, los jueces, sin confesarlo, se pronuncian en favor de una cierta autonomía semántica. Aún esta última expresión es en nuestro concepto discutible: hay menos autonomía –con lo que ello parece comportar de riesgoso– que despliegue, desdoblamiento y quizás descubrimiento de algo más originario que no podría darse sino al final, que no se conocerá verdaderamente sino desde el punto de vista de la historia terminada y del cual el texto sólo ha mostrado un florecimiento, según una economía de

10. E.D. Hirsch, en Validity in Interpretation (1971).



relaciones muy emparentada con la de la Escritura, de la Tradición (en el sentido católico) y de Dios. De otra parte, se plantea cómo se podrían comportar diferentemente los juristas cuando, para los grandes textos de alcance muy general, la intención originaria de los autores puede no haber sido unívoca, como lo acabamos de demostrar respecto de la declaración de 1789<sup>11</sup>. (suponiendo que se juzga esa intención como exclusiva, es decir que se desvaloriza la intención o al menos la dimensión parcialmente declaratoria en beneficio de la voluntad. La univocidad de tales textos sólo sería el resultado de su recepción por el juez, lo cual de otra parte no remite de ninguna manera a la arbitrariedad, como lo vamos a volver a apreciar con Dworkin. Para decirlo abiertamente, en relación con los derechos del hombre, la cuestión no se ha verdaderamente planteado en Francia, porque el preámbulo de 1958 afirmó legítimamente con respecto al despliegue del espíritu humano su historicidad (que para nosotros de ninguna manera es negación de su universalidad dinámica), refiriéndose a “la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946”. De otra parte, esta historicidad se ha reforzado con la noción de “Principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. Ella se expande aún inevitablemente, debido al hecho de la preeminencia reconocida a la ley por la Declaración, así como por la mencionada inteligencia de los principios fundamentales, en la explícita consideración hecha por el Consejo Constitucional de la desviación de nuestros valores fundamentales debido a una larga acción legislativa (y del movimiento de las costumbres) que, en cuanto es compatible con ellos, no puede descartarse ligeramente, pues señala de manera bastante cierta (o al menos muy frecuente) más una profundización que una deformación: así, en su decisión del 16 de enero de 1982 sobre las nacionalizaciones, después de haber planteado que el preámbulo de 1946 “tiene (tendía) únicamente a completar” la Declaración, el Consejo tuvo en consideración el hecho de que “con posterioridad a 1789 y hasta

nuestros días, las finalidades y las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad sufrieron una evolución caracterizada a la vez por una notable extensión de su campo de aplicación a ciertas áreas individuales nuevas y por limitaciones exigidas por el interés general (...)”.

Independientemente de lo que sea, en el punto en el cual se encuentra la reflexión hermenéutica, muchas elaboraciones se vuelven posibles y rompen quizás menos de lo que se podría creer, con ciertos grandes debates muy antiguos, así los profundicen y los renueven, trátase de la rehabilitación burkiana del prejuicio planteada por Gadamer o, para tomar una crítica de las concepciones finalmente tradicionalistas, de la importante elaboración de una ética comunicacional hecha por Habermas. En todos los casos, los representantes de la corriente hermenéutica parecen poder suscribir, al final de diversos desvíos, una convicción según la cual la mayoría de los juristas –jueces, prácticos o doctores– adhieren simultáneamente con el movimiento de su propio trabajo: Es posible, en cierta medida –variable según las configuraciones normativas– y a menudo con una determinada certeza, conocer lo que se dice en lo que se ha dicho. Y, en lo que aquí nos concierne, los jueces no son necesariamente esquizofrénicos: se mueven –como mínimo– en un espacio de intersubjetividad, de interacción especular, en el cual el debate judicial, el proceso contradictorio, tiene la vocación de abrirlos, inclinándolos a relativizar lo que sus preconcepciones podrían tener de demasiado subjetivo o inclusive de demasiado corporativo (si no existiera ese riesgo, una colegiatura amplia constituiría una garantía suficiente de apertura). Es cierto que todo ello no ocurre sin fallas, pero apenas puede verse cómo, con retardos, la acción de la doctrina, a veces de la opinión, y dado el caso del legislador, no suscitarían los ajustes ineluctables.

En la aplicación de un acto, el aspecto relativo al conocimiento casi inmediato de la significación de ese acto, de un trabajo interpretativo más exigente y de manera residual de lo que llamaremos brevemente “aporte de significación”, varían considerablemente según los casos. Entendamos bien la cuestión: Si interpretar un acto –judicialmente o no– es determinar la

11. Ver Rials, *La declaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, Pluriel, 1988.



significación de sus proposiciones, tal operación intelectual implica siempre un cierto trabajo. Como mínimo, la interpretación de una proposición supone el conocimiento del vocabulario –eventualmente específico– y de la gramática. Muy a menudo –sin duda siempre, pues la interpretación, como lo dice Ricoeur “está en la bisagra de lo lingüístico y de lo no-lingüístico, del lenguaje y de la experiencia vivida” –implica más: inteligencia del contexto, de la “finalidad” de la proposición (ratio legis: razón por la cual fue redactada), de su “espíritu” (sententia legis) por oposición a su “letra” (verba legis): así, si un reglamento prohíbe el acceso de vehículos a un parque, el guardian encargado de aplicarlo no prohibirá sin embargo que una ambulancia vaya a atender a la víctima de un accidente! Aun cuando el trabajo interpretativo es aún más amplio –proposiciones mal redactadas, hasta antinómicas– no se libera de todos los procedimientos: los tópicos, el juego de argumentos recibidos por la comunidad permite entonces muy a menudo –ciertamente no siempre– progresar dialecticamente hacia una solución cierta. En síntesis, es posible *para los actores del juego jurídico* y dado el caso para el juez, atribuir a un número no despreciable de proposiciones jurídicas un sentido casi indudable, respetando los cánones de la interpretación jurídica cuyos lineamientos, ya ampliamente explorados por Aristóteles, fueron revivificados por la “nueva retórica” de Perelman (ciertamente, es ta canónica no escapa en sí misma al trabajo de la interpretación, pero sin riesgo verdadero, en la práctica de los juristas, a una regresión al infinito). La adecuación de esta canónica impide a los juristas arrojar el bebé con el agua de la bañera, suscita su confianza en una posible epistemología de la interpretación y los detiene en la cuesta de la separación de la verdad y el método. Los empuja a rechazar la desvalorización del método en beneficio de una pura ontología de la comprensión de tipo heideggeriano, que hace del comprender no un modo del

**“La noción  
de función  
jurisdiccional  
supone un elemento  
de definición  
orgánica  
–y por lo mismo  
formal–  
que es preponderante”**

conocimiento sino un modo de ser, y que anima en amplia medida el discurrir gadameriano<sup>12</sup>.

En realidad, en el seno de una gama de posibilidades, no está prohibido realizar una modelización mas o menos fina. Sumariamente se pueden distinguir cinco grandes figuras: 1. A veces la interpretación de un acto abre inmediatamente la vía al alumbramiento de una significación única; 2. A veces parece abrir la vía a la determinación de varias

significaciones pero dentro de cierto número; 3. A veces parece abrir –fórmula multívoca que no excluye una bastante amplia univocidad– la vía a un número infinito de significaciones, pero inscritas en el seno de un esquema; 4. A veces la significación de la proposición no es indeterminada sino indeterminable<sup>13</sup>; 5. Finalmente, a veces no hay proposición identificable en el corpus de las reglas (la figura llamada “laguna” del derecho y que sería mejor llamar laguna de la reglamentación). La verdadera cuestión no existe sino en las hipótesis simplificadas dos, tres y cinco. En efecto, la indeterminabilidad explícita –si nos atrevemos a llamarla así– de la regla apunta generalmente a abrir la vía a un poder discrecional, a una pura apreciación por su destinatario, sin control posible por un juez al menos para una amplísima discrecionabilidad (ejemplo: Si y, entonces el agente x podrá z). Únicamente en las hipótesis 2 3 y 5 se plantea la cuestión relativa al conocimiento de un eventual derecho no activo –no sancionado por un acto– y de la pura manifestación de voluntad.

12. Ver el reclamo de P. Ricoeur por “un camino más desviado y más laborioso” en *Le confli des interprétations. Essais d' hermeneutique*, Seuil, 1987.

13. Sobre la distinción de la indeterminación y la indeterminabilidad, punto que nos separa netamente de los post-kelsenianos y sobre el cual no hemos cambiado mucho después de nuestra tesis, ver lo siguiente: *Le juge administratif et la technique du standar. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*. LGDJ, 1980.



El mérito de Dworkin es a este respecto considerable –quizás menos intrínsecamente que por el eco inmenso que ha encontrado– aún cuando si, por rechazo de la “metafísica”, deja abierta la cuestión sobre los fundamentos filosóficos de su discurrir<sup>14</sup>. Estimando que, bajo el silencio –total o parcial– de la ley, el juez que da una solución a un litigio no goza, aún en los “casos difíciles” de un poder discrecional, sino que descubre en el estado del derecho una “buena respuesta” que el mismo no ha creado arbitrariamente, no hace sino vivificar el principio de la regla de derecho. Al hacer esto, se enfrenta sin embargo a concepciones durante mucho tiempo dominantes más allá del Atlántico –las del “realismo”, según las cuales el juez, tenga o no un texto, crea el derecho que aplica. Conocida hoy en Europa, esa manera de proceder contradice frontalmente el positivismo más habitualmente admitido. Aún en sus versiones moderadas–la de Hart por ejemplo– éste considera que el juez decide discrecionalmente en caso de ausencia de ley (o del precedente en los sistemas del Common law)<sup>15</sup>. Contra la versión más elemental (y la más difundida) del positivismo, Dworkin repite los argumentos del escepticismo hermenéutico: el juez que interpreta un texto no debe –exactamente como ocurre frente a la ausencia completa de texto– para esclarecerlo apelar únicamente a un saber recibido sino al espíritu del derecho en su conjunto?

Se puede sin embargo, llegar con Dworkin hasta estimar que todo litigio sin excepción comporta una “buena respuesta” y sólo una? Con satisfacción se podrá adherir a esta tesis, dado el lugar importante que tienen los “principios” en su pensamiento. Al lado y más allá de las reglas legislativas, esos principios forman una red no formalizada que sirve de base a esas reglas. En cuanto se refiere a la regla de reconocimiento de esos principios, Dworkin considera –lo cual es un buen método dado que su objetivo es evitar un desvío hacia un jusnaturalismo

afirmado– que deben tenerse en cuenta los principios que son fundamento de varias reglas, o que pertenecen al corpus doctrinal del conjunto que sostiene la legislación y que forma de esa manera su osatura, es decir la textura histórica del derecho positivo en vigor entendido como unidad.

Queda por plantear que pueden existir contradicciones de principios y que la inscripción del corpus legislativo en el tiempo, el carácter pleorético y a menudo puramente instrumental de nuestras legislaciones, o más recientemente por el impacto de las nuevas tecnologías que parecen multiplicarlas, impidan de esa manera la sistematicidad inmanente del derecho, cuyo desvelamiento Dworkin cree posible al término de cierto trabajo que pondría en evidencia, sin verdadera dificultad, los eventuales “errores” del corpus de reglas –es sorprendente que Dworkin se preocupe tan poco de las antinomias y que incurra en un optimismo tan elemental–. La calificación de su doctrina ha sido objeto de numerosos debates. Oscila entre un jusnaturalismo sociológico e historicista escondido y un meta-positivismo no formalista. En otra dimensión, la obra de este “liberal” en el sentido americano, a pesar de él, aparece dominada por una lógica conservadora: De un lado, cómo valorizar el derecho como un todo histórico y autorizar al juez para limpiar los “errores” de los principios –desde luego apreciados no razonablemente sino de manera puramente estadística– sin de otro lado impedir las tendencias innovadoras en el derecho (o al menos en su despliegue)?

Independientemente de todo, en nuestro criterio hay un obstáculo en el reenvío a un sistema metapositivo, con el cual la cuasi-totalidad de reglas positivas podrían ser suficientemente compatibles, para que ese sistema siga siendo sistema pero permaneciendo estrictamente metapositivo. Difícilmente se ve cómo se puede eludir, en ciertos límites, el recurso a un sistema meta-meta-positivo, dotado de una cierta trascendencia, aunque sea concebido historicamente, que fundamenta la crítica de la imperfecta sistematicidad del ordenamiento positivo. Pero Dworkin rechaza esa inversión ontológica y permanece lacónico sobre la noción de persona dotada de derechos preexistentes y que tiene derecho a la misma

14. Ver M. Michaut, “La bonne réponse no es sino una ilusión?”, en *Revista Droits*, No. 9, 1989, París, PUF.

15. Ver sobre estas cuestiones el punto de vista matizado de V. Bouvier, “La notion de juridiction constitutionnelle”, en *Revista Droits*, No. 9, 1989, París, PUF.



consideración y al mismo respecto que cualquiera otra noción que se encuentre en el corazón mismo de su pensamiento. Este pensamiento, prestado a la filosofía analítica americana, no es radicalmente diferente del de algunos representantes de la corriente hermenéutica, pero que se distingue de ella en el conjunto por lo que se llamaría fácilmente una forma de agnosticismo ontológico teñido de utilitarismo. Dworkin piensa, sin duda, que el juez supera las contradicciones de los principios haciéndose sociólogo de las mentalidades de su tiempo, lo cual nuestras democracias complejas, que dudan de la exclusividad de la representación, pueden por sobre todo admitir como una forma del estadio superior de la democracia. Pero eso corre el riesgo de no ser suficiente. La superación de las dificultades encontradas podría resultar solamente una cierta rehabilitación de la razón y una visión dinámica-historicista- de la historicidad, que autoriza al juez y a la doctrina a ascender menos y a pensar más en la historia en una posición compleja que sea a la vez de interioridad existencial y de exterioridad reflexiva y ascética con relación al “mundo de la vida”, tan lejos del corte sujeto/objeto como de la inmersión en el “círculo hermenéutico”. Probablemente sólo de esta manera, reencontrando el diseño del proyecto, el juez estaría en capacidad de cortar teleológicamente la mayor parte de las contradicciones sin abandonarse a su subjetividad.

Con satisfacción se suscribirá el sentimiento de Dworkin según el cual las dudas de los jueces y sus contradicciones sobre la “buena respuesta” –manifestadas principalmente en ciertos países, como los Estados Unidos, por la práctica de las opiniones concurrentes y disidentes– no invalidan su problemática. No hay allí sino una consecuencia de la finitud humana, y las dificultades epistemológicas del conocimiento de la buena respuesta de ninguna manera implican, desde un punto de vista

***“Quisieran  
que el intérprete  
de una norma  
en todos los casos  
la recreara, como  
conclusión  
de un acto  
no de conocimiento  
sino de  
voluntad”***

ontológico, que ella no exista. Sin embargo, se deberá admitir que el difícil conocimiento de la “buena respuesta”, que resulta de la accesibilidad a veces incómoda a los principios, hace poner en peligro la exaltación del papel del juez y permite valorizar comparativamente el papel del legislador, aunque sea también dudoso, pero que al fin y al cabo está dotado de una legitimidad democrática, que aunque a menudo imperfecta no por ella es menos superior.

Pero, hay quizás algo aún más grave. Las contradicciones en los principios del sistema meta-positivo no son, quizás, sólo el fruto de las malas acciones humanas. No se puede excluir que ellas reflejan irreductibles tensiones, no contradicciones, del sistema meta-meta-positivo, al menos tal y como puede ser accesible en el mundo sublunar (pues se puede suponer que estas contradicciones se armonizan en una unidad superior desde el punto de vista de Dios). En este caso, existiría un gran riesgo de que el conflicto de las ontologías jurídicas permanezca irreductible. Eso no conduciría a decir que el juez es libre de decidir arbitrariamente en tales casos, que no serían cuantitativamente numerosos pero que se puede pensar que podrían revestir una particular intensidad: pero, esta vez nos veríamos confrontados ya sea a la necesidad de admitir una intuición concreta de lo justo (es la equidad) –a lo cual nosotros adheriríamos con gusto, reconociendo al mismo tiempo que, por estar fundada en la experiencia del trabajo del juez, tal posición sólo sería ontológicamente legítima–, ya sea una clave política de la justicia en una sociedad dada, que secretaría por muchos canales –el legislador, los jueces, ciertos prácticos– un derecho no homogéneo pero que tiende a largo plazo a una homogeneización por ajustes sucesivos, y a la dispersión por el hecho de las incesantes iniciativas innovadoras. En el marco de esta última figura, el alumbramiento del derecho se abandonaría a la ingeniería



prudencial –no únicamente jurisprudencial– de los procedimientos. Dworkin habría tenido razón en refutar una visión simplista de la libre creación normativa por el juez, pero él se habría ilusionado pensando que ese juez podía ser neutro, que una cierta neutralidad podría brotar en un momento dado, de manera puramente inmanente, en ese todo, inasible, del derecho.

Bajo el resplandor de lo precedente, es posible hacer una relectura de los artículos 4o. y 5o. del Código Civil. El artículo 4o. consagra la obligación para los jueces, bajo la pena de denegación de justicia, de juzgar en los casos de silencio, oscuridad o insuficiencia de los textos. Por lo que respecta al artículo 5o., prohíbe a los mismos jueces “prunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre los asuntos que le son sometidos”. Numerosos autores han interpretado –extrañamente– estos artículos combinados, como si supusieran que el juez emite juicios sin normas que sirvan de fundamento figura que es lógicamente imposible: no puede haber juicio sin norma previa que permita la evaluación de los hechos de la especie y su calificación. Es posible, por el contrario, encontrar la verdad última de estos dos artículos en el discurso de presentación del Código de Portalis:” (...) a falta de textos (...) una costumbre antigua, constante, bien establecida, una sucesión no interrumpida de decisiones semejantes, una opinión o una máxima admitida pueden obrar como ley”; y sobre todo: “Cuando no está dirigido por nada de lo establecido (...) se remonta a los principios del derecho natural. Pues si la previsión de los legisladores es limitada, la naturaleza es infinita”. Poco importa que se adhiera o no a la idea del derecho natural, y en caso positivo que se adhiera a un determinado jusnaturalismo o a otro. Observemos simplemente que frente a la ausencia del acto pertinente, Portalis invitaba al juez a descubrir las normas no activas– o más bien: No “actuadas” –y no a ejercer sea un poder normativo, sea un poder discrecional, que desde luego, se ha dicho, si no pudieran definitivamente suprimir, deberían asignar a un lugar mucho más reducido del que a menudo se les otorga hoy<sup>16</sup>.

16. Ver B. Beignier, “Les arrêts de règlement”, en Revista Droits, No. 9, 1989, París, PUF.

Cuál debe ser la medida, es decir: cuál es la parte que corresponde a los “aportes de significación” verdaderamente efectuados por el juez en los vacíos de lo que ciertos constituyentes llamaban un “poder declarativo”? En lo que se refiere a su poder discrecional, se expresa por ejemplo cuando la ley abre una simple facultad (como en el marco de los recursos de ejecución de las decisiones administrativas), o cuando, en el contexto de ciertos procedimientos, especialmente de urgencia, se comporta a la manera de un administrador (por ejemplo, el contencioso de los establecimientos peligrosos o el de los edificios que amenazan ruina). Debido al vasto movimiento tendiente a la individualización del derecho inaugurado por Saleilles, el poder discrecional del juez penal es de lejos el más desarrollado. En lo que se refiere al poder normativo, lo que precede nos permite considerar que sólo se manifiesta cuando la interpretación de los actos y del derecho no “activo” no permite dar a luz una proposición normativa susceptible de constituir la premisa mayor del juicio y que es, por consiguiente, necesario generar tal proposición (sin la cual no hay laguna del derecho sino exclusión del derecho). Este caso no es ni raro ni frecuente. El ejercicio de una función legislativa por el juez se revela generalmente como muy estrechamente subordinada por la exigencia de compatibilidad entre lo que él crea y lo que descubre. Eso es principalmente así cuando procede –de manera no necesaria pero más o menos indispensable en vista de la seguridad del derecho– a la cuantificación estable de un “standard”. Haciendo consistir, por ejemplo, la falta de mantenimiento de la vía pública en un margen de 5 cm, el juez administrativo ha procedido así por un acto de voluntad –sustituyendo en adelante una relación de conformidad por una relación de compatibilidad; bien habría podido optar por 4 o por 6 cms; por el contrario, la construcción pretoriana general en virtud de la cual se ha dibujado la economía de la responsabilidad pública en este campo, se fundamenta en coerciones que difícilmente se podrían dejar de lado de manera durable en nuestra civilización jurídica (siendo la más importante la imposibilidad práctica para el usuario de las vías de demostrar una falta de la administración), y la elección de una cuantificación, libre en su última determinación, no lo era verdaderamente en cuanto a su



tamaño (no es posible imaginar que la deficiencia pueda comenzar en un 1 cm o más allá de los 20 cms....) Se podrían multiplicar los ejemplos de este tipo<sup>17</sup>. Todos demostrarían que una vez agotada la significación de la norma –actuada o no actuada–, puede permanecer inaplicable sin la promulgación de una norma complementaria, propiamente legislativa, por el juez. Este rasgo no es desdeñable, pero no autoriza decididamente a considerar que la parte que corresponde a la legislación es más importante que la de la jurisdicción en el oficio del juez, aún si este último no se limita a una pura y simple jurisdicción.

Finalmente, y el Antiguo Testamento no cesa de insistir sobre ello cuando trata de la Justicia de los hombres- es en el “reconocimiento de la naturaleza del caso particular en su individualidad inmediata, que no contiene por sí ninguna decisión jurídica”<sup>18</sup>, en breve en la interpretación de los hechos –en todas las fases hasta la de la reparación–, más que en la interpretación del derecho, donde yace la gran dificultad del trabajo del juez. Aún cuando no se suscriba en todos sus aspectos la problemática de Santo Tomás, según la cual si se puede conocer lo general, la forma, los universales y a partir de allí las reglas jurídicas generales, se conoce mucho más difícilmente lo particular, la materia, el objeto singular y el caso específico, es claro que la parte más incierta del trabajo jurisdiccional es la que tiene que ver con los hechos.

## Objetividad y subjetividad en el contencioso

En esta materia hay una cuestión que ha interesado mucho a la doctrina, principalmente administrativista, pero que apenas logra ya retener la atención, cuando de otra

***“La verdadera cuestión hermenéutica es, por lo tanto, probablemente menos la de la relatividad del sentido que la de las vías del acuerdo sobre el sentido”***

parte el contencioso constitucional comparado la renueva o al menos le dá una gran actualidad. Recordemos que la distinción, cara a la Escuela de Burdeos, entre el contencioso objetivo y el contencioso subjetivo se fundamenta en la distinción –clásica aunque con reservas– entre “derecho objetivo” y “derecho subjetivo”. Sumariamente, y sin hacer referencia a una precisa jurisprudencia, el contencioso objetivo sería la vía del mantenimiento del derecho objetivo que opera como un proceso a un

acto en interés del ordenamiento jurídico, ignoraría la existencia de “partes”, en el sentido más estricto del término, en desarrollo de él el juez ejerce importantes prerrogativas para conducir el proceso (procedimiento inquisitivo), pero ve sus opciones reducidas, en lo esencial, a la anulación o al mantenimiento del acto controvertido, aunque su decisión reviste la autoridad absoluta de la cosa juzgada. El contencioso subjetivo por su parte tiende a la satisfacción de un interés individual, a la reparación de la violación de un derecho subjetivo (noción entendida de manera amplia): es el proceso hecho a una persona (que se defiende) por otra (que la demanda); el desarrollo del proceso está en manos de las “partes” (procedimiento acusatorio), pero a contrapelo el juez verá su grado de acción ampliado a fin de asegurar la reparación, aunque su decisión no revestirá sino la autoridad relativa de la cosa juzgada. En verdad, desde que se regresa a la jurisprudencia, hay que bemolizar una modelización que fue primero doctrinaria, ciertamente útil, pero que no debiera imponerse al juez cuando entraba el buen ejercicio de su oficio. Ahora bien, desde este punto de vista, un estudio comparativo<sup>19</sup> muestra que si se quiere conservar ese vocabulario, los contenciosos “objetivos” tienen

17. Rials, op. cit p. 379 ss.

18. Hegel, Principios de la Filosofía del Derecho, ss 225 y 227.

19. Ver S Rials, Justice constitutionnelle et droits fondamentaux, PUF, coll “Politique d’aujourd’hui”.



tendencia a “subjektivizarse”. En Francia, la demostración podría hacerse a propósito del recurso por exceso de poder ante la jurisdicción administrativa, como de la evolución de las prácticas procesales del Consejo Constitucional –demasiado tímida y entrabada por diversos factores, entre los cuales el menor no es el de la rigidez de los términos, que impide el despliegue de la acusación, forzándola a moverse de manera semiclandestina–. El oficio del juez, para poderse cumplir eficazmente y con el máximo de garantías, relativas principalmente a la obtención del sentido, implica que éste no se ate a la dimensión del “litigio”, que resucite las “partes”, allí mismo donde se ha creído que se puede legítimamente olvidarlas; que medite el propósito de Hegel: “Frente a los tribunales, el derecho tiene el carácter de deber ser demostrado”<sup>20</sup>. Inversamente, el estudio de ciertas jurisdicciones constitucionales extranjeras testimonia los inconvenientes –en relación con la filosofía inevitablemente “objetivista” del derecho público– de la subjektivización excesiva de los diversos contenciosos: no es sorprendente de esta manera ver a la corte de Karlsruhe, en el marco de ciertos litigios que interesan a la constitución, dejar a las partes delimitar el objeto del litigio y admitir el desistimiento que les permite interrumpir el proceso constitucional, y no podría considerar que el contencioso constitucional, siempre que suponga limpieza del ordenamiento jurídico, debería desembocar sobre decisiones dotadas de la autoridad de cosa juzgada absoluta?<sup>21</sup>.

***“Es posible para los actores del juego jurídico y dado el caso para el juez, atribuir a un número no despreciable de proposiciones jurídicas un sentido casi indudable, respetando los cánones de la interpretación jurídica”***

## Justicia y paz

En un artículo estimulante, que renueva las variaciones clásicas sobre Atenas y Jerusalem, Raphael Draï ha observado que la palabra Estado reenvía a lo que es, mientras que la palabra con la cual se traduce habitualmente en hebreo Medina tiene un sentido completamente distinto<sup>22</sup>. Ciertamente, se puede agregar que el Estado, en su trabajo semántico, se encuentra asociado al derecho y que el Status es simultáneamente el Estado y su constitución jurídica, en un mismo movimiento. No se puede decir menos en relación con el sentido de la palabra Medina, que es

bastante diferente y portadora de una dinámica que en vano se buscaría en la palabra Estado. DIN es la justicia y MEDIN lo que cumple la justicia en todos los campos. Se podría añadir que en la Biblia –aunque con matices– los Reyes no son sino algo de lo peor –que certifican la normalización de Israel sobre el modelo de los gentiles (primer libro de Samuel, 8), –mientras que los Jueces no eran ciertamente jueces en el sentido que nosotros les otorgamos y que su comportamiento fue a menudo crítico también; pero el Antiguo Testamento está pleno de referencias que afirman el carácter fundamental de la institución de los jueces en su sentido verdadero (ver por ejemplo Deuteronomio, I, 17) y multiplica las indicaciones procedimentales<sup>23</sup>. Así, del lado del Estado, es el statu quo –expresión reveladora– la que se encuentra valorizada, la paz como estado, entendida bajo un modo conservador y generador de inmovilismo– y es tanto así que cuando nace

20. op cit p. 222.

21. Ver C. Grewe, “Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la cour Karlsruhe”, en Revista Droits, No. 9, 1989, París, PUF.

22. R. Draï, “Polis et Medina. Notes sur la problématique dan la pensée juive”, Les études philosophiques, 1984, p. 233 ss.

23. Ver J Goldstain, Les valeurs de la Loi. La Thora, lumière sur la route, Beauchesne, 1980, p. 227.



la noción moderna de Estado interfiere con las de los "estados" del reino; de otro lado, es un movimiento incesante hacia la justicia el que será llamado con el nombre de Medina, a partir de una paz formal pero en beneficio de una paz verdadera<sup>24</sup>.

La jurisdicción no podría evitar en el largo plazo la asociación entre paz y justicia. Ella ha podido por momentos privilegiar explícitamente en sus juicios más la primera que la segunda. No se limitará a plantear –aunque sea evidente– que la paz es una condición de la efectividad de la justicia (así como la justicia es la mejor garantía de la paz). Pues así como lo observa Paul Ourliac, la finalidad de pacificación –en beneficio del poder señorial, por ejemplo– a veces ha llegado hasta a eclipsar ampliamente la finalidad propiamente justiciera.

Se observará simplemente que la jurisdicción asocia dos finalidades que no se entrecruzan pero que sí se condicionan ampliamente. Hay allí reflexiones que inician a la función no solamente jurisdiccional sino también a la función reguladora del oficio del juez y puede ser una de

las vías que permitan superar los conflictos ontológicos sobre los cuales puede desembocar, en último término, la función de decir el derecho. La finalidad reguladora se toma especialmente en consideración por los jueces anglosajones que impulsan muy lejos –mucho menos bajo el modo de la voluntad de pacificación estática que sobre la dinámica utilitaria de la eficacia (y allí el zapato puede apretar...) –la preocupación por las consecuencias extra-jurídicas, propiamente sociales de sus soluciones (consequentialism), lo que explica ciertamente el eco que han encontrado en la doctrina conocida bajo el nombre de "análisis económico del derecho"<sup>25</sup>. Pero esta dimensión puede ser tan importante como se quiera en los hechos, pero sigue siendo exterior al campo de reflexión propiamente jurídico. Pertenece a un punto de vista óptico –con el cual no podemos satisfacernos y cuya crítica debe permanentemente estar asegurada por la exigencia ontológica– o, si se quiere, a la sociología funcionalista de las instituciones jurídicas más que a los desarrollos propios de los juristas<sup>26</sup>.

---

24. Sin embargo, una cuestión se plantea: J. Goldstain, op. cit. p. 232, observa que DIN es la justicia rigurosa, Hesed la justicia indulgente y que los dos aspectos se subsumen en la palabra Tzedek, que significa propiamente hablando justicia; el Estado sería así dispensador de la justicia bajo el modo del rigor, lo cual debilita quizás la demostración de R. Draï.

---

25. Ver F. Seurot, "La théorie économique de la responsabilité et le positivisme juridique, en revista Droits No. 4, 1986.

26. Para una ilustración de estos desarrollos (bajo la modalidad descriptiva), F. Ost, "Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice", en Ph Gérard, M Van de Kerchove et F Ost (dir), Fonction de Juge et pouvoir judiciaire, Transformations et déplacements, Bruxelles, Pub de Fac Univ Saint Louis, 1983.