

NOTA ACERCA DE UN LIBRO SOBRE LA FUNCION JUDICIAL

por el Dr. Tomás A. Catapano Copia

I — FILOSOFIA DE LA FUNCION JUDICIAL

En mayo de 1979 se realizó el “Primer Curso de Actualización para Magistrados”, por iniciativa de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Se desarrolló así un ciclo de cinco conferencias sobre el tema general de la función judicial.

En especial se trataron: “Filosofía de la Función Judicial” por el Dr. Bernardino Montejano (h); “La Lógica Judicial” a cargo del Dr. Carlos Ignacio Massini; “Ética de la Magistratura Judicial” sobre la que disertó el Dr. Rodolfo Luis Vigo (h); “Sociología de la Función Judicial” por el Dr. Julio Soler Miralles y “La Función Jurisdiccional en las concepciones clásica, moderna y contemporánea” expuesta por el Dr. Alejandro Guzmán Brito.

El éxito alcanzado por el curso, la repercusión que tuvo en el foro mendocino y la trascendencia de la temática considerada, llevó al Alto Tribunal de Mendoza a gestionar la publicación del texto de las conferencias en un único volumen, prologado por el Dr. Abelardo F. Rossi, bajo el título: “La Función Judicial”.

En “Filosofía de la Función Judicial”, su autor ilustra que la función judicial necesita de una filosofía, porque la determinación y discernimiento de los fines de aquella caen dentro del ámbito de la filosofía, correspondiendo a la filosofía del derecho iluminar el tema.

Plantea la cuestión en la antigüedad, mostrando la personificación que del juez presenta Aristóteles en su *Ética* a Nicómaco y la tarea que para llevar a la práctica la justicia desempeñaron los romanos.

Asume las acepciones del derecho y la función judicial, partiendo del primer analogado en el concepto de derecho; “La res iusta”.

Fijado ello, analiza el juez en su relación con la ley y con la separación de poderes propugnada por Locke y Montesquieu, criticando la dogmática receta que brindan y señalando la relatividad del principio, para pasar a demostrar como aquella “Justicia viviente” de Aristóteles se transforma en un “Ser Inanimado” en el pensamiento ilustrado y revolucionario.

Trata, seguidamente, el racionalismo de la escuela de la exégesis, según el que la función del juez se agota en la deducción al modo geométrico o matemático a partir de las premisas dadas por la ley, indicando el error que significa perseguir una seguridad imposible, al olvidar la naturaleza de la realidad jurídica.

Aborda el voluntarismo de Hans Kelsen, conforme al cual la función judicial es al propio tiempo creación y aplicación del derecho dentro de un marco establecido por las normas superiores, acotando el desconocimiento en que incurre acerca de la elaboración clásica sobre la razón práctica y de su relación con la voluntad.

Así, llega a la demostración, en el desarrollo de la temática, de que la doctrina de la prudencia jurídica es superativa del racionalismo y del voluntarismo, al rechazar el puro deductivismo que no es suficiente para alcanzar una justa y adecuada solución y la irracionalidad del voluntarismo.

Continúa analizando la función judicial en la doctrina de la prudencia, indicando que la recta determinación de las cosas justas, que es el juicio, presupone la disposición de la voluntad que quiere alcanzar lo justo y el gobierno de la prudencia, recalando la importancia de esta virtud, que como intelectual, prescribe imperando acerca de los medios adecuados para obtener aquel fin.

Asume el problema que se suscita cuando el juez no encuentra en el marco establecido por ley un fundamento para dar una solución justa al caso a decidir, descalificando de antemano la antinomia que el pensamiento moderno plantea entre seguridad y justicia, ya que no puede haber aquí y ahora una solución humana que preserve un valor seguridad y afecte un valor justicia, citando aquella célebre meditación que escribió Tomás Casares: “Una magistratura judicial que obliga a aplicar sin recurso alguno leyes inicuas, no afianza la justicia, sino la iniquidad”.

Concluye reflexionando acerca de los principios que inspiran nuestro sistema jurídico: la primacía del derecho sobre la fuerza y el respeto por el hombre, creado a imagen de Dios.

II _ *INTRODUCCION A LA LOGICA JUDICIAL*

La problemática a la que se intenta dar respuesta con un estudio de lógica en el ámbito judicial, es planteada por el Prof. Massini en estas preguntas: El razonamiento del juez ¿Es estrictamente racional o sus juicios se fundamentan en sentimientos, emociones, convicciones religiosas o políticas? Supuesto que el juicio del magistrado es algo de la razón ¿Cuáles son las reglas que lo ordenan y determinan?; ¿Existe una lógica, aplicable al razonamiento judicial?. La decisión del juez ¿es racional o irracional?

A fin de dar respuestas a los interrogantes analiza el autor la solución del racionalismo jurídico, que se manifestó en el siglo XVIII, por medio de Puffendorf, Wolff, Domat, Burlamaqui, Thomasius, según la cual el derecho era producto exclusivo de la razón deductiva utilizada al modo de la razón matemática.

Este racionalismo tuvo como consecuencia una visión normativa del derecho, en la cual las normas son el único de los elementos de la realidad jurídica.

Indica que la doctrina de la voluntad general soberana, la codificación y el racionalismo a ultranza se coligaron para llegar al “deductivismo judicial”, construido éste en la pretensión de aplicar el modelo deductivo de las matemáticas a la actividad de decisión del juez. Así el juez debe deducir de la norma general la sentencia aplicable a cada caso concreto. La ley constituye para esta concepción, la premisa mayor; el caso concreto, la premisa menor y la sentencia, la conclusión necesaria.

La lógica judicial del positivismo racionalista, la caracteriza el autor en las siguientes notas:

- a) La única fuente del derecho es la ley escrita estructurada en sistemas racionalmente completos, claros y cerrados, para tal concepción.
- b) El discurso del juez debe estructurarse sobre las reglas del silogismo deductivo en sentido estricto.
- c) En el discurso judicial no caben las valoraciones, estimaciones, incertidumbres o juicios de probabilidad.

Critica la solución racional formalista por su falta de adecuación a la materia jurídica que es contingente, cambiante y variable; porque supone las premisas del silogismo ya establecidas con certeza, cuando el problema más serio de la lógica judicial es la determinación de las premisas del juicio que culminarán en la sentencia, porque un esquema de razonamiento puramente formal-deductivo no tiene en consideración los

elementos axiológicos, sociológicos, religiosos, económicos, políticos y similares que influyen en la decisión del magistrado y por cuanto es preciso reducir al justo límite la posibilidad de aplicación de la lógica matemática al ámbito judicial.

En fin, repárase, en que la ciencia del derecho, que tiene por objeto la ordenación justa del obrar humano social, escapa al modelo físico-matemático, pues la acción humana es libre, contingente, en buena medida imprevisible y por cierto calificable axiológicamente.

Ahora bien, el repudio de la matemática del juicio ¿debe conducir necesariamente hacia el derecho libre?

Así lo han creído gran cantidad de pensadores, quienes luego de criticar al deductivismo lógico han afirmado la irracionalidad de las decisiones judiciales. Cita en esta línea a Kantorowic, a la escuela escandinava de Lundstedt y Ross, al marxismo estricto, a “la jurisprudencia de intereses”, caracterizados todos por el repudio de los elementos racionales del discurso jurídico y la exaltación de los elementos extrajurídicos o irracionales en la solución de las controversias judiciales.

Frente a ello, se interroga: “¿Existe algún criterio de objetividad, de racionalidad en el discurso judicial que no sea el de las matemáticas o la física? ¿Existe una lógica propia de lo jurídico?”.

Para responder a las cuestiones propuestas formula un análisis histórico, partiendo de Grecia y de la obra sistematizadora de Aristóteles respecto a la lógica jurídica, señalando que ella se encuentra en los Tópicos, en la Retórica y en los libros 3 y 6 de la Ética Nicomaquea y no en los Analíticos.

En la obra del Filósofo se halla definido un tipo de discurso propio de la praxis humana, regulado por principios propios y que se funda en la argumentación, el debate y la prueba de los principios referidos en los hechos. Esa elaboración de Aristóteles fue continuada por casi todos los juristas y filósofos de las edades Antigua y Media.

Luego, entrada la Modernidad, Descartes, Bacon, Leibniz y los racionalistas, combatieron toda lógica que no fuera la deductivo-formal de las matemáticas, indicando el autor, que no obstante, los juristas prácticos se resistieron a aplicar en el orden jurídico la lógica-racionalista.

Mediante la codificación napoleónica y el trabajo de la escuela exe-gética es que el racionalismo positivista ingresó en la vida judicial hasta las postrimerías de la segunda guerra mundial; siendo que durante los siglos restantes, jueces y abogados razonaron según los cánones de la lógica dialéctica, retórica, práctica, deliberativa, existiendo hoy un re-

nacer de este pensamiento, protagonizado por Chaim Perelman y la escuela de Bruselas, Theodor Viehwag, Michel Villey, Giuliani y Tarello, Recaséns Siches, Olof Ekelof y el profesor Soaje Ramos.

El objeto de esta lógica deductiva o retórica es aquel ámbito del saber que carece de certeza constrictiva, como el derecho, la filosofía, la historia, la política y en general los saberes referidos al hombre y a su obrar. Así la decisión del juez no es irrazonable, no es un acto de la sensibilidad, del querer, de la emoción, es un acto razonable de la razón.

Postula Massini un esquema del discurso judicial que desarrolla y que puede enunciarse así:

Todo el proceso del discurso judicial se inicia con la producción de un hecho que exige la intervención del juez: el hecho justiciable.

Estos hechos son conocidos por el juez, en virtud de la prueba, la que los hace verosímiles o probables.

El juez a la vista de tal hecho, con la ayuda de las partes, que argumentan en favor de una u otra solución, realiza la determinación primera de la norma que considera aplicable al caso. Esta individualización de la norma implica una calificación de los hechos, que significa determinar la relación de un hecho con una norma legal.

Luego es preciso verificar, dentro de lo posible, la verdad de los hechos, determinar su sentido y alcance, interpretarlos, constituyendo esta labor por medio de la prueba y a partir de ella, en verdad, una importante actividad valorativa del juzgador.

Precisados los hechos, se debe proceder a la interpretación de carácter práctico de las normas que se van a aplicar, extrayéndose la mejor solución para el caso controvertido.

Así entonces, el juez se decide por aquella de todas las soluciones posibles que juzga como mejor fundada y que ha logrado su adhesión intelectual, lo cual entraña un juicio prudencial, que es un juicio de valor acerca de la verdad probable de los hechos y de su auténtico sentido y de la justicia intrínseca de cada una de las pretensiones.

El juez tiene auténticas razones para decidir por una solución, razones que se exponen en los considerandos de la sentencia; empero como se trata del orden de las acciones humanas, el juicio que regula, no puede dejar de contener, a la par de razones lógicas-prácticas, un elemento de apreciación, de estimación, de evaluación, en la que se compromete toda la persona del magistrado.

Por último adviértase: “Si un juez puede ser justo, es porque su razonamiento deja siempre un margen a la decisión personal e indelegable, decisión por la cual debe responder moralmente”.

III — *ÉTICA DE LA MAGISTRATURA JUDICIAL*

Se asume un tratamiento introductorio acerca de la ética, como ciencia práctica que trata de los actos humanos, o sea de aquellos voluntarios y deliberados, en orden al fin último del hombre.

La acción moral tiene como antecedente más remoto el dictamen de la *sindéresis*, hábito natural de la razón práctica, que impera: debes amar el bien. A partir de los primeros principios del obrar humano, que conforman la ley natural, la inteligencia puede formular los principios secundarios, que se refieren a los medios para alcanzar la perfección humana, los cuales serán precisados por la virtud de la prudencia.

La actividad moral engendra hábitos, buenos o malos, que constituyen las virtudes y los vicios y desde el orden moral, atendándose al fin y a la circunstancias todo acto humano es bueno o malo, nunca resulta indiferente.

Así entonces, para el realismo la ética es ética del bien y no ética del deber como fue a partir del Kantismo.

A partir de tal doctrina dedica un capítulo a la ética de la magistratura, que trata de la aplicación de los principios universales de la moralidad a la función que desarrolla el juez.

La ética de la magistratura trata, entonces, del modo particular en que el juez se perfecciona, del “buen juez”, es decir del juez justo, de aquél que con prudencia resuelve los casos sometidos a su decisión, dando a cada uno su derecho.

Desarrolla una labor de precisión acerca del derecho, que es el ámbito donde actúa el juez, destacando, luego del análisis del término y su naturaleza análoga, que en esencia derecho es la cosa justa, pudiendo el hombre actuar justamente en cada caso particular gracias a la virtud intelectual y moral de la prudencia.

La prudencia jurídica es un modo particular de la prudencia y ella determina concretamente lo suyo de cada uno. Empero la prudencia jurídica del legislador aparece caracterizada por el problema genérico que debe regular, mientras que la prudencia jurídica del juez exige la determinación de lo justo en cada caso individual.

“Para que el juicio sea acto de justicia se requieren tres condiciones: que proceda de la inclinación de la justicia, que proceda de la autoridad de quien preside, y que sea pronunciado según la recta razón de la prudencia”, anota el autor, citando al doctor Angélico.

La tarea del jurista, en consecuencia, no es la de un técnico o artista, porque su fin no se agota en el resultado de su acción, sino que el valor de ésta se halla en relación a la perfección del hombre.

Revisa las concepciones éticas formuladas por el Kantismo, Marxismo, Existencialismo sartriano, el Neopositivismo lógico y el Utilitarismo ético, que en realidad constituyen concepciones negadoras o relativizadoras de la ética.

Conviene introducirse en el examen de las exigencias éticas contenidas en el proceso y tanto en las conductas debidas de las partes como en la del juez.

El juez debe asegurar el debido proceso, contribuyendo a la práctica profesional “buena” de los abogados, velando por el cumplimiento del proceso fundamentado en la ética y en el derecho, como por la observancia de los deberes entre las partes para con él.

Trata seguidamente de las distintas especies de conductas procesales indebidas de las partes, que opina son cinco: negligente, dilatoria, temeraria, maliciosa e irrespetuosa, caracterizando a cada una y señalando las responsabilidades pertinentes como la actuación del magistrado al respecto.

El juez se encuentra obligado por ciertos deberes a fin de posibilitar la determinación de lo suyo de cada uno según el derecho. Las exigencias éticas del juez en el proceso están constituidas por la imparcialidad, la preocupación por la verdad real, la decisión en el plazo apropiado, el ejercicio pleno de su autoridad, la actuación fundada en derecho y requiere un comportamiento acorde con su dignidad.

En cuanto a las exigencias de la sentencia, debe tratarse de una prudente decisión por la cual atribuya a cada uno su derecho.

Considera en concreto las distintas variantes que se pueden presentar al juez en cuanto a los fundamentos que necesariamente deben respaldar su sentencia.

Distingue, según exista o no ley que regule el caso, y supuesto que exista ley se circunscribe la cuestión a si ella es justa o injusta; si existe ley justa, el problema del juez será interpretarla y aplicarla equitativamente.

Ante la existencia de ley manifiesta e irremediablemente injusta, en cuyo caso tal norma no tiene razón de ley, sino más bien de cierta violencia, sostiene que debe declarar la inconstitucionalidad de ella y que ello no constituye la frustración de la seguridad jurídica, dado que el juez aplica el derecho vigente conforme a su jerarquía; no sustituye al legislador sino que garantiza el acatamiento a la ley fundamental.

Frente a la ausencia de norma legal, que regule el caso, es decir el supuesto de las llamadas lagunas de la ley, que prefiere llamar insuficiencia del ordenamiento jurídico, lo habitual es que el juez deba resolver a pesar del silencio y determinar lo suyo de cada una de las partes y para ello corresponde que recurra a los principios generales del derecho, señalando: los principios jurídicos positivos particulares, los principios jurídicos positivos sistemáticos, los principios iusnaturalistas o teleológicos y los principios éticos o filosóficos políticos.

Agrega que las exigencias respecto de la sentencia no se agotan en la justicia y seguridad de ella definidas prudencialmente en el caso, sino que requiere además, la razonabilidad, inteligibilidad o coherencia interna, dando el juez razón de su decisión.

Concluye reiterando que para la ética de la magistratura el *bios* perfeccionador del juez es el *bios* prudente, que posibilite en su actuación esencialmente justicia y secundariamente seguridad jurídica; acotando que el derecho es lo justo y además que es conveniente que sea seguro, tratándose de dos fines plenamente compatibles y que plifican la perfección.

IV — *SOCIOLOGIA DE LA FUNCION JURISDICCIONAL*

El Profesor Soler Miralles expresa al comienzo de su trabajo que pretende brindar un enfoque, no jurídico, sino proyectado desde las ciencias sociales empíricas y a partir de sus planteamientos teóricos, que ilumine el escenario de la pugna cotidiana por el derecho.

Aspira con su contribución a reparar en el hecho de la localización de la judicatura como estrato social de prestigio, a fortalecer la conciencia de la responsabilidad ético social del juez en el desempeño de un cometido de fundamental importancia institucional.

Luego de analizar los términos “función” y “jurisdicción” y las reflexiones que sugieren a la sociología, aborda el tratamiento de la “acción social racional” en la sociología de Max Weber; la situación de la acción como “drama” desde la perspectiva dialéctica fenomenológica; el rol en el sistema de la personalidad y el rol en la integración estructural del sistema social.

En especial y luego de haber ensayado lo que dice podrían ser las líneas más elementales de una fundamentación analítica de la sociología de la función jurisdiccional, visualiza ciertos contenidos, comenzando por una presentación sociológica del derecho.

Parte así, del concepto Weberiano de “relación social”, que consiste plena y exclusivamente en la probabilidad de que se actuará socialmente en una forma con sentido indicable.

Los referentes empíricos que permiten fundar sociológicamente ese juicio de probabilidad, los explicita Weber como regularidades de la acción social, que categoriza en dos áreas:

- a) regularidades de hecho que incluyen el uso, la costumbre, la situación de intereses y la moda y
- b) la que se orienta, en la representación de la existencia de un orden legítimo, y en tal supuesto la probabilidad de que ello ocurra, es llamada “validez” del orden en cuestión; se habla en este punto de vigencia empírica.

Una garantía externa de “legitimidad” es la que constituye “derecho”, denominación que se reserva a un orden cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción ejercida por individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o castigar su transgresión.

Para Weber, según lo anota el autor, lo decisivo en el concepto sociológico del derecho es la existencia de un cuadro coactivo.

En tal orden de tratamiento, la sociología del derecho, sin pretender terciar en la disputa filosófica entre el iusnaturalismo y la concepción legalista de la justicia, reconoce la necesidad de atender las dos pretensiones, pues ambas expresan dos diferentes dimensiones de la experiencia.

Según ello, es menester, en cuanto toca a la función jurisdiccional, indica el autor, conjugar los requerimientos de una posición iusnaturalista en cuanto inspira un cambio que no renuncia a lo permanente, con las exigencias sociales de la pretensión legalista que tienden a asegurar el mantenimiento de los parámetros que ha señalado.

La función jurisdiccional, importa la referencia a un contenido de cultura. No se busca una respuesta filosófica o de doctrina a la cuestión relativa al ser en sí del derecho, sino que se apunta a señalar perfiles empíricos que llevan a percibir el significado que ese producto cultural ofrece al abordarse la situación de los jueces, desde la óptica de la formación intelectual especializada de hombre de derecho.

Un panorama teórico de la evolución jurídica quedaría integrado por estas dimensiones:

1. revelación carismática mediante profetas;
2. creación y descubrimiento empírico de la ley a cargo de notables jurídicos;
3. imposición por los poderes seculares o teocráticos y

4. elaboración sistemática del derecho y administración profesionalizada de la justicia por personas que han recibido una preparación técnica ilustrada y formalmente lógica en la disciplina jurídica. Continúa con el análisis del emplazamiento social del derecho y de la profesión jurídica.

Siguiendo a Max Weber, en su teoría de la dominación, que desarrolla en su sociología política, expresa que las ideas fundamentales, entresacadas del esquema integral que indica y que concierne al tema, son las siguientes, en el tipo ideal:

1. que todo derecho puede ser estatuido de modo racional —con arreglo a fines, a valores o a ambas cosas— con la pretensión de ser respetado por los miembros de la asociación y por toda persona, dentro de su ámbito territorial de poder, que entre en relaciones sociales jurídicamente importantes;
2. que todo derecho, conforme su esencia, es un cosmos de reglas abstractas estatuidas intencionalmente; que la judicatura implica la aplicación de esas reglas al caso concreto;
3. que todo portador de autoridad, incluso el que ocupa la cúspide, en tanto manda y ordena, obedece a su vez al orden impersonal por el que orienta sus disposiciones y que quien obedece, obedece al derecho;
4. que en el aspecto funcional, se da un ejercicio continuado de funciones, sujeto a la ley y dentro de una competencia definida en su ámbito, con atribución de facultades de realización y fijación de medios coactivos eventualmente aplicables;
5. que el cuadro administrativo burocrático se compone de sujetos personalmente libres en tanto se deben sólo a los deberes objetivos de su cargo, tienen competencias fijadas y son seleccionados y nombrados en base a una calificación profesional.

Luego de una serie de precisiones relativas al poder tanto político como económico y al orden, que es social en tanto se refiere a la distribución del honor o prestigio entre grupos de la comunidad y que es jurídico en tanto garantiza o puede garantizar tanto al poder como al honor, llega al núcleo de la exposición, habiendo señalado a la función jurisdiccional inserta en el sistema de dominación legítima por legalidad racional, con administración burocrática. El significado del derecho en sí y en su implicancia para lo con él relacionado destaca que sociológicamente supone la existencia del cuadro administrativo especializado, con lo cual la función jurisdiccional se transpone a nivel del sistema social estructurado como función de sistema y no sólo como rol individual; todo ello ocurre a mostrar la existencia de una categoría social constituida por los miembros y órganos del cuadro.

En el fondo de tales ideas, late la idea de profesión como determinante conceptual de la figura del sujeto dedicado al derecho, poseedor de un saber socialmente apreciado, cuya idoneidad le confiere preeminencia y reconocimiento en términos de prestigio.

El profesional se considera un especialista técnico de cierta clase, en virtud de su dominio de un saber y su pericia para utilizarlo, lo que implica que se ha formado en una tradición que sólo los miembros de esa profesión están calificados para interpretarla autorizadamente y si es del caso desarrollarla y mejorarla.

La ocupación de similares posiciones sociales, como profesionales del derecho investidos de potestad jurisdiccional, hace de los jueces un conjunto social que es necesario situar en el espectro de la sociedad estratificada.

Ello permite colocar a los miembros de la administración de justicia en la dimensión apropiada de la estratificación social, diferenciada de las clases y de los partidos.

El perfil alcanzado, luego del análisis estructural realizado, indica el Profesor Soler Miralles, debe completarse en la dimensión relativa a la conexión anímico-espiritual en que se sustenta la personalidad de tales sujetos y su ser en sociedad como tales agentes funcionales, con lo cual examina la función en perspectiva psicociológica.

Si el juzgador ostenta la función por la investidura que supone la profesionalidad, ésta y aquélla suponen el aporte sustantivo de la persona humana, inteligente, responsable, libre, perfectible, autosubsistente y con vocación del destino eterno.

Este “hombre jurídico” se estructura funcionalmente en tres polos: “jurista-jurisconsulto-juez”. Ninguna de esas dimensiones puede alzarse con el todo de la textura jurídica de quién hace profesión del derecho, ninguna puede ser exterminada del panorama interior de cada uno.

En el perfil existencial del profesional del derecho, el trasfondo de lo jurídico presenta la triple modalidad: del jurista, al que corresponde el aspecto intelectual del doctrinario, del iniciado en las disciplinas científicas; del jurisconsulto, a quien recurre el no iniciado aquejado por un conflicto que puede ser tratado jurídicamente, para lo que ocurre a los conocimientos de su letrado y del juez, con vocación de dar lo justo concreto diciendo el derecho.

Estas referencias, no apuntan, señala el autor, a delinear tres clases dentro de la categoría de los profesionales del derecho, sino a indicar que en cada uno, se integran las tres líneas, componiendo un mis-

mo caudal de motivación, en grado y proporción variable, destacando que sólo por vía de hipótesis y como caso límite pueda concebirse un puro jurista desligado de la vida y de lo justo, al igual que un jurisconsulto desinteresado de los contenidos científicos del derecho como del sentido de lo justo y del mismo modo a un juez ayuno de ciencia jurídica.

Los elementos psicológicos esbozados deben ser puestos a la luz de una consideración que reputa indispensable, en tanto los modelos descriptivos suponen un soporte sustancial: la persona humana a la que corresponde la conducta que en este enfoque responde a un ethos.

Asume el tema en estudio a partir de la antropología, en busca de un tipo humano.

Como nota definitoria frente a las clases y los partidos, el estamento presenta la referencia al concepto de honor social o prestigio, derivado de un estilo de vida.

Parsons dará la noción de prestigio diciendo que está constituido por la suma de evaluaciones favorables que puede concretar en sí un sujeto, en la doble vertiente de la aprobación merecida por sus acciones y la estima a que es acreedora su persona.

Ahora bien, se piense que el prestigio es un producto social, una recompensa o un medio, que es un factor ordenador en la estratificación social o que consiste en un derivado de la ocupación de determinadas posiciones sociales o que es todo ello a la vez, lo relevante es en vinculación a lo que se entiende por estilo de vida.

La idea del estilo, incluye la referencia fundamental a la "forma" que se logra en tanto se alcanza un estado de equilibrio, de armonía entre la impresión recibida de lo real y la expresión de la propia sustancia psíquica sobre un material físico.

En el "estilo de vida" se advierte la referencia al "señorío", la no alineación en el mundo exterior, la toma de distancia con respecto a todo cuanto implique un imperativo funcional insuperable.

Se pronuncia claramente su sentido de praxis más que de poiesis: la vida no es puro poema ni obra de arte, tiene sustancia ética, derivada de su consistencia ontológica, referida dinámicamente en la línea de su perfectibilidad y destino eterno.

En el contexto de lo estamental, este señorío, queda signado por el "servicio" encomendado a cada orden de lo social; esta es la connotación básica de la profesionalidad.

El contenido de la situación estamental, sociológicamente puesta en términos de prestigio u honor social, está dado por el estilo de vida,

que es una configuración del hacer y del obrar que se manifiesta exteriormente, pero a partir de una forma interior que brota al contacto del núcleo de la personalidad con el espíritu de una cultura, en el meollo de sus contenidos de valor.

El itinerario desarrollado, culmina con la referencia a un tipo humano que sea materia vital conformada, asiento de un estilo, portador de una orientación axiológica; la forma de vida postulada, significa conciencia de una misión social cuyo sentido trasciende lo cotidiano, porque responde a un servicio humano socialmente esencial.

Concluye señalando que importa sobremanera tomar conciencia del sentido honorífico inviscerado en la función jurisdiccional, el matiz de auténtica nobleza que en ello resplandece, como servicio jerárquicamente rendido en solidaridad humana, como éticos constitutivo de un fondo espiritual que se resiste a las exageraciones revolucionarias de la libertad, que traduce por servicio, de la igualdad, que traspone en jerarquía y de la fraternidad que traslada a la consistencia ontológica de lo solidario, terreno de afincamiento del bien común.

V — *LA FUNCION JURISDICCIONAL EN LAS CONCEPCIONES CLASICA. MODERNA Y CONTEMPORANEA*

Advierte el autor que ha optado en su trabajo por contraerse a uno de los más importantes aspectos de la función judicial, el de la sujeción del juez a lo que provisionalmente llama “criterios positivos de enjuiciamiento entregados desde afuera”, como es la ley por ejemplo, en razón de la magnitud de la temática.

Se diría, afirma el autor, que existe como un miedo social a la libertad absoluta de los jueces, que los grupos humanos no soportan la idea de que sus personas, sus bienes y relaciones jurídicas queden entregadas a la discrecionalidad de quienes están llamados a juzgar, asentando que incluso en las épocas más arcaicas se ha exigido cierta vinculación del juez a criterios positivos previamente entregados, como suelen ser las costumbres, los mores maiorum del más antiguo derecho romano.

Señala que el problema consiste en saber qué concepto se han formado las distintas sociedades acerca de los criterios con los que se ha querido regular el juicio del juez.

Aborda la concepción del derecho romano al respecto, destacando que su modo de ser se caracteriza por estas notas:

1. que el derecho civil es producto de la actividad de los juristas; que junto al derecho civil existe la posibilidad de que el pretor establezca nuevas instituciones y
2. que la ley interviene sólo en casos excepcionales, cuando se trata de definir materias que no pueden depender de un dictamen jurisprudencial, ejemplo: los plazos.

La antigua Roma tiene presente el principio de subordinación del juez a la ley, pero con un alcance muy distinto del que tiene entre nosotros, pues en la realidad de ese tiempo la intervención legislativa en el derecho era de carácter excepcional.

El juez romano debe enfrentarse mayormente con la ciencia de los jurisconsultos y con el edicto del pretor; con este último en virtud de la fórmula procesal, en la que van redactados y resumidos por escrito los datos de hecho y de derecho con base en los que el juez debe pronunciar su sentencia.

El juez está ligado, pero de modo muy especial, a la fórmula, la que se circunscribe a darle los datos de hecho y de derecho en cuanto delimitadores de la controversia, pero nada en la fórmula prejuzga sobre la cuestión que el juez debe decidir. También se encuentra vinculado al derecho de los juristas, que es fluido, de opiniones, de controversias, entre las que el juzgador debe saber discernir la más justa; ligado entonces, al derecho de los juristas como un todo, pero no a tal o cual opinión en concreto.

Ahora bien, no le está permitido, fallar conforme a la equidad. Si ti juez no ve claro el problema de hecho o no encuentra una solución que le parezca justa de entre aquellas debatidas por los juristas, entonces jurará no ver clara la cuestión y se designará a otro juez.

Una concepción distinta es la medieval, aquella debida a los juristas del derecho común, glosadores y postglosadores.

También el derecho medieval partió de la sujeción del juez a criterios independientes de su pensamiento, los que para ellos estaban contenidos en la ley. Empero esa ley es precisamente el Corpus Iuris y por ello se hace necesario el análisis del verdadero carácter de tal ley.

En realidad el Digesto, el más importante libro integrante del Corpus Iuris Civilis, no es otra cosa que una antología de escritos de jurisprudencia romana clásica, indica el Prof. Guzmán Brito.

Por su parte, siguiéndole en importancia, el Código de Justiniano, es en su gran mayoría una compilación de rescriptos imperiales, es decir de respuestas dadas por el emperador a consultas de particulares so-

bre casos jurídicos, en los que el emperador actúa no como legislador, sino como hombre dotado de saber jurídico.

Por último las Instituciones constituyen una readaptación del texto de estudio elemental de derecho compuesto por el jurista Gayo.

Así se explica, el peculiar “legalismo” de los juristas medievales. El juez permanece ligado a la ley, pero esa ley es un cuerpo de derecho preferentemente jurisprudencial, aunque también los medievales han sentido el miedo social a la desvinculación del juez frente al derecho y le prohibieron recurrir a la equidad. Los juristas medievales, explica, habían distinguido de antiguo dos conceptos: la equidad constituida (aequitas Constituta o ius) y la equidad ruda (aequitas nondum constituta). El juez debe aplicar la equidad constituida o derecho, ¿qué sucede, cuando se presenta un conflicto entre el derecho y la equidad ruda? ¿podrá el juzgador preferir una solución de equidad por sobre la del derecho constituido?

La mayoría de glosadores y postglosadores no la aceptaron, pues, para ellos el único que puede explorar los caninos de la equidad ruda es el legislador, el emperador, el autor formal, al menos, del Corpus Iuris, que es donde se contiene la equidad constituida.

En caso de conflicto entre la equidad constituida y la equidad ruda el juez ha de preferir el derecho, porque sostenían que la equidad de un solo hombre corre el riesgo de ser una equidad extraída de su cerebro, de su ingenio, una equidad bursátil.

Sostiene el autor que esta fue la teoría que rigió la actividad del juez medieval, porque en la realidad histórica también el derecho romano medieval fue un derecho de juristas.

En otro orden de análisis, expresa, que los juristas medievales terminaron por introducir entre los conceptos de equidad ruda y equidad constituida, un tercer concepto, que llamaron equidad escrita, entendiéndose por ella los recursos jurisdiccionales de que había sido autor el antiguo pretor romano, sobre los cuales hay muchas referencias en el Corpus Iuris, que el juez podía aplicar aún en los casos no previstos originalmente, para paliar alguna solución dura de los textos.

Así, llega al examen de la concepción del moderno y contemporáneo Estado nacional-liberal-parlamentario.

Una preocupación fundamental de esta concepción fue encontrar la forma mejor de garantizar la libertad. Como el concepto de libertad que el racionalismo liberal se había forjado no coincidía con el concepto de libertad imperante en la época del antiguo régimen, negó aquél

que bajo éste realmente existiera y atribuyó esa falta de libertad a la indivisión de los poderes, postulando una estricta separación, como única manera de asegurar la libertad, por cierto del liberalismo.

Uno debía ser el órgano que formulara las leyes, otro su aplicador en el caso normal y un tercero su aplicador en el caso de conflictos. El concepto sobre el cual gira tal construcción es la ley. Así, el racionalismo liberal, llegó a convertir la ley, como expresión de la voluntad soberana, en única fuente del derecho. Se excluye, por consiguiente, toda posibilidad de interpretación por parte del juez, llegando a exigir, en caso de ley oscura o lacunosa se remitiera la causa a las asambleas legislativas, quienes darían la solución precisa.

El dogma de la sujeción del juez a la ley cobró toda su extensión e importancia en la época que nace con la revolución francesa.

La sujeción del juez romano a la ley, insignificante por la escasa importancia de la ley como creadora de derecho: la sujeción del juez medieval a la ley, pero en realidad a una ley que contenía derecho de juristas y que era interpretada por juristas, fue reemplazada por una sujeción a una ley totalizadora, ley en el sentido moderno de la palabra.

El siglo XIX presencia el nacimiento de la escuela de la exégesis que hizo de ese dogma el centro de su labor.

El respeto idolátrico a la ley llevó, reflexiona el autor, a la pérdida de la riqueza e inagotable ciencia jurídica anterior, pero no fue rapaz de reemplazarla por una nueva ciencia jurídica, que no fuera la simple exégesis de los textos legislativos.

A fines del siglo XIX comenzó la reacción, que condujo al extremo de pretenderse la absoluta libertad de los jueces para juzgar; sin embargo, el legalismo del siglo XIX tuvo en nuestra época fuerzas para llegar a su máxima expresión teórica, transformado en normativismo, a través de su más alto exponente: Hans Kelsen.

Medita Guzmán Brito acerca de que hoy en día el problema va no es controlar las sentencias de los jueces, sino controlar la ley misma. ¿Qué garantía, se interroga, se nos ofrece de que antes de ser ésta económica, social, política, sea justa?

El derecho público liberal da una respuesta: la constitución; pero ella es una ley también y la experiencia enseña que ninguna constitución, ningún catálogo de garantías formales, es capaz de asegurar lo justo ahí en donde una asamblea parlamentaria ha querido imponer prescripciones con criterios distintos del criterio de lo justo.

Al modo de ver del Prof. de la Universidad Católica de Valparaíso, la suprema garantía está en postular la sujeción, ya no del juez —que por supuesto, seguirá subsistente— a la ley, sino la de ésta al derecho, o sea la exigencia de que la ley se adecúe al derecho como expresión de lo justo. El juez, sigue opinando, puede juzgar a la ley, no sólo respecto de la constitución, sino también respecto del derecho fuera de la constitución.

La mejor tradición filosófica ha considerado siempre inexistente la ley que contraviene lo que es justo y equitativo, lo cual implica la inexistencia de la ley que contraviene propiamente al derecho. La ley injusta no es ley y, en consecuencia, no debe ser aplicada por el juez, repara el autor.

La esencia de la ley reside en la ordenación de la razón al bien común, de tal modo que la ley injusta, apartándose de esa esencia, no puede considerarse ley.

Concluye, indicando, que la posibilidad de un juzgamiento de la ley por el juez no implica una desobediencia a ella. La ley debe presumirse justa y equitativa mientras no se pruebe que lleva en sí injusticia o iniquidad: presunción que se basa en lo que debe ser la ley, una regulación potestativa de lo justo en razón de bien común. Y es por ello que si una ley concreta no cumple con este requisito, el juez debe esforzarse por reajustarla y reconducirla a lo justo, de modo que realidad y presunción vuelvan a coincidir.

En suma, la virtud de la prudencia debe guiar al obrar del juez y de los abogados.

VI — *CONCLUSION*

Hemos leído con atención la obra reseñada y meditando sobre la misma hemos obtenido algunas conclusiones que queremos asentar, antes de dar por terminada la labor.

Se muestra “La Función Judicial” en su necesario fundamento filosófico, en su dimensión sociológica e histórica y por cierto en su contenido ético, aportándose por otra parte, los elementos lógicos necesarios que orientan el buen discurso y decisión del juez.

Se analiza la naturaleza de la misión del juez en el seno de la comunidad, las condiciones para su formación intelectual y moral, a fin de que ejercite con prudencia el ministerio que se le ha confiado.

En verdad, el juez es la “figura central del Derecho”, como decía el célebre juriconsulto italiano Carnelutti, el que debe estar animado

por una constante voluntad de dar a cada uno lo suyo. Empero esto no es posible si el juez que juzga, además de los conocimientos pertinentes, no ama y encarna la virtud de la justicia.

El primer deber del juez es el de discernir la conformidad de la norma con el derecho natural, lo que requiere ciertamente, ciencia del derecho, pero ante todo conciencia de lo justo por naturaleza. En efecto, el ejercicio de la función judicial requiere siempre la debida remisión al fundamento del que las leyes reciben su autoridad de tales y el discernimiento de lo justo en el caso concreto, una disposición de la voluntad animada por esa conciencia viva de lo justo, que es propia del justo, de quien cabe decir que es como “justicia animada”.

De la lectura de esta obra, que consideramos fecunda y digna de meditación, aprendemos que la sentencia, justicia en acto, obra sobre la singularidad concreta y contingente, y por ello de la actuación del juez se espera que las virtudes propias de la ley se hagan efectivas, pero aún las virtualidades de justicia que las leyes no contengan, se espera que el acto judicial las ponga de algún modo al pronunciarse sobre el caso.

En suma, vemos que la fidelidad de los jueces a las leyes debe estar incluida en una fidelidad más alta, la fidelidad a la justicia y aún cuando todo es removido por controversias teóricas y las legislaciones atraviesan una de las más hondas crisis en la historia del derecho positivo, la institución de la justicia sigue significando algo sobre cuyo valor todos coinciden, con la íntima convicción de que hay una medida de lo justo absoluta e inmutablemente sobrepuesta a todas las medidas humanas.

Para finalizar recordemos: La Justicia “es la que a los principios fundó los reinos; es la que después los amplificó y ornó; la que les dio toda la grandeza y majestad que tienen; la que cura la llaga de los pueblos, sosiega las sediciones, mitiga los ánimos exasperados, establece la paz y resiste la guerra, hace gloriosos a los reyes, asegura los reinos, y, sobre todo, honra y reverencia a Dios al cual ninguna ofrenda ni sacrificio puede ser más aceptado ni más agradable que el de la justicia, por cuyo vínculo está atado con la tierra, y las cosas altas con las bajas, y trabadas y unidas entre sí las extremas y más apartadas del mundo. Sin justicia no hay reino, ni provincia, ni ciudad, ni aldea, ni casa, ni familia que se pueda conservar” (Ribadeneyra, El Príncipe Cristiano, Libro 2, cap. 5).