

LA FUNCION DEL JUEZ Y EL NORMATIVISMO JURIDICO

Dr. Tomás Antonio Catapano

Profesor Asociado de Derecho Político

INTRODUCCIÓN

El intento del presente trabajo, no es otro que el de esclarecer, la delicada y trascendente misión del juez.

La doctrina normativista del derecho, cuyas fuentes son el racionalismo y el voluntarismo jurídico, concibe que el juez debe aplicar la norma, la ley, al caso que ha llegado a su decisión, sin interesar la justicia o injusticia de la resolución. El normativismo, considera así de la compleja realidad jurídica, sólo una de sus realidades: la norma; identificando ley con derecho.

En los siglos XVII y XVIII, la Escuela Racionalista brinda culto a la norma, culto que será transformado en idolátrico, durante el positivista siglo XIX, por los sacerdotes del dogmatismo jurídico ⁽¹⁾.

Por su parte, la Teoría Pura del Derecho, a través de Hans Kelsen, afirma que la elección que realiza el creador del derecho, entre las varias posibilidades que la norma superior deja abiertas, supone una decisión de voluntad libre, de opción no justificada.

Frente a estas dos posiciones que manifiestan el normativismo jurídico, la doctrina clásica de la prudencia ilumina con verdad, sosteniendo que la decisión judicial es un acto de la razón, pero transido de voluntariedad, por la que el juez, dice que una realidad es justa, es decir ajustada a los títulos de otro, títulos que siempre, directa o indirectamente, tienen su fundamento en la perfección societaria ⁽²⁾.

¿Cuál es la verdadera función del juez, su misión?

Emprendamos el camino para conocer la respuesta.

1 HERNANDEZ GIL, A.: Metodología de la Ciencia del Derecho, (Madrid, S. F., 1971), t. I., págs. 43 y sgtes.

2 LACHANCE, Luis: El concepto de derecho, Buenos Aires, S. F. 1953 pág. 296.

CAPÍTULO I

LA FUNCION DEL JUEZ EN LA CONCEPCION JURIDICA
NORMATIVO - RACIONALISTAA. — *Nociones históricas.*

La Doctrina del Derecho Natural Clásico fue abandonada por la mayoría de los filósofos del derecho a partir del siglo XVI, a causa del racionalismo y del desarrollo de las ciencias empíricas de la naturaleza. Esta moderna ciencia empírica se propone conocer mejor la realidad natural, el mundo de los fenómenos físicos, para dominar sobre ella más perfectamente. Tiene como base una concepción del mundo diferente a aquella que fundamentaba el Derecho Natural Clásico, pues lo concebía como un inmenso mecanismo, compuesto únicamente de elementos materiales y gobernado por leyes deterministas.

La ley reemplaza a la Providencia, aunque admite el fundamento de una inteligencia capaz de pensarla. El fenómeno de hipertrofia de las ciencias empíricas de la naturaleza, tiene según el profesor Michel Villey su origen mediato en el nominalismo de Ockam y en el pensamiento de Duns Scoto. Ambos volvieron la atención hacia lo individual, con desprecio de lo general y universal, de las formas de las cosas, de las naturalezas ⁽³⁾.

Del mundo moderno habían desaparecido las causas finales, las esencias, los valores, las realidades espirituales, la belleza. La experiencia había sido reducida a aquellos elementos singulares de la realidad mensurables matemáticamente; todo lo que no podía ser observado mediante el método elegido, debía quedar fuera, ante todo el Derecho Natural ⁽⁴⁾.

La única vía de conocimiento era la experiencia sensible y la observación de los hechos. Se suponía que éstos estaban gobernados por un determinismo físico, cuyas leyes había que descubrir.

Un conocimiento, entonces, reducido a la experiencia sensible, por principio, no podía captar nunca la naturaleza del hombre ni el fin de los grupos sociales naturales; lo único que aprehendía de la realidad jurídica, era la ley escrita que sancionaba la autoridad. De aquí se deriva en su mayor parte el positivismo jurídico.

3 VILLEY, Michel: Cours d'histoire de la Philosophie du Droit, La Formation de la Pensée Juridique Moderne, (Paris, Les Cours du Droit, 1967), pág. 176.

4 GILSON, Etienne: La unidad de la experiencia filosófica, (Madrid, Rialp, 1966), pág. 315.

Por otra parte, el racionalismo idealista, pretendió reconstruir la totalidad de la ciencia sobre las ideas. Esta tendencia de los modernos a colocar las ideas en el lugar de las cosas reales, aparece no sólo en Descartes y su corriente, sino también en la rama empirista del pensamiento moderno, en Pascal, Galileo, Bacon.

“El realismo clásico, partía de los datos sensibles sin discutir el carácter con que éstos se imponían a la inteligencia y admitía, con la seguridad de una evidencia primera, la existencia de un orden universal impuesto desde la eternidad a la consideración del hombre. Este orden fundaba la naturaleza y a partir de ella, la necesidad metafísica de la existencia de Dios.

Descartes invierte el camino y descubre que tanto el mundo físico como su Autor, son sendas exigencias del pensamiento humano”⁽⁵⁾.

“Ya no se irá del ser al conocer, sino del conocer al ser”⁽⁶⁾.

La originalidad del pensamiento moderno, de Galileo y Descartes, fue ver la realidad con ojos de geómetras y transportar al mundo exterior las exigencias de las leyes mecánicas concebidas por el espíritu humano para constatar, prever, en cierta manera dominar el curso de los fenómenos. Este modesto origen antropocéntrico de la interpretación mecanicista sugirió la idea de que el orden real, se encontraba inscripto en el pensamiento y bastaba poner nuestra atención en él, para descubrir las leyes que conformaban nuestra interpretación del universo⁽⁷⁾.

“Al prejuicio matemático, Descartes, sumó otro de carácter antropológico, ligado al mismo punto de partida: pienso, luego soy o existo. Esta afirmación junto a la expugnación de los sentidos en el acto de conocer, lo indujo a considerarse como una substancia esencialmente pensante”⁽⁸⁾.

“El pecado de Descartes, es un pecado de angelismo, convierte al conocimiento y al pensamiento en una perplejidad irremediable, en un abismo de inquietud, porque concibió el pensamiento humano conforme al tipo del pensamiento angélico”⁽⁹⁾.

Toda la actitud de Descartes frente al mundo y al pensamiento servirá de base al idealismo.

5 CALDERON BOUCHET, Rubén: El orden monárquico y las oligarquías financieras, U.N.C., Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Cuadernos, 52, (Mendoza, 1980), pág. 72.

6 GILSON, Etienne: El realismo metódico, (Madrid, Rialp, 1963), pág. 133.

7 CALDERON BOUCHET. Rubén: op. cit., pág. 73.

8 Ibídem.

9 MARITAIN, Jacques: Tres Reformadores, Lutero - Descartes - Rousseau, 2da. edición, (Difusión, S. A., 1968), pág. 69

Desde esta perspectiva, resulta absurdo buscar al derecho en la naturaleza extramental, la única fuente auténtica de conocimiento es la razón; de allí, pues, debe surgir el derecho.

“Del derecho natural se pasó entonces al derecho racional, construido deductivamente a partir de una definición abstracta del hombre o de un a priori de la razón” (10). Derecho, en definitiva, desencarnado de la realidad, elaborado fuera del espacio y del tiempo, para un hombre inexistente, derecho ideal para un hombre ideal.

Una ley buena debe ser buena para todos los hombres, como una proposición verdadera es verdadera para todos escribía Condorcet y Pufendorf y Wolf intentaban construir códigos de derecho racionalmente perfectos que incluyendo basta los más ínfimos detalles del procedimiento judicial, pudieran ser aplicados en todas las naciones y para siempre (11).

El racionalismo, aplicado al mundo ético o jurídico, no puede ser otra cosa que una construcción perfectamente racional, pasando de la gnoseología a la mitología y con tendencia a ver en ello un acto grandioso de la razón.

B. — *Formulación de la Doctrina Normativo-Racionalista del Derecho.*

El conceptualismo jurídico sostiene que todo el derecho está encerrado en la ley. La única fuente del derecho es la ley escrita. Todo sistema jurídico es pleno y cerrado en tanto no tiene lagunas internas, no aceptando ayudas desde afuera, descansando en la armonía e interrelación de sus partes.

Ley y derecho son sinónimos en esta concepción, es decir, el derecho es la ley. El sistema jurídico y los principios generales se excluyen, en la medida en que dichos principios se hallan fuera de la codificación del derecho. El sistema jurídico es autosuficiente, y si bien puede presentar lagunas a los ojos de un profano, a los ojos de un jurista estas no son tales; son espacios jurídicamente vacíos que ningún intérprete ni juez pueden llenar, constituyen una zona de plena libertad y por ello nadie puede ser constreñido a una conducta a la que no sea obligado por la ley.

10 VILLEY, Michel: op. cit., pág. 578.

11 Cit. por MASSINI, Carlos I.: en “Los fundamentos del derecho natural clásico en el pensamiento de Michel Villey”, en IDEARIUM, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, N° 1, 1975, p. 76.

El legislador crea el derecho y el intérprete lo explica, gozando el creador de plena libertad y el intérprete sólo es siervo del texto a interpretar. El primero realiza un acto de voluntad y el otro un acto de inteligencia.

En verdad, la doctrina expuesta y sus postulados nos indican que el normativismo puede revestir diversas formas, matizándose de formalismo, positivismo, legalismo y llegando así a sofocar la vida bajo el peso de la fórmula, de las palabras de la ley.

El modo que se ha indicado, es el propio de la modernidad, del que aún hoy somos tributarios, de concebir el derecho.

Las características de este pensamiento jurídico moderno son: a) racionalismo, b) sistematismo, c) repulsión del pensamiento práctico y de todo lo referido a los fines del obrar, y d) normativismo (12).

a) *Racionalismo:*

En el ámbito jurídico, racionalismo, significa la desvinculación de la razón de la experiencia y de la sabiduría teológica (13).

La razón, desligada del orden real y de lo sobrenatural, pretendió construir la realidad sobre la base del modelo matemático, ya que esta ciencia respondía a las exigencias de la razón pura, era ajena a lo mutable y por ello se llegaba a resultados ciertos y necesarios.

En cuanto al método, se pretendió la aplicación del propio de las matemáticas a todas las ciencias y en especial a las ciencias prácticas, cuyo objeto es la operación humana. Así, por ejemplo, Spinoza refiriéndose a la ética, señala: “consideraré las acciones y los apetitos humanos como si se tratase de líneas, de superficies y de cuerpos sólidos” (14).

Con relación al derecho, tal manera de pensar, implica la construcción de toda la realidad jurídica al modo matemático. Se parte de una premisa a partir de la cual se deducen sucesivamente las conclusiones, que aportarán la totalidad del orden jurídico, hasta la más detallada regla.

Así fue que como fruto de esta concepción surgieron los enormes tratados de Derecho Natural - Racionalista elaborados en los siglos XVII

12 MASSINI, Carlos I.: “Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial”, Separata del Boletín de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo, N° 22, (Mendoza, 1978), págs. 4 y sgtes.

13 D'ENTREVES, Alessandro P.: Derecho Natural, (Madrid, Aguilar, 1972), pág. 61 y sgtes., cit. por MASSINI, Carlos I., Ibidem, pág. 2.

14 SPINOZA, Baruch: Ética, (Buenos Aires, Aguilar, 1973), pág. 161, cit. por

y XVIII, en los que se pretendió contener todo el derecho, de una vez, para siempre y universalmente válido. Son los sistemas de Grocio, Puffendorf, Domat.

b) *Sistematismo:*

Este carácter deriva de la aplicación del método racional deductivo, que lleva a la formación de sistemas cerrados y completos de conocimiento. El derecho aparece entonces como una estructura cerrada, sin contacto con la realidad de la vida exterior y totalmente coherente en su faz interna.

c) *Repulsión del pensamiento práctico y de todo lo referido a los fines del obrar.*

Se excluye deliberadamente del sistema de pensamiento todo lo referente al obrar humano y a sus propios fines, todo lo vinculado con la historia, con la contingencia y singularidad de la vida del hombre, ya que tales realidades no entran en los esquemas lógicos deductivos propios de las ciencias exactas.

Según la concepción moderna de la ciencia, los fines del obrar humano no tienen cabida, por cuanto no son medibles ni pueden expresarse a través de leyes formidables matemáticamente y de allí que para tal concepto, el derecho, la política, la moral, no eran saberes dignos de consideración.

En todo caso, los intentos que se hagan en la modernidad, de tratar esas realidades, no lo harán al modo práctico, como saberes destinados a dirigir el obrar del hombre, sino al modo teórico y tomando por modelo metodológico el de las ciencias exactas ⁽¹⁵⁾.

d) *Normativismo:*

La norma es la única dentro de las realidades jurídicas, que puede ordenarse en sistema, la única con la que puede trabajarse racionalmente, abstracción hecha de la realidad. La única que puede pensarse al modo teórico o especulativo, con prescindencia de los fines humanos, y de allí se sigue como consecuencia que se puede construir un sistema doctrinariamente perfecto o un esquema lógico coherente y acabado. No es posible ello con las demás realidades jurídicas: ni el obrar social justo concreto, ni los fallos de los tribunales, ni los deberes o facultades jurídicas, pueden concebirse sin vincularlas con la realidad concreta.

15 VILLEY, Miche: Philosophie du Droit, (París, Dalloz, 1975), pág. 196 y sgtes., cit. por MASSINI, Carlos I., en "Reflexiones...", op. cit., pág. 5.

Para el racionalismo el objeto de conocimiento no es el hecho de la conducta, sino las formas ideales de la misma. Esas formas ideales constituyen normas que permanecen como paradigmas inalcanzables. Son esquemas o tipos generales de conducta, a diferencia de los casos que son siempre singulares. Del estudio de esos módulos el racionalismo obtiene deductivamente las normas. Si en el empirismo la norma nace del hecho, en el racionalismo nace de la idea. Si el empirismo se inclina hacia lo singular y múltiple, el idealismo atiende a lo único y universal (16).

Ahora bien, el racionalismo no es la única fuente del normativismo moderno, sino que también es el voluntarismo, conforme analizaremos en el capítulo correspondiente.

C. — *La función del Juez en la concepción tratada.*

Para el pensamiento desarrollado y del que son exponentes en el siglo XVIII, Pufendorf, Wolf, Domat, Tomasio y otros autores, dado que el derecho es producto de la razón deductiva, utilizada al modo matemático, desde que las matemáticas fueron consideradas como modelo aplicable a toda ciencia, el objetivo de la jurisprudencia era la obtención para la ciencia del derecho de una certeza semejante a la que se lograba en el campo de las ciencias exactas.

Leibniz decía: “La justicia es una definición o concepto racional del que pueden extraerse consecuencias seguras, según las leyes inquebrantables de la lógica; del que pueden deducirse evidencias necesarias y demostrables, que no dependen de hechos, sino sólo de la razón, como la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la dinámica, y, también, la ciencia del derecho” (17).

Es así que el juez, por consiguiente, debe aplicar el modelo deductivo de las matemáticas a su actividad decisoria. Es decir, debe deducir de la norma general la sentencia aplicable a cada caso, sobre la base de un razonamiento deductivo que torne a la conclusión como necesaria, única e indubitable.

Para la Escuela de la Exégesis, que rinde culto a la ley escrita, representada por el Código Napoleón, la función de los jueces se agotaba en la tarea deductiva, ya que si no existían las premisas dadas por la ley, era imposible intentar una solución al problema jurídico propuesto.

16 FERNANDEZ SABATE, Edgardo, Los grados del saber jurídico, (U. N. T., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1968), pág. 42.

17 LEIBNIZ, Gottfried W.: Escritos de filosofía del derecho, (Madrid, Aguilar, 1971), págs. 158/159.

“La ley debe ser en la actualidad el origen único de decisiones jurídicas: admite su interpretación, pero procediendo de ella, del texto o del espíritu que lo ha inspirado, no de falsas fuentes precedentes, usos, equidad, utilidad general). Y en el caso de leyes ambiguas, insuficientes o contradictorias, el juez tendrá motivos tan poderosos para abstenerse... que deberá considerar como no existentes estas leyes y rechazar la demanda”, señalaba Blondeau (18).

Para los juristas de esta escuela, la aplicación de la ley debía realizarse del modo indicado para la ley física. Ante cualquier controversia, era necesario subsumir el caso bajo una norma general y a partir de ella, construir el silogismo que tiene a la ley por premisa mayor, al caso concreto por premisa menor y a la sentencia por conclusión necesaria.

Liard afirmaba que: “los artículos del código son teoremas cuyo enlace entre sí hay que demostrar y deducir sus consecuencias, hasta el punto que el verdadero jurista es un geómetra y la educación jurídica es puramente geométrica” (19).

Este modelo matemático para la construcción jurídica es propuesto por Sebastián Soler, para quien “el comportamiento del derecho guarda relación con las matemáticas en dos sentidos: por la forma en que se construyen los conceptos jurídicos que integran las normas y por la manera en que recíprocamente juegan” (20).

Este mismo autor, en su obra: “La interpretación de la ley”, expresa: “Unas palabras más, todavía, acerca de la censura fundada en la aplicación del procedimiento y razonamiento matemáticos al derecho...” “la relación que efectivamente guardan los conceptos jurídicos con los conceptos matemáticos especialmente con las figuras de la geometría”. . . “consiste en que ambos son conceptos dados o puestos por hipótesis, integrados, además, por un número determinado de elementos necesarios” (21).

Para la concepción considerada, el procedimiento discursivo del juez debe estructurarse según las reglas del silogismo deductivo, de inferencia necesaria seguido de dos proposiciones: la ley y los hechos litigiosos; no caben las valoraciones, estimaciones, incertidumbres, o jui-

18 Essai sur quelques points de législation et de jurisprudence, 1850, págs. 341 a 344, citado (por GENY, Francisco, Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo, (Madrid, Reís, 1925), pág. 23.

19 Cit. por RECASENS SICHES, Luis: Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho, (Madrid, Porrúa, 1973), pág. 155.

20 SOLER, Sebastián: Fe en el derecho y otros ensayos, (Buenos Aires, TEA, 1956), pág. 159.

21 SOLER, Sebastián: La interpretación de la ley, (Barcelona, Ariel, 1962), pág. 42.

cios de probabilidad, sino que el discurso se desarrolla sobre la base de premisas ciertas y a través de raciocinios que mueven necesariamente a la inteligencia a adherirse a la conclusión.

La misión del juez consiste en aplicar la ley tal como es, sin atender a ninguna otra consideración; no cabe modificar la ley en nombre de concepciones que a su vez juzgan a las mismas reglas. Su justicia es estática no dinámica. Es justo para él lo que está conforme con la ley. En cuanto juez no puede plantearse si la ley, es o no, conforme a la justicia.

Cabe citar al respecto: “Después de las explicaciones relativas a la naturaleza de la tarea para componer la norma decisoria, resulta innecesario insistir en que la actitud correcta del intérprete, en particular la del juez, lejos de consistir en una acentuación de sus propias intuiciones de la justicia debe centrar en un reconocimiento de la heteronomía de la ley, a la cual el mismo, como juez, es el primero en el deber de sometimiento” (22).

“Para que haya seguridad jurídica, la heteronomía debe ser plena, es decir, no debe reconocer excepciones, y menos que ninguna, la de los jueces” (23). “...porque a nuestro juicio, la sentencia no puede traer nada nuevo, nada que no estuviera en potencia contenido en la ley y que no fuera en principio discurreble en ella antes. Una sentencia es buena no ya cuando crea sino cuando muestra lo que en la ley había” (24).

En fin, los jueces, integrantes del Poder Judicial, no están para hacer derecho sino para aplicar mecánicamente la ley. Todo el derecho está en la ley y el juez sólo puede deducir de sus contenidos la solución de los casos particulares llegados a su decisión.

“Los jueces de la Nación, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la misma” (25).

Por su parte Laurent, escribía: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene por misión hacer el derecho, el derecho está hecho” (26).

22 Ibidem, pág. 194.

23 SOLER, Sebastián: Las palabras de la ley, (México, F.C.E., 1969), pág. 184.

24 Ibidem, pág. 188.

25 MONTESQUIEU: Del espíritu de las leyes, (París, Garnier, 1926), t. I, pág. 234.

26 LAURENT: Cours élémentaire de Droit civile, cit. por HERNANDEZ GEL, A., op. cit., pág. 82.

CAPÍTULO II

LA FUNCION DEL JUEZ EN LA CONCEPCION
JURIDICA NORMATIVO - VOLUNTARISTAA. — *Nociones históricas.*

Luego de Santo Tomás de Aquino, se definió la ley como: “una ordenación racional al bien común promulgada por la autoridad que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad” (27).

Tal definición es válida para todo tipo de ley, con el sentido de la analogía del ser, que es esencial en el pensamiento del Aquinate.

La ley, pues, era un acto de la razón; su esencia, (la que hace que una ley sea ley) no es el hecho de emanar de la autoridad y de surgir conforme a un procedimiento previsto, sino que está constituida por la ordenación racional al bien común. Un acto emanado del legislador en forma de ley, si carece de ese orden de la razón, no es una ley. En suma, el orden de la razón, es la naturaleza de la ley, él “hace” la ley (28).

Con Suárez, la ley cambia de naturaleza, ya que sostiene que el elemento específico de la ley debe buscarse por el lado de la voluntad. Es necesario que exprese una voluntad imperativa del órgano soberano y que ella sea ejecutable en virtud de la fuerza de la potestad pública. Define, antes de Ihering, la ley como una norma que constriñe. La vis coactiva, no es sólo la condición de la ley humana, es esencial; empero esta fuerza coactiva no surge del imperio de la razón, sino del carácter imperativo de la voluntad.

Para Suárez, la razón pierde su carácter normativo; la voluntad toma el lugar, desalojando a la razón, para darle a la ley su forma normativa. El imperium viene a ser —de esta manera— el acto propio de la ley.

La razón conoce el orden natural, pero tal orden es de esencias y no de existencias. La noción de naturaleza está lesionada, porque el orden del ser y el orden del hacer están separados en el hombre como dos potencias diferentes. De tal modo, se sigue, una separación radical entre: la ley natural que la razón conoce y la ley positiva que la voluntad crea.

27 TOMAS DE AQUINO, Santo: Suma Teológica, I-II q. 90 a 4.

28 Ibidem, I-II q. 93 a 3; ad. 2; q. 96 a 2; q. 96 a 4.

El cambio anotado en la noción de ley implica que la voluntad y no la razón es quien caracteriza a la ley. Queda abierta una figura en la doctrina tradicional que se ampliará con Grotius y sus sucesores.

Se habla entonces de dos derechos: el derecho natural que la razón conoce y el derecho positivo que es creado por la voluntad, a los que Grotius llamará respectivamente: "Derecho Racional" y "Derecho Voluntario". El derecho positivo no guarda relación intrínseca con ni derecho natural; aquél no deriva de éste, aunque es controlado, pero desde afuera.

El derecho natural está fuera de la ley, él no se introducirá en el marco del orden jurídico más que por vía de reflexión moral. El positivismo jurídico, será así, la consecuencia de la concepción suareciana de la ley ⁽²⁹⁾.

El voluntarismo de Grotius llegará a Rousseau cargado de un dinamismo individualista, originado en Inglaterra con el pensamiento de Hobbes.

En Hobbes la voluntad individual es la regla primera del derecho, no hay más derecho que el voluntario y todos los derechos naturales del hombre están contenidos en el "querer" vivir que expresa lo más profundo de él. El existir, el querer existir, el poder existir, es la única ley para este pensador. La voluntad toma el lugar de la naturaleza, pues natural no significa otra cosa que voluntario, espontáneo. En el estado anterior al "estado de sociedad", el querer vivir humano es la única ley, ley de lucha por la vida; ley de la jungla; "el hombre es un lobo para el hombre".

La voluntad de vivir de los hombres, su instinto profundo, los pone de acuerdo y así resulta que el Contrato Social será el medio, la base de la sociedad y de todo derecho positivo.

"Rousseau es el heredero de Hobbes, más que de Grotius y de Pufendorf. Encontramos en la base del Contrato Social, la idea de que cada individuo originariamente es su propia ley por su sola voluntad" (³⁰). "Toda la sustancia del derecho natural y del derecho positivo se reduce, en Rousseau, a una dialéctica de la voluntad individual y de la voluntad general. En Hobbes, la dialéctica de las voluntades individuales desemboca en la voluntad del monarca; en Rousseau en la voluntad del pueblo; pero en los dos casos es el mismo voluntarismo el que juega" ⁽³¹⁾.

29 Sobre lo expuesto Cfr. VINCENT, André: Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico, (Buenos Aires, Gherzi, 1978), págs. 13 y 69.

30 *Ibidem*, pág. 42.

31 VINCENT, André: *op. cit.*, pág. 42.

Con Rousseau el voluntarismo da un nuevo salto. En la obra de Hobbes, el querer vivir de la naturaleza se expresaba en el instinto de conservación. En cambio en Rousseau el querer vivir, fundamentalmente no es un instinto de conservación, sino un instinto de libertad, con lo que el voluntarismo halla un estado absoluto.

El absolutismo de las voluntades individuales se concibe con la existencia de un orden social a través del Contrato Social. Este es un mito que data de antiguo en el pensamiento de la humanidad, reconstruido por Rousseau con rigor lógico a partir de una visión voluntarista de la sociedad y del derecho.

“El orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros. Pero ahora ese derecho no viene de la naturaleza: está fundado sobre las convenciones” (³²). Con estas palabras el derecho natural está suprimido. El derecho fundamental es convencional: es un derecho positivo, voluntario.

“La naturaleza humana, en Rousseau, se entronca a la voluntad. Ella es absolutamente pre-racional del mismo modo ano es absolutamente pre-social. La voluntad no tiene necesidad de la razón: posee —por sí misma— lo que quiere; y ella no quiere otra cosa que su libertad” (³³).

La idea de un contrato social primitivo es antigua, se la retoma con Grotius. Hobbes le da una nueva fuerza y Rousseau concibe la máxima expresión del voluntarismo jurídico.

En realidad, el efecto del “Contrato Social” no sólo será constituir el Poder soberano, sino fundarlo creando al mismo tiempo la forma universal y la realidad de ese poder: “la voluntad general”.

“Luego de Suárez y de Grotius, el voluntarismo ha hecho su camino; ha eliminado del concepto de ley todo contenido racional, toda norma objetiva: la ley es el acto de una voluntad absoluta” (³⁴). La ley ya no se definirá como “ordenación racional al bien común” sino como “la expresión de la voluntad general”.

B. — *Formulación de la Doctrina*
Normativo - Voluntarista del Derecho.

En el voluntarismo jurídico, que queda representado ejemplarmente, en la concepción de Hans Kelsen, el creador del derecho elige entre

32 ROUSSEAU, Juan J.: El Contrato Social, L. I., cap. I, (Buenos Aires, Montone 1963), pág. 154.

33 VINCENT, André, op. cit., pág. 45.

34 VINCENT, André: op. cit., pág. 51.

las varias posibilidades que la norma superior deja abiertas. Es una decisión irracional, no hay acto de conocimiento, sino sólo un acto “libre” de voluntad.

Para la doctrina pura del derecho la relación entre un grado superior y uno inferior del ordenamiento jurídico, es una relación de determinación, en donde la norma de grado superior regula el acto con que se produce la norma inferior, no sólo en el aspecto procedimental, sino aún eventualmente en el contenido.

Empero esta determinación nunca es completa. La norma de grado superior no puede vincular en todos los sentidos el acto por medio del cual se aplica; siempre queda un margen de poder discrecional, de libre apreciación y se presenta como marco que hay que llenar. Ejemplifica Kelsen: “Cuando el órgano A ordena al órgano B proceder a la detención de un malhechor, el órgano B debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano A no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces” (35).

De eso resulta que los actos jurídicos con los que se aplica una norma, sólo parcialmente son determinados por ella y por consiguiente en parte, quedan indeterminados; indeterminación que puede ser deliberada o involuntaria.

En el caso de que fuera deliberada, aquella indeterminación es propuesta por la autoridad creadora de la norma superior. Anotemos verbigracia: “El Código Penal prevee para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código” (36).

Cuando la indeterminación es involuntaria, o no intencional, ella es consecuencia no buscada de la naturaleza misma de la norma. “El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas” (37).

La misma situación de indeterminación se presenta cuando el que aplica una norma supone una discrepancia entre el sentido gramatical de ella y la voluntad del legislador y le cabe duda de en qué manera debe ser determinada esta voluntad.

35 KELSEN, Hans: Teoría pura del Derecho, (Buenos Aires, 1969), pág. 134,

36 Ibidem, pág. 165.

37 KELSEN, Hans: op. cit., pág. 165.

Sucede igual cuando la discrepancia tiene lugar entre la supuesta intención de las partes y las palabras en que se expresa tal intención en un contrato.

También la indeterminación en que queda el acto jurídico de aplicación, puede provenir de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente.

También, para todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma establecida de alguna manera o bien a su expresión en las palabras de la ley, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. Lo que interesa es que, en cualquier caso, la norma que se ha de aplicar funciona como un esquema dentro del cual se encuentran múltiples posibilidades de aplicación y por ello, cualquier acto que se mantenga dentro del esquema y lo llene con uno de sus posibles significados, puede decirse que es conforme con la norma.

“La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar” (³⁸). La elección de una de aquellas posibilidades y por ello la exclusión de todas las demás, es un acto determinado únicamente por la voluntad. No hay ninguna razón para elegir una de aquellas posibilidades y excluir las otras.

Como consecuencia de esta doctrina se extrae, que la aplicación del derecho jamás nos conducirá necesariamente a una única decisión como si una sola fuera exigida por el derecho positivo. Sólo nos dejará ante varias decisiones posibles que tendrán el mismo valor todas, en cuanto correspondan a la norma que se ha de aplicar.

“El hecho de que una sentencia se considere fundada en la ley no significa que sea ésa la única norma individual exigida por la norma superior de la cual es aplicación y que para obtenerla baste una simple deducción racional a partir de aquella norma sino únicamente que la sentencia se atiene al esquema indicado en esa norma superior, que es una entre las varias normas individuales posibles dentro del esquema de la norma general, aunque para producirla haya sido necesario un acto voluntario de elección” (³⁹).

38 KELSEN, Hans: op. cit., págs. 166/167.

39 MARTINEZ DORAL, J.: La estructura del conocimiento jurídico (Pamplona, Universidad de Navarra, 1963), pág. 80.

C. — *La función del juez en la concepción tratada.*

Según el voluntarismo kelseniano la función judicial, lo mismo que la legislativa, es el propio tiempo creación y aplicación del derecho.

Dice Kelsen: “solamente el prejuicio característico de la jurisprudencia de la Europa Continental, de que el derecho es por definición, un conjunto de normas generales, así como la identificación errónea del derecho con los preceptos generales de la ley y la costumbre, han podido oscurecer el hecho de que la decisión judicial continúa el proceso de creación jurídica, de la esfera de lo general y abstracto, en la de lo individual y concreto”.⁽⁴⁰⁾

El juez tan sólo debe conocer el propio ordenamiento jurídico, no debe servirse de otras fuentes, porque ello implica contaminar la pureza del derecho. Así por ejemplo, él jamás debe inspirarse en conceptos de justicia, de moralidad, de religión; el derecho es una simple técnica del orden social coercitivo y por eso debe declararse incompetente para resolver cuestiones de justicia, de ética y de otros órdenes.

La regla es la coherencia del sistema que se impone en todos los grados del ordenamiento jurídico. Dentro de los márgenes de esta coherencia cada grado es libre; ningún principio extraño puede librarlo de la coherencia. Pero tampoco puede limitar su libertad.

La función del juez no se reduce a un descubrimiento intelectual de la solución normativa aplicable a una situación específica sino que es una actividad creadora, por la cual libremente elige la norma a aplicar, dentro de las posibilidades que le permite el esquema representado por la norma superior. En realidad, el juez crea una nueva norma jurídica, porque entre las múltiples posibilidades de decisión que le ofrece la norma superior, el tribunal decide cuál de ellas será la norma válida. La norma superior respecto a la inferior es un marco abierto a múltiples posibilidades, y la actividad creadora del juez consiste en decidir, dentro de este marco, la norma válida. Ninguna de las posibilidades es mejor que otra, cualquiera es igualmente válida.

La diferencia entre el administrador de justicia respecto de la ley y el legislador respecto de la constitución, advierte Kelsen, es sólo cuantitativa y no cualitativa y consiste en que desde el punto de vista material el vínculo del legislador con la constitución es mucho más débil que

40 KELSEN, Hans: **Teoría General del Derecho y del Estado**, (México, Editorial Universidad Nacional autónoma de México, 1958), pág. 160.

el del juez respecto de la ley, pero en ambos casos se trata de una actividad creadora.

Así, dice: "...pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la normal general". (41)

La actividad jurisdiccional precisa establecer si se da o no in concreto un hecho que la norma general ha determinado in abstracto y para este caso concreto de coacción, es decir, disponerlo y después realizarlo, aplicando las determinaciones abstractas de la norma general.

El proceso no termina con la decisión judicial. El proceso de formación y concreción de la norma termina cuando se realiza el último acto de ejecución de la sanción.

La teoría pura del derecho, defiende la tesis de la Escuela del Derecho Libre, en punto a que la función judicial es una actividad creadora.

La reacción de Fuchs y Kantorowicz en Alemania y de Gény en Francia, frente a la jurisprudencia conceptualista, abrió el camino para considerar a la función judicial como una actividad creadora de máxima importancia.

"Es significativo que el propio Kelsen reconozca que la teoría pura del derecho ha dado fundamento teórico a una de las principales tesis de la escuela del derecho libre: que lo que se llama aplicación de la norma general por los tribunales es en verdad formación del derecho". (42)

"Sólo la falta de atención a la función normativa de la decisión jurisdiccional, el prejuicio según el cual el derecho sólo se compone de normas generales e ignorar la norma individual, han oscurecido el hecho de que la decisión jurisdiccional no es más que la continuación del proceso de creación del derecho y ha conducido al error de ver en ella sólo una función declaratoria". (43)

La operación de concreción del juez no es en modo alguno matemática, pues "sin la sentencia el derecho abstracto carecería de forma o estructura concreta". (44)

41 KELSEN, Hans: Teoría pura..., op. cit., pág. 169.

42 KELSEN, Hans: Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre, Juristischer Wochenschrift, 1929, pág. 1723 ss., cit. por CALSAMIGLIA, Albert, Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica, (España, Ariel, 1978), págs. 176/177.

43 Ibidem, Reine Rechtslehre, 2da. ed., pág. 244, citado por CALSAMIGLIA, Albert, op. cit., pág. 181.

44 KELSEN, Hans: Allgemeine Staatslehre, pág. 323, citado por CALSAMIGLIA, A., op. cit., pág. 182.

La teoría de Kelsen introduce al juez en la estructura propia del derecho. El juez es creador del derecho y por ello no es externo a él, sino que entra a formar parte del proceso de concreción de las normas y su actividad es una actividad jurídica creadora.

Cossio describe el fenómeno así: “La creación judicial de la sentencia por el juez hace ver con evidencia que éste no es un elemento extraño y separado del derecho que estuviera fuera del derecho, mirándolo o conociéndolo desde cierta distancia, cual si el derecho fuera una cosa conclusa y fija que pudiera tomar a voluntad, para aplicar cuando llegara el caso, como quien asienta el sello sobre el lacre. Por el contrario, de la propia estructura conceptual que impone la lógica del deber ser, resulta con inmediata claridad que si las sentencias integran la creación normativa en qué consiste el ordenamiento jurídico, entonces el juez, en tanto que creador de la sentencia, está dentro, y no fuera del ordenamiento. Y se comprende, en consecuencia, que el juez mira al derecho no como algo concluso y ya hecho, sino como algo que está haciendo constantemente en su carácter de vida humana viviente”.⁽⁴⁵⁾

En suma, la decisión del juez es un puro acto de voluntad inmotivado, dentro del marco establecido por las normas superiores y según las múltiples posibilidades de aplicación que aquéllas le ofrecen.

CAPÍTULO III

CRITICAS A LAS DOCTRINAS NORMATIVO - RACIONALISTA Y NORMATIVO-VOLUNTARISTA DEL DERECHO

Luego del desarrollo que hemos realizado, advertimos que nos hallamos con dos teorías —racionalismo y voluntarismo jurídicos— que están contrapuestas.

Se trata, en los dos casos, de determinar la solución normativa que ha de regular una concreta situación.

El racionalismo pretende que la decisión se obtiene como resultado de una deducción puramente racional a partir de normas más amplias y comprensivas. Por su parte, para el voluntarismo la decisión sólo es producto de una elección “libre” dentro de las posibilidades que aquéllas normas ofrecen al creador del derecho.

En el caso del racionalismo, no puede hablarse de actividad creadora del derecho, en tanto que para el voluntarismo la administración de

45 COSSIO, Carlos: La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, 2da. ed., (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964), pág. 115.

justicia, como la legislación, implican una auténtica actividad creadora, todo ello tal como se ha visto.

A. — *Crítica a la concepción Normativo-Racionalista sobre la función del juez.*

Esta doctrina es errónea y ello queda de manifiesto por varios motivos ⁽⁴⁶⁾:

a) Es falsa porque supone, necesariamente, que existe un ordenamiento legal suficiente y completo. Es decir, implica, que para cualquier situación habría siempre una norma racionalmente cierta en el derecho positivo, que operaría como la premisa mayor universal de un silogismo demostrativo.

Ahora bien, la norma jurídica, no es una ley universal, como la de que “todos los hombres son mortales” o que “el calor dilata los metales”, sino que es una norma dada por un legislador histórico, atendiendo a una situación circunstanciada e irrepetible, para dar solución a un problema dado, que hace al bien común.

Por otro lado, el sistema legislativo no es autosuficiente, ni completo, pues existen lagunas legales, ya sea por imprevisión del legislador o por el cambio ocurrido en las relaciones reguladas.

Ocurre, además, de modo frecuente, que concurren varias normas que se refieren a uno o varios aspectos de una igual realidad, con un sentido opuesto o distinto, lo que las torna, a veces, hasta contradictorias.

La primera tarea del juez será, ante la situación que queda expuesta, la de buscar la norma relativa al caso planteado; búsqueda en la que deberá obrar con un criterio valorativo, pues ya la determinación de cuál o cuáles son las reglas jurídicas aplicables, entraña un juicio de valor, que implica seleccionar entre muchas la más adecuada para la solución del caso justiciable.

Ese acto de elección en materia del obrar humano, es valioso y lleno de contenido ético.

b) La situación de hecho que se debe regular, también será objeto de valoración por parte del juez.

Los problemas más acuciantes que se plantean al magistrado radican en la determinación precisa y en la interpretación de los hechos justiciables; no se trata de algo que el juez ha conocido en forma directa, inmediata y cierta, sino una realidad compleja que llega a su co-

46 Seguimos en general las reflexiones expuestas en tomo al tema por MASSINI, Carlos I., en “**Reflexiones...**”, op. cit., págs. 10 y ss.

nocimiento a través de la prueba que valora. Los hechos jurídicos, no son axiológicamente neutros, ya que son actos humanos libres, realizados en el orden de la convivencia social y que son valiosos o disvaliosos.

El juez debe, entonces, valorar los hechos, verificar su alcance, descubrir su sentido; valorar los medios de prueba y las pretensiones de las partes.

“La auténtica miga de la función judicial y la pesada carga de la misma no consiste en deducir la conclusión de dos premisas sino, en la tarea, muchas veces difícilísima, de sentar premisas correctas”, dice Recasen Siches (47).

El juez debe sentar las dos premisas, la normativa y la fáctica; no es un testigo mudo de lo que sucede ante sus ojos.

Con relación a la premisa fáctica y al proceso penal escribe Carnelutti: “El juez pregunta al inculpado. Pregunta a los testigos. Pregunta a las partes. Pregunta a las cosas. Querrá llamar si pudiera a todo el mundo a su presencia...; trata de iluminar todo lo posible el camino, que se desarrolla delante de él” (48).

c) Concebir la aplicación del derecho únicamente como un silogismo, implica la inmovilización de aquél en el instante de la sanción legislativa, porque debería inferirse siempre exactamente lo mismo frente a, casos similares, quedando eliminada toda posibilidad de progreso de la jurisprudencia, toda vez que el silogismo demostrativo es una inferencia necesaria.

Sin embargo, la experiencia muestra que en la realidad ello no ocurre así, pues “no hay nada más admirable que la lógica de nuestros magistrados, que consiste en ligar a viejos artículos del Código Civil, soluciones que dicen exactamente lo contrario” (49).

La jurisprudencia puramente silogística supone la detención del derecho en un momento elegido arbitrariamente como originario, lo cual no significa negar que el juez use de silogismos al razonar el derecho; lo que sucede es que estos raciocinios tienen carácter instrumental, subordinados y ordenados al fin práctico-jurídico; destacándose, por lo demás, que el juez no sólo razona por medio de silogismos, sino también

47 RECASENS SICHES, Luis: Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable, (México F. C. E., 1971), pág. 420.

48 **El arte del derecho**, (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956), pág. 84, cit. por MONTEJANO, Bernardino (h), **Filosofía de la Función Judicial, en la Función Judicial**, (Buenos Aires, Depalma, 1981), pág. 19

49 VILLEY, Michel: **Seize essais de philosophie du Droit**, (Paris, Dalloz, 1969), pág. 269, cit. por MASSINI, Carlos I., op. cit., pág. 12.

a través de argumentos retóricos, con razonamientos extralógicos o judiciales estrictos ⁽⁵⁰⁾.

d) La función del juez, tal como la concibe el racionalismo, no tiene en consideración el carácter práctico de la actividad judicial. Su función es práctica porque es práctico su objeto, toda vez que se dirige hacia las realidades que el hombre hace para conseguir su perfección. El magistrado establece un cierto orden en la convivencia de los hombres para el logro del bien comunitario.

La función propia de juez, es hacer justicia entre los hombres, regulando sus relaciones y así resulte la paz.

El juez no debe obrar como un matemático o un físico, a quienes no interesa los resultados prácticos de sus razonamientos y demostraciones, ya que su función es distinta. En efecto, "la sentencia, justicia en acto, opera sobre la singularidad concreta y contingente y tiene que hacerse cargo de ella según el afán que cada día trae consigo" ⁽⁵¹⁾.

Señalemos, además, que si el matemático incurre en un error en su ciencia, tal apartamiento de la verdad no afecta el ser ético de este científico; en cambio si el juez incurre en una injusticia, su ser ético ciertamente se ve comprometido. Del matemático se dirá que ignora su ciencia; del juez se dirá que es injusto y será, intransferiblemente, responsable de lo regulado en su sentencia y no la ley que aplique. El juez no podrá, en el caso de cometer una injusticia, derivar la responsabilidad que por ello le compete a la ley que aplicó o al legislador que la sancionó.

En suma, atendiendo a la diversidad de sus funciones, el matemático se perfecciona en el conocimiento de su ciencia y el juez se perfecciona moralmente en su persona. El juez, dice Pío XII, que con su sentencia la aplica a cada caso particular, es con causa y, por consiguiente, responsable solidario de sus efectos ⁽⁵²⁾.

El juez de la exégesis es "este docto funcionario superior que está sentado en su celda, equipado únicamente de una máquina de calcular, aunque por cierto de la mejor calidad. El único mueble de la habitación es una mesa verde sobre la que se encuentra, delante de él, el Código. Podemos colocar ante sus ojos cualquier caso, real o ficticio, y él podrá, pues tal es su deber, establecer con exactitud absoluta la deci-

50 Véase al respecto: KALINOWSKI, George: Introducción a la lógica jurídica, (Buenos Aires, EUDEBA, 1973), pág. 148.

51 CASARES, Tomás: La justicia y el derecho, 3ra. Ed., (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974), pág. 157.

52 Discurso "Con Felice pensiero", párrafo 13.

sión predeterminada por el legislador, utilizando tan sólo operaciones lógicas y una técnica secreta que él sólo entiende” (53).

Otra semblanza que conviene anotar es la que nos suministra Perelman: “El juez dando a cada uno lo que le corresponde según la ley, podría asimilarse a esos aparatos mecánicos, que, multiplicando la cantidad de la mercancía servida por el precio de cada unidad indican el importe total a pagar. . . En esta concepción, el juez perfecto sería como una máquina sin falla posible, una máquina que da la respuesta cuando se le suministran los supuestos del problema, sin preocuparse de saber ni cuál es la cuestión en litigio, ni quién sería el beneficiario de un posible error suyo” (54).

e) Un esquema de razonamiento como el propuesto por la doctrina racionalista, puramente formal-deductivo, no puede dar cuenta de elementos axiológicos, sociológicos, religiosos, económicos, políticos y de naturaleza similar que influyen, en verdad, en la decisión de los magistrados. También, tal esquema, implica olvidar que la realidad jurídica versa sobre las acciones humanas que son contingentes, variables y en gran medida impredecibles.

B. — *Crítica a la concepción Normativo-Voluntarista
sobre la función del juez.*

Igual que la doctrina del racionalismo, el voluntarismo es erróneo, según las motivaciones que a continuación se exponen:

a) La doctrina expuesta por Kelsen representa un progreso respecto al racionalismo en la medida en que reconoce el aspecto “creador” de la función del juez. Sin embargo, no obstante el progreso destacado, la doctrina kelseniana es errónea.

Para la teoría pura del derecho, el único campo donde tiene competencia el conocimiento, es el de la constatación del esquema que sirve de base a la creación de la norma inferior, pues la elección por la que es creada esta norma ya no es acto del conocimiento, sino puro acto de voluntad.

La decisión judicial pretende establecer una ordenación activa para ciertas conductas determinadas. Ahora bien, en virtud de la esencia del orden, que es una relación de medios a fines, tal ordenación no pue-

53 GNAEUS FLAVIUS, cit. por ROSS, Alf: Sobre el derecho y la justicia, (Buenos Aires, EUDEBA, 1963), pág. 136.

54 La idea de justicia en sus relaciones con la moral, el derecho y la filosofía, en *Crítica del Derecho Natural*, (Madrid, Taurus ed. S. P., 1966), pág. 166.

de establecerse si no se conocen los medios y los fines. Una facultad ciega de determinación, como es la voluntad, un impulso irracional, son incapaces de establecer ordenaciones razonables y por lo tanto de hacer surgir por si resoluciones normativas.

Realmente el voluntarismo es arbitrario, la decisión del juez se convierte en una elección irracional, injustificada, caprichosa, pues no hay razón para elegir una de las posibilidades que ofrece la norma y excluir las otras. “Se trata de una decisión inmotivada, no de un acto intelectual de clarificación conceptual” (55).

La creación jurídica tiene naturaleza formalmente intelectual y el derecho tiene una base objetiva más allá de todo voluntarismo.

b) Se parte de una concepción en la que el derecho es un orden coherente, más no un orden justo. El juez deberá pronunciar entonces su decisión guardando la coherencia del sistema, sin importar la justicia o injusticia de su resolución.

Interesa a la doctrina pura del derecho que exista la coherencia del sistema, que se impone en todos los grados del ordenamiento jurídico. En cada grado —por ejemplo: la constitución, el código, la sentencia— debe darse la coherencia interna y el grado inferior debe mantenerse coherente con el superior y ningún principio extraño puede librar de ese deber de coherencia. Así, resulta que el derecho es un orden coherente, es decir, su principio supremo no es práctico sino teórico; no es el de la justicia, sino aquél de la no contradicción.

Se reduce el derecho a una pura formalidad lógica, sin apreciarse que “ius est ipsa res iusta” (56). En verdad, el elemento que hace inteligible el fenómeno jurídico, el que permite la comprensión del derecho, no es otro que la obra justa. “A partir de esta realidad se ilumina el sentido de las restantes que forman el todo jurídico. Sin la obra justa, norma, facultad, saber y sentencia, quedan sin razón suficiente, sin elemento unificador y especificador” (57).

“La insuficiencia de la metodología kelseniana consiste en ver las cosas desde una perspectiva meramente formal, lo cual implica para el jurista vienes ver en lo formal la totalidad del derecho, cuando en realidad parece que la forma del derecho, con ser importante, no es el to-

55 MARTINEZ DORAL, J. M.: op. cit., pág. 79.

56 TOMAS DE AQUINO, Santo: Suma Teológica, II-II, q. 50.

57 MASSINI, Carlos I.: Política, Derecho, Equidad. Una concepción realista de la política y del derecho, (Ed. Jurídica de Chile, 1980), pág. 46.

do del derecho. La relación entre forma y contenido es una unidad indestructible. No es concebible una forma sin contenido como tampoco es concebible el contenido sin forma" (58).

En fin, anotemos un pasaje de la Suma contra los Gentiles, donde el Doctor Angélico, nos explica con meridiana claridad que la cosa justa es el fundamento del reino de la justicia y por ello del orden jurídico: "Puesto que el acto de la justicia es dar a cada uno lo que es suyo, todo acto de justicia debe estar precedido de un acto por el cual una cosa pasa a ser pertenencia de alguien; como se ve en las cosas humanas, donde uno con el trabajo hace suyo lo que después el remunerador, con un acto de justicia, le da. Por lo tanto aquel acto en virtud del cual originariamente una cosa resulta de alguien, no puede ser ya un acto de justicia" (59).

Creemos que en este pasaje que hemos transcripto, Hans Kelsen, podría encontrar la respuesta a aquélla cuestión que él designa como la pregunta fundamental: ¿qué es lo que cada uno puede considerar realmente como "lo suyo"? (60).

C. — *Crítica a través de la Jurisprudencia:*
Dos casos de la realidad.

Analizaremos en este punto dos fallos que hemos seleccionado con la finalidad de formular una crítica práctica a las concepciones racionalista y voluntarista acerca de la función del juez.

Caso a: (61) Los progenitores de la menor C. G. S. y D., en su representación, solicitaron se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano J. I. El pedido de venia obedecía a la circunstancia de que la menor C. G. S. y D. no contaba entonces con la edad de 18 años mencionada en el art. 13 de la ley 21.541, sobre trasplantes de órganos y el receptor J. I. S. D. se bailaba en grave peligro de no mediar una pronta operación de ese tipo.

El menor enfermo había ya recibido un riñón extirpado a su madre y luego había manifestado un rechazo inmunológico. Distinta era la situación respecto de su hermana C. G. S. y D., pues los estudios indicaban compatibilidad por ser histoidénticos.

58 CALSAMIGLIA, Albert: op. cit., pág. 194.

59 TOMAS DE AQUINO, Santo: Suma contra Gentiles, Lib. II., cap. 28.

60 KELSEN, Hans: ¿Qué es la justicia?, (U. N. C., 1962), pág. 46).

61 Pueden verse respecto del caso las consideraciones y comentarios que en "Reflexiones iusfilosóficas en torno al trasplante de órganos" ha realizado el Prof. JULIO RAUL MENDEZ, publicada en "La Ley", diario del 10 de febrero de 1981, publicación Año XLVI, N° 28.

El trasplante estaba indicado médicamente como necesario y urgente dado el diagnóstico de insuficiencia renal crónica terminal, en condiciones de gran riesgo, no pareciendo posible prolongar con éxito por más tiempo el tratamiento de diálisis a que estaba sometido el enfermo.

Todos los requisitos señalados en la ley 21.541 y en su decreto reglamentario habían sido cumplidos, excepto un punto, el de la edad de la donante. C. G. S. y D. que no tenía cumplida la edad requerida: en el momento de solicitar la autorización en primera instancia contaba con 17 años y 5 meses, al dictarse sentencia de segunda instancia tenía 17 años y 8 meses, al pronunciarse la Corte Suprema de la Nación alcanzaba 17 años y 10 meses.

Los fallos de primera instancia del 19-6-80 y de segunda instancia de fecha 4-9-80, con voto en disidencia del camarista Dr. De Igarzábal, denegaron la venia peticionada, en razón de no haber alcanzado la donante la edad prevista por la ley y por eso la capacidad requerida.

La Corte Suprema en fallo N° 33.801-C. S., de noviembre 6 de 1980. S. y D., C. G., resolvió conceder la autorización peticionada, dejando sin efecto el fallo recurrido.

Las consideraciones de la Corte pueden ser apreciadas en el fallo publicado en la página N° 266 y siguientes del tomo N° 91 de la Revista "El Derecho", Buenos Aires, 1981.

Ciertamente, siguiéndose la tesis del racionalismo y del voluntarismo jurídico sobre la función del juez, la solución del caso no podía ser otra que la denegatoria de la autorización y ello en atención al modo de concebir la función del juez por tales doctrinas. Sin embargo, tal solución es notoriamente injusta y disvaliosa habida cuenta del caso y de sus peculiares circunstancias.

Dice la Corte, entre otras argumentaciones, que "las soluciones notoriamente disvaliosas no son compatibles ni con el fin de la función legislativa, ni con el fin de la función judicial".

Por otra parte, el juez tiene el deber de ver anticipadamente qué pasará con su sentencia, qué consecuencias traerá. Ello entra en el complejo práctico de correcta y justa interpretación y aplicación de la ley.

Comentando el fallo, Bidart Campos, dice: "¡Qué lejos está la Corte de los que creen —o creían, porque hoy sería estúpido creerlo— que la sentencia es un silogismo, que el juez es un hacedor de paquetes o un pegador de etiquetas" (62).

62 KEDAJR/T CAMPOS. Germán J.: Interpretación Constitucional y Legal. Vida, integridad corporal. Familia y Justicia, en "El Derecho", t. 91, págs. 266 y ss.

En el considerando 6° señala la Corte: “El quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico, de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico, en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos”.

El normativismo jurídico si es fiel a sus postulados optará por la interpretación rígida y teórica y ella tendrá por consecuencia la denegación de la autorización aún ante la urgencia y gravedad del caso. En definitiva, el normativismo dará culto a la ley a expensas de la vida de un ser humano.

Vidal Taquini en su nota titulada: “Ablación de órganos por menores de edad” (⁶³), refiriéndose al problema en cuestión, concluye que “el juez debe decidir conforme al texto expreso de la ley al margen de concepciones subjetivas propias... Por más que las peticiones fuesen nobles y loables en tanto no tengan apoyo en el derecho positivo, el juez desgraciadamente no puede admitirlas, pues sobre su voluntad está la voluntad de la ley”. Esta nota refleja con claridad la posición normativista y la función del juez para ella.

En el orden práctico veríamos cumplida la voluntad de la ley, de seguirse tal tesitura, a expensas de la vida humana. ¿Qué ley puede exigir, conforme su naturaleza, ciegamente y aplicada a este caso, la vida de una persona? ¿Podrá llamarse ley tal norma? ¿Será el juez el verdugo de J. I. S. D.?

Cabe una última reflexión: ¿Quedaría excusado moralmente el juez en nombre de la voluntad de la ley, en el supuesto eventual de la muerte de J. I. S. D., habiendo tenido en sus manos autorizar la ablación y conforme las circunstancias del caso? La respuesta es obvia, el juez no podrá desplazar su responsabilidad ética a la ley o al legislador. El será el único responsable de la injusticia.

Caso b: Ante la inflación económica, que es un fenómeno que ha afectado al mundo, desde hace algunas décadas, y por cierto a nuestro país, de modo particularmente intenso, se ha originado un gran desequilibrio en todo el ámbito de las relaciones jurídicas.

Frente a ello y de modo especial en el campo de las relaciones contractuales, se ha polemizado mucho, quizá demasiado, a fin de que se

63 "La Ley", Suplemento diario del 7-11-80.

acogiera el reajuste de las “deudas de dinero”. Diversos y de variada índole han sido los argumentos que se han dado al respecto.

Para el normativismo jurídico, frente a este problema, no cabe otra solución que la única que suministran los artículos 619 y 622 del Código Civil, es decir, que el reajuste de las “deudas de dinero” es improcedente, pues, el deudor cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación, por cuanto la obligación del deudor fue la de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional.

“La circunstancia de que estas disposiciones se hayan vuelto injustas por el cambio de las condiciones sociales, no autoriza a desestimarlas y sustituirlas por otras de elaboración judicial. El único remedio legítimo es la reforma por los poderes competentes, que no es, por cierto, el judicial” (64), dice Orgaz.

Nuestro Superior Tribunal Nacional, tuvo ocasión de pronunciarse en torno al tema en el caso VIEYTES DE FERNANDEZ, Juana, Suc., c/Pcia. de Buenos Aires E. D. 69-186), y allí se expidió acogiendo el reajuste de una deuda dineraria, dando entre otros argumentos: “Que entrando a considerar la sustancia de la solicitud en cuestión, cabe señalar que en situaciones residas por la justicia conmutativa como la de autos, ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso, y no siendo el dinero un fin ni un valor en sí mismo, sino un medio que, como denominador común, permite conmensurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores v al fin de cada una de ellas; situación equitativa que resulta alterada cuando, como en el caso, por culpa del deudor moroso, la prestación nominal a su cargo ha disminuido notablemente su valor real, su poder adquisitivo, por influencia de factores que no dependen del acreedor”.

Alfredo Orgaz, en el mismo trabajo que ya se ha citado, critica el fallo de la Corte, desde una postura ciertamente normativista, sosteniendo: “...resolver «casos particulares» con justicia, pero con menoscabo de la ley y del orden jurídico, es cumplir el deber menos importante a costa del más importante”.

No es el deber más importante del juez el de aplicar la ley ciegamente y sin ver los efectos prácticos de su resolución y el menos im-

64 ORGAZ, Alfredo: Los jueces y las leyes injustas, en Revista “El Derecho”, t. 75. págs. 757 y ss.

portante el deber de resolver con justicia. No admitimos el falso dilema que introduce este autor en su crítica: "...En todos los casos de una ley injusta, el juez se ve asediado por dos exigencias inconciliables: la de solucionar con justicia el «caso» a resolver, pero apartándose de la ley, o la de respetar ésta y decidir con injusticia". En realidad, cuando la ley aplicable es injusta, como resultaba en el caso aplicar la normativa de los artículos 619 y 622 del Código Civil, dicha norma "no tiene razón de ley sino más bien de cierta violencia" (65).

¿Qué habrá de realizar el juez en estos casos?

El juez puede, por cierto, juzgar a la ley, no sólo respecto de la Constitución —lo que hoy en día es generalmente aceptado— sino también respecto del derecho, aún fuera de la Constitución (66). La ley que contraviene lo que es justo es antijurídica, por ser contraria a derecho, y no es ley; resultando como consecuencia que ella no debe ser aplicada por el juez.

Escuchemos al Aquinate: "Así como la ley escrita no da fuerza al derecho natural, tampoco puede disminuirla o quitársela, puesto que la voluntad del hombre no puede inmutar la naturaleza. Así pues, si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural, es injusta y no tiene fuerza para obligar, pues el derecho positivo sólo es aplicable cuando es indiferente ante el derecho natural en que una cosa sea hecha de uno y otro modo según lo ya demostrado. De ahí que tales escrituras no pueden denominarse leyes, sino más bien corrupciones de la ley, como se ha dicho y por consiguiente no debe juzgarse según ellas" (67).

La decisión de la Corte en el caso examinado, es justa y afirmó sin miedo alguno la primacía de la razón y de la justicia sobre cualquier interpretación contraria de la voluntad legislativa. Más aún removió los obstáculos opuestos por el servil apego a una tradición interpretativa del Código Civil que estaba impidiendo la justicia (68). La situación equitativa a la que alude el Superior Tribunal en su sentencia, es de fundamental importancia, pues "lo equitativo, siendo justo, no es lo justo según la ley, sino la regulación de lo justo legal" (69).

65 TOMAS DE AQUINO, Santo: Suma Teológica, I-II, q. 95, a 2, c.

66 GUZMAN BRITO, Alejandro: La función judicial en las concepciones clásica, moderna y contemporánea, en la función judicial, op. cit., pág. 227.

67 TOMAS DE AQUINO, Santo: Suma Teológica, II-II, q. 60, a 5.

68 PUEYRREDON, Ernesto: Meditación sobre el tratado de la ley, en IDEARIUM, (Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, N° 3), (Mendoza, 1967), pág. 33.

69 ARISTOTELES: Ética a Nicómaco, Libro V.

"Por consiguiente, cuando la ley dispone de manera universal, mas acontece un caso particular fuera de lo dispuesto universalmente, entonces se procede rectamente si donde calló el legislador, o dónde erró al hablar en absoluto se corrige la falta. Porque el legislador, de estar presente, hubiera estatuido así; y si lo hubiera sabido, hubiese establecido tal ley". "En virtud de ello lo equitativo es también justo, y mejor que cierto justo, mas no que lo justo absoluto, sino mejor que lo justo en el cual hay error por disponer absolutamente. Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: la corrección de la ley donde falla por razón de su universalidad" (70).

Hemos visto dos fallos emitidos por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que calificamos sin hesitación alguna como ejemplares, por cuanto conocer que nuestro Superior Tribunal resguarda el orden de la justicia y la equidad, nos inspira la confianza de que en nuestra Patria es posible la "tranquilidad en el orden", que constituye la paz.

CAPÍTULO IV

LA FUNCION DEL JUEZ EN LA DOCTRINA DEL REALISMO JURIDICO CLASICO

¿Significan las críticas que hemos desarrollado precedentemente que somos partidarios de una total discrecionalidad para los jueces y del "derecho libre"?

No, lejos de ello, sostenemos que los jueces deben fallar de conformidad a la ley, pero recordando que la ley no sólo contiene determinaciones positivas, sino también principios y conclusiones y que aquéllas determinaciones carecen de validez como ley cuando conducen a una decisión contraria a los principios o a lo que surge de ellos por vía de conclusión.

Y bien, uno de los principios que debe informar toda ley positiva es el que establece que debe darse a cada uno lo suyo. Cuando ocurre que las determinaciones positivas contenidas en la ley no respetan el principio de derecho natural que obliga a dar a cada uno lo suyo, el juez, frente a ello, deberá declarar inaplicable, en el caso concreto, aquellas determinaciones y observar el principio. No ha-

70 Ibidem.

rá con ello, otra cosa, que cumplir su misión como juez, la de hacer justicia entre los hombres, afianzando así el bien común.

“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 tengan, o que se piense que no tienen, se espera que el acto judicial las ponga de algún modo al decidir el caso” (71).

“De ahí que la fidelidad de los jueces a las leyes haya de estar incluida en una fidelidad más alta; que la identificación de la voluntad del juez con la voluntad de la ley tenga que hacerse a favor de una pura y simple identificación de la voluntad del juez con la justicia” (72).

La doctrina de la prudencia permite superar los errores contenidos por el racionalismo y el voluntarismo. En verdad, rechaza el “deductivismo” racionalista, en razón de que la decisión se mueve en un orden de circunstancias concretas y de singularidad de situaciones, en el que la deducción no es suficiente para lograr una razonable, adecuada y justa solución. Empero, también rechaza la “irracionalidad” del voluntarismo que torna la decisión arbitraria y caprichosa.

La virtud intelectual y moral de prudencia tiene dos dimensiones: una cognoscitiva y otra preceptiva.

La prudencia, en virtud de su dimensión cognoscitiva, busca, aprovechando las indagaciones de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica, los medios para regular las situaciones singulares aquí y ahora. La finalidad de ello es hallar la solución justa al caso planteado y para eso requiere actuar sobre la base de una moción de la voluntad, rectificadas por las virtudes morales.

Lo más característico del imperio prudencial, es su dimensión preceptiva y creadora, por la cual no se limita a una interpretación teórica de la realidad jurídica, sino que interviene en ella, dándole una nueva configuración.

“Un tercer momento, también insustituible, nos aparece ahora, con la consideración de la doctrina sobre la prudencia. Paralelamente a la filosofía y a la ciencia, la prudencia constituye un tipo epistemológico específico, caracterizado tanto por la estructura de sus medios propios de aprehensión y de juicio, como por el modo sintético e inmediatamente práctico con que los utiliza” (73).

71 CASARES, Tomás D.: op. cit., pág. 157.

72 *Ibidem*, pág. 158.

73 MARTINEZ DORAL, J. M.: op. cit., págs. 91/92.

La decisión de la prudencia representa pues el enlace —no meramente deductivo, pero tampoco irracional— entre las zonas del conocimiento y la acción; entre lo teórico y lo práctico. Implica también la posibilidad de determinar los caminos de una resolución jurídica adecuada a las situaciones particulares y concretas.

La prudencia jurídica es un modo particular de la prudencia y concretamente, ella determina lo suyo de cada uno frente al problema planteado; la prudencia jurídica del juez implica la determinación de lo justo en el caso concreto. El juez no sólo determina lo suyo de cada cual en el caso particular, sino que además manda le sea dado en la realidad de los hechos.

¿Hay, entonces, alguna relación entre la prudencia y la justicia?

Ciertamente sí, se destaca la influencia de la voluntad, sede de la justicia, con relación a la razón práctica, en donde hallamos la prudencia; la decisión tiene su origen en el elemento volitivo. La razón responde de conformidad con el apetito justo y descubre los medios adecuados para la consecución del fin que la voluntad persigue. Solamente quien tiene la voluntad de dar a cada uno lo suyo, puede mocionar a la prudencia, para que prescriba en cada caso la decisión justa. “La prudencia sin justicia no sale de su estado puramente intelectual, no pasa a la decisión concreta; por el contrario el justo sin prudencia, no acertará sobre el objeto de su recto querer, no sabrá ciertamente qué cosa es objetivamente justa” (74).

Tres proposiciones, cabe considerar, en lo que concierne particularmente a la misión del juez (75): 1º) el juicio es acto de la virtud de justicia; 2º) como tal es primordialmente acto propio del juez y 3º) por ello el juez debe ser como “cierta justicia animada” y en tal orden las consideraremos.

1º) *EL juicio es acto de la virtud de justicia*: el juicio es acto de la virtud de justicia en cuanto ésta inclina o dispone para juzgar rectamente y acto de la prudencia en cuanto ésta pronuncia el juicio.

A la virtud de justicia se ha de atribuir la rectitud intencional del juicio, que es la esencia de él; en tanto que a la prudencia incumbe el ajuste de lo que el juicio concretamente determine e imponga (76).

74 MASSINI, Carlos I.: Reflexiones acerca..., op. cit., pág. 25.

75 CASARES, Tomás D.: op. cit., págs. 249/250, en nota VI El juez en la Suma Teológica de Santo Tomás, II-II, q. 60.

76 TOMAS DE AQUINO, Santo: Suma Teológica, II-II, q. 60, a 1.

La práctica de la virtud de justicia connaturaliza con lo justo y por ende con su recto discernimiento en lo concreto, de un modo más entrañable que el conocimiento racional del derecho.

2º) *El juicio es primordialmente acto propio del juez*: “Juicio significa propiamente el acto del juez como tal, pues el nombre de juez viene a significar lo mismo que quien dice el derecho; más el derecho es el objeto de la justicia... y por esto el juicio implica, en su acepción primitiva, la definición o determinación de lo justo o del derecho” (77).

Esa definición o determinación de lo justo, debe ser recta, lo que supone dos elementos: a) la adecuada predisposición de la voluntad que quiere alcanzar lo justo y b) regulación de la prudencia que prescribe acerca de los medios idóneos para el logro de ese fin. No basta la buena voluntad, el deseo de hacer justicia, se necesita la iluminación de la prudencia.

“En el caso de la función judicial, Dios nos libre de jueces que quieran “ser justos” sin prudencia que tengan ganas de dar a cada uno lo suyo, sin saber qué es lo suyo de cada uno, porque el resultado será concretas injusticias con buenas intenciones” (78).

3º) *El juez debe ser como “cierta justicia animada”*: La práctica de la virtud de justicia, conforme la naturaleza de la misión del juez, es un constitutivo esencial de su vida moral, hace del juez que sea como “justicia animada”, expresión de Aristóteles, la cual significa una presencia viva pero no impersonal de la justicia. No se puede concebir la animación de algo por una virtud, sino la de alguien, es decir de una persona. “El juez es constituido ministro de Dios” (79).

Por otra parte el primer deber del juez es el de discernir la conformidad de la norma con el derecho natural. Ello requiere ciencia del derecho, pero ante todo, conciencia de lo justo por naturaleza, con ese conocimiento por connaturalidad propio del justo.

En fin, el ejercicio de la función judicial requiere siempre el de la debida remisión al fundamento del que las leyes reciben su autoridad de tales y el discernimiento de lo justo en el caso particular, una disposición de la voluntad animada por esa conciencia viva de lo justo, que es propia del justo.

77 TOMAS DE AQUINO, Santo: Suma Teológica, II-II, q. 60 a 1.

76 MONTEJANO, Bernardino: op. cit., pág. 16.

79 TOMAS DE AQUINO, Santo: Suma Teológica, II-II, q. 60.

Se han examinado a lo largo de este trabajo dos doctrinas —racionalismo y voluntarismo— normativas del derecho, que acerca de la función del juez sostienen dos posturas diferentes. El racionalismo jurídico, según el que toda la actividad jurídica se reduce a un descubrimiento de normas implícitamente contenidas en otras anteriores, sin que pueda siquiera hablarse de actividad creadora del derecho y el voluntarismo jurídico en el que la administración de justicia supone una auténtica actividad creadora, aunque arbitraria, puesto que el proceso de concretización del derecho, es función de la voluntad y no del entendimiento. En el racionalismo conocimiento y actividad jurídica deberán identificarse, en el voluntarismo conocimiento y actividad creadora deberán escindirse absolutamente.

Las dos doctrinas son erróneas, según los motivos apuntados en la crítica efectuada no sólo a nivel teórico sino también en el orden práctico. Sólo tienen de común el ser normativistas, el ver sólo un aspecto de la realidad jurídica: la norma. “Del ser expulsaron lo bueno, lo justo, el valor. Redujeron la “naturaleza” a los hechos“⁽⁸⁰⁾.

La doctrina del realismo jurídico clásico, superadora del voluntarismo y del racionalismo, nos permite apreciar la verdad acerca de la misión del juez. De su lección aprendemos: que el juez opera con una materia contingente y circunstanciada como es la jurídica; que el razonamiento del magistrado no está encaminado a descubrir una verdad teórica sino a la solución justa de un problema práctico, a ordenar la convivencia hacia el bien común, con el instrumento de la ley, en cada caso particular y concreto; que el juicio judicial es un juicio de valor que compromete éticamente al juzgador; que el juez no sólo determina a través del juicio prudencial qué es derecho en un caso concreto, sino que lo prescribe y manda que sea concretada la solución en los hechos, no solamente establece qué es lo suyo de cada uno, sino que impera le sea dado. En fin, conocemos que el juez no es “la boca que pronuncia las palabras de la ley” sino como “cierta justicia animada”.

Empero “el propósito de mantener la paz y la concordia entre los hombres mediante los preceptos de la justicia será insuficiente si por debajo de estos preceptos no echa raíces el amor”, advierte en la Suma Contra los Gentiles Santo Tomás.

80 VILLEY, Michel: **Método, Fuentes y Lenguaje jurídico**, (Buenos Aires, Gherzi, 1978), pág. 172.

El pensamiento expuesto, nos inspira una reflexión. El juez contribuirá con su función a ordenar verdaderamente la convivencia entre los hombres hacia el bien público temporal, si se encuentra animado por la virtud de la caridad. En efecto, puesto que el objeto de la justicia es el respeto de los bienes y derechos del prójimo, es a la par, condición previa e irradiación del amor al prójimo. Respetar los derechos de alguien es ya un comienzo de amor y si se ama de verdad a alguien, se respetará ciertamente con cuidado la justicia respecto de él.

La virtud de la caridad, que el decir del Apóstol de los Gentiles: “no es envidiosa, jactanciosa, ni se enorgullece; no es incorrecta, egoísta, ni se exaspera, ni toma a cuenta el mal; no se goza de la injusticia, sino que se alegra con la verdad; que es longánime, benigna, que excusa y soporta todo, que cree y espera siempre”, por ser “forma de todas las virtudes”, perfeccionará la obra justa del juzgador y a él mismo, porque atañe a todo el ser del hombre para transformarlo con miras al fin sobrenatural: Dios. Así la acción del juez no será “campana que retiñe o címbalo estrepitoso”, sino una obra al servicio del Reino de los Cielos.

INDICE BIBLIOGRAFICO

1. ARISTOTELES: *Ética a Nicómaco*, Libro V.
2. BIDART CAMPOS, Germán J.: Interpretación Constitucional y Legal. Vida, integridad corporal, Familia y Justicia, en “El Derecho”, t. 91.
3. CALDERON BOUCHET, Rubén: El orden monárquico y las oligarquías financieras, U. N. C., Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Cuadernos, 52 (Mendoza, 1980).
4. CALSAMIGLIA Albert: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, (España, Ariel, 1978).
6. CASARES, Tomás: *La justicia y el derecho*, 3ra. ed., (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974).
6. COSSIO, Carlos: *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2da. ed., (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964).
7. DENTREVES, Alessandro P.: *Derecho Natural*, (Madrid, Aguilar, 1972), citado por MASSINI, Carlos I., en *Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial*, Separata del Boletín de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo, N° 22, (Mendoza, 1978).
8. FERNANDEZ SABATE, Edgardo: *Los grados del saber jurídico*, (U. N. T., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1968).
9. GENY, Francisco: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, (Madrid, Reus, 1925).
10. GILSON, Etienne: *El realismo metódico*, (Madrid, Rialp, 1963).
11. GILSON, Etienne: *La unidad de la experiencia filosófica*, (Madrid, Rialp, 1966).

12. GNAEUS FLAVIUS, citado por ROSS, Alf: Sobre el derecho y la justicia, (Buenos Aires, EUDEBA, 1963).
13. GUZMAN BRITO, Alejandro: La función judicial en las concepciones clásica, moderna y contemporánea, en "La Función Judicial", (Buenos Aires, Depalma, 1981).
14. HERNANDEZ GIL, A.: Metodología de la Ciencia del Derecho, t. I., (Madrid, S. F., 1971).
15. KALINOWSKI, George: Introducción a la lógica jurídica, (Buenos Aires, EUDEBA, 1973).
16. KELSEN, Hans: Allgemeine Staatslehre, citado por CALSAMIGLIA, Albert, Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica (España, Ariel, 1978).
17. KELSEN, Hans: Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre, Juristischer Wochenschrift, 1929, citado por CALSAMIGLIA, Albert, Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica, (España, Ariel, 1978).
18. KELSEN, Hans: ¿Qué es la justicia?, (U. N. C., 1962).
19. KELSEN, Hans: Reine Rechtslehre, 2da. ed., citado por CALSAMIGLIA, Albert, Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica, (España, Ariel, 1978).
20. KELSEN, Hans: Teoría Pura del Derecho, (Buenos Aires, EUDEBA, 1969).
21. LACHANCE, Luis: El concepto de derecho, (Buenos Aires, S. F., 1953).
22. LAURENT: Cours élémentaire de Droit civile, citado por HERNANDEZ GIL, A.: Metodología de la Ciencia del Derecho, t. I., (Madrid, S. F., 1971).
23. LEIBNIZ, Gottfried W.: Escritos de filosofía del derecho, Madrid, Aguilar, 1971).
24. MARITAIN, Jacques: Tres Reformadores, Lutero - Descartes - Rousseau, Difusión, S. A., 1968).
25. MARTINEZ DORAL, J.: La estructura del conocimiento jurídico, (Pamplona, Universidad de Navarra, 1963).
26. MASSINI, Carlos I: Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial, Separata del Boletín de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo, N° 22, (Mendoza, 1978).
27. MASSINI, Carlos I.: Los fundamentos del derecho natural clásico en el pensamiento de Michel Villey, en IDEARIUM, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, N° 1, 1975.
28. MASSINI, Carlos I.: Política, Derecho, Equidad. Una concepción realista de la política y del derecho, (Ed. Jurídica de Chile, 1980).
29. MONTEJANO, Bernardino: Filosofía de la función judicial, en "La Función Judicial", (Buenos Aires, Depalma, 1981).
30. MONTESQUIEU: Del espíritu de las leyes, t. I., (París, Garnier, 1926).
31. ORGAZ, Alfredo: Los jueces y las leyes injustas, en Revista "El Derecho", t. 75.
32. PUEYRREDON, Ernesto: Meditación sobre el tratado de la ley, en IDEARIUM, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, N° 3, 1977.
33. RECASENS SICHES, Luis: Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable, (México, F. C. E., 1971).
34. RECASENS SICHES, Luis: Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho, (México, Porrúa, 1973).
35. ROUSSEAU, Juan J.: El Contrato Social, L. I., cap. I., (Buenos Aires, Montone, 1963).
36. SOLER, Sebastián: Fe en el derecho y otros ensayos, (Buenos Aires, TEA, 1956).
37. SOLER, Sebastián: La interpretación de la ley, (Barcelona, Ariel, 1962).
38. SOLER, Sebastián: Las palabras de la ley, (México, F. C. E., 1969).
39. SPINOZA, Baruch, Ética, (Buenos Aires, Aguilar, 1973).
40. TOMAS DE AQUINO, Santo: Suma contra Gentiles, Lib. II.
41. TOMAS DE AQUINO, Santo: Suma Teológica.
42. VILLEY, Michel: Cours d'histoire de la Philosophie du Droit, La Formation de la Pensée Juridique Moderne, (Paris, Les Cours du Droit, 1967).
43. VILLEY, Michel: Método, Fuentes y Lenguaje jurídicos, (Buenos Aires, Ghersi, 1978).
44. VILLEY, Michel: Philosophie du Droit, (Paris, Dalloz, 1975).
45. VILLEY, Michel: Seize essais de philosophie du Droit, (Paris, Dalloz, 1969).
46. VINCENT, André: Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico, (Buenos Aires, 1978).