investido legítimamente por la comunidad para impartir justicia. Y más allá del aspecto formal del nombramiento, está el noble concepto de "*auctoritas*" que los romanos nos enseñaron: persona que suscita natural acatamiento por su ser y su saber. Es así como acuñaría yo la noción romana de autoridad.

En su introducción del libro "*El Juez*", Rudolf Stammler inicia su estudio realzando la dignidad de la misión judicial:

En las anchas faldas de una colina alzábase, desde tiempos remotos, un espléndido templo. Se le divisaba desde muy lejos. Piedras bien talladas servíanle de cimiento y las líneas firmes y armoniosas de su fábrica se erguían gallardamente. Sabios sacerdotes velaban, en el interior, por su cometido de guardar el templo y atender a su servicio. Desde lejanas tierras, acudían en tropel los peregrinos a implorar ayuda. Y quien se sintiese solo y abandonado, salía de allí siempre fortalecido con la clara conciencia de que *a cada cual se le adjudicaba con segura mano lo suyo* y de que el fallo era cumplido inexorablemente. Tal fue el Templo "del Derecho y la justicia"[1].

2.- La función jurídica del juez

Los jueces están llamados a velar por el Derecho. Pero al decir Derecho incluimos la justicia como elemento intrínseco, substancial, de lo jurídico. La justicia no es algo extrínseco al Derecho, mera estrella polar que orienta el ámbito de lo jurídico sin pertenecer substancialmente a ese ser, como lo pretende Stammler. El método normativo que sigue el juez está ubicado en el mundo del deber ser. Y el deber ser, sin el valor, se convertiría en mera *tautología hueca*: *una norma debe ser porque debe ser*. Pero, ¿por qué debe ser?. Sólo la valiosidad de la justicia da sentido al ser de lo jurídico. Por supuesto que la justicia no es algo subjetivo. Toda ley es "un precepto común justo y estable, suficientemente promulgado". La ley bien entendida –ley notoriamente injusta no es ley y no obliga en el fuero de la conciencia– sirve de orientación fundamental y segura al juez para la solución de cuantos problemas de tipo concreto puedan presentársele. El juez sirve a la comunidad y a quienes la forman aplicando el Derecho. Y aplicar el Derecho es administrar la justicia.

Existen un cúmulo de casos concretos ilimitados que componen toda vida humana. No quiere decirse que el patrimonio espiritual de la persona quede reducido a casos particulares, pero sí se quiere indicar que esos casos particulares controvertibles y controvertidos entre las personas, requieren una visión general ordenadora. Los casos se comparan

con arreglo a métodos coincidentes y se remontan a un pensamiento normativo unitario y determinante. Los aspectos concretos examinados por el juez, a la luz del Derecho, deben resolverse. Para eso está la magistratura judicial. Con justa razón advierte Stammler: "Hasta hoy, nadie ha conseguido descubrir un pueblo sin *Derecho*. Y difícilmente lo puede uno concebir. En cuantas tentativas se han hecho en ese sentido, se ha comprobado, una y otra vez, que lo que se echa de menos no es precisamente el Derecho, sino que son, simplemente ciertas y determinadas instituciones jurídicas. No ha existido jamás una convivencia que no estuviese basada en relaciones sujetas a una ordenación jurídica"[2]. Nos refiere Herodoto –el ilustre historiador griego–, el caso de un juez justiciero, entre los persas que fallaba conforme a Derecho Natural sin existir leyes escritas. El caso aconteció cuando los persas, se separaron de los asirios y se quedaron viviendo provisoria y completamente sin leyes positivas. No por eso dejaron de existir controversias. Pero esas controversias o litigios eran ventiladas de manera magistral por Delloses, el prudente y sabio juez justiciero.

Cuando se trata de fallar o arbitrar litigios, hay que contar con una técnica jurídica. Es claro que además de la técnica, los jueces se forman, en el transcurso de su carrera judicial, ciertas máximas de buen sentido, de recta razón. Un juez sensato no es ni pretende ser una cultura enciclopédica encarnada.

Se apoya, eso sí en un pensamiento de *absoluta* validez, en una normativa vigente que estima adecuada y justa. No basta ejercer la judicatura con un sentido "formalista". Las normas plasmadas técnicamente, los artículos de la ley, no pueden convertirse en *fines de sí mismos*. Las leyes en que se apoya el juez para juzgar son simples medios para realizar el Derecho y la justicia que le es propia. Toda teoría es un método de validez universal que sirve de apoyo en el proceso judicial y que ofrece seguridad para tratar *por igual* las controversias concretas. Es preciso evitar todo acto de arbitrariedad –irregularidad caprichosa– para cumplir seguramente –regularidad inviolable– el justo Derecho.

Todo juez delimita el campo en que ha de actuar y el modo como debe dominarlo. El fin ideal del Derecho no se queda en el ámbito teorético sino que ingresa prácticamente en el mundo del proceso judicial. *El juez no es un mero aplicador mecánico del Derecho, un simple robot de la actividad judicial prefigurada en las leyes y en la jurisprudencia. La autentica y noble actividad del juez no se comprende sin el reino de los valores jurídicos.* Su función estriba en discriminar las posiciones apegadas a Derecho de las aspiraciones egoístas y anti-jurídicas. En primer término, el juez se plantea, siempre en los casos en que solicitan su intervención, el problema de saber si el litigio que se pretende llevar a cabo cae o no cae dentro de la zona jurídica. Porque hay cuestiones que no

competen al Derecho sino a la moral, a la religión o a las ciencias particulares. Hay el orden profano y el orden eclesiástico. "Las ideas de los habitantes del Estado acerca de Dios y de las cosas divinas, la fe y el culto interior no pueden ser materia de leyes coactivas", preceptuaba justa y luminosamente el Código Nacional General Prusiano de 1794 (II, 11).

La religión no entra con sangre, sino con persuación y con apertura al auxilio que viene de lo alto. La moral preponderantemente interna, no es objeto de la imposición jurídica, preponderantemente externa.

Ciertamente la moral está siempre en las normas jurídicas como un *minimum ético*. Pero las normas morales rigen la vida interior de la persona y sirven como canon de intenciones y conductas éticas.

Tampoco los convencionalismos sociales, "los miramientos que se deben al decoro", son susceptibles de cumplirse coercitivamente.

Aparecen, es cierto, en la convivencia externa, junto al Derecho, pero no como reglas morales, sino como *reglas convencionales*. De un convencionalismo social, no puede deducirse jamas una consecuencia jurídica. Estos convencionalismos son criterios oscilantes que ejercen una presión –a veces muy fuerte– psicológica y social.

El Derecho forma parte del reino de las conductas humanas dentro del bien público temporal. A diferencia de la vida interior de cada individuo, el carácter vinculatorio de lo jurídico entraña una modalidad obligatoria regular, exterior. Quien ejerce la judicatura puede tener cierto margen discrecional en su arbitrio judicial; pero arbitrio judicial no significa arbitrariedad personal del juez. No se puede faltar a la regularidad inviolable del orden jurídico, sin caer en desafueros dentro de un Estado que, si es auténtico, constituye siempre –valga la redundancia– un Estado de Derecho. Cuando el juez, so-pretexto de arbitrio judicial, transgrede el orden jurídico objetivo, se instala en el terreno del capricho subjetivo de la arbitrariedad. En este caso ya no es el justo Derecho lo que le guía, sino lo que le parece conveniente según sus sentimientos personales. La función del juez que en verdad lo sea, será siempre administrar el Derecho y velar por él, en las controversias que se le sujeten.

El juez tiene el derecho y el deber de indagar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de los preceptos legales que puedan servir de base al proceso judicial. Si los juzgados existen para emitir sentencias, en los casos concretos que integran la "*litis contestatio*", cómo no van a estar facultados para dilucidar la constitucionalidad de los preceptos que aplican. El Derecho es un sistema piramidal y no cabe abstenerse de ir a la cúspide. El Derecho es una ciencia especulativa-práctica. Sus principios y doctrinas, en el caso de los jueces, se aplican a

los casos especiales planteados en la vida cotidiana. ¿Cómo realizan los juzgadores la aplicación práctica del Derecho? Ante todo, cabe pensar en un sistema de *deducciones jurídicas*; de las premisas generales se derivan los juicios jurídicos en lo particular. Hay deducciones jurídicas *mediatas* y deducciones jurídicas *inmediatas*. En el primer caso se atiende a normas especiales contenidas en preceptos jurídicos formulados técnicamente; en el segundo, trátase de implicaciones necesarias obtenidas de un Derecho fundamental y evidentemente justo. Las deducciones jurídicas inmediatas han sido ajustadas por experimentados juristas a un esquema lógico general:

Si V. da F.
y A. es V.
———————
para A. rige F.

La aptitud para establecer deducciones jurídicas, mediatas o inmediatas, responde a las inteligencias cognoscitivas de los jueces, que pueden ser mayores o menores. A esta facultad espiritual se le da el nombre de capacidad de discernimiento. Kant supo verla, con toda lucidez, cuando advierte en su crítica de la "*Razón Pura*": "Puede ocurrir –apunta el genio filosófico de Königsberg– que un juez o un estadista tenga en la cabeza muchas reglas jurídicas o políticas muy hermosas, hasta el punto de poder ser un magnífico profesor en la materia, y sin embargo tropezar fácilmente en su aplicación, bien por carecer de capacidad natural de discernimiento

(aunque no de inteligencia), por lo cual, aun viendo *in abstracto* lo general, no sabe distinguir si un caso concreto cae o no bajo el radio de acción de aquella regla, o bien porque no se ha educado suficientemente en él, por medio de ejemplos y de asuntos prácticos, esta capacidad de discernimiento". Consecuencia: no todo buen conocedor del Derecho puede ser buen juez. La habilidad y la destreza ayudan a los jueces que ejercitan su facultad de discernimiento. Los textos de los juristas clásicos de Roma pueden servir de valioso instrumento para los juristas que abracen la judicatura. El llamado "individualismo" romano estimaba altamente la libre personalidad. La definición lapidaria de *Celso* el joven ha quedado grabada para siempre en la mente y en los corazones de los auténticos juristas: "*Ius est ars boni et aequi*" (El Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo). Pero la actuación del juez, que es un arte, reposa en la Ciencia del Derecho. Todo juez ordena los hechos y las experiencias de acuerdo a un plan fijo y unitario. El Derecho plasmado tiene que ser judicialmente comprendido en su significación especial frente a los comportamientos de los demandantes y de los demandados. Si idioma y pensamiento forman una estructura unitaria, resulta desafortunado distinguir entre interpretación *gramatical* e interpretación *lógica*. Las palabras esclarecen los pensamientos. La justicia objetiva de un querer hay que demostrarla. La observancia y la aplicación fiel de un Derecho positivo resulta, a la postre, la observancia y la

aplicación fiel de la justicia, a condición de que el Derecho positivo sea un verdadero Derecho –formal y materialmente– y no una mera apariencia que es pura cáscara normativa. Yo no concibo un juez auténtico que no enjuicie la controversia "*ex aequo et bono*". Desde la antigüedad clásica el *ius strictum* se amalgama con el enjuiciamiento *ex aequo et bono*. En nuestros días se habla, en muchos códigos, de "*buena fe*", criterio de equidad, razones importantes, buenas costumbres . . . Todas estas expresiones nos quieren decir que la *rectitud fundamental* sirva de pauta para juzgar. Pero estas pautas siguen el método de enjuiciamiento crítico fundamental. Hay que demostrar que las exigencias presentadas en un proceso judicial son *fundadas* a la luz de un criterio de validez universal. El pensamiento de la comunidad de hombres libre-volentes, en tanto que hombres con dimensión jurídica, no puede aceptar algo que vaya contra la rectitud fundamental. Los deseos y las aspiraciones de los ciudadanos son objetivamente legítimos cuando se adecuen a la rectitud fundamental, a la *recta ratio*, que se expresa en el genuino Derecho.

El deber prevalece sobre el placer. Las aspiraciones humanas no pueden ser concebidas, en puridad, sin valorarlas. Toda aspiración supone un *medio* y un fin. ¿Y cómo podemos dejar de valorar los medios y los fines? Ninguna ciencia práctica puede ser ajena al valor. Hay quienes afirman –sin base alguna– la imposibilidad de un *enjuiciamiento justo*.

Confunden el enjuiciamiento justo –rectitud fundamental– con el enjuiciamiento absolutamente perfecto. Es inhumano exigir un código de Derecho con un contenido absolutamente justo, perfecto. De ser así, no podríamos explicar la historia del Derecho. Por supuesto que cuando hablo de historia del Derecho no quiero decir que se trata de un "espíritu del pueblo" –mera fantasmagoría romántica–, como pensaron los partidarios de la *Escuela histórica del Derecho*, hoy en día completamente superada. El juez no tiene por que acatar un Derecho positivo perfecto en toda circunstancia, con vigencia absoluta, porque ese Derecho nunca ha existido ni existirá. Lo humano es conformarse a un Derecho imperfecto, pero al fin y al cabo Derecho, esto es, recto fundamentalmente, justo humanamente.

¿Cómo elegir la justa norma? Este problema no existe para quienes como Fries opinan que "al juez sólo le incumbe fallar con arreglo a la ley vigente".

¿Y si esa "ley vigente" resultase una mera cáscara normativa, una apariencia de ley que en realidad es sólo una pseudo-ley? En la disyuntiva de aplicar una *pseudo-ley notoriamente injusta* y renunciar al cargo, yo optaría por la renuncia. La llamada ley injusta no obliga en el fuero de la conciencia. Consiguientemente, no solamente no estoy obligado a cumplirla, sino que tengo el deber de abstenerme de aplicar una *notoria injusticia* revestida formalmente con la palabra "ley". Adviértase que

hablo de *notoria injusticia* y no de una ley imperfectamente justa, pero justa al fin y al cabo. *Las normas que hay que aplicar para emitir un fallo judicial son siempre normas jurídicas que son una aproximación a la justicia, nunca una plasmación de la injusticia.*

Hace tiempo se habló en Francia de la jurisprudencia humana. La figura peculiar del magistrado Magnaud, presidente del Tribunal de primera instancia de Château-Thierry, bautizó al tipo de jurisprudencia que seguía con el nombre de jurisprudencia humana. Su popularidad data de un fallo, en materia penal. He aquí el caso: Una muchacha hambrienta sustrajo un pan de una panadería para comérselo con su familia. La joven fue acusada de robo. El código penal francés no admite –como el código penal alemán– la eximente del *estado de necesidad.* La muchacha supo muy bien lo que hacía; no cabe invocar su irresponsabilidad. El juez Magnaud absolvió a la joven francesa, aduciendo que nadie debía pasar hambre por su culpa, y que como juez debía interpretar y aplicar la ley en un sentido "humano".

El tribunal de apelación, apegado a Derecho, revocó la sentencia y condenó a la joven procesada. Aún así, Magnaud siguió ejerciendo la judicatura en materia penal y en materia civil, con su mismo criterio de jurisprudencia humana. Muchos alababan a este magistrado a quien le llamaban "le bon juge". Otros, en cambio se mostraban adversos a este modo tan

elástico de administrar Justicia. Ante una defectuosa legislación, "concedía una acción de daños y perjuicios contra el que seducía a su novia y luego la abandonaba; hacía a los ferrocarriles, imperativamente, responsables por los contratos de transporte; suavizaba el carácter estrictamente unilateral del régimen matrimonial de bienes vigente en Derecho francés y seguía, en general, no pocas veces –seguramente sin advertirlo– las huellas del moderno Derecho civil alemán" (R. Stammler).

Buenas intenciones aparte, el juez usaba su arbitrio judicial con irregularidad caprichosa, con falta de seguridad jurídica. En una revista alemana publicó su modo de concebir la judicatura, pero nunca preciso el termino "humanidad, ni ofreció un criterio de certeza para distinguir una sentencia "que el calificaba de humana". El Derecho de libre interpretación judicial, seguido por Magnaud, hace caso omiso del articulado plasmado técnicamente en los códigos. Tan pronto como la ley le parecía desacertada, se consideraba autorizado para apartarse de la legalidad y fallar "libremente" por no decir arbitrariamente. Este caso hubiese estado muy bien si aún existiese el Derecho del Pretor que existió en Roma. El Pretor romano, aunque obligado a observar y guardar las leyes generales del Estado, se permitía introducir normas distintas a las preceptuadas por el *ius civile.* Era un jurista libre que no necesitaba invocar el contenido de las XII Tablas. Por eso se fue produciendo un paulatino desdoblamiento entre el Derecho legal y el Derecho

pretorio. Realmente el segundo prevalecía sobre el primero para resolver las controversias. Cierto que el Pretor estaba obligado a respetar los precedentes que había sentado. Sólo su sucesor podía sentar nuevas normas. El pueblo romano nunca condenó a sus pretores por abusar de sus funciones. Esa curiosa creación de Derecho y administración de justicia no ha vuelto a darse porque obedeció a razones muy propias de la historia de Roma. El movimiento del Derecho de libre interpretación pretende "*suprimir en absoluto* los preceptos del Derecho *imperativo*". Ahora bien, si prescindimos de la regularidad inviolable del Derecho imperativo vamos a caer en la irregularidad caprichosa de la arbitrariedad. Por fortuna hasta ese mismo movimiento del Derecho de libre interpretación pide que la ley señale al juez las facultades que le asisten. Estamos de acuerdo en que se deje cierto margen al arbitrio judicial, pero que este arbitrio judicial no se confunda con la arbitrariedad. Además, menester es advertirlo, no todo puede dejarse al "libre" arbitrio del juez porque caeríamos en anarquía. Las sentencias judiciales han de ir acompañadas de sus fundamentos. Si carece de fundamentos un fallo judicial se justifica la revisión del proceso. A los partidarios extremistas del *arbitrio judicial* habría que recordarles aquella comedia de Shakespeare sobre los dos Veroneses: "No hay más razón que una razón de mujer: y creo que es así porque a mí me parece así". Un criterio semejante para usarlo en los fallos judiciales resulta verdaderamente grotesco. El sentimiento no puede

ser elevado a instancia racional frente a lo objetivo y fundamentalmente justo. La rectitud objetiva no es sólo para pensarse, sino para ponerse en práctica. El juez recto y capaz esclarece críticamente ante sí mismo el contenido de su propia sentencia.

Un juez no es un legislador. La jurisprudencia parece ser una labor legislativa, pero en rigor no lo es. Surge de los casos prácticos concretos, que se agrupan con un criterio que se estima recto para aplicarse a casos similares. La norma vincula jurídicamente a los diversos individuos; por eso se habla de *supremacía jurídica*. Pero los individuos vinculados guardan una subordinación jurídica que se determina *in suo ordine*. La aspiración hacia lo justo es una de las más nobles características de la cultura humana. El juez es un aspirante eterno de la justicia humana, aunque no siempre su flecha dé en el blanco. Es la justicia, y no las "opiniones dominantes", lo que debe inspirar su proceder. El afán por la popularidad desnaturaliza el fondo justo de los procesos. No hay rigor alguno en ese tipo de popularidad carente de claridad conceptual y de valor. Otra cosa es lograr el amor del pueblo por los buenos resultados de la tarea judicial.