

El Poder Judicial y la interpretación del derecho

Nelson Saldanha

UTILIZO, EN EL TITULO de este trabajo, el término *Poder* y no la palabra *función* para expresar la importancia de aquel término, que entiendo debe ser valorizado como indicador de la permanencia de ciertos temas centrales del derecho público y de la teoría política. Evidentemente, lo que tengo que decir se relaciona con la llamada "función jurisdiccional", equivalente a uno de los quehaceres centrales del Estado; pero el término *Poder*, además de favorecer la relación con aquella función, se proyecta sobre la propia realidad de las instancias que aplican concretamente el Derecho. Lo jurisdiccional, dimensión de orden político jurídico, se encuentra ínsito en lo judicial, por cuanto los jueces y tribunales no se entenderían sin que los caracterizase la atribución de aplicar el Derecho.

Al hablar de *aplicar el Derecho*, enuncio la línea central de estas breves páginas: la aplicación del Derecho, que presupone la interpretación, estuvo siempre o casi siempre vinculada al Poder Judicial (aquella *puissance de juger* de la que hablaba Montesquieu). Esto es, en la medida en que se tiene, en los diversos Estados —mayormente los contemporáneos— una distribución de funciones, los órganos del Poder Judicial tienen la obligación de aplicar el Derecho y, por lo tanto, de cumplir una misión

(*) Discurso leído en la Escuela Superior de la Magistratura, en Porto Alegre (Brasil), el 16 de julio de 1987. Traducción de Diana MIRO QUESADA. Revisión técnica de Domingo GARCIA BELAUNDE.

hermenéutica. Este hecho parece bastante obvio, pero cabe señalar algunas cuestiones sobre sus razones y su sentido.

* * * * *

Sea permitido, retroceder dentro del tema, hasta el remoto lugar de la evolución cultural donde los autores comúnmente sitúan el *origen* de las instituciones y, correlativamente, la institucionalización del poder. Esta equivalió, según ciertos autores, al propio nacimiento del Estado, y, al pensar en esto, imaginamos a las primeras sociedades transformándose en sedentarias, distinguiendo internamente las clases y las ocupaciones. Y cuando la ética se configura en normas definidas, el Derecho surge como explicitación de ellas, al mismo tiempo que las impone a través de formas rígidas. Al ser asumidas y oficializadas por el orden vigente, las normas pasan a configurar situaciones previsibles: los integrantes del grupo van siendo obligados a saber lo que sucede con el transgresor, y en las relaciones comunes se delinean los contornos de lo permitido y de lo prohibido. Lo que se tiene como obligatorio va siendo de a pocos impuesto por parte del poder, y lo que el poder impone se confirma como obligatorio: ahí se tiene, en simplificada imagen, la versión inicial de la convivencia, que siempre fue complementaria y diferente, entre el orden del Derecho y el orden del Poder.

Se instituye en esa fase —que es una variable antropológica y se reconstituye como algo conjetural— la propia función de juzgar. Ella debe haber surgido sobre formas bastante diversas: como el padre que dirime contiendas dentro de la casa, como el jefe militar que castiga al soldado indisciplinado, como el rey que perdona a prisioneros de guerra. Y debe haber sido ejercida en algunos casos sin la existencia de norma previa, solucionándose las querellas sin la invocación de parámetros “generales”. Por esto, decía Cogliolo, en un pasaje de su *Filosofía del Derecho Privado*, que la sentencia fue la primera forma del Derecho objetivo. La frase es discutible; pero el hecho debe haber ocurrido varias veces, y tiene su importancia.

Lo relevante será aquí destacar que, con el paso del tiempo, el acto de juzgar se tornó tan característico —dentro de las estructuras del poder y de la “autoridad” —como el de administrar y el de dictar normas. Vinieron después los tribunales, y en ciertos contextos de la historia ellos llegaron a obtener notoriedad. Con la existencia de instancias judiciales específicas, lo que sucedía era la oferta, por el Estado, de una forma institucional de resolver conflictos. El Estado asumía la tarea de promover

la justicia, iniciándose así una evolución que, en Roma, produciría formas procesales bastante definidas, con ritos y fórmulas, inclusive a partir de las famosas *legis actiones*. Y todo el trayecto histórico, con las diversas formas de Estado, revela justamente la permanencia de la función judicial, sea con los parlamentos y con los "jueces del rey" en la Inglaterra medieval, sea con la unificación de las jurisdicciones dentro del Estado moderno, sea con el desarrollo de formas peculiares en los diversos sistemas contemporáneos, después de las reelaboraciones condicionadas por el esquema de la llamada separación de poderes, de la que en adelante hablaremos.



Como lo que se denomina "Derecho" consiste en algo que se dirige a la reglamentación de relaciones, situaciones y conductas, el tiempo y la maduración de las instituciones consagraron una correlación estructural entre el acto específico de "juzgar" y la función político-jurídica de "aplicar" el Derecho. Obsérvese de pasada que el término *aplicación del Derecho* debe ser utilizado con una cierta reserva crítica. El término podría dar a entender que el Derecho es una cosa, un objeto aparte, y su aplicación es otra, algo que puede darse o no; cuando en verdad el momento de aplicación, que es uno de los que integran la a veces llamada "dinámica jurídica", forma parte del propio Derecho. El Derecho no es sólo ordenamiento sino además experiencia y, por tanto, incluye el incidir sobre las realidades vividas, incidir que se efectivice plenamente con la *aplicación* en sentido concreto.

El problema de la aplicación, que implica el conocimiento y también la hermenéutica de las reglas que se aplican, no se encuentra sólo en el Derecho, sino también en la religión y tal vez en la política; o sea, en todas las esferas institucionales donde corresponda reconocer un orden de vigencia que se impone sobre vidas y comportamientos. En el Derecho, sin embargo, se definió desde muy temprano la necesidad formal de explicitar conceptos y de delimitar relaciones: el parentesco inicial entre lo jurídico y lo sacramental originó para ambos una valorización de la forma y la referencia a textos intocables, delante de los cuales siempre cabía montar un trabajo de hermenéutica.

La llamada secularización de la cultura, que Max Weber designaba como desmagización (*Entzäuberung*), verificada en diferentes orbes culturales, correspondió en Occidente al fin de la Edad Media y las anticipaciones del Iluminismo, apagó las formas sacramentales e implantó, en el mundo lo prosaico de la técnica, supervalorizada por la doctrina del

progreso. La aplicación del Derecho, que en épocas anteriores tenía algo de sacerdotal, fue incluida entre las áreas modificadas por el espíritu racionalista, y progresivamente se definieron las "profesiones" concernientes al Derecho. En el tiempo de La Bruyere, por ejemplo, los cargos judiciales eran comprados, o heredados: con el Estado liberal, el oficio de juzgar se definió como una función pública, dentro de la concepción burguesa y laica del "espacio público". Y como se redefinieron también las relaciones entre el Estado y el Derecho, la autoridad jurídica del juez adquirió un nuevo perfil.

Este perfil dependió del problema de la separación de poderes, tema que comenzamos a tratar líneas atrás. Durante las últimas generaciones, se acumularon objeciones y reparos de toda suerte sobre la idea de una separación —o de una simple "división"— de poderes.

Pero veamos. La teoría clásica de la separación de poderes, que vino de autores anteriores y se consagró a través de Montesquieu, reposaba sobre una perspectiva racionalista, madurada en el Iluminismo, dentro de un contexto histórico que preferimos no reducir a la dimensión económica, pero que incluye componentes sociales y culturales: como diría Werner Sombart, de la misma forma como el burgués creó la contabilidad de "partidas dobles", elaboró ciertas distinciones formales dentro del Estado y, entre ellas, la separación entre los poderes. Se trataba, repetimos, de una perspectiva característicamente racionalista, se diría geométrica, vale decir: no histórica. Lo que importaba, para hombres como Rousseau, Sieyès y Montesquieu, eran la simetría y la funcionalidad de los poderes (pensados políticamente); por lo tanto, no meras "funciones", no las condiciones histórico-sociales. Después, en el transcurso del siglo XIX, es que se consolidaría la preocupación con tales condiciones, destacadas por las "Escuelas Históricas" y por la visión evolutiva de las instituciones.

Esa visión evolutiva, que vino después, es la que trajo indagaciones como aquella relativa a "cual de las funciones estatales surgió primero". Y también trajo, posteriormente, el cuestionamiento de los poderes hecho a partir de la comprobación de lo que sucedió con ellos en los diversos Estados: de ahí las críticas empíricas al problema de la separación; críticas que muestran alteraciones en el ideal teórico inicial o que enfatizan esta cosa obvia que es la necesidad de que los poderes se interrelacionen, cosa que, dicho sea de paso, los autores clásicos no ignoraban.

Pero el tema de los poderes, y de su eventual división, se desarrolló dentro de un gran movimiento llamado constitucionalismo. El constitu-

cionalismo, de cierto modo sintetizado en la famosa frase contenida en el párrafo dieciséis de la Declaración Francesa de Derechos, de 1791, (*toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs n'est déterminée, n'a point de constitution*), maximizaba el ideal de las constituciones escritas, correlato de los códigos escritos e hijo del mismo ideal jurídico político que éste. Todo el orden jurídico, pensábase, debe ser puesto por escrito, y el derecho llamado consuetudinario debe ser visto como un bizarro arcaísmo medieval. La unidad del Estado, con su soberanía unitaria e indivisible, y con la fusión entre la nacionalidad y el territorio, necesitaba de unidad en el ordenamiento jurídico tanto en el Derecho denominado sustantivo como en el llamado adjetivo. Eugen Ehrlich, en su monumental *Sociología del Derecho*, llamó la atención sobre este aspecto.

Y la unidad, en el caso, procedía inclusive de la forma: se daba coherencia y nitidez al ordenamiento colocándolo por escrito. La excelencia verbal del jurista, secularmente comprobada, y renovada, se extendió del dominio de los comentarios hacia el lenguaje normativo. Mejor dicho, conceptos como los de "norma" y "ordenamiento", difundidos sólo en el siglo veinte, serían todavía frutos del legalismo jurídico.

Dentro de este cuadro, vemos a la actividad legisladora configurarse como una función esencial y continua dentro de la estructura del Estado; vemos al Ejecutivo, dentro del enfoque liberal, entendido como administrador de tareas y cumplidor de reglas generales. Y entonces lo Judicial, que en el tiempo de La Bruyère se componía de cargos patrimoniales y que Montesquieu reconocía "de cierta forma nulo", se definió como aplicador del orden jurídico.

Es claro que esto tuvo sus variantes, y que ya del siglo XVIII al siglo XIX ellas se manifestaron. En principio, estas variantes corresponden a la estructuración de los llamados sistemas jurídicos, teniendo el Poder Judicial, en cada uno de los grandes sistemas, un patrón característico o una situación peculiar. El profesor Nicola Picardi, en un largo estudio sobre las variaciones históricas de la figura del juez ordinario, ubica en el siglo XVIII los orígenes de la diferencia entre la situación del juez en Inglaterra, donde muy temprano se definieron los límites del poder real frente al de la administración de la justicia; y, en Francia, donde largas y complejas disputas desgastaron, sobretudo antes de la Revolución, las relaciones entre los jueces y el poder monárquico. (*Il giudice ordinario*, en "Rivista di Diritto Processuale", Padua, Cedam, año XL, n. 4, oct.-dic. 1985).

Por su parte, el comparatista John Henry Merryman, en su libro sobre la tradición del sistema llamado "derecho civil", contraponen al juez de los países de este sistema, influenciado según él por la doctrina y por la legislación, al juez del sistema denominado anglosajón, al cual el contexto confiere más poder y más creatividad. Todo esto evidentemente se debería a condiciones históricas, que incluyen formas institucionales y rasgos de mentalidad y que vienen de algunos siglos atrás. A tal punto creció el Poder Judicial en los países anglosajones, que ciertos autores franceses llegaron a utilizar, a propósito de los Estados Unidos, la expresión *gouvernement des juges*, con cierta exageración obviamente. Es el caso del conocido libro de Roger Pinto.

Mientras tanto, observamos lo siguiente: Mientras el dominio del pensamiento positivo, durante el siglo XIX, oscurecía el legado iluminista, la experiencia institucional imponía algunas alteraciones al esquema clásico de los poderes. En Francia, la Restauración llevó a una reformulación del esquema, con el espíritu de la carta monárquica de 1814 y las ideas de Benjamín Constant; en Alemania y en Italia, la permanencia del pluralismo mantuvo el orden político en términos específicos. En Estados Unidos, sobre todo a partir de los famosos fallos del juez Marshall, el crecimiento del ámbito judicial fue compensado por la continuidad de la Constitución escrita y por la persistencia del gran prestigio del Congreso y de la Presidencia. Y por toda Europa decimonónica, los gobiernos autoritarios, desde el propio Napoleón, intentaron bloquear la interpretación: el autoritarismo político siempre teme a la hermenéutica jurídica e intenta imponer mecánicamente la letra de la ley. Pero no nos demoremos más en este punto.

Por esos tiempos, se consolidó el concepto de "Estado de Derecho", acuñado por Robert von Mohl en 1832-1833, en su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Poco a poco, el uso del término se difundió, llegando a nuestro siglo como pieza importante en la herencia de la doctrina liberal del Estado. El Estado de Derecho, conocido también como Estado Constitucional, fue considerado desde temprano como un Estado limitado. En este punto, su imagen implicaba una distinción fundamental entre formas limitadas y no limitadas de gobierno, y vale la pena recordar que la presencia de limitaciones al poder existió inclusive en la Edad Media, y que la fórmula de la separación, pretendiendo como pretendió superar el absolutismo y el poder *ab solutus*, paradójicamente rescataba un rasgo que existió en el medievo, donde el poder real se consideraba limitado y donde, según algunos autores, habría llegado a existir un constitucionalismo. Citaría al respecto el libro

de Charles H. Mac Ilwain: *Constitucionalismo antiguo y moderno*.

Con la generalización del concepto de Estado de Derecho, y con su vigencia hasta nuestro siglo, toma especial interés el tema de la posición de lo judicial frente al ordenamiento jurídico. Frente y, al mismo tiempo, *dentro* de él. El ordenamiento, que sin duda se inserta en lo social (y, por lo tanto, en los "hechos") y que engloba fines específicos, no se compone, a nuestro parecer, únicamente de normas escritas, normas en sentido formal, sino también —y era esta la lección de Santi Romano— de principios y de valores, existiendo las normas en función del ordenamiento y no a la inversa.

Y siendo el Estado contemporáneo un Estado donde todo poder se halla limitado, es evidente que de alguna forma se tiende a asegurar la limitación del poder. Ella se encuentra expresada en la ley, primordialmente en la Constitución, pero un poder específico tendrá que hacerse responsable de las reglamentaciones que al respecto se hagan necesarias. De este modo, el propio Estado, además de revestirse de una forma constitucional limitadora de todo poder, establece *dentro* de sus estructuras una instancia que se encuentra también *frente* a ella, y a la cual se deben someter todas las cuestiones surgidas en la vigencia de tales estructuras. Esta es la razón de ser de lo Judicial en el Estado contemporáneo. Y no nos limitaremos a hablar sobre el Estado liberal y "burgués" porque toda esa concepción, configurada en el constitucionalismo liberal, terminó por permanecer en los Estados denominados sociales y en los socialistas, dado que ciertos componentes de la historia son acumulativos y que el transcurso de las épocas representan, como Hegel pensó, una superación que es en parte conservación.

Y fue en el propio movimiento constitucionalista que se redefinió el poder del Estado como algo jurídicamente limitado, que se consolidó el llamado "principio de la legalidad". Este principio tenía un correlato muy valioso en el ideal británico del *due process of law*, justamente un precepto procesal que exigía para todo pleito un cauce correcto, en concordancia con el llamado *rule of law*, el imperio del derecho. En los derechos continentales, este campo fue formulado como el Estado de Derecho, al que aludimos, y su correlato positivo fue el principio de legalidad, que pasó a ser una característica de todo el orden jurídico. Una característica que dependió siempre, y depende, del Poder Judicial, como aval de su concreción.

Es cierto que vinieron las crisis, y que continúan viniendo, y exis-

tieron en las instituciones desde, por lo menos, los primeros intentos de aplicar el esquema de los poderes. Recientemente, Hans Girardi, en Alemania, ha analizado las repercusiones de la burocratización del Estado sobre el Parlamento y sobre lo Judicial, afectando la propia condición de los jueces (*Abschied von Montesquieu*, Heidelberg 1982). Pero las crisis están hoy en el Derecho como en todo, y probablemente en el hombre de modo general, y no es suficiente hablar de ellas sin situarse en cada sistema.

Podemos continuar atribuyendo al Poder Judicial la condición de intérprete del orden jurídico. No solamente de la ley, o de cada caso, sino del orden como un todo, sólo que visto en cada caso o a propósito de cada ley. Y esto nos pone frente a ciertos problemas, que se presentan eventualmente. Recientemente, por ejemplo, se ha discutido sobre la necesidad de que el juez sea un abogado, o mejor, un graduado en Derecho. Se conocen países donde no se requiere tal requisito; se defiende la idea de un juez no técnico. A este extremo ni siquiera los integrantes de la corriente del "Derecho libre" inclusive Kantorowicz, habían llegado. Esta visión, que recuerda aquella crítica a la "política de los juristas", hecha en la década de los treinta por los ingenieros que difundieron la palabra tecnocracia, imagina el acto de juzgar como una mera proyección del llamado sentimiento de justicia. A nosotros nos parece, sin embargo, que el desempeño de funciones judiciales requiere de una formación técnica que solamente los estudios de Derecho pueden brindar, cosa totalmente evidente. Lo que se puede querer además de esto es, en realidad, que el juez se identifique con los valores sociales más relevantes y que no se encasille en un legalismo frío. En este sentido cobra importancia la frase de Carlos Cossio según la cual la grandeza de un juez, como la de un jurista, se encuentra vinculada "a las mejores posibilidades de entendimiento societario". Me permito mencionar en este punto el ensayo de Aloíso Surgik "Lo Judicial y el Pueblo", hoy incluido en libro *Temas críticos de Derecho a la luz de las fuentes*, HDV, Curitiba, 1987, y en el cual el autor examina con verdadero espíritu crítico las condiciones reales del sistema judicial brasileño.

En verdad, sin embargo, este es otro problema. El hecho de que el sistema judicial necesite, en nuestro país y en otros, de reestructuraciones y también de una redefinición funcional, inclusive mediante la adopción de implementos de la informática y de la electrónica, no afecta el plano de los significados generales; ni tampoco afecta a este plano la complejización del mundo social con su respectiva repercusión sobre el creciente especialismo técnico del derecho y de los juristas, mencionado por Ernst

Forsthoff en su ensayo sobre "El jurista en la sociedad industrial" (incluido en *Stato di Diritto in trasformazione*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1973). Reestructurado o no, computarizado o no, el papel político-jurídico del sistema judicial sigue siendo el de interpretar el ordenamiento, reconstruyéndolo a cada paso y en cada punto a través de la hermenéutica. Es responsabilidad del sistema judicial la *comprensión* del ordenamiento jurídico.

Aquí retomamos, un punto visto del inicio: la condición del juez se encuentra en cierta forma colocada entre el orden del Derecho y el orden del poder. O, por otra parte, y como ya dijéramos también: la función judicial se encuentra dentro del ordenamiento, pero también *frente* a él. El Estado, al considerarse responsable de una función "jurisdiccional", se desdobra, colocando en esta función, que es suya, el poder de sobreponerse a él. La publicidad de los actos, correlato de los espacios y del saber, propios del racionalismo denominado burgués, transformó el acto de juzgar en algo abierto o, por lo menos, relativamente abierto. De ahí que lo judicial tenga algo de parlamentario porque incluye la discrepancia y el diálogo, y de ejecutivo, porque concreta realidades y promueve resultados. El acto de juzgar no es un arbitrio subjetivo, sino un pronunciamiento del propio ordenamiento jurídico interpretado por el titular de un poder competente. Así es como el profesor Georges Lavau designó al Poder del juez como un "pouvoir metapolitique", esto es, un poder superior al de las eventuales injerencias y vinculado más al Derecho que a la propia ley ("Juge et pouvoir politique", en *La Justice*, ed. PUF, Paris 1961).

Y como el orden jurídico no es un problema ni de física ni de matemática, el acto de *juzgar* significa, en el caso del Derecho, un modo de *comprensión*. Dijimos esto líneas atrás. La aplicación del Derecho, teniendo una visión comprensiva, implica una percepción de valores y de circunstancias, además de denotar conocimiento técnico e intelectual de las normas y de las instituciones comprendidas en cada caso. Todo esto se engloba al hablarse de hermenéutica. Evidentemente, el legislador también tiene un prisma hermenéutico al escoger entre varias reglas y al fijar fines, como lo tiene el propio administrador al fundamentar programas o al delinear decisiones. Pero en el caso del Poder Judicial, el *momento* hermenéutico tiene un carácter más amplio y al mismo tiempo más específico, sea por el hecho de estar, aquel poder, al mismo tiempo dentro y delante del orden vigente, sea porque la comprensión que el juez tiene de cada norma (y de cada caso) representa en cierto aspecto la comprensión de todo el ordenamiento y de todo tipo de situaciones

que él intenta ordenar. Al tomar conocimiento de un problema, el órgano judicial —sea individual o colegiado— lo traslada a la órbita normativa del ordenamiento, pero no solamente esto: él lo coloca dentro de un sistema general de significaciones, por medio de las cuales se ejercerá la interpretación. Ya sea porque, pese a la tradicional frase "interpretación de la ley", lo que se interpreta no es solamente la ley, sino también un cierto contexto o una porción del orden; y lo que se "aplica", en el fondo, no es propiamente la ley, sino el derecho, al cual la ley sirve como instrumento de explicitación normativa.

En nuestros días, se ha desarrollado en ciertos círculos y por parte de ciertos autores una corriente filosófica denominada precisamente hermenéutica. Intégranse en ella, en Alemania, Hans-Georg Gadamer, Coreth y otros, procedentes de la ontología de Heidegger. En Francia, Paul Ricoeur hizo valiosos aportes; y en Italia algunos pensadores están trayendo hacia el campo del derecho este modo de pensar, basado en una concepción histórica y existencial de las ciencias humanas. Menciono especialmente los trabajos de Giuseppe Zaccaria, quien estudió la obra de Gadamer y también la de Josef Esser, el cual, desde su magnífico libro sobre *Principio y Norma en la elaboración del Derecho Privado*, asumió posiciones lúcidas y fecundas, superando el formalismo pero sin caer en el sociologismo (G. Zaccaria, *Ermeneutica e Giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di H. G. Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984; idem, *Ermen, e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984).

Y al mencionar el tema de la hermenéutica, cabe dar una mirada al grave problema de la llamada "verdad jurídica". No corresponde desarrollarlo aquí, pero sí vale la pena al menos señalar su parentesco con el de la verdad política que inquieta a los más exigentes desde Platón. En el plano del derecho, sin embargo, la alusión a la verdad involucra aspectos muy especiales, pudiendo ser discutido el problema en el ámbito del juicio o en el de la decisión, y pudiendo nuevamente verse la diferencia entre la cuestión genérica de la verdad *en lo jurídico* y el de la verdad *en el proceso*. La atención para con los entretelones de este tema confiere la medida de las responsabilidades del juzgador, quien está colocado entre las armas y la balanza, esto es, entre el orden del poder y el del Derecho. Las verdades son relativas, tanto en el contenido de las pruebas (que los ingleses denominan *evidence*) como en las entrelíneas de los códigos. Y tal vez, quien sabe, las cosas serían peores si ellas fuesen absolutas.