

NOTAS SOBRE LAS RELACIONES ENTRE JURISDICCIÓN Y LEY EN EL ESTADO DE DERECHO*

Girolamo Monteleone** *

1. INTRODUCCIÓN

Este escrito propone algunas reflexiones sobre un tema muy querido a un Maestro de nuestra ciencia jurídica, al cual está dedicado: el de la jurisdicción. Si no lo hubiera hecho ya Mortara en la apertura de su monumental Comentario¹, habría podido intitularse "la jurisdicción civil en el Estado libre"; porque de eso esencialmente se trata: procurar aclarar (a sí mismo antes que a los demás) cómo, y hasta dónde, jurisdicción y legislación correspondan en sus recíprocas relaciones a un sistema de libertad civil. Argumento cuya indudable importancia reviste hoy actualidad a la luz de algunos recientes y muy conocidos acontecimientos judiciales, y por algunas dudas levantadas sobre la posición y a la función de los jueces en nuestro ordenamiento.

2. RECIENTES CONTRIBUCIONES DE LA DOCTRINA ITALIANA RESPECTO AL ARGUMENTO. CAPPELLETTI; FAZZALARI

En un reciente congreso de la *Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile* se discutió profundamente respecto a los poderes del juez civil frente a la ley, y particularmente importantes se presentaron las dos ponencias de Cappelletti y de Fazzalari². Reflexionando sobre ellas³, primeramente impresiona lo

El límite entre la función jurisdiccional y la función legislativa lo encontramos en que el legislador se encuentra llamado a pronunciarse sobre problemas abstractos, mientras que el juez debe pronunciarse sobre una controversia concreta.

Dentro de esta concepción, el criterio para determinar cuándo el juez cae en la arbitrariedad no se puede circunscribir a la aplicación estricta de la norma general y abstracta. Teniendo en cuenta que la jurisdicción no tiene como única misión la interpretación normativa, sino también la declaración de la existencia o inexistencia del hecho deducido por las partes, se concluye que la no alteración de este hecho es el verdadero límite de la función jurisdiccional, lo que pone en evidencia la importancia de los principios procesales como la imparcialidad del juez, el contradictorio y la defensa, revelándose ellos garantes del Estado de Derecho.

* Publicado en la "Rivista di trimestrale di diritto e procedura civile", 1987, pp. 1-19. El escrito está dedicado a los estudios en honor del profesor Enrico Allorio. Traducción de Eugenia Ariano Deho.

** Profesor ordinario de Derecho procesal civil en la Universidad de Palermo.

¹ Cfr. Mortara, "Commentario del codice e delle leggi di procedura civile", 5ª ed., Milano, s/f., pp. 2-73.

² La ponencia de Cappelletti, "La creatività della giurisprudenza nel tempo presente", y la de Fazzalari, "Giudici, diritto, storia", se encuentran publicadas, junto con numerosas y calificadas intervenciones, en el volumen I "poteri del giudice civile di fronte alla legge, Atti del XIV convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile", Rimini, 1985, respectivamente en pp. 28-119 y 9-27.

³ La mencionada ponencia de Cappelletti, aparecida también en la "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1982, pp. 774-793, ha sido luego refundida en el volumen, "Giudici legislatori?", Milano, 1984. La de Fazzalari, también aparecida en la "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1982, pp. 757-773, es retomada y ampliada en el volumen, "Introduzione alla giurisprudenza", Padova, 1984.

que afirma Cappelletti, quien, al reivindicar como un dato de hecho ya incontrovertible el aporte creador de la jurisprudencia en la producción e instauración del derecho positivo, y en el buscar formular una persuasiva distinción entre legislación y jurisdicción, sostiene que no sólo la primera sea creadora de derecho y la segunda, meramente aplicativa del mismo. Tal afirmación, en verdad, no constituye una novedad en el campo de los estudios jurídicos, habiendo sido ella sostenida ya desde hace tiempo por numerosos estudiosos. Lo que parece nuevo es en cambio el hecho de que, bajo el mencionado perfil creador, el autor encuentre entre las dos funciones una diferencia, que no es de naturaleza, sino en todo caso de frecuencia o de cantidad, o sea de grado, agregando que también el legislador, al establecer las denominadas normas generales y abstractas, no ejercita un poder del todo libre y discrecional, sino que encuentra ciertos límites sustanciales, tal vez menos perceptibles, pero en sustancia análogos a los que encuentra el juez en su operar.

Ambas funciones, pues, participan del movimiento creador del orden jurídico, si bien en medida cuantitativamente distinta; pero ambas subyacen a los límites sustanciales. De tal forma que la verdadera gran distinción entra la una y la otra consiste en el proceso y en los modos de su desenvolverse, a través del cual la función jurisdiccional, pero no la legislativa, se ejercita.

Este planteamiento, sobre el cual en último análisis aunque con distintos acentos también converge Fazzalari⁴, es de la mayor importancia, en particular en el punto en el cual se esfuerza en coger, y fijar, los límites en el ejercicio de las dos funciones. Con una condición, agregó: que el Estado y el ordenamiento, al cual nos estemos refiriendo, sean libres en cuanto animados por la fuerza moral y reguladora del derecho. Si así no fuera como desgraciadamente ocurre en muchas partes del globo, el legislador no encuentra ningún límite y el juez deviene una marioneta.

3. LA CRÍTICA DE LIEBMAN

Era previsible que la toma de posición de Cappelletti habría de suscitar un eco. En las páginas de la "Rivista di diritto processuale" efectivamente ha intervenido Liebman para una puesta de punto; el autorizado estudioso, con claridad y fuerza sintética difícilmente superable, formula algunas objeciones y plantea

vigorosamente el gravísimo problema implícito desde siempre en la afirmación, si bien motivada, de la creatividad de la jurisprudencia, que es, justamente, el del límite de ésta⁵.

Según el autor no sería satisfactorio, ni suficiente, agotar la diferencia entre legislación y jurisdicción en el método procesal del cual ésta última se sirve, por cuanto, tal característica, por un lado, nos dice solamente que el legislador no es un juez, pero no lo que en definitiva él hace y cómo ello deba calificarse; y, por el otro, la estructura procesal, aún cuando superflua respecto a la actividad legislativa, no obstaculizaría el desarrollo que, si bien en hipótesis, podría actuarse según formas procesales.

En cambio, la real e insuperable diferencia entre las dos funciones está en la "calidad del objeto respecto del cual el legislador y los jueces son llamados a pronunciarse: problemas abstractos para el legislador, casos y controversias concretas para el juez, con la natural consecuencia que el acto legislativo provee y es eficaz para una serie indefinida de casos futuros, mientras que el acto jurisdiccional provee para un caso concreto y es eficaz para él y para él sólo".

Ello trae como consecuencia que, desde un punto de vista formal, el pronunciamiento del juez consiste sólo en hacer explícito y manifiesto en concreto aquello que estaba ya contenido en la ley, la cual es la única barrera que garantiza la certeza del derecho y excluye la arbitrariedad del juez: la ley es la ley, el juez está sujeto a la ley y por lo tanto no puede completarla, ni integrarla, sino sólo aplicarla. Así concluye Liebman: "la eficacia puramente declarativa de la sentencia no es una ficción, sino más bien es la consecuencia natural del hecho que la ley es eficaz y obligatoria independientemente de las sentencias que le dan actuación, por lo tanto el deudor es deudor desde el momento en el cual contrajo la obligación, y ello aún en los casos en los cuales sólo con la sentencia deviene cierta la existencia de la obligación"⁶.

4. VALORACIÓN DE LAS CONTRAPUESTAS ORIENTACIONES

El aludido pensamiento, con gran autoridad, nos coloca, con su severa admonición, frente a una grave responsabilidad, incluso de orden moral, invitando a reflexionar cuidadosamente antes de llegar a afirma-

⁴ Cfr. Fazzalari, "Giudici, diritto, storia", cit. p. 19 y ss; Id., "Introduzione alla giurisprudenza", cit., pp. 92-95 y passim.

⁵ Cfr. Liebman, "Giudici legislativi?", En: "Rivista di diritto processuale", 1984, pp. 756-760.

⁶ V. Liebman, op.cit., p. 760. En el mismo sentido Fazzalari, "Giudici, diritto, storia", cit., pp. 13-14.

ciones y conclusiones, cuyas consecuencias podrían ser muy peligrosas.

Sin embargo, e incluso a la luz de tal admonición, no parece que en sustancia las observaciones de Cappelletti pierdan su valor, y que ellas, si son correctamente entendidas, se vean afectadas por las objeciones, con las cuales, mirándolo bien, no están en contraste.

En primer lugar, el estudioso ha tenido bien presente que la jurisdicción se ejercita respecto a casos particulares y concretos, pues de otra forma no tendría sentido empernar su esencia en el proceso, y sus sumas e ineludibles garantías. Por otro lado él no ha escondido el problema de los límites de la eventual arbitrariedad del juez, e incluso lo ha extendido al legislador, el cual más fácilmente y mucho más peligrosamente que el primero puede caer en la arbitrariedad.

Bajando más al detalle, no puede dudarse del hecho que el juez tenga la tarea de decidir controversias concretas según una ley preexistente, es más, según el derecho positivo, y que el acto jurisdiccional produce efectos sólo para ellas, mientras que el legislador da en abstracto una regla válida para una serie indefinida de casos futuros⁷. Pero justamente de esto nace el problema a afrontar y resolver.

Puesto que la norma es en línea de principio general y abstracta, y puesto que al contrario el orden jurídico debe tener una vigencia efectiva en los infinitos y particulares casos concretos, se deriva necesariamente que la primera por sus intrínsecas características no es idónea por sí misma para constituir un orden vigente y efectivo en las relaciones intersubjetivas, necesitándose para tal fin siempre un ulterior e indispensable instrumento que permita convertir en concreto un precepto, que concreto no es. Por esto Chiovenda, tenaz sostenedor de la primacía de la ley, afirmó siempre que su voluntad con anterioridad al juicio ha devenido ya concreta gracias a la acción y al hecho de los sujetos.

Cuando nace la controversia particular entre las partes individualizadas, este instrumento, o medio, es el juez, que es llamado a proveer sobre el caso específico según ese metro, sólo en abstracto y para una serie

hipotética de casos, ofrecido por el legislador. Ahora en la tarea consistente justamente en llenar el foso, que separa la norma general y abstracta del caso particular, no puede no encontrarse una función estrictamente creadora de orden, por lo tanto de derecho. Y no porque el juez coloque normas generales y abstractas usurpando el poder legislativo, sino más bien por la razón opuesta, vale decir porque sentencia sobre la controversia particular, no estando el legislador en grado de resolver él mismo tal controversia siquiera con la emanación de una ley especial ad hoc, pudiendo también sobre ella enardecerse el contraste entre las partes y debiendo también en relación a ella el juez pronunciarse sobre el caso concreto⁸.

En otras palabras, si no existiera el proceso y la jurisdicción y si ésta a través de la sentencia idónea para adquirir la autoridad de cosa juzgada no estuviera en grado de cerrar definitivamente la controversia con la declaración del derecho entre las partes, el estado de crisis y de conflictualidad entre las mismas, por lo tanto de no orden, no podría nunca ser eliminado únicamente a través de la preexistente norma general y abstracta. En ello consiste el valor creador de orden y de certeza, y por lo tanto de derecho y de experiencia jurídica, de la jurisprudencia.

Si luego se identifica el derecho positivo sólo con los textos normativos emanados por el legislador, nos debemos preguntar si ellos sean realmente la única barrera y garantía del honor, de la libertad y de los derechos de los ciudadanos. Lejos de mí está el querer siquiera lejanamente disminuir el valor, que en línea de principio tienen la ley y la certeza del derecho; pero no se puede hoy descuidar el hecho, tras las experiencias históricas vividas y las que aún están en curso, que la norma puede ser injusta o irracional, y que su fuerza puede ser utilizada deliberadamente por el denominado legislador no para proteger, sino para infringir sistemáticamente la dignidad, el honor, la libertad y los derechos de la persona. ¿Quién podría entonces tachar de arbitrario a aquel juez, que, llamado a aplicar la norma manifiestamente inicua y persecutoria, emitida en adhesión a un diseño político dictatorial y opresivo, trate de circunscribir su alcance y a atenuar los efectos? ¿No urge en este caso el problema del límite al legislador, que justamente Cappelletti ha levantado con vigor?

⁷ Respecto a la necesaria correlación entre jurisdicción, declaración (accertamento) y cosa juzgada, cfr. las clásicas páginas de Allorio, "L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale". En: "Problemi di diritto, I, Milano", 1957, p. 81 y siguientes; Id, "Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria", allí mismo, II, 1957, p. 32 y siguientes.

⁸ *In claris fit interpretatio*, afirma perentoria y justamente Fazzalari, "Introduzione alla giurisprudenza", cit., pp. 38-39 y passim, en donde pone en evidencia el papel del juez no como arbitrario creador de nuevas normas generales y abstractas, sino como adaptador de ellas al caso concreto en relación a los valores históricos del momento.

Y nuevamente se precisa estar de acuerdo sobre el hecho que la sentencia tiene siempre, al menos en parte, contenido declarativo y de certeza (*accertamento*), y que consecuentemente el deudor, el propietario, el ladrón, etc., son tales aún antes del veredicto judicial. Pero, si así es, hay que andar muy cautos en la pretensión de separar netamente el proceso y la legitimación para obrar de la titularidad de los derechos, en él deducidos, así como en aquella de dar a la legitimación y a la acción un contenido abstracto y exclusivamente procesal, consistiendo ellas en el poder de obtener una sentencia cualquiera independientemente del fondo. Y sin embargo, sobre la abstracción del proceso y de la acción del denominado derecho sustancial, ríos de tinta se han volcado, y no siempre se ha aceptado la chiovendiana enseñanza que, si bien reivindicando la autonomía del proceso, coloca decididamente en la acción el derecho a la sentencia favorable, y en la legitimación para obrar una condición de ella, vale decir la titularidad del derecho llevado al juicio. De allí que no se puede uno sorprender luego si alguien ve en el juez al creador, en sentido impropio e imperfecto, de los derechos, dado que la proclamada separación entre la acción y la legitimación del derecho subjetivo está justamente motivada con el estado de incertidumbre anterior a la sentencia⁹. Si así fuera, ¿podría aún sostenerse — como yo también considero se deba — que el propietario, el deudor, etc., son tales antes e independientemente del juicio?

5. EL SENTIDO DE LA FUNCIÓN CREADORA DE LA JURISPRUDENCIA

Las consideraciones expuestas no deben, sin embargo, inducir a devaluar, o a descuidar, la puesta de punto de Liebman, cuanto más bien a encontrar el punto de encuentro implícito entre las dos exigencias y entre los dos datos de la experiencia jurídica, que el debate científico ya desde hace tiempo ha puesto a la luz.

Punto fijo e indudable es que el juez, y la función por él ejercitada, no son y no deben ser, ni en abstracto ni

en concreto, factores de arbitraria creación de normas jurídicas. La creatividad de la jurisprudencia, como ya se ha mencionado, no consiste en poner al juez en el lugar del legislador, ni en la coincidencia de la función jurisdiccional con la legislativa. Donde ello ocurriera, extremadamente graves serían las consecuencias negativas justamente en el plano de las libertades civiles y políticas.

El problema en cambio consiste, una vez establecido el contenido de tal creatividad, en el individualizar la neta y precisa línea de frontera, más allá de la cual el juez cae en la arbitrariedad y en la injusticia con daño a las partes y al entero ordenamiento jurídico.

En mi opinión, la denominada norma general y abstracta, como es usualmente concebida y descrita, no puede eficazmente funcionar cómo límite por varias y fundadas razones.

En primer lugar porque, como ya se ha evidenciado, agotándose la noción de derecho en el dato puramente formal de la norma jurídica dada por el legislador, y abstrayendo consecuentemente del contenido de la misma, no existe a priori ninguna certeza, o garantía, que el precepto normativo esté dirigido a tutelar los derechos y las libertades de los ciudadanos. Consecuentemente, el hecho de anclar la función del juez en el puro momento aplicativo de tales normas no garantiza nada, sino que agrava la situación. Bajo este perfil, un problema mucho más grave y apremiante de límites se plantea para la función legislativa, como justamente lo ha evidenciado Cappelletti; la experiencia de las constituciones rígidas y la creación de órganos de justicia constitucional, con la tarea de imponer su observancia mediante la anulación de las leyes inconstitucionales, es la más evidente demostración¹⁰.

Además, porque el derecho positivo vigente no se identifica solamente con la denominada norma general y abstracta, de formación y emanación estatal, sino que se manifiesta en muchas otras formas a través de

⁹ Muy oportunamente Liebman, "Manuale di diritto processuale civile", I, Milano, 1980, p. 131 y siguientes y especialmente pp. 139-142, defiende con su acostumbrada claridad el planteamiento chiovendiano tanto en el tema del derecho de acción, entendido también a la luz de las garantías constitucionales cual derecho en concreto que le corresponde a quien tenga un propio derecho a hacer valer, así como en materia de legitimación para obrar, cual condición de la acción consistente en la titularidad subjetiva de la misma en cabeza de quien afirme un derecho, que se asume lesionado. Por lo que se refiere a la afirmación de la coincidencia entre los conceptos de acción, interés, y legitimación para obrar en cuanto al derecho subjetivo llevado al juicio, v., también Satta, "Diritto processuale civile", 9ª edición, al cuidado de C. Punzi, Padova, 1981, pp. 123-137, si bien en base a un distinto orden de ideas.

Por lo que se refiere a la teoría contraria del derecho abstracto de obrar, y de la legitimación en sentido puramente procesal en cuanto enderezada a obtener una decisión judicial con cualquier contenido, las posiciones son tan conocidas como para no requerir citas. Respecto a ellas, y al correspondiente debate científico conexo, cfr., si se quiere, Monteleone, "Profili sostanziali e processuali dell'azione subrogatoria", Milano, 1975, p. 199 y siguientes.

¹⁰ Respecto a la función de la Corte constitucional v., últimamente, Fazzalari, "Giudici, diritto, storia", cit., pp. 15-19; Id, "Introduzione alla giurisprudenza", cit., pp. 39-41; Monteleone, "Giudizio incidentale sulle leggi e giurisprudizione", Padova, 1984, p. 53 y siguientes.

ese formidable conjunto de actividades que en el seno de cuerpo social se desarrollan para lograr que la acción humana no este fuera de toda ley, o que sea fin en sí misma, sino que exprese un orden que permita su supervivencia y su desarrollo. ¿Cómo explicar de otra forma, sólo por dar un simple ejemplo, la experiencia jurídica de la equidad y del relativo juicio?¹¹.

Aún más porque, colocándose en la óptica del texto normativo, nace la famosa cuestión de su interpretación. ¿Quién interpreta la norma se limita a reproducirla mecánicamente, o agrega algo de suyo y de nuevo? Cuando varias "interpretaciones" son posibles, ¿qué conduce a preferir la una a la otra? Infinitas han sido, y siempre serán, las respuestas, pero nunca resolutivas porque queda y quedará siempre una objeción, que el sostenedor de una tesis podrá oponer al otro¹².

Estando así las cosas, no parece, objetivamente, que la denominada norma general y abstracta pueda, aisladamente, constituir el baluarte contra la arbitrariedad del juez, y la garantía del derecho de los ciudadanos. Nosotros gravamos, movidos por nuestra humana y fundadísima exigencia, a los textos legislativos con una tarea excesiva, porque razonando en términos de hipótesis abstractas son múltiples las interpretaciones que pueden decirse a ellos conformes, y en el plano práctico la única esperanza de obtener justicia para el interesado es que el segundo, o tercer, juez piense distinto del otro, superponiendo una interpretación a la otra.

6. LOS LÍMITES CONCRETOS DE LA JURISDICCIÓN: A) EL HECHO Y EL DERECHO

El punto central de la cuestión está, en cambio, en que la jurisdicción no es actividad de pura y simple interpretación de normas generales y abstractas. Esta es una visión parcial e imperfecta, que genera equívocos

e insolubles problemas. Ha escrito muy exactamente Liebman, colocando en relieve un dato por todos explícita o implícitamente compartido: "la distinción entre legislación y jurisdicción está dada por la calidad del objeto sobre el cual el legislador y el juez están llamados a pronunciarse: problemas abstractos para el legislador, casos y controversias concretas para el juez".

La jurisdicción, pues, se ejercita innegablemente sobre casos específicos o concretos, y es sobre ellos que se precisa concentrar la atención.

Caso concreto no es otra cosa que un hecho de la vida, es decir una serie de acciones conexas y que se entrelazan en la relación entre dos o más sujetos de derecho. Sobre estos hechos y sobre estas relaciones, envueltos por la incertidumbre en el momento en el cual surge la discordia y la controversia entre los interesados, es llamado a pronunciarse el juez, el cual no es, en cambio, llamado a ofrecer a los ciudadanos pareceres o interpretaciones teóricas de normas de ley. De donde que, colocar la función del juez sólo en el plano de la pura interpretación de un preexistente texto normativo ofusca la efectiva sustancia del juicio, y crea dilemas de imposible solución porque se fundan en premisas falsas.

El hecho, deducido en juicio por las partes, es preexistente a éste y constituye el verdadero e insuperable límite de la función judicial.

Respecto al hecho, el juez no puede sino ser ajeno, es decir tercero en el sentido más propio y genuino de la palabra, en cuanto él no ha sido uno de los protagonistas o autores del mismo —siendo de otra forma parte o no tercero—, luego juez. Ésta, y no otra, es en su esencia la imparcialidad del juez: las partes, para componer la controversia, deben necesariamente dirigirse a un tercero y no a una de ellas, porque de lo

¹¹ Respecto al concepto de derecho positivo, que en esta sede no puede sino ser apenas esbozado, me limito a reenviar a Capograssi, "Analisi dell'esperienza comune". En: Opere, II, Milano, 1959, p. 114 y siguientes; Id, "Studi sull'esperienza giuridica", allí mismo, p. 229 y siguientes, especialmente, pp. 307-357; Id, "Il problema della scienza del diritto", allí mismo, pp. 415-433, 487 y siguientes, 524 y siguientes.

¹² Para un cuadro de los problemas, difícilmente resolubles, que suscita la teoría de la interpretación, cfr. Monteleone, "Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione", cit., pp. 31-39.

Para la crítica de la teoría del silogismo judicial, y lo insostenible de la misma, v., últimamente, Esser, "Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto". Napoli, 1983, pp. 38-64. Respecto a la dirección hermenéutica propugnada por Esser sobre la huella de Gadamer, cfr. Zaccaria, "Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di J. Esser". Milano, 1984. Según mi modesta opinión, el pensamiento de Esser, si bien contiene notables sugerencias y meritorias intuiciones, por lo demás muy presentes a la más advertida ciencia italiana del derecho (totalmente ignorada por el citado autor) desde hace más de cincuenta años, no resuelve con claridad el problema de la función del juez, incluso porque continúa en parte proponiéndolo como problema de interpretación. Más bien las tesis del autor se prestan por su indeterminación al equívoco y a consecuencias negativas.

A la interpretación en sentido estricto Esser dedica el capítulo V de la op.cit., pp. 112-138. Las observaciones allí contenidas, expresadas con un lenguaje retorcido, hermético y casi incomprensible (como por lo demás toda la obra) son las mejor confirmación de la falta de idoneidad de todo esfuerzo conceptual dirigido a resolver la función del juez en el plano interpretativo. Que luego el citado autor, que apuesta todas sus cartas y su atención justamente sobre la denominada «precomprensión» como clave para resolver los problemas afrontados, se exprese en términos confusos e «incomprensibles» es un hecho que induce a la más atenta reflexión.

contrario llegarían directamente a un acuerdo resolutorio, excluyendo así de raíz la exigencia del “juicio” y la experiencia del proceso. Si así no fuera, el juez perdería la legitimación al juicio, por ser parte, o bien testigo del hecho.

Respecto al hecho no hay cuestión de interpretación, puesto que él no permite reales opciones o alternativas: o en realidad ha existido en una determinada forma (y es por lo tanto un específico hecho); o no ha existido, o se ha desarrollado en forma realmente distinta (el hecho no existe; o es otro hecho respecto al planteado y alegado). En todo caso, el juicio sobre el hecho no es en su esencia interpretativo, sino es una afirmación de verdad, de existencia o de inexistencia¹³. El hecho, y en especial las varias acciones concretas que le han dado vida, llevan además en ellas implícito un orden, es decir obedecen íntimamente a una regla de conducta, que todo actuar en cuanto tal expresa. Tal orden no es sino el derecho positivo vigente (vigente porque efectivo), que el legislador en una forma, el juez en otra, tratan de hacer claro, cierto, e inteligible a todos los ciudadanos, o a las partes interesadas.

El legislador, en un Estado libre de derecho, con base democrática absuelve la necesidad de certeza y de orden, factores constantes de la experiencia jurídica, dando reglas generales y abstractas. Pero tales reglas él no las saca de la nada, o del cielo, o de la abstracta ideología; él en cambio debe sacarlas del conjunto de acciones y de las determinaciones que se desenvuelven en la sociedad. Es decir, el legislador tiene la

delicada e importantísima tarea de extraer del amasijo aparentemente confuso e inextricable del actuar humano el derecho, la regla de tal actuar inmanente y aprisionada, rindiéndola clara y cierta mediante la emanación de textos normativos en relación con hechos hipotéticos. Este es el gran e importantísimo valor de la función legislativa en el Estado libre de derecho; y por tal razón en éste la norma no es realmente heterónoma¹⁴.

El juez, por su lado, cumple la misma operación mayéutica en relación al caso concreto, es decir, en relación a un acontecimiento efectivamente existido y no con referencia a una hipótesis genérica, declarando la certeza (ascertamiento) que sobre la base del hecho probado y verificado por medio del proceso conduce a la individualización de una regla jurídica coincidente con aquella dada en abstracto por el legislador.

Ello trae como consecuencia que el límite intrínseco de la función jurisdiccional, más allá del cual ella cae en la arbitrariedad, no es tanto la pura y simple norma preexistente, que se trate de “interpretar”, sino el hecho jurídico, es decir la síntesis entre el hecho y el orden en él impreso. El único real e infalible sistema para desnaturalizar la función del juez, y volverlo arbitrario legislador en el caso concreto, es aquel de dar las bases que le permitan alterar los hechos de la vida deducidos en juicio, por cuanto sólo así él puede llegar seguramente a la violación de la ley dada bajo la apariencia de su respeto, siendo claro que si se cambia el hecho, cambia inevitablemente el dere-

¹³ Respecto al punto v., últimamente, Esser, “Precomprensione e scelta del metodo”, cit., p. 38 y siguientes, especialmente pp. 48-51; Zaccaria, “Ermeneutica e giurisprudenza”, cit., pp. 46-60. El autor alemán, tal vez arrastrado por la exigencia de la crítica al concepto de silogismo como modelo racional de la decisión judicial, termina metiendo todo en el mismo saco y extiende también a la fijación (ascertamiento) de los hechos, deducidos en juicio, la discrecionalidad valorativa inherente a la interpretación de la norma de derecho, distinguiendo entre el hecho, tal como ha ocurrido, y la declaración que hace el juez con la finalidad de encuadrarlo (o no) en la hipótesis normativa. Si la crítica al silogismo judicial puede ser compartida, así como la afirmación de que tarea esencial del juez es la establecer las premisas correctas del silogismo y no tanto el de desarrollarlo, no se puede en cambio estar de acuerdo con la pretendida discrecionalidad en la declaración de los hechos, tratándose de una visión errónea y excesiva debida a su abstracción. En efecto, una cosa es la valoración de los resultados instructorios que conducen a la convicción del juez respecto a los hechos deducidos en juicio, y otra cosa es la afirmación de su existencia o inexistencia, la cual no tiene nada de discrecional, sino que debe contener una fijación (ascertamiento) rigurosamente objetiva. Además, lo que el autor llama declaración judicial del hecho, no es para nada el denominado juicio de hecho, o, para expresarnos en términos comunes, la premisa mayor del silogismo judicial, sino una parte del juicio de derecho. Precisamente aquella consistente en la correlación, o no, entre la situación concreta de hecho, emergida en el curso del proceso en base a las alegaciones y a las pruebas, con el supuesto de hecho (*fattispecie*) dibujado por la norma como factor condicionante de los efectos jurídicos por ella previstos. La reconstrucción verdadera y propia del hecho concreto, respecto al cual el juez está llamado a pronunciarse, no tiene, en cambio, nada de discrecional, tanto porque en la realidad no existen tantos hechos, según lo que a uno le plazca, como porque a ella se llega sólo a través del proceso y la prueba. El proceso y la prueba no son una solitaria ejercitación del juez, sino que obedecen a una ley precisa, que justamente anula toda pretendida discrecionalidad.

Respecto a el juicio de hecho v., también, las breves notas de Fazzalari, “Introduzione alla giurisprudenza”, cit., pp. 107-111.

¹⁴ Cuando el legislador, pecando de soberbia o de abstracción, emana normas que no corresponden a las reales exigencias de la vida y de la acción, vale decir, cuando el legislador piensa poder dominar él la vida por medio de normas, en vez de hacerse intérprete y develar la verdad, dos son las consecuencias posibles e históricamente experimentadas. O las normas así concebidas quedan letra muerta, en el sentido que la experiencia concreta procede por su camino independientemente de su contenido. O bien, el elemento sancionatorio y coercitivo con sus aparatos y mecanismos asume primacía, en el tentativo de imponer con la fuerza en concreto, lo que el concreto rechaza. En este caso, cuando ello es elevado a sistema, se obtiene la creación del Estado despótico-dictatorial y de policía, con definitiva pérdida de las libertades civiles y políticas. Ello abre una trágica espiral de acciones y reacciones, porque la experiencia concreta siempre encuentra el modo de agenciarse, si bien entre mil dificultades y peligros.

cho¹⁵. Viceversa, cuando el hecho emerge en juicio en su efectiva realidad, la eventual violación de ley, aún cuando encubierta de argumentaciones, interpretaciones, y elucubraciones de variado género, es descubierta y combatida con la impugnación.

7. SIGUE: B) EL PROCESO Y SUS SUPREMAS GARANTÍAS

Llegados a este punto, se precisa hacer un ulterior paso. El hecho, como la misma palabra lo dice, es el producto de acciones pasadas, más no actuales; el juez no es parte, no es un artífice de los hechos, de los cuales nace la controversia. Él nada sabe sobre ellos, y justo en ello reside el primer y más esencial fundamento de su legitimación para el juicio. Para que ello sea posible, se precisa pues reactualizar el hecho, para que el juez pueda revivirlo, fijarlo (*accertarlo*) y sumergirse en él para individualizar y declarar el derecho en relación a las partes, y con efectos limitados a ellas (*iuris dictio*).

Justo para esto sirve el proceso. Precisamente porque el proceso es el único instrumento ideado por el hombre y por su experiencia para hacer revivir ex novo a un tercero ese complejo de acciones concretas, que en el momento de su instauración han sido vividas y agotadas, y respecto a las cuales el orden jurídico deviene ineficaz e incierto por causa del contraste surgido entre las partes.

Aquí emerge toda la importancia de la afirmación de Cappelletti, que ve en el proceso y en sus sumos principios el *proprium* de la jurisdicción, y el límite esencial que impide la arbitrariedad del juez y al mismo tiempo legítima su obra. Con ello él se enlaza a la fundamental enseñanza de aquella corriente del pensamiento jurídico italiano¹⁶, que advierte que el proceso no es instrumento de un fin a él externo, sino que encuentra en sí su fin, por cuanto la ley y el

ordenamiento no son externos al mismo, sino intrínsecos e interiores. La relación entre juicio, proceso y ley no es, por ello, una relación entre entidades distintas y separadas, no es una relación entre texto normativo y su interpretación en abstracto, incluso viéndolo bien no es siquiera una relación sino una coincidencia, una recíproca inmanencia, porque el proceso y el juicio no están separados del derecho, sino que son el derecho.

De ello se obtiene la extrema importancia que tienen los fundamentales y sumos principios procesales, como la imparcialidad del juez, el contradictorio, la defensa, y los relativos corolarios en ellos implícitos, principios que son constitutivos del proceso mismo. Ellos no representan uno de los posibles modelos organizativos, que en hipótesis se podría sustituir con otros (¿pero cuáles?); no son reglas jurídicas disponibles, y ello en el preciso sentido que el proceso se identifica con ellos. El hipotético cambio, siempre pensable, no haría nacer un nuevo proceso, distinto al hoy conocido, sino que lo suprimiría, suprimiendo con ello la jurisdicción y el juicio. Probablemente quedarían en esta hipótesis las fórmulas verbales de proceso, juicio, jurisdicción, pero en concreto ellos serían inexistentes, y estos términos indicarían solamente una formal envoltura exterior, en la cual cualquiera podría insertar cualquier contenido. El proceso se reduciría a ser un miserable instrumento para permitir el logro de cualquier fin, inclusive el más torcido, y envolverlo con el traje exterior de legalidad. La expuesta concepción, acorde con un sistema de libertad civil y de ella suprema garantía, es aquella en la cual se inspiran las constituciones de los Estados libres, y en particular la adoptada por nuestra carta constitucional. La garantía del derecho de defensa, el deber de motivar las resoluciones judiciales, la garantía del recurso de casación no son más que aspectos y consecuencias de la real esencia del proceso y de la jurisdicción. El mismo hecho que el control de legiti-

¹⁵ Ello es de inmediata evidencia en el proceso penal, en el cual si se quiere condenar al imputado debe necesariamente fijarse (*accertarsi*) y atribuirse un hecho, establecido como delito. En los denominados procesos penales políticos, o revolucionarios (que del proceso son la más evidente negación), se asiste justamente a la arbitraria creación procesal de hechos criminosos en realidad inexistentes, o prefabricados, o así calificados por el juez en base a directiva política. El instrumento probatorio por excelencia falso, usado a tal fin, es la «confesión espontánea» de los imputados, obtenida a través de sevicias físicas o psíquicas.

Las fórmulas absolutorias propias del proceso penal son la más evidente confirmación de lo sostenido en el texto. Lo que se percibe con extrema claridad en el proceso penal, vale también para el civil.

¹⁶ Para los iniciadores de esta escuela en el campo procesal y filosófico (si bien se puede configurar una neta distinción entre los dos aspectos), cfr.: Chiovenda, "L'azione nel sistema dei diritti". En: *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 34 y siguientes; Id., "Principi di diritto processuale civile", reimpresión, Napoli, 1965, p. 43 y siguientes; Capograssi, "Intorno al processo". En: *Opere*, IV, Milano, 1959, p. 131 y siguientes; Id., "Giudizio processo scienza verità", allí mismo, V, Milano, 1959, p. 51 y ss. Escribía Capograssi, "Intorno al processo", cit., p. 150: «entendida como justicia esta ratio profunda e histórica que hace la sustancia de un ordenamiento, el proceso es verdadera celebración de justicia. Y por esto tiene los resultados que tiene. Por esto lleva a la tutela del derecho subjetivo y a la composición de la litis. Resultado y modo de llegar a él están, como siempre, en la historia de la acción indisolublemente unidos. Si se separa el resultado del modo de llegar a él, se hace imposible el resultado, se le niega con la intención de salvaguardarlo». Ahora, ¿qué cosa contiene en sustancia el pensamiento de Cappelletti, si no el desarrollo sistemático y coherente de esta idea central y esencial del proceso y de la jurisdicción, ulteriormente aseverada por el método de la comparación jurídica?

midad constitucional de las leyes, sobre el cual se emperna el límite al legislador, haya nacido y se desarrolle como proceso y juicio es altamente significativo¹⁷.

Para concluir estas acotaciones, no se puede estar de acuerdo con la observación que la estructura del proceso y de la jurisdicción no serían en sí incompatibles con la actividad legislativa, siendo en todo caso superfluas pero no obstativas de ella¹⁸. En verdad, el legislador al desarrollar su tarea no está llamado a juzgar sobre casos concretos y específicos entre partes individualizadas, ni está llamado a ofrecer a ellas la declaración de certeza (*accertamento*) del hecho y del derecho en contienda, suprimiendo el cuestionamiento con la autoridad de la cosa juzgada, sino que está llamado a satisfacer la exigencia de orden y de certeza dando normas generales en relación a hipótesis abstractas. Y así como la libertad del ciudadano exige que el juez no se convierta arbitrario legislador, es decir asegurando justamente el proceso y la jurisdicción en su específica peculiaridad, igualmente exige que el legislador no traicione su función deviniendo en un arbitrario juez, es decir cumpliendo un juicio de hecho y de derecho que no le compete.

La adopción de las formas procesales sería, además de inútil, prácticamente imposible si enderezada a la finalidad de dar las leyes; sería una grave usurpación de poder, si a través de la norma se pretendiera resolver en concreto la controversia particular.

8. APLICACIONES PRÁCTICAS DE LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS: A) LA INEFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, PRIMERA Y DETERMINANTE CAUSA DE LA LENTITUD DE LOS JUICIOS Y SUS GRAVÍSIMAS CONSECUENCIAS

En las páginas precedentes se ha tratado de coger el real límite de la función jurisdiccional, encontrándolo no sólo y no tanto en la preexistencia de un texto normativo escrito, que se trate simplemente de interpretar, puesto que el problema así planteado conduce a una calle sin salida. Tal límite hemos visto que consiste, en cambio, en el hecho jurídico, y por lo tanto en el proceso, única sede en la cual en estrecha adhesión a la ley constitutiva de él puede cumplirse el juicio sobre el caso concreto y en contradictorio entre las partes, únicas legitimadas para deducirlo.

Tal planteamiento, en su esfuerzo de acercarse en cuanto sea posible a la realidad, permite en mi concepto tomar posición respecto a algunos problemas, que se presentan alrededor del proceso, a su funcionamiento, a su organización y disciplina, sobre los cuales en vía simplificativa es oportuno detenernos brevemente.

Se presenta así más claro de cuanto genérica y por lo común confusamente se advierta, que la ineficacia de las estructuras organizativas de la administración de justicia, reverberándose sobre el proceso, rindiendo su desarrollo largo, costoso, y sustancialmente inútil, determina graves daños que trascienden el dato puro y simple de la ineptitud de un sector de los poderes públicos. No se trata sólo del hecho, de inmediata percepción, que el proceso largo e ineficaz no permite a los ciudadanos defender adecuadamente sus propios derechos, de tal forma que ellos puedan ser casi impunemente violados, o permite por otro lado sujetarlos por largo tiempo a imputaciones penales, e inclusive a medidas restrictivas de la libertad personal, sin juicio. Sino también por el hecho, más en estricto general y político, que todo esto, anulando prácticamente la función del proceso, aniquila la jurisdicción. Cuando ésta viene a menos, todo el ordenamiento político-constitucional del Estado libre y de derecho es sacudido, porque uno de sus fundamentales pilares es comprometido.

Se precisa entonces evidenciar que, si la situación de ineficacia no es un momentáneo defecto, sino que se prolonga en el tiempo asumiendo el carácter de la estabilidad sin que los responsables de la nación le pongan remedio, ello quiere decir que existe una voluntad, manifiesta o latente, de comprometer el ordenamiento del Estado libre con todo lo que ello significa.

Frente a este grave hecho, la tarea de todos, y especialmente de los estudiosos del proceso, es la de reaccionar denunciando tal situación, y propugnando con fuerza los remedios más idóneos para tan grave mal, que no son hoy evidentemente reformas más o menos audaces del *modus procedendi*, sino enérgicas medidas dirigidas a impactar de raíz la inmoralidad y la desorganización, que en concreto paralizan el ejercicio de la función jurisdiccional. Por ejemplo, ¿de qué valen la auspiciadas reformas del proceso frente al hecho que se requiere atender de tres a cuatro años para la fijación de la audiencia de discusión de un

¹⁷ Respecto al punto, por todos, Cappelletti, "La giurisdizione costituzionale delle libertà". Milano, 1955; Id, "Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi in diritto comparato". 2ª edición, Milano, 1972.

¹⁸ Así, en cambio Liebman, "Giudici legislatori?", cit., p. 759.

recurso de casación civil, y un año más para la redacción y publicación de la sentencia?

9. SIGUE: B) LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

Otro punto, sobre el cual se puede tomar clara posición, es el hoy muy debatido de la denominada responsabilidad del juez, sobre el cual los ciudadanos serán probablemente llamados a pronunciarse a través de instrumentos de democracia directa.

Cualquier clase de responsabilidad del juez bastante difícilmente podrá perfilarse, si se parte del presupuesto irreal que su tarea sea la de ofrecer interpretaciones de normas generales y abstractas. Sobre éste plano tienen razón los que invocan la independencia y la libertad del juez, evocando el principio *iura novit curia* y a su exclusiva sujeción a la ley, que de un lado limita y por el otro garantiza su función.

Si viceversa se parte del presupuesto que el juez, en cuanto órgano del proceso, está llamado a fijar (*ascertare*) un hecho concreto y a declarar el derecho entre las partes, y se toma conciencia del real límite de su función, aparece evidente el delinarse de su responsabilidad. Ella subsiste cuando el juez hace del proceso una cosa suya, particular, o por interés personal, o de partido, o de ideología, o más simplemente por dejadez e incuria; ello se verifica cuando él, dolosamente o con culpa grave, elude o merma las reglas esenciales del proceso, poniéndose por encima o al exterior de ellas, altera los hechos deducidos en juicio, predetermina las pruebas o perjudica su resultado, cayendo con ello en la arbitrariedad. Pero todo ello debe ser valorado evidentemente en el particular y puntual caso, y no puede nunca ser reconducido a una abstracta interpretación normativa, que aisladamente considerada es con justa razón incensurable en el plano personal.

La censura al juez, y su responsabilidad, no deben, y por lo demás no pueden, apuntarse sobre la argumentación estrictamente jurídica o sobre la valoración abstracta de los textos normativos, sino sobre la certeza (*ascertamento*) de los hechos y sobre el *modus procedendi*, a través del cual se llegó a ella y por lo tanto al juicio en concreto.

En relación a este plano es indudable que el juez infiel al proceso debe responder por su actuación, y no existe por lo demás el temido peligro del aplanamiento jurisprudencial, por cuanto no es la denominada interpretación que cuenta a los fines de la responsabilidad.

10. SIGUE: C) TENDENCIA (ERRADA) AL INDISCRIMINADO AUMENTO DE LOS PODERES PROCESALES DEL JUEZ Y SISTEMA PROBATORIO

En cuanto a la técnica organizativa del proceso, y a las medidas por lo común indicadas para permitir el mejor y más rápido desarrollo, aparece igualmente claro que la considerable ampliación de los poderes judiciales a despecho de los de las partes, por algunos insistentemente auspiciado¹⁹, constituye un camino bastante peligroso, al final del cual será más fácil encontrar la injusticia y el error antes que los deseados beneficios.

El actual ejemplo del proceso penal, de carácter acentuadamente inquisitorio, con sus interminables instrucciones secretas, que son tales sólo para la defensa del imputado pero no cuando se trata de exponer a la pública ignominia al mismo, en las cuales la defensa puede absolver un muy modesto papel sólo gracias a intervenciones de la Corte Constitucional, es iluminante. Y pese a los vastos poderes instructorios e inquisitorios los tiempos procesales son enormemente largos.

Es pues una pura ilusión pensar que, adoptando iguales o similares criterios en el proceso civil, se obtenga una justicia más rápida y eficaz. No son las partes las que entorpecen el curso del juicio, porque al menos una de ellas tiene el mayor interés que se llegue lo más rápidamente posible a su epílogo, caso contrario no habría ejercitado la acción. Debilitar, o inclusive anular los poderes procesales de las partes, poniendo sólo en las manos del juez la delicada fase de instrucción probatoria, significa en cambio poner las bases que facilitan la caída en la arbitrariedad y en la injusticia. No sólo, en efecto, tal desequilibrio vulneraría también el principio del contradictorio y el derecho de defensa, sino que haría posible en la fase de instrucción la manipulación, aun cuando inadvertida, de los hechos deducidos en juicio, que es en definitiva el verdadero sistema que permite la real e irremediable violación de la ley.

¹⁹ Respecto a la tendencia a la ampliación de los poderes del juez, como pretendido remedio a los actuales males del proceso, v. recientemente: Comoglio, "Il principio di economia processuale", I, Padova, 1980, II, 1982; Dondi, "Efficacità dei provvedimenti istruttori del giudice civile". Padova, 1985; últimamente, en forma implícita, Denti, "Diritto e processo nella «common law»: lettura di un «civil lawyer»". En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1986, pp. 1150-1157.

Se suele decir sobre el particular la recurrente afirmación de que el proceso no es cosa de las partes, precisamente para justificar tal tendencia. ¿Pero de quién es entonces? ¿Es que acaso en el proceso penal no está en juego la libertad y el honor del imputado? ¿Y a quién pertenecen los derechos y los intereses deducidos en el proceso civil? Lo evocado es ya una especie de slogan del todo inútil, en donde con él se quiera subrayar el hecho, no cuestionado, que el proceso y la jurisdicción trascienden el caso particular. Deviene, en cambio, un peligroso vehículo de equívocos y de daños muy graves si, a través de él, se quiera convertir al juez en incontrolable árbitro del desarrollo del proceso. Las partes no son la mera ocasión del proceso, sino que son los sujetos y los protagonistas a pleno título en todos los sentidos, y por lo tanto tienen el incuestionable derecho de ser puestas con razonable equilibrio en el mismo plano del juez.

También la cruzada a favor de la denominada libre convicción del juez se presenta en gran parte equívoca y fuera de lugar. Que el órgano juzgador sea esencialmente libre en toda la valoración de los datos de la controversia, y en particular en la valoración de los resultados de los medios instructorios en relación

a los hechos deducidos y a probar, es cosa del todo obvia, que entra en la esencia misma del proceso y de la jurisdicción. Que tal libertad deba ser celosamente protegida frente a cualquier interferencia externa es cosa igualmente evidente. Pero que en nombre de la libre convicción del juez se llegue a auspiciar la demolición del entero andamiaje normativo respecto a la admisibilidad, la eficacia, la adquisición procesal de los varios medios de prueba, es un verdadero y propio absurdo, que no faltaría de producir nefastas consecuencias²⁰.

Al contrario, justamente en esta materia se necesitan leyes precisas y articuladas en todo tipo de proceso, justamente porque a través de las pruebas se llega a la verificación judicial del hecho deducido, base para la declaración del derecho en el caso concreto.

Una cosa es la abolición en el ámbito del sistema probatorio de viejos y anquilosados institutos, casi sin práctica relevancia, cosa muy distinta es eliminar toda la regulación normativa y ponerla caso por caso en las manos del juez, porque ello conduciría no a la libre convicción, o la búsqueda de la verdad material (¿cuál?), sino seguramente a la libre arbitrariedad en la administración de justicia.

²⁰ V., respecto al argumento la reciente contribución de Cavallone, "Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile". En: *Rivista di diritto processuale*, 1984, pp. 686-747, en la cual se elabora una amplia y exhaustiva reseña del debate científico respecto al punto, a la cual se reenvía. Ampliamente convincentes y justas son en mi concepto las argumentaciones y observaciones expresadas por Cavallone en el mencionado escrito.