

Creo, sin embargo, que a veces algunas partes de esas obras suelen ser propias de los “autores”; cuando tal cosa sucede resulta fácil individualizar los aportes “originales”, pues las frases e ideas que no han sido tomadas de obras ajenas se distinguen por lo confuso de la redacción o los errores jurídicos que en ellas se deslizan (por no decir “horrores”), porque cuando estos “autores” carecen de una guía orientadora, vacilan, tropiezan e incurrir fácilmente en errores o inexactitudes conceptuales.

Recuerdo que al comentar un cambio legislativo un crítico muy cáustico afirmó: “En esta ley hay cosas buenas y cosas nuevas; pero lo bueno no es nuevo, y lo nuevo no es bueno”. Me imagino que si ese crítico leyera las obras a que aludo, modificaría ligeramente su frase y diría: “En el libro hay cosas buenas y cosas propias; pero lo bueno no es propio, y lo propio no es bueno”.

Sin embargo no desespero, pese a mi espíritu de Criticón. En los cultores de nuestra ciencia también encontramos “creatividad” e “investigación”, y lo más notable es que quienes practican con esfuerzo estas virtudes, lo hacen para satisfacer a su conciencia, sin buscar ni esperar ningún reconocimiento.

Consideraciones críticas sobre la función de la jurisprudencia en derecho continental

Arturo Caumont

El debate histórico sobre el rol de la Jurisprudencia en los sistemas jurídicos de corte continental se ha desarrollado sobre la base de formulaciones técnicas y iusfilosóficas que, sin perjuicio de las variantes consignadas por los diferentes autores a través de los más variados enfoques y planteos, son susceptibles de colocarse alrededor de un eje central consistente en la idoneidad o inidoneidad de las sentencias para crear normas jurídicas más allá del límite comportado por el caso per se y, de manera corolaria, a las partes de las contiendas que las decisiones jurisdiccionales dirimen.¹

¹ La producción autoral sobre la materia es tan vasta y conocida que no parece sino excesivo inventariarla a manera de fondo bibliográfico. Es notorio que el tema abordado asume carácter histórico en Derecho dada la condición inveterada de las discusiones a su alrededor y a mérito de la trascendencia que posee en el delicado campo de la Filosofía y de la Teoría General de las disciplinas jurídicas así como en el de los abordajes propuestos por la Epistemología. No obstante el riesgo que se corre al pretender sintetizar en Derecho cuando la variedad temática y subtemática abruma por su vastedad, es cierto que uno de los ejes centrales de la cuestión resulta ser el atingente a la fungibilización de los poderes normativos en relación a la creación de Reglas de Derecho. Sin perjuicio, pues, de los innumerables aportes doctrinarios en la materia puede considerarse paradigmático en la actualidad el debate Dworkin - Hart, como asimismo lo plantea el Profesor Julio César Rivera en la Clase Universitaria recogida en artículo intitulado "Los límites de las facultades judiciales en el régimen de división de poderes y en el sistema de fuentes del Derecho privado argentino" que tuvo la gentileza de enviar a este autor, estudio que él mismo describe así: "Este trabajo es la versión escrita de una clase dictada con motivo de la inauguración del Sistema de la Editorial La Ley de atención a los estudiantes de la Facultad

En efecto, la principal cuestión debatida en sede de atribuciones y potestades de los magistrados ha sido la concerniente a los efectos que a las decisiones jurisdiccionales públicas y estatales se les debe asignar en el área normativa, vale decir, en el sensible territorio de las consecuencias vinculantes que los fallos puedan eventualmente poseer con relación no solo a los sujetos que en el Proceso tienen la calidad de partes sino, asimismo, a quienes no están involucrados en la contienda sometida al discernimiento resolutorio de los jueces autores de las providencias por cuyo través se deciden los litigios.²

de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de la presentación del Lexco Universitario. De ello dio oportunamente noticia el suplemento actualidad del diario La Ley. Se nos pidió que eligiéramos un tema que se vinculara con la jurisprudencia, y como en ese momento era omnipresente la existencia de un procedimiento judicial en la provincia de Córdoba destinado a “interpretar” la cláusula transitoria 9ª de la Constitución Nacional, nos pareció conveniente alertar a los estudiantes sobre los excesos a que se expone una sociedad en la cual los poderes del Estado exorbitan sus facultades constitucionalmente atribuidas. De modo que esta es una clase universitaria, a la que hemos agregado algunas notas para posibilitar la identificación de autores y obras, y en la que damos nuestro punto de vista sobre un tema antiguo como el derecho mismo: el alcance las atribuciones de los jueces ante la ley y en consideración a los demás poderes.”

² Como recuerda el Profesor Rivera “El modelo positivista en la versión de Hart es el de la discreción judicial. Este distinguido filósofo del derecho sostiene que debido a que la vaguedad es una característica del lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más adecuada; en estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho, sino creándolo para el caso concreto. Dworkin elabora el modelo de la respuesta correcta. Conforme a este modelo, el juez siempre encuentra una respuesta correcta en el derecho preestablecido; en los casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales ni en directrices políticas (que definen los otros poderes). Los casos difíciles se resuelven en base a principios que fundamentan derechos. De este modo la función del Poder Judicial no es crear derechos sino garantizar derechos preestablecidos, lo que resulta congruente con la separación de poderes y el sometimiento del juez a la ley. El juez no tiene poder político, su función es garantizar derechos individuales y no señalar los objetivos sociales. Su función es distinta a la de los otros poderes. Al no crear derechos el juez, sino garantizarlos, no crea normas que además serían retroactivas.

La problemática comprendida en el debate incluye un fuerte componente axiológico derivado, asimismo, de contenidos ideológicos que inciden en la formulación de las posiciones en controversia y que resultan más ostensibles en la corriente que propugna la condición jurígena extraparticular de los pronunciamientos jurisdiccionales, de cuyo análisis emerge la propensión a insertar la variable “justicia”, en general, y “justicia del caso”, en concreto, como elementos que configuran el perfil diferenciador de la tendencia y en tanto ambos resultan ser consideradas, por las posturas que asignan tal condición jurígena extraparticular, el desideratum de la actividad de los jueces, circunstancia que deriva la cuestión hacia dos territorios de indudable trascendencia para comprender la razón por la cual el debate entre ambas corrientes no solo se ha planteado sino, también, se ha mantenido en el tiempo no sin épocas de recrudescimiento en algunas comunidades jurídicas de neto corte continental.³

En cuanto a la sujeción de los jueces al sistema de fuentes que corresponde al derecho concreto de un Estado, fue tratada por Dworkin al hacer la crítica —demoledora— de Robert Bork cuando fuera nominado para juez de la Corte Suprema de los EE.UU. Dworkin critica a Bork que en su actuación como juez se apartaba del sistema de fuentes del derecho americano. Dice el filósofo estadounidense que atañe a la responsabilidad del juez y al cumplimiento de su deber, el respetar tanto la jurisprudencia anterior (esté o no de acuerdo con ella) como el sistema de fuentes en general. El desconocimiento del sistema de fuentes es calificado por Dworkin como *lawless judging* que es traducido como enjuiciamiento antijurídico o al margen del método legal. Las ideas de Dworkin sobre el punto han sido condensadas por uno de sus comentaristas, el profesor español Miguel Beltrán, del modo que sigue: la teoría constitucional de un juez no le permite situarse al margen del sistema de fuentes; el juez que prefiere su propia teoría al sistema de fuentes, incurre en terrorismo judicial; no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico (en concreto para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales) como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular del sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado —en términos de justicia o injusticia— de tal apartamiento; una sentencia justa dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de Derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende ajustada a derecho” (*op. cit.*).

³ En esta línea de detección empírica Rivera afirma que: “En un segundo plano, en el caso de los jueces de derecho privado a veces se comprueba la pretensión

Los dos territorios a los cuales la inserción de aquella variable denominable "justicia del caso" ha conducido son, en términos especiales, la definición de justicia y el contenido conceptual de la función jurisdiccional, ejes sustantivos alrededor de los cuales gira de constante, explícita o implícitamente, la confrontación entre las dos vertientes de pensamiento.

La paradoja vigente en la postura que reconoce a los pronunciamientos jurisdiccionales idoneidad para crear normas jurídicas más allá del marco perimetral de los intereses en contienda que los mismos resuelven radica en que el concepto de justicia con que operan es tan frecuente en las mentas como indefinido en su contenido y en su alcance significacional.

Ello es verdaderamente paradójico por cuanto ninguna de las corrientes que afirma la condición jurigenética general de las sentencias puede trascender hacia terrenos objetivos en los que abrevé una noción que sea susceptible de colocarse como dato técnicamente vinculante en sede científica por su calidad debida de enunciado con validez general, más allá de toda duda razonable, como se exige en ciencias, y más allá de la contrastación⁴ a la cual sea necesariamente sometida si posee vocación cierta de sustento. El concepto de justicia con que se manejan las tendencias que, aún en los sistemas de Derecho Continental, formulan una predicación de normatividad general en relación a los pronunciamientos decisorios jurisdiccionales no resulta poseer notas tipificantes que lo conviertan en aceptable de modo excluyente respecto de los otros conceptos que sobre el mismo sustantivo y la misma unidad lingüística, es decir, justicia, se puedan proponer.

—inicialmente legítima sin duda— de hacer justicia en el caso concreto, para lo cual se recurre a soluciones ajenas al sistema de fuentes del derecho privado consagrado en el art. 16 del Código Civil" (se refiere al Código Civil argentino, obviamente comprendido en un sistema de Derecho Continental). RIVERA, Julio César, *op. cit.* Véase asimismo CAUMONT, Arturo "La función jurisdiccional del Magistrado es aplicar el Derecho objetivo. Infungibilidad de las atribuciones de creación y de aplicación de las reglas jurídicas". Ponencia a Jornadas Uruguayo Santafesinas de Derecho, Montevideo.

⁴ En el sentido que Karl Popper plantea en su *Lógica de la Investigación Científica*.

El sempiterno *thema decidendum* que constituye uno de los problemas de mayor jerarquía científica a resolver, esto es, el concepto de justicia como ecuación significacional a solucionar precisamente por quienes son los que ejercen señorío explicatorio crítico sobre la correspondiente área de incumbencia cognitiva, es en sede de rol de la jurisprudencia un obstáculo insalvable para despejar todas las incógnitas básicas en la materia y conducir el intelecto a la posesión pacífica de la propia noción. Y ello porque el significado cabal de justicia pertenece al ámbito de la relatividad subjetiva y no es, por consiguiente, susceptible de apropiación excluyente por nadie respecto de los demás. Ni de los demás respecto de nadie.

Cuando uno de los fundamentos de una tesis resulta inabarcable significacionalmente porque a su respecto no es posible delimitar un contenido semántico que resulte razonablemente infungible, la tesis no puede erigirse ni sustentarse porque carece de base tal como de ella carece un edificio al que le falten los cimientos. Cuando la postulación del carácter normativo general de las sentencias se intenta legitimar en la obtención de la justicia del o para el caso que, corolariamente, deriva de la pretensa implementación de la justicia a secas como valor, la firmeza del enunciado se diluye en la carencia de un contenido de significación preciso para el propio valor que se considera como fundamento de la existencia de la formulación. Si el concepto de justicia no puede erigirse de modo diferenciado de otro en sentido contrario pero que posea igual vocación explicatoria que aquel, no podrá tampoco dotarse de razonable sustento a la tesis que sobre tan endeble base conceptual pretenda atribuirse corrección.

Expresado en otros términos, al resultar imposible obtener un concepto definitorio y excluyente de justicia por cuanto la relatividad a su respecto no es susceptible de eliminarse, toda formulación que se erija sobre ella como valor no alcanzará la debida firmeza requerible en Ciencia para tolerar los embates de contrastación que a su respecto se dirijan técnicamente. Lo que puede resultar justo a un decisor no es necesariamente indicativo de lo justo en términos objetivos que son, de manera ineludible, los únicos sobre los que se pueden construir formulaciones con vocación de validez razonable-

Los dos territorios a los cuales la inserción de aquella variable denominable “justicia del caso” ha conducido son, en términos especiales, la definición de justicia y el contenido conceptual de la función jurisdiccional, ejes sustantivos alrededor de los cuales gira de constante, explícita o implícitamente, la confrontación entre las dos vertientes de pensamiento.

La paradoja vigente en la postura que reconoce a los pronunciamientos jurisdiccionales idoneidad para crear normas jurídicas más allá del marco perimetral de los intereses en contienda que los mismos resuelven radica en que el concepto de justicia con que operan es tan frecuente en las mentas como indefinido en su contenido y en su alcance significacional.

Ello es verdaderamente paradójico por cuanto ninguna de las corrientes que afirma la condición jurigenética general de las sentencias puede trascender hacia terrenos objetivos en los que abrevie una noción que sea susceptible de colocarse como dato técnicamente vinculante en sede científica por su calidad debida de enunciado con validez general, más allá de toda duda razonable, como se exige en ciencias, y más allá de la contrastación⁴ a la cual sea necesariamente sometida si posee vocación cierta de sustento. El concepto de justicia con que se manejan las tendencias que, aún en los sistemas de Derecho Continental, formulan una predicación de normatividad general en relación a los pronunciamientos decisorios jurisdiccionales no resulta poseer notas tipificantes que lo conviertan en aceptable de modo excluyente respecto de los otros conceptos que sobre el mismo sustantivo y la misma unidad lingüística, es decir, justicia, se puedan proponer.

—inicialmente legítima sin duda— de hacer justicia en el caso concreto, para lo cual se recurre a soluciones ajenas al sistema de fuentes del derecho privado consagrado en el art. 16 del Código Civil” (se refiere al Código Civil argentino, obviamente comprendido en un sistema de Derecho Continental). RIVERA, Julio César, *op. cit.* Véase asimismo CAUMONT, Arturo “La función jurisdiccional del Magistrado es aplicar el Derecho objetivo. Infungibilidad de las atribuciones de creación y de aplicación de las reglas jurídicas”. Ponencia a Jornadas Uruguayo Santafesinas de Derecho, Montevideo.

⁴ En el sentido que Karl Popper plantea en su *Lógica de la Investigación Científica*.

El sempiterno *thema decidendum* que constituye uno de los problemas de mayor jerarquía científica a resolver, esto es, el concepto de justicia como ecuación significacional a solucionar precisamente por quienes son los que ejercen señorío explicatorio crítico sobre la correspondiente área de incumbencia cognitiva, es en sede de rol de la jurisprudencia un obstáculo insalvable para despejar todas las incógnitas básicas en la materia y conducir el intelecto a la posesión pacífica de la propia noción. Y ello porque el significado cabal de justicia pertenece al ámbito de la relatividad subjetiva y no es, por consiguiente, susceptible de apropiación excluyente por nadie respecto de los demás. Ni de los demás respecto de nadie.

Cuando uno de los fundamentos de una tesis resulta inabarcable significacionalmente porque a su respecto no es posible delimitar un contenido semántico que resulte razonablemente infungible, la tesis no puede erigirse ni sustentarse porque carece de base tal como de ella carece un edificio al que le falten los cimientos. Cuando la postulación del carácter normativo general de las sentencias se intenta legitimar en la obtención de la justicia del o para el caso que, corolariamente, deriva de la pretensa implementación de la justicia a secas como valor, la firmeza del enunciado se diluye en la carencia de un contenido de significación preciso para el propio valor que se considera como fundamento de la existencia de la formulación. Si el concepto de justicia no puede erigirse de modo diferenciado de otro en sentido contrario pero que posea igual vocación explicatoria que aquel, no podrá tampoco dotarse de razonable sustento a la tesis que sobre tan endeble base conceptual pretenda atribuirse corrección.

Expresado en otros términos, al resultar imposible obtener un concepto definitorio y excluyente de justicia por cuanto la relatividad a su respecto no es susceptible de eliminarse, toda formulación que se erija sobre ella como valor no alcanzará la debida firmeza requerible en Ciencia para tolerar los embates de contrastación que a su respecto se dirijan técnicamente. Lo que puede resultar justo a un decisor no es necesariamente indicativo de lo justo en términos objetivos que son, de manera ineludible, los únicos sobre los que se pueden construir formulaciones con vocación de validez razonable-

mente general y consecuente aceptabilidad como referentes. No es científicamente plausible atribuir carácter de Regla de Derecho general a una decisión jurisdiccional en base a que ella ha sido vehículo de obtención de la justicia del caso y, por derivación regresiva fundante, de la justicia a secas, porque precisamente ni de la justicia del caso ni de la justicia a secas ha sido posible elaborar jamás en Derecho una definición excluyente en razón del sustantivo carácter relativo que torna la noción de justicia en una de imposible señorío cognitivo unidimensional a su respecto y que por ello no puede postular vocación de exclusión de otros contenidos de significación con, por lo menos, igual condición explicativa.⁵

De modo que la función creadora de normas que por una corriente de opinión se atribuye a las decisiones jurisdiccionales en Derecho Continental es insusceptible de fundamentación sólida sobre la cual postular su validez en terrenos en los que debe imperar tanto la precisión conceptual como la objetividad científica. Sostener que una decisión jurisdiccional resulta ser claustro matriz de una Regla de Derecho de alcance general, que por ello trasciende los específicos contornos del caso que en concreto resuelve, porque

⁵ Afirma también RIVERA (*op. cit.*) que “este es un punto relevante; algunos autores sostienen que se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley en función de su justicia o injusticia (VIGO, *ob. cit.*, nota 28 en pág. 34, con el apoyo de Sagüés y Bidart Campos; este último en “¿Pueden los jueces juzgar la inconstitucionalidad de una ley por causa de su injusticia?”, *ED* 119-311). En contra de este criterio se afirma que la inconstitucionalidad por injusticia contraría la división de poderes: Orgaz, Alfredo, *Los jueces y las leyes injustas*, *LL* 75-757. El problema grave que plantea este tema es dónde encuentra el juez el criterio de justicia: en su propia valoración, en su propio sentido de justicia como afirma Borda al comentar uno de los casos que examinamos más abajo (*v. infra* IV.5.b). Desde nuestro punta de vista esto es inadmisibles; la valoración de la ley como injusta y por ende como inconstitucional, debe hallarse exclusivamente en la contradicción palmaria de esa ley con una norma constitucional (regla expresa o principio constitucional). Con lo cual el problema inicial se diluye, pues el criterio de justicia ha de estar expuesto en la Constitución y el legislador se ha apartado de él; pero no es la propia convicción o sentimiento individual de justicia del juez el que puede permitirle apartarse de la ley para prescindir de su aplicación. De otro modo cabría admitir que el juez encontrase injusta una norma constitucional; verbigracia, la famosa cláusula transitoria 9ª, y prescindir de su aplicación”.

ella obtiene un estado justo de situación a juicio del propio decisor, comporta una propensión inadmisibles a la fungibilización del poder normativo por reemplazo sustitutivo, y por consiguiente eliminador, de la norma jurídica objetiva de anticipación de origen no jurisdiccional y, a través de ello, la conmoción disvaliosa del régimen de distribución y asignación de las potestades públicas y su sistematización, de rango constituyente, que se agrava aún más en razón, precisamente, de la inserción de la variable justicia como factor determinante de la legitimación creativa cuando el contenido de esa variable, como se expresara ut retro, se compone de datos de inexorable relatividad excluyente de otros valores de significación postulables para la misma unidad lingüística y conceptual.

En lo concerniente al contenido conceptual de la función jurisdiccional, vale decir, en cuanto se refiere a la segunda área de incidencia de la inserción de la variable "justicia del caso" en especial y de modo corolario "justicia" en general, debe observarse que las posturas que en Derecho Continental legitiman a la sentencia como factor creativo de normatividad excedente de la especie para la cual fue dictada basan también su postulación en el rechazo del enunciado por el que se afirma que la función de los jueces es aplicar el Derecho. Es perceptible a nivel de detección empírica que quienes adhieren a la preindicada corriente consideran que la función jurisdiccional es de creación normativa porque el magistrado no puede ser reducido a una función aplicadora sin desmerecer el contenido de su cometido que no puede limitarse a ser el de, según la terminología habitualmente empleada por los adherentes a la postura, un mero portavoz mecánico de la regla de Derecho mediante una intervención automatizada de puesta en marcha de silogismos consignados explícita o implícitamente en el diseño normativo al cual deben sujetarse sin posibilidad de participación activa en la dilucidación de los problemas sometidos a su discernimiento.⁶

⁶ También RIVERA afirma en su *Estudio que los Magistrados* no tienen por función repetir lo que la Ley expresa. Sobre esta preocupación (que, al exponer sus alegaciones, exteriorizan de manera implícita quienes defienden la posesión de idoneidad creadora por los jueces) debe reafirmarse la necesidad de atender al verdadero contenido de significación del correspondiente discurso al respecto:

En tal sentido, los patrocinantes de la corriente que sustenta el cometido creador formulan una defensa alegacional de una función que se considera cualitativamente superior a la de la aplicación de la Regla objetiva y que, además, resulta ser acorde con la investidura jurisdiccional que, por su parte, no debe ser concebirse ajena a los sistemas jurídicos imperantes en los regímenes de extramuros del Common Law porque en el Derecho Continental la idea central, en sede jurisdiccional, es la búsqueda de la Justicia y, para obtenerla, no pueden interponerse obstáculos de ninguna índole, menos aún, provenientes del propio sistema de Derecho. Sobre esa base, la postura bajo análisis considera que cada caso ofrece particularidades insusceptibles de solución justa por la aplicación de la regla jurídica objetiva, a la cual conduce la liturgia intelectual por silogismo y que, por el contrario, deben resolverse a través de la intervención del juez de la causa en atención a su particular criterio subjetivo de ecuanimidad que, para el juicio específico respecto del cual guarda inmediatez y poder decisorio,

nada malo habría en considerar que la función de un juez es repetir la ley si por ello se entiende no la clonación de su literalidad obvia sino el desarrollo racional y lógico, a partir de su aprehensión de sentido, del contenido de la regla, que exige especial destreza intelectual en el sensible territorio semántico, vale decir, en el de la compleja vinculación de los signos con su significado (a partir de la clásica investigación de Charles MORRIS en su ineludible *Fundamentos de la Teoría de los Signos*, 1937): no otra cosa significa “decir el Derecho”, expresión que se encuentra enraizada (no solo literalmente) en el “jurisdicere”. La tarea de decir el Derecho es demasiado digna como para que se le emplee en el sentido inverso de disvalor, como hacen quienes entienden que los jueces crean normas porque su investidura posee atributos que desbordan la función meramente mecánica. Lo que sucede es que todavía está por demostrarse que “decir el Derecho” es precisamente una función meramente mecánica. Por lo demás, repetir la Ley en el sentido antes indicado debe concebirse en el contexto correcto: el juez es convocado a decir lo que la Ley dice en el crucial tiempo de la contradicción de las partes en contienda cuando discrepan sobre qué es, precisamente, lo que la Ley dice, por lo que resolver la controversia importa de modo necesario, permítase una deliberada redundancia, decir qué es lo que la Ley dice (este sentido, valga el recuerdo de la famosa controversia que en Argentina sostuvieron Genaro Carrió y Sebastián Soler sobre “las palabras de la ley” y “algunas palabras sobre las palabras de la ley”, con deliberado empleo de la reiteración como exquisita técnica de ilustración en pro de la persuasión).

entienda aplicable, concretándose de tal manera la irregular instalación de un criterio decisorio de equidad subjetiva en el universo jurídico objetivo al cual otros operadores jurídicos en general y otros jueces en particular acudirán para internalizar Derecho y, en el caso de los jueces que compartan el criterio, adoptar futuras decisiones en contiendas que, también subjetivamente, considerarán similares a aquella en la que se dictó la decisión precedente, o rehabilitándose, si el criterio antecedente no fuera compartido, el recurso a la creación pretoriana toda vez que se considere por otros decisores que la normativa jurídica objetiva existente no es aceptable por su incompatibilidad con el precitado criterio subjetivo de justicia que sustente para el nuevo caso de controversia el magistrado convocado a decidirlo.

Sin embargo, a pesar de la reiteración constante del aserto por el cual se afirma que los magistrados no pueden ser reducidos a la categoría de aplicadores del Derecho, la queja no ha podido superar la fuerza significacional que tal adjetivación comporta conceptualmente en Derecho. En efecto, muy por el contrario a lo que se quiere transfundir como contenido de significación de la palabra aplicador, vale decir, un contenido disvalioso, la aplicación del Derecho constituye un paso de raciocinio y de conocimiento de elevadísimo tenor científico. Solo el desconocimiento de elementales nociones de la Teoría General del Derecho puede conducir a pensar que aplicar el Derecho es una tarea menor y mecánica que deprecia a quien lleva a cabo tal faena. La aplicación del Derecho resulta ser una fascinante etapa intelectual de conceptualización, categorización y subsunción que exige las más elevadas destrezas intelectuales y de aprehensión cognitiva de los marcos teóricos de pertenencia y de incumbencia para la cual resulta imprescindible poseer vastos y firmes conocimientos no solo de Derecho, en la dimensión pertenecientes de manera directa a la disciplina particular a la que la contienda se refiera así como a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho, sino también de ciencias auxiliares entre las que asumen subrayada importancia la Lógica y la Semiólogía, además de una sólida formación cultural que obre de sustento a la necesaria composición sustantiva de tiempo y de lugar con-

textuales al problema dentro de cuyo perímetro debe ubicarse con conciencia y lucidez el decisor.

Expresado en otros términos, no cabe duda alguna que aplicar es mucho más complejo que inventar: sobremanera cuando la invención de las reglas se sienta en las grupas del arbitrio, territorio dentro del cual no existe otro control de legitimidad que el propio parecer⁷. De modo que cuando los adherentes a la corriente que propugna la función creadora de reglas, y aún de principios, por quien tiene el cometido funcional de resolver controversias sometidas a su incumbencia alegan que el magistrado no puede ser reducido a ser un mero aplicador de las reglas preexistentes, en realidad están devaluando la función jurisdiccional a la cual reducen al nivel de la inventiva por detrás de un discurso efectista pero completamente erróneo: el juez que decide por equidad subjetiva en reemplazo de la regla objetiva de Derecho pretendiendo crear con ello una nueva norma jurídica general no es en realidad un juez sino un inepto legislador casuístico *ex post facto* de los hechos a los que se refiere su decisión por ello, además, irregularmente retroactiva.

El rastro semiótico confirmatorio de la inexistencia de poder creador en las facultades y atribuciones de los magistrados se encuentra nada menos que en la propia fórmula habitualmente empleada en las sentencias al momento de la conformación de la decisión. En efecto, en tal segmento de la resolución decisoria el juez FALLA, concretando el empleo de una variedad gramatical de una unidad de significación, esto es fallar, que posee un valor semántico sustancial trascendente de la linealidad de superficie al extremo tal que se trasvasa incluso como factor denominativo de la propia decisión en sí misma considerada, vale decir, el Fallo como sinóni-

⁷ Obsérvese que de aceptarse en Derecho Continental que el juez crea reglas jurídicas, no existirá posibilidad alguna de ejercer el control de legalidad de las decisiones judiciales porque la única marca de referencia para apreciar si existió el agravio que habilita la impugnación recursiva es el propio parecer del mismo magistrado que creó la regla: de modo que solo persuadiéndole de que en realidad él no piensa cómo sostiene en su decisión es que se puede revocar el fallo. Algo así como "usted ya no es usted" según la magnífica poesía urbana que relata el ascenso y declive de Garrincha y que Alfredo Zitarrosa cantara con tanta pasión y tristeza.

mo de Sentencia. Esta unidad de significación denominada Fallo y todas sus vertientes corolarias, en especial la configurada por la palabra Falla, provienen del español antiguo que evolucionó en el tiempo hacia la sustitución de la letra "f" por la letra "h" con lo cual cuando se afirma por el propio juez en su sentencia que "falla" en verdad lo que significa es que el decisor "halla", vocablo que singular peso significacional en tanto se encuentra en las antípodas de lo creado.

Hallar (fallar) constituye una unidad de significación que presupone la existencia de aquello que es el objeto de la búsqueda y por ello contiene un sentido que difiere diametralmente del sentido comportado por la creación respecto de ésta pues, por definición, nada existe con anterioridad a ella y si, por el contrario, a partir de ella, de manera que no pudiendo ser hallado lo que no existe mal podrá fallarse creando.

Debe observarse que el fenómeno bajo análisis es particularmente complejo y no pocas veces paradójico. En efecto, si un criterio decisor adoptado por un juez al margen de la regla objetiva anticipada de origen no jurisdiccional es aceptado como útil por otro juez llamado a resolver un caso dentro del mismo rango de problemática se produce el ensanchamiento que propende a considerar la primera decisión como una regla jurídica de alcance general no obstante su carácter marginal con respecto a la regla objetiva de antelación a la que sustituye como herramienta de solución de la controversia. Y si el criterio empleado pretorianamente para resolver un caso no fuese compartido por otro magistrado ante situación análoga podrá éste sentirse legitimado, en base a las concepciones informantes de la corriente y sobremanera en cuanto es objeto de detección en la realidad sometida al examen crítico, para crear una solución que tampoco esta contemplada en la regla anticipada ni en el régimen que del sistema de reglas puede y debe deducirse, con lo cual se iniciará el proceso que incrustará esa decisión resolutoria como una referencia normativa general en cuanto sea posteriormente objeto de adhesión aún cuando no sea derivable del plexo normativo y de su consiguiente intelección jurídica científica. Y ello, se reitera, expresado en términos de observación empírica del

estado de situación perceptible por detección analítica y crítica y no en términos de lo que debe ser en realidad: en tal sentido no debe considerarse que exista un deber jurídico de adoptar una decisión marginada de la regla en cuanto no se comparta el resultado al cual ella conduce sino que lo que se detecta y percibe empíricamente es la propensión a la égida del arbitrio jurisdiccional precisamente sobre las bases ideológicas y axiológicas subyacentes en la postura, vale decir, en definitiva, la obtención de la solución que se concibe como justa y que, paradójicamente, es luego instalada como solución generalizada hasta que ella misma se convierte, con posterioridad, en descartable tal como descartable se consideró con anterioridad la regla objetiva anticipada.

Como consecuencia inexorable de los precedentes desarrollos debe considerarse de manera subrayada, pues, que siendo el sistema continental de Derecho una estructura normativa de regulación de conductas interindividuales e intercolectivas en la comunidad organizada civilmente, la resolución de conflictos bajo el discernimiento decisorio de un magistrado en función jurisdiccional debe realizarse sobre la base de la aplicación de los preceptos preordenados al cumplimiento del objetivo regulador y no mediante la creación sustituyente de pautas provenientes del arbitrio valorativo del sentenciante. Los miembros de tal comunidad organizada tienen el insoslayable derecho subjetivo a ser juzgados de conformidad con reglas objetivas vigentes al momento de la adopción de la conducta que resulta ser el objeto del juicio de valor o disvalor y no de acuerdo a criterios creados fuera del sistema y con posterioridad a la decisión de comportarse en el sentido indicado por el ordenamiento objetivo.

Tal circunstancia obra asimismo de fundamento para no considerar admisible el reemplazo jurisdiccional de las normas objetivas bajo el pretexto de su pretensa injusticia porque la predicación en tal sentido no es facultad de quien, por emanación directa de la organización constitucional, no tiene asignada la función legislativa que es reservada a otros Poderes competentes por la propia comunidad organizada bajo la Carta Política. Tal como se expresara ut retro, los criterios axiológicos sobre la Justicia como Valor resultan

ser ontológicamente relativos y por ende no existe posibilidad alguna de predicar el propio como vinculante respecto de quienes pueden poseer uno tan respetable y válido como el contrario. Por ello, la predicación de una norma como injusta solo puede provenir de la aplicación de las reglas calificatorias estatuidas por la comunidad organizada y por la actuación de las autoridades competentes en el ámbito de sus facultades específicas.⁸

La organización de la comunidad importa de modo ineludible la delimitación de las potestades de sus autoridades en salvaguarda de la armonía intrínseca para la actuación socialmente útil y comporta una distribución sistemática de las funciones, cometidos y facultades a fin de preservar el carácter congruente sobre el cual, a su vez, proyectarán su conducta los componentes del grupo. La asignación de atribuciones jurígenéticas resulta ser un territorio sensible en la instancia organizativa de una comunidad civil por cuanto la actuación de los componentes particulares y colectivos de una sociedad se basa en la proyección de conducta que realizan sobre la base de las reglas vigentes que delimitan de modo correspondiente la licitud y su contracara la ilicitud, lo cual se erige sobre la base de la individualización anticipada de quienes son los agentes legitimados para imponerles deberes y conferirle derechos.⁹

⁸ De acuerdo a Rivera, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, conforme al régimen positivo de dicho país, ha “sentado algunas reglas fundamentales: la sentencia debe ser una derivación razonada del ordenamiento jurídico vigente; los jueces deben alcanzar la solución objetivamente justa con arreglo a las circunstancias del caso y al derecho que le resulta aplicable; el tribunal no puede dejar de aplicar la norma que se aplica al caso, salvo que declare su inconstitucionalidad. De allí que sean inconstitucionales, por arbitrarias, las sentencias que: no se fundan en el derecho vigente; las que resuelven contra la ley; las que resuelven con fundamento en normas no vigentes; las que se fundan en la voluntad exclusiva de los jueces” (*op. cit.*).

⁹ Tal como se ha expresado con anterioridad (Caumont, Arturo, *op. cit.*), “la ingerencia en funciones ajenas altera las bases constituyentes de la Comunidad, cuyos habitantes solo pueden ser juzgados sobre las reglas dadas con su participación institucionalmente delineada en la formación normativa —la representación políticamente organizada desde el propio ordenamiento jurídico— y no sobre reglas no consentidas al soslayarse, para su creación, el riguroso proceso prediseñado para cumplir al mismo tiempo que la función legitimante la atin-

Las comunidades sociales de los regímenes de Derecho Continental que están organizadas en Estados de Derecho poseen como fundamento de su propia existencia una estructura constitucional de tripartición de poderes que se corresponde con las facultades públicas asignadas a cada una de las vertientes que componen la trilogía. En tal línea organizativa, se estatuye en ellas que la potestad creadora de Reglas de Derecho con carácter general y vinculante no se encuentra dentro del acervo funcional del Poder Judicial, cuyos órganos jurisdiccionales poseen aptitud creadora de sentencias que, por su propia naturaleza, resultan ser reglas de Derecho de fijación, particularizadas para el caso sometido a resolución, únicamente vinculantes para las partes que componen la controversia o para terceros especialmente delimitados y, en todos los casos, solo derivadas de las normas supraordinadas a ellas, de las cuales obtienen precisamente su legitimación como providencias decisorias.

El estado de situación antes mencionado tiene por objetivo históricamente delineado, e institucionalmente canalizado, el suministro de Certeza en las relaciones por las que se intervenculan los propios miembros de la Comunidad, a los cuales ella tiene el designio político en general y jurídico en especial de asegurar la firmeza, claridad e inequívocidad de la línea demarcatoria entre la licitud y la ilicitud de los comportamientos que se adopten en función de la necesidad de relacionarse con fines no prohibidos por el sistema y, consecuentemente, secundados por el mismo. Es valor entendido que los individuos que componen los grupos sociales ingresan por ello en complejas tramas relacionales en los órdenes básicos

gente al control de su aptitud para satisfacer objetivamente los requerimientos generales. Debe preservarse a ultranza la objetividad máxima posible del sistema creativo de los imperativos de conducta que alcanzarán a los componentes de la sociedad organizada en Estado de Derecho. Por ello es que se encuentra prohibida la autoatribución de potestades creadoras de reglas jurídicas en tanto defecciona en tal instancia nada menos que el poder normativo cuya inexistencia deriva en la inexistencia de la pretensa regla creada al margen precisamente de la atribución que legitima la construcción válida y eficaz de normas vinculantes sobre las que se fundamenten los actuales y eventuales juicios de conducta respecto de los miembros de la Comunidad.

involucrados desde su cualidad humana. Así, interactúan con referencia a segmentos de índole económico patrimonial o de clase inmaterial, en diversidad acorde con la compleja vicisitud de la que es portador y disparador conforme su propia naturaleza estructural preordenada a la interacción con los demás componentes de su grupo, de los cuales obtiene bienes y servicios o a los que satisface en intereses desde su condición de titular de elementos necesarios para sus congéneres. El Ser Humano está destinado de manera esencial a desarrollarse en sociedad y, por consecuencia, propende de manera constante a satisfacer su necesidad de desenvolvimiento y progresión mediante el carácter inexorablemente vincular del cual está dotado en términos de predicación imprescindible. Un individuo en sociedad está irremediamente destinado a la intervinculación con los restantes integrantes del hábitat social que con ellos constituye. Tal intervinculación, que acaece en ámbitos patrimoniales y extrapatrimoniales, implica de manera imprescindible la existencia de un orden de regulación para preservar el equilibrio integral del sistema en salvaguarda final de su carácter comunitario y como entorno indefectible para el ser humano portador, en consecuencia, de derechos y obligaciones que precisamente dimanen de aquel y, lo que resulta ser fundamental para la coexistencia en términos de certidumbre, de modo anticipado, para que los sujetos eventualmente involucrados en la vinculación conozcan de antemano las reglas de juego sobre cuya interpretación actuarán y sobre cuya inteligencia se decidirá luego de producido un también eventual conflicto de intereses. El ordenamiento de regulación debe inexorablemente anticiparse al juicio decisorio y valorativo sobre el cual el sujeto susceptible de ser juzgado decidirá su conducta, la cual no puede subordinarse sino a las normas que rigen al preciso instante del acto en el cual la persona realiza el juicio como resultado del cual adoptará la conducta. La línea jurídicamente lógica en tal sentido se traza sobre la inexorable preordenación de la regla respecto del juicio decisorio de la conducta a adoptar y de esta en sí misma. Así se expide de constante todo ordenamiento jurídico, como se demuestra con la sola convocatoria crítica del Principio de Irretroactividad de las reglas coercibles de comportamiento, cual-

quiera fuese su nivel en la estructura jerárquica. La aplicación, a un determinado comportamiento, de una regla concebida fuera del sistema formal de creación de normas y todavía *ex post facto* del juicio decisorio de tal conducta por el individuo que basó su decisión precisamente en el orden vigente al momento de la misma, significará una aplicación retroactiva de una pauta que, además, el ordenamiento no reconoce como propia, lo cual completa una insecundable incertidumbre impropia para servir de contexto al hombre en sociedad.

Los juristas de los regímenes continentales deben abogar sin claudicaciones por el Derecho anticipado al conflicto y que tiende a su resolución desde los marcos teóricos y conceptuales sistematizados desde la norma dada que opera de referente, por el pensamiento científico doctrinario resultante de la aplicación de criterios objetivos e incondicionados de interpretación, calificación e integración, conducidos pautas epistemológicas y metodológicas tamizadas por el pensamiento crítico de la comunidad académica especializada. No es secundable la fungibilización de los Poderes del Estado mediante el reemplazo del Legislador por el arbitrio axiológico individual, por sí y ante sí, de quien debe decidir precisamente sobre la regla pre creada según el imperativo constitucional insoslayable en materia de producción normativa y a la cual se debe someter sin posibilidad alguna de sustituirla derogativamente. Por consecuencia, no es ministerio de los Magistrados crear sino aplicar el Derecho, mediante la difícil y enaltecida tarea de llevar a cabo actos de cognición y de semiosis que imprescindiblemente deben atenerse a los dictados de la Lógica y de la Semiología como ciencias auxiliares cuyos imperativos aseguran la coherencia y congruencia del pensamiento en un nivel formal tan importante como el territorio de los contenidos que el iter de razonamiento involucra al referirse de modo inexorable al campo jurídico que obra de sustancia y deriva su carácter jurigenético precisamente de las reglas que componen el ordenamiento pre establecido y de los Principios rectores que del mismo se infieren deductivamente. La inercia del Legislador en producir reglas que cubran espacios trascendentes para el Derecho no es causal legitimante de su reemplazo por el

parecer discrecional de quien puede ser tan justo como todos los que tienen el derecho subjetivo, y lo ejercen, de sostener lo contrario. El Derecho no debe producir inseguridad sin contradecirse en sus propios términos. Por el contrario, solo existe como tal si quienes son sus destinatarios conocen de antemano las reglas a las cuales atenderán su conducta, sin reproches basados en criterios reguladores creados desde fuera del sistema, a posteriori de la adopción de la decisión y por quienes no integran el elenco de titulares del poder normativo, derivado de modo taxativo del orden constituyente de la comunidad organizada civilmente.

Y de la misma manera en que en Derecho Continental no es jurídicamente admisible que el Legislador invada la función jurisdiccional, tampoco es procedente que los decisores jurisdiccionales invadan la función legislativa y dejen de lado las normas o los Principios Rectores del ordenamiento positivo al personal pretexto subjetivo de considerar injusto un precepto del sistema. La calificación de injusticia con la que se predique una Regla de Derecho vigente debe ser el resultado de un análisis emergente del pensamiento incondicionado y calificado por el control objetivo de cientificidad emanado de la comunidad técnica y política actuando de consuno, de cuya faena resultará la legitimidad del enervamiento de la norma por el mismo órgano que la dictó o por quien esté habilitado jurídicamente para hacerlo, como corresponde por Derecho. El calificativo de injusto no debe provenir del arbitrio individual de quienes no pueden tampoco atribuirse facultades infungibles que recaen en quienes son poseedores del poder normativo que determina la sociedad organizada en Estado de Derecho sobre el mandato Constitucional de la separación de Poderes y consecuente distribución de competencias públicas infungibles. La ingerencia en funciones ajenas altera las bases constituyentes de la Comunidad, cuyos habitantes solo pueden ser juzgados sobre las reglas dadas con su participación institucionalmente delineada en la formación normativa —la representación políticamente organizada desde el propio ordenamiento jurídico— y no sobre reglas no consentidas al soslayarse, para su creación, el riguroso proceso prediseñado para cumplir al mismo tiempo que la función legitimante la atingente al

control de su aptitud para satisfacer objetivamente los requerimientos generales. Debe preservarse a ultranza la objetividad máxima posible del sistema creativo de los imperativos de conducta que alcanzarán a los componentes de la sociedad organizada en Estado de Derecho. Por ello es que se encuentra prohibida la autoatribución de potestades creadoras de reglas jurídicas en tanto defeciona en tal instancia nada menos que el poder normativo cuya inexistencia deriva en la inexistencia de la pretensa regla creada al margen precisamente de la atribución que legitima la construcción válida y eficaz de normas vinculantes sobre las que se fundamenten los actuales y eventuales juicios de conducta respecto de los miembros de la Comunidad.

En la perspectiva estrictamente académica, los juristas en formación universitaria deben ser educados en la conservación de las bases de creación objetiva y vinculante de reglas. No es admisible que la Universidad emprenda y mantenga ingentes tareas y esfuerzos para la educación jurídica superior en términos científicos y a la salida de sus aulas se encuentren los egresados con que las normas jurídicas pueden depender en los hechos, en cuanto a su validez y ejecución, del mero arbitrio de un operador que se autoeleva por sobre los demás operadores y dicta imperativos por autoadjudicarse el poder de subordinar el sistema a su particular escala axiológica, tan respetable como la que puedan sostener todos y cada uno de los demás actores sociales y, por ello, insusceptible de considerarse legítima y excluyentemente prevalente. Las Facultades de Derecho deben ser preservadas de la propensión marginal y no marginal a ser convertidas, en los hechos y de modo gradualmente excluyente, en Escuelas de Jurisprudencia porque de admitirse el poder de creación normativa en la función jurisdiccional se terminará por tener un universo jurídico solo compuesto por decisiones adoptadas con prescindencia de las reglas objetivas de antelación tornando desafortunadamente innecesario el estudio reflexivo y crítico del Derecho como lo que el mismo es. Una Ciencia.