

LA FUNCIÓN DE LOS JUECES

GIORGIO LAZZARO

Profesor de la Universidad de Torino, Italia.

Tomado de la RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE*.

Traducción elaborada por D. Pino Pascucci S., profesor Titular de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela.

Todavía son difusas en nuestro ambiente cultural las siguientes opiniones acerca del papel del juez, las cuales pueden sintetizarse de la manera que a continuación se indica:

- a) el juez no debe hacer política, debe limitarse a aplicar las disposiciones de ley formuladas por el Parlamento;
- b) el juez no debe dejarse influenciar por premisas de valor y orientaciones subjetivas, dado que daría lugar a una jurisprudencia oscilante e incoherente, una suerte de derecho libre. Es importante el bien supremo de la certeza del derecho y el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley;
- c) el juez debe respetar el texto de las disposiciones de ley, cuyo significado es suficientemente unívoco, visto en la tradición histórica de los institutos jurídicos y en la lógica del sistema de preceptos constituido por las disposiciones vigentes;
- d) el Juez (se entiende que es el juez italiano) no es libre de atribuir a las disposiciones de ley el significado que crea mejor, pero queda vinculado por el artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código Civil a atenerse al significado propio de las palabras y a la intención del legislador.

Naturalmente que estas opiniones son formuladas de un modo muy variado, conjuntamente y separadamente; hay afirmaciones menos rígidas; y en ocasiones hay razonamientos de los operadores del derecho.

Por otra parte, opiniones de este género son (no de ahora) vivamente contrastadas. Y todavía hoy son esgrimidas con pasión o también sólo tácitamente compartidas, desde el momento en que, en razón de un atento análisis, aparecen debido a sutiles y radicales prejuicios, debido a tenaces hábitos mentales y debido al conocimiento de la realidad fáctica.

*RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE FONDATA NEL 1924 DA G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI. REDATTORE CAPO V. COLESANTI. VOL. XXVI (II SERIE). ANNO 1971. ITALIA.

Vale la pena examinar algunas de estas afirmaciones.

LA POLÍTICA DEL DERECHO

Decir *los jueces no deben hacer política* puede significar que ellos no deben crear derecho, pero sí aplicar el derecho preexistente contenido en las disposiciones de ley.

A propósito hace falta, todavía, formularse dos preguntas:

- a) ¿los jueces, de hecho, crean derecho?
- b) ¿los jueces pueden limitarse a aplicar un derecho preexistente sin desenvolver ninguna actividad creativa?

Acerca de la primera pregunta es necesario distinguir lo que los jueces *dicen hacer* y lo que después, en realidad, *hacen*. Al respecto es buena una atenta lectura de las motivaciones que acompañan a las sentencias.

Los jueces italianos afirman, comúnmente, la primacía de la ley sobre el intérprete, según la convicción típica de cierto positivismo jurídico. Cuales sean las opiniones del juez, cuales sean los inconvenientes que deriven de aplicar una norma a ciertos casos particulares, el dato literal queda intocado, al decir de los que extienden las motivaciones. Aunque, estando en una cierta disposición de ley, deriva en una discriminación en la cual no es posible individuar la *ratio*, la solución acogida se mantiene, siendo labor del intérprete solamente señalar las imperfecciones y las lagunas de la ley hasta que el legislador sea quien remedie. Y a esta idea de la primacía de la ley pueden referirse los casos, más frecuentes, en los cuales el juez sigue criterios ya divulgados en los famosos aforismos: “SI LEX VOLUIT, DIXIT” y “SI LEX NON DISTINGUIT, NEC NOS DISTINGUERE DEBEMUS”.¹ A este modo de argumentar se acompaña la idea de que el legislador siempre se ha sabido expresar.

Se aprecia, pues, aquello que los jueces dicen hacer. Aquí -podría decirse- se observa la visión ideológica que los jueces tienen del rol que cumplen. Pero, ¿a qué corresponde la realidad de su modo de operar?

La función de creadores de derecho ha sido testimoniada, sobre todo, por macroscópicas integraciones de los preceptos legislativos. Se piensa, por ejemplo, en el artículo 844 del Código Civil, el cual establece: “*El propietario del fundo no puede impedir las emisiones de humo y de calor, las exhalaciones, los ruidos, las agitaciones y similares propagaciones derivadas del fundo del*

¹ Nota del traductor: Si es voluntad de la ley, ésta lo dice, y si la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.

vecino si no superan la normal tolerancia, tomándose en cuenta las condiciones del lugar. En la aplicación de esta norma la autoridad judicial debe sopesar las exigencias de la producción con las razones de la propiedad. Puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso”.

El texto del artículo precitado admite dos posibilidades: o la emisión es tolerable o se juzga intolerable y se ordena que cese, sopesando sabiamente las razones de la propiedad con las exigencias de la producción. Pero una jurisprudencia constante ha inventado una tercera solución de la cual no hay rastro en la ley: “la emisión, aún superando la normal tolerabilidad se deja subsistir previa indemnización a favor del propietario del fundo vecino. Y se trata de una integración del texto legislativo tan evidente que hubiera podido, muy bien, ser objeto de un tercer y último inciso del artículo 844.

Pero hay modos menos evidentes con los cuales los jueces integran un sistema de derecho codificado. Por ejemplo, cuando afirman, sin particulares demostraciones, la existencia de un principio general en el ordenamiento. De este modo logran regular en un determinado sentido el caso admitido en juicio, aun en ausencia de cualquier previsión expresa de la ley.

Y también cuando se apresuran por demostrar la existencia de un cierto principio general, se trata siempre de una demostración semiológica (o pseudológica). Tan es cierto que les resulta posible (en algún caso) invocar sea un determinado principio, sea aquel opuesto, o contrario, argumentado desde la mismísima situación normativa.

Normalmente, de hecho, el así llamado principio general viene inducido por algunas disposiciones particulares que parecen un corolario del principio mismo. Pero a veces, siempre en presencia de las mismísimas disposiciones particulares el juez logra, en cambio, demostrar que rige el principio opuesto o contrario (o, de cualquier modo, un principio distinto) invocando otro argumento: aquel de la no pleonasticidad² del dictado legislativo. Y dice: si estas disposiciones de especie no fueran excepciones a un principio contrario, resultarían inútiles y pleonásticas en cuanto eso que ellas prescriben ya descendería, precisamente, de los principios generales.

Un ejemplo es la polémica acerca del deber de comportarse correctamente, o sea con buena fe, en las relaciones entre sujetos de derecho. Algunos inducen desde un cierto número de disposiciones específicas, por ejemplo aquellas que imponen la buena fe en la formación (art. 1337 del Código Civil) y en la ejecución (art. 1375) del contrato, un principio general de solidaridad social en el comportamiento y lo aplican a hechos no previstos. Otros niegan la existencia de este principio observando que, al contrario, las obligaciones expresamente previstas de comportamiento según la buena fe son

² Acotación del traductor: Pleonasticidad, de pleonasma: repetición de palabras de igual sentido. Redundancia viciosa de voces (DRAE).

excepciones al opuesto principio de plena libertad de tener cada comportamiento (no expresamente prohibido) aunque perjudicial a los intereses ajenos.

En la práctica el juez consigue afirmar el principio general que desea (y es evidente - en el ejemplo - que una y otra conclusión resienten la vocación solidaria e individualista del juez- intérprete).

Otro modo, a veces usado, de integrar las disposiciones de ley es aquel que recurre al argumento a fortiori: en base a este argumento el juez, en realidad, agrega prescripciones nuevas, siendo de carácter discrecional individualizar la MAYOR RAZON de un caso no previsto respecto de un caso previsto.

Esta obra de integración de las disposiciones de ley es una obra que todavía los jueces cumplen (aunque no lo admitan); pero es una obra que de la cual pudieran, queriendo, abstenerse.

¿Pero qué decir por los infinitos casos en los cuales el juez se encuentra ante una evidente oscuridad de la ley? O también, ¿qué decir cuando la ley en su complejidad calla sobre un aspecto particular pero, al mismo tiempo, impone al juez una solución?

Es decir, se trata no del CASUS OMISSUS (caso omitido), se trata del CASUS DUBIUS (caso dudoso); no de la así llamada LAGUNA IDEOLÓGICA pero sí de la LAGUNA TÉCNICA. Entonces, ante la primera pregunta (“¿El juez, de hecho, crea derecho?”) se agrega necesariamente la segunda pregunta (“¿Puede el Juez no crear derecho?”).

La lectura de las sentencias confirma, si hiciera falta, la creatividad de la jurisprudencia y - cosa más importante - nos ayuda a aclarar los modos.

¿Cómo se comporta, de hecho, el Juez ante una disposición incompleta u oscura? Entonces, el Juez - casi constantemente - atribuirá la solución que acoge la evidencia del significado de una fórmula legislativa o tendrá en cuenta la intención del legislador. O bien aducirá algún argumento más o menos elaborado.

No obstante, apenas se observa atentamente, tienen apariencia de obra verdadera y propia escogencias decisionales enmascaradas. Los argumentos de los jueces no son, jamás, probantes, pero tienen solamente valor persuasivo. Los jueces, con una cierta desenvoltura, en ocasiones usan y en ocasiones rechazan cada uno de los más típicos argumentos. Y la solución de una cuestión de derecho cambia, obviamente, a medida que un determinado argumento sea acogido o rechazado.

Por ejemplo, se llega a menudo a soluciones diametralmente opuestas donde se presupone por lo menos la coherencia terminológica del legislador: o sea se presupone que las palabras, o al menos algunas palabras claves, que se encuentran en la ley tengan un significado constante. Y los jueces o bien invocan o bien niegan la coherencia terminológica, con la finalidad de alcanzar la solución deseada.

Por ejemplo, es a menudo decisivo, para resolver una duda de interpretación, adoptar el criterio que se puede llamar de NO PLEONASTICIDAD de las disposiciones legislativas: esto es, presumir que cada disposición de ley no deba repetir lo que prescribe otra disposición y atribuir significado autónomo y autónoma relevancia a cada disposición. Y frecuentemente los jueces recurren a este argumento, pero otros a menudo lo consideran, explícitamente o implícitamente, irrelevante o errado.

De la colocación topográfica de una disposición respecto al conjunto de las otras disposiciones pueden sacarse ilaciones acerca del significado atribuible a la misma disposición. Es el criterio tradicional de las sedes MATERIAE empleado a veces por la jurisprudencia, pero en ocasiones juzgado inconcluyente y desviado.

En suma, una que otra vez el juez atribuye a la ley algo de más respecto de lo que la ley dice expresamente, vislumbra el carácter de expediente retórico que tiene este modo de proceder. De hecho no existen criterios objetivos para inferir aquello que sería implícito - según una ingenua creencia - en las disposiciones de ley.

Aparece, por consiguiente, que el juez está necesariamente llamado, por el carácter de laguna y equívoco que tiene la legislación moderna, a una obra de especificación de los preceptos legislativos: es decir, está necesariamente llamado a colaborar con el poder legislativo en la formación del rumbo político del Estado toda vez que el rumbo político se traduce en reglamentación concreta de las relaciones sociales.

A veces es el mismo legislador que invita (o constriñe) al juez a esta colaboración, usando los así llamados CONCEPTOS VÁLVULA (como buena fe, daño injusto, buenas costumbres) lo cual le asegura al sistema legislativo un prudente grado de elasticidad que lo convierte en apto para remediar prontamente las tensiones sociales emergentes. Pero también cuando parezca proponerse el objetivo contrario, vinculando al juez con una reglamentación pequeña y elaborada, justo entonces le sucede dejar mayores incertezas y dudas de interpretación y, por este motivo, una exigencia mayor para aclarar y especificar los preceptos de ley: la técnica es difícil arte.

Y si esta obra de especificaciones y racionalizaciones de los preceptos legislativos no es obra de lógica, deberá ser necesariamente una escogencia valorativa. Como es sabido, este escoger entre más significados, abstractos, de las disposiciones de ley ha sido llamado por Kelsen —con una feliz fórmula realística- *política del derecho*. Y en este escoger y especificar no es, en muchos casos, de una discrecionalidad menor que aquella que se encuentra en la obra del legislador, llamado a integrar y a especificar los preceptos constitucionales.

EL FANTASMA DEL DERECHO LIBRE

¿Es verdad, por consiguiente, que las preferencias subjetivas del juez y sus inclinaciones políticas se influncian en la decisión y son causa de una jurisprudencia variable en menoscabo de la certeza del derecho?

Verdaderamente que la pregunta tiene un sentido si se cree que pueda darse una interpretación objetiva (o al menos más objetiva) de la ley escrita. ¿Pero dónde y cómo puede fundarse esta objetividad?

Si la legislación, al menos la legislación moderna, está hecha de modo que necesariamente deja al intérprete dudas e incertidumbres; y si atribuir a la misma ley la solución de aquellas dudas y de aquellas incertidumbres no es otra cosa que un expediente retórico, entonces es absurdo reprocharle al juez por seguir orientaciones subjetivas. Sería como reprochar medir una cierta longitud palmo a palmo porque no se cuenta con instrumentos más perfeccionados y seguros para medir: y eso también si la medición a palmo es necesariamente subjetiva, dependiendo de las dimensiones de las manos de cada quién.

Pero, además, hace falta preguntarse si realmente el subjetivismo del juez sea el único o el principal factor de incertidumbre del derecho en los ordenamientos modernos. En realidad un primer y no eliminable factor de incertidumbre del derecho (pensado concretamente como imposibilidad o extrema dificultad por parte del ciudadano en cuanto a prever la decisión del juez y comportarse en consecuencia) es el volumen y la complejidad de la legislación; es la rápida transformación de la economía, de la técnica y de las relaciones personales que torna problemático calificar los hechos de la vida según normas minuciosas y sobreabundantes.

¿Pero entonces, si la certeza del derecho, más que un ideal es -o ha devenido- un mito, es todavía un valor? ¿Si la decisión del juez es en buena medida imprevisible tiene todavía sentido que sea constante y uniforme? ¿No es más realista pedir que sea, lo más que se pueda, justa; esto es, oportuna desde un punto de vista ético y político?

Cuando la sentencia ya no es concebida como cálculo de norma y como rigurosa aplicación de un derecho cierto o predeterminado, aparece entonces como solución de un conflicto social: solución que necesariamente viene después que el conflicto es llevado ante el juez. Y no es tan importante, en esta perspectiva, que la solución sea previsible cuanto que satisfaga expectativas sociales y ponga fin al conflicto. Por otra parte, no se debe olvidar que no todos (y tal vez no los más importantes) conflictos sociales son llevados ante el juez, pero encuentran diversos modos de solución. Por lo cual también la previsibilidad de las sentencias de la magistratura no sería suficiente como guía del propio comportamiento, porque quedaría imprevista toda una serie de consecuencias, principalmente económicas, del comportamiento mismo.

Pero hay más.

Agitar el fantasma del *derecho libre* como factor de incertidumbre del derecho significa crearse un objetivo polémico cómodo y desconocer las características del movimiento de pensamiento que va bajo este nombre.

Como es notorio, sólo por momentáneo desahogo algún autor llegó a decir que el juez, en casos excepcionales, puede y debe juzgar CONTRA LEGEM. El núcleo más válido y siempre actual de este movimiento de pensamiento fue contrario: esto es que no puede ser deducible de la ley, a través de operaciones lógicas, nada que no sea expresamente enunciado por la ley. Naturalmente esta afirmación aparece en varios autores con mil degradaciones y unida a una serie de otras afirmaciones más o menos discutibles. Pero deriva constantemente que, luego que la ley calla y ocurre una decisión, entonces el juez debe escoger la solución según su prudente discrecionalidad y motivando con las genuinas razones que lo han inspirado.³

Al contrario, los autores más precavidos añaden que este modo de juzgar, explicitando las razones de oportunidad que conducen a la decisión, es más previsible que otros modos: y sobretodo es más previsible que una decisión fundada, realmente o ficticiamente, sobre un aparato conceptual que (bajo la apariencia de rigor y de objetividad) es ocasión de exasperado subjetivismo y máscara de incontrolado arbitrio.

³Este principio terminó siendo establecido en el Código Civil suizo, el cual autoriza al juez a comportarse, en caso de laguna, como si fuera legislador, teniendo en cuenta la tradición jurisprudencial y la doctrina.

LA EQUIVOCIDAD DE LOS PRECEPTOS

El respeto del texto legal es todavía, en opinión de muchos, un firme canon de la deontología profesional del juez.

Pero esta opinión traiciona el prejuicio según el cual las disposiciones de ley tienen, al menos, en cierta medida, un significado unívocamente determinable.

¿Pero cómo es posible determinar el verdadero significado de un precepto?

La ilusión nace, probablemente, de haber transferido la idea de verificabilidad de las proposiciones descriptivas (o afirmaciones) a las proposiciones prescriptivas (o preceptos).

De hecho, de un enunciado al cual se atribuye valor o función descriptiva pueden sacarse, por regla, más de una afirmación; y de estas afirmaciones, junto a algunas falsas, una puede ser verdadera en cuanto empíricamente verificable. Por ejemplo, del enunciado “El agua hierve a cien grados” puede deducirse una afirmación verdadera: “El agua hierve a cien grados centígrados” y un par de afirmaciones falsas: “El agua hierve a cien grados REAUMOUR” y “El agua hierve a cien grados FAHRENHEIT”.

Pero, como no hay algún modo de verificar los preceptos, cada enunciado al cual se le atribuye valor prescriptivo no puede manifestar preceptos verdaderos y preceptos falsos. Por ejemplo, del enunciado “Está prohibido cazar aves”, si no es clara la noción de aves, no puede deducirse un precepto verdadero en base a una exacta noción de ave.

Además, respecto a la afirmación “El agua hierve a cien grados centígrados” se pueden establecer las condiciones en las cuales esta afirmación es cierta: por ejemplo, las condiciones de presión atmosférica.

Pero respecto al precepto “Está prohibido cazar aves”, una vez especificado de cuáles aves se trata, nada nos dice en cuáles circunstancias de tiempo y de lugar la cacería está prohibida.

Entonces, si el texto de una disposición de ley admite una pluralidad de significados (como suele suceder), de ella pueden decirse indiferentemente varios preceptos o, como se acostumbra decir, varias proposiciones normativas. En tal caso atenerse al texto de la ley no quiere decir nada.

Ni siquiera falta creer que una disposición de ley pueda asumir un significado unívoco si es vista en el contexto de todas las demás disposiciones. Mientras tanto el criterio de determinar el significado atribuido (o atribuible) a las otras disposiciones de ley, implica un juicio de valor: es decir, un cierto grado, al menos, de adhesión al sistema de disposiciones de que se trata. De otro modo se procurará darle a cada disposición un significado cualquiera, a condición de que sea agradable.

Pero después, aunque si se tiene la intención de moderar el significado de cada disposición con aquel atribuible a todas las demás, no existe un criterio objetivo de moderación. Los criterios de moderación - lo conforman una vez más la lectura de las sentencias - son variados, complicados y juzgables; varían de juicio en juicio; y la interpretación de la disposición A varía a medida que se le modere con la disposición B (o con el principio que de ella se crea alcanzar) o bien con la disposición C.

En fin, la pretensión lógica del sistema, invocada como factor de interpretación, se revela como un buen medio para salir de una dificultad.

Por otra parte, también el criterio de volver a la tradición histórica de los institutos jurídicos es un criterio contrario al objetivo: a parte de la incertidumbre que también tiene este criterio, esto implica por lo demás una aptitud conservadora, en cuanto que impide los significados (y los efectos) más innovadores de las disposiciones emanadas más recientemente.

EL ARTÍCULO 12

Un discurso más extenso requiere la afirmación de que el juez italiano no es libre de atribuirle a las disposiciones de ley el significado que él crea mejor, pero está vinculado por el artículo 12 de las disposiciones preliminares al Código Civil, el cual dispone:

“En la aplicación de la ley no se puede atribuir a la misma otro significado que aquel que resulta evidente del significado propio de las palabras según la conexión de las mismas y de la intención del legislador”.

También esta norma, a pesar de todo, está lejos de proveerle al juez un criterio objetivo de interpretación.

Esta norma parece -y es verdad- limitar el ámbito de los posibles significados de cada disposición de ley (“...no se le puede atribuir otro

sentido...”) pero provee dos criterios aparentemente incompatibles o, por lo menos, moderable con dificultad: el significado propio de locuciones legislativas y la intención del legislador.

¿Se puede pedir -y debe pedirse en concreto el juez llamado a interpretar necesariamente una cierta disposición de ley- cuál criterio debe prevalecer: la letra de la disposición o la intención, más o menos evidente, del legislador?

Las respuestas de los jueces son variadas. A veces afirman que la intención del legislador, testimoniado por los trabajos preparatorios, puede ser considerada sólo sino contrasta con el texto o con la letra de la ley.

A veces, al contrario, afirman que el legislador se ha expresado de manera inadecuada, infeliz o incoherente y entonces LA INTENCIÓN debe prevalecer por sobre la formulación del precepto.

Y, en efecto, una respuesta vale la otra, ya que el artículo 12 provee dos criterios concurrentes, pero no establece una jerarquía. Se puede pensar que la intención del legislador sea un criterio subsidiario, utilizable sólo si el texto no es claro (admitido que a veces, en cambio, el contenido literal de una disposición sea del todo claro). O bien se puede pensar que la letra de la ley vale sólo si la intención del legislador no sea, por varios motivos, reconstruible con una cierta atención. Pero una opinión excluye la otra.

A primera vista parecería más oportuno atribuir la preponderancia a la intención del legislador y considerar el texto como mera señal de la voluntad legislativa. Pero eso estaría bien si la voluntad del legislador existiese verdaderamente y fuese verificable. Autores de espíritu realista ya han volcado sus sarcasmos sobre esta fantástica voluntad del legislador. ¿Quién es el legislador? ¿Tal vez los parlamentarios que han aprobado la ley? Pero la mayor parte de éstos ni siquiera conoce el texto de la ley aprobada. Algunos salen en carrera de las puertas del aula cuando son llamados a votar: imaginémonos si tienen noción de posibles interpretaciones del texto y si, en lo más íntimo, puedan privilegiar una.

La imagen de un legislador, personificado, eterno y omnisciente es un mito, detrás del cual se esconde una multiplicidad de personas (asambleas parlamentarias, etc.) respecto a las cuales es absurdo hablar de intenciones en sentido psicológico. Y, de hecho, apelar a la voluntad del legislador es, por demás, un expediente retórico del intérprete para convalidar una personal y propia interpretación.

Esto no quiere decir, no obstante, que sea imposible cualquier interpretación histórica; es decir que no sea posible, dentro de ciertos límites, reconstruir el

espíritu de una norma, en el clima histórico en el cual ha sido emanada- más concretamente- reconstruir los propósitos de aquellos que redactaron un cierto proyecto de ley. Pero se observa que eso es demasiado más fácil si la norma ha sido emanada en un régimen autoritario: entonces la intención de los redactores, por demás hombres de confianza del régimen, aunque técnicos, es más clara. Si la norma, en cambio, ha emanado de un régimen de estructura representativa o, como fuere, en una atmósfera de pluralismo político, tal reconstrucción es más difícil y a veces imposible.

En efecto el texto mismo de las disposiciones de ley - en un régimen democrático- es el resultado de un compromiso entre varias tendencias políticas, entre varios movimientos de opinión, entre varios grupos de presión, cada uno de los cuales ve el texto establecido desde su punto de vista. El acto de aprobación de una ley tiene, entonces, un potente carácter contractual; y - como ha sido observado- en cada contrato el acuerdo de los contratantes puede interesar sólo el texto y jamás el significado de las cláusulas contractuales. Al límite, puede suceder que cada grupo político apruebe cierto texto de ley con la reserva mental de poder invocar luego la interpretación que más agrade o que sea más conveniente.

En un régimen democrático representativo, al menos, la especificación del significado de los actos normativos puede suceder sólo después de la aprobación del texto, por obra de los jueces o de los funcionarios.

LENGUAJE LEGISLATIVO Y LENGUAJE COMÚN

Entonces, si se torna vano el criterio de la intención del legislador, parecería quedarse - al límite de la discrecionalidad del intérprete- el criterio del sentido propio de las palabras. Pero - ¡ay de mí! - si cae del sartén a la brasa.

¿Qué cosa quiere decir, de hecho, significado propio de las palabras? No se puede, ciertamente, creer, de aquí en adelante, que las palabras tienen un significado unívoco: esto es que individúen unívocamente una cosa cierta. Y por otra parte el término propio de por sí no quiere decir nada: es un término de relación y ocurre si especifica: “Propio de qué cosa y respecto a qué cosa”.

Significado propio de las palabras puede entenderse como significado común de las palabras, esto es, significado propio del lenguaje común de la comunidad a la cual la ley está dirigida.

En una lengua casi siempre las palabras tienen más de un significado y cada lengua se desarrolla en el sentido que las mismas palabras conquistan a menudo significados nuevos y pierden otros. Todo esto deja al intérprete la escogencia

en un área de significado de las expresiones legislativas; y permite la así llamada interpretación evolutiva, justamente porque se trata de una interpretación que tiene en cuenta sólo el texto de la ley, olvidando la psicología del legislador.

Queda todavía preguntarse cuál puede ser el fundamento de este criterio. Evocando antiguas imágenes se podría decir que el Espíritu del Pueblo, la conciencia popular, al momento mismo en el cual designa con una palabra, ya usada precedentemente, también una realidad o situación nueva, expresaría el inconsciente deseo de regular jurídicamente del mismo modo la vieja y la nueva realidad, la vieja y la nueva situación. Por ejemplo, el hecho de que en lengua italiana formas de agitación sindical como la huelga, independientemente de cómo se califique, ésta siempre será denominada huelga, implicaría la intención de la comunidad de extender el derecho de huelga a cualquiera de las modalidades que adopte. Pero esta justificación, demasiado mítica, no es necesaria. Es suficiente advertir que, vinculando el juez al significado lexical de las expresiones legislativas se modera la exigencia de un redimensionado principio de la separación de poderes (en cuanto se excluye el arbitrio absoluto del juez) con la exigencia de la interpretación evolutiva de la norma.

Sin embargo esta solución deja alguna perplejidad.

Ante todo hará falta que el lenguaje común evolucione, por así decirlo, en forma pacífica: esto es, que no existieran conflictos en el uso de las palabras. ¿Pero, es propiamente así? Los recientes movimientos contestatarios, especie juvenil, parecen sugerir la idea de que, si se continúa usando el lenguaje propio de un determinado sistema político y social, se queda - en cierto sentido- prisionero de su lógica, porque las palabras, con las cuales se designan las cosas, son alcanzadas por una carga valorativa positiva o negativa. Para negar un sistema con eficacia ocurre, en cambio, que es necesario inventar nuevas palabras llenas de una carga valorativa (o emotiva) de signo opuesto respecto de aquella del sistema. Se piensa en los profesores universitarios, ya no denominados (en sentido elogioso) esclarecidos, pero (con sutil connotación despreciativa) catedráticos. Ahora, si junto a la lucha por el derecho (según una célebre fórmula) se va perfilando una lucha por el lenguaje, es de dudar que el pretendido lenguaje común pueda constituir efectivamente un límite objetivo a la libre interpretación de los jueces.

Además, esta solución choca contra una opinión muy arraigada en nuestro ambiente cultural: esto es, que el lenguaje legislativo sería, por así decirlo, un lenguaje técnico; y por tal motivo no sería lenguaje común. Y eso no tanto por su función prescriptiva (hay, en la vida práctica, toda una serie de prescripciones que provienen -no hay dudas- del lenguaje común). Pero, más bien, porque el legislador sería constreñido a un lenguaje técnico por la vastedad de la materia

regulada, por la complejidad de sus prescripciones y por insuprimibles exigencias de sinteticidad: del mismo modo como el lenguaje científico debe tecnificarse o formalizarse para describir con rigor una compleja materia que es de otro modo aferrable. El lenguaje legislativo se modelaría sobre el lenguaje común; pero se discutiría, a veces, por exigencias particulares. El significado de las palabras, usadas en las leyes, sería usualmente más estricto, pero en cualquier caso también más amplio, que aquel que es propio del lenguaje común.

Por eso -siempre conforme a esta opinión- el significado de las expresiones legislativas iría deduciendo al interno de aquel particular sistema lingüístico que es el lenguaje legislativo; y no sería criterio de prueba referirse al significado lexical de las palabras, recurriendo al diccionario. Se explican así los reclamos formulados a la lógica del sistema, a la coherencia terminológica del legislador, etc. Según este modo de ver, el criterio del significado propio de las palabras guardaría como un criterio utilizable, prescindiendo de referencias al lenguaje común.

Esta opinión es muy interesante, como es interesante, en general, el problema de la relación entre los lenguajes técnicos y el lenguaje común. Este problema es fruto de una sensibilidad relativamente reciente, de rumbos filosóficos que han despertado la atención sobre las así llamadas Definiciones Estipulativas y sobre las así llamadas Redefiniciones: y es un problema que amerita profundización. En particular sería interesante analizar a fondo el modo en el cual el lenguaje técnico se apoya en el lenguaje común.

Pero aquí interesa saber si un lenguaje prescriptivo (como es el de las leyes) pueda construirse de un modo riguroso y con la consecuencia de librar significados unívocos para todos los términos. La pregunta no está formulada en abstracto, está formulada en concreto. No se puede excluir que esto pueda advenir por cualquier tipo de sistema normativo. Pero parece poder excluirse por los modernos ordenamientos jurídicos, sólo que se considera el modo en el cual estos se forman y se acrecientan.

No faltan -es verdad- en las leyes modernas formulaciones que puedan considerarse Definiciones Estipulativas de términos jurídicos: basta pensar en la definición de inmueble contenida en el Código Civil. Pero, en el conjunto, la legislación de un estado moderno se manifiesta como algo caótico y para nada riguroso. Y por este motivo sólo parcialmente (y muy parcialmente) el lenguaje legislativo puede considerarse un lenguaje técnico.

Estando así las cosas parece que los criterios con los cuales el intérprete pretende operar a lo interno del lenguaje legislativo son demasiado dudosos, inciertos y a menudo claramente pretenciosos.

En cuanto a los jueces, ellos a veces sí apelan al significado común de una palabra, contenida en la ley; pero por lo más invocan este argumento como un criterio subsidiario en desaprobación de otros argumentos. Cuando, en cambio, afirman que el legislador se habría apartado del lenguaje común, este proceder es sospechoso: de este modo se puede añadir, para hacer decir a la ley, cualquier cosa.

De hecho, si se vincula el juez al respeto del significado lexical de las palabras usadas por la ley, se coloca un límite a su discrecionalidad de intérprete. Pero, si se le permite atribuir significados técnicos a las expresiones legislativas, se le exime de cada límite que no sea de oportunidad y resplandece así en pleno el carácter creativo de la jurisprudencia: el intérprete no deduce más, pero inventa, en el verdadero sentido de la palabra, el significado de las expresiones legislativas, según sus particulares indicaciones y preferencias. ¿Le basta decir que el legislador -este mítico legislador- se ha separado por particulares exigencias del lenguaje común y quién puede demostrarle lo contrario? La primacía de la ley sobre el juez se convierte entonces en una ilusión porque las formulaciones de ley ofrecen solamente la materia bruta, impersonal y sin alma, de la decisión judicial.

En conclusión, el artículo 12, párrafo primero, no es idóneo para vincular la libertad de interpretación del juez, salvo que se entienda el significado propio de las palabras como significado común de las palabras.

Se trata de un vínculo más elástico de aquel que piensan quiénes previenen al juez para que respete lo que prescribe el artículo 12. Pero es siempre un límite a la libre invención del derecho por parte de los jueces.

Diría que desaparecido el mito (o el engaño) del criterio de la voluntad del legislador; venida a menos la ilusión que las expresiones legislativas tienen, en su contexto, un significado propio, esto es, técnico y unívoco: el criterio límite del significado lexical de las palabras, queda como la última especie de un cierto positivismo jurídico. Se puede todavía hablar realistamente de separación de los poderes sólo en cuanto las fórmulas legislativas, literalmente interpretadas, alcanzan, ya no, a determinar, pero sí a condicionar la interpretación del juez restringiendo el campo de escogencia.

Y esto vale también en el plano de un mínimo de certeza del derecho. Igualmente en la relativa ambigüedad del lenguaje común, el ciudadano tiene alguna probabilidad de prever la decisión de los jueces si éstos, en la interpretación de la ley, se atienen al significado corriente de las palabras. ¿Pero cómo es posible una previsión, si los jueces se complacen en atribuir a las expresiones legislativas misteriosos significados técnico-jurídicos con ese hacer esotérico aún muy querido por muchos operadores del derecho?