

V. *Dinámica jurídica*

35. La construcción escalonada del orden jurídico 232
- a) La constitución 232
 - b) Legislación y costumbre 235
 - c) Ley y ordenanza reglamentaria 239
 - d) Derecho sustantivo y derecho formal 240
 - e) Las llamadas "fuentes del derecho" 242
 - f) Producción, aplicación y acatamiento del derecho 243
 - g) La función judicial 246
 - α) El carácter constitutivo de la sentencia judicial 246
 - β) La relación entre la sentencia judicial y las normas generales aplicables 251
 - γ) Las denominadas "lagunas" del derecho 254
 - δ) La producción de normas jurídicas generales por los tribunales. El juez como legislador. La flexibilidad del derecho y la seguridad jurídica 258

sible. No sólo en general, por no haber ninguna norma inmediatamente evidente relativa a la conducta humana, sino, en especial, porque esa norma, mucho menos que cualquier otra, no podría ser afirmada como inmediatamente evidente. Ya que, para la ciencia, la naturaleza es un sistema de elementos determinados por leyes causales. La naturaleza carece de voluntad y mal puede, por ende, instaurar normas. Las normas sólo pueden ser supuestas como immanentes a la naturaleza, cuando se supone que en la naturaleza se da la voluntad de dios. Que dios, en la naturaleza como manifestación de su voluntad —o de alguna otra manera— ordene a los hombres comportarse de determinada manera, es un supuesto metafísico que no puede ser admitido por la ciencia en general y, en especial, por una ciencia jurídica, dado que el conocimiento científico no puede tener por objeto un acontecimiento afirmado más allá de toda experiencia posible.

35. *La construcción escalonada del orden jurídico*

a) *La constitución.* En lo anterior repetidas veces se apuntó la peculiaridad del derecho de regular su propia producción. Ello puede acaecer de manera que una norma sólo prescriba el procedimiento mediante el cual se produce otra norma. Es también posible, sin embargo, en que al hacerlo —y hasta cierto grado— también se determine el contenido de la norma producida. Dado que, atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción.

Si, por de pronto, se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución. Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esa constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir,

mediante un acto legislativo. Dado que, en este segundo caso, siempre queda vertida en un documento, se suele hablar de una constitución “escrita”, para distinguirla de la constitución no escrita producida por la costumbre. La constitución material puede estar formada también en parte por normas escritas, y en parte, por normas de un derecho no escrito, producido consuetudinariamente. Las normas no escritas, producidas consuetudinariamente, de la constitución, pueden ser codificadas, convirtiéndose, cuando esa codificación es efectuada por un órgano productor de derecho, teniendo así carácter obligatorio, en una constitución escrita.

De la constitución en sentido material, corresponde distinguir la constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado “constitución” que, como constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial. Estas disposiciones configuran la forma constitución que, como forma, puede recibir cualquier contenido, sirviendo en primer término para estabilizar las normas que aquí designamos como constitución material, y que constituyen el fundamento jurídico-positivo de todo el orden jurídico estatal.

La producción de normas jurídicas generales, reguladas por la constitución en sentido material, tiene, dentro de los órdenes jurídicos estatales modernos, el carácter de una legislación. Su regulación por la constitución implica la determinación de los órganos facultados para la producción de normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas. Si se considera que los tribunales están facultados también para aplicar el derecho consuetudinario, necesitan estar autorizados a ello por la constitución; de igual modo, que lo están para aplicar las leyes. Es decir; la constitución tiene que instaurar a la costumbre, constituida por el comportamiento habitual de los individuos —ciudadanos o súbditos— sometidos al orden jurídico estatal, como un hecho productor de derecho. Si la aplicación de la costumbre por los tribunales es vista como conforme a derecho, aunque la constitución escrita no contenga facultamiento alguno al respecto, resultará que esa autorización —como veremos más adelante—¹³⁶ no puede estar dada en una norma de la constitución no escrita, surgida consuetudinariamente, sino que tiene también que ser *presupuesta*, así como se presupone que la constitución escrita reviste el carácter de norma obligatoria, si se considera que las leyes y ordenanzas dictadas de conformidad con ellas son normas jurídicas obligatorias. Entonces, la norma fundante básica —en tanto constitución en sentido lógico-jurídico— establece no sólo el acto del constituyente, como hecho productor de derecho, sino también a la

¹³⁶ Cf. *infra*, p. 232.

costumbre constituida por la conducta de los sujetos sometidos al orden jurídico producido conforme a la constitución.

La constitución del Estado puede aparecer, como constitución escrita, en la forma constitucional específica, es decir, como normas que no pueden ser derogadas o modificadas mediante las leyes usuales, sino sólo bajo condiciones más difíciles. Pero tal cosa no es necesaria; así, no sucede cuando no hay constitución escrita alguna, cuando la constitución ha surgido por vía de la costumbre, es decir, por el comportamiento consuetudinario de los individuos sometidos al orden jurídico estatal y, también, cuando no está codificada. Entonces también las normas que revisten el carácter de constitución material pueden ser derogadas o modificadas por simples leyes o por el derecho consuetudinario.

Es posible que el órgano competente para la promulgación, derogación y enmienda de las leyes constitucionales en el específico sentido formal, sea diferente del órgano competente para promulgar, derogar y enmendar leyes usuales. Para la primera función mencionada puede convocarse un órgano competente particular, diferente, por una constitución y por el procedimiento de elección, del órgano competente para la segunda función mencionada, sea, por ejemplo, una asamblea constituyente (o, más correctamente: legisladora constituyente). Pero, por lo común, ambas funciones son desempeñadas por el mismo órgano.

La constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescripto. Más eficaz es, en cambio, excluir por la constitución leyes de determinados contenidos. El típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las constituciones modernas, no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse. Tiene eficacia cuando la promulgación de una ley tal —sea una ley que lesione la denominada libertad personal, o la libertad de conciencia o la igualdad— sea puesta bajo la responsabilidad personal de determinados órganos intervinientes en la promulgación: jefe del Estado, ministro; o bien, cuando cabe la posibilidad de cuestionar y anular semejante ley. Todo ello bajo el presupuesto de que la simple ley no tenga fuerza como para derogar la norma constitucional que determina su producción y su contenido; es decir, cuando la norma constitucional sólo pudiera ser modificada o suprimida bajo condiciones más difíciles, como la de contar con una mayoría calificada, un quórum más elevado, etcétera; es decir, que la constitución prescriba para su modificación o supresión un procedimiento distinto del procedimiento legislativo corriente, un procedimiento más

difícil; o sea, que junto a las formalidades legales propiamente dichas, existan formalidades constitucionales.

b) *Legislación y costumbre*. El nivel siguiente a la constitución está constituido por las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa o consuetudinaria. Las constituciones de los Estados modernos establecen, casi sin excepciones, órganos legislativos especiales, competentes para producir normas generales aplicables por los tribunales y los organismos administrativos, de suerte que al escalón de los procedimientos constituyentes, sigue el escalón de la legislación, y a éste le sigue el de los procedimientos judiciales y administrativos. Con todo, esta articulación en tres niveles no es inevitable. Es posible que la constitución no prevea ningún órgano legislativo especial, estando los tribunales y organismos administrativos inmediatamente facultados por la constitución para producir ellos mismos las normas que aplicarán en los casos concretos, por considerarlas adecuadas o justas. De esta posibilidad hablaremos más adelante. En lo que sigue, sólo se considerará, por de pronto, el caso normal: un orden jurídico que establece un órgano legislativo especial. La integración y constitución del órgano legislativo es uno de los factores más importantes que determinan la denominada forma del Estado. Si tenemos a un individuo único, sea un monarca hereditario o un dictador llegado al poder revolucionariamente, contaremos con una autocracia; si se trata de la asamblea de todo el pueblo, o de un parlamento elegido por el pueblo, tendremos una democracia. Sólo en el caso de una legislación democrática se necesita de disposiciones que regulen el procedimiento legislativo, lo que aquí significa, que regulen la participación en las asambleas populares, o en las elecciones parlamentarias, el número de sus componentes, la forma en que adopta sus decisiones, etcétera. Todas estas disposiciones pertenecen a la constitución en el sentido material, aun cuando no siempre revisten la forma constitucional, apareciendo como simples leyes. Si junto al órgano corriente de legislación existe un órgano distinto de aquél con competencia para dictar normas constitucionales, y si en una ley con fuerza constitucional de este último órgano —por ejemplo una ley que modifique el procedimiento legislativo— se facultara al órgano legislativo corriente para establecer, mediante una simple ley, los procedimientos electorales, tendríamos que el escalón de la constitución material se dividiría a su vez en dos gradas.

Las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa son normas conscientemente impuestas, es decir, normas promulgadas por escrito. Los actos constitutivos del hecho de la legislación son actos de producción de normas, de instauración de normas; es decir, su sentido subjetivo es un deber ser. La constitución erige ese sentido subjetivo en un significado objetivo, el hecho de la legislación es instaurado como un hecho productor de derecho. Pero la constitución puede también establecer como hecho creador de derecho un hecho consuetudinario específicamente caracterizado. Ese hecho, como ya se expuso

anteriormente,¹⁸⁷ se reconoce en cuanto los hombres pertenecientes a una comunidad jurídica se comportan bajo ciertas condiciones iguales, en manera determinada igual; en que ese comportamiento se produce durante un tiempo suficientemente largo; que de ese modo, con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surge la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse. Entonces, el sentido subjetivo del hecho constitutivo de la costumbre es un deber; el sentido de que de ese modo debe uno comportarse según costumbre. En tanto norma jurídica válida objetivamente, el sentido subjetivo del hecho consuetudinario sólo puede ser interpretado en tanto el hecho así caracterizado es instaurado en la constitución como un hecho productor de normas.

Siguiendo a la jurisprudencia tradicional,¹⁸⁸ se supone que la *opinio necessitatis* constituye un elemento esencial del hecho consuetudinario. Ello significa que los actos constitutivos de la costumbre tienen que producirse bajo la idea que deben efectuarse. Esta opinión supone, empero, un acto volitivo individual o colectivo, cuyo sentido subjetivo sea que uno debe comportarse conforme a la costumbre. Cuando el derecho consuetudinario, así como el derecho legislado, es derecho positivo, esto es, un derecho impuesto, tiene que haber un acto de voluntad, individual o colectivo, cuyo sentido subjetivo sea un deber, que pueda ser interpretado como una norma válida objetivamente, como derecho consuetudinario.

Como ya se subrayó anteriormente, el derecho consuetudinario sólo puede ser aplicado por los órganos de aplicación del derecho, cuando puede considerarse que esos órganos están facultados para ello. Si tal autorización no estuviera concedida por la constitución, en sentido jurídico-positivo; es decir, si la costumbre calificada no es instaurada por la constitución jurídico-positiva como un hecho productor de derecho, entonces, debería considerarse conforme a derecho la aplicación del derecho consuetudinario y, en especial, la aplicación de un derecho consuetudinario que derogue el derecho legislado, sólo de admitirse que la instauración de la costumbre como un hecho productor de derecho se ha cumplido ya en la norma fundante básica, como constitución en sentido lógico-jurídico. Es decir, tiene que darse por presupuesta una norma fundante básica que no sólo establezca como hecho productor de derecho al hecho constituyente, sino también al hecho de una costumbre calificada.

Así sucede cuando la constitución de una comunidad jurídica aparece no por vía de una legislación escrita, sino por vía de la costumbre, estando los órganos de aplicación del derecho facultados para aplicar el derecho consuetudinario. Esta situación no puede ser interpretada como si la costumbre fuera esta-

¹⁸⁷ Cf. *supra*, pp. 9, 54 y ss.

¹⁸⁸ Con respecto del origen de la doctrina sobre la *opinio necessitatis*, cf. Paul Guggenheim, *Contribution à l'histoire des sources du droit des gens*, Académie de droit international, Recueil des Cours, t. 94, 1958, II, p. 52.

blecida como hecho productor de derecho por la constitución producida consuetudinariamente, en tanto constitución consuetudinaria jurídico-positiva. Ello constituiría una *petitio principii*. Puesto que si la constitución jurídico-positiva, es decir, la norma que regula la producción de normas generales, puede ser producida por vía de costumbre, tiene que presuponerse ya que la costumbre es un hecho productor de derecho. Pero este presupuesto sólo puede ser la norma fundante básica misma, que es la constitución en sentido lógico-jurídico. Tenemos entonces el caso anteriormente mencionado,¹³⁹ de que la norma fundante básica, como constitución en sentido lógico-jurídico, no se refiere inmediatamente a una constitución en sentido jurídico-positivo, y sólo mediatamente al orden jurídico establecido conforme a ella, sino que se refiere inmediatamente a ese orden jurídico producido consuetudinariamente. Ello acaece especialmente en relación con la norma fundante básica del orden jurídico internacional general, cuyas normas son producidas por vía de la costumbre de los Estados y son aplicadas por los órganos de cada Estado.¹⁴⁰

El derecho legislado y el derecho consuetudinario se derogan recíprocamente según el principio de la *lex posterior*. Mientras, sin embargo, que una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser eliminada o enmendada por una ley simple, sino sólo mediante una norma de nivel constitucional, el derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también con respecto de una norma constitucional formal, hasta con respecto de la norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del derecho consuetudinario.

La concepción que ve en la costumbre un hecho productor de derecho se sitúa frente a otra que no da a este hecho un carácter constitutivo, sino sólo un carácter declarativo. Como decía Savigny, "la costumbre es el rasgo distintivo del derecho positivo, pero no el fundamento de su aparición".¹⁴¹ Así se expresa la teoría representada por la Escuela Histórica Alemana, de que el derecho no es producido ni por la legislación, ni por la costumbre, sino por el espíritu del pueblo, de suerte que tanto el uno como el otro de esos procedimientos de producción de derecho sólo permiten establecer la existencia de un derecho que ya es válido con anterioridad. La misma teoría es tomada por la teoría sociológica del derecho francés, con la diferencia que el derecho no es producido por el espíritu del pueblo, sino por la llamada *solidarité sociale*.¹⁴²

Según ambas teorías, el derecho declarativamente establecido, y no producido, por la legislación o la costumbre, puede pretender validez en tanto y en cuanto es reproducción de un derecho preexistente. Ambas teorías son, en el fondo, variaciones de la doctrina del derecho natural, cuyo dualismo, entre

¹³⁹ Cf. *supra*, p. 204.

¹⁴⁰ Cf. *supra*, pp. 221 y ss.

¹⁴¹ Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, p. 35.

¹⁴² Cf. León Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, pp. 80 y ss, y 616.

un derecho naturalmente producido y un derecho producido por los hombres, reflejan en el dualismo de un derecho producido por el espíritu del pueblo, o por la solidaridad social, y un derecho reproducido mediante la legislación y la costumbre. Lo que se dijo contra aquella doctrina, puede argumentarse contra las dos otras. Desde el punto de vista de una doctrina positivista del derecho, que no puede admitir ni la existencia de un espíritu popular imaginario, ni la de una "solidaridad social" igualmente imaginaria, la función constitutiva, es decir, productora de derecho de la costumbre es tan poco susceptible de dudas, con la de la legislación.

La pregunta de si efectivamente se ha dado el hecho de una costumbre productora de derecho, sólo puede ser resuelta por el órgano de aplicación del derecho. De ahí se ha concluido que la regla que expresa el comportamiento consuetudinario de los hombres, sólo se convierte en norma jurídica a través de su reconocimiento por el tribunal que la aplica, y que, por consiguiente, las normas del derecho consuetudinario son producidas solamente por los tribunales. Sin embargo, la relación del órgano jurídico de aplicación, especialmente, los tribunales, con las normas del derecho consuetudinario, no es distinta a la que tienen con las normas del derecho legislado. Puesto que así como el órgano que tiene que aplicar una norma producida consuetudinariamente, debe establecer el hecho de la costumbre, es decir, resolver el interrogante de si efectivamente por costumbre se produjo la norma que tiene que aplicar, el órgano que debe aplicar una norma producida por vía legislativa, tiene que establecer el hecho de su promulgación legislativa, es decir, resolver el interrogante de si por vía legislativa se produjo la norma que le corresponde aplicar. Esta pregunta puede ser más fácil de resolver en el segundo caso, por lo cual aparece con menos claridad en la conciencia de esos órganos, que la pregunta de si una norma ha surgido por vía consuetudinaria, especialmente cuando las leyes son publicadas en una publicación oficial. Pero la función del órgano aplicador de derecho de establecer la existencia de la norma aplicable y, por ende, su producción conforme a la constitución, es en ambos casos la misma. Y en ambos casos existe ya una norma jurídica general producida antes del acto de aplicación de derecho. La determinación del hecho, por parte del órgano de aplicación, es, por cierto, como ya lo expondremos más minuciosamente, constitutiva; pero esta determinación constitutiva se produce con fuerza retroactiva. El hecho vale a partir del momento establecido por el órgano de aplicación, y no justamente a partir del momento en que el órgano lo establece.¹⁴³

La validez del derecho consuetudinario, en el seno de una comunidad jurídica, se encuentra limitado, en tanto la aplicación de las normas generales producidas consuetudinariamente se efectúa sólo a través de normas jurídicas escritas, dado que las normas individuales que dicten los órganos de aplicación

¹⁴³ Cf. *infra*, p. 245.

sólo se producen, especialmente donde ya existen tribunales, mediante las sentencias judiciales que representan normas individuales.¹⁴⁴

Una diferencia, políticamente más significativa, entre el derecho legislado y el derecho consuetudinario, reside en que el primero es producido por vía de un procedimiento relativamente centralizado, mientras que el segundo lo es por un procedimiento relativamente descentralizado. Las leyes son creadas por órganos especiales establecidos con ese fin y funcionan mediante una división del trabajo. Las normas del derecho consuetudinario aparecen a través de determinado comportamiento de los sujetos sometidos al orden jurídico. En el primer caso, la autoridad que produce la norma, y el sujeto sometido a la misma, no son idénticos; en el segundo caso lo son, por lo menos hasta cierto grado. Para que se dé el hecho de una costumbre productora de derecho, no se necesita que todos los individuos que queden obligados o facultados por la norma consuetudinariamente producida, hayan participado en la configuración de la costumbre. Basta que la mayoría indiscutible de los individuos que entren en consideración con respecto de la relación regulada, hayan participado en la configuración de la costumbre, de suerte que es perfectamente posible que haya individuos, obligados por una norma producida consuetudinariamente, que no hayan intervenido en su producción. Esta situación tiene interés, sobre todo, cuando se trata de la norma de un derecho consuetudinario que ha entrado en vigencia desde hace ya mucho tiempo. Por esta razón no es oportuno interpretar el derecho consuetudinario —como sucede a veces, especialmente en relación con el derecho consuetudinario internacional— como un convenio tácito.

c) *Ley y ordenanza reglamentaria*. La grada de la producción —regulada por la constitución— general de derecho, por lo común se encuentra dividida, en la forma positiva de los órdenes de los Estados particulares, en dos o más escalones. Señalaremos aquí sólo la distinción entre ley y ordenanza reglamentaria que tiene especial importancia cuando la constitución delega fundamentalmente la producción de normas jurídicas generales en un parlamento elegido por el pueblo, pero remite, para la formulación más precisa de las leyes, a normas generales producidas por ciertos órganos administrativos; o bien, cuando la constitución autoriza al gobierno, en ciertos casos excepcionales, a dictar, en lugar del parlamento, todas las normas generales necesarias, o algunas de ellas. Las normas generales provenientes de organismos administrativos, y no del parlamento, son designadas ordenanzas reglamentarias, y pueden ser tanto reglamentos de aplicación, o reglamentos con fuerza de ley. A estos últimos se les denomina también ordenanzas o reglamentos con fuerza legal. Así aparece cierta forma propia de las leyes, del mismo modo que teníamos una forma específica para la constitución. Se habla de ley en sentido formal, para

¹⁴⁴ Cf. *infra*, pp. 242 y ss.

distinguir de la ley en sentido material. Este último término designa a toda norma jurídica general, mientras que el primero alude sea a las normas jurídicas generales que revisten forma de ley —es decir de una norma jurídica general votada por el parlamento y según las típicas disposiciones de la mayoría de las constituciones— publicada de determinada manera; sea de cualquier contenido que aparezca bajo esa forma. La denominación “ley en sentido formal” es, por ello, ambiguo. Unívoco, en cambio, es únicamente el concepto de forma de ley, en el que pueden aparecer no sólo normas generales, sino también otros contenidos, hasta aquellos cuyo sentido subjetivo no es en nada el sentido de normas. Tendremos entonces un contenido con forma de ley, jurídicamente irrelevante. El problema del contenido jurídicamente irrelevante de una forma jurídica y el hecho de que no sólo en los procedimientos legislativos, sino de que en todo procedimiento destinado a la producción de derecho escrito, puedan aparecer contenidos cuyo sentido subjetivo no sea el de una norma general o individual —siendo, por consiguiente, jurídicamente irrelevantes— ya fue tratado en otro contexto.¹⁴⁵

d) *Derecho sustantivo y derecho formal*. Las normas generales producidas por vía de legislación (como leyes u ordenanzas), o por vía de la costumbre, tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello, los tribunales y los organismos administrativos. Estos órganos aplicadores de derecho tienen que estar determinados por el orden jurídico, es decir, tiene que determinarse bajo qué condiciones un determinado hombre actúa como tribunal o como funcionario administrativo; pero también tiene que determinarse el procedimiento con el cual ejercerá su función: la aplicación de normas generales. La norma general que enlaza a un hecho determinado en abstracto, una consecuencia también abstractamente determinada, requiere, para poder ser aplicada, individualizarse. Tiene que establecerse si, en concreto, se ha producido el hecho que la norma general determina en abstracto, y, en ese caso concreto, tiene que imponerse un acto coactivo concreto; es decir, tiene previamente que ordenarse, y luego llevarse a cabo el acto coactivo que también se encuentra determinado en abstracto en la norma general. De ahí que la aplicación de una norma general a un caso concreto consista en la producción de una norma individual, en la individualización (o concretización) de la norma general. Y de ahí que la función de la norma general aplicable pueda consistir también en determinar el contenido de la norma individual que será producida por el acto judicial o administrativo, por la sentencia judicial o la resolución administrativa. Las normas generales aplicables por los órganos judiciales y administrativos tienen, por ende, una función doble: 1) determinar esos órganos y los procedimientos que deben observar, y 2) determinar el contenido de las normas individuales producidas en esos procedimientos judiciales o administrativos.

¹⁴⁵ Cf. *supra*, pp. 53 y s.

Estas dos funciones corresponden a ambas categorías de normas jurídicas entre las cuales es usual distinguir: las normas del derecho de forma y las normas del derecho de fondo (o sustantivo, o material). Como derecho de forma se denomina a las normas generales que regulan la organización y la actuación de los organismos judiciales y administrativos, como los llamados códigos de procedimientos civiles y penales, así como el derecho procesal administrativo. Por derecho de fondo, material o sustantivo, se entienden las normas generales que determinan el contenido de los actos judiciales y administrativos, llamadas directamente derecho civil, derecho penal y derecho administrativo, aun cuando las normas que regulan los procedimientos judiciales y administrativos no son menos derecho civil, derecho penal y derecho administrativo. También se suele pensar, por lo común, cuando se habla de las normas aplicables por esos órganos sólo en el derecho civil, penal o administrativo, de fondo (material), aun cuando el derecho civil, penal o administrativo de fondo (material) no pueda ser aplicado sin que se aplique simultáneamente un derecho formal, es decir, el derecho que regula el procedimiento para efectuar el acto judicial o administrativo en el que se aplica el derecho civil, penal o administrativo de fondo (material). El derecho de fondo y de forma están inescindiblemente entrelazados. Sólo en su enlace orgánico configuran el derecho regulador de su propia producción y aplicación. Todo enunciado jurídico que describa en forma completa a este derecho tiene que contener tanto el elemento formal como el material. Un enunciado de derecho penal, muy simplificado, tendría que ser formulado de la siguiente manera: si un individuo incurre en delito determinado por una norma jurídica general, entonces un órgano (un tribunal) determinado por una norma jurídica general deberá ordenar, en un procedimiento determinado en una norma jurídica general, una sanción determinada en la primera norma jurídica general mencionada. Más tarde veremos que se requiere una formulación aún más complicada, a saber: si un órgano, cuya designación está determinada en una norma general, establece en un procedimiento determinado por una norma jurídica general, que se ha producido un hecho al cual una norma jurídica general enlaza determinada sanción, entonces ese órgano debe ordenar, en un procedimiento determinado por una norma general, la sanción determinada por la norma jurídica general previamente mencionada. Esta formulación del enunciado jurídico penal muestra —y allí reposa una función esencial del enunciado jurídico descriptivo del derecho— la conexión sistemática existente entre el llamado derecho de forma y el llamado derecho de fondo; entre la determinación del delito y la sanción, por un lado, y la determinación del órgano de aplicación y sus procedimientos, por el otro.

La relación que se da entre las normas jurídicas generales producidas por promulgación expresa, o por costumbre, y su aplicación por los tribunales o por órganos administrativos, es esencialmente la misma que se da entre la constitución y la producción por ella determinada de normas jurídicas gene-

rales. La producción de normas jurídicas generales es tan aplicación de la constitución, como la aplicación de las normas jurídicas generales por los tribunales y los órganos administrativos, es producción de normas jurídicas individuales. Así como las normas jurídicas generales producidas mediante promulgación expresa, o por costumbre, están determinadas por las normas de la constitución, es decir, por normas de una grada superior, tanto formalmente, como, de ser posible, materialmente, también las normas individuales producidas en los actos judiciales y administrativos se encuentran determinadas por las normas generales producidas expresa o consuetudinariamente, es decir, por normas de una grada superior, formal y materialmente. Pero la relación entre el elemento formal y material es distinto en ambos casos. La constitución (en el sentido material de la palabra) determina, por lo común, sólo el órgano y el procedimiento legislativos, dejando al órgano legislador la determinación del contenido de las leyes. Sólo excepcionalmente determina —y ello con eficacia únicamente en un sentido negativo— el contenido de la ley que se dictará al excluir ciertos contenidos.

En tanto se considere la producción consuetudinaria de derecho, la constitución sólo puede efectuar la delegación del procedimiento que se caracteriza como costumbre. En este respecto, la constitución no puede excluir determinado contenido de las normas producidas consuetudinariamente, puesto que la constitución misma —inclusive la constitución escrita, en sentido formal— puede ser modificada por normas jurídicas producidas consuetudinariamente. Las normas jurídicas generales producidas conforme a la constitución no determinan por lo común solamente al órgano y el procedimiento de su aplicación, sino también —aunque con todo en diferentes medidas— el contenido de las normas individuales que expresan las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas. En el terreno del derecho penal la determinación previa del contenido de la sentencia judicial, por regla general, es tan extenso que sólo se deja un campo libre relativamente limitado a la libre apreciación del tribunal penal en la producción de la norma jurídica individual que su sentencia representa. En el terreno del derecho administrativo, en cambio, este campo es por lo común bastante amplio. Con otras palabras: la constitución representa derecho de forma, derecho procesal, predominantemente, mientras que el escalón inmediatamente subordinado de producción de derecho, representa tanto derecho de forma, como derecho de fondo (material).

e) *Las llamadas "fuentes del derecho"*. La legislación y la costumbre frecuentemente son designados como las dos "fuentes" del derecho, donde por "derecho" se entiende solamente las normas generales del derecho de un Estado. Pero también las normas jurídicas individuales pertenecen al derecho, son tan parte integrante del orden jurídico como las normas generales con base en las cuales han sido producidas. Y si se toma en consideración el derecho interna-

cional general, habría que ver sólo en la costumbre y en los tratados, pero no en la legislación, las "fuentes" de ese derecho.

Fuente de derecho es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho arriba mencionados, sino toda norma superior, en su relación con la norma inferior cuya producción regula. De ahí que por fuente de derecho pueda entenderse también al fundamento de validez y, especialmente, al último fundamento de validez, la norma fundante básica de un orden jurídico. Pero, en la práctica, sólo se denomina "fuente" el fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción. En este sentido, la constitución es la fuente, por vía de la legislación o de la costumbre, de las normas jurídicas generales producidas; la norma jurídica general sería la fuente de la sentencia judicial que la aplica representada por una norma individual; y también la sentencia judicial podría ser considerada fuente de las obligaciones y derechos que estatuyen entre las partes litigantes, o de la autorización otorgada al órgano que tiene que ejecutar esa sentencia. En un sentido jurídico-positivo, fuente del derecho sólo puede ser el derecho.

Pero la expresión es utilizada también en un sentido no jurídico, cuando bajo ese nombre se designan todas las representaciones que de hecho influyan sobre la función de producción y de aplicación de derecho, así, especialmente, principios morales y políticos, teorías jurídicas, la opinión de expertos, etcétera. Estas fuentes, con todo, deben ser claramente distinguidas de las fuentes jurídico-positivas. La distinción entre ellas reposa en que éstas son jurídicamente obligatorias, mientras que las otras no, en tanto no haya una norma jurídica positiva que delegue en ellas como fuentes de derecho, es decir, que les dé fuerza obligatoria. Entonces adquieren el carácter de una norma jurídica superior que determina la producción de la norma jurídica inferior. La multiplicidad de sentidos del término "fuente de derecho" hace aparecerlo como realmente inutilizable. Se recomienda emplear, en lugar de esa metáfora fácilmente equívoca, una expresión que designe unívocamente el fenómeno jurídico que se tiene en mira.

f) *Producción, aplicación y acatamiento del derecho.* Como ya se estableció anteriormente, el orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entre sí entrelazadas en cuanto la producción de cada norma perteneciente a ese sistema se encuentra determinada por otra norma del sistema y, en última instancia, por su norma fundante básica. Una norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden. Este regreso conduce, finalmente, a la norma fundante básica que no ha sido establecida conforme a lo determinado por ninguna otra norma, y que, por ende, tiene que ser presupuesta. Si se habla no sólo de un orden jurídico, sino también de una comunidad jurídica constituida por aquél, puede decirse que una norma jurídica pertenece a deter-

minado orden jurídico cuando ha sido producida por un órgano de esa comunidad y, por ende, cuando ha sido producida por esa comunidad. Pero el individuo que ha producido una norma es —como ya se dijo—¹⁴⁶ órgano de la comunidad en tanto y en cuanto su función está determinada por una norma del orden jurídico constitutivo de la comunidad, pudiendo, en consecuencia, atribuírsela a la comunidad. La referencia de la función de producción de derecho a la comunidad jurídica —o mejor: a la unidad del orden jurídico constitutivo de la comunidad jurídica—, la operación intelectual mediante la cual se atribuye la función a la comunidad, reposa en definitiva en la norma jurídica determinante de esa función. Así como la comunidad jurídica no consiste en otra cosa sino en el orden jurídico, la oración que enuncia que una norma pertenece a un orden jurídico por haber sido producida por un órgano de esa comunidad jurídica, no dice otra cosa sino que una norma pertenece a un orden jurídico por haber sido producida conforme a lo determinado por una norma de ese orden jurídico y, en última instancia, conforme a lo determinado por la norma fundante básica de ese orden jurídico. Esta tesis es especialmente significativa cuando se trata de un orden jurídico estatal y, por tanto, cuando se tiene en mira la comunidad jurídica que es el Estado; cuando interesa comprender el verdadero sentido de la afirmación corriente de que es el Estado quien produce el derecho.

Una norma que determina la producción de otra, es aplicada en la producción por ella determinada de la otra norma. Aplicación de derecho es de consuno producción de derecho. Ambos conceptos no expresan, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta. Es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho. Puesto que si se hace abstracción de los casos límites —la presuposición de la norma básica y la ejecución del acto coactivo—, entre los cuales transcurre el proceso jurídico, todo acto jurídico es simultáneamente la aplicación de una norma superior y la producción, determinada por aquélla, de una norma inferior. Si se considera el orden jurídico estatal, sin atender a un derecho internacional supraordinado, entonces la norma fundante básica determina en los hechos la producción de la constitución, sin ser ella misma aplicación de una norma superior. Pero la producción de la constitución se efectúa aplicando la norma fundante básica. Aplicando la constitución se producen las normas jurídicas generales, por legislación y costumbre; y es en aplicación de estas normas generales que se efectúa la producción de las normas individuales a través de sentencias judiciales y resoluciones administrativas. Sólo la ejecución de los actos coactivos estatuidos por esas normas individuales —este acto postero en los procesos de producción de derecho— se efectúa aplicando las normas individuales que los determinan, sin ser ella misma producción de una norma. La aplicación del derecho es, pues, produc-

¹⁴⁶ Cf. *supra*, pp. 154 y ss.

ción de una norma inferior fundándose en una norma superior, o ejecución del acto coactivo estatuido en una norma.

Como se indicara ya, la producción de una norma inferior a través de una superior, puede estar determinada en dos direcciones. La norma superior puede determinar tanto el órgano que produzca la norma, como el procedimiento en que se la produzca, pudiendo también determinar el contenido de la norma. Inclusive cuando la norma superior sólo determina el órgano, es decir, el individuo que producirá la norma inferior, dejando a la apreciación de ese órgano la determinación del procedimiento y la determinación del contenido de la norma que debe producirse, la norma superior es aplicada en la producción de la inferior: la determinación del órgano es el mínimo de aquello que tiene que determinarse en la relación entre una norma superior y una inferior. Puesto que la norma que no se encuentra determinada en manera alguna en cuanto a su producción por una norma superior, no puede valer como norma implantada dentro del orden jurídico, no perteneciéndole en consecuencia; y un individuo no puede ser considerado órgano de la comunidad jurídica, sin que su función pueda atribuirse a la comunidad, si no está determinado por una norma del orden jurídico constituyente de la comunidad, lo que significa: cuando no está autorizado a ejercer la función por una norma superior tal. Todo acto de producción de derecho tiene que ser un acto de aplicación de derecho: es decir, tiene que ser aplicación de una norma jurídica previa al acto, para que pueda valer como un acto de la comunidad jurídica. De ahí que deba concebirse la producción de derecho como aplicación de derecho, inclusive cuando la norma superior sólo determina el elemento personal, el individuo, que tiene que cumplir la función de producción de derecho. Esta norma superior, determinante del órgano, es la que recibe aplicación en todo acto de ese órgano. En el Estado ideal de Platón, en el cual los jueces podían resolver todos los casos según su libre apreciación, sin verse limitados por ninguna norma general dictada por el legislador, cada una de esas decisiones constituye, sin embargo, una aplicación de la norma general que determina bajo qué condiciones un individuo está facultado para actuar como juez. Sólo con fundamento en esa norma puede ser visto como juez del Estado ideal, puede atribuirse a ese Estado ideal sus sentencias, como producidas dentro de ese Estado ideal.

La determinación de la producción de una norma inferior por una superior, puede tener diversos grados. Nunca puede ser tan limitada que el acto en cuestión no pueda ser considerado ya como un acto de aplicación de derecho, y tampoco puede ampliarse tanto que el acto ya no pueda ser considerado como un acto de producción de derecho. Inclusive cuando —como sucede en el caso de la sentencia judicial que ha de dictarse fundándose en leyes— no sólo se encuentra determinado el órgano y el procedimiento, sino también el contenido de la sentencia correspondiente, aparece no sólo una aplicación de derecho, sino también una producción de derecho. La pregunta sobre si un acto tiene

carácter de producción o aplicación de derecho depende del grado en que la función del órgano que produce el acto esté predeterminada por el orden jurídico. Hay actos, con todo, que sólo son aplicación de derecho, pero no producción del mismo. Se trata de los actos de que ya se habló mediante los cuales se llevan a cabo los actos coactivos estatuidos por las normas jurídicas; también hay un acto de producción de derecho positivo, que no es aplicación de una norma jurídica positiva, a saber, la instauración de la primera constitución histórica que se produce aplicando la norma fundante básica no impuesta positivamente, sino sólo presupuesta.

La producción y la aplicación de derecho tienen que distinguirse del acatamiento al derecho. Acatamiento aparece con la conducta a cuya contraria está enlazada el acto coactivo sancionatorio. Se trata, sobre todo, de la conducta que evita la sanción, el cumplimiento de la obligación jurídica constituida mediante la sanción. Producción de derecho, aplicación de derecho y acatamiento al derecho son, en el sentido más lato, funciones jurídicas. Pero también el ejercicio de una permisión positiva puede designarse como un acatamiento al derecho. Sólo la producción y la aplicación del derecho son designadas funciones jurídicas, en un sentido más estricto y específico.

g) *La función judicial*

α) *El carácter constitutivo de la sentencia judicial.* La ciencia jurídica tradicional observa la aplicación del derecho, sobre todo, aunque no exclusivamente, en las decisiones de los tribunales civiles o penales que, efectivamente, cuando resuelven un litigio, o aplican una pena a un delincuente, por lo común aplican normas jurídicas generales producidas por vía legislativa o consuetudinaria. Pero, como resulta de lo dicho anteriormente, tenemos también aplicación de derecho en un todo igual en la producción de las normas jurídicas generales a través de la legislación y la costumbre, así como en las resoluciones de los organismos administrativos y, como veremos, en los negocios jurídicos; los tribunales aplican las normas jurídicas generales al dictar normas individuales, determinadas en su contenido por las normas generales, que estatuyen una sanción concreta, sea la ejecución forzosa civil, sea una pena.

Desde el punto de vista de una consideración orientada a la dinámica del derecho, la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y de ésta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido.

Para individualizar la norma general que aplica, el tribunal tiene, por de pronto, que establecer si en el caso que se le presenta aparecen las condiciones

que una norma general determina en abstracto para la aplicación de la consecuencia sancionatoria, se dan en concreto. Esta verificación del hecho condicionante de la consecuencia de lo ilícito, incluye el establecer la norma jurídica general aplicable, es decir, establecer que hay una norma general válida que enlace al hecho dado una sanción. El tribunal no tiene sólo que responder a una *quaestio facti*, a una cuestión de hecho, sino también a la *quaestio iuris*, a la pregunta por el derecho. Luego de haberse cumplido estas dos comprobaciones, tiene el tribunal que ordenar *in concreto* la sanción estatuida *in abstracto* en la norma general. Estas comprobaciones y esta orden constituyen las funciones esenciales de la sentencia judicial. Con todo, entre una sentencia civil y una penal, aparece cierta diferencia en tanto en la primera, por lo común, la sanción concreta sólo es ordenada condicionalmente. El tribunal civil condena al demandado a otorgar determinada prestación a favor del actor, y ordena la sanción sólo bajo condición de que esa prestación no se efectúe dentro de determinado término. En cambio, la imposición de la sanción penal se produce, por lo común, incondicionadamente. Pero también puede ser impuesta condicionalmente haciendo depender su ejecución efectiva de la comisión por el condenado de un nuevo delito dentro de determinado tiempo.

La sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido, declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. Y también esta determinación tiene un carácter, no puramente declaratorio, sino constitutivo. El tribunal que tiene que aplicar en un caso concreto las normas generales válidas de un orden jurídico, debe decidir la cuestión de si la norma que aplicará fue producida constitucionalmente, es decir, por vía de un proceso legislativo determinado por la constitución, o por vía de la costumbre en que la constitución delegara.¹⁴⁷ Este hecho que el tribunal tiene que comprobar es tan condición de la sanción que estatuirá en el caso concreto, como el hecho, que también el tribunal tiene que comprobar, de que se ha cometido un delito. El enunciado jurídico que describe esta situación rezaría, por ejemplo, en el caso de aplicación de una norma penal en un orden jurídico democrático: si el parlamento, elegido constitucionalmente, ha dictado una ley conforme al procedimiento constitucionalmente determinado, en consecuencia de la cual debe castigarse de cierta manera una determinada conducta como un delito, y si el tribunal ha verificado que un hombre determinado ha incurrido en semejante conducta, entonces el tribunal debe aplicar la pena determinada por la ley. Esta formulación del enunciado jurídico dilucida la posición que el

¹⁴⁷ En relación con la limitación jurídico-positiva de este derecho así llamado de examen de los tribunales y de otros órganos de aplicación del derecho, cf. *infra*, pp. 275 y s.

denominado derecho constitucional —es decir, las normas que regulan la producción de normas generales— tiene en el marco de un orden jurídico. Se trata de normas no independientes, incompletas, puesto que sólo determinan una de las condiciones de los actos coactivos que otras normas estatuyen. Sólo se configuran en conexión con esas normas jurídicas. De ahí que la circunstancia de que las normas del derecho constitucional no estatuyen ningún acto coactivo no constituye razón suficiente —como a veces se supone— para rechazar la definición del derecho como un orden coactivo. Justamente mediante la comprobación efectuada en la sentencia judicial de que la norma general que el tribunal ha de aplicar al caso presente, tiene validez —y tiene validez si ha sido producido constitucionalmente—, esa norma se hace aplicable al caso concreto, creándose para ese caso una situación jurídica que no existía antes de la sentencia.

No requiere una fundamentación más próxima la tesis de que la orden que impone la sanción concreta tiene un carácter constitutivo. La norma individual que estatuye que debe dirigirse una sanción bien específica contra determinado individuo, es recién creada por la sentencia judicial, no habiendo tenido validez anteriormente. Sólo la comprensión defectuosa en la función normativa de la sentencia judicial; el prejuicio de que el derecho sólo está constituido por normas generales; el ignorar las normas jurídicas individuales, ha oscurecido el hecho de que la sentencia judicial sólo es la continuación del proceso de producción de derecho, y llevado al error de ver en ella sólo una función declarativa.

De gran significación es también reconocer que la verificación del hecho delictuoso es plenamente una función constitutiva que cumple el tribunal. Cuando el orden jurídico enlaza un hecho determinado, como condición de determinada consecuencia, tiene que determinar también el órgano que comprobará la existencia del hecho condicionante en el caso concreto, así como el procedimiento. El orden jurídico puede facultar a ese órgano a determinar el procedimiento según su propio criterio; pero órgano y procedimiento tienen que estar, directa o indirectamente, determinados por el orden jurídico, para que la norma general, que enlaza a ese hecho una consecuencia, pueda ser aplicada al caso concreto, es decir, pueda ser individualizada. Frente a un hecho determinado por el orden jurídico como condición de una consecuencia, la primera pregunta del jurista tiene que ser: ¿qué órgano es competente, conforme al orden jurídico, para determinar el hecho en el caso concreto, y cuál es el procedimiento, determinado también por el orden jurídico, en que ello se efectúa? Sólo mediante esta determinación inicial entra el hecho en el dominio del derecho; sólo mediante ella se convierte de hecho natural, en hecho jurídico; justamente así es producido jurídicamente. Si se sostuviera en contra que el instante temporal en que debe considerarse que el hecho jurídico se ha producido es idéntico con el instante en que el hecho naturalmente se ha dado, cabe responder que la determinación del hecho por el órgano de aplicación

del derecho se cumple con fuerza retroactiva. El hecho no adquiere validez en el momento en que se ha determinado, sino en el instante que determine el órgano aplicador, es decir, en el instante en que se considere producido el hecho natural, según la comprobación efectuada por el órgano de aplicación de derecho. La determinación del hecho condicionante, por parte del tribunal, es, por lo tanto, constitutiva en todo sentido. Cuando una norma jurídica general enlaza una determinada pena al delito de homicidio, no se describe correctamente la situación objetiva cuando se expone el hecho de que un hombre haya matado como la condición de la sanción. No es el hecho en sí, el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición estatuida por el orden jurídico. Cuando se dice que un tribunal ha establecido que determinado hombre ha cometido determinado homicidio, aunque "en realidad" ese hombre no haya cometido el homicidio en cuestión; o que el tribunal ha establecido que determinado hombre no ha cometido determinado homicidio, aunque "en realidad" ese hombre haya cometido el homicidio en cuestión, ello significa que el tribunal ha establecido la existencia o la no existencia de un hecho que, según la opinión de otros, terceros no competentes jurídicamente para esas comprobaciones, se han producido o no.

Desde el punto de vista del orden jurídico que han de aplicar ciertos hombres, sólo cuentan las opiniones de hombres sobre si un determinado ser humano ha cometido homicidio. Esas opiniones pueden ser más o menos aceptables; pueden contradecirse; el acusado de homicidio puede él mismo reconocer el hecho o negarlo. Si es que la norma jurídica general debe ser aplicada, sólo puede valer una opinión. Cual ella sea, será determinado por el orden jurídico. Se trata de la opinión que recibe expresión en la sentencia del tribunal. Ella es la única jurídicamente relevante; las opiniones de los demás son jurídicamente irrelevantes. Con todo, la sentencia judicial, cuando las partes en juicio, facultadas al efecto por el orden jurídico, consideren incorrecta la determinación que la sentencia contenga del hecho condicionante, pueden atacarla en otra instancia; es decir, el sentido subjetivo del acto de la sentencia no tiene que ser aceptado definitivamente como su sentido objetivo. Éste sólo se logra cuando la sentencia judicial en que se establece que determinado hombre ha cometido determinado homicidio, y que ordena que se le aplique determinada pena, adquiere fuerza de cosa juzgada, esto es, cuando no puede ser ya revocada mediante ningún otro procedimiento. Entonces la opinión de que ese hombre ha sido condenado siendo inocente, sea porque el homicidio establecido por el tribunal no se ha cometido en forma alguna, o ha sido cometido por otro, o por haber el condenado incurrido en otro delito y no en homicidio, queda excluida. Puesto que el enunciado jurídico no dice que si determinado hombre

comete homicidio, deberá ser sancionado con determinada pena, sino que reza: cuando el tribunal competente, mediante el procedimiento determinado por el orden jurídico, ha establecido con fuerza de cosa juzgada que determinado hombre ha cometido un homicidio, el tribunal deberá imponer a ese hombre determinada pena. En el pensamiento jurídico, en lugar del hecho condicionante del acto coactivo, como hecho en sí, propio del pensar no jurídico, aparece el hecho establecido procesalmente. Sólo esta comprobación procesal es ella misma un "hecho", y la pregunta de si se ha dado en un caso concreto, de si la verificación se produjo de alguna forma, si la efectuó el órgano competente y a través del procedimiento prescrito, es susceptible igualmente de tantas opiniones diferentes como la pregunta de si la sentencia fue "correcta". Así como una sentencia judicial puede ser atacada fundándose en la falsedad de la determinación del hecho por el cual se atribuye a determinado hombre haber cometido determinado delito, también puede atacarse la ejecución de la sanción fundándose en la inexistencia de una sentencia judicial, es decir, por incompetencia del órgano, o error en el procedimiento, recurriendo a instancias superiores. El caso en que, según opinión de las partes, la orden que manda llevar adelante la sanción ha sido dictada al margen de un proceso judicial previo, es análogo al caso en que el tribunal ha determinado que se ha cometido un delito, aunque, en opinión de las partes, no hay delito alguno. En este caso, mediante un procedimiento de segunda instancia, puede volver a establecerse la comisión del delito, o, si el tribunal de segunda instancia establece la falta de existencia del delito, puede anularse la orden que manda llevar adelante la ejecución de la sanción. En aquel caso, en el procedimiento de segunda instancia puede determinarse el hecho discutido por las partes, de si la orden de llevar a cabo la sanción se ha producido en un procedimiento judicial, o, en caso de no lograrse esa comprobación, iniciarse un procedimiento judicial. El caso en que, según opinión de las partes, la sentencia judicial es un acto de un tribunal incompetente, o resultado de un procedimiento defectuoso, es análogo al caso en que el delito hubiera sido cometido por individuo distinto del condenado, o de que el delito, que éste efectivamente hubiera cometido, sea un delito distinto de aquel por el cual fue condenado. En todos estos casos, el proceso judicial mismo es objeto de otro procedimiento judicial. Si este recurrir de un procedimiento judicial a otro se encuentra limitado por el orden jurídico positivo, tendremos entonces un procedimiento judicial que ya no puede ser objeto de otro, y, por ende, no puede aparecer ya en lugar del hecho de este proceso judicial realizado el hecho procesalmente verificado de ese procedimiento, teniendo que aceptarse el caso límite de un último procedimiento judicial como un hecho *en sí*. Así sucede cuando la sentencia del tribunal de última instancia adquiere fuerza de cosa juzgada. Ello significa que debe admitirse que el sentido subjetivo del acto de la sentencia de última instancia es su sentido objetivo. Si en esa sentencia se afirma el hecho negado por las par-

tes, sea que se refiera al procedimiento judicial que precedió a la orden de llevar adelante la sanción, sea que se refiera a la competencia, negada por las partes, del tribunal de instancia inferior, o que no se da el defecto procesal en instancia inferior que las partes afirman, queda entonces jurídicamente excluida toda otra opinión.

Aunque el procedimiento judicial por el que se establece el hecho condicionante de la sanción, no es conocimiento jurídico, sino un procedimiento de producción de derecho, aparece cierto paralelismo entre éste y el procedimiento en que se produce el conocimiento de hechos naturales como objeto de ese conocimiento. En ese paralelismo, el sujeto del proceso cognoscitivo constitutivo, corresponde al órgano del procedimiento judicial constitutivo. Así como el objeto de ese conocimiento es “producido” en el proceso del conocimiento, también el hecho condicionante de la sanción es producido en el proceso judicial. Y así como el procedimiento judicial, en cuanto hecho, puede llegar a ser él mismo objeto de un proceso judicial, también el hecho de un proceso cognoscitivo puede convertirse, él mismo, en la teoría del conocimiento, en objeto de un acto de conocimiento. Pero el conocimiento que se tiene a sí mismo como objeto no puede volver a ser, como un hecho, objeto de un conocimiento: el regreso del hecho constituido por un proceso cognoscitivo a otro acto de conocimiento que tiene como objeto ese hecho, está limitado. Tenemos el caso límite de un acto de conocimiento que, como hecho *en sí* —esto es: como un hecho ya no producido mediante un acto de conocimiento— tiene que ser aceptado.

β) *La relación entre la sentencia judicial y las normas generales aplicables.* El acto mediante el cual se establece la norma individual de la sentencia judicial se encuentra —como se apuntó— generalmente predeterminada por normas generales del derecho de forma y del derecho de fondo. Si así sucede, en el caso concreto que el tribunal tiene que resolver, se presentan dos posibilidades. O bien el tribunal determina que el demandado o el acusado ha cometido el delito determinado en una norma jurídica general, según afirman el demandante privado o el acusador público, y, por ende, que habría lesionado con su conducta una obligación que le estaba impuesta por el orden jurídico, en cuyo caso el tribunal tiene que hacer lugar a la demanda o querella, ordenando la sanción estatuida por esa norma jurídica general; o bien el tribunal determina que el demandado o acusado no ha cometido el delito, no habiendo lesionado, por ende, con su conducta ninguna obligación que el orden jurídico le impusiera, sea porque la conducta del demandado o acusado que efectivamente el tribunal comprueba no constituye el tipo delictual afirmado por el demandante privado o por el acusador público, sea por no existir ninguna norma jurídica general válida que enlace a ese hecho una sanción. Entonces corresponde que el tribunal rechace la demanda o absuelva al acusado, es decir, que ordene que no se debe imponer sanción alguna contra el demandado o acu-

sado. Tanto en el caso en que el tribunal admite la demanda o querella, como también en el caso en que las rechace absolviendo al acusado, la sentencia judicial se produce en aplicación del orden jurídico válido, especialmente también en el caso en que el tribunal rechaza la demanda o absuelve al acusado por entender que, en su opinión, no existe ninguna norma general válida que enlace una sanción a la conducta del demandado o acusado que el demandante privado o el acusador público afirman, y que posiblemente se haya dado en los hechos; es decir, no existe norma general válida que obligue al demandado o acusado a un comportamiento contrario. Como ya se expuso en un contexto anterior,¹⁴⁸ el orden jurídico no sólo regula positivamente la conducta humana, al ordenar determinado comportamiento, quedando ese comportamiento como obligatorio, sino también negativamente en tanto permite determinada conducta en tanto no la prohíbe. Lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido. Al rechazar el tribunal la demanda, o absolver al acusado, el tribunal aplica el orden jurídico que permite al demandado o acusado aquella conducta en cuyo respecto se ha orientado la demanda o querella no fundada en el orden jurídico.

Como ya se expuso anteriormente, la conducta jurídicamente no prohibida y, por lo tanto, permitida en ese sentido, de un individuo, puede ser garantizada por el orden jurídico de manera que los restantes individuos estén obligados a consentir ese comportamiento, es decir, estén obligados a no impedirlo o no intervenir de algún modo en él. Así sucede siempre cuando existe una prohibición general de recurrir a la fuerza física, reservándose ese empleo de la fuerza a la comunidad jurídica. Pero es enteramente posible que la conducta no prohibida, y en ese sentido, permitida, de un individuo, no consistente en el empleo de fuerza física, se contraponga a la de otro individuo cuya conducta tampoco esté prohibida, y, por ende, sea permitida. Tendremos entonces, como ya se señaló, un conflicto de intereses que el orden jurídico no previene; ningún orden jurídico puede prevenir todos los conflictos posibles de intereses. Corresponderá, entonces, que el tribunal rechace también la querella dirigida contra una conducta permitida (es decir, no prohibida) del demandado, mediante la cual impide o interviene de algún modo, sin recurrir a la fuerza física, en la conducta también permitida (es decir, igualmente, no prohibida) del demandante, absolviendo al demandado aun cuando la conducta suya, contra la cual se dirige la demanda, revista ese carácter. También en este caso, la sentencia judicial se produce aplicando el orden jurídico, constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho válido puede ser vista, en semejante caso, como insatisfactoria, puesto que omite proteger un interés que, desde algún punto de vista, es considerado como digno de protección. Pero como un orden jurídico no puede proteger todos los intereses posibles, sino que siempre protege bien determinados intereses, al prohibir que se les lesione, resulta que los inte-

¹⁴⁸ Cf. *supra*, pp. 15 y s.

reses que siempre aparecerán como contrarios tienen que permanecer desprotegidos, siendo inevitable el conflicto entre la conducta permitida de un individuo con la conducta también permitida de otro, conflicto que siempre se da cuando la demanda es rechazada, o el acusado es absuelto, sólo por no encontrarse prohibida su conducta, sin que haya una norma general en el orden jurídico que proteja el interés lesionado con su conducta, al enlazar una sanción a la conducta contraria.

Pero también es posible que el orden jurídico autorice al tribunal, cuando no puede establecer ninguna norma jurídica general que imponga al demandado o acusado la obligación cuya violación afirma el demandante privado o el acusador público, a no rechazar la demanda, ni a absolver al acusado, sino a hacer lugar a la primera o condenar al segundo, cuando tenga la falta de tal norma jurídica general por cosa injusta, inaceptable, es decir, por cosa no satisfactoria. Ello significa que el tribunal queda facultado para producir una norma jurídica individual para el caso que se le presenta, cuyo contenido de ninguna manera está predeterminado por una norma general de derecho de fondo producida por vía legislativa o consuetudinariamente. En ese caso, el tribunal no aplica tal norma jurídica, sino la norma jurídica que lo faculta para crear nuevo derecho de fondo. Se suele decir que el tribunal está facultado para actuar como legislador. No es ello del todo exacto si por legislación se entiende la producción de normas jurídicas generales. Puesto que el tribunal sólo es autorizado para producir una norma individual, válida para el único caso que le es presentado. Esa norma individual es producida por el tribunal aplicando una norma general que considera deseable, que estima "justa", pero que el legislador positivo ha omitido promulgar. Sólo como aplicación de semejante norma general no positiva, cabe justificar, como justa, la norma individual impuesta por el tribunal.

La diferencia entre el caso en que el tribunal, como se dice, está facultado para actuar como legislador, y el caso en que el tribunal, ante la falta de una norma positiva general de derecho de fondo que predetermine el contenido de la sentencia judicial tenga que rechazar la demanda o absolver al acusado, es sólo de grado. No sólo porque también en el primer caso el tribunal aplica una norma general de fondo, aunque no positiva, sino especialmente porque también en el segundo caso la función del tribunal es producción de derecho, a saber: la producción de una norma individual. Sólo que la discrecionalidad del tribunal es en este caso mucho menor que en aquel, en el cual, de hecho, se encuentra tan poco limitado en su discrecionalidad como la que normalmente la constitución delimita a favor del legislador para la producción de normas jurídicas generales. Pero inclusive en el caso en que el contenido de la norma jurídica individual que deba producir el tribunal se encuentre predeterminado por una norma jurídica positiva general, tiene que dejarse a la función productora de derecho del tribunal un cierto espacio de juego para su discrecionalidad.

La norma jurídica positiva general no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto. Así, por ejemplo, la medida de los daños que fija el tribunal y que tienen que hacerse efectivos mediante la ejecución forzosa ordenada sobre el patrimonio del demandado; o bien, el momento en que la pena de prisión impuesta tiene que comenzar o concluir, o bien el momento en que la pena de muerte ha de ejecutarse. En el procedimiento mediante el cual se individualiza una norma jurídica positiva general, el órgano de aplicación de la misma siempre tiene que determinar momentos que no se encuentran aún determinados en la norma general, y que no pueden ser determinados. La norma jurídica general es siempre un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual. Pero ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio. Es amplísimo cuando la norma jurídica positiva general sólo contiene la autorización para la producción de normas jurídicas individuales, sin predeterminar su contenido.

Debe tenerse en cuenta, en ello, que cuando ninguna norma jurídica positiva general predetermina en su contenido la norma jurídica individual que el tribunal tiene que producir, esa norma individual es impuesta con fuerza retroactiva. Una norma jurídica tiene fuerza retroactiva cuando el hecho al cual ella enlaza una sanción como consecuencia, fue establecido no después de su entrada en vigencia, sino que realizado anteriormente, es decir, por lo tanto, cuando en ese momento, el de la entrada en vigencia de la norma, no constituía una ilicitud, sino que sólo después fue convertido en tal cosa mediante esa norma jurídica. Lo mismo sucede cuando el tribunal aplica al caso que se le presente una norma individual que él justamente crea, cuyo contenido no se encuentra predeterminado por ninguna norma jurídica positiva general; cuando esa norma jurídica individual enlaza una consecuencia sancionatoria a una conducta del demandado o acusado que, en el momento en que se produjo, no constituía una ilicitud, convirtiéndose en tal justamente a través de la norma jurídica individual de la sentencia judicial.

γ) *Las denominadas "lagunas" del derecho.* De lo que antecede resulta que el orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso en que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que, según afirman el demandante privado o el acusador público, no habrían cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida. Este caso, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional —en determinadas circunstancias— como una "laguna" en el orden jurídico.

En el enjuiciamiento de la teoría de las lagunas se trata de establecer las circunstancias determinantes de que, según esa teoría, aparezca una "laguna" en el derecho. Según la misma, el derecho válido no es aplicable en un caso concreto, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso. De ahí que el tribunal tenga, para resolver el caso, que colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente. Lo esencial de esta argumentación reside en señalar que la aplicación del derecho válido, como conclusión de lo general a lo particular, no es posible lógicamente en este caso, dado que falta la premisa necesaria, la norma general. Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida. De hecho no se recurre de ninguna manera en todos los casos en que la obligación del demandado o acusado, afirmada por el demandante o acusador, no se encuentra estatuida por ninguna norma del derecho válido, a suponer la existencia de una "laguna". Viendo las cosas más de cerca, aparece que la existencia de una "laguna" sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-política, la aplicación lógicamente posible del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación. Pero como inconveniente o injusta puede verse la aplicación del orden jurídico válido no sólo cuando no contiene una norma general que imponga al demandado o acusado determinada obligación, sino también cuando no contiene semejante norma jurídica. El hecho de que el orden jurídico carezca de una norma jurídica que pene el robo de electricidad, puede ser visto como tan inconveniente o injusto como el hecho de que un orden jurídico contenga una norma jurídica que se aplique tanto al caso de un robo con homicidio como al caso del hijo que mata a su padre, enfermo de dolencia incurable, cuando éste manifiesta ese deseo. Ni en un caso ni en el otro existe una laguna en el sentido de inaplicabilidad lógica del derecho válido; y, por lo menos, es inconsistente suponer sólo en un caso, pero no en el otro, una laguna. A ello se agrega que el juicio según el cual la falta de una norma jurídica de determinado contenido sea inconveniente o injusto, configura un juicio de valor sumamente relativo, que de ninguna manera excluye un juicio de valor contrapuesto. Si el orden jurídico no contiene norma general alguna que imponga la obligación de reparación a cargo del empresario por daños ocasionados por un dependiente, cuando el daño ha sido ocasionado en actividades propias de la empresa, teniendo, en consecuen-

cia, que rechazar el tribunal la demanda dirigida contra el empresario, admitiéndola en cambio sólo contra el dependiente, un socialista verá en la aplicación del derecho válido existente algo insatisfactorio, mientras que ello será considerado como enteramente satisfactorio por un liberal. La falta de una norma jurídica general, que conduce al rechazo de una demanda o a la absolución de un acusado, será considerada por éste, o por el demandado, como un hecho satisfactorio, y por tanto, aprobado o justo, mientras que el demandante o el acusador lo considerarán insatisfactorio y, por ende, como digno de desaprobación o injusto.

Pese a estos argumentos contrarios, la teoría de las lagunas —esto es, el supuesto de que existen casos en que el derecho válido existente no puede ser aplicado por no contener ninguna norma general aplicable al caso— desempeña un papel significativo en la técnica de la legislación moderna. Típica al respecto es la disposición del Código Civil suizo: “La ley se aplicará en todas las cuestiones jurídicas en cuyo respecto contenga, según su tenor literal o interpretación, una determinación. Si no puede extraerse de la ley un precepto, el juez resolverá según el derecho consuetudinario y, de faltar éste también, según la regla que él mismo establecería como juez.” Esta disposición presupone la posibilidad de que el derecho suizo no sea aplicable lógicamente a un caso concreto que deba resolverse por el derecho civil suizo. Como ello, empero, no es de hecho posible, puesto que un orden jurídico siempre es aplicable y efectivamente es aplicado cuando el tribunal tiene que rechazar la demanda fundándose en que el orden jurídico no contiene ninguna norma general que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante, resulta que el supuesto del cual parte la disposición citada es una ficción. Consiste en que la falta de determinada norma jurídica dentro de un orden jurídico, atribuida fundándose en un juicio de valor subjetivo, político-moral, es representada como la imposibilidad lógica de su aplicación.

El legislador puede verse llevado a hacer uso de esta ficción por la conciencia de que la aplicación de la norma general por él establecida puede llevar en circunstancias no previstas y no previsibles, a un resultado insatisfactorio, recomendándose entonces facultar al tribunal a imponer en esos casos, en lugar de las normas generales que predeterminan el contenido de la sentencia, una norma jurídica individual, producida por el tribunal mismo, que se adecua a las circunstancias no previstas por el legislador. Si formulara esta autorización de manera teóricamente correcta, es decir, sin recurrir a ficción alguna, tendría que disponer que, cuando la aplicación del orden jurídico válido existente sea insatisfactoria para la concepción intuitiva moral-política del tribunal en el caso que se le somete, podrá resolver el caso según su propia apreciación. Pero semejante formulación otorgaría al tribunal un poder evidentemente demasiado extenso. El juez estaría facultado para resolver según su propio criterio discrecional toda vez que considere insatisfactoria la aplicación del

orden jurídico válido existente, y, en especial, cuando considere insatisfactoria la aplicación de una norma jurídica general que imponga al demandado o acusado una obligación que el demandante o acusador afirman ha sido violada. Si en lugar de la concepción político-moral del legislador, se impone la del juez, tendremos que el legislador ha renunciado a favor del juez. La tentativa de limitar esa autorización a los casos no previstos por el legislador, fracasa ante el hecho de que el legislador no puede determinar justamente esos casos; si pudiera hacerlo, los regularía él mismo positivamente. La suposición que efectúa el tribunal de que el caso no ha sido previsto por el legislador, y que el legislador hubiera configurado de otra manera el derecho, si hubiera previsto el caso, reposa, a lo sumo, en una conjetura indemostrable. La intención del legislador sólo es captable con suficiente seguridad en la medida en que recibe expresión en el derecho que crea. De ahí que el legislador, para limitar esa autorización otorgada al tribunal, que reputa inevitable, recurra a la ficción de que el orden jurídico válido no puede ser aplicado en ciertos casos, no por razones subjetivas, moral-políticas, sino por razones objetivas, lógicas, y que, por ende, el juez sólo debe actuar como legislador cuando el derecho exhibe una laguna.

Como el derecho válido, sin embargo, siempre es lógicamente aplicable, puesto que no tiene "laguna" alguna en este sentido, la fórmula en cuestión sirve, una vez que se va más allá de su carácter ficticio, no a conseguir la limitación buscada en la autorización concedida al tribunal, sino a su auto-superación. Pero si el tribunal mismo acepta el supuesto de que el derecho tiene lagunas, puede que esta ficción, teóricamente insostenible, produzca el efecto buscado. Puesto que el juez —y especialmente, el juez como funcionario colocado bajo el control de un tribunal superior—, que no se inclina fácilmente a tomar sobre sí la responsabilidad de una innovación creadora en el derecho, sólo aceptará muy excepcionalmente la presencia de una laguna, haciendo uso muy escaso de la autorización que se le ha otorgado de desempeñarse en el lugar del legislador.

Junto a las lagunas propiamente dichas, llamadas lagunas auténticas, se suelen distinguir las lagunas técnicas, cuya existencia es tenida por posible inclusive por aquellos que, desde un punto de vista positivista, niegan la existencia de auténticas lagunas. Una laguna técnica semejante aparece cuando el legislador, por ejemplo, omite normar lo que habría tenido que regular si, en general, debe ser técnicamente posible aplicar la ley. Sólo que, lo que se designa como laguna técnica o bien es una laguna en el sentido originario de la palabra, es decir, una discrepancia entre el derecho positivo y un derecho deseado, o bien esa indeterminación proviene del carácter de marco que tiene la norma. Lo primero se da, por ejemplo, cuando la ley, según la cual en caso de una compraventa, en la cual el vendedor está obligado a entregar la cosa, o de no hacerlo, a reparar el daño producido, nada especifica —como suele expresarse—

sobre quién corra con el riesgo por la cosa comprada cuando ésta es destruida sin culpa de las partes, antes de la tradición. Sólo que no pasa que el legislador “nada” haya determinado al respecto, sino que no determina que el comprador quede liberado de la obligación de entregar la cosa, o reparar el daño, determinación que evidentemente considerará deseable quien sostenga aquí la existencia de una “laguna”; una determinación que de ninguna manera tiene que agregarse intelectualmente para hacer aplicable la ley; puesto que si la ley no introduce excepción, para el caso señalado, a la obligación del vendedor de entregar la cosa, o reparar el daño, determina que el vendedor soporta el riesgo. Lo segundo aparece cuando la ley, por ejemplo, determina que debe crearse cierto órgano mediante una elección, sin regular el procedimiento electoral. Ello significa que cualquier tipo de elección —sea proporcional o por mayoría, con voto público o secreto, etcétera— es legal. El órgano competente para llevar a cabo la elección puede establecer el procedimiento electoral a su discreción. La determinación del procedimiento electoral queda liberado a una norma de nivel inferior. Otro ejemplo: una ley determina, entre otras cosas, que un cuerpo colegiado, para poder actuar, tiene que ser convocado por su presidente, disponiendo simultáneamente, que le corresponde a él mismo elegir al presidente. Si esta norma no recibe la interpretación según la cual, de faltar presidente, todo tipo de convocatoria es legal, sino sólo aquella según la cual también en caso tal el cuerpo tiene que ser convocado por su presidente, tendremos que el cuerpo no podría funcionar de manera legal, es decir, aplicando la ley; pero tampoco tenemos aquí una “laguna”, puesto que la ley ciertamente quiere que el cuerpo, aun careciendo de presidente, deba ser convocado por éste. Si para ese caso nada prescribiera, toda forma de convocarse sería conforme a la ley. La ley determina aquí algo carente de sentido. Ello, dado que las leyes son obra humana, no está excluido.

δ) *La producción de normas jurídicas generales por los tribunales. El juez como legislador. La flexibilidad del derecho y la seguridad jurídica.* Un tribunal, en especial, un tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente. Es decir, cuando la solución judicial de un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales. Ese carácter de precedente puede atribuirse a una sentencia judicial, cuando la norma individual establecida con la sentencia no tiene predeterminado su contenido por una norma general producida por legislación o costumbre, o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación. En el primer caso, el tribunal produce con su sentencia con valor de precedente un nuevo derecho de fondo; en el segundo caso, la interpretación que adopta la sentencia adquiere el carácter de una norma

general. En ambos casos funciona el tribunal, que crea el caso con valor de precedente, en forma idéntica al legislador, igual al órgano facultado por la constitución para legislar. La decisión judicial en un caso concreto se convierte así en obligatoria para la resolución de casos iguales, en tanto la norma individual que expone, es generalizada. Esta generalización —es decir, la formulación de la norma general— puede ser efectuada por el tribunal mismo que crea el caso con valor de precedente, pero puede ser realizada también por otros tribunales que están obligados por la sentencia con valor de precedente. Puesto que no está excluido que tribunales diferentes generalicen la sentencia que funciona como precedente de maneras distintas, lo que no sería recomendable atento la finalidad de la institución: alcanzar un poder judicial uniforme. Como las sentencias con valor de precedente sólo pueden ser obligatorias para la resolución de casos iguales, la cuestión de si un caso es igual al caso con valor de precedente, es de significación decisiva. Pero como ningún caso puede ser igual a otro en todo respecto, la “igualdad” de dos casos que aquí interesa sólo puede consistir en su concordancia con respecto de ciertos puntos esenciales, así como dos hechos que constituyen el mismo delito, concuerdan sólo en ciertos puntos esenciales, y no en todos. La pregunta, con todo, de cuáles sean los puntos en que tienen que coincidir, para ser vistos como “iguales”, sólo puede responderse fundándose en la norma general que determina el hecho, en tanto ella fija sus elementos esenciales. De ahí que sólo fundándose en la norma general, creada a través de la sentencia con valor de precedente, puede decidirse si dos casos son iguales. La formulación de esta norma general es el presupuesto bajo el cual únicamente la solución adoptada en el precedente puede ser obligatoria para la resolución de casos “iguales”

La función productora de derecho de los tribunales, presente bajo toda circunstancia, aparece en forma especialmente nítida cuando el tribunal está facultado, a través de sentencias con valor de precedente, también a producir normas generales. Un tribunal, y particularmente un tribunal de última instancia, puede fácilmente recibir esta autorización cuando cuenta con competencia, en determinadas circunstancias, para resolver un caso sin aplicar una norma general ya válida de derecho material, sino conforme a su discrecionalidad; es decir, para producir una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado por ninguna norma general de derecho positivo. Otorgar a semejante sentencia carácter de precedente, es sólo una ampliación consecuente de la función de producción de derecho del tribunal.

Si los tribunales están facultados para producir, no sólo normas jurídicas individuales, sino también generales, comienzan a competir con el órgano legislativo establecido por la constitución, lo cual significa una descentralización de la función legislativa. En este respecto, es decir, en lo tocante a la relación entre el órgano legislativo y los tribunales, cabe distinguir dos tipos técnicamente diferentes de sistemas jurídicos. Según uno de esos tipos, la

producción de normas jurídicas generales se encuentra plenamente centralizada, es decir, reservada a un único órgano legislativo central, limitándose los tribunales a aplicar las normas generales producidas por el órgano legislativo a los casos concretos mediante las normas individuales que ellos produzcan. Dado que el procedimiento legislativo, especialmente en las democracias parlamentarias, tiene que superar múltiples oposiciones para funcionar, puede ser que el derecho, en semejante sistema, sólo se adecue difícilmente a las cambiantes circunstancias. Este sistema tiene el inconveniente de una falta de flexibilidad. En cambio, tiene la ventaja de la seguridad jurídica, consistente en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles. El principio de ligar la sentencia dictada en casos concretos a normas generales que han sido previamente producidas por un órgano legislativo central, podría ampliarse coherentemente al funcionamiento de los órganos administrativos. Expresa, en esta generalidad, el principio del estado de derecho que, en esencia, es el principio de la seguridad jurídica. En plena oposición a este sistema se encuentran aquellos donde no existe en absoluto un órgano legislativo central, sino que los tribunales y los órganos administrativos tienen que resolver los casos individuales mediante su libre criterio. Su justificación reposa en la tesis de que ningún caso es enteramente igual a otro, y que, por lo tanto, la aplicación de normas jurídicas generales, que determinan de antemano la sentencia judicial o el acto administrativo, impidiendo al órgano interesado hacer justicia a las peculiaridades del caso individual, puede conducir a resultados insatisfactorios. Se trata del sistema de la libre creación de derecho, un sistema que ya Platón recomendaba para su Estado ideal. Como consecuencia de la descentralización radical de la producción de derecho que acarrea, este sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, pero carece de toda seguridad jurídica. Puesto que bajo semejante orden jurídico los individuos que se considere no pueden en forma alguna prever las decisiones de los casos concretos en los que tengan que participar como demandante o demandado, como acusado o como acusador. De ahí que no puedan saber nada de antemano sobre qué les esté jurídicamente prohibido o permitido, con respecto de para qué estén jurídicamente facultados o no. Sólo podrán experimentarlo mediante la sentencia que les impone una pena, o en la que son absueltos, o que rechaza la demanda o hacer lugar a la misma.

La exigencia de una libre creación del derecho, que garantice la flexibilidad de éste, es formulada a veces en nombre de la justicia, como una justicia absoluta presupuesta. En este sentido, justa sólo es la sentencia de un caso concreto cuando atiende a todas las peculiaridades del caso. Como, sin embargo, ningún caso es enteramente idéntico a otro, dado que todo caso de alguna manera se distingue de todos los restantes casos, la aplicación de una norma general a un

caso concreto no puede conducir jamás a una sentencia justa. Puesto que una norma general presupone necesariamente la identidad de los casos, identidad que en la realidad no se presenta. Y como todo derecho sólo tiene un carácter individual, la resolución judicial de casos concretos no debería en forma alguna estar ligada a normas generales.

Contra esta fundamentación de la libre creación de derecho cabe replicar lo siguiente: lo que efectivamente se produce cuando la decisión de casos concretos no está ligada a normas jurídicas generales, producidas legislativa o consuetudinariamente, no es de ninguna manera la exclusión total de las normas generales del procedimiento de producción de derecho; si el órgano al que se presenta el caso concreto para resolver, debe dictar una sentencia "justa", sólo puede hacerlo en tanto aplica una norma general que él mismo considera justa; como semejante norma general no ha sido producida previamente por vía legislativa o de la costumbre, el órgano llamado a crear derecho debe proceder de la misma manera que un legislador que, al formular las normas generales, se orienta por un determinado ideal de justicia; como distintos legisladores pueden orientarse por muy diferentes ideales de justicia, el valor de justicia que consigue realizar sólo puede ser relativo; y por ende, no menos relativa será la justicia de la norma general que orienta al órgano llamado a decidir el caso concreto. Desde el punto de vista de un ideal de justicia —posible sólo como un valor relativo—, la diferencia entre el sistema de libre creación de derecho, y la creación ligada a la producción legislativa o consuetudinaria, se encuentra en que en lugar de la norma general de derecho positivo, y de la norma general que su ideal de justicia propone al legislador, aparece la norma general del ideal de justicia del órgano llamado a crear derecho.

Presuponer esta norma general es— como ya se apuntara— inevitable si la sentencia dictada en el caso concreto debe valer como "justa". Puesto que la pregunta sobre si determinada sentencia es justa, es mencionada por la necesidad de justificarla, de dar fundamento a la validez de la norma individual que instaura. Y tal justificación o fundamentación de la validez no es posible sino mediante la demostración de que la norma individual corresponde a una norma general superior que se presupone como justa. Dado que la norma constitutiva del valor de justicia tiene que tener, por su esencia, un carácter general.¹⁴⁹

Una variante particular en que aparece recientemente la exigencia de una libre creación de derecho, no ligada a ninguna norma general, es la doctrina desarrollada bajo influencia de la filosofía existencialista.¹⁵⁰ Según ella, la realidad concreta, por su esencia, no puede ser captada mediante conceptos

¹⁴⁹ Cf. H. Kelsen, *Die Normen der Gerechtigkeit* § 5 ss.

¹⁵⁰ Cf. Georg Cohn, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basilea, 1955; cf. también, H. Kelsen, "Existenzialismus in der Rechtswissenschaft", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, t. 43, cuaderno 2, 1957, pp. 161 y ss.

abstractos, ni regulada con normas generales, sino que tiene que ser sólo “vivenciada”. Dado que los casos concretos que los tribunales tienen que resolver son totalmente diferentes entre sí, la sentencia justa, es decir, aquella que atienda a todas las peculiaridades del caso, no puede fundarse en una norma general traída de afuera, sino en una norma encontrada en la realidad del caso concreto mismo. El derecho justo es inmanente a la realidad social y sólo puede ser encontrado mediante un cuidadoso análisis de esa realidad, y no en ninguna legislación estatal. En este respecto, la doctrina existencialista del derecho es sólo una especie de la doctrina del derecho natural, y como ésta, una tentativa sin perspectivas de lograr una conclusión, lógicamente imposible, deóntica a partir de una realidad.

Entre los dos tipos ideales de una creación de derecho, ligada a la legislación estatal, o libre de esa legislación, se encuentran aquellos en que se constituye efectivamente un órgano legislativo central, pero donde los tribunales están facultados no sólo para dictar normas individuales en el marco de las normas generales producidas por el órgano legislativo, sino también —bajo ciertas circunstancias arriba determinadas—, para dictarlas fuera de ese marco; y, por fin, aquel sistema en que los tribunales están facultados para crear normas jurídicas generales bajo la forma de casos con valor de precedente. Estos sistemas distintos representan diversos grados de centralización o descentralización de la función de producción de derecho, y, por ende, dan diferente realización al principio de la flexibilidad del derecho, que se encuentra en relación inversa con el de seguridad jurídica.

Un sistema particular es aquel en que las normas jurídicas generales no son producidas en absoluto, o fundamentalmente, por un órgano legislativo central, sino que resultan de la costumbre, siendo aplicadas por los tribunales. Dado que la adecuación, tratándose de normas jurídicas generales, producidas consuetudinariamente y que los tribunales deben aplicar, del derecho a circunstancias cambiantes, es aún más difícil que en el caso de la producción de normas jurídicas generales por un órgano legislativo central, el sistema del derecho consuetudinario es especialmente favorable a la introducción de un sistema judicial que funciona con precedentes. Cabe comprender, por lo tanto, que éste se haya desarrollado especialmente en el terreno del *common-law* anglo-norteamericano, que, en lo esencial, es un derecho consuetudinario.

La aplicación de una norma jurídica general producida consuetudinariamente por un tribunal se diferencia —como ya se señaló—¹⁵¹ de la aplicación de una norma jurídica general producida por un órgano legislativo, en que la determinación de la validez de la norma aplicable, es decir, la determinación de la existencia de una costumbre productora de derecho, desempeña un papel mucho más prominente, y más claro en la conciencia del juez, que la determinación de la validez de una norma producida por el legislador y publicada en un diario

¹⁵¹ Cf. *supra*, p. 234.

oficial. Se explica así que a veces haya surgido la idea de que el derecho consuetudinario es un derecho creado por los tribunales. Si los tribunales, como sucede en el terreno del *common-law* angloamericano, tienen que aplicar principalmente derecho consuetudinario, contando además con el poder de resolver casos con valor de precedente, es fácil que sobre semejante suelo brote la teoría de que todo derecho es derecho judicial, es decir, derecho creado por los tribunales; de que, antes de la sentencia judicial, no existe derecho alguno; de que una norma sólo se convierte en norma jurídica, cuando es aplicada por un tribunal.¹⁵² Semejante teoría sólo puede mantenerse en tanto se considere a las normas que los tribunales aplican, no como derecho, sino como una mera "fuente" de derecho, donde esta expresión metafórica es utilizada para designar todos los factores que efectivamente influyen sobre la sentencia judicial, así como los juicios de valor moral-políticos, dictámenes profesionales y cosas semejantes. Bajo la impresión de la importancia predominante que el tribunal tiene en un sistema de derecho consuetudinario y de precedentes, esta teoría pasa por alto la diferencia esencial que se da entre las "fuentes" del derecho jurídicamente obligatorias y las que no lo son. Se equivoca al no reconocer que fuente de derecho, es decir, origen del derecho, aquello de donde el derecho proviene, aquello que produce derecho, sólo puede ser derecho, puesto que es el derecho el que regula su propia producción.

La teoría surgida en el terreno del *common-law* anglonorteamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquella, que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho.

Si, desde un punto de vista político-jurídico, se viera en la diferencia entre la creación de derecho, cumplida a través de normas generales producidas legislativa o consuetudinariamente, o bien mediante una creación libre no ligada a esas normas, una oposición de principio entre dos sistemas jurídicos, tendría que observarse que esta oposición se debilita notablemente a través de la institución de la cosa juzgada de las sentencias judiciales. En qué medida así sucede, se mostrará más adelante.¹⁵³

¹⁵² Esta teoría es desarrollada en el libro de John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2a. edición, 1927; cf. H. Kelsen *General Theory of Law and State*, pp. 150 y ss.

¹⁵³ Cf. *infra*, pp. 272 y ss.