

DIÁLOGO

DIÁLOGO SOBRE LA OBRA DE EUGENIO BULYGIN “LOS JUECES ¿CREAN DERECHO?”¹

Resumen

El tema de este diálogo es la obra de Eugenio Bulygin *Los jueces ¿crean Derecho?*² a partir de una exposición de Enrique Javier Morales, y las intervenciones de Juan Pablo Alonso, Eugenio Bulygin y Julio Bernardo Maier. Esta séptima reunión del “Seminario sobre Fundamentos Constitucionales del Estado”,³ celebrada el 23 de septiembre de 2015 en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho (UBA), estuvo coordinada por el director del Seminario, Raúl Gustavo Ferreyra, y contó con la presentación de Ricardo Rabinovich Berkman y la moderación de Diego Alberto Dolabjian.

* * *

ENRIQUE JAVIER MORALES: Buenas tardes, doctor Eugenio Bulygin, doctor Julio Bernardo Maier, doctor Raúl Gustavo Ferreyra, doctor Ricardo Rabinovich Berkman, doctor Juan Pablo Alonso, doctor Leandro Vergara, aquí presentes; a todos los miembros de la cátedra del doctor Ferreyra, a los demás profesores de esta queridísima universidad, doctorandos y alumnos de la universidad. Para mí es un inmenso honor estar aquí presente, como ya todos lo han expresado. Sin más dilaciones y con el permiso de ustedes, pasaré a leer un

¹ Agradecemos por permitirnos publicar el diálogo a Ana Usher y Pablo Ali, quienes realizaron y corrigieron esta desgrabación, y al Dr. Raúl Gustavo Ferreyra, director del “Seminario sobre Fundamentos Constitucionales del Estado”. Por una cuestión de adecuación editorial, aquí se omiten los prologómenos del diálogo.

² Disponible en [www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-0/].

³ El Seminario sobre Fundamentos Constitucionales del Estado está organizado por la Cátedra de Derecho Constitucional del Prof. Dr. Raúl Gustavo Ferreyra de la Facultad de Derecho (UBA), con el auspicio del Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires; el Departamento de Posgrado y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho (UBA), y el ciclo “Dialogando desde el Sur”.

resumen de un trabajo por escrito que he realizado sobre la obra del doctor Bulygin, sobre el texto en discusión el día de hoy, a los fines de tener un poco más de rigurosidad y orden en la exposición. Así que, con el permiso de ustedes, procederé a leer el texto.

Comentario crítico a la obra de Eugenio Bulygin “Los jueces, ¿crean derecho?”

I. Introducción

El profesor doctor Eugenio Bulygin (en adelante, respetuosamente, Bulygin) formula un interrogante que, como él mismo dice, ha sido una cuestión muy debatida en los últimos doscientos años y que ha recibido respuestas disímiles. Los jueces dictan sentencias, pero ¿crean derecho? El autor argumenta que cabe diferenciar, por lo menos, tres teorías que discrepan acerca de dos puntos fundamentales: qué se entiende por derecho y qué quiere decir “crear derecho”.

Primera teoría. Según la “doctrina tradicional”, el “derecho” se compone de un conjunto de normas generales creadas por el legislador, como poder político compuesto por los representantes del pueblo. El Poder Judicial, puramente técnico, se limita a la aplicación a casos concretos. Bulygin ubica las raíces de esta doctrina, que formula una separación tajante entre estos poderes, en la Ilustración, la Revolución francesa y la codificación napoleónica. La crítica es que esta concepción exige que el derecho solucione todos los casos y de manera coherente, es decir, presupone su completitud y la coherencia. De otra forma, dado el principio “deber implica poder”, no se podría exigir al juez que resuelva todos los casos dentro de su competencia y que funde sus decisiones en normas jurídicas, sin modificarlas ni crearlas.

Al respecto, cita como ejemplo el histórico artículo 15 del Código Civil argentino que establecía: “[l]os jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes”. El autor se pregunta qué sucede si no se trata de un mero pretexto. ¿O es que, acaso, se supone que tales situaciones no pueden darse?

Segunda teoría. El derecho está formado por un conjunto de normas generales e individuales. Los jueces crean normas individuales en la sentencia. Su máximo exponente fue Kelsen, para quien todos los actos jurídicos son actos de aplicación y de creación. El legislador aplica la constitución y crea la ley; el juez aplica la ley y crea

sentencias. La diferencia sería sólo cuantitativa, pero ambos crean derecho en el marco de la norma superior.

En primer lugar, Bulygin no acepta que toda sentencia judicial constituya una norma individual creadora de derecho. Para despejar ambigüedades, sostiene que se debe distinguir entre casos genéricos e individuales, soluciones genéricas e individuales. Define a las normas como expresiones lingüísticas usadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir una cierta conducta. Así, correlacionan un caso con una solución. Las normas generales correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas, mientras que las normas individuales correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual. Los casos y soluciones individuales se refieren a hechos reales; en cambio, los genéricos sólo aluden a hechos posibles.

En segundo lugar, afirma que la sentencia es una entidad compleja que tiene dos partes: los considerandos (fundamentación de la decisión) y la parte resolutive o dispositiva (en que el juez decide). Para Bulygin sólo la segunda parte podría ser vista como "norma individual", aunque le resulta dudoso, porque carece de generalidad. Le parece más razonable denominarla "disposición" o "mandato". No obstante, no propicia el cambio terminológico, para no apartarse de la terminología de Kelsen.

En tercer lugar, la parte resolutive está justificada cuando se infiere lógicamente de los considerandos, que deben contener un fundamento fáctico y un fundamento normativo. La justificación normativa de la decisión consiste en que el juez debe subsumir el caso individual en un caso genérico y dictar la parte dispositiva de la sentencia conforme a la solución que la norma general correlaciona con el caso genérico.

Puntualmente, la certera objeción que Bulygin dirige a Kelsen reside en que parece exagerado afirmar que exista "creación de derecho" cuando la parte dispositiva de la sentencia está fundada en una norma general que fue creada por el legislador.

Tercera teoría. Ésta es la posición defendida por Bulygin. Sobre la base de que el "derecho" está compuesto por un conjunto de normas generales, esta teoría sostiene que los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen en

situaciones muy especiales, esto es, cuando la norma general mediante la cual justifican sus decisiones no es una norma creada por el legislador.

Para la primera posición el juez *nunca* crea derecho. Para Kelsen el juez *siempre* crea derecho. En cambio, para Bulygin, ello ocurre en situaciones muy especiales. ¿Cuáles? El autor se enfoca en el problema de las lagunas y la función judicial, para lo cual formula la siguiente pregunta: ¿qué debe y qué puede hacer el juez cuando el derecho no soluciona su caso, es decir, frente a una laguna, si es que hay tal cosa como una laguna normativa?

II. Lagunas normativas

Bulygin distingue tres posiciones frente al problema de las lagunas normativas. A su vez, dichas teorías discrepan sobre el grado de discrecionalidad judicial.

Primera posición. El derecho carece de lagunas normativas. Es necesariamente completo. Se funda en el “principio de prohibición” —“todo lo que no está prohibido, está permitido”—, el cual para Kelsen forma parte de todo orden jurídico, de manera que todas las conductas tienen un estatus normativo determinado: prohibidas o permitidas. Por consiguiente, no hay discrecionalidad judicial porque no hay lagunas; sólo puede haberlas si el orden jurídico autoriza al juez a apartarse del derecho.

Ya en *Normative Systems* (o *Sistemas normativos*, indistintamente), Bulygin — junto con Carlos Alchourrón— criticó esta posición, considerándola una falacia montada en la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas, y en la ambigüedad del término “permitido”. Las normas son enunciados prescriptivos que ordenan, prohíben o permiten cierta conducta. Pueden ser válidas o inválidas, pero no son verdaderas ni falsas. En cambio, las proposiciones normativas son enunciados descriptivos, que informan sobre la existencia de normas. Pueden ser verdaderas o falsas, pero no válidas o inválidas. Es preciso no confundirlos, ya que pueden ser expresados con las mismas palabras (por ejemplo “prohibido fumar”). Teniendo en cuenta la ambigüedad del término “permitido”, Bulygin defiende una triple clasificación. En una norma, “permitido” significa “no prohibido” y “no permitido” significa “prohibido”. En cambio, en una proposición normativa, tiene dos posibles significados: en la permisón fuerte o positiva, quiere decir que existe una norma que

permite "p" ("p" es la conducta); en la permisón débil o negativa, quiere decir que no existe una norma que prohíba "p".

Si el principio de prohibición fuera una norma, su pertenencia a un orden jurídico sería una cuestión contingente. Si fuera una proposición normativa, cabrían dos posibilidades. En la versión fuerte, significa que si una conducta no está prohibida, entonces existe una norma que la permite. Esto es falso: de la ausencia de una norma prohibitiva no cabe inferir la presencia de una norma permisiva. En la versión débil, significa que si una conducta no está prohibida, entonces no existe una norma que la prohíba. Esto es verdadero, pero trivial y compatible con la existencia de lagunas normativas. En conclusión, para Bulygin el principio de prohibición no justifica que el derecho sea necesariamente completo, como pregona Kelsen.

Segunda posición. Ésta es la del doctor Bulygin, ya sostenida en *Normative Systems*. La existencia de lagunas normativas es una cuestión empírica y contingente. Si se verifica una laguna, el juez tiene el deber genérico de juzgar, pero no tiene una obligación específica, ni de condenar ni de rechazar la demanda; puede hacerlo alternativamente de cualquiera de las dos maneras. En pocas palabras: el juez puede decidir de modo discrecional el caso individual.

Tercera posición. Ruiz Manero rechazó la tesis de Bulygin al sostener que, ante la ausencia de una norma que lo obligue a condenar, el juez tiene la obligación específica de rechazar la demanda. Aunque haya lagunas, no hay discreción. Esta posición fue desarrollada por Fernando Atria. A continuación, analizaremos brevemente las críticas de este autor y la refutación de Bulygin.

III. Crítica de Atria y refutación de Bulygin

Atria objeta que Bulygin y Alchourrón no diferencian entre dos preguntas, que —por mayor precisión— Bulygin reformula así: (1) ¿qué establece el derecho para el caso genérico?; y (2) ¿qué debe hacer el juez en un caso individual que pertenece a ese caso genérico? Para Atria las respuestas son independientes: una respuesta negativa a la primera pregunta no implica una respuesta a la segunda. Que el derecho no establezca nada respecto al caso genérico no impide que exista una respuesta correcta a la segunda pregunta, y ésta es que debe rechazar la demanda, no tiene discreción. Bulygin replica que Ruiz Manero y Atria brindan ejemplos del derecho penal en que, si

existe la regla de clausura jurídica de clausura *nullum crimen*, se excluyen las lagunas normativas. Por ende, el juez deberá absolver al acusado por dicha causa, no porque las preguntas sean independientes.

La segunda discrepancia se refiere a la función de los jueces. Para Atria consiste en la determinación autoritativa del hecho de la violación de las reglas primarias (como sostenía Hart). Para Bulygin consiste en resolver los conflictos de intereses, en particular en los procesos civiles en sentido amplio, que, cuando son contradictorios, siempre involucran una cuestión en la que el actor pretende que el demandado debe hacer algo y este último niega tener esa obligación. Cabe aclarar que Bulygin excluye únicamente a los procesos penales.

La tercera discrepancia se refiere a la tesis de “simetría” o “asimetría” de las sentencias. Ruiz Manero y Atria afirman que existe una diferencia fundamental entre dos tipos de sentencias, ya que para hacer lugar a la demanda, el juez requeriría una norma general que prescriba que el demandado tiene la obligación que el actor pretende; en cambio, para rechazar la demanda, sería suficiente que no exista dicha norma. Ya en *Sistemas normativos*, Bulygin y Alchourrón critican esta posición. Sostienen que cuando el problema es normativo, es decir referido a la determinación del carácter deóntico de una conducta, la sentencia es normativa, en ambos casos. El error de Atria radica en no distinguir entre normas y proposiciones normativas. La sentencia que admite la demanda contiene una norma individual (que Bulygin también había denominado como “disposición” o “mandato”), una norma individual que ordena al demandado hacer lo que el actor pretende; mientras que la que rechaza la demanda contiene una norma individual, disposición o mandato que permite al demandado no hacer lo que el actor pretende. La función del juez es resolver el conflicto de intereses, no informar a las partes sobre el contenido del derecho. En sendos supuestos, el juez justifica mediante normas generales. Y, dado que en la hipótesis de las lagunas normativas hay ausencia de una norma legal preexistente, para poder solucionar el caso individual el juez tiene que crear, adoptar, poner o aceptar esa norma general. Ésta no existía antes, fue creada por él; por lo cual es una norma positiva, según el concepto de positividad de Kelsen. Sin ella, su decisión sería arbitraria. Compromete al juez a decidir lo mismo en los casos análogos, como condición de racionalidad.

IV. Recapitulación

La tesis de Bulygin es que los jueces crean derecho positivo en situaciones muy especiales. Menciona varios supuestos: (1) ciertas sentencias del Tribunal Supremo; (2) Acuerdos Plenarios de las Cámaras Federales de Apelación; y (3) los jueces ordinarios, en los casos de lagunas normativas, lagunas axiológicas y contradicciones normativas. Explica que, si bien la norma general creada por un juez para un caso determinado no obliga a los otros jueces, constituye un precedente que, si resulta aplicado por todos, será una jurisprudencia uniforme. A su vez, si algún juez dicta una sentencia diferente, habrá normas generales incompatibles, cuyo conflicto será resuelto por otros jueces. Por lo tanto, según Bulygin, existe un proceso de creación judicial de normas generales que conduce a una "norma general reconocida de origen jurisprudencial".

Además, Bulygin amplía el fenómeno de creación judicial a los casos de contradicciones normativas, cuando el mismo caso tiene dos o más soluciones incompatibles. Para poder resolver el caso individual, el juez debe modificar las normas existentes. El autor expone que la técnica usada por los jueces consiste en establecer un orden jerárquico entre las normas en conflicto, o no aplicar la menos importante; lo cual equivale a una derogación parcial o total de tales normas, tarea típicamente legislativa. Por lo expuesto, Bulygin sostiene que resulta insostenible la clásica versión de la separación tajante entre la función del Poder Legislativo como creador de normas generales y el Poder Judicial como mero aplicador de tales normas.

V. Comentarios sobre la posición de Bulygin

Las ideas expuestas en su trabajo *Los jueces ¿crean derecho?* son coherentes con su obra cumbre, *Sistemas normativos*, escrita con Carlos Alchourrón, cuya versión en inglés se publicó en 1971, como ya fue explicado. En otro trabajo, reconoció que a pesar del tiempo transcurrido no ha cambiado sus ideas, porque sigue pensando que la verdad es atemporal.

Ya que hablamos del tiempo y la verdad, quisiera formular una reflexión. Bulygin afirma que todo tiene un fundamento, que todo fenómeno puede ser explicado. Entonces, ¿cuál es la explicación de que, tras el paso de cuatro décadas y media, continuemos utilizando los conceptos, ideas y categorías de esta obra señera?

La respuesta, quizás, la haya brindado con antelación Charles Peirce cuando afirmó: “toda obra científica suficientemente grande como para ser recordada durante algunas generaciones brinda algún ejemplo del estado defectuoso del arte de razonar de la época en que fue escrita; y cada paso importante en la ciencia ha sido una lección de lógica”.

En cuanto a lo primero, Bulygin y Alchourrón detectaron ciertas inconsistencias de la concepción tradicional del derecho, enraizada en la Ilustración, y se abocaron a la tarea científica de construir un *explicatum* más riguroso. Por ejemplo, visibilizaron una falla en la descripción de las funciones del legislador y del juez, esto es, la afirmación de que el sistema fuese siempre completo y coherente. Que fuese completo y coherente se tornaba una presuposición necesaria para la compatibilidad de las tres exigencias impuestas en conjunto a los jueces. Y, lo que es un problema mayor, constituía una condición necesaria de la versión clásica de división de poderes.

En cuanto a lo segundo (la lección de lógica de Bulygin y Alchourrón), dado que no me considero preparado para explicar cabalmente este punto, me limitaré a señalar una serie de tópicos, guiado por la siguiente pregunta: ¿en qué se distinguieron estos dos autores respecto a la doctrina tradicional a la cual criticaron? Creo que la respuesta está en *Sistemas normativos*: por sus herramientas analíticas, su enfoque, su metodología.

Primero. La mayoría de los iusfilósofos analizaban las propiedades de completitud y coherencia con relación a *todo* el orden jurídico, en forma global. En cambio, Bulygin y Alchourrón las analizaron con relación a un concepto de sistema normativo relativo, operativo, más general y flexible, como *cualquier conjunto finito de enunciados que contiene todas sus consecuencias lógicas*. Este sistema se basa en el concepto abstracto de consecuencia y está referido a un momento temporal determinado. Esta definición no prejuzga sobre el número y origen de las normas que se consignan en la base axiomática: *acepta explícitamente que pueden ser normas extraídas de sentencias judiciales*. De manera concordante, los autores formularon un concepto de completitud y de laguna con una estructura relacional (o tripartita) referida a un conjunto de normas (sistema normativo), un conjunto de casos posibles (universo de casos) y un conjunto de soluciones posibles (universo de soluciones).

Segundo. Refutaron el postulado de la plenitud hermética del derecho. El principio de prohibición no clausura necesariamente todo el sistema. Las lagunas y contradicciones normativas pueden existir: su determinación es una cuestión empírica. Existen sistemas abiertos y otros cerrados: como el derecho penal cuando contiene la regla *nullum crimen*.

Tercero. Distinguieron entre normas y proposiciones normativas.

Cuarto. Diferenciaron tres conceptos de permisos: uno prescriptivo y dos descriptivos (fuerte y débil). Los permisos son relevantes pues cumplen importantes funciones normativas en forma independiente de las normas imperativas o mandatos (de prohibición u obligación).

Quinto. Distinguieron entre el postulado de la plenitud hermética del derecho, ficción ideológica, y el ideal racional de completitud, que consiste en la exigencia de que sean completos. De la exigencia de que sean completos no se puede inferir que efectivamente lo sean. El ideal de completitud se funda en el principio de razón suficiente: todos los fenómenos son explicables, todo tiene un fundamento. No presuponen que todos los casos están de hecho solucionados, sino que son solucionables. También existe el ideal de coherencia, fundado en el principio de no contradicción. Son dos pautas racionales para juzgar los sistemas normativos.

Sexto. La función central de los sistemas normativos es hacer posible la adjudicación de un significado normativo a las acciones humanas, vinculado al ideal de completitud. La pregunta sobre el estatus deóntico de una conducta "p" de un sujeto en un caso "q" requiere una justificación normativa, esto es, una norma general que brinde las razones para sostener que dicha conducta en dicho caso es obligatoria, prohibida o permitida.

Séptimo. La justificación de la sentencia judicial tiene carácter normativo, lo cual significa que el juez debe derivar su decisión de una premisa normativa. En los supuestos especiales vistos, la premisa es colocada por el juez, por lo cual existe creación judicial de derecho, tanto si admite como si rechaza la demanda, disponiendo de discrecionalidad. Esto no equivale a arbitrariedad, porque intenta justificar su decisión en una norma general. Cuando el juez modifica el derecho, cumple una función política; no modifica el concepto de derecho, sino las normas que aplica.

Octavo. La teoría de Bulygin ha recibido renovados embates. Bulygin ha cuestionado la ilusión postpositivista de que sumando reglas y principios se arribe a la completitud necesaria del derecho. Sostiene que la identificación de las normas mediante la interpretación, como formulaciones normativas interpretadas, no equivale a invención o pura creación. Con ello limita el alcance de los principios subyacentes: no pueden regular casos no regulados expresamente.

Noveno. Su tesis significa límites a la concepción tradicional del derecho, de la división de poderes y de la racionalidad en nuestra disciplina.

Décimo. Comprobar empíricamente que el sistema diseñado por el legislador es incompleto o incoherente no implica abandonar las dos pautas racionales de completitud y coherencia: debe ser completado por otro órgano. El juez llena la laguna con una norma general positiva no preexistente de origen jurisprudencial. Ergo: el derecho es un sistema de normas generales, creadas por el legislador y, en situaciones muy especiales, por los jueces.

VI. Entreacto

Ahora expondré sintéticamente ciertos abordajes de los doctores Julio Bernardo Maier —a quien agradezco profundamente su presencia—, Raúl Gustavo Ferreyra y Juan Pablo Alonso con relación a algunos de estos temas.

Julio Bernardo Maier. Su concepción del orden y las normas jurídicas está desarrollada en su libro *Derecho Procesal Penal*, tomo I, abordado en este seminario en abril de 2005 por el doctorando brasileño José Schuh. El maestro cordobés citó entre las fuentes dos obras de Bulygin: *Sistemas normativos* y “Sentencia judicial y creación de derecho”. Maier distingue entre normas típicamente jurídicas y normas individuales y concretas. Concibe una diferencia esencial entre legislar y juzgar, dictar normas generales y aplicarlas.

El derecho se compone de un conjunto de normas típicamente jurídicas que deben ser abstractas, generales, prospectivas y dotadas de carácter deóntico. Sólo este tipo de norma es considerada como norma jurídica. Por contraposición, la norma individual y concreta no es abstracta, general ni prospectiva (aunque sea deóntica);

ésta es un acto de aplicación, una decisión que aplica normas como fundamento de su solución.

Por ejemplo, la sentencia judicial no es una norma ni posee sentido normativo, sino que es un hecho concreto, valorable por referencia a normas. El concepto de norma individual es un error. La sentencia y los actos de aplicación del derecho en general no cumplen un papel normativo. Maier afirma que la sentencia no menta una clase genérica de acciones de posible acaecimiento en el futuro, sino que reconstruye —cuando puede— una acción singular ya sucedida que, con fundamento en una norma, acarrea una acción determinada. Agrega que “[e]n realidad, el elemento imputativo, el deber ser, el sentido prescriptivo, no están en la sentencia, aun cuando ella pueda revelarlos, sino en la norma (‘general’) que le sirve de fundamento”.

En síntesis, para Maier el derecho es un conjunto de normas generales creadas por el legislador. La sentencia judicial no es una norma típicamente jurídica, sino un acto de aplicación y nunca de creación de derecho.

Raúl Gustavo Ferreyra. El profesor doctor Raúl Gustavo Ferreyra cita este trabajo de Maier en su artículo “El derecho, la razón de la fuerza. Sobre la constitución y los derechos fundamentales”. Asimismo, Ferreyra analiza la posición de Bulygin en varias de sus obras, de las cuales escojo dos:

1) Su tesis doctoral titulada *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, del 2006. Aquí aborda la discusión sobre la creación y aplicación del derecho al nivel de la constitución, con relación al fallo de la Corte en la causa *Fayt*.

2) Su libro *Fundamentos constitucionales* —en particular en la lección cuarta “Discurso sobre el derecho constitucional. Colores primarios”—. Aquí analiza el problema de si la interpretación judicial de la Corte que atribuye un significado al texto normativo constitucional o al sistema jurídico *lato sensu* puede configurar o no una fuente de producción de disposiciones jurídicas de alcance general que pasen a integrar el elenco de disposiciones normativas del derecho constitucional argentino.

Adelanto que Ferreyra admite (en casos contados con los dedos de las manos) la existencia de una hipótesis singular y excepcional de creación por la interpretación, especialmente de la Corte Suprema, al asociar un significado y crear derecho

constitucional. Su posición se basa en la distinción entre la interpretación constitucional analítica y la correctiva. La primera, cuando las disposiciones normativas expresadas en el lenguaje jurídico están completas, no es creadora. La segunda, en supuestos de falta de plenitud, ausencia de completitud, casos atípicos ubicados en zonas de penumbra, el intérprete no descubre sino que decide el sentido de la regla creando un nuevo significado. El intérprete desarrolla una actividad normativa, creadora de disposiciones jurídicas de alcance general, positiva o negativa, política, que antes de su decisión no existía.

A su vez, dicha interpretación correctiva puede revestir dos versiones. La primera amplía el campo de los significados del derecho constitucional propiciando su evolución. Por ejemplo, el reconocimiento de la acción de amparo en el Caso Siri de 1957. La segunda es la interpretación correctiva restrictiva, que puede conducir a una reducción irracional del campo de aplicación de los significados centrales consignados en las disposiciones del sistema. Puede conducir a la involución del derecho. Prevalece el decisionismo, lo fáctico, la pura voluntad sobre el ámbito de comprensión delimitado específicamente por la propia normatividad constitucional, incluyendo todas sus posibles realizaciones racionales. Cita como ejemplo la acordada de la Corte Suprema del 10 de septiembre de 1930.

Por esta vía, Ferreyra acuña el concepto tripartito de “sistema de la Constitución federal argentina”, integrado por las normas de la Constitución, los tratados con jerarquía constitucional y las normas generadas por la Corte Suprema, en esta excepcional hipótesis.

Juan Pablo Alonso. El profesor doctor Juan Pablo Alonso aborda estos temas en varios trabajos. Me limitaré a algunos comentarios generales sobre la lectura de las siguientes obras:

1) Como surge del artículo “Un caso difícil en el Código Civil Español”, Alonso utiliza el modelo teórico de *Sistemas normativos*, su lógica, para sistematizar las normas y determinar si existen lagunas o antinomias. Luego, al detectar una laguna, a diferencia de *Sistemas normativos*, Alonso explora y propone una manera de completar el sistema mediante otro modelo teórico, en este caso, el modelo de argumentación jurídica de McCormick de 1978. Afirma la conveniencia de distinguir los tipos de problemas y afrontarlos con métodos distintos.

2) En "Modelos jurídicos de coherencia", Alonso brinda el concepto de coherencia jurídica de McCormick, quien distinguió entre *consistencia* (relación entre normas de un conjunto) y *coherencia*, que supone una relación entre las reglas y sus principios y justificaciones subyacentes, los cuales no siempre coinciden, generando los casos difíciles o recalcitrantes de sobreinclusión o infrainclusión). Alonso equipara estos casos con las lagunas axiológicas y normativas respectivamente. Luego, siguiendo a Schauer, distingue entre dos modelos de evaluación de las reglas en función de los principios. Clasifica la posición de Bulygin y Alchourrón respecto a las obligaciones del juez en los casos de lagunas normativas y axiológicas en el segundo modelo, denominado "de rigidez", porque se aplican las consecuencias previstas en la regla sin modificarla o exceptuarla en función de principios. Bulygin y Alchourrón conciben los principios como fruto de la reformulación de un conjunto de reglas, pero con las mismas consecuencias normativas.

3) En su trabajo denominado "Principios jurídicos implícitos y coherencia", Alonso parte de la concepción de Bulygin y Alchourrón de las normas y del sistema normativo y de la distinción de McCormick ya vista. Para Alonso los principios jurídicos implícitos se inducen, abducen del sistema de reglas como fórmulas de la lógica de relaciones. Con ellos construye un diagrama que presenta la coherencia entre los casos del universo de casos. Coherencia a la que concibe como una peculiar relación entre principios implícitos en este caso y reglas con tres funciones, una descriptiva y dos normativas. Su concepción de tales principios es positivista: su contenido se obtiene del contenido de las normas. Estos principios o esta concepción de la coherencia pueden permitir resolver algunos problemas de inconsistencia o de incoherencia; no son inocuos. Cuando permiten resolver la laguna normativa, antinomia o ambigüedad, Alonso afirma que no puede hablarse de discreción judicial fuerte, dado que el sistema normativo le ofrece una guía para resolver el caso. Por el contrario, cuando ello no ocurre, sostiene que la tesis de la discreción judicial fuerte tiene plena vigencia ya que el juez puede elegir cualquiera de las dos soluciones, facultativa u obligatoria. Concluye por esto que la tesis de la discreción judicial fuerte en los casos difíciles es una tesis no necesaria sino contingente del positivismo jurídico.

VII. Palabras de cierre

En *Sistemas normativos*, Bulygin y Alchourrón enunciaron su propósito de construir una explicación racional más rigurosa de determinados conceptos. El nuevo

concepto, más preciso o exacto, denominado *explicatum* debía tener —entre otros requisitos— el máximo de fecundidad, es decir, ser útil para la formulación del mayor número posible de enunciados universales, leyes empíricas o teoremas lógicos. Tal propósito ha sido logrado, apreciado casi medio siglo después. Ya sea que se admita una tesis de discreción judicial más o menos fuerte, parece válido sostener que en determinadas hipótesis los jueces crean derecho. Se trataría de una norma positiva creada por actos humanos, creada por el juez. Tales supuestos brindarían el asidero para afirmar, junto con Bulygin, una cierta crisis de la versión clásica de la división de poderes.

El derecho sería, en principio, un conjunto de normas creadas por el legislador persiguiendo ideales racionales de completitud y coherencia para intentar brindar una justificación normativa a las conductas humanas. Fuera de los subsistemas cerrados tales como el derecho penal, que contenga la cláusula *nullum crimen*, la existencia de las lagunas o incoherencias es una cuestión empírica tanto como sería —en caso de aceptarse— contingente a la posibilidad de solucionar los casos difíciles por la vía de principios jurídicos implícitos. Bulygin y Alchourrón enseñaron que los ideales racionales de completitud y coherencia no se renuncian al detectarse una patología. Es allí donde interviene otro órgano, el juez, que no puede dejar de dictar sentencia. Así emerge la hipótesis de creación judicial residual mediante sentencias simétricamente normativas tanto en caso de aceptar como de rechazar la demanda.

Por mi parte, utilizando los desarrollos teóricos del profesor doctor Ferreyra, he tenido oportunidad de pergeñar en otro texto una posición respecto a la actitud de determinadas sentencias o acordadas de la Corte Suprema, creadoras de derecho constitucional, para producir una mutación del sistema de la Constitución federal argentina, una fisura del sistema constitucional y aun la ruptura del orden jurídico constitucional.

Por último, postulo que dado que los jueces no tienen la misma legitimidad democrática de los poderes políticos para la producción de normas jurídicas generales, la posibilidad de admitir en forma muy excepcional este fenómeno de creación judicial, conlleva a la ineludible tarea de determinación de sus límites constitucionales a fin de no resquebrajar el delicado equilibrio de los poderes en la constitución.

Habiendo finalizado, expreso mi infinita gratitud al profesor Eugenio Bulygin, principalmente por ser el jurista a quien estamos siguiendo hoy en sus enseñanzas; al profesor doctor Julio Bernardo Maier; al doctor Raúl Gustavo Ferreyra; al profesor Rabinovich Berkman; y al eminente discípulo del doctor Bulygin, el doctor Juan Pablo Alonso. Por último, agradezco al doctor Ferreyra la oportunidad de haberme permitido estar en esta ocasión tan inolvidable para mí.

* * *

DIEGO ALBERTO DOLABJIAN: Le agradecemos al profesor Morales por la exposición y, seguidamente, le doy la palabra al profesor doctor Eugenio Bulygin, para que haga sus aclaraciones, sus comentarios o, como siempre, siga con sus enseñanzas.

EUGENIO BULYGIN: Quería agradecer, en primer lugar, a todos ustedes la paciencia con la cual han soportado este embate un tanto largo, varios embates. Quería agradecer a mi antiguo discípulo, alumno del curso, el doctor Ferreyra, con el cual siempre mantengo una relación muy cordial (nos encontramos de vez en cuando en la Facultad e intercambiamos algunas observaciones críticas, y normalmente coincidimos; en criticar siempre es fácil coincidir). También agradezco al doctor Morales: el trabajo me pareció muy lindo. Por lo menos no me ha tergiversado en ningún momento, lo cual ya es importante, porque a menudo ocurre. Por ejemplo, mi amigo Julio Maier me tergiversa, de vez en cuando. Y lo mismo vale para las intervenciones de Alonso y Dolabjian. No me queda mucho para decir, porque ya se expuso todo lo que yo tenía que decir sobre el tema de las sentencias judiciales: la creación del derecho por parte de los jueces. Todo lo dijo Morales; de manera que no me queda mucho, pero quería contestar alguna crítica de mi viejo amigo Julio Maier.

Julio dice que las sentencias no son normas porque las normas jurídicas tienen que ser generales y abstractas. Es una cuestión casi verbal, diría yo; llámémoslo "normas" o no "normas", lo cierto es que las sentencias judiciales contienen ciertas prescripciones. Por ejemplo, ordenan que el demandado pague al actor la suma de dinero, u ordenan que al acusado se lo meta en la cárcel, se lo mantenga ahí, preferentemente torturado, durante algún tiempo. Si eso no son prescripciones, no sé qué son. Llamarlos "normas" o no llamarlos "normas" no me parece demasiado importante; sobre el lenguaje no tiene sentido discutir, simplemente hay que aclarar lo que se quiere decir con tal o cual expresión. Yo creo que no hay realmente una discrepancia con Julio en este punto.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

Yo sostuve —y esto lo expuso muy bien Morales— que los jueces crean, a veces, derecho, y crean derecho cuando utilizan una norma general que no estaba antes aceptada como norma general. Es decir, diciéndolo brevemente: crean normas generales porque dictar sentencia (sean normas individuales o no, no importa) no es crear derecho. En esto estamos de acuerdo con Julio, pero a veces los jueces utilizan normas generales que antes, en algún sentido, no existían, o por lo menos no estaban reconocidas ampliamente. Le doy un ejemplo, un ejemplo muy conocido, un viejo ejemplo. Como yo no sirvo para inventar ejemplos, siempre recurro a Carrió, pero Carrió se murió lamentablemente; ahora me quedé sin ejemplos, así que utilizo viejos ejemplos.

El ejemplo es de un joven abogado recibido en esta facultad que resolvió patrocinar a su madre en un juicio de divorcio contra el padre, cuando no había todavía divorcio vincular pero había divorcio. Entonces, el abogado del padre objetó: “¿cómo el hijo va a patrocinar contra mi patrocinado que es su padre?”. El derecho no decía nada sobre este caso. Entonces, después de mucho pensar, se reunieron todas las salas de la Cámara Civil de la Capital y produjeron una sentencia diciendo que “si bien no hay una norma expresa, sí hay una norma implícita. ¿Por qué? Porque se puede aplicar por analogía la prohibición de que el hijo sea testigo en un juicio contra el padre”. Me pregunto: ¿cuál es la analogía? Primero, testigo no es comparable con letrado patrocinante. El testigo está obligado a decir la verdad; los abogados pueden mentir todo lo que quieran, y cuanto más mienten, mejor son. De manera que esta primera premisa es totalmente inoperante. La prohibición de que actúe como testigo un hijo en un juicio contra el padre es razonable porque entonces él, si dice la verdad (y el padre supongamos que es culpable y el hijo sabe que es culpable), contribuye a la condena del padre. Y esto es duro, duro obligarlo a hacer eso. Y si no dice la verdad, comete un delito de falso testimonio. Entonces, para no ponerlo en este trance, se prohibió que actúe como testigo; pero me pregunto qué tiene que ver el abogado patrocinante con testigo: nada. No había un juicio penal, no era testigo, y sin embargo la Cámara Civil en un plenario (no me acuerdo en qué año, pero hace muchos años) prohibió ejercer la profesión de abogado en estas condiciones. Claramente esta norma no existía, pero a partir de este fallo —era un fallo plenario que los abogados siempre lo tratan con respeto—, pareciera que hay una norma que prohíbe al abogado (sobre todo cuando es un abogado novel) actuar como letrado patrocinante en un juicio entre sus padres.

A esto yo lo llamo “creación del derecho”. Es una norma general. Los sabios jueces dictaron una norma individual prohibiendo a esta persona ejercer, en este caso, su profesión de abogado, pero el fundamento que dieron a esta decisión es una norma general que prohíbe a los abogados patrocinar a uno de sus progenitores en un juicio

contra el otro. Y después de esto (yo no sé si después se repitió alguna vez el caso, pero eso no me importa; es una norma general), esperemos que Julio Maier esté de acuerdo. No. Bueno, es testarudo. Yo también soy testarudo, así que en esto nos parecemos. Entonces, lo que sostuve es que es excepcional el caso en que los jueces crean normas generales; pero que los hay, los hay.

Así que no tengo nada que agregar a lo que dijo ya Morales porque hizo una muy correcta exposición de lo que yo dije alguna vez sobre este tema. Se podría discutir sobre si hay o no hay lo que los juristas llaman "lagunas del derecho". Nosotros con Alchourrón escribimos todo un libro para aclarar este tema y yo creo que hay algún sentido en que se puede hablar de lagunas en el derecho, situaciones no reguladas por las normas jurídicas generales. Y, además de laguna, donde hay un caso no regulado por las normas que nosotros llamamos "lagunas normativas", hay otros casos muy frecuentes (o relativamente frecuentes) en que la valoración que el juez hace del caso no coincide con la valoración que hace el legislador a través de sus normas. Esto es bastante frecuente. ¿Qué pasa en estos casos? En estos casos los jueces muchas veces dejan de lado las normas jurídicas generales. Generalmente lo tratan de ocultar, pero yo como juez (estuve unos cuantos años de juez en la Cámara Civil y Comercial Federal acá en Buenos Aires) alguna vez he dicho claramente: "yo no voy a seguir lo que dice la norma general".

El caso que yo me acuerdo ahora era muy simple: era un accidente de tráfico; una señora había tomado un ómnibus, el chofer chocó y la señora tuvo heridas bastante feas. El juez dictó una sentencia rechazando la demanda que había iniciado la señora por daños y perjuicios. La verdad que la demanda era un horror. Era un abogado que no dejó una estupidez sin hacer. Los hay también; no son tan frecuentes los abogados con esta habilidad especial, pero los hay. Por ejemplo, qué sé yo, demandó al chofer del ómnibus y no demandó a la aseguradora; hizo una serie de "barrabadas" y le rechazaron la demanda con toda la razón. Pero como el Código Procesal claramente dice que la parte que pierde el pleito tiene que pagar costas, la sentencia en primera instancia condenó en costas a esta señora. Y a mí me pareció una barbaridad, y yo lo dije con todas las letras: "la señora ha sido víctima de un accidente y de un mal asesoramiento profesional (esto era una expresión muy suave, merecía otro calificativo). Entonces, en estas condiciones, yo la voy a eximir de costas". Y la eximí de costas, con la esperanza de que la otra parte presentara un recurso extraordinario y entonces yo ya me regocijaba pensando: "¿qué dirían los jueces de la Corte Suprema?", porque yo decía claramente que no aplicaba una norma expresa, explícita y clara del Código Procesal.

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

Hubiera sido bastante interesante saber qué diría la Corte en este caso. Lamentablemente, me quedé con las ganas. La otra parte no objetó nada y quedó firme mi decisión. No sé si algún juez en algún momento habrá hecho uso de esta sentencia mía (porque yo ya últimamente no leo jurisprudencia). Ojalá, entonces yo me sentiría muy importante de haber introducido una norma general. Tal como está la cosa, por lo menos a donde llega mi conocimiento, mi norma general quedó un poco trunca, sin mucha repercusión práctica, pero todavía hay tiempo, así que es cuestión de esperar. A lo mejor alguno de ustedes puede invocar esta norma que dicté yo en un juicio. Julio Maier diría que no es una norma, pero no importa; mi sentencia en este caso particular estaba basada en una norma general, según la cual cuando un litigante es víctima de un accidente y de un mal asesoramiento profesional entonces no debe pagar las costas. Una norma lindísima. Si mañana algún tribunal invoca esta norma, y a lo mejor otros también, se va a convertir en norma general, sin duda. Así que alguna posibilidad todavía me queda para haber creado una norma general. Bueno, eso es todo lo que yo pude decir. Me pareció muy bien la exposición del doctor Morales y espero que ustedes objeten a cualquiera de nosotros, inclusive a mí. Con mucho gusto voy a tratar de contestar.

DIEGO ALBERTO DOLABJIAN: Tomando la invitación del profesor Bulygin, le vamos a dar la palabra al profesor Maier para que pueda justamente exponer su visión y que se comience con el debate.

JULIO BERNARDO MAIER: Lo primero que quisiera es advertir que frente a esta audiencia, y mucho más ante Eugenio, creo que no debo permitirme el discutir el problema en términos filosóficos. Yo no soy una persona apta para discutir en términos filosóficos; voy a discutir el problema en términos puramente políticos, y como en términos puramente políticos también pienso antes de decir vamos a mantenernos, como lo hace Eugenio también, dentro de ciertos límites, es decir, estamos pensando en un Estado democrático de derecho en donde hay Poder Judicial, hay Poder Legislativo, hay Poder Ejecutivo. No estamos pensando en cualquier sistema normativo, porque por supuesto que hay sistemas normativos incluso que resumían todos estos poderes en una sola persona, con lo cual nuestra discusión no tendría sentido directamente. O sea, que ésta es una concesión que les pido que me hagan: vamos a discutir dentro del sistema político que denominamos “Estado democrático de derecho”.

A mí me parece —vuelvo a repetir, desde el punto de vista político— que aceptar que los jueces crean derecho (después me voy a referir al ejemplo, si Eugenio me permite) conduce en último extremo a decidir la cuestión según la voluntad del juez, que es lo que

hacía un tipo muy milenario, multimilenario de justicia llamada "justicia de Cadí". La justicia de Cadí hoy la pueden leer inclusive en Brecht. El resolver quién es el *pater familia* o el *mater familia*, directamente, colocando un niño dentro de un círculo y dándole un brazo a cada uno para que tiren de él, es toda una norma que ha creado, no hay duda, el propio juez que va a decidir el asunto, precisamente para decidir el asunto, en la esperanza de que la mejor madre sería (como lo es en los círculos de tiza brechtianos) aquella que no lo lleve directamente afuera del círculo, sino que suelte mano para no martirizarlo al pobre nene o al pobre niño sobre el cual se disputaba la mater potestad.

Resultado de esto es que, con prevaricato o sin prevaricato, el afirmar que los jueces crean derecho en definitiva nos pone frente al problema, es decir, cuando con mala intención o sin intención un juez afirma que no halla la norma por la cual debe resolver un caso que le han planteado, un caso concreto que le han planteado, afirme que él va a crear la norma, como lo hizo Eugenio en el caso que revela. Él sólo sabe por qué es justo que una señora no pague las costas cuando pierde el juicio. No es que yo esté en contra: yo creo que ha resuelto bien, pero por otra razón. El resultado es que esta asunción del poder de los jueces es, en definitiva, una asunción del poder total, directamente. Es decir, un juez puede hacer lo que le venga en gana respecto al caso concreto; sólo tiene que afirmar (con mala voluntad o con buena voluntad) que él no halla en el orden jurídico una norma que resuelva el caso para decir, entonces: "voy a hacer justicia yo por mi propia mano", para decirlo de alguna forma impactante.

Éste es un primer problema que yo le veo a la solución. La solución es que no hace falta, y esto no depende de que el juez funde mal o bien, porque los jueces, psicológicamente, deciden antes de fundar. Bulygin ha decidido, seguramente, que esta pobre señora no pague antes de crear la norma directamente. Y entonces, más todavía, hay tribunales que ni siquiera fundan. En los juicios por jurado, el tribunal no funda por qué condena o absuelve, así que no sabemos nunca si halló o no halló la norma. Olvídense, porque hay juicios por jurado en la materia civil, olvídense de la materia penal. Yo, en este sentido, agradezco que el mecanismo del Derecho penal me haya dado una herramienta (que ellos han llamado "regla de clausura") precisamente para evitar este problema y decidir cómo creo que hay que decidir, sin ser un juez que crea derecho.

Un segundo problema tiene que ver con lo siguiente. Creo que nosotros somos un poco ingenuos cuando, referidos después de la Revolución en Francia o al Estado napoleónico, pensamos que ellos de alguna manera permitieron que los jueces de ellos crearan derecho; muy por el contrario, y esto es conocido también por Eugenio, pusieron en el

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

orden jurídico dos reglas básicas que conducían a que, en el caso que plantea Eugenio, o se refiriera el juez directamente al parlamento diciéndole “qué debo hacer, directamente, porque no encuentro la regla jurídica”; o por lo contrario, la parte, con el *pour vous* [recurso] en casación, excitara la misma sala del parlamento para que el parlamento hallara, si podía, la norma aplicable al caso, y por lo tanto el juez sólo diera la solución. Recuérdese también que básicamente el modelo de juicio que se pretendía (aunque después no funcionó en la Europa continental) fue el juicio por jurado. Es decir, Montesquieu lo que quería era parecerse lo más posible a Inglaterra y, entre estas cosas, estaba el jurado.

A mí me parece entonces, en términos políticos, que es absolutamente necesario que nosotros pensemos quién puede llenar esa laguna vacía, y no me gusta que la llenen los jueces. Posiblemente no sea un buen mecanismo el que crearon los revolucionarios franceses. Posiblemente no sea un buen mecanismo el del Estado napoleónico, pero de alguna manera nosotros tenemos que repensar la situación para llenar esa laguna de algún modo y que no la llenen los jueces que van a resolver el caso. Es decir, que en el caso de Eugenio, él debió haber recurrido a alguien, a algo, a alguna institución que le pudiera decir, planteándole el problema: “está bien, en este caso puede eximir de costas directamente porque afirmamos la regla general de que las mujeres que han tenido un accidente grave no paguen las costas del juicio cualquiera sea el error que haya cometido el abogado”. Yo creo que nosotros debemos esforzarnos por encontrar la institución, la persona, el quién tiene esa laguna. En cierta manera, también lo han hecho las leyes. Por ejemplo, cuando Eugenio habla de la reunión plena de jueces de una determinada competencia, es el mismo derecho el que ha permitido esa reunión plena y el dictado de normas. El mismo derecho es el que instituye a una serie de jueces como legisladores para el caso; por eso, no se trata de definir acá quién es el legislador, sino de distinguir qué hace el juez cuando decide, qué hace la persona que legisla o que dicta reglas de orden general.

Por último, en tercer lugar, a mí me parece que en el momento que nosotros vivimos (cuando digo “nosotros” digo la república ésta, directamente) y que el Poder Judicial vive, reconocerle a los jueces este poder enorme de dictar normas jurídicas, aun en contra del parlamento, directamente, es como una especie de suicidio político. Yo no aceptaría —y tampoco me lo van a dar— el poder del Estado si me afirman antes que los jueces pueden crear derecho en un caso particular. A mí me parece que la definición de juez o de tribunal siempre ha sido, en todos los órdenes, la independencia judicial, con la única salvedad de que el juez es esclavo de aquello que dice la ley, el parlamento, la constitución. Resultado de esto es que no creo en quienes afirman que los jueces crean derecho, ni aun cuando

dicen “en casos excepcionales”, porque como se sabe los casos excepcionales se transforman muy rápidamente en enormes avenidas por las cuales andan todos los jueces; todos los autos, directamente. Es decir, la excepción se transforma siempre en regla (hablando de Brecht, para colmo, también él ha demostrado esto en una obra teatral).

Ahora bien, yo no pretendo contradecir la situación de que existen lagunas en el derecho, en el sentido que, ni axiológicamente ni normativamente, en algunos casos, no hay solución posible; ya sea porque la solución que da el derecho no conviene axiológicamente, o ya sea porque normativamente no existe la regla, como lo ha explicado Bulygin. Gracias a Dios, como digo, yo me ocupé de una parte del derecho en donde eso no tiene sentido porque hay una regla que transforma las permisiones débiles, como las llama Eugenio, en permisiones fuertes, que es la regla de clausura, según su propia nomenclatura. De tal manera, lo que yo quiero expresarle —no sé si lo he dicho bien— es que resulta políticamente un suicidio, y mucho más en la época actual.

Quiero ver si puedo conseguir un ejemplo, porque lo tengo que inventar en este momento, dado que no tengo amigos tan importantes como Carrió. Hoy en día está de moda para resolver un caso no aplicar una ley. Y no aplicarla porque la persona que no la quiere aplicar dice que es inconstitucional, supongamos correctamente. De tal manera que unas veinte mil personas llamadas “jueces” en este país tienen este poder enorme de decir: “sí, esta norma es parlamentaria, pero es contraria a la constitución provincial, nacional, municipal, a cualquier constitución; de tal manera que yo no la voy a aplicar”. Esto a mí me parece sumamente peligroso desde el punto de vista político: que las reglas que el parlamento decide, o que la asamblea decide directamente (en el caso de Francia, por ejemplo) sean por cualquier juez tildables de nulas o no aplicables, o no digamos falsas, porque no son falsas, sino que no adquieren realidad. El que un juez (cualquier juez, todos los jueces de este país) pueda declarar lo que hoy se llama inconstitucional una regla, para no aplicarla al caso que tiene y aplicar la suya propia, realmente me asusta.

Eso es todo. Estaba razonando sobre el ejemplo que pone Eugenio. Yo creo recordar que yo había puesto el ejemplo de un verdugo: si uno le pregunta al verdugo por qué mata al pobre hombre que está matando, es muy probable que el verdugo diga: “porque un juez me lo ordenó”. El juez no ordena la muerte; el juez condena a muerte a una persona. El que ordena cumplir con esa sentencia es el derecho, que le impone al verdugo, entre los deberes de su profesión, ahorcar al individuo. Tanto es que en materia de derecho privado, por ejemplo, yo no tengo por qué cumplir una sentencia de un juez. Es la otra persona la que tiene que valerse, si puede, de algunos mecanismos para ejecutar su

EN LETRA - año III, número 5 (2016)

A doscientos años de la declaración de la independencia

sentencia por intermedio de los jueces. Pero a mí la sentencia en sí no me impone ninguna obligación de dar, de hacer o de no hacer, directamente.

Si la sentencia me dice: “paga esto que debes”, yo puedo quedarme de brazos cruzados sin pagarla. La otra parte, seguramente, va a recurrir para que un juez me saque a las patadas, vaya al banco y se apodere de cierta parte de mi dinero y le pague él directamente al acreedor. No es cierto, a mi juicio, que las sentencias impongan deberes. Cuando alguien hace algo porque una sentencia condena o absuelve, o es obligado a hacer algo, es porque el mismo derecho, es decir, la misma norma jurídica, como en el caso del verdugo, le ha impuesto la obligación al pobre verdugo. Y el verdugo llegaría, al final, a confesarnos esto, porque si uno le dijera al verdugo “pero ¿por qué? No está justificado que un juez te diga que debes matar a una persona para que la mates”, seguramente el verdugo al final acertaría a decir: “no, a mí me han nombrado acá con esta serie de reglas en donde yo debo ejecutar la sentencia de los jueces y, si no lo ejecuto, voy a recibir tal o cual condena”. Muy bien, nada más que eso.

EUGENIO BULYGIN: Felizmente creo que nos hemos puesto de acuerdo con Julio, porque en el fondo no hay ninguna discrepancia, salvo verbal. Julio dice que el que mata no es el juez; el que mata es el verdugo. Lo sabemos: claro que los jueces no matan; los jueces tienen sus guantes blancos, obvio. Pero al verdugo le ordena el juez ahorcar al acusado o al condenado. Vamos, no seamos tan puntillosos. Los jueces ordenan pagar, ordenan ahorcar, ordenan cosas; después, claro, prefieren no ensuciarse las manos, entonces dicen: “bueno, venga el verdugo a ahorcarlo; yo no”. Pero en el fondo lo hace él. Creo que en esto no hay discrepancia, más que verbal.

JULIO BERNARDO MAIER: Aquí estoy recordando lo que he escrito. Vamos a suponer que el individuo condenado a muerte se mate solo, y que lo ayude yo, el hijo, por ejemplo. Y le diga: “mirá, papá, si vos te querés matar, yo te entrego el arma”. Él dice: “yo no quiero que me mate un verdugo, me quiero matar yo mismo”. Ese individuo está cumpliendo voluntariamente la sentencia. ¿Qué es lo que está haciendo? Está cumpliendo una obligación. El muerto, digamos, está cumpliendo una obligación y no es punible el hijo, quien le proporciona el arma con la cual se quitó la vida. Como en caso del verdugo: si lo mata no por ahorcamiento, sino por envenenamiento.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Sería el caso del Marqués de Condorcet (1743-1794), que según dicen antes de ir a la “condena” jacobina, pidió veneno y se envenenó.

JULIO BERNARDO MAIER: Quienes cumplieron voluntariamente la sentencia y quienes lo ayudan, le proporcionan el veneno, son culpables; no así el verdugo.

EUGENIO BULYGIN: Insisto en que esto es una cuestión verbal, no tiene ninguna importancia. A mí cuando me condenan a muerte, me importa un bledo si me mata el juez o su ayudante o su secretaria. Bueno, si es su secretaria es un poco mejor, más suave. Pero si me condenan a muerte, es la muerte y no hay nada que discutir. Entonces, creo que no hay realmente discrepancia entre nosotros. Los jueces a veces crean derecho; por supuesto, lo ocultan o tratan de ocultarlo de todos los modos posibles. Empezando por el Código Civil. El Código Civil en el artículo que ahora creo que lo han reformado, decía: "el juez no puede so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley negarse a fallar". ¿Y si no es pretexto? Si la ley es insuficiente u oscura, ¿o no puede serlo?

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: Sí, claro.

EUGENIO BULYGIN: Claro que puede serlo. Entonces el juez puede negarse a fallar, ¿o no? Pero el Código es muy categórico: no puede nunca negarse a fallar, aun cuando no sea pretexto. Pero lo dice en forma un poco cuidadosa: "no puede so pretexto". Y si no es pretexto, ¿puede o no puede? De acuerdo al Código no se sabe. No sé, ustedes que son conocedores de los códigos... Yo hace años ya no me ocupo de los códigos y estoy muy feliz. Ustedes dirán.

JULIO BERNARDO MAIER: Lo que sucede es que concede el poder que yo no quiero conceder.

EUGENIO BULYGIN: Vos presentás el tema en términos políticos. Yo no hago política. Políticamente, según el punto de vista de la democracia, de los derechos humanos, etcétera, tenés razón, claro. Pero ésta es una ideología política especial, que yo comparto. A mí me encantan los derechos humanos, me gusta el parlamento, me gustan las elecciones, siempre que no sean fraudulentas, y todo eso por el estilo. Pero es una cuestión política y, por lo tanto, contingente. Mañana hay una junta militar y la cosa va a cambiar, como ha cambiado en el pasado. ¿Muy desagradable? Muy desagradable, pero aunque sea desagradable puede ocurrir. Y si uno no quiere que ocurra, hay que actuar hoy, ya, en consecuencia. Hay que crear condiciones para que no ocurran estas cosas desagradables como golpes militares y cosas por el estilo. Entonces yo creo que —insisto— no hay ninguna discrepancia teórica entre nosotros.