PONENCIA PARA EL XIV ENCUENTRO DEL INSTITUTO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL

*Humberto Briseño Sierra*¹

Proceso y Política

1. El derecho está tan íntimamente vinculado con los convencionalismos sociales, que existe una corriente que estima que se trata del mismo fenómeno social, con la diferencia de que las consecuencias se apartan en la medida en que el derecho se apoya en la organización, mientras que los convencionalismos lo hacen en la generalidad de la población.

Una norma jurídica y una norma de etiqueta o de la moda e inclusive de las buenas costumbres o de cuanto atañe al prestigio y al honor personales son del mismo tipo coercible, por ello es que resulta discutible afirmar que se está ante dos esferas sociales o lógico-sociales distintas. Si se considera que tanto el derecho como los convencionalismos son coercibles y hasta coactivos, se tendrá que concluir que la diferencia se encuentra en la estructura social de cada campo. En el derecho se tiene que pensar en la estructura gubernamental, mientras que en el convencionalismo se acude a la estructura poblacional.

Una muy amplia doctrina se ha dedicado desde hace siglos al estudio de lo que se ha llamado la opinión pública, ese criterio impreciso y difuso que tienen los demás respecto de la conducta de un individuo.

Nombres muy conocidos y prestigiados han puesto atención en el fenómeno y así, por ejemplo, Hermann Oncken estima que “la opinión pública es un conjunto complejo de declaraciones similares hechas por sectores grandes o pequeños de la sociedad, que se refieren a asuntos públicos”.

John Locke sostuvo que hay tres tipos de leyes: la ley divina, la ley civil y la ley de la opinión o de la reputación. Por la primera los hombres juzgan si son pecadores o cumplidores, por la segunda si son criminales o inocentes y por la tercera si son virtuosos o viciosos. Quien imagine que la alabanza y la ignominia no son suficientemente fuertes como para que

¹ Profesor de Teoría del Proceso del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

los hombres se ajusten a las opiniones y reglas de las personas con las que tienen trato, muestra poco conocimiento de la naturaleza o la historia de la humanidad. La mayor parte de la gente se guía principal, si no es que únicamente, por la ley de la moda; y por eso llevan a cabo aquello que mantiene su buena reputación entre sus conocidos. En cuanto a las penas la mayor parte raramente reflexiona sobre los castigos que conlleva el incumplimiento de la ley divina, y muchos piensan en una reconciliación futura mientras están infringiendo la ley. Por cuanto a los castigos derivados de la leyes del Estado, con frecuencia se hacen ilusiones sobre la posible impunidad. “Pero nadie atente contra la moda y la opinión de las compañías que frecuenta, y a las que encomendaría ser libre del castigo de la censura y del desagrado de éstas” (“An Essay Concerning Human Understanding”, London 1689, Libro II, cap. XXVIII, no. 12).

David Hume destacaba la importancia de este fenómeno diciendo: “Si indagamos cómo se produce este milagro, descubriremos que los gobernantes no tienen nada que les sostenga excepto la opinión.” (*A Treatise of Human Nature*); y Jacques Necker, a quien se atribuyen los términos ‘opinión pública’, que fuera el Ministro francés de Finanzas por 1780, observó en 1792 que ‘sólo los locos, teóricos puros o los aprendices dejan de tener en cuenta la opinión pública’. Y Auguste Comte en cuyos trabajos sobre la clasificación de las ciencias se ubica la sociología, propuso una indagación sobre diversos puntos relativos a la opinión pública, estableciendo su particularismo frente al carácter universal de las ciencias, la implicación de las opiniones, más ocupadas en discutirse unas a otras que en trascenderse, la conexión entre el contenido cognoscitivo de las opiniones y su creación de actitudes y modos de obrar coherentes, el condicionamiento de las opiniones por el papel y la función social desempeñados desfigurando la realidad, y el riesgo de extender el principio crítico haciendo de la realidad social algo cuestionable y negativo para cualquiera posible doctrina general.

En fin, autores como Alexis de Tocqueville llegaron a considerar que la autoridad intelectual y moral aristocráticas se basaban en la selección y se sustituían en la adhesión a una opinión que se convertía en la creencia común, existiendo el riesgo de que el principio democrático se sometiera al creciente poder de la mayoría. El sociólogo alemán Ferdinand Tönnies propone el concepto de que todos los hombres que participan en el correspondiente contenido mental y son capaces y están dispuestos a dar su parecer forman el concepto de público, de manera que la opinión tiene como base ideas y representaciones a partir de las cuales se elaboran principios, máximas y reglas para enjuiciar a las personas, a las actividades y a las instituciones. La opinión pública versa sobre todo tipo de asuntos sociales y en los políticos tiene su núcleo fundamental, de manera que funciona como una especie de código moral que se centra en las transgresiones, a las que juzga formalmente, dando por supuesto que lo normal es la regularidad. En su criterio, la opinión pública se aparece a los individuos como un poder exterior y extraño que se observa en los medios de comunicación literaria, sobre todo en la prensa que surge como órgano de opinión pública por excelencia, con un carácter distante e impersonal que contribuye a crear esa conciencia. En muchos aspectos el poder de la prensa es superior al del gobierno y no posee límites territoriales, por lo que parece tender a una República universal de sabios.

Gabriel Tarde, considerado un sociólogo clásico, ha propuesto la distinción entre tres vías que son la tradición, la opinión, y la moda. El público es una colectividad simplemente espiritual con individuos dispersos cuya coherencia se basa en poseer simultáneamente las mismas ideas. El desarrollo histórico del público se liga con la aparición y la evolución de la imprenta, con los medios crecientes de transportación y con el crecimiento del nivel cultural de las gentes. El público contrasta con la masa por la posibilidad que ésta tiene de pertenecer a varios públicos. La masa está influida por factores internos y primarios como los étnicos, mientras que el público se motiva por las ideas que recibe de los dirigentes. Según Tarde por opinión se entiende un grupo de juicios momentáneos y más o menos lógicos que responden a problemas actualmente planteados. Mientras que el libro procede del monólogo, el periódico lo hace de la conversación, es como una carta pública que se convierte en el mayor regulador de la conversación y resulta su principal fuente de inspiración y abastecimiento de materiales.

Por cuanto a la adecuada relación que pudiera haber entre opinión pública y gobierno democrático, se ha dicho por Paul Lazarfeld (“Medios de masa y comunicación”, México 1972,) que la capacidad del público en general para dirigir los asuntos son dificultades que datan de antiguo, al menos desde Platón y fueron importantes en la época de la ilustración, ya que no puede esperarse que los ciudadanos ordinarios actúen como legisladores, que sean activos y se impliquen en todos los asuntos importantes del momento. El conocimiento exacto de los asuntos en los que debe basarse la opinión pública es sencillamente inalcanzable y el peligro es que frente a amplias mayorías, los puntos importantes de las minorías, aun siendo válidos no pueden imponerse con fuerza. El público es susceptible a la persuasión y a los llamamientos altamente emocionales, de manera que la creciente pasividad del público conduce, de diversas maneras a su dominio por parte del gobierno y de las elites agrupadas. Mills indicaba que la población norteamericana había sido transformada por los medios de comunicación en un ‘mercado que consume, más que en un “público” que produce ideas y opiniones’ (Wright Mills C. “La elite del Poder”, México 1973).

Todo ello se concreta en el esfuerzo casi anecdótico de la Real Academia Española de la Lengua por definir a la opinión pública, ya que se refiere al “sentir o estimación en que coincide la generalidad de las personas acerca de asuntos determinados”.

2. Es pertinente observar que el fenómeno de la opinión pública se apoya inevitablemente en la comunicación, “entendiendo por comunicación la acción por parte de un organismo, tal que altera la probabilidad del patrón de conducta en otro organismo” (Wilson 1975, *cit.* por Angel Alonso-Cortés, “Lingüística General”, Madrid 1994, pág. 39).

Esto abarca, no sólo el uso de la lengua hablada o escrita, sino también otras conductas que se utilizan para enviar el mensaje, y no sólo entre seres humanos sino también entre otras especies de organismos, como sucede con los insectos, o con algunos mamíferos.

Queda explicado por qué la aprehensión de la norma intelectivamente que hace el legislador antes de lo que se ha llamado la creación de las reglas jurídicas, o bien la creación de los acuerdos entre los justiciables tiene trascendencia en el comercio social. La explicación estriba en la circunstancia de que una conducta altera necesariamente el patrón de otra conducta, esto es, no resulta concebible que las conductas de los seres vivientes interfieran entre sí inútilmente, sin ejercer recíproca influencia.

Es claro que cuando la comunicación proviene de una conducta del sujeto llamado autoridad, se hace a través de proposiciones que se enlazan imperativa y coerciblemente, y dada esta última característica, resulta probable la advertencia de un resultado especial que puede llegar a ser coactivo.

El jurista inicia el análisis de su disciplina partiendo de la estructura lingüística, es decir, de la fórmula apodíctica y, más todavía de la inclusión de una proposición coercitiva que simplemente al expresarse tiene características de amenaza en el sentido de que si la conducta hipotéticamente establecida en un primer juicio no se cumple, puesto que se dirige a seres que se caracterizan por sus calidades de libres que tienen comportamiento autónomo, entonces se les aplicará una sanción. Este jurista ya no penetra en la averiguación de las relaciones intersubjetivas que son propias de la comunicación. Como lo manifiesta el propio Angel Alonso-Cortés en la obra citada, no es admisible que se produzca una relación entre los seres humanos y las cosas, puesto que en tal fenómeno sólo se observan conexiones materiales, no hay el vínculo del hablante-oyente, no hay la posibilidad de la comunicación, por eso la norma jurídica se destina exclusivamente a la regulación de las conductas; y esto es posible porque la primera de ellas, la del hablante, es imperativa y por ende la del oyente ha de ser apodícticamente la respuesta adecuada a la norma.

Como quiere Fritz Schreier (“Conceptos y formas fundamentales del derecho” Bs. As. 1975) la actividad del legislador es principalmente de aprehensión, puesto que consiste en elegir, en seleccionar la fórmula de derecho que estime adecuada a su propósito normativo, de tal manera que cuando la expresa físicamente, lo que se llama decretar o publicar, aparece el fenómeno de la creación. Antes de que este esquema hubiera sido claramente analizado por la escuela vienesa, se hablaba de fuente del derecho y se sostenía que una de ellas era la ley, pero se omitía, se desconocía o no se meditaba suficientemente, en el hecho de que sólo cabe hablar de ley cuando el legislador ha llevado a cabo el acto de creación normativa, y sólo es posible la creación normativa, tanto en el autor de la ley, cuanto en los autores de los acuerdos, de los pactos, de los convenios o de los contratos, cuando se ha dado el acto de creación, conducta que tampoco es posible si no le precede el acto psicológico de la aprehensión de los conceptos y los juicios jurídicos (*ob. cit.* págs. 39 y ss.).

3. A partir del acto de aprehensión normativa es pertinente la reflexión que llevaría a sostener que el legislador se comporta no sólo objetivamente, entendiendo por tal el que analice las proposiciones desinteresada y neutralmente, sino también que las pensaría con estricto apego a la lógica jurídica, cualquiera que fuera el criterio que sobre ella tuviera.

Sin embargo, basta leer la codificación vigente, cualquier cuerpo normativo, para encontrar lo que se han llamado lagunas, contradicciones y normas incompletas por carecer de la sanción predecible.

Y no sólo eso, sino que se descubre con frecuencia, podría decirse que con demasiada frecuencia un criterio prejuiciado, lo que equivale a decir que el legislador no solamente no es objetivo, sino que tiende a imponer soluciones que podrían calificarse de políticas.

Con independencia de que pueda hablarse de una configuración familiar o fraternalista de lo político en la que la conducta del legislador se tomara como un comportamiento amistoso, como el conducirse natural de quien se dirige a organismos que son de su mismo origen y con los cuales se empareja, lo cierto es que, al decir de Jacques Derrida (“Política de la Amistad”, Valladolid 1998, pág. 12): “el concepto de lo político se anuncia raramente al margen de alguna adherencia del Estado a la familia, sin lo que llamaremos una esquemática de la filiación: la cepa, el género o la especie, el sexo, la sangre, el nacimiento, la naturaleza, la nación...”.

Cualquiera que sea la descripción del fenómeno, lo importante es que el legislador no trabaja, en el momento de la aprehensión normativa con la asepsia o neutralidad suficientes, se dedica a lo que la doctrina llama la creación normativa influida por alguno de los elementos de lo que cabe incluir en un género calificable de empatía. El diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, en su edición de 1992 describe el término empatía de la siguiente manera: “Participación afectiva, y por lo común emotiva, de un sujeto en una realidad ajena” (pág. 571).

Este movimiento afectivo puede llevar a cualquiera de los dos extremos: a la simpatía o a la antipatía, de tal manera que cuando se califica a una solución como política, es porque obedece a movimientos anímicos de empatía. Si, por ejemplo, la empatía se resuelve en simpatía, todavía cabe preguntar si esta última obedece a un interés mediato o inmediato, a una inclinación que busca un satisfactor o que representa un reconocimiento de cualquiera índole; y si se trata de una causa de antipatía, también es factible graduarla e indagar el objeto contra el cual se mueve.

Lo trascendente es que en el campo de la aprehensión normativa se encuentra siempre o casi siempre un dato de empatía, que es a lo que se ha calificado de razones políticas y alguna vez estuvo de moda llamarles razón de Estado para calificar con enorme pesantez el motivo de la inclinación anímica.

Es claro y hasta resulta notorio que cuando el legislador actúa en respuesta a la llamada opinión pública, la creación normativa viene cargada de los intentos de solución que satisfagan los requerimientos populares. Cotidianamente el creador de la ley llega inclusive a mover esa opinión pública para retroalimentarse calificándola del motor que impulsa su decisión. El catálogo de la criminalidad se mueve como termómetro social respondiendo a

las inquietudes y a las aspiraciones de la población, ya sean espontáneas o provocadas por los gobernantes. Es bien sabido que un gobernante busca y normalmente provoca o dirige la dicha opinión pública para poder emitir la normatividad que políticamente ha considerado valiosa. La imagen del gobernante, la ideología de los partidos, los lemas de las planeaciones están colmados de soluciones políticas, por lo mismo que tienen calidades de empatía, sin importar la averiguación casuística de cuál es el sentido de la afirmación simpática o de la negación por antipatía.

De ahí también que finalmente la población y los teóricos de la política terminen sosteniendo que la solución está en llevar al ámbito gubernamental a los representantes de sus tendencias y tensiones anímicas convertidas en supuestos principios políticos.

4. El proceso es un instrumento y como tal resulta susceptible para diversas aplicaciones. Además por su flexibilidad ha propiciado no sólo la aparición de doctrinas que tratan de explicar su naturaleza jurídica, sino de aquellas que lo utilizan como símil para elaborar figuras que metafóricamente lo llevan a otros campos.

Ya Víctor Fairén Guillén ("El Proceso como Función de Satisfacción Jurídica", Valencia 1969), luego de explicar la amplitud de aplicación del término "satisfacción" y de advertir que prescinde del examen histórico, señala que los penalistas, por ejemplo, se han ocupado del contenido de la expresión, dándole un ámbito más restringido del que él concede, recordando que un procesalista civilista como Jaime Guasp ("Derecho Procesal Civil", Madrid, 1956, pág. 36 y ss.) ha concebido al proceso como un instrumento de satisfacción de pretensiones.

Pero no ha sido ésta la única calificación ni mucho menos de lo que se ha escrito alrededor del tema, y en su trabajo "Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso" (en "Estudios de teoría general e historia del proceso" (1945-1972) México, 1974, Tomo I, págs. 377 a 452), Alcalá Zamora y Castillo recuerda que se han formulado las tesis que sostienen que el proceso ha de considerarse como estado de ligamen (Kisch), la concepción francesa del proceso como servicio público (Duguit, Jéze, Nezdard), la construcción histórico-sociológica de Benjamín Cardozo, las diversas posturas de Carnelutti tanto respecto al fin como a la naturaleza del proceso, así como su tesis del enjuiciamiento criminal como jurisdicción voluntaria y su retorno al juicio; el proceso como modificación jurídica y como misterio según Satta, el reemplazo del proceso civil por la jurisdicción voluntaria de Baumbach, la instancia y la relación procesal de Machado Guimaraes, el acuerdo como noción clave del proceso de Sentís Melendo, El proceso y la voluntad vinculatoria autárquica de la ley según Podetti, el proceso como institución según Giménez Fernández, Guasp, Couture y otros; el proceso como reproducción jurídica de una interferencia real de Lois Éstevez; el proceso como entidad jurídica compleja de Foschini, el proceso como juego de Calamandrei y otras posiciones más que han aparecido en Francia, en Italia, en España en donde Gómez Orbaneja aceptó la teoría del proceso como relación jurídica, pero distinguió el civil del criminal porque en el primero la resolución definitiva se

aparta por la materia de las interlocutorias en las que el juzgador no tiene que consultar los preceptos materiales sino hasta llegar el momento de la sentencia de fondo, en tanto que en el proceso penal es menester que además de las condiciones meramente formales se dé la posibilidad de la existencia concreta de unos supuestos de derecho sustantivo, de aquellos con características de hechos de los que el derecho material hace depender la consecuencia que es la pena. A esta tesis la calificó Alcalá Zamora de dualista por ir contra la corriente unitaria que en ese momento dominaba en España, por lo que fue rebatida primero por Guasp y después por Fairén. También recordó las tesis de Bettioli y Gelsi Bidart, de quienes comentó que parecían eludir el problema por cuanto sus ideas se relacionaban más con el procedimiento que con el proceso y, finalizó refiriéndose al trabajo de Carlo Furno que no pasó del título en que hizo referencia al procedimiento como categoría técnico-jurídica autónoma.

Éstas fueron las referencias que se hicieron a distintas tesis que se calificaron de menores porque confrontadas con las más difundidas carecían de su importancia. Y ya se sabe que las mayores se habían clasificado en dos rubros: las privatistas que comprendían las ideas del proceso como contrato y como cuasi contrato; y las publicistas que concibieron al proceso como relación jurídica o como situación jurídica. Expresó el profesor español, que no se trataba de calificaciones con propósitos despectivos sino para indicar su arraigo y difusión o su desenvolvimiento en trabajos de mayor envergadura y aparato científico.

Resulta, por ende, factible agregar, así sea a manera de curiosidad, divertimento o con propósitos pedagógicos, una noción de este instrumento que permitiría calificar al proceso como un complejo ferroviario, en el que no faltarían ni la máquina ni los vagones, ni los caminos sinuosos, tortuosos, llanos, inclinados, rectos y curvos, con sus respectivas estaciones finales e intermedias, con sus paradas accidentales y sus pasajeros singulares (cabría recordar los trenes presidenciales) y plurales, con todo un personal que puede ser reducido al mínimo y aumentado indefinidamente, con suplentes, sustitutos, relevos e intercambios, con transbordos y conexiones de toda índole. Un sistema, en fin en el que las comparaciones no terminarían, aumentando el lenguaje metafórico para continuar con ese pensamiento poético de tantos autores que han alcanzado fama literaria.

Y entre los muchos factores que cabe agregar a esta interminable complejidad, está el material político que aparece desde el plano del derecho sustantivo y acompaña todo el recorrido hasta el final de la ruta. La historia, la literatura y la ensayística no han concluido todavía en sus investigaciones y recuentos. Desde los clásicos griegos en los que el proceso aparece en la filosofía platónica, la dramaturgia de Esquilo, Eurípides y Sófocles, incluidas las comedias político-judiciales de Aristófanes, de entre las que sobresalen "Las Avispas", hasta los tiempos modernos, en que la actividad de los tribunales ha estado imbricada con la política.

También Alcalá Zamora se ocupó de exponer los casos de esta injerencia de la política, si bien lo hizo pensando más en los procesos de su tiempo que en los sucedidos a lo largo de la

historia. Sus trabajos fueron recogidos en un solo volumen (“Política y Proceso”, Madrid 1978) en el que destacaron las referencias a las posibilidades procesales en torno a la muerte del general Humberto Delgado, luego una reseña de una tesis doctoral relativa a cuestiones penales, procesales y penitenciarias, en seguida reseñas sobre el volumen de Antonio Pedrol Rius sobre “Los asesinos del general Prim”, acotaciones al libro de Besteiro de Ignacio Arenillas de Chaves y luego “Objeciones a las sentencias dictadas al tenor de la ley de responsabilidades políticas de 1939 contra don Niceto Alcalá Zamora y Torres”.

Trabajos de mayor importancia han sido las obras, por ejemplo, de Alexander Demandt, ed. (“Los grandes procesos”) y, sobre todo, el libro de Jacques Isorni que con el título de “Los casos de conciencia del abogado” (Trd. José Antonio Bravo, Barcelona, 1967) presenta el ejercicio de su profesión como defensor que tantas veces se enfrentara al poder constituido, que fuera separado de la abogacía por desacato al Jefe del Estado y por haber seguido inflexiblemente el camino que su conciencia le marcaba.

Si trascendente fue el trabajo de Isorni en el que resuena el solemne grito de “audiencia pública”, historia crítica es la de William H. Rehnquist, el Chief Justice de la Corte Suprema de los Estados Unidos que se ocupara de las relaciones judiciales entre el presidente Lincoln y el entonces Chief Justice, Roger Taney (“All The Laws But One”, New York 1998).

De esta obra hay que rescatar la transcripción que hace de las palabras de Lincoln comentando la resolución del presidente Taney al resolver (en la Corte del Circuito de Baltimore) sobre el *habeas corpus* en el caso de John Merryman. Fue éste un proceso totalmente inmerso en la política, desde el ámbito constitucional por cuanto Merryman era un agricultor, un legislador estatal y un miembro de la caballería militar. Fue arrestado un sábado e inmediatamente se asesoró de un abogado que formuló la petición de *habeas corpus* presentada ante el Chief Justice Taney el domingo 26 de mayo de 1861. Las tropas habían entrado a su hogar en Cockesville, Maryland y lo habían arrestado por su participación al destruir el puente del ferrocarril, después de los tumultos del 19 de abril. Merryman fue llevado al Fort Mchenry.

En 1860 Lincoln había sido electo presidente de los Estados Unidos y en el mismo año la Carolina del Sur se separaba de la Unión, formándose la Confederación de los Estados del Sur al año siguiente en que se inició la guerra de secesión. Por cierto, año también en que el presidente Juárez entraba a la ciudad de México y se decidía la intervención tripartita contra este país, de España, Inglaterra y Francia, quedando esta última con la ocupación del territorio invadido; y también año en que fue expedida por el Congreso mexicano la primera ley de amparo que, sin embargo, no pudo tener aplicación práctica sino hasta que en 1867 se le sustituyera con la segunda ley, una vez que la invasión extranjera había terminado.

El Chief Justice Taney expidió el “writ” que envió al general George Cadwalader, y en lugar de éste se presentó su ayudante el coronel Lee completamente uniformado con todo y espadín, disculpando a su superior y describiendo algunos de los cargos contra Merryman,

concluyendo, a nombre del general que estaba debidamente autorizado por el presidente de los Estados Unidos para suspender el “*writ of habeas corpus*” por razones de seguridad pública, y solicitó se pospusiera el procedimiento hasta que se recibieran instrucciones del presidente. Interrogado por el abogado de Merryman sobre la presentación de éste, Lee respondió que no lo había hecho. Taney decidió que al general Cadwalader se le había ordenado presentar la persona de Merryman aquella mañana y había fallado, por lo que emitió una orden de arresto para ser presentado al día siguiente. El 28 de mayo la Sala de la Corte se vio colmada por más de dos mil personas que ocuparon la calle misma. Al reunirse la Corte su presidente preguntó al alguacil si había cumplido con la detención del general y por escrito contestó que había ido al fuerte y colocado el citatorio en la puerta, pero se le había informado que no había respuesta y él no estaba en posibilidad de hacer cumplir el mandato. En consecuencia Taney leyó desde su asiento lo siguiente:

Ayer ordené un arresto porque en respuesta a la presentación del prisionero se alegaron dos causas.

Primero que de acuerdo con la Constitución y las leyes de los Estados Unidos, el presidente no puede suspender el privilegio del *writ of habeas corpus*, ni autorizar a ningún militar para que lo haga.

Segundo, que un oficial no tiene derecho a arrestar a una persona con apego a las reglas y disposiciones de guerra, por una ofensa contra las leyes de los Estados Unidos, excepto en virtud de un mandato judicial sujeto al control de los tribunales, y si la persona está arrestada, es obligación de los oficiales presentarla inmediatamente a la autoridad civil para que sea tratada de acuerdo con la ley.

Taney agregó que el alguacil tenía la autoridad legal para presentar el mandato y llevar al general ante la Corte, pero dado que se enfrentaría a una fuerza superior, esta actitud no podría realizarse, y en tales circunstancias Taney estableció que debería formular sus conclusiones por escrito y remitir el informe al presidente de los Estados Unidos requiriéndole el cumplimiento de su deber constitucional de hacer ejecutar la ley. En otras palabras, de hacer cumplir el proceso de la Corte.

Además de las críticas formuladas en los medios periodísticos del Norte, tuvo lugar la reacción del Ejecutivo Federal por cuanto el propio Taney había justificado su criterio de la incompetencia del presidente para suspender el *habeas corpus*, ya que la Constitución Federal, al tratar de las facultades del Congreso, le otorgaba diferentes atribuciones y en la sección nueve, cláusula dos prohibía ciertas actividades, la primera de las cuales se refería al privilegio del *writ of habeas corpus* indicando que no podría ser suspendido, salvo que por los casos de rebelión o invasión, así lo requiriera la seguridad pública.

Como esta cláusula estaba ubicada en el artículo I que se refiere a la competencia del Congreso, Taney sostuvo que la intención era conferir la atribución de suspender el

privilegio al Congreso. El artículo II atinente a las atribuciones del presidente, según Taney no le autorizaban tal competencia y agregó que en Inglaterra, el parlamento había reservado para sí tal potestad.

En el Bill of Rights de 1791, significado por las diez enmiendas que resultaron de la insatisfacción de los Estados por la ausencia de garantías de los derechos individuales, condujo a la afirmación de que al limitar el poder de suspensión del writ contenido en el artículo I, implicaba una garantía para su existencia. Esta inferencia nunca había sido intentada y durante la administración de Lincoln, el Congreso resolvió el problema autorizando al presidente para suspenderlo pero Merryman sostuvo que mientras las Cortes Federales estuvieran funcionando, cualquiera persona como John Merryman que no era miembro de las fuerzas armadas, sólo podría ser detenido, acusado o juzgado siguiendo el procedimiento establecido para esas Cortes. Taney continuó razonando sobre la autoridad del presidente de los Estados Unidos, diciendo que su principal obligación en esta área era acudir en ayuda de la autoridad judicial si ésta fuera obstaculizada por la fuerza.

Lincoln no respondió directamente a la misiva de Taney, pero en su mensaje del 4 de julio de 1861 en una sesión especial del Congreso, destacó el hecho de que la Constitución fuera omisa respecto a qué ramo del gobierno debería ejercer la autoridad suficiente para suspender el recurso, afirmando que en una emergencia, cuando el Congreso no estuviera en sesión, el presidente tenía la autoridad para hacerlo. Y agregó que el “writ” que fuera emitido con tan extremo cuidado por la libertad ciudadana podría, como lo había interpretado Taney, permitir que todas las leyes menos una resultaran inejecutables, conduciendo a la ruptura del gobierno a menos que esa ley también fuera violada.

Todos los acontecimientos de esos años se sucedieron bajo el peso del factor político. No puede olvidarse que el movimiento secesionista llegó al grado de que en virtud de la discrepancia de criterios entre los habitantes de Virginia, surgió el nuevo Estado de Virginia del Oeste, lo que fue para la población de esta Provincia, una prueba de su propia medicina al decir de Rehnquist (*ob. cit.* pág. 17).

Ciertamente las hostilidades comenzaron con el rendimiento del Fuerte Sumter, situado en la Bahía de Charleston en Carolina del Sur; pero a ello siguieron los motines populares, especialmente en Baltimore, donde se originó el problema de Merryman que condujo a las discrepancias del Chief Justice Taney y el presidente Lincoln. A siglo y medio casi de distancia, lo que ahora importa es la expresión de Rehnquist, quien opina que la decisión de Taney fue realmente precipitada y sin respetar la audiencia del abogado del gobierno, y el hecho de que hubiera podido llegar a una solución correcta sobre el mérito de la causa, no lo disculpaba del correcto seguimiento del proceso. Y lo que es más importante el mismo Rehnquist confiesa que el proceso judicial es esencialmente deliberativo, lo que significa la clave para distinguirlo del procedimiento ejecutivo y del legislativo. Parte de esto requiere que el juez conceda tiempo suficiente para conocer y decidir, pero parte también es la oportunidad para cada litigante a fin de que pueda persuadir a la Corte de la corrección de su

posición. La mente del juez no necesita, y en efecto no está exenta de convicción al comenzar las argumentaciones. El juez puede tener instintivamente o de manera preliminar reacciones contra la posición de una parte en determinado caso antes de oír los argumentos del abogado. Pero uno de los propósitos de los alegatos es permitir al consejero jurídico de esa parte, tratar de persuadir al juez en el sentido de que su preliminar o instintiva reacción está equivocada. En la actualidad en que el calendario de las Cortes está saturado y se han establecido límites a las argumentaciones orales, por regla general en las Cortes de apelación sobre bases "ad hoc" y en los jurados, hay más confianza en los argumentos escritos o en los memorandos presentados por los abogados de cada parte (págs. 40-41).

5. La política es un hecho que se ha llegado a considerar fatal e ineliminable en el proceso. Está íntimamente emparentada con el fenómeno de la comunicación social, de manera que en la medida que esta última aumenta y acerca a los miembros de las sociedades, la influencia de la política resulta mayor y más deteriorante de la rectitud procesal.

Entendida como una manifestación de la empatía humana, la política siempre ha interferido en el juzgamiento social. Pero cuando se proclama como idea fundamental del proceso el juzgamiento imparcial de tercero, es menester recapacitar una y otra vez sobre la posibilidad de llegar en algún momento o en algún extremo a la realización de este ideal.

Es incuestionable que tanto en el campo interno como en el internacional, la influencia del dato político inclina a los juzgadores hacia el prejuizgamiento.

Expresó Jacques Isorni ("Los casos de conciencia del abogado" trad. Juan Antonio Bravo, Barcelona 1967) que "los procesos políticos originan los casos de conciencia que más difícilmente encuentran una solución satisfactoria. Han sido casi los únicos que dan todavía a la abogacía su fuerza simbólica, inseparable del emblema de la libertad".

Pero el hombre común y corriente, el hombre de la calle, no alcanza a comprender cómo es posible que el derecho expresado en proposiciones que son oraciones gramaticales en que las palabras utilizadas son el lenguaje humano, empleado para intercambiar pensamientos y voluntades, cómo ese instrumento necesita de algo tan singular como es la interpretación.

Es que el problema político está implicado, íntimamente contenido en el problema de la comunicación y éste en la cuestión del lenguaje. De siempre se ha buscado que el signo tenga sólo un significado, no dos ni tres ni un número indeterminado. La gran ventaja de las ciencias exactas frente al derecho, es el haber encontrado desde los remotos tiempos de su aparición, los signos y las fórmulas de la exactitud. En matemáticas, en física o química las fórmulas son unívocas y la diferencia de idiomas carece de importancia.

Pero en el derecho las palabras, como en los diccionarios de las Academias tienen diferentes acepciones, y cuando la empatía subjetiva utiliza los vocablos, el sentido cambia al tenor de lo que se denomina la política.

Los casos que registra la historia, las causas actuales, los tribunales nacionales y los internacionales, todos tienen la posibilidad de dar a las palabras una dirección especial, la que su conciencia individual les inspira.

Naturalmente, el problema se origina desde que el legislador público o desde el momento en que los contratantes privados elaboran la normatividad aplicable. Tan pronto como una ley es publicada, las diferencias y los conflictos para encontrar el significado de las palabras nace y se multiplica. Los estudiosos han puesto de relieve esta condición de las palabras y han utilizado el surgimiento de nuevas disciplinas del conocimiento humano, para intentar la depuración terminológica y el mejoramiento del lenguaje técnico.

Explica Antonio-Enrique Pérez Luño que “Norbert Wiener padre de la cibernética, designó desde sus primeros trabajos este término como la ciencia de la comunicación y el control en los seres vivos y en las máquinas” (“Cibernética, Informática y Derecho”, Bolonia 1976, pág. 17).

Al parecer se busca por este camino la técnica del control: “el gobierno controla el Estado, el obrero controla la máquina, el cerebro controla los músculos, el termostato controla la temperatura del frigorífico” (Pérez Luño, pág. 18).

No se ha logrado el control del derecho pero se confía en que a través de la cibernética se logre una segunda revolución cultural, haciendo realidad la correlación analógica con la revolución del Neolítico, término que como es sabido, “se asocia al descubrimiento de la agricultura y la domesticación de los animales” (Pérez Luño, pág. 19).

Si no se alcanza en los siglos porvenir esta meta ideal por ahora, se seguirá pensando con Isorni que “la observancia de la ley es la primera regla que se impone un miembro de la abogacía. Lo que nos conduce de nuevo al famoso juramento. Pero tenemos derecho a faltar a ese contrato en la medida que las reglas profesionales no se han hecho para los casos políticos” (*ob. cit.* pág. 164).

Esta posición empírica de un abogado francés tiene su parangón con la doctrinaria de un jurista alemán como lo es James Goldschmidt (“Derecho Procesal Civil”, Barcelona 1936, trad. Leonardo Prieto Castro, pág. 8), para quien el proceso es una situación jurídica y, “desde este punto de vista, las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente relaciones jurídicas (consideración estática del derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino situaciones jurídicas (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquellas son derechos en sentido procesal el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es,

desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada, y las últimas las cargas, imperativos del propio interés, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones. La situación jurídica se diferencia de la relación jurídica no sólo por su contenido, sino también porque depende, no de la existencia, sino de la evidencia y muy especialmente de la prueba de su presupuesto. El concepto de la situación jurídica se debe a Kohler, el cual ve en ella una relación jurídica imperfecta”.

Desprenderse de este pesimismo crítico es sumamente difícil. Desde la perspectiva universitaria los resultados de la práctica son predominantes sobre cualquier especulación teórica, de ahí el esfuerzo por encontrar una terminología que a la manera del mandato justinianeo impida la deformación del pensamiento concretado en una normatividad vigente (al explicar la composición del Digesto se dijo “#20. Y considerando nosotros como lo más conveniente anteponer al libro del Digesto tanto los nombres de los antiguos autores del derecho y de sus obras, cuando la noticia de donde ha sido formada la colección de las leyes compiladas al presente, mandamos hacerlo así, como en efecto se hizo; al mismo tiempo ordenamos que estas noticias fueran colocadas después de esta nuestra imperial Constitución, para que todos conocieran qué es lo que corresponde á la infinitud é inmensidad del antiguo derecho y qué es lo que por nosotros ha sido innovado. Pero sólo hemos reunido los nombres de aquellos autores del derecho o interpretes de las leyes, que para todos tuvieron autoridad, y fueron admitidos por los anteriores Emperadores y merecieron ser citados por ellos; pues si alguno de los antiguos fundadores es completamente desconocido, le hemos negado la participación en esta obra. Mas a todos los aquí citados hemos dado una misma categoría y dignidad, sin que a ninguno se haya concedido mayor autoridad que a otro; pues si a todos sus escritos hemos dado la fuerza de Constituciones Imperiales ¿quién juzgará que alguno tiene mayor o menor autoridad de ley”? El Digesto del Emperador Justiniano, trad. Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Madrid 1878, tomo I, pág. 27).

Si las rígidas instrucciones del Digesto se hubieran podido seguir al pie de la letra en la casuística de todos los países y todos los tiempos posteriores a su emisión, no habrían aparecido fenómenos tan discutibles como los que se miran ahora en las más recientes decisiones judiciales cual ha acontecido en un proceso político de la mayor envergadura en la comunidad nacional cuando al reo se le ha condenado a cincuenta años de prisión por lo que se denominan “pruebas circunstanciales” o “meros indicios” que llegan inclusive a contrariar lo dispuesto por las normas constitucionales.

Pero es que las presiones de los medios de comunicación masiva son tan irresistibles como anteriormente lo eran los rumores, la fama pública o las consejas.

Todo hace inclinar el ánimo hacia el pesimismo, es sumamente difícil encontrar un punto de apoyo para reaccionar favorablemente, creyendo que así sea en un punto excesivamente remoto, podrán aparecer los fenómenos de aprehensión, de creación y aplicación normativas sin discrepancia en los distintos momentos. Se calificaría de iluso a quien supusiera que

cabrá imaginar una época en la que se piense el derecho para ser respetado, que todas las voluntades que se vayan sucediendo en la experiencia jurídica tengan la coordinación suficiente para hacer congruente el pensamiento con la experiencia.

Y sin embargo, si los llamados a preocuparse por los problemas jurídicos se empeñan lo suficiente, y cada uno limita su esfuerzo al sector de su preferencia y su especialidad, es de creer que a la manera de lo realizado por la Escolástica, se encuentre el camino para alcanzar la conclusión lógica en la lectura de la normatividad aplicable.

Parece que el problema inmediato es averiguar si la lógica resulta verificable en todo trabajo jurídico, y la respuesta está en dar algunos pasos hacia atrás para reforzar los resultados de la silogística, exigiendo que en la redacción de las leyes, en la elaboración de los convenios, en la redacción de los escritos en que se hacen valer las respectivas pretensiones civiles o penales, en los alegatos y en las sentencias, en todas estas estaciones del transitar jurídico, se examine su regularidad lógica, porque, después de todo, es manifiestamente imposible decir, aplicando una fórmula cualquiera, por ejemplo la de los silogismos universales afirmativos que si a las esencias se les atribuyen ciertas características y de ahí se sigue una inferencia lógica no se podrá llegar a una conclusión irrefutable. Es claro que no se puede sostener, por ejemplo, que si todos los que son habitantes de una comunidad tienen determinadas características jurídicas, un grupo que forme parte de esa totalidad carezca de las mismas cualidades.

Es preciso retomar los resultados medievales y continuar con el examen riguroso de las deducciones, porque en esa vía es donde no cabe el factor político si se concibe el sistema jurídico con juicios categóricos; lo que interesa y tiene que preocupar es la demostración de que el sujeto de la conclusión está contenido en su predicado a modo de una de sus especies. Si ya se sabe que la demostración opera encontrando el tercer término, el llamado término medio y se tiene un cuadro de las figuras y de los modos del silogismo categórico, una resolución de autoridad competente que tome la forma del silogismo, según la ley matemática de las combinaciones, no podrá arrojar más de diecinueve modos concluyentes ("*1a. Figura (4):* aaa (Barbara).-eae (Celarent).- aii (Darii).- eio (Ferio); *2a. Figura (4):* eae (Cesare).- aee (Camestres).-eio (Festino).- aoo (Baroco).- aai (Darapi).-eao (Felapton); *3a. Figura (6):* aii (Datisi).-oao (Bocardo).-eio (Ferison); *4a. Figura (5):* aai (Bamalip).-aee (Calemes).-iai (Dimatis).- eao (Fesapo).-eio (Fresison)". Es cierto que así descrito el tratamiento lógico requiere de un esfuerzo especial, pero si a la par que se enseña el derecho se reafirma la aplicación de la lógica, al final de los estudios se tendrá una preparación bastante para afrontar el trabajo de análisis requerido. Hay necesidad ineludible de volver la mirada hacia el tratamiento lógico de las disciplinas jurídicas. Se han perdido siglos descuidando el reforzamiento de la Silogística, y ahora conviene retomar el hilo de las indagaciones lógicas antes de seguir por el camino de las especulaciones informales que surgen de una opinión pública proclive a entronizar sentencias populares sin el debido proceso legal (cfr. Francisco Larroyo y Miguel A. Ceballos "La lógica de la ciencia", México 1948, págs. 175 y ss.).

6. La contaminación del derecho con el factor político no puede ser subsanado o corregida con los remedios que proporciona el mismo factor. Para extirpar el dato exógeno es necesario encontrar un antígeno que actuando como anticuerpo destruya el elemento ajeno al sistema jurídico puro.

La solución ha de encontrarse en la Lógica que siendo objeto del conocimiento humano, sin embargo, no es algo que dependa de la voluntad del sujeto que la conoce. Su consistencia objetiva la aleja por igual del voluntarismo y de la empatía.

Hay un capítulo de la Lógica que habiendo alcanzado su culminación en la Edad Media, se abandonó desde el Renacimiento por un motivo que tenía y ha conservado su calidad de solución, y consiste en que si la inferencia que produce el silogismo aparece endeble porque la premisa mayor no es previamente verificada y, por tanto, no existe seguridad sobre su veracidad, el desenvolvimiento posterior está afectado y la conclusión es insostenible.

Pero en la medida que se introduce un control de las premisas, la validez de la conclusión es obvia.

Como acontece en matemáticas con la fórmula de la regla de tres, lo principal es el planteamiento, porque desde su expresión se propicia la solución, que ya va implícita en las operaciones aritméticas; de la misma manera en el rubro de las influencias políticas en el proceso, lo determinante es plantear la zona en que el problema se manifiesta, porque la generalización nubla el espectro y aleja el resultado.

Por ello cabe centrar la observación en un punto de la institución: en la sentencia, que tiene principalmente las características de una resolución del debate bilateral.

Ciertamente el problema ha sido contemplado por los procedimientos en casación, cuando han tenido que discurrir sobre la diferencia que existe entre cuestiones de hecho y de derecho (Cfr. Horst-Eberhard Henke, "La cuestión de hecho-El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad", Trad. Tomás A. Banzhaf, Bs. As. 1979, págs. 10 y ss.). Este sería un primer paso, puesto que ante todo habrá que separar la inferencia deductiva de la inductiva y así, por ejemplo, cuando la ley confiere libertad al juez para decidir sobre la 'gravedad de la causa', las inferencias a emplear serán inductivas porque se partirá de la calificación de la conducta combatida que, una vez calificada por el juzgador como de causa grave o no en su ilegalidad, se continuará hacia la segunda premisa que será la creadora de la regla en la que tendrá que apoyarse la conclusión.

Lo que se ha discutido, especialmente en los tribunales supremos, primero de Prusia por el año de 1833 y luego en los tribunales alemanes de casación, ha sido si la calificación judicial, obviamente jurídica, era o no una cuestión de hecho.

Es muy probable que en la redacción de las sentencias se utilice el silogismo irregular, aquel que parece no constar de tres términos o el otro en que se amplifican los signos expli-

cando cada una de las proposiciones. Estos silogismos irregulares han sido clasificados en dos grupos: el entimema y el epiquerema.

Por el primero se forma un silogismo abreviado o elíptico en el que una de las premisas se sobreentiende. A este tipo le llamó Aristóteles el silogismo de los oradores, porque tiene por objeto abreviar o aligerar el discurso suprimiendo la mayor o menor del mecanismo silogístico.

El epiquerema es un silogismo donde a una de sus premisas o a ambas se añade una confirmación de apoyo (Larroyo y Cevallos, "Lógica", *cit.*, p. 192).

Esto es lo que con frecuencia sucede en la práctica, porque los tribunales no penetran en la formulación lógica, ni regular, ni irregular de sus silogismos. Pero de la circunstancia de que la casi totalidad de los pronunciamientos no se estructuren como silogismos regulares, no cabe llegar al resultado de que las sentencias no los utilizan, no deben o no pueden formarlos.

Cuando en el tribunal federal alemán del trabajo se presentó el caso de la 'culpa burda', la casacionabilidad de lo que se llama concepto indeterminado se suscitó, muy probablemente por la falta de un silogismo regular, porque el tema estribaba y aún consiste en establecer qué ha de entenderse por concepto indeterminado, si en una premisa mayor o en una premisa menor.

Es comprensible que en cualquiera de los supuestos, para considerar que se está frente a un pronunciamiento judicial, es preciso suponer que en algún extremo aparece la premisa mayor. Sostener que en un conflicto individualizado sólo hay contraposición de pretensiones concretas y sin ningún apoyo en una norma general, porque la ley ha derivado en el juzgador la discrecionalidad para dar significado a los términos establecidos, es obviar el problema y ocultar su estructura lógica.

En varias partes de su estudio ("El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad", en 'Estudios sobre el proceso civil'. Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1961, págs. 53 y ss.), Piero Calamandrei considera que la palabra equidad se refiere a las sentencias declarativas y añade: "Se admite generalmente por la doctrina que las decisiones del árbitro amigable componedor, contemplado por el art. 20 del Código de Procedimientos Civiles, tienen naturaleza cuantitativa; Chiovenda enseña que el árbitro amigable componedor... decide relaciones litigiosas, lo que lo asimila al árbitro; pero no necesariamente según el derecho, lo que le da un poder modificativo o constitutivo de las relaciones".

Aquí la discrepancia de los maestros italianos estriba en la potestad del juzgador, pero no en las notas lógicas de la sentencia. El centro del problema se alcanza cuando Calamandrei observa: "he dicho antes que la norma de derecho privado se dirige directamente a los súbditos, ignorando el proceso, el cual frente a la norma constituye una excepción y una anoma-

lía. Esto aparece también materialmente cuando se abre un código de derecho substancial y se lee al azar uno cualquiera de los artículos contenidos en él; a menos que tropecemos con alguna norma de derecho procesal que haya sido incluida en él por el legislador por consideraciones de oportunidad y por defecto de rigor sistemático (por ejemplo con las normas de derecho probatorio contenidas en nuestro Código Civil) nos encontramos constantemente en presencia de normas que se dirigen a los particulares sin intermediario en previsión de que éstos adaptarán su conducta espontáneamente a los dictámenes del derecho”. El Código de derecho substancial no se preocupa, normalmente de la eventualidad de que los particulares no obren de acuerdo con el derecho; solamente para las hipótesis de que tal eventualidad pueda verificarse se halla subentendida en toda norma la afirmación de la coacción jurisdiccional que constituye una garantía subsidiaria. De suerte que si quisiéramos, al pie de cada artículo del Código Civil o del Código de Comercio, añadir en forma expresa esta subentendida afirmación de la garantía jurisdiccional, deberíamos integrar todas las normas substanciales, cualquiera que sea su contenido, con una norma de derecho procesal, formulada siempre a base de este esquema: “cuando, verificándose el hecho específico supuesto en abstracto por la norma, los destinatarios de las voluntades concretas de ley, que hayan derivado de ella, no adapten espontáneamente su conducta a ellas, la autoridad judicial, a petición del interesado, deberá declararlas como existentes y ejecutarlas forzosamente”, así, por ejemplo, el artículo 1123 del Código Civil, debería ser contemplado con una fórmula concebida aproximadamente de esta forma: “cuando, habiéndose formado legalmente un contrato, uno de los contratantes no quiera espontáneamente cumplirlo, la autoridad judicial, a petición del interesado deberá declarar que el contrato en cuestión tiene fuerza de ley para quienes han intervenido en él, etc.”.

Para Calamandrei esta fórmula era clara pues de una parte reconocía a los particulares el derecho de acción y de otra se dirigía al juez para regular su conducta durante la decisión, “no modifica en nada el contenido de la norma de derecho substancial a la que se coordina, no hace más que establecer, junto al modo normal de actuación de la voluntad de ley (cumplimiento espontáneo por parte del obligado) un modo subsidiario y excepcional (sanción judicial) pero la voluntad de ley originaria continúa siendo la misma y la actividad intelectual y ejecutiva del órgano jurisdiccional está adaptada a la medida misma de esta voluntad” (pág. 31).

7. El problema de la aplicación de la ley ha sido estudiado constante y sutilmente por la más conocida doctrina moderna. Francisco Carnelutti al considerar los problemas de la interpretación en su “Sistema de derecho procesal civil” (traduc. Aniceto Alcalá y Zamora y Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1944), comienza aludiendo a los intentos lógicos para resolver el problema de las lagunas, indicando que han fracasado, “que no existe ninguna necesidad lógica de que el ordenamiento esté cerrado y sea completo, y que la solución del problema ha de buscarse en el terreno político” (tomo I, pág. 127).

Pese a la autoridad del profesor italiano a quien Alcalá y Zamora y Castillo calificara de algo más que gigante, de un coloso de la doctrina procesal, y no obstante la erudición que emplea y los esfuerzos sistemáticos que lleva a cabo, siempre resulta factible discrepar de su po-

sición, por cuanto si no es por la lógica, la tarea que se haga al sentenciar tendrá el calificativo de política que, se ha venido diciendo, es significativa de una empatía en el juzgador, pero no es la misión que se le ha encomendado, sino la de aplicar precisamente la lógica para llegar a los puntos resolutivos.

Lo que acontece con Carnelutti, quien sí se ocupó de buscar la etimología del término interpretación, coincidiendo con los lingüistas, para quienes, como expresan Joan Corominas y José A. Pascual (“Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid 1980, tomo G-MA, pág. 460) se trata de un término tomado del latín: ‘*interpres-etis*’, que ha significado mediador, término del que se han derivado palabras como interrogación, interrogante, intersección, intervención, etc.

Si desde el plano en que se ubica Carnelutti la interpretación opera frente a la contrariedad de pretensiones, entonces cabe admitir que la intermediación conferida al sentenciador se apoya en dos afirmaciones: la del demandante frente a la del reo, y no cabe pensar en la falta de adversidad entre estos sujetos, porque entonces se estaría ante la llamada ‘*jurisdicción*’ voluntaria o ante el procedimiento administrativo, donde se utiliza la instancia llamada de petición, que es una solicitud sin contrariedad, la cual sin embargo puede presentarse por obra de la autoridad, pero entonces es cuando se penetra en el contencioso que ahora es administrativo, porque se trata de un conflicto en que las partes están en desacuerdo respecto del acertamiento (como dirían Carnelutti y Alcalá Zamora) de la regla de este orden.

Así como en lo administrativo no falta el conflicto, tampoco en lo civil, mercantil, penal o internacional se desconoce el conflicto jurídico y, como consecuencia de él, la aparición de sendas pretensiones de las partes adversarias.

Lo mismo que al hablar de las hipotéticas lagunas, cuando se hace referencia al llamado pronunciamiento en equidad, el procesalista italiano sugiere o sostiene que “el juez ha de buscar una regla” (“Sistema”, tomo II, pág. 191). Y en esta supuesta búsqueda, el autor deja implícita la posibilidad de que sea el juez quien haya de crear la norma o regla general, y en ello opera un desvío consistente en hacer de uno de los operadores del proceso un legislador.

Es cierto que tanto en la hipótesis de las lagunas como en los casos de los juicios en equidad, en la práctica se observa al juez legislador, y sobre todo el fenómeno no parece asombrar a los procesalistas, y más cuando siguiendo la corriente que en su momento encabezaron Chiovenda, Leo Rosenberg, Edwin M. Borchar y otros, se sostiene que hay sentencias constitutivas, porque depende de la voluntad del juzgador que la relación jurídica se cree, se modifique o se extinga.

Pero todo el problema debe reducirse a una judicación congruente: o se aplica la lógica o por razones políticas, entre otras, se deja al arbitrio del juzgador, no sólo encontrar la resolución, sino legislar. Pero cuando se opta por la posición últimamente citada, entonces el siste-

ma jurídico total fracasa, se destruye, pierde conexidad y, materialmente desaparece su razón de ser estatal o de ordenamiento jurídico.

Es necesario distinguir entre el pesimismo que fue el calificativo utilizado para la tesis de James Goldschmidt, y paradójal o sofístico el razonamiento de la doctrina peninsular. El pesimismo puede conducir a la búsqueda del remedio, el sofisma entroniza un razonamiento con apariencias de conclusión verdadera y por su compleja envoltura puede llevar al convencimiento, sobre todo, cuando empíricamente sucede con demasiada frecuencia y aun con la autorización del órgano legislativo, que el juez sea quien por motivos políticos o por razones ajenas a su función de intérprete, parta de una norma que él elabora, o sencillamente selecciona racionalmente, para llegar a un resultado querido con anterioridad; y el propio Carnelutti termina admitiendo las deformaciones de la práctica forense al decir literalmente: “No se incurre en pesimismo al afirmar que con frecuencia dicho diagnóstico jurídico es omitido por jueces y abogados, que casi siempre por falta de preparación adecuada, prefieren proceder empíricamente, con aproximaciones superficiales del caso a decidir, con respecto a otros ya decididos, que son rebuscados con avidez en las colecciones de jurisprudencia, hasta que se encuentra o se cree encontrar la máxima útil para resolver la controversia; mala costumbre de sustanciación y de decisión imitativas, contra la que es necesario reaccionen cuando tengan por oficio la educación de los prácticos del derecho”. (Carnelutti, *ob. cit.* tomo II, pág. 191).

Más que ilusorio, sería contradictorio con el punto de partida, en el sentido de que es necesario desterrar la inclinación política de la tarea procesal, si se buscara hacerlo de una manera total, inmediata y directa. Lo aconsejable es analizar punto por punto dónde la influencia es determinante y susceptible de expulsión, como ahora sucede con el momento de la sentencia, lugar donde es posible determinar la presencia de lo político y exigir la aplicación estricta de la norma general emitida con anterioridad al conflicto y aplicable a su solución porque, como ya lo dijo el citado Carnelutti, mientras las partes hablan entre sí, el legislador lo hace con el juez.

8. La problemática que se forma con la imbricación de la política en el proceso, es sólo un momento, a veces final del traslape general que se produce en toda la superficie del derecho. Pero intentar una cirugía mayor pecaría de utópico e iluso. Lo que cabe intentar, para no quedar en el pesimismo agobiante es aconsejable iniciar un restañamiento de las partes, para ir restaurando sectores y alas de la inmensa construcción o, al menos para no dejar avanzar las cuarteaduras y las contaminaciones.

Por ejemplo, está ampliamente difundida la idea que el pronunciamiento judicial es un silogismo y quizás un polisilogismo. Ya Carnelutti había percibido parte de las raíces cuando expuso: “El problema de la interpretación común se plantea en estos términos: ¿qué ha querido decir el declarante?, es decir, se trata de descubrir lo que él se proponía, cuál era su intención. Y por intención ha de entenderse, no la voluntad, sino la dirección que ésta asume cuando se manifiesta. Por tanto, los dos términos del problema de la interpretación son las palabras (o si se quiere, los signos) usadas por el declarante, y su intención. Los dos textos

principales que se ocupan de la interpretación de la ley y de los contratos hablan, justamente, de ‘significado’ o ‘sentido literal de las palabras’ y de ‘intención del legislador’ (art. 3. Disp. Prel.) o de ‘intención de las partes contratantes’ (art. 1131 Cód. Civ.). (“Sistema”, *cit.* T. I., pág. 118).

Y esto es aceptado, porque en la primera parte de la apofántica o predicación que es la forma estructuralmente lógica del pensamiento, se tropieza o descubre el enlace de los conceptos, con los cuales se lleva a cabo la significación simple, general y abstracta de los objetos (Larroyo y Cevallos, “La Lógica de la Ciencia”, México 1948, pág. 119), y es conocido que los conceptos se expresan en signos y palabras.

Naturalmente lo primero son las palabras y la evidencia que cuantifican, lo que se llama el significado; y una tarea primordial, la ingente, es la experiencia porque los siglos que han antecedido al presente no se pueden borrar con un gesto, aparte de que no debe hacerse porque entrañan la cultura humana, hay que continuar en el ascenso de los conocimientos y avanzar hacia metas de mayores logros. Después de todo no puede olvidarse la enseñanza de Luis Recaséns Siches (“Vida humana, sociedad y derecho”, México 1939, pág. 58), para quien “...el hombre de hoy, como vive en una nueva circunstancia, en un mundo distinto (de conocimientos, de creencias, de experiencia) que el de ayer, modificará por su propia cuenta ese legado recibido. El tigre de hoy es tan idénticamente tigre como los tigres de hace dos mil años: cada tigre estrena su ser tigresco. Pero por el contrario, el hombre (que se caracteriza esencialmente por tener tradición) no estrena jamás su ser humano, su humanidad, sino que lo recibe ya configurado por las gentes del pretérito inmediato, por eso el hombre es siempre otro que el que fue; no tiene un ser fijo; el de hoy es distinto que el de ayer, porque sabe o conoce ese ayer, y además en cada época tiene que crearse un nuevo ser. Así resulta que el hombre no tiene un ser dado, hecho, sino que tiene que hacérselo; mas para ello comienza partiendo de lo que han hecho los demás, sobre cuyo nivel aportará él su propia contribución (grande o pequeña)”.

Ya Chiovenda había resumido el pensamiento de Bülow, diciendo: “El oficio del juez se realiza a base de una relación lógica, pero no se reduce a un simple silogismo. La sentencia como voluntad concreta, diferénciase de la ley y obliga con fuerza mayor a la de una simple norma abstracta. Un puro juicio lógico puede hacerse también por el particular, pero el particular no puede sentenciar ni condenar. Si el deber del juez se redujese a declarar la ley, la misión de la ciencia jurídica limitaría al conocimiento de las normas ya contenidas en la ley, y precisamente el mismo florecimiento de la ciencia jurídica demuestra lo contrario. Históricamente aparece el juez libre en su juicio, si bien regido por el sentido jurídico común o por la costumbre y la obra de los jueces va lentamente formando la legislación. Las *disputationes fori*, respecto de las XII Tablas; el *jus honorarium*, el mismo oficio jurídico de los emperadores romanos, las funciones de los regidores y el fenómeno de la introducción del derecho de Alemania, gracias principalmente a los jueces, lo demostrarían; pero también el juez moderno está llamado a producir derecho cuantas veces interviene juzgando casos no previstos por la ley, particularmente aquellos nacidos por consecuencia de invenciones o descubrimiento

y también cuantas veces se encuentre frente a un problema jurídico, especialmente a la cuestión de si un cierto hecho se halla comprendido entre los determinados por la ley; como cuando elige entre más de una norma, o la ley es oscura o equívoca; la ley no es más que una indicación que señala cómo debe ser organizado el sistema jurídico. En ella las partes interesadas encuentran la norma que les compete. Si la ley es oscura o si el sentido jurídico de los particulares es insuficiente, interviene el juez dando la norma en nombre del Estado.” (“Principios de derecho procesal civil”, traduc. José Casais y Santaló, Madrid 1922, pág. 101).

Aunque sutil el tema exige una solución más radical de las ideas expuestas en este planteamiento de Chiovenda y Bülow, porque hay dos cuestiones entreveradas que de no resolverse individualmente, llevan a un resultado confuso. La primera de ellas se refiere al fenómeno de la interpretación, y la segunda a la función de la norma general en los problemas concretos.

Si por interpretar se toma cualquiera intervención del tercero imparcial enfrentando pretensiones contrapuestas de las partes, no puede considerarse que también interpreta el que busca el sentido de la norma, pues esta es una tarea de los pretendientes. Son ellos los que invocan la norma que entienden les favorece, y los que exigen la aplicación de la que escogen. Por ejemplo, si en el derecho mexicano se dice que un contrato está sujeto a condición suspensiva, en los términos del artículo 1939 del Código Civil, se está sosteniendo que el contrato depende para su cumplimiento de que se realice la condición. Pero la parte contraria puede invocar el artículo 1944 que establece que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula.

Aquí nace una malla que se forma por las distintas argumentaciones que sobre el problema concreto pueden hacerse, a base de inferencias y de invocaciones de hechos y medios para confirmar lo afirmado (lo que generalmente se le denomina la prueba). Por ende, la interpretación que queda dicho es una inclinación lógica del ánimo del juzgador hacia uno de los argumentos en contradicción, no consiste en buscar como en el caso de la hermenéutica, el sentido de la norma, sino en verificar que el razonamiento presentado por las partes es el adecuado para la solución del problema: o se ha cumplido la condición y el contrato no existe, con todas las consecuencias que de ello se derivan, o la condición estuvo supeditada a la voluntad del deudor y en tal caso es nula, también con todos los efectos que ello implica.

En cuanto a la norma general, puede acontecer que en el contrato se haya incluido una estipulación que no esté prevista dentro de las disposiciones de la ley vigente. Es entonces cuando se piensa en la facultad del juzgador para buscar por sí mismo la regla que ha de aplicarse. Siempre caben las posibilidades de combinar lo que dispongan diversos preceptos del contexto normativo aplicable; o cabe invocar alguna norma que correspondiendo al rubro llamado los principios generales, que supuestamente facultan al juzgador para aplicar un criterio subjetivo al que se le da el calificativo de norma de equidad, de buenas costumbres, de usos generales o simplemente, como expresa Friedrich Stein, de “El conocimiento privado del juez” (trad. Andrés de la Oliva Santos, Pamplona 1973).

Lo que está por resolver es, entonces, el problema de si el juez puede inventar o buscar por sí mismo la premisa mayor del silogismo correspondiente. Ya se advierte que la doctrina, y la legislación y la jurisprudencia hablan de los casos no previstos por la ley y ya está considerada la posibilidad de acudir al contexto para encontrar analogía, cercanía o conexidad de lo conocido con la situación novedosa y carente de norma general. Lo que sigue es admitir o rechazar que el juez pueda legislar, porque este es el término que finalmente debe aplicarse. Cualquiera sea el calificativo que se de a la actividad resolutoria, si finalmente se encomienda al tercero imparcial que *ex post facto* decida un conflicto jurídico, lo que en realidad se le está otorgando es potestad legislativa.

Y si ha de emprenderse la tarea de expulsión del factor político y prever que no regrese por vías descuidadas, entonces es recomendable la sutura de esta lesión que se ha venido produciendo en la actividad judicial, porque si al dictar el pronunciamiento final quien juzga deja, no sólo de jurisdecir, sino que se avoca a normar, y esto lo hace de manera autónoma, es necesario insistir en que está legislando. Y esto no debe aceptarse por ningún pretexto, ni siquiera porque ya no existe el “non liquet” y el juez está obligado a decidir, ya que cabe, inclusive volver a la técnica de la instancia de consulta, creando o facultando a un órgano neutral, tal vez legislativo, el que emita el criterio general del que deba desprenderse la decisión concreta.

Si como enseña la Lógica, los juicios son predicaciones que albergan conocimientos, esto es, si son respuestas de preguntas hechas en torno a determinados objetos por conocer; en el caso del derecho la pregunta que interesa contestar es si resulta factible dictar una sentencia sin conocer una previa norma que viene a significar la regla general. En el supuesto que se conteste sosteniendo la anterioridad de la regla general y específicamente de esa regla que tiene esencia normativa porque implica un deber ser, entonces seguiría una segunda interrogante que consistiría en inquirir si en el Estado, esto es, en el asentamiento humano estructurado como empresa de gobierno, debe haber un órgano que emita *a priori* la norma, tomando el *a priori* con el mismo significado que le diera Max Scheller en su ‘Ética’, esto es, como aquel conocimiento independiente de cualquiera experiencia.

Tratar el ‘tema’ de la ‘interpretación’ con referencia al pronunciamiento del juicio, no es síntoma de que se entienda a la sentencia como un acto procesal, sino como un acto crismático que corona el desarrollo procesal como diría Enrico Redenti (“El compromiso y la cláusula compromisoria”, Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1961, pág. 17). Es el acto externo al proceso, y por ello se le llama también acto vicario. En este acto viene el momento de la interpretación que como lo viera Sebastián Soler (“Interpretación de la ley”, Barcelona 1962) ha recibido distintas acepciones o ha dado lugar a diferentes teorías, desde quien argumenta que la voluntad del legislador no puede constituirse en lastre de la ley y con ello quiso establecer que el pasado no puede pesar sobre el presente; quien estima que el juez debe resolver tan sólo con apego a la ley cuando ésta coincida exactamente con los sentimientos de la comunidad tal como en la escuela de Kantorowicz, que llevó al derecho libre; quien se afilia a la jurisprudencia de intereses atisbando en cierta manera la tendencia a estimar como

creadora la labor del juez y aquí se invoca la realidad de las leyes incompletas, inadecuadas o contradictorias; las tesis surgidas en Estados Unidos sobre la jurisprudencia sociológica porque debe formular el juez normas a base del conocimiento sociológico de la realidad; tesis que siguen desenvolviéndose en el 'realismo jurídico' que admite que el derecho efectivo está constituido tan sólo por reglas dictadas por los tribunales; la idea de Recaséns Siches de que el juez tiene la facultad de desechar la norma aplicable al hecho singular en el caso que su estimación produjere, según criterios de orden objetivo, efectos contrarios a las valoraciones en que se halla inspirado el orden jurídico positivo; la posición de quien intenta una labor arqueológica, para adecuar el precepto al presente, actualizando y resolviendo el contraste forzoso entre hechos concretos y normas, por la aplicación de principios derivados de la naturaleza del derecho en inmersiones en el ordenamiento jurídico; y finalmente la tesis de quienes piensan que la solución al caso ha de darse mediante elementos preexistentes en la ley (págs. IX a XIII).

Aunque en lógica se habla del método como un camino a seguir, también debe considerársele el medio para identificar los objetos de conocimiento, ya sea por sus propiedades o sus cualidades. Por cuanto al método, desde los griegos se conoce la deducción y a partir de Francis Bacon se utiliza la inducción. Sin embargo en los últimos tiempos Edmund Husserl introdujo el método fenomenológico. Una reflexión desprovista de prejuicios, conduce a advertir que los tres métodos se reducen a uno solo, al tradicional deductivo, porque la inclinación antropomórfica es partir de un punto inicial y, en materia de reflexión la estación inicial tiene que ser tan general, tan amplia y de tal capacidad, que permita regresar la mirada a ese punto para confirmar permanentemente la idoneidad de cualquiera predicación. No cabe tener como se supone que existe en la inferencia inductiva, un inicio singular para llegar a una predicación general. El método inductivo se ha empleado necesariamente como una recopilación de datos cuya reunión forma un elemento general o genérico, de manera que ya sea porque la razón establezca la generalidad del punto de partida o porque la experiencia lo fabrique, de todas maneras es el juicio genérico el importante.

La novedad que trajo la fenomenología fue en relación con el camino a seguir. Según ella, existe la posibilidad válida de partir de una intuición intelectual directa; pero se olvida que lo intuido sigue siendo una predicación genérica. El método fenomenológico al igual que el inductivo tiene que coincidir con el deductivo en la invocación indispensable al juicio universal o general. Sólo haciendo referencia a la prédica más general posible, es que se puede sostener con validez un juicio singular de cualquiera especie.

El derecho, como lenguaje normativo tiene que invocar una regla general para sustentar la validez de las predicaciones singulares. No puede establecerse la validez de un deber ser particular, si no se acude al apoyo de una predicación genérica.

Esto se vio en el caso de la llamada ley marcial a que hace referencia Rehnquist en la obra citada en el período anterior y en el presidencial de Lincoln ("All the laws but one", cit. págs. 40 ss.). Con la resolución de la Corte de Baltimore que integrara Taney siendo 'chief justice' de la Corte Suprema de los Estados Unidos, aconteció que ya durante la llamada gue-

rra de Revolución de 1815 se presentó un caso de ley marcial, en 1842 otro en Rhode Island y otros más en Ohio y Wisconsin durante la guerra civil.

Ya en 1857, Caleb Cushing, Attorney General de los Estados Unidos declaró, a consulta hecha sobre la conducta del gobernador del Territorio de Washington proclamando la ley marcial para detener a cualquiera persona bajo el cargo de efectuar transacciones comerciales con los indígenas hostiles. Después de informarse sobre la doctrina de las viejas leyes inglesas y continentales europeas, concluyó que no había normatividad sobre este asunto, omitiendo inclusive referirse a la decisión de la Corte Suprema en el caso *Luther vs. Borden* resuelto ocho años antes y terminó diciendo que la proclamación de la ley marcial era simplemente el reconocimiento del hecho de que la autoridad civil dejaba de ser capaz y eficaz en sus funciones y había sido sobreesfida o vuelta inútil por el poder militar. Cualesquiera fueran las tesis que se esgrimieron durante esa época, las consecuencias fueron que las declaraciones críticas contra el gobierno, ya hubieran aparecido en la prensa o como parte de la oratoria política, fueron castigadas con multas y prisión; los hogares sospechosos pudieron ser violados sin ninguna garantía, y ninguna de las disposiciones se dictó de acuerdo con las leyes emanadas de ninguna legislatura o consejo. Las leyes marciales provinieron de cualquiera que tuviera el cargo de general o comandante en funciones.

Pero sin importar las contingencias a que se enfrentaron las autoridades civiles y los mismos jueces como en el caso sucedido en 1815 en Nueva Orleans, cuando el juez del Distrito Federal, Dominik Agustín Hall expidió un *writ de habeas corpus* para ordenar la presencia de Louis Louailler, arrestado por órdenes del general Andrew Jackson; y como respuesta sufrió el arresto ordenado por el mismo Jackson con base en la ley marcial que había emitido con anterioridad. Marginalmente cabe agregar que el 13 de marzo se hizo el anuncio oficial de la ratificación del Tratado de Ghent que ponía fin a la guerra y que condujo a la revocación de la proclamación de la ley marcial, permitiendo, tanto al juez Hall como al acusado Louailler el regreso a Nueva Orleans, y el 21 de marzo el juez Hall expidió un decreto de contempt of court, multando a Jackson con mil dólares que treinta años más tarde, cuando Jackson se encontraba enfermo de muerte, el Congreso Federal ordenó se le reintegraran (Rehnquist, págs. 69-70).

Políticas fueron estas decisiones históricas, porque aunque Jackson no era juez ni hubo un proceso en que interviniera como tal, su resolución contra la autoridad que dictó el *habeas corpus*, tuvo tanta eficacia como si hubiera sido un pronunciamiento judicial. Que aquí no hubo una norma general susceptible de aplicación por la vía de interpretación judicial, es totalmente obvio, y ello refuerza el criterio de que por lo menos en el ámbito de la resolución imparcial de tercero, no debe interferir el elemento político, y por ello la sentencia debe ser siempre basada en ley, en una norma general que le anteceda. Aunque se considere disminuida la tarea del juez, lo cierto es que asciende en el valor general de la estructura estatal, y en la empresa de gobierno adquiere el más importante de los papeles cuando cuida de la exacta aplicación del derecho vigente, de aquella norma que la Constitución le encarga aplicar caso por caso.

La vinculación entre crimen y castigo fue ya observada por Dostoyevski (“Obras completas”, traduc. R. Cansinos Assens, Madrid 1935, Tomo I, págs. 1123 y ss.), quien la trató como si fuera una relación jurídica, pero no estrictamente procesal porque realmente y recordando a Ortolán, la relación está entre el delito y la pena que señala en la sentencia.

Como expresa Rehnquist (*ob. cit.* pág. 85 y ss.), cuando en septiembre de 1864, después de que se planeara La Convención Nacional Democrática que debería tener lugar en Chicago, ocasión para la que numerosos agentes, oficiales y miembros confederados de la orden Hijos de la Libertad, proyectaron reunirse y liberar a los ocho mil prisioneros del Camp Douglas. Pero una semana antes el gobernador Morton encontró evidencias de embarques de armas de los miembros de la organización en Indiana. Las oficinas de su gran comandante Harrison H. Dodd fueron cateadas junto con la correspondencia y el plan abortó.

Dodd junto con otros seis sospechosos fue arrestado por los soldados cumpliendo órdenes del comandante general en el Distrito de Indiana Henry Carrington. Y aunque éste intentó llevar a los acusados ante un tribunal civil, los secretarios de Lincoln, Morton y Stanton ordenaron el procedimiento militar más expedito. Dodd fue llevado a juicio ante la Comisión Militar con sede en Indianapolis y habiendo obtenido que se le confinara en el edificio de correos pudo escapar, no obstante lo cual se le encontró culpable y se le sentenció a muerte.

Para Rehnquist todos los cargos fueron: de conspiración contra el gobierno de los Estados Unidos, y especificaciones sobre varias actividades hostiles de los cinco acusados; de otorgar ayuda y asistencia a los rebeldes contra la autoridad de los Estados Unidos, de incitar a la insurrección, con dos especificaciones relativas a los esfuerzos para inducir a las personas a revelarse contra las autoridades de los Estados Unidos y cooperar con las fuerzas armadas enemigas; de prácticas desleales, y finalmente de un cargo intitulado violación a las leyes de guerra.

En este punto se detiene Rehnquist para hacer un análisis contrastante entre los cargos históricos y los que podrían deducirse actualmente, indicando que en todas las Cortes federales y en casi todas las estatales, para proceder penalmente, ya sea como consecuencia de la indagación del gran jurado o como una información registrada por el abogado acusador, es menester cumplir con los requerimientos del procedimiento criminal que gobiernan las reglas generales, invocando los cargos por los cuales los acusados pueden solicitar el retiro de la acusación, esto es, inclusive si la conducta alegada en la acusación se prueba, pero no viola ningún estatuto penal aplicable, por ejemplo, si el acusado es imputado de homicidio, pero la acusación sólo alega que atacó y golpeó a la víctima, la Corte debe desechar el cargo de homicidio, porque la muerte de la víctima es necesariamente un elemento del delito.

Utiliza Rehnquist estos episodios históricos para establecer que las leyes penales, no solamente especifican los elementos del crimen, “*verbi gratia*” la clásica definición en el dere-

cho común de asesinato como la ilegal muerte dada a otro ser humano, hecha con malicia y premeditación; pero también el castigo que se aplicará si el acusado es hallado culpable del delito. En las Cortes federales y en las mayorías de los Estados la sentencia es dictada por el juez más bien que por el jurado, pero el juzgador está obligado a resolver dentro de los límites establecidos en el estatuto.

El tema lleva al autor a distinguir los regímenes norteamericano e inglés, donde el Parlamento infirió los cambios y adiciones a la ley penal, desenvolviendo las decisiones de las Cortes, pero los pronunciamientos no tuvieron que basarse en una ley del Parlamento. Después de que se estableció el gobierno federal por la Constitución de 1789, surgió la cuestión de en qué medida podrían perseguirse los delitos comunes en las Cortes federales sin una ley del Congreso que expresamente los definiera. La respuesta estuvo sin contestación hasta que la Suprema Corte resolvió el caso *United States v. Hudson*, estableciendo que la autoridad legislativa de la unión debía expedir la ley penal, añadiendo el castigo y declarando qué tribunal tendría competencia para conocer de la violación, antes de que el crimen fuera procesado en una Corte federal.

En el caso de la Comisión en Indianapolis, la pregunta que surge naturalmente es cuál fue el origen de la ley que determinó los cargos presentados contra los criminales defendidos. A diferencia de la actualidad la acusación no tuvo cargos específicos en el juicio de traición ni se refirió a una ley federal que estableciera el delito. Los temas: conspiración contra el gobierno de los Estados Unidos, prestar ayuda y refugio a los rebeldes, incitar a la insurrección, prácticas desleales y violaciones a las leyes de la guerra, estos cinco cargos suenan como malignos y reprobables pero no eran violaciones a leyes penales federales que además eran inexistentes en esos momentos. De esta manera hay que entender que se dejó a la Comisión Militar el decidir qué conductas criminales eran delitos.

Está claro y parece evidente que la resolución imparcial de tercero, tiene que ser también políticamente neutra, que es una de las maneras de evitar que la política interfiera con el derecho y, si no es posible, como no lo es erradicar totalmente esta constante imbricación, al menos se puede pugnar por eliminarla de un momento tan importante como es el acto vicario de sentenciar.

En cambio, lo que se observa, y con más frecuencia en la actualidad, es la propensión de los tribunales a legislar, porque eso es definitivamente lo que sucede cuando se sienta jurisprudencia, ya sea a través de fallos reiterados en el mismo sentido que por ello se vuelven obligatorios o de pronunciamientos que por provenir de la más alta jerarquía judicial, alcanzan la categoría de pronunciamientos respetables que deben ser seguidos como si fueran normas estatutarias. Y esto cuando no acontece que el tribunal, cualquiera que sea su clase o su categoría, tenga facultades para reglamentar y lo haga en las materias que le competen como conflictos a decidir; esto es a interpretar, a optar entre las pretensiones deducidas, aquella que se apegue a la norma general aplicable.

Es cierto que hacia el juez se ejercen presiones de toda índole, como las institucionalmente implantadas que provienen de los llamados Consejos de la judicatura y aun de las comisiones de derechos humanos (“Ombudsman”) pero estas son estructuras orgánicas más fáciles de eliminar en cuanto pase la moda ideológica, pero el factor político que está secularmente conjuntado con la persona del juzgador, que es lo que requiere inmediata atención y una intervención de cirugía jurídica que extraiga este tumor tan pronto se tenga la sospecha de que puede presentarse, crecer o multiplicarse.

No hay duda que los jueces son expertos en derecho, y deben ser quienes conozcan el sistema jurídico aplicable y tal vez con mejores y mayores razones que el resto de los profesionistas, no sólo por la cantidad de casos que trabajan sino por la complejidad y variedad de los que se les presentan a resolución. Bastaría recordar el respeto con el que la doctrina los ha considerado. Ya queda indicado que Bernard Schwartz intentó hacer un recuento y una selección a la que llamó “Los diez mejores jueces de la historia norteamericana” (trad. De Enrique Alonso, Madrid 1990) citando a: John Marshall, James Kent, Joseph Story, Lemuel Shaw, Oliver Wendell Holmes, Benjamin Nathan Cardozo, Hugo Lafayette Black, Arthur T. Vanderbilt, Earl Warren y Roger John Traynor y resaltando sus aportaciones a la evolución de la normatividad de esta zona geográfica. Con todo, ante el peligro inocultable de que el factor político se entremezcle y desvirtúe la función resolutoria del juzgador, es preferible que tan eminentes juristas pasen al sector legislativo que casi siempre carece de sus consejos, no obstante ser el encargado de la elaboración de las normas aplicables, y no que se deje entrecambiada una abertura por la que constantemente se filtra el factor de la política.

Desde luego se está muy lejos de un problema sencillo o de fácil solución. Cuando Raúl Ortiz Urquidi, expresó en su “Derecho civil” (México 1977, págs. 87 y ss.), que entre las fuentes del derecho (entendiendo por fuente formal las manifestaciones de las normas jurídicas, por fuentes reales o racionales los factores o razones que determinan su contenido, y por fuentes históricas los medios materiales para conocer el derecho que estuvo vigente) se encontraba la jurisprudencia o conjunto obligatorio de normas jurídicas establecidas en las decisiones de los tribunales y la calificó de importantísima función *jurisdiccional*, atribuyéndole el haber permitido en Francia que el Código de Napoleón a pesar de los años transcurridos desde su expedición en 1804, siga vigente con las reformas y adiciones requeridas e impuestas por los avances de la civilización y las cambiantes necesidades de la vida social moderna, “pero naturalmente que sólo en casos del todo indispensables, ya que en los demás ha bastado la simple labor jurisprudencial como, pongamos por ejemplo, en los casos de la *inexistencia y de la causa*” (cit. pág. 94); o señalando que en el caso de los Estados Unidos, su constitución con dos siglos de vigencia, ha podido sobrevivir, sin más enmiendas que las absolutamente necesarias, gracias a la labor jurisdiccional de su máximo tribunal, el que ha dicho, de acuerdo con la obra de Robert R. Bowie y Carl J. Friedrich (“Estudios sobre federalismo”, trad. Susana Barrancos, Bs. As. 1958, págs. 883 y 884) que: “La interpretación judicial ha sido uno de los más importantes medios para los reajustes constitucionales en el Canadá, Estados Unidos y Australia, especialmente en cuanto se relaciona con aquellas sec-

ciones de la Constitución que tratan de la división de los poderes legislativos entre el gobierno federal y los estados miembros. La expansión del poder legislativo federal bajo la Constitución de los Estados Unidos, el cual apoyó la legislación económica y social de 1930, no fue llevada a cabo por una enmienda constitucional formal, sino por la interpretación judicial. Igualmente, los poderes legislativos conferidos a los gobiernos federales de Canadá y Australia han sido unificados substancialmente por el funcionamiento de la revisión judicial. La tendencia en el Canadá ha sido la de cercenar los poderes legislativos del Dominio en favor de las Provincias, mientras que la tendencia en Australia, por el contrario, ha sido la de aumentar considerablemente los poderes federales, generalmente en nombre del poder para la defensa. Este proceso judicial opera en forma suplementaria del procedimiento de enmienda, permitiendo un desenvolvimiento más gradual de los principios constitucionales. Además, la interpretación judicial de la Constitución permite la expansión controlada de los poderes gubernamentales. Cuando ellos deben satisfacer los requerimientos de los períodos de emergencia, como en los Estados Unidos durante la depresión económica de 1930 y en Australia durante la Segunda Guerra Mundial, y de tal modo proveer de un sustituto de las disposiciones de emergencia ya estudiadas”.

Estos argumentos son impresionantes y los hechos son innegables; lo que sucede es que van en contra de la lógica de la estructura del pronunciamiento jurídico. La sentencia se encomienda a un tercero que debe dictarla de manera imparcial, para lo cual es menester que tenga el apoyo de una premisa mayor de carácter genérico, de la que pueda inferir la consecuencia, porque tal como establecía John Stuart Mill, todo silogismo es tautológico porque la conclusión está implícita ya en la premisa general. Esto es cierto y es lo que se necesita en materia jurídica para resolver los conflictos entre partes. Porque si se entra en un conflicto jurídico y se busca el apoyo de la fuerza o la autoridad de un tercero para favorecer un punto de vista cualquiera, en esa hipótesis no hay sentencia sino una victoria de la fuerza o del poder, económico, militar, social, religioso o de cualquiera otra índole. Porque acompañar una pretensión con un auxilio externo que no sea el de la inferencia lógica de una regla general llamada regla jurídica es una victoria social pero no un triunfo del derecho.

Para concluir, es aconsejable mantener el significado del verbo interpretar como la resolución que opta por una de las pretensiones en conflicto y en virtud de una norma previa de carácter general que justifica el pronunciamiento. Esta norma genérica tiene que emanar de algún tercero, de manera que no se ignora que el juzgador también puede aprehender la regla, en ese sentido de aprioridad que explica Fritz Schreier (*ob. cit.* “Passin”); pero lo que ahora interesa es determinar si compete a quien juzga, a quien llega con el carácter de tercero imparcial al conocimiento del conflicto, el elaborar la norma; o si es facultad de otro tercero, del legislador, el decretar de antemano, objetivamente y sin la influencia de los contendientes esa disposición que ha de justificar el pronunciamiento.

En materia penal no hay duda alguna, pues desde hace mucho tiempo, ha quedado establecido que no puede haber delito sin previa ley que lo defina. Lo que queda por determinar

es la materia del derecho privado, y los extremos de las disposiciones con algunas, contradicciones o confusiones.

Los ejemplos que casuísticamente se pueden dar son innumerables, y el argumento que podría esgrimirse en contra de esta posición, sería el que los conflictos que cayeran en las hipótesis mencionadas, resultarían irresolubles. Pero ya se ha dicho que es preferible crear, en lugar de esas comisiones mal llamadas de los derechos humanos, o esos consejos de la judicatura que sirven, no para disciplinar a los juzgadores y a sus auxiliares, sino para amedrentarlos y viciar su actuación; en lugar de estas fórmulas podría pensarse en un cuerpo, cualquiera fuera su estructura, destinado a resolver las consultas, en un esquema similar al que hoy en día se contempla cuando después de un recurso de casación, es factible llevar el asunto a una Corte constitucional por violación de las normas básicas del Estado, pues ya se sabe que el legislador ocupa la mayor parte de su tiempo en otras funciones que no son propiamente las de elaboración de las normas jurídicas, sobre todo cuando se trata de problemas de índole privado.