

LA LOCUCION "JUSTO Y RAZONABLE" EN EL DERECHO Y EN LA JURISPRUDENCIA

BREVE DISQUISICIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE LO RAZONABLE Y EL DERECHO NATURAL (*)

I. *La terminología y el concepto en los textos legales.* Todos sabemos que el empleo de las palabras en los textos de derecho positivo (terminología jurídica) no es cosa secundaria ni casual. Ciertas palabras son susceptibles de aplicaciones diversas en el lenguaje del derecho, razón por la cual su examen es necesario en toda cuestión de interpretación, de aplicación y método (claro está, de método de interpretación). Cuando se indaga la razón del empleo de esas palabras, encuéntrase más de una explicación, pero no la correlativa justificación del uso. Importa, pues, determinar el origen y el sentido de la expresión empleada en los textos legales (*lato sensu*), y a este respecto podría hablarse de una heurística jurídica, pero no concebida precisamente como arte de inventar, sino de descubrir, mediante fundadas hipótesis, la verdadera filiación de los conceptos. La Constitución nacional, por ejemplo, ofrece al investigador un amplio campo de indagaciones.

(*) Con este título el autor publicó un breve artículo en la "Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas", serie 3ª (1938), t. VII, págs. 5 a 18, cuyo contenido es parte del presente, en el que se trata el tema con un mayor desarrollo.

En algunos juristas se advierte cierta preferencia, y en verdad muy significativa, por el estudio de los antecedentes, pero sólo en lo descriptivo, en lo documental y cronológico, y además muy poco interés por el estudio de los orígenes y de las causas determinantes del empleo de las palabras; es decir, cierta indiferencia no solamente para lo etimológico, sino también para lo etiológico de las instituciones jurídicas (1). Y eso explica, sin duda, por qué se mantiene todavía algo incierto el valor y el sentido de más de una expresión jurídica tradicional o de una cláusula de la Constitución.

Ante esta reflexión, lo primero que debe preguntarse es esto: ¿emplean siempre los constituyentes y los legisladores las palabras según su sentido etimológico, o filológico tradicional, o de acuerdo con una acepción convencional y puramente actual? ¿Representa el vocablo empleado una misma idea en el espíritu de cada uno de los legisladores? Por lo demás, ¿debe el intérprete preferir un método como el gramatical, o el histórico, etc.?

Desde luego, conviene no olvidar que en los constituyentes y en los legisladores existe una especie de subconsciencia jurídica, en el concepto psicológico; y esa subconsciencia, por eso mismo, debe ser motivo de investigación, de análisis (2) (si no de psicoanálisis!). Con frecuencia se pregunta: ¿por qué los constituyentes han empleado esta o aquella palabra o expresión? ¿En qué sentido la han tomado? En la ordenación de todo sistema legislativo ello puede tener importancia decisiva, según el método de interpretación de que se trate.

(1) En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, durante largo tiempo la etnología jurídica fué materia de estudio, bajo el rubro de "Filosofía del Derecho" (2º curso).

(2) Al comentar Estrada el precepto que en la Constitución prescribe que el presidente es el jefe supremo de la Nación y tiene a su cargo la administración general del país (art. 86, inc. 1º), observa la impropiedad de la palabra *supremo* y dice que ella está fuera de lugar. "Jefes supremos se han llamado todos los caudillos, y el vicio estaba tan arraigado que pasó al lenguaje constitucional" (*Derecho constitucional* (Buenos Aires, 1902), t. III, pág. 300).

Es deplorable la promiscuidad o confusión que aun hoy se ve, v. gr., en el empleo de las palabras “gobierno”, “soberanía”, “autonomía”, “autarquía”, etc., como ya lo hemos advertido (3).

La doctrina de los fines del derecho (télisis jurídica) es de evidente valor, y a este respecto las *declaraciones* (expresiones) fundamentales o básicas son las primeras que han de considerarse, por lo que el preámbulo de la Constitución ha sido y debe ser considerado como fuente prístina de interpretación.

En el preámbulo no sólo se explica el carácter jurídico de la convención o asamblea constituyente, sino, y lo que es más, se señala el objeto y fin de sanción o establecimiento de la Constitución. La convención nacional y las declaraciones de la carta fundamental que aquélla sancionó han tenido por objeto “constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”. Pero los constituyentes coronan el preámbulo con esta otra cláusula: “invocando la protección de Dios, fuente de toda *razón y justicia*”, y es esta cláusula la que nos interesa en esta breve disertación.

La invocación de Dios como fuente de toda *razón y justicia* será para algunos algo así como la exteriorización de un sentimiento o mística, aun en el cuerpo de una constitución de corte liberal e individualista. La concepción filosóficopolítica de un sistema jurídico no es del todo indiferente a la vocación clásica, romántica o mística del constituyente, y también del legislador y del juez. Lo prueba esta fórmula general, va-

(3) *Denominación y substancia de algunas instituciones jurídicas*, en “Revista de la Facultad de Ciencias económicas, comerciales y políticas”, 3ª Serie, t. I (1930), págs. 667 y sigtes. — *Acercar de la palabra autarquía*, en “Boletín de la Academia Argentina de Letras”, t. IV, págs. 282 y sigtes.

ga en apariencia, pero que logra su concreción jurídica, si no siempre en las leyes, al menos en las decisiones judiciales que la adoptan como una máxima providencial para resolver cuestiones de conciencia jurídica.

Cuando los constituyentes invocan la protección de "Dios fuente de toda razón y justicia" lo hacen para que esa inspiración los guíe con acierto en la estimación de las normas del derecho y que esa justicia domine en los preceptos imperativos que van a establecer y sancionar.

Explican esto algunos por "la religiosidad de los constituyentes de 1853", aunque reconocen "que no responde únicamente a las exigencias de sentimientos religiosos del país en aquella época", sino que con esa invocación se pide la protección divina como una exhortación a que ella defienda los destinos del país (4). También se la explica no por su sentido místico, sino por su profundo sentido político, porque "Dios, en efecto, da a cada pueblo su constitución o manera de ser normal, como la da a cada hombre" (5).

Pero sin desconocer que estas explicaciones tienen un fondo de verdad histórica, advertimos que ese propósito se hubiera logrado con sólo invocar a Dios o emplear la fórmula que sirve de encabezamiento a no pocas constituciones que empiezan declarando "en nombre de Dios, legislador supremo de las naciones" (6). Pero la expresión "fuente de toda razón y justicia" debe tener otra explicación, y es la que sugerimos: una concepción *jusnaturalista* del derecho, y una evidente *influencia tomista*, que sería remota, como son las raíces de que hablábamos.

Mas antes de seguir en el examen de la cuestión principal, no nos parece inoportuna una brevísima digresión sobre las diferentes normas.

Cuando se indaga sobre el modo de instituir o establecer

(4) GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional Argentino*, 3ª edición, tomo I, nº 293, pág. 351.

(5) ALBERDI, *Bases*, (Besanzon, 1856) pág. 58.

(6) *Ibid. loc.*

la norma jurídica, es preciso diferenciar cuándo la institución proviene del legislador constituyente y cuándo del legislador común. El constituyente no procede con el mismo espíritu ni con el mismo método que el legislador común o permanente.

El constituyente suele ser algo idealista, a diferencia del legislador ordinario, que suele ser realista, positivista.

Las asambleas constituyentes originarias (es decir, aquellas que establecen todo el cuerpo de normas fundamentales y no meras reformas) actúan casi siempre a raíz de conquistas políticas o sociales, logradas después de una revolución o de un gran acontecimiento políticosocial. En esas asambleas se reflejan no pocos principios imbuídos de la filosofía política que impulsó o dirigió el movimiento que da origen a la convención o asamblea.

Y esas ideas suelen expresar, casi siempre, una *concepción racionalista del derecho*; son de índole especulativa; idealista en suma.

Pues bien; en el legislador ordinario no ocurre eso. Este suele ser un realizador “normativo” o práctico de los principios o proclamas del legislador constituyente. Animado en general de un sentido realista del derecho, el legislador, al sancionar las normas de derecho, privado o público, no puede prescindir de los factores políticos, económicos y culturales más o menos inmediatos que lo circundan, o que actúan sobre él. Esos factores lo impulsan a fijar un contenido concreto en la ley. Si no fuera así su función podría llegar hasta reducirse a meros ejercicios de lógica.

El legislador común tiene un amplio poder discrecional, sin otros límites que el texto y el espíritu de la Constitución. Solamente cuando altera principios o preceptos de la Constitución, y especialmente los que instituyen o reconocen derechos y garantías de los habitantes y ciudadanos, sólo entonces falta a su misión. Por eso algunas constituciones — y así la nuestra — crean un órgano o un poder encargado de velar por el imperio de la misma, mediante una función y correla-

tiva atribución de substancia jurídica y de índole jurisdiccional. Esa atribución, que en general se da al Poder judicial y que importa competencia de revisión en el caso debatido, puede estar expresa o virtualmente instituida en la Constitución (7).

II. a) *Lo justo y razonable. Unidad conceptual en el lenguaje jurídico.* Todos convenimos en que los principios, garantías o derechos establecidos o reconocidos en la Constitución y en las leyes deben expresarse en términos propios. La terminología jurídica y la técnica generan dos categorías de problemas que deben ser considerados, a cada paso, en la ley y en la jurisprudencia. Son muchos los vocablos cuyo examen es de innegable importancia en todo esto; pero nos limitamos ahora al de una locución cuyo valor a punto tal se discute, que hasta se le niega verdadero contenido.

En la terminología jurídica, tanto en las leyes como en la doctrina y en la jurisprudencia, sobre todo en ésta, se ha difundido el empleo de las palabras “justo” y “razonable” como expresión de un estado de conciencia jurídica que nace según una concepción amplia de derecho natural, y quizá de filosofía tomista.

Para el jurista es evidente que los conceptos de *justicia* y de *razón* son todavía muy debatidos en el campo de la filosofía, sea porque lo razonable y lo justo no constituyen una misma cosa, aunque formen el *substratum* de una idea dominante en no pocos postulados del derecho (lo cual será verdad en el dominio de la teoría formal del derecho, aunque advertimos que hay una identidad conceptual en la jurisprudencia), sea porque la idea de justicia puede tomarse en diversos sentidos filosóficojurídicos (así, por ejemplo, el concepto tomista de la justicia difiere del concepto racional o kantiano).

En la doctrina tomista la justicia distributiva supone un

(7) Véase nuestra obra *La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema*, ed. de la Facultad de Derecho (Buenos Aires, 1936), págs. 125 y sigtes.

derecho legal (puesto que el derecho *puede no ser legal*), derecho éste que crea obligación, ya que sin obligación no se concibe derecho (de ahí que el mismo derecho de propiedad origine en rigor una obligación *erga omnes* de respetarlo o de no efectarlo). Pero existe en esa doctrina un substancial concepto bien definido de justicia *conmutativa*, que justifica la obligación como nacida de un contrato o cuasicontrato y cuya causa es la prestación que cada una de las partes debe cumplir; al paso que la justicia *distributiva* considera la situación del individuo en la sociedad. En la primera (conmutativa) se supone, en virtud del vínculo que existe entre las partes, una prestación que exige necesariamente *otra* que la compense o con la cual se conmute. En la segunda (distributiva) el derecho se funda en la razón natural de un bien común, y en ese sentido es obra del Estado, que considera la particular *situación de las personas* al obligarse o al crear sus derechos ⁽⁸⁾.

La justicia conmutativa supone que *lo razonable* de las prestaciones recíprocas ha sido ya juzgado o valorado por las *partes* interesadas. En la justicia distributiva lo razonable lo regula o determina el órgano jurídico de la sociedad (el Estado), según su competencia positiva. El hacer intervenir el concepto de *razonable* en la idea de justicia se justifica por esa identidad conceptual.

Pero volvamos al punto inicial. ¿Qué es lo razonable? Las leyes emplean la palabra razonable, si bien, como se comprende, su determinación concreta no resulta de la simple disposición legal, sino de una *dosificación* que se realiza de acuerdo con los principios de justicia.

Los tribunales, por eso, dicen con frecuencia que la *tasa* o *monto* de un impuesto en tal o cual caso no es razonable; que el *monto* de una multa no es razonable, etc.

⁽⁸⁾ Cfr. FAIDHERBE, *La justice distributive* (París, 1934), págs. 35 y siguientes.

Razonable (del latín *rationabilis*) es adjetivo que significa arreglado, *justo*, conforme a la razón. Tal es la primera acepción. Luego la palabra "razonable" expresa la idea de lo que es regular, mediano, bastante cantidad o calidad, según la Academia Española (*Diccionario*, décima sexta edición, 1936).

Y como decimos, en latín *rationabilis* significa *racional*, dotado de razón (Quintiliano). En el Digesto (cuerpo de reglas de derecho romano) razonable significa conforme a la razón. Y es la razón (*ratio*), que tiene acepciones diversas (causa o motivo de ser), lo que diferencia al hombre (*mente*) de los brutos. También la razón es expresión de prudencia, de sentido común (*ratione facere*, dice Cicerón).

Lalande (*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, París 1932), sobre el vocablo "raisonable", dice: razonable es el que posee la razón, definida en diversos sentidos; y más propiamente para nuestro objeto, que piensa u obra de una manera que no puede censurarse; que evidencia un juicio sano y normal (lo contrario es, pues, desrazonable, desatino). Se aplica en particular a esa disposición del espíritu, en cuya virtud él se contiene en sus deseos cuando la inteligencia los desaprueba, y por la cual se renuncia fácilmente a lo que no se puede tener o no se podría tener sino a costa de inconvenientes considerables. El vocablo en este sentido implica, sobre todo, conformidad con los principios del *sentido común* y con los juicios de valor generalmente aceptados; una idea de moderación y de justa medida.

Ahora bien: un derecho instituido según una concepción racional *puede no ser razonable en su aplicación*. Una solución jurídica lograda sólo por un método o proceso racional sería una mera consecuencia de raciocinio. Pero raciocinio (usar de la razón para conocer y juzgar) es una expresión con el mismo radical de *razonable*, si bien con una significación muy distinta; y tanto que referida a su aplicación práctica puede expresar la idea contraria a lo *razonable*.

En el concepto cartesiano el camino del buen sentido *bons sens* lo da la razón (8').

Raciocinación (de *rationatio*, *sylogismus*) es una actitud mental por la cual se infiere un concepto de otros conceptos ya conocidos.

En el derecho la *raciocinación* tiene un campo natural y amplio en materia de *interpretación de leyes*. Por eso los diversos *status o cuestiones* que se presentan en ella constituyen toda "una teoría retórica de la interpretación de las leyes" (9').

b) *Lo racional en la dirección filosóficojurídica*. Claro es que la mera *enunciación* legal de lo razonable resulta una fórmula hueca e inútil. Es preciso darle un contenido con referencia al derecho.

Sólo el concepto filosófico de lo razonable puede estimar a la ley misma, en cuanto ella es derecho positivo. No toda ley es razonable. El derecho tiene origen y direcciones diversas (no me refiero a las fuentes), y esas direcciones precisamente definen las escuelas. El positivismo, por ejemplo, difiere del idealismo en que frente a un orden jurídico existente se limita a desenvolver a éste en su aplicación e interpretación (*positivismo jurídico*) (9'); luego, ante un orden de

(8') Véase mi artículo *El método cartesiano y las ciencias jurídicas* en "Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas", 3ª serie (1937), t. IV, págs. 339/65 y especialmente 361.

(9') Sobre esto dice SIKOUX ("Summun ius summa iniuria" .Un capitolo concernente la storia della "interpretatio iuris"; trad. de Ricono, en "Annali del Seminario Giuridico di Palermo", 1929. v. XII) que los casos en que la ley y su exégesis daba lugar a la contienda de las partes litigantes eran cuatro: 1º Cuando una parte, estando a la rígida interpretación literal, se apoya en la ley (*scriptum et voluntas o sententia*); 2º Cuando las partes se apoyan en leyes contradictorias (*antinomia, leges contrariae*) si la contradicción se encuentra en la misma ley metódicamente el caso es el mismo; 3º En el caso en que sobre una misma ley, ambigua, se dan diversas interpretaciones (*amphibolia; ambiguitas*), y 4º Cuando una parte se apoya sobre lo que está comprendido en la ley según lo expresado en el texto de ésta, y la otra aduce que en la ley hay una laguna, que debe colmarse mediante un procedimiento deductivo (*sylogismus, rationatio, collectio*).

(9') El positivismo jurídico domina en nuestro sistema, y no sólo de-

reglas jurídicas nacidas de las necesidades *históricas* o políticas que se convierten en tradicionales, se esfuerza en mantener ese orden (*positivismo histórico*); en fin, ante un sistema fundamental de normas (constitución) construye simétricamente y en relación de dependencia lógica un sistema normativo integral: leyes, reglamentos, decretos, etc. (*positivismo lógico*).

Aunque parezca paradójico, lo razonable en este sistema tiene una esfera decreciente; es decir que juega más en un sistema positivo jurídico que en el histórico, donde apenas suele ser un ingrediente. Y no digamos en el positivismo lógico, o “teoría pura del derecho”.

Por su parte, el racionalismo jurídico (Kant), mediante el método *a priori*, construye un sistema jurídico especulativo (idealista por eso). Partiendo, por ejemplo, de la condición del hombre en la sociedad se formuló la célebre “declaración de los derechos del hombre”, y de ella ha derivado toda

bemos referirnos a la ley, sino también a la doctrina, especialmente de derecho privado (civil y comercial).

La escuela francesa de exégesis, que nació con el Código de Napoleón, tuvo entre nosotros, casi inmediatamente después de sancionado el Código civil argentino, sus más decididos secuaces. Eso explica la tendencia al comentario exegético de las disposiciones legales del derecho común. Y aun los civilistas más recientes, que reaccionaron contra el infortunado método exegético, no se han librado de aquella influencia, aunque en sus obras hayan desechado ese método en lo didáctico. Porque una cosa es la orientación y disciplina general, y otra es el método didáctico. Por el contrario, el método de interpretación se vincula a lo esencial de esa escuela.

Sin embargo, ese predominio del positivismo no siempre ha impuesto entre nosotros el monismo jurídico que le es propio, como ocurrió en Francia. En realidad, no pocos de nuestros juristas han sido pluralistas.

¿Qué tendencia o dirección — ya que no puede decirse propiamente escuela — ha neutralizado el positivismo nuestro, a veces puramente jurídico (subordinado a los textos legales, a la interpretación del derecho positivo por la *mens legis*, y de ahí las poco afortunadas referencias y transcripciones concernientes a los debates parlamentarios sobre la ley aplicada), a veces histórico y hasta históricopolítico? No pocos fallos y concepciones doctrinarias, en casos de oscuridad o ambigüedad de la ley, han apoyado sus conclusiones en antecedentes históricopolíticos. Claro está que no se trata de esos antecedentes rebuscados, como un fallo judicial aislado, ni de la opinión de algún sofista del derecho constitucional. Pues esto no es interpretación jurídica, ni buena ni mala, sino *legulejismo*.

una serie de derechos subjetivos individuales, privados y públicos.

Siendo así, lo *racional* es distinto de lo *razonable* en el sentido en que aquí tomamos el concepto.

Sólo cuando falta todo elemento de interpretación histórica o política, el jurista recurre a principios de derecho, no del derecho positivo, sino de otro derecho (natural o racional), de contenido o *substratum* ético. El más próximo, el que más se conforma con la conciencia del juez o del gobernante es, sin duda, el derecho natural, opositor virtual del derecho positivo. En Francia la lucha entre los partidarios del derecho positivo y los sostenedores del derecho natural ha ofrecido un espectáculo admirable. Y en los Estados Unidos esa vitalidad y estimación se mantiene con discusión y vigor ⁽¹⁰⁾. En Francia, bien puede decirse, está resurgiendo el derecho natural. El *jusnaturalismo* francés cuenta en sus filas a algunos de los más eminentes juristas del siglo ^(10').

Pero si bien el derecho natural ha rectificado sus líneas de defensa para asegurar su posición en la lucha contra el positivismo jurídico, es evidente que no ha perdido todo lo que llamaríamos en algún sentido *subconsciencia* jurídica positivista.

III. *Concepto general de la justicia*. El concepto de justicia ha sido inseparable de toda concepción del derecho y, por eso, también del derecho natural, que tanto se vincula con

⁽¹⁰⁾ v. HOCKING, E. W., *Philosophy of Law and of Rights* (New Haven, 1926), págs. 69 a 84.

^(10') BONNARD señala, a este respecto, la existencia de un movimiento convergente. Dice que la inmutabilidad y la universalidad, en razón de un fundamento trascendente (la razón objetiva, es decir, Dios) y de un fundamento immanente (fundamento individualista resultante de las prerrogativas del ser humano), han sido, según el positivismo jurídico, los puntos vulnerables del derecho natural; el positivismo aprovechó los resultados de la escuela histórica para atacar lo inmutable y lo universal de los postulados de derecho natural, el cual, a su vez, abandonó la base trascendente e individualista para dar al derecho natural cierta *base social*, adoptando los hechos sociales como base objetiva del derecho natural. De ahí surge el *derecho natural del contenido variable* según los tiempos y países (v. *Droit naturel et droit positive*, en "Revue Internationale de la Théorie du Droit", 1928/29).

el principio que sirve de base a la máxima jurídica de que tratamos.

Apenas si debemos advertir que no discurriremos sobre el valor del derecho natural, tan floreciente en una época y tan combatido luego, sin duda con eficacia, pero sin que se haya logrado, ni mucho menos, su aniquilamiento; al contrario, el derecho natural se parece a esos árboles que prolongan su vida, al parecer por una fuerza misteriosa, pero que en verdad es algo real, pues son las raíces de que hablamos hace un momento lo que le dan esa vitalidad. Su resurgimiento actual puede ser motivo de una discusión útil, pero el solo hecho de ser todavía combatido, después de considerárselo vencido, es prueba de su vitalidad y de su fuerza medular. Y es que el derecho natural ha ligado, diríamos, su suerte a la idea de justicia. Sólo que la justicia fué é considerada alguna vez como una fórmula de vida en común o vida social, y por eso se sostenía que la justicia había sido concebida y formada por una especie de consentimiento recíproco de los hombres, con el fin de lograr la realización de la utilidad y del bienestar común. Tal concepción utilitaria subordinaba el valor de la justicia a las circunstancias, a los pueblos, a los sentimientos, a las virtudes y a los vicios de los hombres, concepción algo epicúrea que debía renacer, a los siglos, en la filosofía jurídica inglesa. Pero frente a ella se levantó otra concepción más real, más pura, elevada y estable, la de que la justicia tenía su fuente en la naturaleza misma, y que procedía de Dios, por lo que estaba sobre la voluntad y los designios de los hombres, tanto de los gobernados como de los gobernantes, concepción bien fecunda en la ciencia política. Cicerón fué el defensor de esta idea de la justicia y, por eso también, del derecho natural justo, ortodoxo o no variable por su esencia. El derecho natural así concebido, a lo largo del tiempo resurgió con gran vigor y llegó a tener caracteres dominantes en la vida de las instituciones jurídicas, y aun de las políticas.

Claro está que la idea de justicia sigue siendo imponente, y sobre ella los filósofos y juristas siguen discurriendo. La

sabiduría romana nos legó, también en esto, una fórmula de Ulpiano que se ha hecho lema del derecho mismo: *Justitia est constant et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*; o sea, que justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho. Apenas si es necesario decir que ante esta definición se ha levantado una objeción, que por otra parte surge al punto en el espíritu de todo aquel que debe *hacer, administrar o aplicar* justicia. Y digo hacer o administrar justicia, porque ella nace con la norma, la ley justa, lo primero y fundamental en el ordenamiento jurídico actual. Luego *administrar* justicia ya es aplicar esa fórmula *justa* positivamente que se llama ley, ordenanza, etc., o más comprensivamente *norma de derecho positivo*. Mas dejemos esto, por ahora, que no es sino una digresión breve, como una advertencia en el camino hacia un punto al que luego llegaremos.

La objeción de que hablábamos es ésta: ¿Se puede a pesar de la voluntad constante y perpetua dar a cada uno el derecho suyo, sin saber cuál es el derecho de uno y otro? Sin duda, en un litigio, al aplicar la ley el juez puede saber cuál es el derecho de cada litigante. Pero ese derecho que invocan unos y otros ¿es un derecho justo? Es cabalmente en la *atribución* de ese derecho en donde la justicia debe estar presente, o mejor aún donde debe reinar. El propietario tiene un derecho definido o al menos su contenido está determinado por la ley, y, como se comprende, toda lesión a ese derecho por parte de otro no es difícil determinarla. Pero el derecho mismo del propietario, ¿es justo, mirando a la extensión de su poder sobre la cosa o el bien objeto de propiedad, frente a los demás? Verdad es que las doctrinas de las limitaciones a la propiedad, reflejadas en la definición legal de ésta, es decir, en la estructura institucional de la propiedad, tienen por objeto hacer justo ese derecho en el sentido de que no se convierta en un azote para los demás (por eso se limita lo *absoluto, exclusivo y perpetuo*) (10''); por otra parte, las soluciones

(10'') Véanse mis monografías *Caracteres y extensión del derecho de propiedad* en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales",

legales o jurisprudenciales sobre el *abuso del derecho* hacen retroceder a éste a límites más justos.

Pero es que no se trata de eso, sino del *fundamento en justicia* del derecho mismo, en lo que las ideas políticojurídicas o éticas tienen una función esencial, creadora, determinante del derecho.

La petición de principio que muchos han visto en la definición de Ulpiano, o sea, “qué es lo tuyo” (tu derecho) y “qué es lo mío” (mi derecho), impone o plantea el problema del derecho, que para algunos sigue siendo problema de justicia, como para Santo Tomás.

Justicia y equidad. La justicia y la equidad han sido conceptos, si no contrapuestos, al menos distintos. La justicia puede ser considerada como la verdad, y por eso, porque el lograr la verdad ha sido y es una aspiración quizá la más elevada y eterna, su origen o fuente — y así lo revela la historia del derecho, de la religión, de la política — fué divina, antes que humana; y por ser divina la verdad lo fué también la justicia, y por serlo la “justicia” lo fué el “poder público”. La historia de las ideas y de las instituciones políticas y jurídicas lo prueba en manera evidente. No sólo fué divina la potestad del monarca y el fundamento de la legitimidad de su poder, sino también la justicia. La impotencia del hombre para concebir y definir la justicia lo llevó a considerarla como de origen e inspiración divinas. Y si luego la *legitimidad* del poder emanó de otras fuentes conceptuales o se fundó en otros dogmas como la soberanía popular, o antes de eso en la naturaleza de las cosas (Dante, *De la Monarquía*), lo cierto es que ella ha vivido en el espíritu del hombre, en el fondo de sus ideas, y en ese fondo están las raíces remotas de la planta presente. Nada extraño, pues, que en constituciones como la nuestra que se han concebido y fundado sobre postulados de la ciencia política de los siglos

Buenos Aires, 1925, t. IV, págs. 973/86; *Limitaciones impuestas a la propiedad en interés público* (Buenos Aires, 1923), págs. 13 y sigtes.

XVIII y XIX, se invoque la protección de “Dios fuente de toda razón y justicia”.

IV. *Justicia y razón.* Los conceptos de *justicia* y de *razón* han sido subsumidos, a veces, en los conceptos del *derecho natural* y en el de leyes divinas, aunque no se invocasen entonces preceptos clásicos de derecho natural. Pero, como se comprende, el discernir cuándo un *deber jurídico* lo dicta la razón y cuándo la conciencia ha sido tarea o misión propia de los tribunales, tanto para atemperar el derecho positivo (y especialmente cuando se advierte que *summum ius summa iniuria*) como para *dosificar* la equidad.

Naturalmente cuando la ley atribuye al juez la determinación de una obligación para la parte que está en juicio, la razón y la equidad están en la órbita de la conciencia judicial. Es esto, precisamente, como lo hemos hecho notar al hablar de la obligatoriedad de la ley, lo que entra en la esfera discrecional del juez, que es —como todo el poder judicial— el que menos facultad discrecional tiene en el actual ordenamiento institucional establecido de acuerdo con el principio de separación de los poderes.

El juez siempre debe decidir según la ley; y como su función es *aplicarla*, y además aplicarla de acuerdo con las normas que el legislador le traza (por ejemplo, *aplicación analógica* de disposiciones positivas — *analogía legis* — o de principios de derecho que dominan en la institución o en el sistema — *analogía iuris* —), síguese de eso que únicamente en caso en que el legislador le da al juez la atribución de valorar la oportunidad de cumplimiento de la obligación o de determinar su contenido, puede el juez decidir según su *razón y conciencia*.

En cambio, cuando existe un sistema *normativo*, según el cual las disposiciones o normas están *jerarquizadas*, el juez puede, en función de interpretación, hacer valer los dictados de la razón y de la conciencia, en el *ámbito muy limitado de verificación de conformidad entre la norma inferior y la superior*; y, claro está, la norma inferior debe subordinarse a la

superior. Típico a este respecto el caso de juzgamiento de la constitucionalidad de una ley.

Desde luego, en concepto nuestro, cuando el más alto tribunal declara la constitucionalidad o, en su caso, inconstitucionalidad de una ley — como lo hace la Corte Suprema en el recurso extraordinario —, ejerceita una función de *casación constitucional* (10''). Pero en esa función el tribunal no siempre tiene elementos positivos para verificar la conformidad de la ley y la constitución. A veces son *hechos* los que deben valuarse frente a principios de derecho natural; por ejemplo, en lo que respecta a la libertad de trabajo o de industria, al derecho de propiedad, al de asociarse. Así, cuando una ley de policía de industrias impone restricciones que desnaturalizan el derecho de trabajar o de ejercer industria lícita, el tribunal, defendiendo la supremacía de la ley fundamental, apela a su razón y conciencia de lo *justo* o *razonable* para decidir si tal restricción es o no de justicia razonable. Lo mismo cuando se trata de leyes impositivas que imponen tributos que lindan con la *confiscación*. Para *graduar* el monto lícito del impuesto, el tribunal apela a la equidad, y la equidad — concepto vago, flexible o variable — no puede determinarse sino por un principio de lo *justo* y *razonable*.

El impuesto del 50 % a los legatarios es confiscatorio, al paso que el 30 % no lo es. ¿Cuál será la línea divisoria? ¿El 40 % o el 35 %?

Desde luego, el progreso institucional, es decir, el desarrollo de la función integradora de las normas positivas en todo sistema, reduce virtualmente el campo de aplicación de estos conceptos.

Por ejemplo, en el derecho inglés al establecer la supremacía de la ley sobre el soberano y sobre el Estado, la equidad, la razón y la conciencia deben servir de fundamento, no para la ponderación justa de la ley, sino para fundar la *obli-*

(10'') Véase mi obra *La protección constitucional y el recurso extraordinario* (Buenos Aires, 1936), n° 64, págs. 351/63.

gatoriedad de ella al soberano; para combatir la situación del soberano que se erree liberado de ella (*de legibus solutus*) (11).

V. *La equidad y la interpretación razonable en la jurisprudencia inglesa*. El derecho consuetudinario y la equidad se han mantenido netamente diferenciados en Inglaterra, como formando dos cuerpos de derecho distintos, pero el uno — la equidad — ha sido el contrapeso o la atemperación del otro, y, además, ha colmado sus lagunas (12). En ese sentido la equidad ha realizado una función integradora en el orden jurídico positivo. Recuérdese que el derecho común era aplicado por los tribunales judiciales hasta la ley de judicatura de 1875, al paso que el derecho de equidad lo era por un tribunal gubernativo, o sea, por la Cancillería (*Chancery División*) (12). Esta división en el sistema jurisdiccional inglés

(11) v. GROVE HAINES, *The Revival of Natural Concepts* (Massachusetts, 1930), págs. 28, 29, 30.

(12) GELDART, W. M. (*Elements of English Law*, London 1914, capítulo II), al tratar el derecho consuetudinario y la equidad, dice que la equidad es verdadero *derecho*. Cuando en un fallo estrictamente fundado en ley se da una solución que se considera “desleal”, “injusta” e “inequitativa”, se emite un juicio moral sobre la ley; pero ese juicio no afecta al derecho. Podrá ser ello una razón para que la ley sea modificada; pero mientras tanto es ley.

Pues bien; ese derecho “legislativo” puede ser atemperado por la equidad, que es también derecho, pero no un sistema de derecho distinto de la ley común, sino un cuerpo de normas, que con el cuerpo de normas legales forma el sistema general de derecho.

No se trata ciertamente de cuerpos autónomos y separados en punto a su aplicación, sino que la equidad es una especie de *complemento* del derecho consuetudinario, una especie de *addendum* a ese derecho; pero el derecho de equidad presupone la existencia del derecho común.

(13) Explica GELDART, *loc. cit.* en líneas generales, las etapas histórica de ambos derechos con referencia a su aplicación. En el siglo XIII los tribunales son el *King's Bench*, *Common Pleas* y *Exchequer*. Todos ellos aplicaban el mismo derecho “común”, en su jurisdicción, siempre creciente. Esos tribunales eran los de derecho común, los demás son tribunales locales o jurisdicciones especiales, como los eclesiásticos y los tribunales de los lores.

Pero fuera de ellos estaba el *Canciller*, que originariamente no era juez, ni tribunal; era la cabeza de un gran órgano del gobierno; era “el Secretario de Estado real para todos los Departamentos”. Todo escrito en nombre del rey es redactado en la Cancillería. Así son los *writs* u órdenes reales para que una persona comparezca ante un tribunal real a fin de responder a una demanda. Muchos *writs* están redactados, pero pueden crearse nuevos por analogía (*writs in consimili casu*). Desde

nació de la necesidad de mantener el orden jurídico con un *substratum* de moral y conciencia (dígase *justicia* y *razón*), dentro del ordenamiento de derecho común consuetudinario, a veces simplista o injusto. La historia del derecho inglés revela esta experiencia.

En el derecho inglés el estatuto es ley suprema (pero, claro está, en el derecho positivo); por consiguiente, los tribunales están obligados a ajustar sus decisiones a esa ley. Tal principio se funda en la potestad incuestionable que el Parlamento tiene para establecer normas con fuerza de ley. La

luego, los *writs* deben ajustarse al derecho consuetudinario, y los tribunales de derecho son los que juzgan en definitiva su validez.

Ahora bien; frente a la preponderancia del derecho común, surge la equidad. Algunos tribunales, v. gr., los locales o los eclesiásticos, no formaban parte de los tribunales de derecho, y como el rey se reservaba el derecho de *hacer justicia*, los que no la lograban en los tribunales ordinarios podían petitionar al rey y su Consejo con probabilidades de éxito, si bien las peticiones se presentaban ante el Canciller real, a fin de que se hiciera justicia, si no como *derecho*, al menos como *favor*; esa justicia podía pedirse contra el mismo rey. Fuera de ese caso, la demanda de justicia ante el rey se fundaba en el perjuicio real que había sufrido el peticionario, sobre todo cuando por ser pobre y tener frente a sí, adversarios ricos y poderosos o un jurado corrompido o temido, se pedía ayuda extraordinaria al rey.

Los tribunales se oponían en principio a toda interferencia entre su derecho o sus atribuciones jurisdiccionales y las atribuciones del gobierno; pero ellos aplicaban privativamente el derecho consuetudinario o común. Y como dentro de esa aplicación presentábanse situaciones de índole moral que ellos no podían considerar por la rigidez del derecho, entonces se acudía al rey, es decir, al Canciller, que en esa época era un eclesiástico, y, como tal, un buen juez de moral y conciencia (es el guardián de la conciencia del rey!). En tales *casos* el Canciller podía emitir un *writ* ante los tribunales, pero le parecía siempre más propio considerar la petición o *bill*. Por eso, en vez de ordenar al adversario del que hace la petición, a comparecer ante un tribunal, le obligaba, mediante un *writ subpoena* (conminándolo) a que compareciera ante él mismo, es decir, ante el propio Canciller. El Canciller juzga entonces el caso desde el punto de vista moral, pues no puede invertir las normas de derecho consuetudinario. No puede, desde luego, desconocer derechos que las partes tienen según la *ley común*; por ejemplo no puede desconocer el derecho del propietario, pero puede declarar que, en *conciencia*, en *equidad*, el propietario *no puede hacer uso* de ciertas atribuciones que le da la ley común.

Según ese régimen, cuando el derecho que se ejercitaba, era injusto en *conciencia* o *equidad*, el canciller lo declaraba y podía tener en prisión al propietario que abusaba de su derecho. Este modo de considerar las cuestiones por la potestad real se convierte luego en una práctica re-

ley emanada del Parlamento inglés tiene la misma fuerza que la Constitución en nuestro sistema. El Parlamento no tiene sobre él ley alguna a la cual deba subordinar las normas que establece.

Pero si bien no existe un cuerpo de normas positivas fundamentales, existen principios de *razón* y de equidad que dominan en toda ley y en toda sentencia.

La sentencia judicial debe fundarse en la ley y satisfacer un principio que es de derecho histórico, no escrito pero que domina todo el sistema, y es el de la *natural equity and reason*.

gular, y hasta popular (especialmente en materia de depósitos y usufructos). Las decisiones de esta índole, en algunas materias, llegaron a ser consagradas por leyes.

Sin embargo, esta justicia real se hace por favor y no por derecho. Créase, así, una verdadera *jurisprudencia de equidad* que puede dar a una institución jurídica un contenido diverso del que le da la ley común o consuetudinaria; v. gr., sobre el derecho de propiedad; de suerte que si en un principio puede declararse que una cosa o sus beneficios deben ser de propiedad del reclamante, en equidad o en conciencia puede llegarse a declarar que no.

Después de la Reforma el Canciller fué un lego; un lord. El obispo Guillermo, bajo el reinado de Carlos I, fué el último Canciller eclesiástico. Luego esa función recayó generalmente en un abogado.

La *equidad*, es decir, la órbita de su aplicación, fué creciendo, especialmente en los siglos XVI y XVII, en asuntos de fraude y de accidentes, de préstamos, de hipotecas (es decir, los derechos de los acreedores), por ser materia más ordenada para un tribunal de equidad que de un tribunal de derecho común. Ahí donde debía juzgarse la *moralidad* o *conciencia* en el ejercicio de un derecho, prevaleció la *jurisdicción de equidad*.

Con todo, las interferencias entre el ejercicio de la actividad jurisdiccional de los tribunales de derecho y la de la Cancillería produjo cuestiones en el siglo XVII, y una de ellas muy grave entre el *Chief Justice Coke* y el Canciller Lord Ellesmere, que el rey Jaime I falló en favor del último. Bajo la *Commonwealth* hasta se pensó en suprimir la Cancillería, que en materia civil tenía la función que la Cámara Estrellada ejercitaba en materia criminal. Mas la Cancillería siguió esa función de juez de equidad reputada necesaria, porque los tribunales de derecho consuetudinario no querían o no podían realizarla.

Sólo cuando el aumento de trabajo de la Cancillería fué causa de demoras excesivas en los fallos, se crearon vicecancillerías y luego Cortes de Cancillería, en el siglo XIX; por fin se puso término a la cuestión con la ley de judicatura de 1875, que eliminó el tribunal de Canciller, y creó una Alta Corte con tres divisiones *Kings Bench Division* (Corte Suprema de Justicia civil); la *Chancery Division* (Cancillería) y la *Probate, Divorce Admiralty*; pero prácticamente esta división, aunque no en la forma, mantuvo la aplicación del derecho consuetudinario en la Cancillería, por lo que la justicia de equidad subsiste.

La sentencia que se aparte de ese principio no es decisión justa. La ley que contrarie ese principio es injusta y, por tanto, no obligatoria para el juez. Pero el juez no puede derogar ni violar la ley. ¿Cómo realiza entonces el juez su misión de *hacer justicia*, aplicando una ley que no se funda o no se informa en ese principio? El medio providencial para conciliar ambas exigencias, necesarias en todo orden jurídico, es la *interpretación* justa. Pero la interpretación justa no es fácilmente definible, y la estimación de lo justo es, por su propia índole, subjetiva en grado sumo. La cuestión se resuelve prácticamente así: si la interpretación justa obliga a una *construcción* en la cual hay puntos o bases ciertas, en el sentido de ser lógicas, entonces esa construcción es *razonable*. Toda ley en su aplicación concreta es susceptible de interpretación, y la interpretación es un *aliquid* de la potestad judicial. El juez tiene por misión fallar en justicia. Para que esa justicia sea efectiva, el juez debe aplicar la ley de suerte que satisfaga el propósito del legislador, que no puede ser otro que el de establecer *normas justas*. Ese proceso de aplicación de la ley, de *acomodación* del precepto legal al *caso*, es precisamente una construcción, como la ley lo quiere, y el determinar el *querer* de la ley exige una interpretación que debe ser razonable. De ahí la expresión *reasonable construction* ⁽¹²⁾.

Maxwell ⁽¹³⁾, que ha hecho un estudio agudo y completo de esta imponente cuestión de la interpretación constructiva, dice que al concepto de “equidad del Estatuto” (*Equity of the Statute*) se le dió una extensión de aplicación extraordinaria, tanto que en la práctica implicaba la creación de nuevas normas de derecho.

Por lo demás, ya hemos visto que la justicia de equidad, o si se quiere el tribunal de equidad (*Court of Chancery*), realizaba esa misión específica de aplicar la equidad, verdadero derecho pretoriano, en un sentido no técnico, sino moral.

Pero es evidente que tanto por obra de la *equidad* como

⁽¹²⁾ KENT, *Commentaries*, tomo I, pág. 603.

⁽¹³⁾ MAXWELL, *On the Interpretation of Statutes*, pág. 448.

por la *construcción judicial razonable*, se ha realizado en los tribunales ingleses una función *integradora*; y esa actividad jurisdiccional convergente ha tenido la virtud de hacer posible la subsistencia de un derecho no sistemático, antiguo y viable. Con todo, ello no significa inmutabilidad del derecho emanado del Parlamento; al contrario, pues el Parlamento ha dado sanción a normas jurídicas anteriores, elaboradas por las decisiones de los jueces e integradas por la equidad y según una construcción razonable.

Sin embargo, en nuestra opinión, entre la *equity* y la *reasonable construction* hay una diferencia profunda: la equidad hace al fondo mismo del derecho; es como atemperación casi siempre de un precepto simplista o drástico que resulta injusto, anacrónico o insuficiente; no así la construcción razonable, porque ella se funda en la *intención* del legislador.

Se parte de la idea de que la ley se ha inspirado en principios de justicia y razón; pero si se restringe expresa o virtualmente el dominio de aplicación de la ley a la situación prevista, ella resulta imperfecta cuando no se la aplica a casos en que existe la *misma razón de la ley* (norma particular expresa). La *ratio iuris* permite la aplicación o interpretación razonable a casos análogos, o que deben ser resueltos por los mismos principios.

En cambio la justicia de equidad se nos presenta como un derecho supletorio, de contenido autónomo, que surge al lado del derecho común o positivo (*Statute Law*), para integrar, acomodar o atemperar a éste según los dictados de la conciencia justa, de la razón, de la ley natural.

VI. “*Justicia*” y “*razonabilidad*” en la ley y en la *jurisprudencia*. a) Apenas si debemos advertir que el tema merece mayor examen y desarrollo. Pero sólo nos hemos propuesto diseñarlo. Lo cierto es que en el campo del derecho lo de justo y razonable ha dejado de ser expresión vaga o sin sentido, y ha logrado un fundamento real y un valor trascendente. Así, por ejemplo, el artículo 44 de la ley general de ferrocarriles nacionales contiene un precepto fundamental en su sis-

tema, pues según él: “Las tarifas relativas al transporte de pasajeros y mercaderías serán *razonables y justas*”.

Si el sentido de este precepto se considera de acuerdo con un principio o fundamento de *justicia conmutativa*, el precio o tasa del servicio fijado en una tarifa debe ser compensatorio. Pero como no siempre el usuario del servicio tiene realmente libertad de contratar, el concepto de “justo” en lo que respecta a la protección de ese usuario, se determina con el criterio que funda el principio de justicia distributiva. Por eso las tarifas, para ser *justas y razonables*, deben ser *legales*, y por eso *objetivas* ⁽¹⁵⁾, es decir, fijadas por el legislador, no contractualmente por las partes. La ley, en defensa del usuario, debe limitar la ganancia del que presta y cobra el servicio.

Se dice que esta cláusula de la ley ha sido tomada de la legislación norteamericana, de la *Inter State Commerce Law*, de 1887, que dispone: “Las tasas percibidas por los servicios prestados o a prestar, referentes al transporte de pasajeros o al transporte, recepción, entrega, almacenaje o mantención de mercaderías, deberán ser *razonables o justas*”; se agrega que esta disposición, por su misma vaguedad, permite impugnar siempre una tarifa si se la considera injusta ⁽¹⁶⁾. Esto, lejos de parecernos crítica, es una virtud de la fórmula que podrá ser innecesaria por su misma latitud y por estar subsumida en toda ley justa, pero el sólo establecerla obliga a definirla por su sentido y objeto.

Y efectivamente, las controversias judiciales demuestran que esa regla es una fórmula seductora y hasta elegante, pero que no puede ser tomada como base cierta para resolver

⁽¹⁵⁾ Siendo objetivas son, por eso mismo, *iguales e impersonales*, como es todo servicio público regulado por el Estado. Véase sobre esto mi *Ciencia de la administración*, Rosario, 1937, números 8 y sigtes.

⁽¹⁶⁾ Véase, por ejemplo, el estudio de CORRI, C. E., *Investigaciones sobre algunos problemas ferroviarios* (Buenos Aires, 1926), págs 47 y siguientes, donde considera especialmente esta cuestión, si bien con una directiva dada.

técnicamente el problema. En substancia es un precepto de ética jurídica.

En este orden de ideas deben ser considerados ciertos principios enunciados en la misma forma general y vaga, como el de "justo valor" de lo invertido, para determinar sobre él el monto de las tarifas. En el conocido caso "Smyth v. Ames", la Suprema Corte Norteamericana lo estableció; pero la experiencia ha demostrado lo irrazonable y peligroso del principio o fórmula, si se toma como justo valor el de reproducción. Por eso las fórmulas, sean amplias o simples, deben ser determinadas, para su aplicación concreta, según un criterio preciso, de eficacia actual (17).

Ahora bien: lo razonable, ¿se entiende como equitativo, o como racional? El buen sentido es *razón*, en el concepto cartesiano (ese buen sentido que contribuye a animar el *jusnaturalismo*).

Y esto nos lleva a otra reflexión, que es la siguiente: ¿tiene también un fundamento de derecho natural la fórmula *la justa y razonable* que invocan los jueces para declarar, por ejemplo, que una tarifa de servicios públicos es ilegal, o que ciertos impuestos, o ciertas tasas, o multas, son confiscatorios? Aunque la fórmula jurídica de lo "justo y razonable" parece concebida según postulados del derecho natural, su raíz no es enteramente extraña al señalado principio de *justicia distributiva*.

b) *Aplicación jurisprudencial*. La Corte Suprema nacional también ha apelado, más de una vez, a la fórmula "justo y ra-

(17) Notable, a este respecto, es el estudio titulado "*Justificación del principio de costo histórico*", presentado por la *Federal Power Commission* como "*Amicus Curiae*", a la Suprema Corte de los Estados Unidos (existe la traducción de Antonio José Alves de Spuzza publicada en el "*Boletín da Inspeção de Serviços Públicos*" de la Prefectura del Municipio de San Pablo, en 1940. No es éste el lugar propio para examinar esa cuestión, que ya es de derecho y de economía, lo que haremos en otro estudio, de acuerdo con nuestro objetivo, para que las grandes fórmulas tengan vitalidad, es necesario que se las interprete con criterio realista, conforme al momento histórico.

Véase, también, MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos* (São Paulo, 1941), págs. 124 y sigtes.

zonal”, cuando ha querido valorar la extensión de un derecho reconocido o garantizado por la Constitución, y con ello a hacer prevalecer una garantía frente a las leyes que lo disminuían o afectaban, o cuando, por el contrario, le daban una extensión injustificada e incompatible con el *bienestar general*. En estos casos la expresión “razonable” ha merecido el favor o simpatía de nuestros tribunales.

Claro está que lo “razonable” se presenta, a su vez, tanto o más incierto o más vago que el derecho que se quiere definir o confinar de acuerdo con el postulado mismo de la *razonabilidad*. Pero precisamente en esto reside la cuestión.

No creo que hoy — con excepción de ciertas tendencias socialistas o exageradamente democráticas en el sentido de confiar a la voluntad popular la ley y el control de las leyes — se discuta, y menos se combata, la potestad que los tribunales tienen de examinar la *constitucionalidad* de las leyes, cuando en casos de controversia judicial deba aplicárselas frente a los preceptos de la Constitución. Esto ya pertenece a una etapa anterior.

Lo que puede originar discusiones apasionadas no es eso, sino la valoración de lo razonable, justo y equitativo, lo cual si bien es de apreciación objetiva, algunas veces (casi siempre) es de estimación subjetiva: la *conciencia judicial*, su estado de espíritu, su formación profesional, todo eso que influye en el sentido jurídico y social de los fallos. En esto es donde puede faltar correlación entre el general estado de conciencia jurídicopolítica, y la conciencia profesional de los jueces. Se ha dicho que los jueces viven en el mismo medio que los demás hombres de ley (abogados y legisladores), y que tienen análoga formación universitaria (17). Pero los que así razonan olvidan que existe cierto espíritu de cuerpo en los tribunales colegiados y que también pueden influir virtualmente factores gubernativos; no se olvide tampoco que la mentalidad de los jueces puede no conformarse con las nuevas corrientes ideológicas que mue-

(17) Esto ya lo hizo notar el jurista MORT, en su estudio que luego citamos.

ven a la sociedad, ya sea por poderosas razones de justicia social, ya por la aspiración a corregir la deformación y corrupción de un sistema político (generalmente degradado por obra de los políticos irresponsables).

En nuestro sistema jurídico la cuestión presenta alguna dificultad por la inseguridad o incertidumbre que existe en punto a la determinación de una dirección filosóficojurídica que no sea positivista, con la cual en general no se da solución al problema. El positivismo jurídico domina desde hace medio siglo en nuestros juristas, salvo excepciones.

Pero al positivismo jurídico siguió en nuestro sistema otro, que es el de un derecho posterior y que siempre tiene, como tal, un valor histórico, porque la conciencia y las concepciones jurídicas perduran a través de las modificaciones legislativas. El derecho civil, por ejemplo, procede del derecho romano; es derecho romano substancialmente. Pero esto es así en el derecho privado, donde hay un orden de intereses que prepondera, y de ahí que el contenido de la norma de derecho privado sea distinto del contenido de la norma de *derecho público* respecto de los intereses que directa e inmediatamente protegen uno y otro de esos derechos.

Al valor del derecho histórico se le oponen, pues, principios nuevos que existen en el derecho público base del derecho privado. El derecho público es derecho de las instituciones del Estado y de los habitantes, en cuanto están sometidos al poder del Estado. Pero éste gestiona y asegura un orden de intereses que son generales, y esos intereses, en presencia de los individuales, o más precisamente privados, deben ser determinados en su extensión y protección. Particular importancia tiene el derecho administrativo, por sus interferencias con el derecho fiscal.

Naturalmente, una consecuencia muy importante de todo esto es la determinación justa de los límites de ambos derechos. Esos límites, claro está, varían según el régimen político imperante: no son los mismos en el Estado socialista y en el Estado liberal.

Precisamente los principios de justicia y de razón que han

servido de apoyo o fuente de referencias, de inspiración, y de conciencia a los jueces ingleses han suplido virtualmente la falta de ese ordenamiento normativo fundamental que se llama Constitución en nuestro sistema, y a la cual recurren nuestros jueces para examinar la validez de una ley cuando se la impugna en casos contenciosos.

Así, pues, esos grandes principios contribuyen indirectamente, en cierto modo, a formar preceptos básicos de ley. No se olvide que la Constitución inglesa, no es escrita, y sí flexible, motivo por el cual se ha dicho, aunque no con mucha razón, que no existe Constitución en Inglaterra, siendo así que existe, no como carta orgánica, sino como un conjunto de preceptos básicos. Lo que hay es que el poder constituyente, que es el de dictar normas básicas, reside en el Parlamento, que es constituyente y legislador a la vez; lo contrario sucede en nuestro sistema, en el que el constituyente no es el legislador ordinario y permanente.

Todo esto nos lleva a algunas reflexiones finales. Por de pronto, en un sistema en que la razón (interpretación razonable) y la equidad (justicia distributiva o justicia conmutativa) son postulados irreducibles de la ley (se presume inspirada en esos principios) no hay *contralor* jurisdiccional —es decir, poder de revisión de la ley—, sino interpretación de sus mandatos o preceptos. Tal el sistema inglés.

En un sistema en que la ley común deriva de otra norma superior escrita, ese contralor o revisión es un poder implícito de todo juez —y en concepto nuestro también del Poder ejecutivo en su función jurisdiccional (no precisamente judicial, que le está prohibida por el art. 95 de la C. N.)— y se ejercita por la verificación de conformidad entre el precepto legislativo cuestionado y el precepto constitucional que se dice transgredido o vulnerado.

Esta verificación implica el examen de la norma, la valoración jurídica (y según algunos, jurídicopolítica) de su contenido, y, por tanto, una interpretación. Esa interpretación puede ser histórica, gramatical, lógica o científica, para

no señalar sino los métodos tradicionales. Pero, ¿pueden nuestros tribunales hacer una interpretación razonable, como puede hacerlo el juez inglés, en virtud de ese poder que se le ha reconocido desde tiempo inmemorial? ¿Qué papel puede tener la estimación de la equidad, de lo justo y de lo razonable en el examen de la constitucionalidad de una ley? Es ésta una cuestión que ya he considerado en mi obra *La protección constitucional y el recurso extraordinario* (Buenos Aires, 1936), en su aspecto institucional, tanto legislativo como jurisprudencial; pero, no obstante lo dicho, conviene responder, aunque no en forma categórica y definitiva, ni siquiera dogmática, a esa pregunta.

El juez —y especialmente la Corte Suprema— siempre o casi siempre que debe decidir sobre la constitucionalidad de una ley, no se limita al examen objetivo, formal, de la verificación de concordancia o compatibilidad de la norma legislativa con la norma constitucional; eso sería un ejercicio de lógica, una solución positivista en el peor sentido.

El juez pone la norma cuestionada frente a la norma fundamental y la ve a través del prisma constitucional entero. Claro que esa confrontación no es una cuestión de óptica, de color o de luz. Tampoco es una verificación de dos textos o de conceptos. El haber discurrido sobre los conceptos ha llevado a perplejidades, dudas y sofismas lamentables.

La conciencia del juez —se dice— es iluminada por la razón; pero la razón le hará discernir o conocer; lo hará sabio, pero no justo. ¿Y es ese el valor jurídico de lo razonable, como fórmula o ingrediente principal de interpretación? Lo razonable tiene otro sentido, que es el de la proporción justa, de moderación, de equidad...

En virtud de ese poder de interpretación los tribunales han juzgado la justicia y razón de las disposiciones legales en sentido lato. En el campo del derecho fiscal es donde más frecuentemente se ha efectuado la aplicación de la regla de *razonabilidad*. La Corte Suprema nacional fundada en el principio de proporcionalidad de las cargas impositivas fis-

cales y de la equidad ha decidido en no pocos casos la constitucionalidad de las contribuciones con el criterio de la base "razonable" (*Fallos*: CLXXX, 39; CLXXXI, 203 y 399; CLXXXIV, 331 y 398; CLXXXV, 12). Y no sólo en materia fiscal, sino también en disposiciones de policía. Notable es el caso que se registra en el tomo CXVIII, 278, de sus *Fallos*. La Municipalidad de Mendoza, fundada en atribuciones que le daba la ley orgánica, dispuso, por ordenanza, la remoción de hospitales y sanatorios del centro del municipio, es decir, el traslado de ellos a una distancia excesiva, sin distinción acerca de la clase de enfermedades, lo que no se justificaba en casos en que esos establecimientos no eran focos contagiosos. La Corte reconoció el poder de policía local, pero juzgó las reglas sancionadas no tenían *relación* con los fines aparentes, y por su falta de razonabilidad afectaban en manera injusta el derecho de los habitantes, haciendo así ilusorias las garantías constitucionales. En substancia no era justo ni razonable el ejercicio de ese poder municipal. Por tanto, la ordenanza era inconstitucional, y así lo declaró con justicia el alto tribunal. Después de todo esto llega el momento de advertir que no sólo en las disposiciones de la Constitución, sino también en el preámbulo existe un *substratum* preceptivo.

Cuando en el preámbulo de la Constitución se dice que uno de sus fines es asegurar el *bienestar general*, ya se condena el derecho quirritario, el abuso del derecho. Es cierto que el preámbulo no tiene valor interpretativo en sentido jurídico estricto. Pero el preámbulo es enunciación de propósitos que preceden al establecimiento de las normas; y si la *mens legis* debe hallarse en la intención del constituyente o del legislador, en el preámbulo está la razón última de ese conjunto de normas fundamentales.

c) *La cuestión de la jurisprudencia norteamericana. El derecho natural y la razón.* He aquí una cuestión de caracteres definidos, en los Estados Unidos, en donde, por lo demás, los altos tribunales, y en especial la Suprema Corte federal, gozan de una consideración muy grande. Pero esta consideración se

ha debilitado algo, no sólo por parte del pueblo que ha visto en ciertos fallos una traba a la realización de justas aspiraciones colectivas, sino también por parte del mismo gobierno federal, a cuya política social se han opuesto ciertas soluciones jurisprudenciales.

Sobre esto es bien significativa la lucha entre el presidente Roosevelt y la mayoría de los jueces de la Corte federal, cuando los primeros fallos que juzgaron las leyes de la *nueva política* del primero.

Las cortes judiciales norteamericanas apelan con frecuencia al examen de lo razonable: *reasonableness* (*razonabilidad*, moderación, justicia, equidad) (18).

¿Y de dónde proviene esa fórmula jurídica, para algunos providencial, que las cortes judiciales norteamericanas han erigido en máxima casi sacramental para definir contiendas y de-

(18) FREUND (*The Police Power Public Policy and Constitutional Rights*, 1904, parág. 63), examinando el principio de la razonabilidad (*reasonableness*) dice que en la esfera del poder judicial la significación de esa palabra, razonabilidad, es la de "moderación y proporcionalidad de los medios respecto del fin".

La primera actitud de las cortes — agrega — parece haber sido la de que reconociéndose la condición de razonabilidad en el ejercicio de un poder, la legislatura es único y definitivo juez (bajo limitaciones constitucionales específicas) de la extensión en que el poder debía ser ejercitado. Así se resolvió en el caso "Brown v. Maryland".

Es un principio bien establecido el de que las ordenanzas municipales de policía, como toda otra ordenanza municipal, debe ser razonable en el sentido de su legalidad. DILLON, *Municipal Corporations*, parág. 318.

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha considerado como antigua la jurisdicción de los tribunales judiciales para pronunciar decisiones sobre la *razonabilidad* y *consecuente validez* de los estatutos de corporaciones municipales, considerando que estas corporaciones ejercen ese poder por delegación, y a este respecto puede afirmarse que toda delegación de poder en una corporación municipal se hace bajo la condición de que éste se ejercite *razonablemente*. De ahí que toda ordenanza irrazonable se reputa *ultra vires*; en consecuencia, juzgada ella por la Corte respectiva como nula y sin valor alguno, se fuerza al legislador a incorporar los verdaderos principios en la legislación. Es decir que un tribunal no puede juzgar lo *razonable* en abstracto. El puede declarar que tal disposición es razonable, y por tanto válida, o que aquella otra no es razonable (v. gr., por implicar confiscación, etc.) y por tanto no válida. Pero no puede un tribunal, frente a una disposición irrazonable, proponer en sustitución otra que él juzgue razonable.

clarar lo que es legal, o no lo es, pues el juez debe fallar *secundum legem*?

Esto tiene cierta importancia si se piensa que nuestra jurisprudencia y nuestros legisladores no se libran de la influencia de preceptos constitucionales y de principios dominantes en sistemas jurídicos como el de los Estados Unidos de Norteamérica.

En efecto, son frecuentes las actitudes heterónomas de la jurisprudencia y de los mismos legisladores, lo que no sería difícil demostrar, aunque no en un estudio de esta índole, tan sumario. Por lo demás, ya hemos discurrido no poco sobre esto.

Lo cierto es que esas actitudes justifican algunas referencias a los conceptos que con análogo sentido y fin dominan en otros sistemas, y entre ellos el norteamericano, por ejemplo, cuya jurisprudencia, al menos en ciertas materias o instituciones se invoca por nuestros tribunales (187).

Dos fuentes informativas, mejor dicho, ordenadoras del criterio judicial pueden servir para determinar si se ha alterado el fondo o substancia del derecho: el *derecho natural* y la *razón*, en el sentido de medida de apreciación de lo *razonable*.

El derecho natural, que solamente estimamos como de relativa significación histórica, tiene evidente valor como fuente jurídica en la jurisprudencia norteamericana, fuertemente influida de la jurisprudencia inglesa. A ella se apela con mucha frecuencia cuando se quiere determinar la existencia de los derechos llamados fundamentales y sus derivados necesarios: trabajo y propiedad. Y tienen tanto valor estos derechos que son oponibles al Estado mismo, y se los ha considerado como existentes sobre la propia Constitución, cuyo objeto es precisamente, en punto a las personas, asegurar el goce y protección de ellos.

(187) Véase mi citada obra, *La protección constitucional*, etc., n° 63, págs. 345 y sigtes.

Determinar lo razonable del derecho o del régimen total de la institución implica examinar: 1) la extensión del derecho; 2) las limitaciones del derecho; 3) la protección positiva.

La consideración subjetiva de lo razonable de un derecho — y lo mismo de una limitación a ese derecho — nos llevaría al dominio de la concepción racionalista o kantiana, si se tomara en sentido propio la expresión racional. Pero en la jurisprudencia norteamericana, por ejemplo, para establecer lo razonable se recurre al *statute law*, a los cuadros tradicionales de la *common law* (v. Lambert, *Le Gouvernement des Juges*, pág. 55), a la *proporcionalidad* de los medios y fines.

El derecho natural se alza frente a la omnipotencia legislativa, al dogma de la voluntad popular y al espíritu mismo de la democracia. Es un derecho, por su esencia, liberal e individualista.

Los tribunales influídos por esos principios han encontrado en el derecho natural la base de su potestad de declarar inconstitucional e inaplicable toda ley que vulnere preceptos establecidos en la Constitución, pues como esos preceptos no siempre son lo suficientemente precisos o claros para determinar el fundamento y extensión de ciertos derechos, de ahí que los jueces hayan ido al derecho natural, que, por otra parte, ha influído en la evolución jurídica anglonorteamericana.

Esta doctrina tuvo también como objeto contrarrestar la diatriba de la “gran usurpación”, levantada contra los tribunales cuando éstos empezaron a rever los actos legislativos y juzgar su *constitucionalidad*, defendiendo, de ese modo, principios irreducibles de la Constitución escrita.

Dice Grove Haines que en el pensamiento de hombres como Alejandro Hamilton, Juan Marshall y Daniel Webster se consideró la revisión jurídica de los actos legislativos como de necesidad fundamental para proteger los derechos de propiedad y conservar las libertades individuales contra los ataques de las ramas populares del gobierno. “El pueblo, decía Hamilton, es turbulento y variable; rara vez juzga o determina co-

rectamente... Sólo un cuerpo permanente puede eliminar las imprudencias de la democracia". "Reconociendo — prosigue Grove Haines — que estos motivos eran un factor importante en la adopción de la práctica de revisar actos legislativos por los tribunales, los críticos del sistema político de los Estados Unidos han considerado el concepto americano de una constitución escrita, con su corolario de revisión jurídica de los actos legislativos, como una manifestación antidemocrática destinada a detener de modo efectivo el control popular de los asuntos humanos. Como las constituciones escritas no disponían expresamente que los tribunales habían de decidir si los actos legislativos se adaptaban o no a las disposiciones de esos instrumentos, tanto los jueces como los abogados y los publicistas han condenado frecuentemente a los tribunales por tomarse esa atribución y han calificado este hecho como "la gran usurpación" (19).

Pero lo cierto es que las ideas de Hamilton han prevalecido, no sólo en la Constitución norteamericana, sino en todo el sistema políticoeconómico y políticosocial. La plutocracia ha dominado sobre la democracia que concibió Jefferson (20).

Verdad es que desde hace varios años la política del Poder ejecutivo ha reaccionado contra esa influencia secular formidable, "levantando" las ideas de Jefferson (véanse las proclamas del actual presidente de los Estados Unidos en las que se exalta — si puede decirse esto — a Jefferson; así lo hace, por ejemplo, en su obra *Mirando adelante*...); pero el sistema constitucional es demasiado homogéneo, y en general el espíritu público lo fortifica más aún.

Ahora bien; volviendo a nuestro tema, o al aspecto que en este momento consideramos, el derecho natural, no es inoportuno advertir que con él se trata de la supremacía de la ley, y

(19) *A Government of Laws ora Government of Men. Judicial or Legislative Supremacie* (California, 1929), pág. 5.

(20) BEARD, Ch. A., *An Economic Interpretation of the Constitution of United States* (New York, 1925), págs. 100 y sigtes. y pág. 199.

más propiamente de la ley fundamental, es decir la Constitución, sobre las leyes del gobierno (cualquiera sea el poder constituido). Y precisamente aquí vuelve la cuestión de lo justo, equitativo y razonable en el derecho natural.

El mismo Grove Haines, en otro estudio notable, muestra esa influencia del derecho natural ⁽²¹⁾ en las doctrinas ingle-

(21) En su estudio *The Revival of Natural Concepts*, Grove Haines, bajo el título *el derecho natural y la doctrina de la supremacía de la ley*, dice que la evolución de las leyes inglesas relativas a un derecho superior estaba íntimamente vinculada al concepto que surgía acerca de la supremacía de la ley. De la idea dominante entre los pensadores medievales, en el sentido de que la ley debía ser suprema y superior al mismo Estado, dedujeron los jueces ingleses la doctrina característicamente inglesa de la supremacía de la ley, que sometía hasta al propio rey. Bracton, por ejemplo, que utilizó el concepto romano de derecho natural, consideraba al rey sujeto al derecho, pero no sugería remedio efectivo alguno para el caso de violación de la ley por el rey.

La doctrina de que había principios superiores de derecho y justicia que las leyes del Parlamento no podían infringir fué afirmada y defendida vigorosamente y efectivamente por Lord Coke en su controversia con los reyes Estuardos. Según él aparecen en nuestros textos muchos casos en que el derecho consuetudinario controla leyes del Parlamento y a veces las declara completamente nulas; pues cuando una ley del Parlamento esté contra derecho general o razón, o repugne o sea imposible su cumplimiento, el derecho consuetudinario controlará y considerará nula esa ley. Lo mismo Blackstone, que en sus *Commentaries* dió una versión de derecho natural que, por la popularidad de su obra, obtuvo amplia circulación. Dijo lo siguiente: "El hombre considerado como criatura debe estar necesariamente sometido a las leyes de su Creador... Esta voluntad del Hacedor se llama el *derecho natural*... Este derecho natural, al ser coetáneo de la especie humana y dictado por Dios mismo, es, por supuesto, el más imperativo de todos. A él están sometidos todo el globo, todos los países, todos los tiempos; ninguna ley dictada por los hombres tiene validez si va en contra de él; y las leyes humanas que son válidas derivan toda su fuerza y toda su autoridad, mediata e inmediata de este derecho primordial... De estos fundamentos, el derecho natural y el derecho divino, dependen todas las leyes humanas; es decir, no debe aceptarse ley humana alguna que los contradiga... Más aún; si alguna ley humana nos permitiera o nos ordenara comprometerlos, estamos obligados a desobedecer esa ley humana o habremos obrado contra los dos derechos: el natural y el divino".

Sitíanse, así, estos preceptos en el campo de las limitaciones morales, y por eso se admitió que ninguna autoridad podía impedir que el Parlamento aprobara leyes contrarias a ellos. Aceptada generalmente la supremacía del Parlamento, las referencias a las leyes naturales superiores se hacen menos frecuentes.

Grove Haines señala, finalmente, la *evidencia de las ideas de derecho natural en las decisiones judiciales*. Los esfuerzos para predicar las bases de un derecho fundamental, gradualmente puestos de lado a medida que

sas, sobre la ley fundamental. Dice que si bien la expresión “derecho natural” era aplicada muy rara vez en el procedimiento de equidad inglés, los cancilleres (22), por el contrario, hicieron uso abundante de las ideas que ese derecho involucra. El principio innovador consistía en compeler a los litigantes a cumplir los deberes de razón y conciencia de una persona de la situación de ellos; esa razón y conciencia venían a *subsanan* las injusticias causadas por la generalidad de las reglas de derecho positivo (o común). En substancia se trataba de la primacía de los principios superiores de derecho y de justicia sobre las leyes del Parlamento, o leyes que el Parlamento al menos no podía infringir (23).

d) *Un aspecto del problema de la determinación de lo justo y razonable a través del prisma de la jurisprudencia norteamericana.* Un jurista norteamericano, Rodney L. Mott, en un notable estudio sobre los derechos naturales y la vaguedad legislativa (24) después de recordar que los Estados Unidos están viviendo la era de la electricidad bajo una Constitución dictada a la luz de una vela de sebo, llama la atención sobre la relativa inmutabilidad de esa ley fundamental, que debe adaptarse a las necesidades sociales, mediante la modificación y flexibilidad de las normas; agrega que esa función de adaptación se ha librado en Estados Unidos en buena parte a los tribunales. A este respecto señala la influencia que en la interpretación de la ley fundamental tienen los derechos natu-

el Parlamento ganó ascendiente sobre las otras secciones del gobierno, no son en manera alguna las únicas tentativas para aplicar los conceptos antiguos y medioevales de *derecho natural* en Inglaterra (a).

(22) Sobre esto véase la notable síntesis del desenvolvimiento del derecho inglés en la obra de GELDART, W. M., *Elements of English Law* (ed. cit.), § 3, hasta las leyes de judicatura de 1875, que eliminan el antiguo tribunal de Cancillería y atribuyen la competencia de éste a la Alta Corte de Justicia.

(23) GELDART, *loc. cit.*

(24) *Natural Rights and Legislative Vagueness*, en “Recueil sur les sources du droit en l’honneur du François Géný” (Paris, s/d., t. III, págs. 44 y sigtes.).

a) *The Revival of Natural Concepts* (Cambridge, 1930) cap. II.

rales y la justicia natural. Dice: "En una ley escrita cada frase tiene una variable serie de significados. Excepto el caso de legislación especial y retrospectiva, las leyes se dictan para aplicarlas a situaciones determinables del futuro, no a situaciones determinadas del pasado. Por esta razón todas las leyes son ambiguas en el sentido de que deben aplicarse a un número de situaciones que caen dentro de las listas máximas de significado implicado en el estatuto. Por supuesto, algunas frases tienen límites mucho más amplios que otras. Si la ley contiene términos como "justo", "razonable", o "equitativo", sus posibilidades de extensión son prácticamente ilimitadas. Los tribunales han rehusado, en consecuencia, intentar cualquier definición inclusiva y comprensiva del término ⁽²⁵⁾. Hace más de un siglo que la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró que estaba destinada a proteger al individuo contra el ejercicio arbitrario de los poderes del gobierno, no limitados por los principios establecidos de derechos individuales y justicia distributiva ("intended to secure the individual from the arbitrary exercise of the power of government, unrestrained by the established principles of private rights and distributive justice").

Después advierte que aun los mismos tribunales están en cierto modo trabados por decisiones anteriores dictadas en casos similares. Así, por ejemplo, si el antecesor ha trazado una línea hacia la extensión de la cláusula del *due process of law*, debe aceptar esa línea o argumentar en su contra. La doctrina del *stare decisis* implica la conformación de la jurisprudencia constitucional a la filosofía legal y social del tribunal.

Cuando se presentaron los casos, se sostuvo que la *Common Law* inglesa involucraba estos principios ⁽²⁶⁾, que comprenden notificación razonable de todo procedimiento y oportuna

⁽²⁵⁾ Justice Miller, *Davidson v. New Orleans*, 96 U. S. (1878) 97, 104 24 L. E. 616.

⁽²⁶⁾ *Murray v. Hoboken Land and Improvement Co.*, 18 Howard (U. S. 1855) 272, 15 L. Ed. 372 (citado por Mott).

tunidad de ser escuchado; que los impuestos no pueden ser cobrados ni la propiedad expropiada, excepto para promover alguno de los objetivos reconocidos por el poder gubernamental, como la salud, la moralidad, la seguridad o la conveniencia pública; que las leyes deben obrar del mismo modo sobre todos los ciudadanos y que la legislación especial o parcial no puede imponer cargas particulares sobre algunos, y que en cualquier caso los sacrificios de los derechos privados deben ser proporcionados a los beneficios públicos asegurados. En los últimos diez años se ha agregado a esta serie de jalones en el significado del *due process* legal, el principio de que los estatutos que no están redactados en términos definidos niegan los derechos naturales que el *due process* legal protege. En cada una de estas manifestaciones los tribunales han insistido en que aplicaban los “inmutables principios de justicia que son inherentes a la misma idea del gobierno libre”.

Hace varios años el Tribunal de Apelaciones Criminales de Texas se negó a reforzar un estatuto destinado a eliminar los linchamientos, en razón de que el término “mob violence” (violencia de turba amotinada) era tan vago que no significaba nada. En 1910 el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia declaró nula una ley del Congreso que prohibía el “amontonarse” en los tranvías de Washington. Hay — dice — una total ausencia de concepto sobre lo que se considera un tranvía repleto. Lo que un jurado puede considerar un tranvía repleto, otro puede no considerarlo tal.

Otra legislación primitiva prohibía conducir a mayor velocidad que cierto número de millas por hora. Estas leyes resultaron poco satisfactorias desde muchos puntos de vista, y han sido reemplazadas gradualmente por estatutos que prohíben conducir “atolondradamente” (“reckless driving”) “a una velocidad mayor que la *razonable y adecuada* y sin considerar la anchura, el tránsito, el uso y las reglas generales y usuales de tal camino o carretera, o que pongan en peligro la propiedad, vida o miembros de cualquier persona”.

Es digno de notarse que en el segundo caso los abogados

habían señalado cuidadosamente las relaciones existentes entre el *due process* y la ambigüedad en la redacción de las leyes, mientras que en el primero el tribunal no tuvo esa ayuda. Sin embargo, el tribunal no pareció darse cuenta de la importancia del paso que había dado, pues en el tercer caso, fallado el año siguiente, el *Justice Mc Kenna* no hizo referencia alguna al *due process*. El profesional de derecho, sin embargo, vió rápidamente las posibilidades contenidas en una observación del *Justice Hugues*. Durante los cinco años siguientes, algunos abogados celosos intentaron, en siete casos, persuadir al tribunal de que varias disposiciones legislativas eran demasiado imprecisas para ser válidas. En cada uno de ellos el tribunal reconoció que un estatuto ambiguo debía ser nulo, pero como la ley en cuestión era suficientemente precisa, no había necesidad de discutir los fundamentos de esa doctrina.

Luego dice el autor citado —cuyas opiniones y referencias damos— que “no deja de contener cierta ironía el hecho de que los jueces deban objetar los estatutos ambiguos, fundados en que violan la frase más imprecisa de la Constitución. Bajo estas circunstancias es inevitable que las decisiones sean vagas en la cuestión de cuál debe ser el grado de precisión de un estatuto para ser constitucional. Esta cuestión debe ser determinada en el futuro según la regla de que el tribunal afilará su cuchillo constitucional a medida que lo exijan las circunstancias. La fuente de estas actitudes judiciales, sin embargo, debe encontrarse claramente en una combinación de su entrenamiento jurídico y su inclinación por la filosofía de los derechos naturales. Mientras éstos no cambien, la impresión tenderá a continuar”.

Tal es la opinión de Mott, uno de los juristas que con más oportunidad y relativa agudeza ha considerado un aspecto práctico del problema en su fase positiva y filosófica.

VII. *Conclusión*. A juicio nuestro, lo justo es el “(fundamento intrínseco del derecho”); lo *razonable* es el módulo, medida o dosificación del “ejercicio de un derecho” frente a otro cuya extensión no siempre aparece definida.

Así, el poder legislador (y por delegación todo órgano municipal) puede establecer impuestos, sanciones pecuniarias contra los transgresores de las leyes impositivas (es decir, multas), etc.; puede también establecer medidas de policía en defensa de la seguridad, de la salubridad, etc., obligatorias para los propietarios, para los que ejercen alguna industria, para los que prestan servicios públicos; pero esas imposiciones u obligaciones deben establecerse de acuerdo con principios de *igualdad, proporcionalidad y equidad*. La igualdad y la proporcionalidad pueden verificarse en cada caso *objetivamente*. No así la equidad, en la cual es posible un *aliquid de subjetividad*.

La equidad se opone a la confiscación. Importa especialmente considerar esta cuestión cuando se trata de multas (27). Puede un impuesto, una multa, una orden de policía tener los caracteres constitucionales de igualdad y de proporcionalidad y no ser equitativa, lo cual ocurre cuando la medida, no obstante ser general e igual, afecta *irrazonablemente* el patrimonio de los comprendidos por esa disposición. Por ejemplo, cuando el *impuesto u otra obligación financiera* del Estado implica un sacrificio que destruye el activo patrimonial en beneficio del fisco; entonces hay confiscación. Y si bien la confiscación puede ser jurídica, lo cual ocurre cuando el Estado se apodera de los bienes del infractor (por ejemplo, por aplicación de las leyes aduaneras que establecen la confiscación de las cosas introducidas con transgresión de las leyes fiscales), ella es ilegal o antijurídica (más precisamente *inconstitucional*) cuando tiene carácter general de sanción penal (art. 17 de la Constitución nacional), y con mayor razón cuando resulta de un propósito fiscal *exclusivamente*.

Lo razonable en el sentido jurídicopolítico supone equilibrio, moderación, armonía. Pero, ¿no se confundiría en tal caso con la equidad? Es posible, pero aun entonces domina-

(27) Véase mi nota crítica *Naturaleza jurídica de la multa administrativa* en "Jurisprudencia Argentina" tomo LX (1937), págs. 24/32, especialmente §§ 7 a 11.

ría el sentido originario, propio de razón, puesto que una solución que concilia la *moderación* o el equilibrio con el *fin del derecho* es una solución en la que priva la razón sobre la pasión o sobre la simple fuerza o coacción, y ésa es misión de la *Justicia*.

Así como Ulpiano aconsejó a los que elegían la carrera de derecho no sólo estudiar leyes, sino también estudiar la justicia, así también en las Facultades de Derecho hoy se obliga al estudio de la filosofía jurídica además del estudio de la legislación, la dogmática y la técnica jurídica (28).

Bien es cierto que en los cursos de filosofía — bajo ese nombre u otro — se estudian, o se conocen o clasifican las escuelas y direcciones del pensamiento filosóficojurídico, el fundamento histórico, racional y ético de las instituciones; pero en substancia se trata del estudio de la justicia. Quizás al decir esto más de uno proteste contra una reflexión en cierto modo categórica y simple, pero es la humilde verdad, esa verdad que sólo procuran encontrar y defender los hombres que realmente tienen una prístina y firme vocación jurídica. Muchas escuelas, textos, etiquetas y rótulos abundan en los planes de estudio, en los libros, en las cátedras. Pero toda investigación sobre la justicia explica y compensa noblemente el más decidido y constante esfuerzo del estudioso o el más arduo trabajo del jurisconsulto. No cuadra a una disertación de esta índole ilustrar con referencias y citas lo que estamos diciendo. Debemos hablar y obrar según los dictados de la conciencia.

RAFAEL BIELSA

(28) Véase BIELSA, *La enseñanza del derecho y los planes de estudio* (Buenos Aires, 1941) págs. 67 y sigtes.

