

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
(República Argentina)
<http://www.acader.unc.edu.ar>

**ALFREDO POVIÑA
(IN MEMORIAM)**

INSTITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA
VOLUMEN 7
ISBN 987-1123.21-3

OLSEN A. GHIRARDI
DIRECTOR

**Alfredo Poviña. Homenaje en el centenario
de su nacimiento (1904-2004)**
por Olsen A. GHIRARDI

**La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento
en la jurisprudencia del T.S.J. de Córdoba**
por Armando S. ANDRUET (H)

**La sentencia como órgano del control social del derecho
en el pensamiento de Alfredo Poviña (especial
referencia al principio de congruencia)**
por Raúl E. FERNÁNDEZ

El olvido del pensar en la Filosofía y en el Derecho
por Luis Roberto RUEDA

¿Es posible una mirada antropológica del control social?
por Patricia Elena MESSIO

Índice

Miembros del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.....	9
Prólogo	
<i>por</i> Olsen A. GHIRARDI.....	11
Alfredo Poviña. Homenaje en el centenario de su nacimiento (1904-2004)	
<i>por</i> Olsen A. GHIRARDI.....	15
La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la jurisprudencia del T.S.J. de Córdoba	
<i>por</i> Armando S. ANDRUET (H).....	33
La sentencia como órgano del control social del derecho en el pensamiento de Alfredo Poviña (especial referencia al principio de congruencia)	
<i>por</i> Raúl E. FERNÁNDEZ.....	79
El olvido del pensar en la Filosofía y en el Derecho	
<i>por</i> Luis Roberto RUEDA.....	97
¿Es posible una mirada antropológica del control social?	
<i>por</i> Patricia Elena MESSIO.....	125
Recensiones	161

PRÓLOGO

Este volumen, el séptimo de nuestro Instituto, se dedica a Alfredo Poviña, en ocasión de cumplirse el centenario de su nacimiento. Poviña fue un notable sociólogo de nuestro país, que tuvo relieve internacional y que, además, dedicó su vida a la docencia y a la magistratura judicial. Como no podía ser de otra manera, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha rendido, en el transcurso del año, un sentido homenaje a su memoria y nuestro Instituto, a su vez, lo concreta también, dedicándole este volumen.

El que esto escribe ha sido su discípulo en las facultades de Derecho y de Filosofía, ambas de la Universidad Nacional de Córdoba. Por eso, el artículo que encabeza esta publicación, se refiere muy particularmente a recordarlo. La primera parte, es un verdadero *testimonio*, pues los acontecimientos narrados han sido vividos y han quedado en esa memoria conscientemente vital, que torna imborrables los minutos de la existencia que merecen recordarse.

Ya, en la segunda parte, se clarifica cómo una mención, aparentemente trivial, en un voto del Dr. Alfredo Poviña, generó toda una serie de reflexiones que, finalmente, se concretaron en el *control de logicidad*, que pone su acento en las reglas lógicas de los razonamientos, para evitar los que he llamado *errores in cogitando*, como expresión que los califica y los define y que, por lo demás, los diferencia de los errores *in procedendo* y de los errores *in iudicando*. Mi fe en el progreso de la ciencia jurídica y en la capacidad de los jueces y abogados de la segunda parte del siglo XX y comienzos del siglo XXI, me ha llevado a superar el pesimismo de Calamandrei cuando confiesa que sería menester distinguirlos, pero teme complicar demasiado la labor de una empresa tan sutil.

Para ser veraz y justo he querido citar, al hablar de los problemas lógicos referidos al razonamiento forense, también a Alfredo Fragueiro, que me alertó sobre puntos centrales de estas cuestiones y, luego, a Alfredo Poviña, al plantearse ya, de manera muy concreta, un problema de la realidad de lo que ocurre en la tarea de pensar y comunicar los problemas jurídicos, que hoy es imposible ignorar. Pensar, hablar y escribir, sin cometer contradicciones lógicas, sin violar, en general, los principios lógicos, es la garantía primaria que merece el justiciable. No se diga que aplicamos los principios de la vieja Lógica. Esta no ha prescripto, pese a lo que tratan de ocultar, ciertas corrientes jurídicas. La teoría del razonamiento lógicamente correcto es la garantía más típicamente humana que existe para no cometer arbitrariedades, que la sola lectura de algunos fallos demuestran y que los máximos tribunales de cualquier país civilizado deben controlar estrictamente. Las lógicas nuevas no aniquilan las reglas de la vieja Lógica, que nos viene de los griegos, como los aviones o los automóviles no eliminan la necesidad de caminar con nuestras propias piernas.

El artículo del Dr. Armando Andruet, que sigue a continuación del primero, finca su atención, precisamente, en la teoría del razonamiento lógicamente correcto. Y, siendo miembro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, nos trae las pruebas palmarias, con la mención de sentencias concretas, en las que se aplica la teoría, que ya no es teoría, sino un principio inconculcable. El control de logicidad forma parte, hoy, después de una larga peripecia desde su nacimiento, de una regla que, salvo que consideremos demente al género humano, es de aplicación absoluta, sin excepciones de ninguna naturaleza.

El Dr. Andruet esboza una historia de todas las vicisitudes para llegar a este puerto, que consideramos de necesaria existencia, que no se puede ignorar si no se quiere abrir una ancha ventana a la arbitrariedad. Y los cultores de esta actitud forman hoy una Escuela que se ha impuesto por sí sola, tanto repugna a la mente humana lo irracional. Esperemos que el artículo que ahora nos ocupa, sea el libro de mañana, para que el conocimiento de estas elementales cuestiones constituyan el patrimonio de todos los que cultiven las ciencias jurídicas.

Si se piensa que este punto, neta y exclusivamente lógico, ha sido incluido en la doctrina de la arbitrariedad por ciertos juristas, sin advertir, el costado lógico del problema, no podemos sino quedarnos perplejos. Descarto que ello ha sido hecho de buena fe, pero, entonces, las dos explicaciones que quedan son: la ignorancia o la actitud ideológica.

La riqueza de los temas que estamos tratando se evidencia en la circunstancia de la tesis enunciada por el Dr. Raúl Fernández en el tercer artículo. En efecto, la sentencia puede ser considerada como órgano del control social del derecho, según las afirmaciones del Dr. Alfredo Poviña.

Es natural que ello ocurra en el pensamiento de un jurista, que, al mismo tiempo, es sociólogo, y, por otra parte, para cerrar las circunstancias necesarias, integra el máximo Tribunal de un Estado provincial.

Pero el Dr. Fernández, en una visión intelectual muy inteligente, advierte que Alfredo Poviña, al enunciar el principio de congruencia, como tema con aristas lógicas, enriquece el campo de investigación que se avizora en el panorama sentencial. Ello abre unas perspectivas aun vírgenes, que espero animen a proseguir en la profundización de esta vertiente tan rica y tan sutilmente insinuante para juristas de vocación.

El cuarto artículo es una elevada reflexión del Dr. Luis Roberto Rueda. En verdad, “El olvido del pensar en la filosofía y en el derecho”, viene a confirmar lo que decíamos más arriba. Si nos olvidamos de las reglas lógicas corremos el riesgo de pensar errónea o arbitrariamente. Pero Rueda avanza más allá todavía. Nos estamos *olvidando de pensar*. Las incursiones que realiza en autores contemporáneos parecen confirmar su tesis. Creemos que pensamos, pero ya no pensamos: recordamos, imaginamos, divagamos... y nos estamos olvidando de lo que genuinamente significa pensar. Como profesor he intentado, en mi época docente, siguiendo las líneas de Heidegger, interrogar a mis alumnos acerca de qué pensamos y cómo pensamos cuando, de verdad, pensamos. La experiencia resulta enriquecedora y demuestra que, en general, la mayoría cree estar pensando cuando todavía ni siquiera se ha acercado al pensamiento propiamente dicho.

Por último, el artículo de Patricia Messio, por el camino antropológico, incursiona en *el control social*, tema que para Alfredo Poviña era de insoslayable tratamiento cuando se estudian muchos fallos que no eluden tratar los problemas actuales y que, por vía del efecto consecencial de las sentencias, tienen presente sus consecuencias en el medio en que ellas se ejecutan y se cumplimentan. Naturalmente, este tema es sumamente amplio y merece su atención en este abanico que se abre a la investigación.

El volumen contiene aun algunas reseñas de obras actuales que ciertos espíritus inquietos pueden intentar avanzar en los problemas que en ellos se analizan.

Olsen A. Ghirardi
Noviembre de 2004

ALFREDO POVIÑA. HOMENAJE EN EL CENTENARIO DE SU NACIMIENTO (1904-2004)

OLSEN A. GHIRARDI

Sumario: I. Testimonio. II. El control de logicidad.

I. Testimonio

Hacia el año mil novecientos cuarenta y cinco el Dr. Alfredo Poviña era profesor de Sociología en lo que hoy es la Facultad de Filosofía y Humanidades, la que adquiriría, al año siguiente, categoría de tal sobre la base del Instituto de Humanidades. Funcionaba en la planta alta de un antiguo edificio que se levantaba en la Avenida General Paz 120, de nuestra ciudad de Córdoba. Se accedía, desde la calle, por medio de una castigada escalera, cuyos peldaños crujían amigablemente en su parte media, anunciando a los profesores y alumnos a medida que iban llegando. En la planta alta, lo primero que sorprendía al visitante era un reloj de pared con una temible leyenda en su parte inferior, que escuetamente proclamaba acerca de sus horas: *Vulnerant omnes, ultima necat* (Todas hieren, la última mata).

Luego de absorber esta obvia como ingrata verdad, el ingresante podía penetrar a un ambiente que ocupaba todo el frente del edificio sobre la Avenida General Paz y que se utilizaba como aula magna, llamada aula Aristóteles, en homenaje al filósofo. Ahí, en ese ámbito, dictaba sus clases Alfredo Poviña. Ahí le conocí.

Era en extremo puntual. No se demoraba en la sala de profesores, luego del impaciente timbre, que llamaba a clase. Su estampa era agradable, decorosa e invitaba al respetuoso coloquio por su disposición al diálogo. Si su voz era clara, sus conceptos lo eran más y jamás se repetía.

En ese año, dictaba también un seminario de sociología en la Facultad de Derecho, en el extremo sur y este sobre la calle Trejo, apenas sorteada la escalera de acceso a la planta alta. Como la materia y su profesor me fascinaban, me inscribí en él, superadas las condiciones de acceso.

En este curso, aparte de conocer la profundidad de su sabiduría en la materia, disfruté con su carácter y sus conocimientos, que invitaban al aprendizaje de la investigación en su campo específico.

En el año siguiente, me convertí en escribiente -así se nos denominaba- del Juzgado en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación, cuyo titular era el propio Dr. Alfredo Poviña. El despacho se ubicaba en el segundo piso del edificio de Tribunales, en el ángulo derecho, frente al Paseo Sobremonte. Hasta esa época había pasado un año en la Cámara Civil Segunda. Como -dada la brevedad del trámite de los juicios en apelación -de inmediato aprendí lo necesario en esa instancia- manifesté a alguno de mis compañeros que me habría gustado ser transferido a un juzgado de primera instancia en lo Civil. No sé cómo, el Dr. Poviña se enteró de mi deseo y gestionó con el vocal de la Cámara Civil Segunda, Dr. José Manuel Díaz, mi traslado al Juzgado de Tercera Civil, cosa que se verificó poco después.

Gestos de esta naturaleza eran comunes en él y trasuntaban ese carácter bondadoso y pronto a servir a los estudiantes que conocía.

Recuerdo esos años con profunda nostalgia y mucho admiré en el maestro su prudencia y su tenaz esfuerzo por resolver las causas, siempre dentro del plazo que fijaba la ley adjetiva.

Tengo muchas anécdotas de esa época. Me conformaré con relatar sólo una de ellas.

La organización del Juzgado era tal que los plazos procesales se cumplían rigurosamente. Cuando una causa llegaba a tener el decreto de autos firme, un compañero nuestro, mayor que los demás y con una experiencia más rica, Vicente Agüero Díaz, era el encargado de hacer la “relación de causa” de la sentencia y, luego, pasar el expediente de inmediato al Dr. Poviña. En esa tarea yo le auxiliaba, a veces. Mi trabajo tomó vuelo y, en cierta circunstancia, decidí no hacer sólo la relación de causa sino todo el fallo con su pertinente resolución. Al final de una jornada dejé silenciosamente el expediente, con el proyecto, en el escritorio del juez y, al día siguiente, llegué al Juzgado con una gran expectativa. Poco después de llegar a su despacho el Dr. Poviña, preguntó quién le había dejado ese expediente. Cuando se enteró que yo era el autor me mandó llamar; con el corazón latiendo sin control entré al despacho, con paso tímido. El juez me miró y me dirigió, con voz suave y profunda, la pregunta:

- ¿“Usted hizo este proyecto”?

Contesté con un hilo de voz:

- “Sí, doctor”.

El Dr. Poviña, se puso de pie y mirándome fijamente, señaló: *“Afortunadamente, este proyecto contiene un grave error -que me explicó- y corresponde, en consecuencia, una resolución totalmente contraria a la por usted concebida. Y digo ‘afortunadamente’, porque de lo contrario me habría usted dejado en una situación realmente desagradable”*.

Rojo como la grana permanecí mudo. Sin levantar la voz y ya otra vez sentado, concluyó: *“Ayúdeme a conservar mi lugar, conservando el suyo”*.

Me dejó aletado. Mi atrevimiento en los juveniles veinte años me indicó que había incurrido en una tremenda inconducta. Con muy pocas palabras, la frase vertida, caló hondo en mi persona porque recibí una lección que no olvidaré en toda mi vida. Así era Poviña: severo, pero bondadoso. No regañaba, pero sus sentencias eran una verdadera enseñanza.

La memoria no me deja olvidar ese turbulento año universitario y los episodios que se sucedieron. Hubo profesores que resignaron sus cátedras. Las reuniones a puertas cerradas se repetían. Fui testigo del sufrimiento del Dr. Poviña en esas circunstancias y de las visitas que menudeaban, a raíz de acontecimientos ocurridos, como las de los Dres. Pedro León y Benjamín Cornejo.

El tiempo, frío e inexorable en su transcurso, pasó, y Poviña adquirió cada vez más renombre, ahora de jerarquía mundial. Una sola obra lo lanzó a la fama. Fue su *Historia de la sociología latinoamericana*, que había publicado el Fondo de Cultura Económica de México, en 1941. Con la edición de su Curso de Sociología (1945), que utilizábamos como texto de estudio, su prestigio se consolidó. Más tarde, esa obra le sirvió de base para su *Tratado de sociología*. Hasta el final de su vida continuó escribiendo, siempre sus temas predilectos.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, comenzó un intercambio de profesores universitarios entre el continente americano y la vieja Europa que restañaba las cruentas heridas de los amargos e interminables seis años de contienda. Pienso que las generaciones

nuevas quizá no tengan cabal conciencia de ese abismo de incomunicación que se había creado entre los continentes y la absoluta ausencia de intercambio universitario, que nos dejaban una inquieta y rara sensación de orfandad. Al avanzar la década del cuarenta, después de 1945, poco a poco, se reanudaron las relaciones como un dique que se rompía y volvieron a realizarse congresos regionales y mundiales. El año 1950 le encuentra en el Primer Congreso Internacional de Sociología de Zurich y, poco después, en el de Roma, como otros, en América y en nuestro país

Su producción intelectual fue realmente copiosa. A las obras que hemos mencionado, por razones de brevedad, sólo añadiremos su *Diccionario de sociología*, a través de los sociólogos, pero un rápido recuento permite comprobar que superan con holgura el número de veinte libros editados. A ellos se deben agregar más de ciento diez folletos y trabajos en diarios y revistas. En cuanto a conferencias, discursos y presentaciones, igualmente, superan el centenar, las notas bibliográficas se acercan a la cincuentena y los comentarios críticos sobre sus obras superan los ciento cuarenta.

Su trayectoria como docente le había mostrado como profesor titular de sociología en la Facultad de Filosofía de nuestra Universidad, como así también en la de derecho y como adjunto por concurso en la Universidad de Buenos Aires. Sus colegas le designaron presidente de la Sociedad Argentina de Sociología y recibió, además, en numerosas oportunidades, el galardón de presidente en congresos internacionales y nacionales.

En la administración de justicia hizo toda la carrera judicial comenzando como escribiente hasta llegar a la presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia.

En la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba fue miembro de número y durante casi cuatro períodos fue su presidente (1974-1984), es decir, cumplió más de once años en dicho cargo. Falleció en el ejercicio de esas funciones, el dos de enero de mil novecientos ochenta y seis.

Durante el ejercicio de su presidencia la Academia pudo adquirir la casa de calle Artigas 74, que hoy nos cobija. De igual manera, se inauguraron los encuentros periódicos con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su dedicación a las cuestiones académicas era tanta que, a veces, acudía los días domingo y su amor por la casa le llevó a donar objetos para su adorno.

En la Facultad de Filosofía y Humanidades fue, como se ha dicho, profesor titular y ejerció el Decanato de dicha Facultad. Cuando yo le sucedí en la década del sesenta, después de sufrir una decena de años el ostracismo universitario, se fue del "*campus*", según me confesó, con una amarga sensación. Recuerdo que me preguntó: "*¿Se va a animar?*".

El momento tuvo algo de solemne. Sólo le repliqué muy escuetamente: "*Lo intentaré*".

Amante de los deportes y, especialmente, del fútbol, llegó a ser presidente de la Liga Cordobesa de Fútbol. Cuando se realizó el certamen mundial, en nuestro país, el año mil novecientos setenta y ocho, fue coordinador de la sección de ciencias sociales del Congreso que se efectuó. Versó sobre disciplinas relacionadas con ese deporte, cuyas actas abarcaron tres enormes volúmenes.

A esta altura podemos aseverar que sobresalió en todas las disciplinas y actividades que emprendía. Su bondadoso carácter le permitía integrarse fácilmente con los más heterogéneos equipos de trabajo y, por la simpatía que irradiaba, además del tino y la prudencia de que hacía gala en la dirección de los asuntos privados o públicos, le ganaban la simpatía de quienes le conocían. Esto es, siempre llegó a la cumbre, al vértice de la pirámide, en todas sus funciones.

En su vida se relacionó con prominentes profesores extranjeros, como es el caso de Luis Récasens Siches, con quien mantuvo un permanente contacto. Me consta este hecho personalmente, pues en mis encuentros con este profesor en Costa Rica (1961), España y Brasil (Brasilia, 1972) pude apreciar dicha circunstancia de manera fehaciente, así como el alto concepto que le merecía

Recuerdo que, con motivo del Congreso Extraordinario Interamericano de 1961, realizado en Costa Rica, a raíz de haberme impresionado sobremanera la personalidad de Luis Récasens Siches, escribí un artículo que se publicó en el diario Los Principios. Sin decirme palabra alguna, el Dr. Poviña recortó dicho artículo y lo envió a Récasens Siches. De eso me enteré por el propio Récasens, con posterioridad, y, desde entonces, mantuve una cordial relación, especialmente epistolar, con el viejo maestro. Así era Poviña, capaz de gestos generosos y sorpresivos.

Pese a las vicisitudes de nuestra azarosa vida universitaria en el siglo veinte, debo agradecer el contacto que tuve con el Dr. Alfredo Poviña de manera casi permanente. Sus lecciones de sociología y su perfil de hombre de bien me orientaron más de una vez en mi vida.

Cuando llegó un triste momento en el que perdió a su esposa, conoció mi casa y sostuvo extensas conversaciones familiares en la intimidad de mi hogar, ya que mi esposa también había sido su alumna en la Facultad de Filosofía. Le dispensábamos un verdadero afecto, que iba más allá del maestro universitario

Le debo mi carácter de miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, circunstancia que hizo que nuestros contactos menudearan aún más. Esa designación también fue una sorpresa para mí y me enteré de ello en una ordinaria conversación que tuve con él, como un acto sin trascendencia. De verdad, con posterioridad, los coloquios, al hacerse más intensos, y más frecuentes, recorrieron temas sociológicos, jurídicos y lógicos.

Recuerdo que, en esa última época de su vida, se hallaba profundamente interesado en los controles que los tribunales superiores de provincia o las cortes provinciales y la nacional debían realizar. Por supuesto, el control social -dada la especialidad de sus estudios- era el que principalmente atraía su atención.

En uno de esos coloquios, ya en la década de los años ochenta, cerca del final de su vida, le recordé un voto perteneciente a una sentencia, que había dictado el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en los autos “Feraud, Raúl Arturo publicada en el B.J.C., vol. 4, 1961, p. 220, en cuyo voto, citando a Calamandrei, se mencionaba un nuevo y factible control, que era deseable que se ejerciera, preferentemente en los máximos tribunales, control que, en cita textual se enunciaba “*como si dijéramos de logicidad*”. Le anuncié que estaba trabajando en esa dirección. Se mostró muy interesado, hizo un esfuerzo -dado los años transcurridos- para recordar aquella vieja sentencia y, luego, días después, me aseveró muy entusiasmado: “*Voy a incluir ese control de logicidad como un control más, en un trabajo que estoy escribiendo*”. Así lo hizo.

II. El control de logicidad

Es muy probable que ese haya sido el último trabajo del Dr. Alfredo Poviña, escrito como para ser presentado en la Tercera Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho

y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, que se realizó en nuestra ciudad del primero al tres de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, cuyo tema fue la *Interpretación del derecho*. Dicho trabajo fue titulado “La interpretación sociológica de las funciones del derecho como control social en la sentencia arbitraria”. Se publicó en los *Anales* de la Academia en 1985, ps. 137/149.

Es evidente que estudiaba ese tema. Y cuando concurrimos a las Jornadas de Filosofía del Derecho, que se realizaban en Buenos Aires, su hijo Luis María, me solicitó que viajara con él y me alojara en el mismo hotel, para prestarle auxilio, si llegaba el caso. Eso permitió que el diálogo alcanzara su máxima intensidad. Le relaté que él mi había indicado -sin querer- una línea de estudio y de investigación, muchos años atrás, a raíz de un voto perteneciente a una sentencia dictada siendo miembro del Superior Tribunal de Justicia.

Ello excitó su curiosidad y me solicitó le hiciera llegar lo que había escrito y publicado al respecto. Ese coloquio se reflejó, luego, en la publicación que he citado más arriba.

En ese trabajo, al par que Poviña estudia el problema del *control social* que los tribunales superiores debieran hacer de las sentencias, añade a ello, el *control de logicidad*, como una forma de perfeccionarlas, para evitar caer en arbitrariedades, en virtud de padecer errores de carácter lógico-formal, violatorias de los principios lógicos.

Es decir, en ocasión de este nuevo control, se hace un distinguo entre los errores *procesales* formales, de otros errores -también formales- pero, esta vez, de tipo exclusivamente *lógico*, esencialmente distintos unos de otros.

En otras palabras, las sentencias pueden ser arbitrarias, tanto en el orden sustancial como en el orden lógico-formal.

Las primeras, pueden ser arbitrarias por el sentido (por su pronunciamiento en su sustancia, por su solución de fondo) cuando contrarían el sistema de organización social. La figura del control social se dirige al resguardo del “*conjunto de sistemas e instituciones que regulan la conducta del grupo*”, según cita que hace del sociólogo, Alfredo Ves Lozada.

El título del trabajo de Poviña nos permite conjeturar -tal como expresara en nuestro coloquio- que, en un principio, había pensado sólo referirse al control social. Pero, a raíz de los términos del coloquio, tomó una resolución que ratificó en los hechos para cumplimentar aquella afirmación: “*Lo voy a incluir en mi trabajo*” (esto es, incluye el control de logicidad, como otro control más).

Y aquí Poviña recuerda aquella sentencia de 1961 (caso Feraud, registrado en B.J.C., t. V, vol. 4, p. 220), que yo citara, a mi vez, en mi trabajo publicado en *La Ley*, con anterioridad, y lo volviera a mencionar en mi libro *Lógica del proceso judicial* (Córdoba, Lerner, 1987).

En la bibliografía que agrega a su artículo, una parte es predominantemente jurídica, y, otra, es llamada sociológica, aunque cuando me cita, se refiere a dos trabajos: un libro, *Lecciones de lógica del derecho* (Córdoba, 1983), y un artículo, “Motivación de la sentencia y control de logicidad” (L.L.C., año I, setiembre 1984; luego, aparecido en L.L.C., Buenos Aires, 1985, sección doctrina, ps. 1021/1035). Este libro y este artículo, respectivamente, nada tienen de sociológicos; son estrictamente de Lógica del derecho. Agradezco, profundamente, al Dr. Poviña, la inclusión de esta bibliografía, en lo que a mí atañe, y las citas con que me honra y que obran en el texto (ps. 142 y 148).

Profundicemos algo más el tema del control de logicidad y veamos cómo ingresó tal tema en el trabajo de Poviña. Según él, la “*lógica del derecho, es un camino para que, a través de la sentencia, se satisfaga el principio de justicia*” (p. 140).

Más adelante (p. 141) Poviña sostiene que hay dos tipos de control: a) el control de legalidad o de normatividad, “sobre la existencia de las normas de aplicación”; y b) el control de realidad, de verdad o veracidad, “sobre la existencia de los hechos en la vida común”. A ellos añade: c) el control de logicidad “sobre la coherencia y coordinación de las normas con los hechos, para llegar a la congruencia entre esos dos engranajes que marchan a velocidades diferentes, porque son de distinta naturaleza. Su concertación es la condición necesaria para tener una sentencia justa”.

Sigo con las expresiones del Dr. Poviña. Nos había prevenido que los dos primeros controles: el de legalidad y el de veracidad son controles en los que “cada uno cumple su propia función de control, pero lo hacen por separado, y hace falta reunirlos en un nuevo control, que se llama **control de logicidad** (el resaltado es nuestro). Este control -sigue diciendo Poviña- no es estrictamente jurídico ni hecológico, sino simplemente lógico, fundado en los principios propios del pensamiento como tal. Así la lógica jurídica como ciencia, a través de sus postulados, cumple la función de congruencia, de adaptación y de coherencia entre los otros dos sistemas de control”.

Y concluye de esta manera: “Tenemos así que las dificultades surgen porque los tres controles tienen naturaleza distinta: el ser con la verdad, el deber ser con la ley y la logicidad con el pensamiento, el que, al final de cuentas, es el que realiza la unión, para llegar a la verdad”.

Finalmente, nos dice: “Este último control, el de logicidad, el menos conocido y el menos explotado; y también se le ha dado sentido o contenido diferente, al mismo tiempo que, salvo excepciones, como vamos a ver más adelante, no se le llama así. El caso se da cuando Ghirardi en su *Lógica del derecho*, hace mención del principio de logicidad, y lo explica diciendo que consiste en ver si el razonamiento de los jueces es formalmente correcto, para controlar el cumplimiento de las leyes que rigen el pensamiento”. Agrega: “y lo decimos porque creemos que es un honor mencionar”, que “la expresión **control de logicidad**, la hemos leído en un voto del doctor Poviña” (B.J.C., caso “Feraud”, 1961, vol. 4, p. 220). Textualmente se dice: “a un control, como si dijéramos de **logicidad**, citando a Calamandrei”.

En efecto, es verdad que en la nota 8, p. 1.025, en el artículo “Motivación de la sentencia y control de logicidad”, publicado en L.L.C., 1984, había yo desarrollado algo más extensamente el tema y había afirmado que uno de los acicates -quizá uno de los más importantes para su estudio- era el voto del Dr. Alfredo Poviña en el caso “Feraud, Raúl Arturo”, T.S.J., Sala en lo Penal y Correc., 16/2/1961, t. V, vol. iv., pág. 212 y ss.. Para adentrarnos un poco más en el pensamiento del Dr. Poviña, es preciso transcribir un párrafo bastante extenso de ese voto inspirador:

“Para determinar de un modo concreto la procedencia del examen del caso por falta de motivación -que en autos se identifica con la motivación contradictoria- podemos tomar como antecedentes tanto la doctrina al respecto en materia civil, por una parte, y el criterio seguido por este Tribunal, por otra, en materia laboral, en cuanto pueden ser aplicables en el fuero penal. Tomando como punto de partida Calamandrei (*La cassazione civile*, II, 371 y *Casación civil*, Buenos Aires, EJE, p. 107), podemos decir que la censura por falta de motivación tiende a someter la sentencia de mérito en todas sus partes -cuestión de derecho y cuestión de hecho- a un control, como si dijéramos de *logicidad*, para considerar no sólo la existencia sino también la consistencia, la perfección y la coherencia lógica y racional de la motivación; no sólo para ver cómo razonó el juez sino también para decidir si razonó

bien; es decir, en forma que responda a leyes de la lógica, de modo convincente y exhaustivo”. “Ese control, a nuestro modo de ver esa consideración de la logicidad del razonamiento está determinada por los principios clásicos de la sana crítica, como criterio jurídico de la racionalidad, en su aspecto puramente formal, y no en su contenido aplicativo mismo, que es lo que constituye la llamada apreciación o valoración de la prueba, reservada al Tribunal de sentencia. Se trata de la distinción entre el esquema lógico-racional del proceso mental, gobernado por principios que dan su corrección formal, que es la base para juzgar de la motivación falsa o contradictoria, cuando el razonamiento no obedece a tales presupuestos del pensamiento; y la determinación concreta de la situación fáctica del caso, mediante la aplicación de los principios lógicos del razonamiento a los hechos y circunstancias reales, lo que hace ya el juzgador por su exclusiva cuenta, en cuanto es el aspecto que escapa al proceso de revisión”.

En otros párrafos que merecen su cita, también se confirma esta decisión fundamental de someter a las reglas de la lógica las sentencias judiciales. El juez del Supremo sigue así: *“Aplicando las precedentes consideraciones al caso concreto, tenemos que partir de la base de que no corresponde discutir ni someter a revisión los hechos admitidos por la sentencia ni la valoración de la prueba que se hace de la misma, y solamente ver si sus supuestos racionales son correctos, decisivos y no contradictorios, y si no hay violación de las reglas de la sana crítica ni desconocimiento de los principios lógicos supremos -en especial, el principio de razón suficiente, que es el aparentemente impugnado- porque las conclusiones, circunstancias y reflexiones del razonamiento del Tribunal no son necesarias e “indefectiblemente” deducidas, como si fueran las conclusiones de un silogismo”.*

“Es preciso considerar como reflexión decisiva que no se trata ni de una causalidad necesaria de tipo natural, ni de un esquema puramente lógico de carácter deductivo, sino de la apreciación de una situación de hecho, donde juegan circunstancias humanas y reales, fijadas del modo como pueden ellas haber sucedido probablemente, pero sin que se niegue una posibilidad contraria. Porque ello sea así, no puede concluirse, aun admitiendo la postura opuesta, que la situación quede modificada por completo, ni llegar a sostenerse que hay falta de motivación o motivación contradictoria”.

“Los detalles y circunstancias que se van precisando prolijamente por la sentencia son ajustados a la lógica, son racionales; el esquema conceptual está ampliamente asentado en los principios supremos del pensamiento, los que, en manera alguna, aparecen violados, ni existen contradicciones. Se dan razones suficientes para fundar las conclusiones, las que, aunque no son ni pueden ser opinables ni indefectibles, están fundadas en los hechos, por medio del razonamiento. Por otra parte, tampoco podría llegarse por medio de su revisión, a conclusiones opuestas a las de la sentencia, aun admitiéndose que puede ser distinta la consecuencia, en razón de que toda ella va en definitiva dirigida a la apreciación real de los testimonios, lo que, en definitiva, es también aquí, materia o atribución propia del juzgador”.

“Asegurada la logicidad de la resolución y mantenidos los principios y reglas de la sana crítica, como criterio de aplicación para determinar la procedencia del recurso de casación de que se trata, corresponde establecer, en definitiva, que la sentencia recurrida llena los requisitos anotados, resultando improcedente su impugnación. No existiendo motivación contradictoria ni falta de motivación...”.

En definitiva, se rechaza el recurso, en este juicio por homicidio.

En síntesis, tenemos que:

1. El Dr. Poviña adopta la expresión *control de logicidad*, al mismo tiempo que reconoce su deuda, al respecto, con Calamandrei.
2. En su mérito, el tribunal de control debe examinar:
 - a. si el juez razonó bien, respetando las leyes de la lógica;
 - b. este control es puramente lógico-formal;
 - c. ese control se aplica, tanto al juzgamiento de los hechos como a las normas aplicables, siempre -se insiste- en el aspecto absolutamente lógico-formal del razonamiento sobre ambos extremos.
 - d. para considerar la corrección del razonamiento, es preciso atender a los *principios lógicos supremos, en especial, el principio de razón suficiente y el de no contradicción*.
 - e. esa consideración de la corrección del razonamiento, no se trata de un esquema puramente lógico de carácter deductivo, sino también -se insiste- cuando se consideran hechos y circunstancias humanas y reales, aunque ellos sean sólo probables (opinables) y no absolutamente ciertos.
 - f. se exige que los razonamientos se ajusten a las leyes lógicas y, en consecuencia, sean racionales.

g. en suma, la sentencia debe asegurar la *logicidad* de la resolución.

Se advierte aquí no sólo la afirmación dogmática de un control sino toda una teoría, elaborada y fundamentada racionalmente. Es un paso importante que avanza en una dirección consciente y consecuente para concluir en una sentencia justa, racionalmente justa y no arbitraria.

Creo que en este punto conviene mencionar un antecedente fundamental en la teoría de que se trata. El Dr. Alfredo Fraguero, en el caso “Vera, Luis Argentino, p.s.a. autor de homicidio culposo, lesiones graves y homicidio calificado - Casación” (T.S.J., Comercio y Justicia, 11/12/1948, t. 1, p. 183), había dicho ya: “... *por encima de la ley y de la doctrina de eximios juristas, rige la **lógica jurídica**, o sea aquel raciocinio correcto o inferencia natural que nuestro entendimiento realiza para un proceso de análisis o identidad de conceptos. **Este raciocinio natural, que llamamos lógico, preexiste a la ley y a toda doctrina particular.** Quien no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error: cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma”.*

En este voto, el Dr. Fraguero pone de relieve dos elementos sumamente importantes:

- a. Las leyes lógicas preexisten a la ley positiva;
- b. Las normas lógicas son *independientes* de las leyes positivas.

Y de ello se entresaca una consecuencia: las leyes lógicas tienen *jerarquía constitucional*, aunque no estén positivizadas. Razón: porque son medios lógicos y únicos medios posibles para expresar y comunicar el correcto pensamiento humano, cualquiera sea el discurso y la materia de que se trate.

Los principios de igual tenor, para honra nuestra, fueron sostenidas igualmente por autores alemanes, en el mismo año 1948, al comentar fallos de ese origen. En otro lugar, hemos glosado esta circunstancia. Véase mi obra *El razonamiento forense* (Ediciones del Copista, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 1998, p. 17).

Ahora bien: debe aclararse, ineludiblemente, que el Dr. Alfredo Poviña, entiende el *control de logicidad*, en un doble aspecto:

- a) Como control del razonamiento “lógicamente correcto”;
- b) Como control de “congruencia”.

En la p. 143 del artículo que analizamos tenemos la prueba, cuando dice:

“... control de logicidad sobre la coherencia y coordinación de las normas con los hechos, para llegar a la ‘congruencia’ entre esos dos engranajes que marchan a velocidades diferentes, porque son de distinta naturaleza. Su concertación es la condición necesaria para tener una sentencia justa”. Y, más adelante, ratifica:

“Si los controles registran defectos, la sentencia no es tal: ... o por falta de coherencia y coordinación, como no congruencia entre hechos y normas. Son las causales de invalidez, que hacen que la sentencia sea una “sentencia arbitraria”.

Pero, a lo largo de la exposición, aun existen otras referencias, como por ejemplo cuando el juez fundamenta la decisión, que debe, entre otros requisitos, efectuar “la determinación de la norma aplicable, que tenga coherencia y logicidad en el caso”.

En la sentencia, sigue diciendo Poviña: *“por último, se presenta el problema de la coordinación de la norma con el hecho, la congruencia natural de lo fáctico con lo normativo, del hecho con el derecho, mediante la aplicación del control de logicidad”*.

No concluyen ahí las disquisiciones de Poviña, acerca de este problema, pues, en el párrafo siguiente agrega: *“Lo dicho en la técnica tribunalicia, se traduce con nuestra interpretación sociológica del siguiente modo: una sentencia es justa cuando es: 1) derivación razonada (como control de logicidad); 2) del derecho vigente (como control de legalidad); 3) aplicada a los hechos de la causa (como control de veracidad)”*. También utiliza la expresión *“coherencia y coordinación, como congruencia”*.

Finalmente, traza el siguiente cuadro como *“un nuevo orden de causales arbitrarias, dispuesto de la siguiente manera:*

Control de veracidad > hechos y pruebas

Control de legalidad > normas y derecho vigente

Control de logicidad > en congruencia y coherencia la norma y el hecho”.

Con posterioridad, dada su generosidad habitual, expresa: *“Por último, conviene agregar, con respecto a Córdoba, que en el estudio del doctor Olsen Ghirardi, coincidiendo con nosotros sobre lo que llamamos **el control de logicidad**, entiende por tal el examen que realiza una Corte de casación o un Tribunal Superior para conocer si el razonamiento que realizaron los jueces inferiores formalmente es correcto. En otras palabras se quiere controlar el cumplimiento de las reglas que rigen el pensar. Se refiere al problema de la existencia del control de logicidad en la provincia de Córdoba, analizando cuatro casos del Superior Tribunal, mediante los votos de juristas, tales Vélez Mariconde, Ernesto Gavier, Abad Hernando, y del doctor Jorge A. Carranza”*.

Esta cita, que nos honra, se halla sostenida en el trabajo citado en la bibliografía del artículo de Poviña, titulado *“Motivación de la sentencia y control de logicidad”*, L.L.C., año I, setiembre 1984.

Es conveniente señalar ahora, las semejanzas y diferencias, entre la actitud doctrinaria del Dr. Poviña y la desarrollada en mi artículo aparecido en 1984, en L.L.. Comparando ambos trabajos es verdad que tienen una faz común, pero, en lo que a mí atañe, sostengo que, estrictamente, hay un control de logicidad cuando se hace el examen del razonamiento de los jueces -podría agregarse y del razonamiento judicial en general- cuando se trata de aplicar los grandes y superiores principios lógicos, tales como el de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente. Del examen que puede hacerse en

el ámbito jurisprudencial la mayor frecuencia se da respecto del principio de no contradicción y de razón suficiente. Es decir, todos los estudios hechos por mí (obras y artículos publicados), limitan el control de logicidad. El Dr. Alfredo Poviña, por su parte, sin negar la faz por mí estudiada, lo extiende al llamado, en el orden procesal, *principio de congruencia*, y al acto de *subsumir los hechos en una norma*.

Volviendo a mi postura, he desarrollado el problema con más amplitud en *Lógica del proceso judicial (Dialógica del proceso)* (1ª ed., Córdoba, Lerner, 1987), haciendo hincapié en cuatro teorías fundamentales del proceso: Teoría de la dialéctica, teoría de la argumentación, teoría del razonamiento jurisprudencial y teoría del razonamiento lógicamente correcto.

En manera alguna, niego la posibilidad de estudiar la aplicación del control de logicidad al problema de la congruencia y al problema de la subsunción del hecho en la norma. Pero, personalmente opino que esa es una grave cuestión y voy a dar razones: a) Examinar si se han violado los grandes principios lógicos (especialmente, no contradicción y razón suficiente) cuando el jurista razona, es una tarea específica y propia, del control que nos ocupa, para mí sin discusión alguna. Es una tarea, por antonomasia y estrictamente, del llamado control de logicidad; b) Examinar el impacto lógico del control en el problema de la congruencia y de la subsunción, induce a indagar cuánto hay de procesal (reglas procesales) y cuánto hay de estrictamente lógico (principios y reglas lógicas). Mi primera impresión, me induce a pensar que la cuestión es mucho más ardua en estos últimos aspectos, ya que concurren leyes positivas (sustanciales y adjetivas) y elementos lógicos, muy entrelazados y de muy difícil separación, aun para los maestros de la abstracción. Y, por sobre todo, será preciso delimitar y establecer la reformulación de los principios lógicos aplicados al derecho.

*En recuerdo de Alfredo Poviña, iniciador de un camino.
En homenaje a Olsen A. Ghirardi, maestro siempre.*

LA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO CORRECTO Y SU ACOGIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL T.S.J. DE CÓRDOBA

ARMANDO S. ANDRUET (H) ¹

Sumario: I. Preliminares. II. De la protohistoria al presente. III. Inventario jurisprudencial en vinculación con la Escuela. a. La naturaleza del razonamiento judicial y sus premisas. b.1. El silogismo judicial. Elaboración de la premisa mayor. b.2. El silogismo judicial. Constatación de la premisa menor. c. La figura del juez como ser en el mundo. d. La utilización de los principios de verificabilidad y racionalidad. e. El control de logicidad. e.1. Principio de razón suficiente. e.1.1 Principio de razón suficiente: ontológico y lógico. e.2. Principio de no contradicción. IV. Bibliografía cordobesa relacionada con la teoría del razonamiento correcto.

I. Preliminares

Seguramente que un título tan extenso como el que tiene la presente contribución pueda llamar la atención, por ello hemos creído conveniente otorgar algunas aclaraciones, toda vez, que para muchos que no están del todo habituados a ciertas aplicaciones de la doctrina local en materia de casación civil, puedan resultar oportunas.

En realidad, creemos que en la provincia de Córdoba se ha dado cita una feliz concordancia entre la teoría y la praxis, entre la doctrina jurídica y la jurisprudencia efectivamente asumida por el máximo tribunal de Justicia provincial. Ello se puede advertir, no como mera tendencia de algunos casos aislados, sino como corriente jurisprudencial claramente asentada, y sobre la cual, abrevan no pocos tribunales superiores de otras provincias argentinas y, sin duda, infinidad de tribunales de inferior instancia. Resulta así un orgullo para esta provincia, y es este aporte investigativo, un tributo a quienes sin saber que construían una pared, a lo largo de muchos años, colocaban señeramente ladrillo a ladrillo.

Desde este punto de vista me parece importante señalar, algunas apreciaciones generales a la perspectiva con la cual partimos para la presente investigación; las que en prieta síntesis se pueden reconducir en una tarea semejante a la que por definición tienen los arqueólogos cuando deciden llevar adelante alguna tarea. Pues tales profesionales, después de ciertos estudios anteriores han podido colegir con algún grado de certidumbre científica, que por caso, en un determinado sitio -luego de llevar adelante las excavaciones correspondientes- habrán de poder descubrir -si los estudios anteriores son acertados- rastros que permitan conformar la tesis de la existencia de vestigios de alguna civilización. Así es como tales profesionales primero descubren utensilios, también paredes, habitaciones, caseríos y luego construyen con todo ello, una teoría acerca de tal o cual civilización.

Nosotros hemos seguido un camino semejante, reconociendo que muchas veces las resoluciones que se han dictado a lo largo del tiempo y sobre un mismo tópico, permiten

también poner en grado de descubrimiento no ya una civilización, sino la existencia acaso de unas determinadas "comunidades doctrinales fácticas", puesto que en ellas se evidencian convergencias en la utilización y recurrencia por parte de jueces, a un cierto común patrimonio doctrinario que como tal, para quienes así lo utilizan y de ellos se sirven, lo hacen con un carácter modélico.

Por el otro costado, para quienes son los productores de dichas piezas intelectuales, va permitiendo que en la proyección del tiempo, se consoliden sus aportes doctrinarios en la misma jurisprudencia y, por lo cual, dicha tarea doctrinaria ha dejado la esfera de la misma instancia reservada de quienes así lo han generado; sino que en modo propio van construyendo sin saberlo seguramente, lo que en rigor se debe nombrar como una escuela.

En nuestra investigación hemos podido confirmar dicho extremo, a la luz de un seguimiento temporalmente amplio y, a la vez, cuantitativamente muy significativo en orden a la cantidad de pronunciamientos estudiados. Hacemos la salvedad también, que por una obvia razón de espacio, en la ocasión estamos presentando sólo los casos que han resultado más paradigmáticos para mostrar el itinerario del problema analizado, pero en modo alguno significa ello, que no existan otra gran cantidad de pronunciamientos en igual sentido. Desde este punto de vista, la presente comunicación, no es otra cosa que la substancia de un trabajo mayor².

En razón del marco que hemos querido darle al estudio y que hemos ya adelantado, es que no intentaré demostrar el acierto o desacierto de tal o cual doctrina o criterio; dejaré la discusión para quienes hacen doctrina iusfilosófica. Postularé los logros materializados de una escuela iusfilosófica local, que no son hipótesis que necesiten ser probadas empíricamente para reconocer de su valía. Se trata en síntesis de relatar los aportes iusfilosóficos que a la teoría del razonamiento forense se han brindado, por diferentes iusfilósofos fuertemente comprometidos con la dimensión vivencial del ejercicio profesional, sea porque lo ejercitan siendo litigantes activos o porque, resuelven las controversias como magistrados.

Tal aspecto, delimita una tipología del iusfilósofo que se adentra en los meandros del razonamiento forense, que le permite visualizar de una manera diferente y, a veces, también contradictoria, lo concerniente del servicio que la filosofía del derecho debe cumplir en el ámbito de la praxis profesional. En rigor no se puede dejar de señalar, que la mejor doctrina jurídica nunca es equiparable a aquélla que alguna vez, resultó señera para los jueces al tiempo de dictar sus resoluciones.

Por haber sido y estar siendo esta Escuela de Córdoba del razonamiento forense pletórica en aportes para la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en este último cuarto de siglo al menos, es que rendimos homenaje a la totalidad de sus integrantes y trataremos de efectuar, a los fines de otorgar el definitivo sustento a lo considerado, alguna breve sistematización de la manera en que sus principales aportes se han visto reflejados en la misma jurisprudencia local y también en las reformas legislativas que en la Provincia han ocurrido.

II. De la protohistoria al presente

Resulta singularmente dificultoso -pues aquellos que cultivan la ciencia de Herodoto lo conocen bien- encontrar los rastros a partir de los cuales un período, un tiempo, se inicia, y

por lo tanto, importa una irrupción o quiebre con otro anterior. En este orden de ideas, el esfuerzo nuestro no escapa a cierta cuota de subjetividad; pero también hay que señalar, de dificultades en el acceso a tales vestigios del razonamiento forense puesto que en su gran mayoría, los protocolos de resoluciones del máximo tribunal de la Provincia anteriores a 1950 se encuentran confeccionados a puño, y siendo en consecuencia documentos originales con los que se cuenta, se torna de indiscutible problematicidad su consulta, cuanto más su traslado, custodia y conservación.

De cualquier manera, con toda certidumbre cabe decir, que ha existido en un arco histórico de más o menos una docena de años, y que corren entre 1948 y el 1960, dos miembros del T.S.J. que permiten hacer la primera aproximación a la cuestión que nos convoca en estudio. Me estoy refiriendo a los Dres. Alfredo Fragueiro³ y Alfredo Poviña⁴, respectivamente; el primero, como se conoce, una figura trascendente en la iusfilosofía nacional durante las décadas del cincuenta y sesenta particularmente por sus aportes metafísicos a la teoría del derecho; y el segundo, de estirpe sociológica que para la década del sesenta gozaba de un dignísimo prestigio no sólo en la República, sino también fuera de ella, por sus preclaros estudios de la sociología comparada en América Latina. Estos dos hombres, tuvieron en común no sólo la formación en la filosofía, sino que ejercieron la magistratura durante varios años y en ella, accedieron al último cargo de la estructura piramidal del Poder Judicial de la Provincia.

En dicho lugar, en pocos pronunciamientos también hay que señalarlo, aunque con una notable singularidad por la espesura del conocimiento, quedaron las huellas remotas que luego con el tiempo irían a permitir encadenar una continuidad de pensamiento, que como es de suponer, no sólo se genera desde la misma coincidencia intelectual sino que se potencia, cuando del intelecto se trasciende al afecto y desde lo meramente profesoral se traspasa a lo puramente discipular.

En dicho repliegue de pensamientos, doctrinas y teorías, la figura del joven, mas ya maduro Prof. Olsen A. Ghirardi, vendría a ser -aunque ulteriormente en el tiempo-, quien vuelva sobre algunos de los aspectos que ambos profesores suyos y de estrecho afecto, dejaran a modo de latente semilla para las generaciones futuras como es, en sentido lato lo referido a las relaciones entre el derecho, la justicia y la lógica.

No viene a cuento ahora destacar, la forma si se quiere azarosa de cómo la biografía de cada uno de estos hombres se fuera entrelazando, mas nos sentimos honrados de poder sí precisar, la manera en que se fueron haciendo los nudos gordianos que terminaron entramando lo que luego sería, sin petulancia una escuela inicialmente de pensamiento doctrinario y luego de realización cierta, en la jurisprudencia local.

En las décadas iniciales de tal conjunto, se pueden reconocer, entre otros tantos, al menos dos antecedentes que son de una singularidad que no puede ser ignorada; y que aun hoy, los asiduos y prestigiosos casacionistas locales los suelen recordar con fuerte interés. Por una parte, Alfredo Fragueiro en los autos "Vera, Luis Argentino -p.s.coautor de homicidio culposo, lesiones graves y homicidio calificado- Casación" (resolución del 11/12/48)⁵, hace una afirmación que bien podría ser considerada basal para toda otra construcción que del razonamiento forense se quiera postular, puesto que sin ella por delante nada de lo otro se puede acaso atender. Se apunta en dicho pronunciamiento en lo pertinente: "En efecto: Por encima de la ley y de la doctrina de eximios juristas, rige la lógica jurídica, o sea aquel raciocinio correcto o inferencia natural que nuestro entendimiento realiza por un proceso de análisis o identidad de conceptos. Este raciocinio natural, que llamamos lógico, preexiste a

la ley y a toda doctrina particular. Quien no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error, cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma".

Huelga señalar después de la contundencia de dicho pronunciamiento, esto es: que el derecho no puede extralimitarse de la lógica; porque la lógica -epistemológicamente diríamos-, es anterior a toda doctrina⁶. En rigor lo que importa marcar como aporte notable del párrafo transcrito, es que se denuncia en la jurisprudencia del T.S.J. la importancia sustancial de poder hacer el mismo, una especie de salto original hacia un estadio intelectivamente anterior en el tiempo, como es el de la lógica, pero que jurisprudencialmente había sido ignorado, o al menos no explicitado hasta esa fecha.

Y si bien un antecedente de tal magnitud estaba otorgando mojones de entidad para que luego el razonamiento judicial tomara una ruta definida, y se buscaran en los años venideros los institutos que de una manera suficiente, permitieran hacer el mencionado control de supremacía lógica en el derecho; también corresponde apuntar que en ocasión alguna fue para el mencionado autor, la lógica jurídica, una cierta especie de entelequia formal que a fuerza de ser aplicada terminara arrasando con todo manto de justicia que para la resolución se quisiera brindar.

Son varias las resoluciones en que Fragueiro, hace notables ponderaciones por la construcción de un resultado no sólo lógico de la resolución, sino también justo. Quizás ello permita inferir, que la lógica y lo justo, no son cuestiones que se excluyen recíprocamente, en cuanto la lógica sea ponderada como lógica jurídica aplicada a problemas prácticos y no mera lógica científica que subsume hechos que no revelan alguna conducta cargada de sentido como en rigor, es siempre el derecho.

Después del nombrado antecedente, si bien existieron algunos otros pronunciamientos que fueron reflejando una tendencia que mostraba apertura para ingresar por vía de la casación, en temas referidos a la motivación de las resoluciones judiciales⁷; hubo que esperar hasta los autos "Feraud, Raúl Arturo" (resolución del 16/2/61)⁸; donde definitivamente ingresa como un tópico excluyente -aunque todavía faltaría mucho tiempo para que el mismo realmente sea reconstruido- el de la existencia de un control de logicidad. Que tal como se conoce, resulta ser la piedra de toque para todo el desarrollo ulterior que la jurisprudencia del máximo tribunal local habrá de desarrollar en manera constante en los últimos quince años.

En el fallo que se indica, en el voto del Dr. Poviña se anota: "Para determinar de un modo concreto la procedencia del examen del caso por falta de motivación -que en autos se identifica con la motivación contradictoria- podemos tomar como antecedentes tanto la doctrina al respecto en materia civil, por una parte, y el criterio seguido por ese tribunal, por otra, en materia laboral, en cuanto pueden ser aplicables en el fuero penal. Tomando como punto de partida Calamandrei (*La cassazione civile*, II, 371; y, *Casación civil*, Buenos Aires, EJE, p. 107), podemos decir que la censura por falta de motivación tiende a someter la sentencia de mérito en todas sus partes -cuestión de derecho y cuestión de hecho- a un control, como si dijéramos de 'logicidad', para considerar no sólo la existencia sino también la consistencia, la perfección y la coherencia lógica y racional de la motivación; no sólo para ver cómo razonó el juez sino también para decidir si razonó bien; es decir, en forma que responda a leyes de la lógica, de modo convincente y exhaustivo.

"Ese control, a nuestro modo de ver esa consideración de la logicidad del razonamiento está determinada por los principios clásicos de la sana crítica, como criterio jurídico de la racionalidad, en su aspecto puramente formal, y no en su contenido aplicativo mismo, que

es lo que constituye la llamada apreciación o valoración de la prueba, reservada al tribunal de sentencia. Se trata de la distinción entre el esquema lógico-racional del proceso mental, gobernado por principios que dan su corrección formal, que es la base para juzgar de la motivación falsa o contradictoria, cuando el razonamiento no obedece a tales presupuestos del pensamiento; y la determinación concreta de la situación fáctica del caso, mediante la aplicación de los principios lógicos del pensamiento a los hechos y circunstancias reales, lo que hace ya el jugador por su exclusiva cuenta, en cuanto es el aspecto que escapa al proceso de revisión".

Juzgamos y con poco temor de equivocarnos, que en el antecedente que se acaba de transcribir, se encuentra la semilla de la logicidad en el contralor casatorio que luego será fecundada generosamente por autores y litigantes hasta el tiempo presente. En este marco la doctrina nacional y local, todavía no había generado obras de relevancia en la materia, por lo que, la producción bibliográfica vendrá a recostarse sobre dichos escasos, pero inmovibles pilares jurisprudenciales⁹.

Mas lo cierto, es que la jurisprudencia del T.S.J. entraría en una meseta poco generosa para los temas lógicos después de dicho pronunciamiento; posiblemente los problemas eran otros o las inquietudes personales de los vocales del cuerpo fueron diferentes. Recién a mediados de la década del ochenta, es que existe un fuerte rebrote de la temática lógica y del razonamiento forense en la consideración de la motivación de las resoluciones judiciales, con un pronunciamiento que sin duda, ha quedado para los registros más exigentes de la puridad de la doctrina de dicho tribunal en materia lógico casatoria.

Nos estamos refiriendo a los obrados "Pernas Automotores SRL c/ Vaquis, Walter O.- Rec. de revisión" (Sent. N° 63 del 4/10/83)¹⁰. Este pronunciamiento, entre otras cuestiones, resulta importante, porque uno de los ilustrados vocales que lo suscribe, bajo la indiscutida autoridad de Calamandrei, sostenía en minoría que aquél nombrado 'control de logicidad', no podía ser cumplido en dicha instancia de casación so pretexto de verificar la coherencia interna del razonamiento, puesto que con ello, en realidad se realizaba un análisis reservado privativamente a los jueces de mérito.

Dicho criterio, felizmente para la postrimería del razonamiento forense fue minoritario, y en el voto de la mayoría se selló la suerte definitiva para la existencia del mencionado control de logicidad. Así fue como se sostuvo en el impecable voto, de quien por otro lado, fue la primera mujer en ocupar el sitial de vocal del T.S.J. local, Dra. María Sciarra de Aricó, lo que se copia: "El control de logicidad de la sentencia no sólo está admitido en la doctrina procesal de Córdoba, sino que es una constante en la jurisprudencia de este tribunal (...) La solución no es distinta porque el control se efectúa a la luz de los recursos de casación laboral o penal o de la revisión civil. Primero, porque la obligación de motivar las decisiones judiciales es un deber impuesto a todos los jueces en todas las materias sobre las que hayan de pronunciarse, como que está consagrado en una norma de la Constitución Provincial (art. 9°); segundo, porque los principios lógicos que rigen la estructura del pensamiento valen desde luego para toda sentencia, sin distinción de fueros; y tercero, porque si bien en materia penal y laboral se admiten en casación motivos desconocidos en la revisión civil, el análisis de logicidad se realiza siempre a título de control de las formas de la sentencia donde las tres vías impugnativas, con diferencias acaso de detalle, son sustancialmente idénticas (...), el contralor de logicidad se efectúa para verificar el cumplimiento de las formas de la sentencia en orden a su motivación.

“A pesar de la reconocida autoridad científica de Calamandrei en esta materia, su doctrina acerca de la ineptitud del recurso para verificar el defecto de motivación y juicio de casación, no ha tenido eco en nuestro país donde la tesis opuesta es preponderante según he tratado de demostrar en los párrafos anteriores”.

A partir de este precedente sólo quedaba que los juristas doctrinarios de la casación civil, comenzaran a diagramar los carriles definitivos por donde se inscribiría finalmente la cuestión vinculada con el control de logicidad de las resoluciones judiciales. Desde este punto de vista, no puede dejar de señalarse que la ósmosis que se fue realizando de litigantes doctrinarios a jurisprudencia fue lenta pero igualmente continua; y a la distancia se puede dimensionar, que en manera alguna estuvo condicionada por formulaciones teóricas que acaso bien intencionadas mas no demostradas en el campo de lo empírico de la vida forense, podían llevar a resultados no advertidos desde la experiencia corriente de la vida forense.

Se reconoce, y mucho mejor que en otros ámbitos de la formación de la jurisprudencia, que en esta ocasión, el aporte para el progreso de las tesis del control de logicidad, ha sido sustancialmente originada por parte de abogados litigantes con una destacada formación en filosofía general y en derecho procesal. Han sido ellos, quienes han construido el desarrollo teórico que venía recibiendo acogida más o menos frecuente en la jurisprudencia.

Por tal razón, es que no se puede dejar de señalar y ello sigue siendo válido hasta el momento presente, que la base experiencial profesional que la teoría del razonamiento forense local en esta materia ha tenido, devino claramente refractaria a teorías o especulaciones que si bien, podían ser de indiscutida autoridad en el marco teórico de la riqueza iusfilosófica, pues carecían de viabilidad práctica en el ejercicio profesional.

Una cosa es teorizar acerca del razonamiento forense y para lo cual, no hace falta ubicarse en el aquí y ahora de un justiciable, de un litigante, o de un juzgador. Mas a la hora de tener que conocer no ya especulaciones acerca de lo que los tribunales dirán que es tal o cual cuestión de logicidad; sino de revisar en el *hic et nunc* lo que definitivamente los tribunales dicen que es y que la jurisprudencia ha consolidado como suficiente dentro de la diaria realización judicial; se hace evidente y casi sin admisión de prueba en contrario, que toda teoría se rinde ante la prueba de la jurisprudencia.

Del fallo que anotamos finalmente más arriba y hasta nuestros días, esto es, veinte años, se ha consolidado en una manera indiscutida una teoría vinculada al razonamiento forense que posiblemente siga pasando todas las pruebas de discusión posible, no porque esté construida con una multiplicidad de cuestiones y de soluciones que la tornen inconvencible, sino todo lo contrario, está diagramada sobre la simpleza de lo natural para la vida profesional y ello sólo es posible, en razón de ser genuinamente formulada por individuos que ejercen -como abogados o jueces- diariamente el mundo profesional.

De cualquier manera, tal como se puede presumir, debieron existir algunos aportes doctrinarios importantes, que de alguna manera, vinieran a otorgarle el sustento epistemológico suficiente para que la mencionada praxis profesional lograra pasar indemne tan largo período.

En esa tarea, posiblemente sin conocer que se habrían de marcar para la posterioridad de la comunidad profesional, los surcos de la temática en cuestión, durante 1984 es publicado por Olsen A. Ghirardi un artículo relativamente breve intitulado “Motivación de la sentencia y control de logicidad”¹¹; en dicho trabajo, se explicaba la existencia de una tríada de errores que en las resoluciones se pueden reconocer, así los nombrados como *in*

iudicando e in procedendo, agregando el citado autor, una categoría de errores nominados como *in cogitando*. Los mismos debían ser controlados por los tribunales de casación mediante un modelo racional que conformaba el llamado "control de logicidad"; a tales fines procede el autor local, a establecer una taxonomía de vicios en que podían quedar incursas las resoluciones, por consumación del error lógico o de la motivación en general.

Cabe señalar que en paralelo con ello y veinte años después del fallo que citamos más arriba, el profesor Poviña, por esa época presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, publica un artículo intitulado "La interpretación sociológica de las funciones del derecho como control social en la sentencia arbitraria"¹², en el cual, quizás por única vez vuelva a escribir alguna línea referida a su pensamiento acerca de aquella especie de control de logicidad al que se había referido. En el mencionado artículo se ponderaba acerca de las condiciones necesarias para que una resolución judicial fuera justa, para ello el autor destaca la exigencia de un triple control: 1) Control de legalidad y que se refería a la aplicación del derecho vigente, 2) Control de veracidad o realidad y que se vincula con que los hechos invocados en la resolución hayan efectivamente sido demostrados y 3) Control de logicidad o de congruencia y que también lo nombra como "*derivación razonada*"¹³.

Lo definitivamente cierto, es que en 1984 se produce la evidente e indiscutida consolidación de la existencia del control de logicidad, de ello da cuenta la numerosa cantidad de pronunciamientos que en aquella época se brindaron; entre ellos, sólo basta recordar los autos "Bracco, Andrés c/ Martinotti, Daniel - Recurso de revisión" (resolución del 8/5/84)¹⁴ con voto del Dr. Jorge Carranza; como también los caratulados "Flores, Guillermo Abelardo -p.s.a. de homicidio simple- Recurso de casación" (resolución 40 del 27/12/84) con voto del Dr. José I. Cafferata Nores y que hasta donde hemos podido consultar, es en la primera ocasión, que el trabajo antes recordado de Ghirardi es citado a los efectos de ilustrar el tópico del control de logicidad.

El proceso de consolidación de la por entonces tesis de los errores *in cogitando* y del control de logicidad, aun cuando había dejado de ser azarosa y estaba suficientemente instalada en el ideario profesional de los abogados que frecuentaban dicho tipo de recursos extraordinarios, aun todavía era carente de muchos aportes teóricos que mirando la realización profesional, le terminaran de dar un claro marco de teoría jurídica. Tal acontecimiento, se produce en modo definitivo mediante dos sucesos que impactaron notablemente dentro de la formación de la cultura jurídica local en dicha materia.

Por una parte, a principios de 1987 se había convocado a Convención Constituyente Provincial para reformar la Constitución de la provincia de Córdoba y uno de los despachos personales, y que luego fuera aprobado en general y particular, aspiraba a mejorar, sin duda, la redacción que tenía el vigente para la fecha, art. 9º, que requería que "la resolución será motivada"; por otro texto más explícito y que es así atendido en el proyecto del convencional constituyente Dr. Armando S. Andruet -nuestro padre-, que proponía: "*Toda resolución definitiva o interlocutoria, deberá ser suficientemente fundada*"¹⁵. Como se conoce, el texto, finalmente aprobado bajo el art. 155 dice: "Deben (los jueces) resolver las causas dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan, con fundamentación lógica y legal".

Y, el restante acontecimiento que no queríamos dejar de señalar, es la aparición de la obra de Olsen Ghirardi intitulada *Lógica del proceso judicial* publicada en septiembre de 1987¹⁶, en donde se avanza sobre una propuesta completa del estado de la cuestión y se organiza

sistemáticamente el problema de los errores *in cogitando*, lo cual se hace formulando la teoría del razonamiento correcto, que junto con la teoría de la dialéctica, de la argumentación y del razonamiento jurisprudencial, construyen según el citado académico, el marco dialógico en el cual el derecho se cumple.

Acorde a que la presente comunicación, tiene por título la teoría del razonamiento correcto y su vinculación con la jurisprudencia local del T.S.J., no podemos soslayar de indicar a qué se refiere el autor con ella, y cuáles son los principales tópicos que quedan centralizados en la misma, para que en un apartado ulterior, pasemos revista a la manera en que la jurisprudencia ha ido haciendo propios, los mencionados desarrollos teóricos.

Dice Ghirardi que *“si la fundamentación de la sentencia tiene jerarquía constitucional, y existe un control de constitucionalidad, va de suyo que es atinado un control del razonamiento del juez. Este control, por cierto, no sale de los límites de lo formal-lógico. De ahí que el proceso reposa también en la teoría del razonamiento correcto, ya que el juez tiene la obligación constitucional de razonar correctamente y no violar las reglas que rigen el pensar”* 17.

En manera esquemática corresponde destacar que la teoría del razonamiento correcto tiene en verdad tres secciones independientes, y que son las que ulteriormente se han ido reflejando en un claropinto de pronunciamientos judiciales, a saber: 1) El control de logicidad. Cuestión ésta, que a su vez, remite a un problema de mayor consideración como es el desarrollo sin más de los reconocidos errores *in cogitando*, que se evidencian en las resoluciones judiciales por alguna falla dentro de la motivación del pronunciamiento; y que a su vez, muestran alguna violación a los principios lógicos, destacándose en manera principal la que se produce sobre el principio de razón suficiente.

Las otras dos secciones faltantes, se refieren sucesivamente a la constatación de cumplimiento de los principios de verificabilidad y racionalidad. Contralores éstos, que con el tiempo dieran lugar para que otros autores, avanzaran con explicaciones más contemporáneas de abordaje del problema, mutando aquellos principios en justificación interna y externa del pronunciamiento¹⁸.

Corresponde de todas maneras consignar, a los fines de no ser juzgados indebidamente en la ocasión; que en manera alguna desconocemos que para mediados de la década del setenta en la comunidad académica europea, se estaban trabajando con notable preocupación los tópicos referidos al razonamiento forense y entre ellos, lo vinculado con la motivación o justificación de la sentencia¹⁹.

Sin embargo, en el ámbito doméstico, la jurisprudencia del alto cuerpo resultó como se ha visto, refractaria a dichos aportes desde la sola teoría iusfilosófica -no sólo extranjera sino también nacional y provincial-, por ello volvemos a destacar, que lo curioso de la constatación que la presente investigación ha permitido realzar, es que, el aporte doctrinario a la construcción de la teoría jurisprudencial que el Tribunal Superior de Córdoba ha tenido en materia casatoria y vinculada con la cuestión lógica de las resoluciones, ha resultado ser unidimensional desde lo cognoscitivo y ello tal como se advierte aun hoy, no ha tenido variación.

Finalmente, hay que puntualizar que con ulterioridad a la sanción del art. 155 C.P. -1987- la doctrina y jurisprudencia han sido pletóricas en la producción de artículos, libros y resoluciones, vinculados con la teoría del razonamiento correcto en general. En el marco académico científico no se puede desconocer la tarea que se ha venido cumpliendo en la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Córdoba -que otrora fuera

su titular Alfredo Fraguero, posteriormente, Olsen A. Ghirardi y, actualmente, quien escribe- y en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en cuyo Instituto de Filosofía del Derecho, a la sazón presidido por el Dr. Olsen A. Ghirardi - actualmente presidente de la Academia Nacional referida-, ha producido seis volúmenes colectivos en torno a la materia del razonamiento correcto y que son referidos a menudo, como fuente doctrinaria por el T.S.J. Dicho Instituto ha logrado reunir un heterogéneo grupo de profesores, puesto que los mismos advienen a la convergencia temática desde sus propias áreas disciplinares de la ciencia jurídica, así: derecho procesal civil, penal, político, filosofía del derecho y sociología²⁰.

III. Inventario jurisprudencial en vinculación con la Escuela

Creemos, entonces, haber dado suficientes demostraciones para que se tenga por acreditada la existencia de una escuela local, que mediante sus aportes iusfilosóficos ha logrado inicialmente -a mediados de la década de los ochenta- introducir dentro del máximo tribunal provincial, la tesis de que existen errores en el pensamiento que los jueces de ordinario comenten a la hora de otorgar los fundamentos de sus resoluciones. Como así también, después, ese mismo aporte ya concienciado a nivel jurisprudencial, es recibido derechamente en la reforma constitucional provincial de 1987 como también, transpolado en su misma literalidad, cuando ulteriormente en 1995 es modificado el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales, mediante la ley 8465 que en su art. 326, prescribe que "Toda decisión definitiva deberá tener fundamentación lógica y legal, bajo pena de nulidad".

A lo largo entonces de veinte años, la teoría del razonamiento correcto continúa siendo la que vertebra el núcleo de desarrollo teórico de la fundamentación lógica de las resoluciones. Cualquiera que esté relativamente habituado a repasar los anales jurisprudenciales del recurso extraordinario provincial, no podrá sino acordar con la mencionada tesis.

De cualquier manera, no se puede dejar de señalar, que han existido otros importantes aportes que se han hecho, de autores que no pertenecen materialmente a la Escuela, pero que formalmente no hay razón alguna para considerarlos opositores a dichas conclusiones. Cabe destacarse que, en general, estos últimos, cultivan la ciencia del derecho desde la perspectiva procesal -civil o penal- y por lo que, sus desarrollos en general no aparecen con una matriz diferente a la ya dada, aunque sin duda proponiendo ulteriores perspectivas acorde la misma ciencia procesal va advirtiendo su misma injerencia en la diagramación del derecho sentencial²¹.

En todos los casos queda claro, que la orientación del camino jurisprudencial se ha vertebrado por una doctrina, que piensa a la realización del quehacer judicial en materia de razonamiento forense, como esencialmente generada desde la vida forense y, por lo tanto, por vías de accesibilidad rápidas especialmente claras y en modo alguno, despreciativas de una dimensión práctica y por ello también moral que nutre la vida del Foro.

Antes de pasar al inventario de pronunciamientos que hemos seleccionado, debemos advertir al auditorio, que la elección que hicieramos de los fallos en modo alguno agotan, los desarrollos que en orden a cada una de esas temáticas ha formulado la Corte provincial; mas lo que no podemos dejar de señalar en honor a la verdad, es que se tratan los casos

ahora reunidos, los que mejor muestran el aspecto que se quiere resaltar en el análisis de esta contribución doctrinaria.

a. La naturaleza del razonamiento judicial y sus premisas

Una de las tesis principales de la teoría del razonamiento correcto finca, en que el razonamiento judicial tiene una entidad de tipo práctico prudencial y por lo cual, las aplicaciones meramente mecánicas o axiomáticas, resultan de indudable dislate en su apreciación. Se juzga de esta manera, que cuando las premisas que construyen las resoluciones judiciales son tratadas como meras proposiciones lógicas, si bien es posible que con ello se intente asegurar una cierta cuota de puridad en el desarrollo y, por lo tanto, en la misma conclusión a la que se arribe; en realidad lo que se está haciendo con ello, es ignorar el carácter problemático y dialógico que tiene el derecho.

Ello se complementa en manera natural con sostener, que la formación del silogismo sentencial inicialmente decimonónico, de tipo exegético o puramente científico hoy, no muestra la verdadera dimensión de lo jurídico. Se afirma que el silogismo sentencial, porque alguna forma lógica tiene que tener la manera en que los jueces describen los fundamentos de la resolución que habrán de sostener, si tiene una característica, es el de ser práctico prudencial²². Pues por ello, fue el mismo Calamandrei -aunque ya el maduro profesor y litigante- quien dijera “... *que aquel que imagina la sentencia como un silogismo no ve la sentencia viva, sino su cadáver, su esqueleto, su momia*”²³.

En los autos "Marchetti, Stella Maris c/ Héctor O. Zárate - Disolución y liquidación de sociedad de hecho - Recurso de casación", Sent. N° 119 del 4/9/01, se consolida la tesis que venimos indicando.

En lo pertinente que ahora nos importa el pronunciamiento sostiene que: “El razonamiento propio de las ciencias sociales -en el cual se inserta el razonamiento jurisprudencial- no puede ser analizado sólo bajo la luz de la lógica analítica o formal, sino que -por su naturaleza práctica- debe necesariamente ser atendido a la luz de la lógica dialéctica y de la retórica. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en los razonamientos de tipo especulativo o demostrativo (propios de las ciencias duras), la materia con la que trabaja el razonamiento práctico-prudencial, es todo aquel ámbito del saber que carece de la certeza constrictiva propia de los saberes físicos o matemáticos.

“Las premisas en las que se funda el razonamiento forense son en principio probables, discutibles y débiles. Ello importa necesariamente que la conclusión a la que arriba el magistrado, en su actividad de juzgamiento, no puede de modo alguno ser entendida como una proposición necesaria, demostrativa o incontestable. Por el contrario, la decisión conclusiva en la que recale, será generalmente una premisa también dialéctica seleccionada como ‘preferible’ o ‘razonable’ entre las tesis en juego; o sea, una decisión sostenida por considerarse la razonablemente más justa.

“Adviértase que no digo que el juez razone sin observar los principios lógicos formales (cuestión que no sería posible, ya que toda reflexión humana debe inexorablemente observar las reglas del pensar para ser válida), sino que considero que la tarea de juzgar es más amplia y más rica que una simple deducción lógica formal. En otras palabras, el juicio prudencial, por el cual el juez decide una causa, tiene una estructura, un esqueleto, de

silogismo, sin embargo, la decisión judicial definitiva no es una mera subsunción lógica sino más bien una ‘conclusión ponderada’, un ‘juicio de valor’.

“Es por ello que autorizada doctrina -a la que adhiero- ha sostenido que la actividad jurisdiccional que queda documentada en un resolución judicial no puede considerarse sin más como un ‘silogismo judicial’, sino que debe ser entendida como un ‘razonamiento silogístico práctico prudencial’ en el que intervienen no sólo los principios de la lógica formal clásica, sino también elementos extralógicos, tales como los axiológicos, los sociológicos, los ideológicos, los económicos, las máximas de la experiencia, etc. (En igual sentido, conf. GHIRARDI, Olsen, *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, p. 44; ANDRUET, Armando S (h), “Introducción a la argumentación forense”, en *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 1999, p. 55).

“Todo lo argumentado se patentiza cuando se atiende a las frecuentes situaciones en las que el juzgador frente a las diversas consecuencias posibles que se derivan de las premisas en las que funda su razonamiento, debe elegir o seleccionar entre ellas a la que considere la más razonable e intrínsecamente más justa. Ello ocurre, por ejemplo, en las hipótesis de culpa concurrente cuando el magistrado atribuye un determinado porcentaje a cada uno de los litigantes; en los casos de indemnización de una chance cuando el tribunal debe fijar un monto estimativo y prudencial como resarcimiento; o frente a la necesidad de valorar las piezas probatorias introducidas en la causa debiendo atribuir veracidad a un testigo o mendacidad a otro, entre otros muchos supuestos”.

El último de los párrafos que ha sido transcripto, en nuestra opinión, pone en evidencia la indiscutida ponderación de juicio común que los sentenciantes no pueden dejar de tener como sesgo de su resolución. En rigor, lo que de allí se desprende, es que la utilización de las premisas del razonamiento judicial, no como prácticas, sino en todo caso como demostrativas, lo podrá ser, cuando lo que no está comprometido con tal realización, son las consecuencias justas o razonables que de la resolución se puedan seguir.

En otra resolución el alto tribunal ha marcado, la característica basal dentro del proceso de aplicación e interpretación de la ley a la hora de efectuar la misma subsunción jurídica. Así *in re* “Gómez, Miguel o Miguel Gómez Asencio - Declaratoria de herederos - Recurso de casación”, Sent. N° 28 del 18/4/02, se apunta: “(...) el juicio prudencial, por el cual el juez decide una causa, tiene una estructura, un esqueleto, de silogismo, sin embargo, la decisión judicial definitiva no es una mera subsunción lógica sino más bien una ‘conclusión ponderada’, ‘un juicio de valor’”.

b.1. El silogismo judicial. Elaboración de la premisa mayor

En otra ocasión, el T.S.J. ha insistido en que el razonamiento forense que de ordinario queda plasmado en las resoluciones judiciales, si bien es cierto que puede llegar a semejarse a uno del tipo silogístico, en tanto que es mediato y son los hechos de la realidad biográfica de los justiciables, los que quedan indiscutidamente subsumidos en una ley anterior y general y por la que se sigue algún tipo de consecuencia para el mismo; la premisa mayor de dicho razonamiento, esto es, la ley general, no es sin más el puro texto literal de ella.

Ha sido riguroso el cuerpo en señalar que la premisa mayor: la ley general, es un texto normativo enriquecido por un colectivo indeterminado a veces de autores, doctrinarios, juristas y litigantes, que le han ido acordado una determinada dimensionalidad al mismo. Con lo que se evidencia la fuerte reacción del T.S.J. a todo tipo de encorsetamiento o fijismo científico intelectual que se le quiera otorgar a la ley.

En realidad, la norma de derecho que se proclama como premisa mayor del razonamiento judicial que en cada resolución judicial se formula, es un momento conclusivo de una hermenéutica *hic et nunc*. De esta forma, el sistema de derecho deviene en sí mismo invariablemente totipotencial para infinidad de cuestiones sometidas a decisión.

En los autos “Olmedo, Belén Amarilis c/ Héctor P. Ravera - Filiación - Recurso directo hoy Casación”, A. N° 12 del 27/7/01, se advierte así ponderado. A saber: “Ya ha dejado de tener vigencia la creencia de que la estructura de la sentencia se reduce a un silogismo lógico formal, donde el texto literal de la norma sería la premisa mayor, los hechos fijados la menor, y la parte final la conclusión.

“La evolución de la ciencia jurídica fue demostrando que un sistema de tal naturaleza provoca una visión estática del derecho, ineficiente para resolver el problema de las limitaciones de la ley escrita frente a la variedad casuística que se presenta a juzgamiento; frustrando, en definitiva, el fin del sistema judicial.

“De allí que, una correcta elaboración de la premisa mayor (premisas de derecho), la doctrina y la jurisprudencia se hayan esmerado por desarrollar criterios de interpretación de la ley, que coadyuven al hallazgo de la justicia del caso particular, sin que ello importe una desatención al sistema normativo instaurado con sustento en la Constitución Nacional y los principios generales del derecho”.

b.2. El silogismo judicial. Constatación de la premisa menor

Tampoco se puede dejar de señalar, que en la misma manera que la premisa mayor está, podríamos decir pragmatizada por la labor que cumplen los autores y doctrinarios del derecho, como por la misma jurisprudencia que pueda existir. La formulación de una adecuada premisa menor y, por lo tanto fáctica, ha sido igualmente considerada como de alto interés para la jurisprudencia del T.S.J., habiéndose llegado a sostener, que la errada constatación de la misma, es achacable como violación al razonamiento correcto del sentenciante.

Mediante el antecedente que se habrá de considerar, se intenta colocar una vez más de manifiesto, que bajo ningún aspecto se puede llegar a pensar, que la operación intelectual que los jueces realizan echando mano a la teoría del razonamiento correcto, puede ser desvinculada de la misma praxis del justiciable.

Con ello la jurisprudencia se ha hecho cargo, de un aporte doctrinario de notable dimensionalidad operativa en el cumplimiento del ejercicio profesional diario, muy lejos está de toda abstracción científica, aun cuando ella en la teoría aparezca dotada de una mayor fortaleza. La teoría del razonamiento correcto que el T.S.J. ha tomado como propia y ha delimitado en la realización jurisprudencial, es hija directa del *ars litigandi* que los profesionales ponen en marcha cada día, cuando de cumplir su ministerio profesional se trata.

Ello se demuestra en el valor casatorio que se termina atribuyendo a una insuficiente elaboración de la premisa menor, el antecedente en autos “Omega Coop. de Seguros Ltda. c/ Payer SACIFIA y/o quien resulte responsable - Ordinario - Rec. directo hoy Revisión”, A. N° 137 del 1/6/00, es ilustrativo en la materia: “La cámara *a quo*, luego de sentar la premisa mayor de su razonamiento, en cuanto a los requisitos de orden fáctico que condicionan la aplicación de la ley 24.283, estima, sin más, aplicable al caso la citada ley, sin determinar si las circunstancias comprobadas en la especie cumplen con la regla sentada más arriba, para hacerse merecedoras de las consecuencias jurídicas previamente establecidas en tal cuerpo normativo.

“Concretamente, entonces, se ha omitido la elaboración de la premisa menor del razonamiento -subsunción de los hechos a la norma-, omisión ésta que redundaría en la privación del conocimiento de las razones jurídicas que eventualmente enervarían la pretensión del recurrente”.

c. La figura del juez como ser en el mundo

El carácter del razonamiento práctico prudencial del sentenciante, en rigor de verdad es una retrospectiva a una posición de un puro corte clásico, en donde el juez, más o menos anhela -aunque no siempre lo pueda alcanzar con éxito- ser algo así como, la misma justicia viviente.

En dicho análisis la teoría del razonamiento correcto cuando marca con el énfasis que lo hace al carácter prudencial del magistrado, no está sino imponiendo de la presidencia de la virtud de la prudencia en la praxis judicial y que tal como sabemos, constituye la verdadera sabiduría o filosofía práctica ²⁴. La prudencia -del gr. *phronesis*- permite deliberar correctamente, mostrándonos lo más conveniente en cada momento ²⁵.

Con ello se advierte palmariamente, que sin prudencia se puede deliberar con corrección y de hecho que existen modelos de razonamiento judicial que eso mismo lo postulan, ofreciendo, a su vez, un marco de mayor previsibilidad en la respuesta y que ello corresponde ponderarlo como altamente saludable. Creemos, sin embargo, que es posible que el resultado que así se logre, no resulte ser el más conveniente en cada uno de los casos; y todo buen juez, debe orientar su *telos* en dicho norte. Su compromiso antes que con el bien individual o personal suyo propio, es con el comunitario de la sociedad política en donde cumple su realización profesional.

En autos “Villanueva, Olga Graciela c/ Cándido O. Zambrano - Daños y perjuicios - Recurso de casación y directo”, Sent. N° 25 del 29/3/01, queda palmariamente de manifiesto cuál es el perfil que del magistrado se anhela. A saber: “El juez (...) no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que lo rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, pues la lógica apreciación de ciertas conclusiones empíricas de que todo hombre se sirve para moverse en la vida. Estas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y con relación al lugar...” (aut. y ob. cits., ps. 175/176).

“Cuando hablamos de ‘máximas de la experiencia’ nos referimos, entonces, a aquellos postulados que, por inducción y a falta de prueba que acredite lo contrario, permiten al hombre común presuponer racionalmente que los hechos han ocurrido de una determinada

manera y no de otra. Ahora bien, tal imposición sólo halla cabida en relación a reglas que, por su palmaria evidencia, presenten una fuerte probabilidad de haberse verificado en el caso concreto, según el curso natural y ordinario de las cosas, de modo tal que, a falta de prueba en contrario, posean aptitud para generar en el ánimo del juez el convencimiento respecto de la existencia o inexistencia del hecho controvertido”.

d. La utilización de los principios de verificabilidad y racionalidad

Hemos señalado más arriba que la teoría del razonamiento correcto que ha terminado por admitir como propia, la misma jurisprudencia del T.S.J. y, por lo tanto, con la cuota al menos de vinculación moral que para los tribunales inferiores ella tiene; entre sus pilares cuenta con la utilización de los principios de verificabilidad y racionalidad, a los que se remite en innumerables resoluciones.

De todas maneras, antes de referirnos a ellos, a los fines de comprobar la asunción por parte del máximo tribunal de la denominación acuñada por la escuela local para los presentes temas del razonamiento forense, se transcribe la sección pertinente de un valioso precedente en los obrados: “Fisco de la Provincia de Córdoba c/ Renzo Toschi – Apremio - Recurso de casación”, A. N° 191 del 29/7/03, donde se anota y luego de hacer referencia a la trascendente labor del juez en cuanto al deber de fundamentar lógicamente y legalmente las resoluciones, que reza así: “A estas condiciones de derivación, concordancia y armonía interna se refieren los principios lógico-jurídicos de racionalidad y verificabilidad, reglas pilares de la teoría del razonamiento jurisprudencialmente correcto. El aludido principio de verificabilidad (...). Por su parte, el principio de racionalidad importa...”.

En una manera más o menos parecida al siguiente precedente recaído en autos “Condecor SA Cia. Financiera - Revisión del crédito del B.C.R.A. en autos: Condecor SA Cía. Financiera - Quiebra solicitada por el B.C.R.A. - Recurso de casación - Recurso directo”, Sent. N° 36 del 24/4/02. *“La cuestión es que el mandato legal (arts. 155 Const. Pcial. y 326 C.P.C.C.) no sólo se ve infringido cuando la referida exposición de motivos no exista, sino también cuando sea ilegítima o aparente porque ninguna de ellas alcanza para mantener el fallo. Así lo ha destacado la doctrina, afirmando que “Todo fallo debe respetar dos principios: a) el de verificabilidad; b) el de racionalidad. Es preciso que la sentencia sea una obra de la razón y es necesario que dicha racionalidad sea expresada en razonamientos que permitan verificar el itinerario mental del juez, es decir, las razones que llevan al juez a la convicción de su juicio conclusivo”. “Por ende, la motivación de la sentencia, la expresión de los fundamentos racionales del fallo, debe ser de tal naturaleza que no aparezca el cumplimiento de los principios exigidos, como de mera apariencia. En otras palabras, la observancia debe ser real, con el objeto de que las partes puedan contemplar el hilo del razonamiento, los hitos de su camino, verificar su corrección lógica y valorar su argumentación dialéctica. Las formulaciones de los juicios deben ser explícitas y claras y también, patentemente reales” (Olsen A. Ghirardi, Córdoba, La Ley, 1990, p. 123).*

El control de logicidad que, en definitiva, es donde se resumen los dos principios anteriores²⁶, exige que la resolución pueda ser verificada, es decir, que los motivos que la sostienen sean claros y expresos y, por otro costado, que estén brindados los mismos motivos, dentro del marco de ser un acto de razón -principio de racionalidad- y, por lo tanto, excluya

cualquier postura arbitraria; para lo cual, las reglas que rigen el buen pensar y la misma experiencia cotidiana, *prima facie*, son suficientes.

No se puede dejar de señalar, atento a la notable trascendencia práctica que ello tiene, y que en verdad es lo que a lo largo del presente trabajo hemos querido delimitar; que el T.S.J. no requiere por definición, a los fines de poner en marcha el proceso anulatorio de la casación por violación al error *in cogitando*; que la delimitación técnica de la violación lógica sea expresamente destacada. La sola apelación referencial a la noción de ‘las reglas del buen pensar’, aparece como un marco omnicomprendido de ellas ²⁷, pero como es natural, no excluye que se demuestre de qué manera se realiza la violación lógica, aunque equivocadamente nombrada. Por lo dicho, entonces, es que no cabe la excepción del *nomen logicus*. Sin embargo, a la hora de la otra referencia: reglas de la experiencia; el derrotero ha sido diferente, pues se pide la indicación biográficamente contextualizada en el caso concreto.

Esta diferencia como se puede colegir es importante, puesto que está suponiéndose entonces, que cada justiciable tiene una medida singular a la hora de las mediciones de la vara de las reglas de la experiencia -no así de la lógica natural- y. por lo tanto, al defender la jurisprudencia las diferencias que entre unos y otros se puedan establecer a la hora de la calificación de la noción de las reglas de la experiencia, lo único que se hace con ello, es convalidar la entidad de que el razonamiento judicial es de naturaleza práctica prudencial.

e. El control de logicidad

Indudablemente, que cuando la teoría del razonamiento correcto fue expuesta, nadie podía ignorar las aportaciones que pasarían para dicha teoría, de la lógica sin más. Y puesto que existe una sola lógica, con independencia que ella se pueda más o menos modalizar a diferentes áreas o disciplinas del pensar humano, lo cierto es que los conocidos principios lógicos -identidad, tercero excluido, no contradicción y razón suficiente-, fueron los que permitieron establecer la superficie sobre la cual, se iba a cumplir el llamado control de logicidad.

Ha definido Ghirardi, y acompañado por el cimero tribunal provincial al control de logicidad como: “el examen que debe realizar una Corte o un tribunal superior para conocer si los razonamientos que explicitaron los jueces inferiores al dictar sus sentencias son lógicamente correctos”²⁸; huelga señalar, que luego se extendió el mismo a toda actividad jurisdiccional.

De tal manera, que el control de logicidad, se cumple mediante la observancia de los dos principios que hemos señalado más arriba -verificabilidad y racionalidad- y los defectos del último de los nombrados, se evidencia mediante la afectación a alguno de los principios lógicos. De esta manera, se procedió a efectuar una taxonomía que hasta la fecha sigue teniendo vigencia y a la que, la jurisprudencia del alto cuerpo se ha referido en incontables precedentes, esto es: a) Falta de motivación, b) Defectuosa motivación, en esta última, a su vez se abren tres sub categorías: i) aparente motivación, ii) insuficiente motivación y iii) defectuosa motivación propiamente.

Dicha clasificación en su segunda especie -b) defectuosa motivación- tiene una relación estrecha como se ha anticipado con la violación de los tres primeros principios lógicos -identidad, tercero excluido y no contradicción- que se pueda haber realizado. Sin embargo,

la jurisprudencia casatoria ha ido articulando para tales capítulos una afectación al principio de razón suficiente, con lo cual, ha terminado por otorgarle a dicho principio un carácter de violación lógica de motivación de alto espectro.

Y si bien para determinadas cuestiones dicha jurisprudencia del T.S.J. resulta de máxima estrictez, en cuanto a la determinación del *nomen iuris*, pues ha sido mucho más generosa a la hora de catalogar si la existencia de la violación lógica, lo ha sido del principio de razón suficiente o de cualquier otro; en rigor, lo que basta, es que se demuestre en manera contundente la ruptura que al encadenado lógico del discurso motivacional se haya formulado.

De cualquier manera, si acaso se quisiera estar a la ortodoxia de la doctrina, y que tal como se acaba de señalar, ha sido exorbitada por la propia jurisprudencia que ha ido otorgando una notable cuota de maximización del principio de razón suficiente; se podría tener presente que la violación a dicho principio, quedó reservada a la falta de motivación²⁹ y por ello entretejida la razón suficiente con la capacidad argumentativa que el texto sentencial pudiera tener.

e.1. Principio de razón suficiente

De todas maneras, como el objetivo del presente trabajo es mostrar en un grado al menos de cierta verosimilitud, de qué manera el máximo tribunal de la provincia ha ido receptado *lato sensu* las tesis de la Escuela local, sin perjuicio de las modificaciones que *in itinere* la misma conformación del cuerpo ha ido brindando a los mencionados tópicos; lo absolutamente cierto es que, si un principio lógico resulta violado con mayor asiduidad por los jueces a la hora de fundamentar las resoluciones que dictan, es el de razón suficiente.

Y en verdad no parece que ello deba ser considerado como una suerte de ensanchamiento desmedido que la misma jurisprudencia del T.S.J. haya hecho de dicho principio lógico por sobre los restantes, porque según nosotros mismos entendemos, el propio art. 155 C.P., en rigor, lo que impone, es el cumplimiento por los jueces del principio de razón suficiente al exigirles que deben fundamentar las resoluciones.

Nos parece encontrar la confirmación a la tesis que acabamos de señalar, en un pronunciamiento reciente, recaído en autos “Panetta, María Teresa c/ Banco Social de Córdoba - Acción declarativa de certeza - Ley 8543 - Recurso de casación”, A. N° 60 del 22/4/04, que reza en parte pertinente: “Conviene señalar en lo que aquí corresponde, que en el orden del razonamiento judicial, cuando se ha utilizado el nombrado principio en realidad a lo que se está apuntando, es señalar que cierto tipo de pronunciamientos por caso los que conforman el genérico de las ‘resoluciones judiciales’, deben contener las ‘razones’ que sean capaces de abonar lo enunciado en el mismo juicio forense que en ellas se sostengan. Dicha razón será suficiente, cuando basta por sí sola para servir de apoyo completo a lo enunciado en el juicio, por consiguiente, no hace falta nada más para que el juicio sea plenamente justificado (Romero, F.; Pucciarelli, E., *Lógica*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1945, p. 34). En puridad hay que señalar, que el principio de razón suficiente no es la verdad del juicio sino precisamente su fundamento; como que la verdad o la ontologitud del mismo, por una parte y la justificación de ello por otro, sólo son equivalentes en su validez, mas no son la misma cuestión. El principio de razón suficiente

tiene como sentido propio declarar de un modo general qué es lo que necesita un juicio para que su pretensión de verdad no sea una pretensión vacía, sino completa”.

“(…) Asimismo tal insuficiencia en la fundamentación ha privado al impugnante del conocimiento de las razones jurídicas que eventualmente enervarían su pretensión no dándose respuesta concreta a los agravios por él planteados y violándose el precepto constitucional contenido en el art. 155 Const. Pcial. y su correlato en la ley formal (art. 326 C.P.C.C.), lo que justifica el acogimiento de la casación intentada”.

Adviértase a los fines de calibrar adecuadamente la referencia que se acaba de hacer, que sí y sólo si el juez muestra las razones que tiene para resolver como lo hace, se podrá conocer si existe una violación al principio de identidad, de tercero excluido o de no contradicción. No existiendo dicha fundamentación, no estando a la vista las razones que existen para tomar un camino de pensamiento determinado, sin duda alguna, que tampoco se podrá censurar si ha habido -o no- violación a alguno de los otros principios.

Por ello es que entendemos que el ensanchamiento que ha existido del principio de razón suficiente aparece motivado por el propio imperio de la comprobación de la violación o no de los restantes principios lógicos. Desde este punto de vista nos parece altamente significativo, que en el reciente pronunciamiento que estamos destacando, se haya efectuado una afirmación categórica acerca de la entidad del mismo principio de razón suficiente, y que sin duda alguna, abreva en la autoridad del propio A. Pfänder, quien refiriéndose al mismo, lo destacaba como un imperativo pedagógico del pensar.

Se anota en el interlocutorio ya mencionado: “En este marco corresponde señalar, que de la misma manera que en términos generales, el atender al principio de razón suficiente no es otra cosa que cumplir con una suerte de ‘imperativo pedagógico de todo pensar’, puesto que sin haberlo cumplido antes al mencionado principio, lo pensado y expresado carecería de justificación. Y si bien es cierto que está la posibilidad de que existan juicios que podrán ser tenidos por verdaderos aún cuando ellos no tengan una razón suficiente y basados ellos sólo, en la autoridad o la confianza que inspira la persona que los transmite; fuera de toda duda está que los jueces no gozan del mencionado privilegio”.

De todas maneras, no se puede dejar de señalar, y con ello se vuelve a poner en evidencia la naturaleza práctica del razonamiento forense, que el principio de razón suficiente tiene un carácter más permeable a la discusión acerca de su misma suficiencia o insuficiencia, que cualquiera de los otros principios que por definición son *urbi et orbis*.

El principio de razón suficiente tiene un ámbito de discusión que permite, serenamente ponderando las cuestiones, que dos interlocutores puedan llegar a conclusiones contradictorias respecto a su misma existencia: una cantidad aunque no numerosa de resoluciones del T.S.J., en votos por mayoría así lo ponen de resalto. Mientras que los restantes principios tienen *per se* una fuerza convictiva de naturaleza arrolladora, y su valimiento no admite por definición disenso alguno, salvo que quien lo haga de esa manera, prefiera integrar parte de una especie de personas a quienes se los reconozca ignorantes de las propias y puras leyes del pensar, que como tal, no parece condición posible para una comunidad científica-profesional como es la de los litigantes.

En la obra ya citada de Ghirardi de 1987, se conceptualiza en una apretada síntesis y que recoge la más granada tradición intelectual al tema que nos ocupa, diciendo que “*El principio se enuncia diciendo que Nada hay sin una razón suficiente. Nos da la razón del porqué de la existencia de los seres desde el punto de vista ontológico. Y en ese sentido, no se diferencia mucho del principio de causalidad. Desde el punto de vista lógico se entiende*

*como una razón esto es, una explicación de por qué algo es de determinada manera y no de otra”*³⁰.

Así ha sido entendido el mismo principio por el T.S.J. en el voto que ha sido indicado más arriba, a saber: “El principio de razón suficiente, desde su misma conformación lógica en rigor lo que dice es que todo juicio, para ser realmente verdadero, ha menester necesariamente de una razón suficiente; así en la magnífica conceptualización de A. Pfänder (*Lógica*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1945, p. 263 y ss.) y que rápidamente es enunciado como: ‘nada hay sin una razón suficiente’”.

Por otro costado apuntamos, porque en rigor es otro aspecto que permite evidenciar la utilización de la doctrina local en la temática de la casación provincial; en cuanto se repara en la construcción que desde los aportes doxográficos y bibliográficos se advierten cumplidos en las resoluciones contemporáneas del T.S.J. Y si bien, los primeros son más numerosos que los segundos, en realidad cualquiera que conozca los lugares comunes de la tradición de la Escuela de razonamiento forense de Córdoba, encontrará que en más de una resolución, existen dichos aportes teóricos internalizados en el T.S.J., al punto tal es ello, que resulta, a veces, dificultoso escindir una y otra vertiente.

Y en lo que corresponde a las fuentes bibliográficas que se utilizan en los pronunciamientos, expresamente miradas ellas en lo que es materia del presente estudio; se advierte sin dificultad alguna, la recurrencia a la autoridad de Olsen Ghirardi, en primer lugar, y en orden menor a los Dres. Raúl E. Fernández y a quien escribe, antes por supuesto de ocupar la vocalía en el Tribunal Superior de la Provincia.

Sin embargo, lo que no puede dejar de ser señalado, es la utilización de las fuentes remotas, otrora invocados en el ya recordado pronunciamiento “Feraud, Raúl Arturo” (Resolución del 16/2/61)³¹, aunque ahora, ilustrando el supuesto con parte del voto dictado no por A. Poviña, sino por el ilustre Prof. Alfredo Vélez Mariconde, quien refiriéndose a estas cuestiones puntualiza: “Con respecto a la lógica -en cuyos dominios se plantea la impugnación, pues no se denuncia la inobservancia de principios o máximas de las experiencia o de la psicología- las reglas fundamentales no son más que los ‘principios lógicos supremos’ o ‘leyes supremas del pensamiento’, esto es, los principios (de identidad, de contradicción, del tercero excluido y de razón suficiente) que gobiernan las elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar cuáles son, necesariamente, verdaderos o falsos (Pfänder, *Lógica*, ps. 215-285)”.

Apuntamos que en el voto recaído *in re* “Panetta...” de 2004, esto es, casi un cuarto de siglo después, la doctrina que se sigue invocando es la misma del profesor alemán y, sin dudarlo, que no se puede achacar ello a un desconocimiento de la existencia de otros autores que hayan considerado la temática.

e.1.1 Principio de razón suficiente: ontológico y lógico

La diferencia a la que nos hemos referido, en orden a que dentro de los principios lógicos en el marco del razonamiento forense, el de razón suficiente resulta basal para la búsqueda y registro de los restantes; como así también, el natural grado de discutibilidad que en orden a la existencia o no de la violación al nombrado pueda existir para una misma comunidad de contralores, habilita la instalación de una construcción ulterior en la jurisprudencia del T.S.J., que ha traído diversas conjeturas prácticas.

Nos estamos refiriendo a la diferenciación en el tratamiento que el alto cuerpo ha hecho, del llamado principio de razón suficiente lógico y también ontológico. Diferencia ésta, adelantamos desde ya, que en ciertas ocasiones genera dificultades en su misma aplicación, puesto que, como indicaremos concluye confundiendo con otras categorizaciones anteriores y, además, evidencia una cierta inconstancia en la delimitación práctica que a cada una de las especies se ha brindado. Se nos ocurre pensar, que como la distinción en la jurisprudencia del T.S.J. de la razón suficiente ontológica y lógica es bastante tardía, y no estuvo ella acompañada por una tarea doctrinaria que la sustentara en sus cauces epistemológicos adecuados, concluyó en el acontecimiento descripto.

Según ha construido la doctrina jurisprudencial del alto cuerpo, la indicación al cumplimiento del principio ontológico de razón suficiente, se refiere más o menos a lo que podríamos denominar como la base fáctica de lo que ha sido objeto de pretensión en el pleito y sobre la cual, cada una de las partes a los fines de mejorar y/o sostener sus propios aspiraciones de triunfo, han podido acreditar.

Desde este punto de vista, el cumplimiento del principio de razón suficiente ontológico impone el deber del sentenciante no ya de fundamentar sus decisiones, sino antes que ello, considerar la totalidad de extremos de naturaleza fáctica que han sido materia de debate. La razón suficiente ontológica miraría así, a la completitud de la masa factual sobre la cual, el fallo habrá de ser dictado; siempre como es obvio, que se traten de aquellos extremos fáctico probatorios, que tengan una entidad que delimiten su misma calidad de impostergable a los fines de juzgar la completitud del plexo.

Siguiendo esta línea de pensamiento, y que en rigor es la que nos parece más propia desde la perspectiva general del enfoque de la Escuela local de la teoría del razonamiento correcto, es que el principio ontológico de razón suficiente se ubica intelectivamente incluso antes, de la puesta en marcha de los controles posibles de ser realizados mediante el principio de verificabilidad y racionalidad.

Ello así, porque el hecho fáctico de poder comprobar empíricamente el iter del razonamiento del juez -principio de verificabilidad- no garantiza en manera alguna, que se hayan contabilizado la totalidad de extremos dirimentes o fuertes que en la causa existan; como igualmente, que si sobre estos extremos que han sido verificados recorriendo el iter del juez, se puede estudiar y ponderar la adecuada explicitación de las operaciones intelectuales y valorativas -principio de razonabilidad-, ello no mejora el caso de los que antes han sido preteridos.

Por tales extremos bien se puede decir, al menos desde la perspectiva teórica del problema, que el principio ontológico de razón suficiente no habría motivo para considerarlo excluido de la casación civil, toda vez, que no puede existir adecuada razón suficiente cuando lo que se ha omitido es un extremo fáctico principal de *litis contestatio*; sin embargo, resulta entre dubitativa y negatoria de dicho análisis la jurisprudencia del T.S.J., toda vez, que coloca al Tribunal casatorio en el umbral -cuando no dentro- de la misma actuación en la causa, como instancia de mérito: lo que deviene intrínsecamente rechazado por la misma doctrina casatoria.

Se ha caracterizado expresamente por el T.S.J. el tópico, en autos "Benito Alejandro c/ Raúl Egusquiza A. y otro - Daños y perjuicios - Recurso directo", Sent. N° 127 del 4/11/03, que reza en parte pertinente: "El axioma (al de razón suficiente se refiere) alude a la concreta ponderación de cada uno de los elementos trascendentes de la causa, entendiéndose por tales, a las constancias incorporadas válidamente al proceso que sean

útiles para fundar las defensas de las partes -pruebas y argumentos- (principio de razón suficiente ontológico), como a las consideraciones que condicionan la correcta elaboración de un determinado juicio (principio de razón suficiente lógico).

“De tal manera, la vigencia de la primera modalidad de la regla, determina la cantidad y calidad de operaciones mentales que deban realizarse, en función de la evacuación a cada uno de los interrogantes pertinentes que puedan plantearse como condicionantes de la solución a la que pretenda arribarse (...) En este contexto conceptual, es obvio que la falta de tratamiento de una cuestión argumental no puede fundarse en la discrecionalidad del tribunal, sino en la evidente ineficacia de aquella para favorecer a una u otra de las pretensiones controvertidas”.

Por el otro costado, el principio de razón suficiente en su vertiente lógica, no será otra cosa que la misma demostración de los fundamentos o motivaciones que existen en el sentenciante para definir cada uno de los extremos existentes en la litis; y, por lo tanto, susceptibles de ser controlados en casación sin dificultad alguna, a los fines de asegurar el cumplimiento de un razonamiento correcto.

Así resulta en autos “Omega Coop. de Seguros Ltda. c/ Payer SACIFIA y/o quien resulte responsable - Ordinario - Rec. directo hoy Revisión”, A. N° 137 del 1/6/00, que anota: “El principio de razón suficiente, en su acepción lógica, impone que el juzgador transcriba la totalidad del itinerario racional requerible para arribar a una conclusión determinada. De tal guisa, la cantidad y calidad de operaciones mentales que deban realizarse dependerá de la evacuación a cada uno de los interrogantes pertinentes que puedan plantearse como condicionantes de la solución a la que pretenda arribarse”.

Nos parece importante destacar, que el principio ontológico de razón suficiente, presupone una determinada opción por el juzgador porque en manera alguna resulta ella identificable, con la misma existencia completa y totalizante de extremos o defensas que acaso hubieran sido partes integrantes de la litis, motivo por el cual, la construcción del mencionado principio ontológico de razón suficiente, nada dice a su vez, de la misma existencia de las mencionadas piezas procesales; con ello, una nueva razón para la discusión acerca de su posibilidad de inclusión en la casación.

Esta consideración finalmente destacada, parece estar avalada por la jurisprudencia reciente del T.S.J., en los autos “Panetta, María Teresa c/ Banco Social de Córdoba - Acción declarativa de certeza - Ley 8543 - Recurso de casación”, A. N° 60 del 22/4/04, que reza: “Más la búsqueda por lo ontológico de la pretensión, es una indagación de otra especie y que en ciertas ocasiones ha sido considerada como ‘principio ontológico de razón suficiente’, y dicha distinción es la que permite explicar sin más, que si el juicio carece de razón suficiente, en rigor lo que ocurre es que la pretensión que en el mismo se sostiene no se justifica, pero ello no obsta a su misma existencia (Pfänder, A., ob. cit., p. 269 y ss.).

“En el caso de marras, no se han meritado argumentos dirimentes esgrimidos por el recurrente en la alzada (o al menos no se han expresado las razones que justifiquen su exclusión) lo que prueba la falta de completitud del razonamiento revisado”.

e.2. Principio de no contradicción

Tal como hemos señalado, si el principio lógico de razón suficiente, en algunas ocasiones puede dejar lugar a dudas y por ello abrir el debate acerca de si ha sido violado o no, puesto

que la misma fundamentación para un auditorio imparcial puede llegar a ser satisfactoria, mientras que para otro interesado, resultar la destaca insuficiente; cuando la observación está puesta en la violación a alguno de los restantes principios lógicos, por caso el de no contradicción, dicho estado de eventual incertidumbre no existe y la claridad conceptual se impone.

Necesariamente que cualquiera de los principios lógicos restantes -fuera del de razón suficiente-, son simultáneamente ontológicos y lógicos. Tal como sostiene Ghirardi “*la imposibilidad lógica se encuentra basada en la imposibilidad ontológica*”³²; y no existe dificultad en que sean debatidos en la casación.

Corresponde señalar que los antecedentes existentes en la jurisprudencia del T.S.J. permiten colegir, que se ha referido en manera indistinta a lo lógico como a lo ontológico a la hora de señalar violaciones al principio de no contradicción. Cabe agregar también, aunque ha sido destacado con menor ahínco por el Tribunal, que el uso de una premisa en contradicción con otra u otras, tiene que tener una gravitación determinante en la conclusión del pronunciamiento.

Con lo cual aparece claro, que el pronunciamiento puede llegar a tolerar discursos contradictorios respecto a sus premisas en la medida que no aparezcan determinantes para la resolución que en definitiva se logre. Sin embargo, no se puede dejar de interrogar, si no devendría tal proceder evidentemente falaz, porque aunque no tuviera la violación al principio una consecuencia directa e inmediata con el resultado del pleito, desnuda que el razonamiento que el juez ha llevado no ha sido el correcto.

Tal como parece orientarse la doctrina casatoria, en tales supuestos se hace prevalecer -y es correcto que así sea- los principios que iluminan el mismo derecho adjetivo como es el de la trascendencia, y por lo tanto, propugnando la conservación de la resolución, aun con el déficit puntualizado.

A los efectos de acompañarnos con la jurisprudencia en el punto, destacamos que en la primera de las transcripciones que efectuaremos, se percibe con claridad la denuncia de violación al principio de no contradicción en su versión ontológica, *in re*: “Donato Alfredo E. c/ Policlínico Privado Marcos Juárez SA - Daños y perjuicios - Recurso directo hoy Recurso de revisión”, Sent. N° 2 del 9/2/98, a saber: “Tal principio de la lógica formal que normalmente se enuncia como ‘nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en una misma relación’, en el ámbito de los razonamientos se viola cuando el mismo presenta una afirmación y negación conjunta de una misma cosa, de un mismo objeto.

“En el caso de autos, el temperamento del fallo en crisis revela un vicio de la naturaleza señalada (...) desde que la contradicción configurada refiere al argumento sustentador de la conclusión a la que finalmente arriba el Tribunal *a quo*”³³.

Mientras que en otro pronunciamiento, se refiere también el T.S.J. a la violación del principio de no contradicción, pero desde su vertiente lógica en cuanto que, la tiene por configurada a partir de la misma ponderación intelectual que hace el Tribunal de un mismo acto que es cumplido en el decurso del proceso.

Atento a que resultaría fatigoso la transcripción de los extremos fácticos, sirva el resumen del caso como suficiente guía del problema enunciado, así es como la Cámara inhabilita las declaraciones prestadas por los testigos A y B en base al conocimiento indirecto que éstos ostentaban de los hechos base de la acción. Sin embargo luego, le asigna un valor pleno a la testimonial del Sr. C, sobre quien pesaba idéntica situación impeditiva que la de los otros testigos A y B³⁴.

También ha permitido el análisis del principio de no contradicción al T.S.J., descalificar argumentaciones tendientes a realizar un uso hasta si se quiere caprichoso por parte de los letrados, y con el solo objetivo de mejorar sus propias posiciones en el pleito. En tal reflexión, se ha demarcado que siendo el razonamiento judicial uno de tipo práctico prudencial, y que por lo tanto, va siendo una tarea endoxal la que lo va reconstruyendo argumentativamente, es factible que se inicie un razonamiento con una premisa -supuesta en su acreditación- y que finalmente ella misma sea sostenida con un sentido diferente al primitivo; más ello, no es fruto de contradicción alguna, sino prueba evidente del camino reflexivo y prudencial que el juez ha llevado en dicho iter.

En los autos “Incidente de regulación de honorarios promovido por el Dr. Raúl Velo de Ipola en: Serassio de Dwyer, Esmilda C. - Declaratoria de herederos”, A./Sent. N° del 17/8/90³⁵, así ello se indica: “(...) corresponde al principio lógico de no contradicción; una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Pero tal regla no es de aplicación cuando el primer juicio se emite como principio general o punto de partida del otro y no como pensamiento del que se derive lógicamente el otro juicio”.

IV. Bibliografía cordobesa relacionada con la teoría del razonamiento correcto

ANDRUET, Armando S., *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2003.

CABALLERO, Luis A., “Reflexiones sobre la casación, ‘ese enigma’”, Foro de Córdoba, N° 41, 1997, p. 38 y ss..

Cafferata, José I. - FERRER MARTÍNEZ, Rogelio - León Feit, Pedro - ZINNY, Jorge Horacio, *Tribunales de Familia de la Provincia de Córdoba (Ley 7676). Procedimiento. Comentario exegetico, concordancias, antecedentes y jurisprudencia*, Córdoba, Alveroni, 1993.

FERNÁNDEZ, Raúl E., “Control de logicidad y recurso de anulación (Aplausos y abucheos)”, Sem. Jur., t. 27, 1995-A-734.

FERNÁNDEZ, Raúl E., “Por los propios fundamentos del decreto cuestionado, a la reposición: no ha lugar”, Sem. Jur., t. 84, 2001-A.

FERNÁNDEZ, Raúl, E.; Comentario al artículo 326 del C.P.C. en *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465. Comentado y concordado con los códigos de la Nación y provinciales*, (FERREYRA DE LA RÚA - GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL), Buenos Aires, La Ley, t. II, 1999).

FERNÁNDEZ, Raúl, E., “Comentario al artículo 326 del C.P.C.” en *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465. Comentado. Anotado. Concordancias y jurisprudencia* (Venica, Córdoba, Lerner, 2001, t. IV).

FERRER, Sergio, “Casación por arbitrariedad de sentencia”, L.L.C., 1995, p. 91 y ss..

FERRER MARTÍNEZ, Rogelio (Director), *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Advocatus, 2000, t. I.

FONTAINE, Julio, Casación y revisión en el proceso civil, Foro de Córdoba, N° 2, 1987, p. 56 y ss..

GHIRARDI, Olsen A. - ANDRUET, Armando S. - GHIRARDI, Juan C. – FERNÁNDEZ, Raúl E., *La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil)*, Córdoba, Alveroni, 1993.

- GHIRARDI, Olsen A. - ANDRUET, Armando S. - RUEDA, Luis - FERNÁNDEZ, Raúl E., *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Córdoba, Advocatus, 1999.
- GHIRARDI, Olsen A. - ANDRUET, Armando S. - RUEDA, Luis - FERNÁNDEZ, Raúl E., - MESSIO, Patricia, *El razonamiento judicial*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.
- GHIRARDI, Olsen A. - ANDRUET, Armando S. - RUEDA, Luis - FERNÁNDEZ, Raúl E., - MESSIO, Patricia y otros, *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002.
- GHIRARDI, Olsen A. - ANDRUET, Armando S. - RUEDA, Luis - FERNÁNDEZ, Raúl E., - ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel - MESSIO, Patricia, *El fenómeno jurídico*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.
- GHIRARDI, Olsen A., “El principio lógico de no contradicción y la doctrina de la arbitrariedad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación”, *Foro de Córdoba*, N° 54, 1999, p. 40 y ss..
- GHIRARDI, Olsen A., “La estructura lógica del razonamiento judicial”, *Foro de Córdoba*, N° 40, 1997, p. 21 y ss..
- GHIRARDI, Olsen A., “Lógica de la casación”, *Foro de Córdoba*, N° 17, 1993, p. 45 y ss..
- GHIRARDI, Olsen A., “Motivación de la sentencia y control de logicidad”, *L.L.C.*, t. 1984, p. 1021 y ss..
- GHIRARDI, Olsen A., *El razonamiento forense*, Córdoba, Ediciones del Copista, 1998.
- GHIRARDI, Olsen A., *Lecciones de lógica del derecho*, Córdoba, U.N.C., 1982.
- GHIRARDI, Olsen A., *Lógica del proceso judicial (Dialógica del derecho)*, Córdoba, Lerner, 1992.
- GHIRARDI, Olsen A., *El razonamiento judicial*, Lima, Academia de la Magistratura, 1997.
- GHIRARDI, Olsen A., “El principio de razón suficiente en la casación”, *Foro de Córdoba*, N° 6, 1988, p. 93 y ss..
- MASSANO, Gustavo A., “La debilidad del razonamiento judicial y la competencia del órgano de casación civil”, *Sem. Jur.*, N° 1227, p. 149 y ss..
- OCAMPO, Patricia, “Perfil del arbitrio casatorio”, *Sem. Jur.*, N° 1257, p. 281.
- PÉREZ, Jorge S., *Casación civil*, Córdoba, Alveroni, 1996.
- PERRACHIONE, Mario C., “Importancia dogmática y práctica que tiene la distinción entre vicios *in iudicando* e *in procedendo* en el recurso de casación”, *Foro de Córdoba*, N° 25, 1995, p. 66 y ss..
- VENICA, Oscar H., “El recurso de revisión del Código de Procedimiento Civil y Comercial. La Corte Suprema de la Nación y el exceso ritual manifiesto”, *Foro de Córdoba*, N° 8, 1988, p. 85 y ss..

NOTAS

¹ Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de Córdoba. Vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Corresponde consignar que el sustantivo valor que para este trabajo tienen, los aportes jurisprudenciales contemporáneos de la Sala Civil y Comercial del T.S.J., han sido colectados por nuestra discípula y destacada ya profesora de la Cátedra de Filosofía del Derecho, Ab. Pilar Hiruela; quien

además desde varios años a esta parte, integra parte del equipo de relatores adjuntos de la mencionada Sala del Tribunal Superior. Vaya nuestro sincero agradecimiento por su desinteresada y especial colaboración con nuestra labor.

² Hemos tenido ocasión de hacer una lectura de esta substancia, y, por lo tanto, de enriquecerla a la misma en dos ocasiones, a saber: Jornadas Italoargentinas de Derecho (Córdoba, septiembre de 2004) y XVIII Jornadas Argentinas y Primeras Argentino-Chilenas de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, octubre de 2004).

³ Ocupó una vocalía del T.S.J. desde el 6/3/1948 hasta el 10/8/1949. Anteriormente había cumplido tareas de secretario de un juzgado civil, de una cámara civil y de un juez civil, todo ello a la largo de 19 años. Tales constancias obran en su legajo personal del P.J., bajo el N° 140.

⁴ Ocupó una vocalía del T.S.J. desde el 4/7/1960 hasta el 28/11/1963. Anteriormente, había cumplido tareas de escribiente, secretario de una cámara civil, vocal de Cámara de Paz Letrado y de juez civil, todo ello a la largo de 14 años. Tales constancias obran en su legajo personal del P.J., bajo el N° 136.

⁵ Publicada en Comercio y Justicia, t. I, p. 183.

⁶ En esta misma línea, sin duda, es que la Corte Suprema Federal Alemana, -por tiempos similares- consideró a las leyes de la lógica como “normas del derecho no escrito” (citado por Klug, U., *Lógica jurídica*, Temis, Bogotá, 1998, p. 202).

⁷ Pueden ellos ser debidamente consultados en la obra de GHIRARDI, O., *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, Apéndice I, ps. 135/150.

⁸ Publicada en B.J.C., vol. IV, t. V, p. 212 y ss..

⁹ Huelga recordar que la fundamental y señera obra de FERNANDO DE LA RÚA, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Buenos Aires, Zavallía, es publicada su primera edición en 1968. Esto es, siete años después del fallo que hemos anotado.

¹⁰ Publicada en L.L.C., 1984, t. I, p. 689 y ss..

¹¹ Publicado en L.L.C., 1984, t. I, p. 1.023 y ss..

¹² Publicado en *Anales* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1984, t. XXIII, p. 137 y ss..

¹³ Dice Poviña: “*En consecuencia, una sentencia es justa cuando los tres controles del derecho funcionan normalmente, es un ajuste entre el hecho y la norma, de manera congruente; y así se realiza la justicia. Si no es así, resulta, a contrario sensu, que la sentencia es injusta o arbitraria. Lo dicho en la técnica tribunalicia, se traduce con nuestra interpretación sociológica del siguiente modo: una sentencia es justa cuando es: 1) derivación razonada (como control de la lógica), 2) del derecho vigente (como control de legalidad), 3) aplicada a los hechos de la causa (como control de veracidad). Si los controles registran fallas o defectos, la sentencia no es justa, por vicios, o en los hechos o en las normas, o en la coherencia y coordinación, como congruencia, que son los tipos o causales de invalidez, y hacen de la sentencia, 'una sentencia arbitraria'*” (ob. cit., p. 145).

¹⁴ Publicado en L.L.C., 1984, t. I, p. 1.041 y ss..

¹⁵ Huelga señalar que en el despacho de incorporación del artículo en cuestión, el convencional constituyente nombrado, hace una especial referencia al ya indicado artículo de Ghirardi intitolado “Motivación de la sentencia y control de lógica”. A todo efecto,

puede consultarse en Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente Provincial, 6ª Sesión Ordinaria del 11/3/87, Nº 6, ps. 223/227.

¹⁶ Publicada en Córdoba, Lerner, 1987, p. 275. Varias ediciones posteriores y hoy totalmente agotadas.

¹⁷ GHIRARDI, O., *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, p. 88.

¹⁸ Nosotros mismos lo hemos utilizado de dicha manera, a tal respecto confrontar nuestro libro *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, p. 142 y ss.. De cualquier forma tampoco se puede desconocer, que autores generalmente extranjeros, también han utilizado de la misma nomenclatura -justificación interna y externa- aunque con una comprensión diferente a la señalada, por todos, COMANDUCCI, P., *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 1991, p. 71 y ss..

¹⁹ En este orden de ideas hay que recordar que la obra de ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, C.E.C., 1989, había sido publicada en alemán por Shurkamp, Francfort de Meno en 1978 y reimpresa en 1983. Que la obra de PERELMAN, Ch., *Lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, había sido publicada en francés por *Jurisprudence Generale Dalloz*, en 1976 y, finalmente, para cerrar con el otro gran centro de producción intelectual europeo, la obra de TARUFFO, M., *La motivazione della sentenza civile*, Padua, CEDAM, es de 1975.

²⁰ Integran el Instituto como miembros titulares, los Dres. Raúl E. Fernández, Luis R. Rueda, Patricia Messio, Rolando Guadagna y el suscripto. Lo hacen como miembros invitados permanentes los abogados: Pilar Hiruela, Jorge A. Barbará, José D'Antona y Marina Riba.

²¹ Nos referimos a Jorge S. Pérez, Luis M. Zarazaga, Rogelio Ferrer Martínez, Mariano Arbonés, Sergio Ferrer, Julio Fontaine, Oscar Venica y Jorge Zinny, entre los principales.

²² El mencionado carácter estaba ya señalado en una obra no citada por nosotros todavía de Ghirardi, de 1983 y que también resultó de asidua consulta como es *Lecciones de lógica del derecho*, Córdoba, U.N.C., 1983, p. 131. En la obra posterior y que ya hemos nombrado -- *Lógica...*-, desarrolla la teoría del razonamiento jurisprudencial donde ancla la noción de silogismos práctico prudencial (confr. ob. cit., p. 59 y ss.).

²³ Confr. CALAMANDREI, P.; *Proceso y democracia*, Buenos Aires, EJE, 1960, ps. 75/76.

²⁴ Vale la pena recordar que "*La filosofía práctica es teoría y no está detrás de la filosofía teórica con respecto a su obligación de clarificación conceptual y a la radicalidad de sus demostraciones y sus fundamentaciones, está justificado distinguirla de la teoría pura en razón de su objeto específico: el obrar humano; asimismo, se distingue por su punto de partida en las formas específicas de conocimiento, que aspiran no sólo a representar su objeto, sino a configurarlo y modificarlo. La filosofía práctica reflexiona sobre esta intuición moral e incluso contra ella misma en la esfera práctica*" (HÖFFE, O., *Diccionario de ética*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 229, voz prudencial).

²⁵ Confr. AUBENQUE, P.; *La prudencia en Aristóteles*, Barcelona, Crítica, 1999, p. 123 y ss..

²⁶ Confr. GHIRARDI, O., ob. cit., p. 127 y ss..

27 En rigor lo que se está indicando en la jurisprudencia del alto cuerpo con ello, es que la ciencia del derecho aprueba y, en principio, le resulta suficiente, la no infracción a la misma “lógica natural”. Se ha dicho que ella, es “*previa a toda cultura, que podríamos llamar buen sentido innato. Es suficiente para la vida cotidiana e incluso para el desarrollo de las ciencias, porque ni el físico ni el matemático inician sus estudios por el de la lógica. Confían en el buen funcionamiento natural de su razón*” (VERNEAUX, R., *Introducción general y lógica*, Barcelona, Herder, 1980, p. 69). En el mismo sentido, ilustra R. Jolivet señalando que “*la lógica natural no es otra cosa que la aptitud innata del espíritu a usar correctamente de las facultades intelectuales, pero sin ser capaz de juzgar en razón, recurriendo a los principios universales, las reglas del pensamiento correcto*” (*Tratado de filosofía. Lógica y cosmología*, Buenos Aires, Carlos Lohlé, 1960, t. I, p. 41).

28 GHIRARDI, O., “La estructura lógica del razonamiento judicial” en Foro de Córdoba, N° 40, 1997, p. 21 y ss..

29 Explica O. Ghirardi que “*Si hay insuficiente motivación se viola el principio de razón suficiente; si hay defectuosa motivación se violan otras leyes del pensar (contradicción, identidad, tercero excluido u otras leyes del pensar). Las situaciones son bien distintas: en el primer caso, es una cuestión de valoración -que puede ser subjetiva u objetiva- el llegar a conocer si la sentencia está suficientemente fundada o no; en el segundo caso, la situación es clarísima: se violó o no se violó alguna ley del pensar. No hay medias tintas en este último extremo*” (*Lógica del ... cit.*, p. 97 y ss.).

30 GHIRARDI, O., *Lógica del ...*, p. 120 y ss.).

31 Publicada en B.J.C., t. V, vol. IV, p. 212 y ss..

32 GHIRARDI, O., *Lógica del ...*, p. 123.

33 El caso de autos se puede resumir de la siguiente manera: La Cámara sostiene que la indemnización por daño emergente no era procedente, porque no era ella una consecuencia propia del acto asambleario que había declarado nulo la interrupción del ejercicio profesional del actor (sino sólo, la pérdida de los derechos societarios). Sin embargo, más adelante -al tratar el daño moral- se sostiene que tal rubro sí era admisible en la inteligencia de que el acto asambleario había provocado “la brusca interrupción del ejercicio profesional del actor en la clínica”.

34 *In re*: “Rodríguez, Juan Pedro c/ Daniel V. González y otros - Ordinario - Recurso directo hoy Recurso de revisión”, Sent. N° 19 del 14/9/95.

35 Publicada en Sem. Jur., N°s 827-229.

LA SENTENCIA COMO ÓRGANO DEL CONTROL SOCIAL DEL DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE ALFREDO POVIÑA (ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA)

RAÚL E. FERNÁNDEZ

Sumario: I. Introducción. II. El derecho como control social. III. El control de verdad o veracidad. IV. El control de legalidad o normatividad. V. El control de logicidad. VI. El principio de identidad (lógico) y de identidad (jurídico) o congruencia. VII. El principio de congruencia en la concepción dispositiva estricta. VIII. Algunos supuestos de excepción. IX. El principio de congruencia en sistemas predominantemente oficiosos. X. Conclusiones.

I. Introducción

El destacado sociólogo y jurista que es objeto de homenaje y que, entre otros cargos públicos, ostentara el de presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, ha sido señalado como quien utilizara, tal vez por primera vez en el ámbito jurisdiccional local, la expresión “control de logicidad” en una resolución jurisdiccional ¹. Por tal razón, pretendemos exponer brevemente su pensamiento sobre el derecho como control social y tratar de establecer su alcance y vigencia en la actualidad.

II. El derecho como control social

En la concepción de Poviña, el derecho se presenta como “*justicia*”, objeto de conocimiento de la metafísica y la filosofía del derecho; como “*control*”, estudiado por la física y la sociología del derecho y, por fin, como “*sentencia*”, ámbito propio de la ciencia del derecho y la jurisprudencia.

En lo que nos interesa, señala nuestro autor que “... *hay dos campos opuestos: la norma y la legalidad, y los hechos y la veracidad. Son mundos distintos, diferentes: verdad y ley, norma y hecho. Están sometidos a controles jurídicos especiales: son el control de veracidad y el control de legalidad. Cada uno cumple su propia función de control, pero lo hacen por separado y hace falta reunirlos en un nuevo control, que se llama el control de logicidad. No es estrictamente jurídico ni hecológico, sino simplemente lógico, fundado en los principios propios del pensamiento como tal. Así, la lógica jurídica como ciencia, a través de sus postulados, cumple con la función de congruencia, de adaptación y de coherencia entre los otros dos sistemas de control*” ².

Sintetizando su opinión, destacaba Poviña que las tres funciones del derecho como control social son: “... *el control de realidad, de verdad o de veracidad, sobre la existencia de los hechos en la vida común; el control de legalidad o de normatividad, sobre la existencia de las normas de aplicación; el control de logicidad sobre la coherencia y coordinación de las normas con los hechos, para llegar a la congruencia entre las dos esferas diferentes,*

para obtener la presencia de la idea de Justicia, como síntesis final del proceso social, en vigencia”³.

De tal modo, el control de logicidad se identificaría con la denominada “subsunción” de los hechos en la norma.

Por nuestra parte, entendemos que esa es una tímida conceptualización del mismo ya que, en realidad, el control de logicidad *abarca todos los ámbitos* a que se refería Poviña. Esto así, porque para establecer los hechos se “razona”, para escoger la norma jurídica y establecer su sentido, se “razona”, y a fin de realizar la subsunción de una en otra, se “razona”. Luego es necesario concluir que el control de logicidad está presente a lo largo de toda la actividad de control a que se refería nuestro homenajeado. Así trataremos de demostrarlo.

III. El control de verdad o veracidad

La resolución judicial tiende a la realización del valor justicia, a través del establecimiento del *factum* litigioso y su correlación con la solución jurídica aplicable en la especie.

Ciertamente, la cuestión no se vincula directamente con un problema gnoseológico general, relativo a la posibilidad de conocer la verdad de lo acontecido en “la vida común”⁴, sino que la cuestión se presenta más acotada, pues de lo que se trata es de establecer el modo cómo arribar a la “verdad judicial”, que tiene como norte su correspondencia con los hechos tal como acontecieron históricamente, pero dentro de las limitaciones que imponen, por una parte, las normas (sustanciales o formales) y la pretensión de superar sus dobleces, a través de la interpretación jurisprudencial.

En efecto, a poco que se piense en los distintos sistemas procesales, puede recordarse (no sin escozor) la clásica distinción entre la “verdad formal” propia del procedimiento civil, y la “verdad real” ínsita en el sistema procesal penal y en el laboral.

De tal modo, en el sistema dispositivo, como las partes corren con la carga de *alegación y prueba* y, desde la perspectiva clásica, el juez no debe interferir en tal actividad, debe contentarse con los datos probatorios incorporados al proceso por los interesados y, a partir de ellos, establecer la que será la “verdad” expresada en la sentencia. Por ende, el juez actúa como “historiador”, reconstruyendo los hechos de la realidad, a partir de las pruebas incorporadas al proceso.

En cambio, en el sistema oficioso, en atención a que son diversos los intereses en juego, el Estado, a través de los órganos judiciales, ya no es un mero espectador, sino que asume un papel activo preponderante. Así, en el ámbito penal, al fiscal le corresponde investigar para conformar la base fáctica sobre la que el Tribunal dictará resolución.

Sin embargo, una rápida mirada a la realidad jurisprudencial nos muestra que la línea divisoria no es tan clara y tajante. Basta recordar, por una parte, en el ámbito procesal civil y comercial, el desarrollo del denominado “activismo judicial”, según el cual el juez debe estar en claro con los hechos, no contentándose en ciertas situaciones, con la deficiente actividad probatoria de las partes, y asumiendo un papel activo en la incorporación de datos probatorios, mediante las denominadas “medidas para mejor proveer”⁵.

Y de manera preeminente, cuadra recordar la constante postulación de la C.S.J.N. en pos de establecer la “verdad jurídica objetiva”, más allá de los ritualismos propios de los ordenamientos más conservadores.

Por su parte, en el ámbito penal, la estricta adecuación a la “verdad real” se ve atemperada con institutos tales como el juicio abreviado, en el cual, si el imputado confiesa circunstanciada y llanamente su culpabilidad y existe acuerdo entre el Tribunal, el fiscal y los defensores, se omite la recepción de las pruebas, meritándose la receptada en la investigación penal preparatoria, y no se puede imponer al imputado una sanción más grave que la solicitada por el fiscal (art. 415 C.P.P.C.)⁶.

A este control de veracidad se lo puede *encauzar* por diversas vías.

Así, el incidente de nulidad que contenga una acusación de falsedad ideológica (v.gr., respecto de la efectiva notificación de una resolución) tiende a que se deje de lado un hecho adquirido para el proceso, que no se asienta en lo que realmente ocurrió.

También el recurso de reposición es vía apta para tal propósito, pues podría alegarse la falta de adecuación de lo decidido incidentalmente con los hechos realmente acontecidos en la causa (v.gr., y muy simplemente, demostrar la tempestividad de una actividad que se adjetivó de extemporánea).

De modo amplio, la apelación acuerda a la Cámara la posibilidad de revisar en plenitud (dentro de los límites de los agravios) la meritación de los hechos realizada en primer grado, pudiendo modificarlos para adecuarlos a la prueba correctamente valorada.

La cuestión, por el contrario, no se presenta tan diáfana en el ámbito de la casación, en la cual la regla ha sido por largo tiempo, de no modificación del *factum* establecido por el tribunal de juicio.

Sin embargo, como toda regla, presenta excepciones. Así, lo que el tribunal de casación no podría hacer, es volver a meritarse la prueba para establecer un *factum* distinto al establecido en la sentencia de mérito⁷. Pero sí podría señalar vicios en la actividad del tribunal de juicio, v.gr., al haber omitido valorar prueba trascendente, o destacando la incorrecta valoración, por violación a las reglas de la lógica forense (v.gr., por violación del principio de no contradicción, o de razón suficiente, etc.).

En suma, destacamos que el *control de veracidad* se asienta en las constancias de la causa, pero con límites no tan claros como antaño y entraña, también y a la vez, un *control de logicidad* sobre el establecimiento de los hechos de la causa.

IV. El control de legalidad o normatividad

Es claro que establecer la “*presencia, la vigencia y la validez de las normas aplicables al caso*”, en palabras de Poviña, supone, necesariamente, un acto de raciocinio.

Así, el juez que ha establecido el *factum* del caso, debe decidir cuál es la respuesta (explícita o implícita) del ordenamiento jurídico para el mismo. Y en tal *mettiér* deberá señalar cuál es la regla de derecho (normativa o no) que se aplica, su vigencia (temporo-espacial) y validez.

En todo ese accionar no está ausente el razonamiento del juzgador, que puede incurrir en diversos vicios lógicos que justifiquen el *control de logicidad*.

Así, podría acontecer que incurriera en vicios en su argumentación, cayendo en la utilización de falacias (tales como, petición de principio o de composición, etc.).

V. El control de logicidad

Como se deja ver de lo expuesto con anterioridad, a la concepción de Poviña, que limitaba el control de logicidad a la coherencia (correspondencia) entre los hechos y las normas, nosotros le hemos atribuido un sentido más amplio.

Ciertamente, que uno de las más frecuentes violaciones que lo viabilicen, se presenta cuando el tribunal aplica la norma al caso concreto.

Pero ello no quiere decir que no haya existido la posibilidad de un error de tal orden en el establecimiento de los hechos o en la selección o interpretación del precepto jurídico.

VI. El principio de identidad (lógico) y de identidad (jurídico) o congruencia

Establecida la aproximación a las ideas de Poviña, nos interesa indagar acerca de la plena vigencia del principio lógico de *identidad* y su relación con el principio procesal de congruencia. Esto, porque parte de la doctrina que se ha ocupado del tema sostiene la inaplicabilidad y falta de utilidad del mismo en el ámbito judicial ⁸.

La cuestión pasa por recordar la vigencia de una “lógica pura” y una “lógica aplicada”. Y, en el ámbito del derecho, en el que rige la “lógica aplicada”, no cabe duda, que las normas que estructuran un determinado sistema, tienen directa influencia en la forma cómo se concibe la aplicación práctica de los principios lógicos. Pero, en ambos casos, se trata de situaciones captadas por la lógica ⁹.

Adelantando nuestra visión del tema destacamos que la regla lógica está presente en la vida judicial, aunque sufre alteraciones, conforme el legislador estructure el principio de congruencia ¹⁰.

En efecto, descíbese al principio de identidad como aquel que señala que “*si un enunciado es verdadero, es verdadero*” ¹¹ o referida al ámbito de los hechos “una cosa es igual a sí misma” o, en otros términos “A es igual a A”.

Recordando las críticas que se han realizado, repetimos aquella que destaca que una proposición puede ser verdadera en un momento y falsa en otro, lo que introduce un elemento que creemos fundamental para nuestra exposición: la *dimensión temporo-espacial* ¹².

Y así, se ha respondido que introduciendo estos factores, la función proposicional va a ser necesariamente verdadera. Así, la primera aproximación sería “El sol brilla”, con lo cual puede ser verdadera hoy pero no mañana. Pero si se le introducen consideraciones de tiempo y espacio, la cuestión cambia. De tal modo, afirmar que “El sol brilla en Nueva York el 1º de enero de 1932”, no puede ser verdadera un día y falsa otro.

Desde un punto de vista estrictamente lógico, “... *debemos distinguir, pues, el tiempo y lugar predicados (la referencia de tiempo y lugar de la proposición) del tiempo y lugar de la predicación (el tiempo y lugar en los que se juzga la proposición). La verdad o falsedad de una proposición es independiente de estos últimos, de modo que es correcto decir de una proposición que ‘si es verdadera una vez, lo es siempre, y si es falsa una vez, lo es siempre’*” ¹³.

Para viabilizar la plena aplicabilidad (ortodoxa) del principio de identidad en el proceso judicial es preciso atender a un tiempo ideal, como si no transcurriera como lo hace en realidad entre el momento de la traba de la litis, y el de la sentencia. De ese modo, sí es posible establecer si existe identidad (congruencia) ente lo peticionado y lo definitivamente acordado en la resolución jurisdiccional.

Para responder a tal cuestión es necesario recordar que la *pretensión* que constituye el contenido concreto del derecho de acción, y que en el ámbito civil se cristaliza en la demanda (principal o incidental) contiene tres elementos fundamentales: *sujetos, objeto y causa petendi*. Ellos fijan los límites a los que debe ceñirse el tribunal para respetar la regla de congruencia ¹⁴.

Y así, la violación a la misma puede recaer en cualquiera de tales elementos, de modo que podemos hablar de una incongruencia subjetiva, objetiva o causal.

Y el quebrantamiento puede provenir por haber acordado algo más de lo pedido (*ultra petita*), menos (*citra* o *infra petita*) o distinto (*extra petita*). Combinando la cuestión, puede haber *ultra, infra* o *extra petición* con relación a los sujetos, objeto o causa.

Pero, como adelantáramos, la estrictez de lo expuesto (que condice con el respeto a la regla lógica) sufre alteraciones por voluntad del legislador. Y he aquí que puede afirmarse que la captación normativa es la que puede provocar el apartamiento del estricto cumplimiento del principio lógico. Pero, en la concepción rígidamente dispositiva, no cabe duda, de la completa adecuación de uno a otro.

Para confirmar esta afirmación, pasaremos revista en el siguiente acápite a las pautas normativas propias del sistema dispositivo (incontaminado) para luego, en el siguiente, atender a los casos de “excepción”, contenidas en el mismo ordenamiento. Esto, porque los sistemas son “predominantemente” dispositivos u oficiosos, y no de manera pura.

VII. El principio de congruencia en la concepción dispositiva estricta

Reiterando lo que decíamos más arriba, de que ningún sistema es absolutamente dispositivo u oficioso, puede señalarse que el principio dispositivo mirado desde la óptica de los límites de la decisión, impone al tribunal resolver conforme lo pedido por las partes, atendiendo a los hechos expuestos en la demanda y contestación, y a la *causa petendi* que los justifica ¹⁵.

En el ámbito del C.P.C.C., existen claras normas que así lo imponen, y preceptúan las consecuencias de su violación. Así, el art. 330 del ritual local dispone que “El tribunal deberá tomar por base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación, en su caso”. A su vez, la transgresión a las formas de la resolución puede provocar su nulidad (arts. 362, para la apelación y 383 inc. 1, para la casación).

Y así, pueden mencionarse como supuestos de violación al principio de congruencia (y de identidad lógico) los casos en los cuales se condene a un sujeto distinto al demandado, o en una calidad distinta, o la resolución recaiga sobre una pretensión que no ha sido ejercida o por una causa de pedir diversa ¹⁶.

Con relación al sistema arancelario local para abogados y procuradores, aún cuando el mismo reviste carácter supletorio (art. 2º ley 8226), el Código Arancelario flexibiliza la congruencia en el objeto, debiendo entenderse que, a diferencia del ordenamiento

común, en el que la “cosa demandada” debe ser designada con exactitud, en el proceso especial sólo se requiere del letrado una “estimación fundada”, de modo que lo que fija la congruencia en el objeto son los trabajos sobre los que se peticiona la regulación, y no la suma invocada. De tal modo, la jurisprudencia ha señalado que es factible que el tribunal acuerde una mayor, siempre que no exista apartamiento de las tareas realizadas ¹⁷.

VIII. Algunos supuestos de excepción

Aún en el sistema dispositivo local, algunas normas *imponen* al tribunal la consideración oficiosa de situaciones no alegadas por las partes y de notoria influencia en la decisión de la causa.

Así, al inicio del proceso, el juez debe declararse *incompetente* de oficio, cuando de los hechos relatados en la demanda surgiera que el asunto no es de su competencia (material o de grado), conforme lo dispone el art. 1° C.P.C.C..

También, en el caso de la existencia de *cosa juzgada*. Así, el art. 141 C.P.C.C., dispone que “la cosa juzgada puede ser alegada por las partes, o declarada de oficio, en cualquier estado y grado del proceso” ¹⁸.

Aunque la literalidad de la norma estipula una permisión (...“puede”...), tratándose de la tarea oficiosa del tribunal, y estando frente a un instituto que interesa al orden público, su aplicación se transforma en un deber funcional. De tal modo, aún cuando no haya sido invocada por las partes, si surge del expediente su configuración, debe ser declarada por el tribunal, sin ingresar al mérito de la causa.

La omisión de hacerlo puede ser causal de anulación de la decisión por vía del recurso de apelación (art. 362 ib.) y aún por el de casación, que contempla un supuesto específico para tal apartamiento de la norma antes transcripta (art. 383 inc. 2 C.P.C.C.).

Otro supuesto vinculado a la cuestión es el de la *presentencialidad penal*, que, aunque prevista en el Código de fondo (art. 1101 C.C.), constituye una norma que dirige la actuación del tribunal en el proceso y, por ende, entraña una disposición de carácter formal. El artículo aludido dispone que “Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal...”.

De tal modo, la sola existencia de un proceso penal anterior o concomitante al civil, fundado en los mismos hechos y que involucre al demandado, impone la suspensión del dictado de la resolución, mediante la emisión de la decisión que así lo disponga, aún cuando las partes no lo hayan solicitado.

Tanto en el caso de la cosa juzgada como en el supuesto de la presentencialidad penal, el interés público en evitar el escándalo jurídico que significaría el dictado de sentencias contradictorias, es el móvil que justifica el apartamiento del principio de congruencia desde una visión estrictamente dispositiva.

La norma ha sido catalogada de orden público, por lo que su violación acarrea la anulación (aún oficiosa) de lo decidido en contravención a ésta.

En materia *recursiva*, a pesar de que un recurso haya sido concedido por el tribunal *a quo*, tratándose de una decisión irrecurrible, o que la impugnación fue deducida extemporáneamente, o por quien no tiene legitimación, o no lo hizo de acuerdo a las formas

impuestas por la ley, o no se ajustare a algunos de los motivos preestablecidos, el tribunal de alzada (Cámara o Tribunal Superior de Justicia) debe declararlo erróneamente concedido, aún sin pedido de parte (art. 355 C.P.P.). Esto porque, en materia de recursos está interesado el orden público, no siendo admisible crear medios de impugnación donde la ley no los prevé.

Como se deja ver de los ejemplos antes expuestos, el sistema legal impone determinadas situaciones que escapan a la regla estricta de la congruencia, pues no requieren de petición de parte interesada. De tal modo, la relación lógica (A es A) aplicada al proceso, en cuanto vinculaba la petición y la decisión, se ve alterada.

A esta altura viene a cuento destacar la plena vigencia del apotegma *iura curia novit* conforme al cual, en materia estrictamente de derecho objetivo, es el juez el que conoce y aplica el derecho, con prescindencia de la falta o errónea invocación por las partes.

Y, aquí adquiere especial relevancia el viraje jurisprudencial operado en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto de un punto crucial, tal el poder-deber de los tribunales de declarar la *inconstitucionalidad de oficio* ¹⁹.

IX. El principio de congruencia en sistemas predominantemente oficiosos

El respeto por el principio de congruencia (procesal), tributario del de identidad (lógico) también está presente, y con gran repercusión, en el proceso penal. En efecto, como derivación del principio de inocencia y de la garantía de defensa en juicio (art. 18 C.N.) se exige que medie correspondencia entre la acusación y la sentencia, de modo que se asegure al procesado su defensa.

En el ámbito local, existe adecuación al esquema procesal contradictorio o adversarial, donde existen claros intereses contrapuestos: los del fiscal (encargado de la acusación y de la iniciativa probatoria), y del imputado, que van a ser dirimidos por el tribunal, como órgano imparcial ²⁰.

El irrestricto respeto por el ejercicio del derecho de defensa se advierte, entre otros aspectos, en la necesidad de que la acusación contenga una relación del hecho que sea clara, precisa, circunstanciada y específica (art. 355 C.P.P.) ²¹.

De tal modo, el hecho que se fije en la sentencia debe coincidir (A es A) con el de la acusación, aunque difiera en detalles (no esenciales) obtenidos en el debate.

Reitero, la congruencia exige correlación entre la acusación y la sentencia. Tan ello es así que si durante el juicio surge un “hecho diverso” (art. 389 C.P.P.), es preciso dar la oportunidad al fiscal para que efectúe su acusación (y, en su caso, investigue sobre el mismo) y al imputado, que se defienda de la nueva acusación, lo que, sin embargo, se satisface si se expresa en forma breve y sencilla la individualidad del hecho ²².

Es de señalar que la C.S.J.N. ha dejado establecido que si el titular de la acción penal pública solicita la absolución del imputado, el tribunal no puede condenarlo ²³, lo que demuestra, una vez más, la forma cómo se concibe al principio de congruencia desde la mirada constitucional ²⁴.

La cuestión ha sido objeto de especial tratamiento normativo en el ámbito de la Justicia Correccional, pues se dispone que en caso de que el fiscal pida la absolución, no existe otra posibilidad para el tribunal que acceder a tal pretensión, como tampoco

podría imponer una pena más gravosa que la solicitada por el Ministerio Público (art. 414 C.P.P.).

Y, en el ámbito laboral, el respeto por el principio de congruencia también está presente, claro que adecuado a los derechos en juego. Por tal razón, se admite que el tribunal laboral decida *ultra petita*, claro está que ello no significa que pueda resolver sobre puntos no propuestos ni que supla la pretensión hecha valer en juicio. De lo que se trata es de que, ajustándose a la cosa pedida, la adecue a la respuesta normativa prevista sustantivamente, aunque así no lo haya planteado el actor. Por ende, se ha destacado que es posible que “... *la antigüedad a los efectos de calcular la indemnización por despido ... (se)... compute... de conformidad con lo dispuesto por la ley vigente, aún cuando el demandante la haya calculado en forma menos favorable para él*”²⁵.

X. Conclusiones

La contribución de Poviña al tema en estudio es muy importante: llevó a la boca de la judicatura local (que, fuerza es decirlo, se presenta como una de las más preclaras en la materia a nivel nacional) la expresión de “control de logicidad”.

Tal vez, por estar en los albores de su utilización práctica en el ámbito forense, su alcance fue limitado. Pero la posterior evolución doctrinaria y jurisprudencial demuestra que lo que aparecía como el primer rayo de sol de la mañana, se transformó en la luz del pleno día de nuestra realidad actual.

El principio de identidad está captado normativamente por la regla de congruencia, que en algunas ocasiones, se ciñe a la concepción lógica y, en otras, la desborda, por razones que atienden a los distintos intereses en juego en el proceso judicial.

NOTAS

¹ GHIRARDI, Olsen A., *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, p. 89, citando el caso “Feraud”, B.J.C., 1961, vol. 4, t. V, p. 220.

² POVIÑA, Alfredo, “La interpretación sociológica de las funciones del derecho como control social en la sentencia arbitraria”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, 1984, t. 23, p. 141.

³ POVIÑA, Alfredo, op. y loc. cits..

⁴ Lo que no pasa inadvertido para Poviña, quien destaca que los hechos se establecen tal como resultan, sin duda alguna, de las pruebas mismas (op. cit., p. 145).

⁵ Vid. nuestro comentario al art. 325 C.P.C.C. en FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina - GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465*, Buenos Aires, La Ley, 2002, t. II, p. 545.

⁶ Para algunos el juicio abreviado “... relativiza algunos principios férreamente sustentados por los modelos de origen continental europeo, como el de legalidad y verdad real, a la vez que exalta el de autonomía de la voluntad del individuo” (VIVAS USSHER, Gustavo, en AA.VV., *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, Córdoba, Lerner, 1993, p. 243). Otros, por el contrario, señalan que “*su aceptación tampoco implica prescindir de la verdad histórica o sustituirla por una verdad consensuada. Basta reparar*

en que la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación preparatoria...y no sólo en la confesión que pudiera haber prestado el acusado en el marco del acuerdo” (CAFFERATA NORES, José I. - TARDITTI, Aída, op. cit., p. 313).

⁷ Recuérdese, sin embargo, la interesante tesis del ámbito procesal penal, según la cual, por vía del control de logicidad, el Tribunal Superior de Justicia, sobre la base del relato de la Cámara del Crimen, puede entrar a conocer los hechos, y en caso de insuficiencia de la prueba de cargo, acoger el recurso de casación, en beneficio del condenado (CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2000, p. 177).

⁸ PÉREZ, Jorge S., *Lógica, sentencia y casación*, ed. del autor, Córdoba, 1989, p. 21, opinión que reitera en *Casación civil*, Córdoba, Alveroni, 1996, p. 202.

⁹ Se ha señalado con razón que “... tampoco acepto que el razonamiento sentencial sea sólo una argumentación retórico-dialéctica. No es preciso repetir aquí lo que tantas veces tengo dicho. No deben olvidarse, sin embargo, los dos problemas claves en un razonamiento acerca de acciones (está implicada la praxis) y, por otra parte, no estamos en el ámbito de la lógica analítica propiamente dicha, sino en el de la lógica aplicada” (GHIRARDI, Olsen A., *Introducción al razonamiento forense*, Buenos Aires, Dunken, 2003, p. 196).

¹⁰ Así, se ha declarado que el principio de congruencia “... exige la **identidad jurídica** entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes (en los procesos civiles, comerciales, laborales y contencioso-administrativos) y entre la sentencia y las impugnaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por éste contra tales imputaciones; en todos los procesos, también entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Universidad, 1984, t. 1, p. 49 y ss.).

¹¹ COPPI, Irving M., *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1986, p. 321.

¹² Desde un punto de vista estrictamente lógico (no aplicado) es de tener presente que los “enunciados cuyos valores de verdad cambian con el tiempo son expresiones elípticas o incompletas de proposiciones que no cambian, y es de éstas de las que trata la lógica” (COPPI, Irving M., op. cit., p. 322).

¹³ COHEN, Morris R.; NAGEL, Ernest, *Introducción a la lógica y al método científico*, Buenos Aires, Amorrortu, 1983, p. 214.

¹⁴ Ha sentenciado el tribunal casatorio cordobés que “la necesidad de congruencia del fallo en relación a los *sujetos*, alude a la exigencia de que aquél contenga pronunciamiento respecto de quienes han sido partes en el proceso. La congruencia del pronunciamiento judicial respecto del *objeto*, impone a la condena límites cuantitativos y cualitativos, transgrediéndola la sentencia que excede los límites de las peticiones contenidas en la pretensión u oposición, concediendo o negando más de lo reclamado por las partes. La congruencia de la sentencia respecto de la *causa*, alude a los hechos que configuran la *causa petendi*, entendiéndose por tal la invocación de una determinada consecuencia jurídica que resulta determinante de aquélla y que, salvo excepciones, no puede ser modificada sin desmedro de la garantía de defensa en juicio” (T.S.J., Sala Civil y Comercial, *in re* “Groendijk, Cristina c/ D.I.P.A.S.” del 11/12/98, L.L.C., 2000, 352 sint.).

¹⁵ Por todos: COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 188.

¹⁶ Adviértase, sin embargo, que para el tribunal casatorio local, en un caso de desalojo en el que la cámara *a quo* había rechazado la pretensión por falta de acreditación de la existencia del contrato, señaló la incongruencia de tal resolución pues la *causa petendi* radicaba en la condición de tenedor obligado a restituir que se atribuye al demandado, con independencia del vínculo obligacional que se invoque (comodato, locación, mera ocupación ilegítima, etc.). (T.S.J., Sala Civil y Comercial, *in re* “Oviedo, Carlos A. c/ Raúl H. Giménez - Desalojo - Recurso de casación”, Sent. N° 31 del 10/4/03, Sem. Jur., t. 87, 2003-A, p. 468 y ss.).

¹⁷ C4^aCC, *in re* “Incidente de regulación de honorarios de la Dra. Silvia María Berardo en autos: Schulman Chain - Declaratoria de herederos”, A. N° 215 del 7/5/04, Córdoba, Zeus, t. 5, 2004, p. 138 y ss., en seguimiento del temperamento del tribunal casatorio local; T.S.J., Sala Civil y Comercial, *in re* “ Incidente de regulación de honorarios en autos: Suc. de Juan Manubens Calvet c/ Carlos Jorge Montenegro -Reivindicación - Recurso directo”, A. N° 29 del 21/3/01.

¹⁸ Ver, mi comentario al art. 141 en VENICA, Oscar H., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465*, Córdoba, Lerner, 1998, t. II, p. 94 y ss..

¹⁹ C.S.J.N., *in re* “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra” - C.S.J.N., 19/8/04, Córdoba, Zeus.

²⁰ Conf. CAFFERATA NORES, José I.; Tarditti, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*, Córdoba, Mediterránea, 2003, t. 2, p. 125 y ss..

²¹ Conf. T.S.J., Sala Penal, *in re* “Abrate, Rodolfo José p.s.a. administración fraudulenta reiterada - Recurso de casación”, Sent. N° 58 del 3/7/03, Sem. Jur., 2003-B, t. 88, p. 490 y ss..

²² Se ha dicho que la calificación de “hecho diverso” no supone cualquier diferencia entre la acusación primigenia y los nuevos datos aportados al debate, de modo que no lo constituye cuando existe una mutación fáctica que no modifica el encuadre jurídico del hecho investigado, ni modifica la autoría responsable que se atribuye al encartado (T.S.J., Sala Penal, *in re* “Moreno, Adriana del Valle p.s.a. estafa procesal - Recurso de casación”, Sent. N° 84 del 12/9/03, Sem. Jur., 2003-B, t. 88, p. 712 y ss.).

²³ C.S.J.N., *in re* “Laglaive, Silvia G. y otros p.ss.aa. de homicidio calificado en grado de tentativa” del 37/5/04, con nota de Griboff de Imahorn, Analía, “Los jueces no pueden condenar cuando los fiscales solicitan la absolución. El caso ‘Sandra Torres’ y la posición de la Corte Suprema”, Sem. Jur., 2004-B, t. 90, p. 197 y ss..

²⁴ Lo dicho, siempre que el pedido de absolución del fiscal se adecue a derecho lo que requiere, entre otras condiciones, que se encuentre fundado. (Conf. Cámara Crim., Corr., Flia. y Trab. de Deán Funes, *in re* “Quinteros, Julio Alberto p.s.a. de abuso sexual gravemente ultrajante” del 23/9/04, Sem. Jur., 2004-B, t. 90, p. 504 y ss.).

²⁵ PERRACHIONE, Mario C., *El recurso de casación en el proceso laboral oral y de instancia única*, Córdoba, Advocatus, 1995, p. 101.

EL OLVIDO DEL PENSAR EN LA FILOSOFÍA Y EN EL DERECHO

*A mi amigo, el filósofo Juan Carlos Márquez Alonso,
fallecido cuando esto se escribía.*

Luis Roberto Rueda

Sumario: 1. Reflexión introductoria. 2. El olvido del pensar y la filosofía del derecho.

1. Reflexión introductoria

Culminamos nuestra primera parte del *Olvido del pensar* con palabras de Hölderlin: “*Quien ha pensado lo más hondo, ama lo más vivo*”. Fue un cierre momentáneo e inherente sólo a la temática que se abordaba durante el tratamiento de cuestiones que pueden no resultar de fácil comprensión *a priori*, acaso porque no sabemos ser lo suficientemente claros, o, también, porque en muchos prevalece, prejuiciosamente, la percepción de que no hay nada de ingenuo en la insistencia sobre asuntos filosóficos o metafísicos desconocidos por el común de la gente. No obstante, asumimos que el interés por merodear algunos de los temas fundamentales del pensamiento filosófico de Occidente nos exponen, de alguna manera, a las exigencias que ellos implican.

Hablábamos de Heidegger: a pesar de la profusa literatura filosófica existente a su respecto -además, claro está, de su obra misma-, es frecuente que se lo asocie a un sector de oscuridad conceptual, cuando, por el contrario, es un filósofo de la claridad -decimos esto, con la nostalgia de no haberlo leído del alemán-. Según nosotros lo vemos, hizo “detener” a toda la filosofía para reflexionar, no sobre su situación en Europa al promediar el siglo veinte, sino sobre la *totalidad* de su historia y, particularmente, sobre su *sentido*; la puso abruptamente de cara ante sí misma, haciéndole recuperar su identidad desteñida por el afanoso empeño en ser una “ciencia”, inspirada por el temor de perder prestancia y valía si no era tal cosa. Esto pasa -según Heidegger¹- por ser un defecto que se coloca a la altura del empirismo, dado que el ser como elemento del pensar ha sido abandonado en la interpretación técnica del pensar: la lógica es la sanción de esta interpretación que comienza con los sofistas y Platón (“*La palabra -el habla- es la casa del ser. En su morada habita el hombre. Los pensantes y poetas son los vigilantes de esa morada*”).

A propósito del verso de Hölderlin, medita: “*Extraño racionalismo aquel que fundamenta el amor en el pensar; es un pensar fatal que está a punto de volverse sentimental. Más de todo esto no hay rastro en este verso. Alcanzamos a comprender lo que se dice cuando ya estamos capacitados para pensar. Por eso preguntamos: ¿Qué significa pensar? Lo que ‘significa’, por ejemplo, nadar, no lo aprendemos jamás por medio de un tratado sobre la natación. Lo que significa nadar solamente nos lo dice la zambullida en el río. **La pregunta ¿Qué significa pensar? nunca se puede contestar presentando una definición de conceptos sobre el pensar cuyo contenido vamos explicando diligentemente***”².

El célebre discípulo de Husserl no se afirma, de allí en más, *sobre* el pensar: se mantiene fuera de la “*mera reflexión que tiene por objeto suyo el pensar*”. Considera que grandes pensadores que le precedieron, como Kant y Hegel, advirtieron que tal tipo de reflexión era estéril: “*Tuvieron que intentar, en consecuencia, salir de esta reflexión a fuerza de*

reflexionar”. Tengamos presente que en la fenomenología heideggeriana -fundada por su maestro de Freiburg-, el ente preponderante y el más apto para interrogarse sobre el Ser es el hombre: el *Dasein* (Ser - ahí), pues no es un ente como tantos existentes y que se dicen de muchas maneras -como enseñaba Aristóteles-; es decir, no es un ente cualquiera (*Seindes*), sino un ente al cual el Ser (*Sein*) se hace presente en su ahí -*Da-*, y cuya relación con aquel le es constitutiva e intransferible ³.

Pero ese hombre no es una abstracción que se concibe y se considera antropológicamente sólo si existe la norma, como en la concepción kelseniana, donde el derecho es pura normatividad sin relación primaria -dado que las normas son entes lógicos- con la experiencia sensible, sin comprometer, en consecuencia, la estructura empírica de la vida humana. Pero en Heidegger el hombre tiene un ser, y ese ser existe en el mundo -mundificación- que posee una individualidad personal distinta a “el otro que el” -personificación-, y que con ese otro coexiste en sociedad-socialización: allí encuentra, en su vida biográfica compartida socialmente, a esa cosa, a ese objeto que es el derecho, que es la *realidad jurídica* ⁴. A ese hombre, el pensar heideggeriano le traza el perfil filosófico a la vez que, en la estructura empírica de la vida, le reconocemos o le negamos sus derechos.

Hay en Heidegger una clarividencia del Ser que deviene naturalmente en una proyección hacia el hombre, sin que de ello se deba inferir que hizo antropología filosófica. De hecho es un gran aporte haber advertido que lo normológico, no solamente no es todo el derecho, sino que la norma es un elemento con el que se hace referencia a otro “algo”, y ese “algo” es la conducta en su dimensión sociológica. Los autores citados, en su oportuno recordatorio, agregan: “*Si de lo fecundo de la filosofía heideggeriana para el derecho tuviéramos que exhibirnos, seguramente tenderíamos un puente hacia la filosofía de los derechos humanos, por la sencillísima razón de que los derechos no son abstracciones o ideales racionalistas que se puedan adscribir a un hombre -o a ‘el hombre’- del iluminismo o del revolucionario francés, sino algo bien concreto*”, como lo es ese ente -que como dijimos no es un ente cualquiera-, rodeado de las diversas circunstancias propias del vivir en sociedad. (Algunas actitudes filosóficas actuales han tomado nota de ello: para Rorty, por ejemplo, tras el progreso intelectual que significaron el darwinismo, el pragmatismo y el evolucionismo, la pregunta fundamental pasa de ser *cómo* somos y no *qué* somos, a la vez que los derechos humanos no resultan ser una cuestión gnoseológica sino de *eficacia*).

1.1. Pero es por el sendero heideggeriano por donde se dirige con cautela el intelecto, cuando se trata de *pensar* lo fundamental, tarea que deviene en imposible sin acceder a las preguntas esenciales del filosofar, las que, en nuestra cotidianidad, constituyen la única ruta de acceso posible si los interrogantes se corresponden, legítimamente, al preguntar en profundidad. Pero las presuntas dificultades muestran *su apariencia*, si en lugar de tomar mansamente el sendero heideggeriano, nos trastornamos confrontando la abstracción intelectual contra un escenario de inmediatez causal, decididamente complejo como lo que hoy se vivencia. Al decir inmediatez causal nos referimos al drama actual de Latinoamérica, al *presente* de una realidad cotidiana multiforme y desesperanzadora. Más aún: el tema para nosotros está visto *desde* una América que “*requiere ser pensada si todavía queda una tarea para el pensar viviente*”, inserta como está en un proceso que abarca todo el pasado, donde todo está vivo y todo está muerto; donde nada queda fuera del acontecer: esto ocupaba el *pensar* de uno de nuestros grandes filósofos, Gonzalo Casas, poco antes de morir, aunque no iba camino a la desesperanza total: “*Lo que ha muerto es*

*esa pequeña cosa, la historia de los hombres sectorizada, particularizada; lo que vive es el mundo total, el hábitat cósmico del hombre. Por eso vivimos en el **desamparo**; se han ido todos los dioses, se están yendo todas las ilusiones; pero simultáneamente con el hombre del mundo que ya no conoce fronteras, ni siquiera las del planeta, vive la posibilidad de una revelación: no la de los dioses ausentes; la del Dios que todavía no vemos pero que viene*". No es la del filósofo una voz solitaria: otros también advirtieron que no hay que dejarse amedrentar por los discursos mundanos, clarividentes desde la Europa pensante, indicando paternalmente a Iberoamérica que el ente, como presencia viva del Ser, también aquí está presente, porque aquí también -y hoy más que nunca-, está vivo el espíritu de Occidente. No debe confundirse esto con las cuestiones históricas y políticas, pues éstas están dentro de las bases conceptuales que sustentan aquel espíritu; más bien, debe entenderse en el sentido de la vivencia madura de la actual mundialización, sin necesidad de pedir prestados conceptos que, ontológicamente, nos pertenecen por derecho propio.

Advertidos de las novedosas "cosmovisiones" -miradas interpretativas-, que ven esta realidad desde ángulos estrechos o sutiles, que sus partidarios califican de decisivos o fundamentales cuando en verdad son reductivos, fragmentarios y parciales, con acierto se ha dicho: "*Por eso el mundo de hoy debe ser observado e interpretado teniendo en cuenta esta multiplicidad de aspectos y dimensiones. **No caben teorías holísticas, ni concluyentes, ni detentoras únicas de lo esencial. Lo multifacético y contradictorio ha de ser, humildemente, aceptado tal como es, más como problema que como resultado de una comprensión definitiva y global***"⁵.

Es por ello revitalizante el espacio que aquí se nos concede, en tanto resulta adecuado para reflexionar sobre aquellas cuestiones, sin incurrir en exageraciones ilustradas por las que creemos no haber tenido apego. En este sentido, se dijo alguna vez que la tentación por la originalidad viene de la mano con el *complejo del pensar*, puesto que, según se ha pontificado, la filosofía no resuelve los problemas del hombre. Más concretamente, la metafísica pareciera no cumplir con esa misión. Curiosa paradoja: si acierta Vátimo con la posibilidad de una filosofía futura a partir de Heidegger, va de suyo pensar que hay una *filosofía presente* que hace viable tal proyección. ¿Qué es, en términos actuales, una "*filosofía futura*"? Está dada, sin dudas, por la palmaria vigencia de la ontología fundamental -y no necesariamente desde una visión estratificada, por autorizada que fuese-, situación hecha presente en el pensamiento por la actitud que lo precede como experimento de lo real, en razón de que lo real responde a un *es* antes de que sea pensado.

Este posicionamiento frente al asunto, es decir, el estadio anterior al *pensar* propiamente dicho -sujeto que piensa frente al objeto-, es una cuestión que parece estar más claramente resuelta por la lógica y por la gnoseología científica que por las más encendidas controversias filosóficas *serias*. Pero en nuestra actual preocupación -la devaluación apriorística del pensar-, se incluye, en primer lugar, la captación de sentido común de que pensar en el futuro de *algo*, es, ya, presuponer el pensamiento, con independencia de que éste sea en los hechos un acto de *poder* efectivo sobre nuestro pensamiento y también sobre las cosas. ¿Y por qué decimos un acto de *poder*? Porque si no hay una cuestión de esa naturaleza, aunque no sea parte de la aspiración central, seríamos puro pensamiento de *nada*, u otro tipo de pensar o de *sentir* y *vivenciar*, como el pensamiento oriental, ajeno al logos de Occidente.

Tras la pregunta: ¿Qué es filosofía?, un poeta y filósofo cordobés dijo: "*No contestar esta pregunta. Más bien poner en consideración su propia posibilidad: ¿es posible, hoy y aquí,*

*preguntarse qué es filosofía? La pregunta por la posibilidad se deja dividir: por un lado se hace referencia a una cuestión de 'poder'; de hecho -y no hay otro modo- este asunto se resuelve profiriendo la pregunta, repitiéndola si es necesario". Más adelante, concluye: "No es dado tener una respuesta a la pregunta ¿Qué es filosofía? Pero cuanto se aspira trascender los límites de saberes ciegameamente acotados, no queda más que formularla. **Su legitimidad es la legitimidad de la libertad teórica posible**"⁶.*

Y un acto de *poder*, en nuestros términos, es un *poder hacer*, un construir sobre lo que es susceptible de ser construido sobre los cimientos en que encuentra sustento la razón, a sabiendas de que la realidad total no es comprensible en términos de totalidad por la razón. Acaso éste fue el único pecado del idealismo alemán: la convicción de su infinitud que desechó la idea de que, aún "agotando la filosofía", todo, después de Aristóteles, resulta *episódico*, como acostumbraba a enseñar Nimio de Anquín. Pero pensemos un momento, volviendo nuevamente sobre la reducción eidética scheleriana⁷ -que en otro momento de nuestro razonar aludimos- desde nuestra limitada dimensión intelectual sobre dicha proyección -la de la posibilidad presente y futura del filosofar- y sus aplicaciones prácticas: estamos, en éste aquí y ahora, en el ámbito de una saludable feudalidad de intelectuales, donde cierta generosidad de los maestros que aún quedan, permite la libre opinión acerca de diversos temas merecedores de atención.

1.2. El pensar visto "desde fuera"

Supongamos, así, que estamos bien enderezados al formular proposiciones y especulaciones filosóficas y iusfilosóficas en el ámbito adecuado, independientemente de su acierto o desacierto; es decir, con prescindencia de si pueden o no justificarse en otras proposiciones o especulaciones que no sean estrictamente lógicas (pues, en tal caso, sólo hay dos posibilidades: son verdaderas o falsas, resultando indiferente su contenido de verdad y a los postulados de la ética). Hablamos de las proposiciones teóricas de la metafísica y de las diversas variantes de la filosofía práctica, principalmente, de la ética y la filosofía del derecho. En ese marco de situación, nuestra audacia debe tener algún parámetro para determinar si no estamos obrando, desde el punto de vista intelectual, "subjetiva" o arbitrariamente. A esto respondería la pregunta: ¿Cómo nos ven desde fuera? Ensayaremos tres versiones de respuesta u observaciones no taxativas: una *social*, otra *gnoseológica* y una *ética*.

a. Observación social

La observación que previsiblemente se hará desde fuera -esto es: vista desde el exterior nuestra comunidad pensante-, si de alguien de personalidad "culto" proviniese, sería en más o en menos la siguiente: "*Muy bien, cuán abiertos son: se permiten pensar y decir lo que se les representa para ser dicho y expresado en un ámbito tan respetado*". A ello sigue una respuesta también de sentido común: vea, señor "culto", que este espacio de discusión involucra a la vez un espacio de *libertad*, el cual, en sí mismo, usted *puede* respetar con prescindencia de la actitud *condescendiente* con que observa nuestra tarea. Pero lo importante sería que, cuando menos, fuésemos mecedores de su respeto en tanto alguien *perciba* (y no necesariamente *comprenda*), mínimamente, que es genuino y desinteresado

mi pensar.

Más aún: no creo en su discurso formal, de formalidad “ilustrada”, puesto que con él sólo me halaga, y de halagos no está conformado el pensar filosófico (aunque lo estuvo durante décadas, bajo algunos de los estilos retóricos que comenta Andruet), desde que en sí mismos no son conducentes a ningún rigor argumentativo concreto y experiencial más allá de su exclusivo vector intelectual. No le creo, en definitiva, porque su alocución es “endójica”⁸ (se apoya en cierto número de garantes de peso), y no contempla, ni siquiera mínimamente, la posibilidad de que todas -absolutamente *todas*- las premisas están precedidas por un *pensar* que sólo un necio podría -estando advertido al respecto- dejar de meditar.

Pero esta observación, sociológicamente vista, no sería lo central de lo preocupante sobre el desdén hacia el pensar, sino que constituye algo indicativo de un punto de vista nada original: es la óptica que nutre la presuntuosidad del que cree “saber”. Nos sirve, empero, para buscar el sentido -y el interés- del disparo latente tras esa forma de “objetivar” a los sujetos pensantes, posturas a las que, con matices, podríamos considerar como prejuiciosas, como lo son todas aquellas que dan espacio a los devaneos de la psicología y al inacabado horizonte donde campean los recelosos productos intelectuales del interés o de la simple ignorancia.

Además, y dicho con cierto hastío, refutar actitudes y combatir prejuicios no es tarea del pensar y mucho menos del pensamiento filosófico, sino que éste debe comprender, al desmalezar sus estructuras, a lo sumo las discrepancias discursivas *serias*, y en tanto no desmerezcan nuestro específico quehacer, y quieran mostrarlo como disolvente frente a las restantes argumentaciones que impone la explicación de la realidad, aunque va de suyo que las discusiones y enojos resultan ser, sin embargo, propias y necesarias a nuestra condición humana, pero esa es otra cuestión. Lo que resulta inconducente a los fines teóricos y prácticos del filosofar, es todo aquello que resulta de los “ismos” displicentes y siempre provistos de una frondosa -cuando no liviana- reductibilidad.

Es por esa razón que cuando aludimos a discrepancias discursivas “serias”, pensamos -por ejemplo- en Hume; por el contrario, cuando nos referimos a los discursos descalificantes, nombramos una *actitud interesada*, y se nos vienen al raciocinio algunas de ellas: por caso, las absolutizaciones del lenguaje; los desaires de los científicos “puros” y sus novedades epistemológicas; el “descubrimiento” de “nuevos” derechos humanos; los análisis asimétricos de la historia, y todos los análisis que, en más o en menos, descuidan altivamente los puntos de apoyo real sobre los que se asienta el pensamiento occidental⁹.

b. Observación gnoseológica

Esta observación tiene que ver con el problema de nuestro entendimiento y de su justificación: apunta a determinar si nuestros juicios responden efectivamente a los interrogantes planteados, y si lo son con un grado validez general creíble al pronunciarse sobre la parcela del conocimiento que los motiva, o si, por el contrario, son explicaciones psicológicas solo “justificativas” de nuestros particulares puntos de vista acerca de una determinada cuestión. Se trata de ver si tanto en el núcleo que ocupa al razonamiento como a la forma en que lo justificamos, no los involucra de alguna manera -acaso inconsciente- una postura relativista o puramente subjetiva (queremos decir, “*subjetivista*”, como referencia directa a algo distinto, y de menor valor gnoseológico, a lo “subjetivo” en cuanto

tal).

El catedrático de filosofía del derecho de la Universidad de Nueva York, Thomas Nagel, en un trabajo reciente ¹⁰, explica lo que queremos aquí significar. Comenta que su colega Ronald Dworkin consideraba que la única forma de responder al escepticismo, al relativismo y al subjetivismo -en materia de *moralidad*-, consistiría en confrontarlo con argumentos morales al primer nivel, desde que las posiciones escépticas deben ser entendidas ellas mismas como pretensiones morales, y, por lo tanto, ininteligibles como cualquier otra cosa. Nagel, no iría tan lejos, llevado como está a creer que *“la respuesta a estas posiciones debe provenir desde dentro de la moralidad y que no se la puede encontrar en el nivel metaético”*. Si bien ambos puntos de vista son, en su modo de ver, “realistas”, tienen mucho en común y lo conducen a la conclusión general de que *“la última palabra en disputas filosóficas acerca de la objetividad de cualquier forma de pensamiento debe residir en ciertas convicciones no relativizables acerca de cómo son las cosas, convicciones que perduran, por mucho que intentemos colocarlas fuera de ellas, o considerarlas meramente como proposiciones psicológicas”* ¹¹.

No intentamos presentar un análisis más detenido de la posición de Nagel, ya sea respecto del “realismo” anglosajón o de los cuestionamientos acerca de la validez de la razón vapuleada por los relativismos, pero nos resultan de sumo interés los argumentos que emplea en tanto ponen en crisis los escepticismos que cuestionan severamente la convicción por afirmar que, por el camino de lo racional, es posible -como *nosotros creemos*- sostener que hay verdades de validez universal. (Lo de “nosotros creemos” sería, para el propio Nagel, una variante “cruda” del relativismo, acto reflejo y vagamente filosófico). Sin embargo, *“... el irracionalismo ha sido rechazado por incoherente, ya que hay un problema real acerca de cómo es posible que exista tal cosa como la razón. ¿Cómo es posible que criaturas como nosotros, dotadas de las capacidades contingentes de una especie biológica cuya misma existencia parece ser algo radicalmente accidental, puedan acceder a métodos universalmente válidos de pensamiento objetivo?”* ¹².

Pero para no desviar nuestra atención de la observación que intitula este apartado, pongamos en claro la importancia de estas elucubraciones, más aún cuando provienen de un declarado realista con simpatías cartesianas, que cree que *razonar es pensar* sistemáticamente, en forma que cualquiera que mirara sobre sus hombros debería reconocer como correctas, generalidad que niegan los relativistas y los subjetivistas, incluso cuando introducen un “simulacro de generalidad” como una condición de consenso en una comunidad lingüística, científica o política, lo cual es incorrecto, ya que en última instancia es estadística, no racional ¹³. Estamos observando una voz clara que distingue las cuestiones: por una parte, los *desafíos filosóficos generales a la objetividad de la razón*; y por otra, los *desafíos corrientes a ciertos ejemplos particulares de razonamiento*, que no ponen en tela de juicio la razón misma. (Ejemplo de lo primero son los debates que giran acerca de tal objetividad, cuando se discute sobre la posibilidad del conocer y sobre la validez del mismo; y de lo segundo, el planteo de Espinosa respecto de la concepción de Ghirardi).

b.b. En este orden, observemos que comenzamos el punto por la justificación de nuestro entendimiento, sin comprometernos con la posición racionalista que, en sus diversas variantes, abordan la cuestión del conocimiento y la posibilidad de alcanzar la verdad. No es nuestro propósito, en este limitado espacio, tratar tales cuestiones: cuando estemos

puestos en la tarea de hacerlo, repasaremos, una vez más, el itinerario siempre vigente de realismo gnoseológico incluyendo sus implicancias metafísicas, del modo como lo han hecho grandes pensadores del siglo veinte, como Cornelio Fabro en *Percepción y pensamiento*. Por el momento, observemos nuestro objeto de trabajo, sin pretender el “una vez y para siempre”, respecto de lo cual, en el orden de los conceptos prácticos –y, particularmente, de los conceptos jurídicos- nunca alcanzaremos el universal¹⁴.

Ahora bien: los párrafos precedentes que expresan nuestro modo de ver pueden sintetizarse así: cuando se cuestionan en términos de credibilidad nuestros juicios sobre las cosas -en lo posible sin menear los discursos sobre la validez de la lógica clásica-, debemos basarnos en juicios y métodos de argumentación que creemos que no se encuentran sometidos al mismo cuestionamiento. Como señala Nagel: *“Sin embargo, es oscuro cómo esto es posible: tanto la existencia como la no existencia de la razón presentan problemas de inteligibilidad. Para ser racionales tenemos que ser responsables de nuestros pensamientos y negar que ellos simplemente expresiones de nuestro punto de vista. La dificultad reside en formar una concepción de nosotros mismos que le dé sentido a esta exigencia”*. (Esta concepción de nosotros mismos es la que atrae nuestra atención, y genera espacio para elucubraciones diversas, aún a riesgo de caer en una psicología o una antropología cerrada). A las justificaciones “fuertes” que como las que podría justificar la razón, le sigue la pregunta del filósofo comentado: *¿Qué tipo de pensamiento es éste? “Este pensamiento pretende ser una visión de nosotros mismos, desde el exterior, como criaturas sujetas a diversas influencias psicológicas y presas de ciertos hábitos, ¿Pero en qué se supone que debemos basarnos en nuestro interior para darle forma a dicha visión?”*¹⁵.

Como se puede ver, el horizonte abierto es de gran amplitud argumentativa. No obstante, y, por lo que veremos *infra*, los elementos con que contamos en filosofía, de ser genuinamente instrumentados -esto es, sin aspiraciones de originalidad discursiva-, nos permitirán tener por cierta la posibilidad de la captación de una realidad total, en el supuesto de que, como la aceptación auténtica del padre por el hijo, advirtamos la perenne presencia del Ser, y, a la vez, asumamos con atención, el permanente despliegue del ente, sin amedrentarnos por la necesidad -a veces, acuciante- de la objetividad, en tanto no la desdeñemos como ingrediente insoslayable de nuestra *actitud* ante el filosofar. Jaspers observa que la filosofía, de hecho, *“... no invoca revelación ni autoridad alguna. Pero lo que comprende racionalmente el hombre que filosofa, es mucho más que conocimiento impuesto por el entendimiento. Es lo que él, desde su origen, comprende como verdadero, llevándolo al presente con todos los órganos de su ser”*¹⁶.

c. Observación ética

Pues bien: ¿En qué consiste nuestro quehacer en esta cotidianeidad mundana? En primer lugar, la dirección hacia la mirada de los ojos circundantes que en este momento me pueden leer o escuchar, pues no es otro el sentido de las palabras del poeta: lo *“más vivo”* es, en la contingencia, lo que se puede esperar de los más recientemente involucrados en el pensar. Y a ellos, pues, se sugiere el pensamiento propio. Pero a estos escuchas pensantes no hay que darles ilustración ni fórmulas acabadas, pues ya tuvieron suficiente con los instrumentos de la pedagogía “humanística” tradicional.

Por el contrario, vivientes como son de la realidad actual, hemos de intentar concederles una explicación acerca de lo que por nuestra mente pasa, con honestidad intelectual suficiente,

al punto de decirles que, dentro o fuera de una academia, subyace, como prolegómeno a las innovadoras corrientes de pensamiento, el prioritario dilema moral, a propósito del cual vale anticipar que no se trata de anteponer al razonamiento filosófico la *cuestión moral*, sino de sincerar lo que esto significa en el orden del pensar. Porque, sea como fuere, el pensamiento genuino *siempre* sugiere una adecuada toma de posición en lo moral.

Esto puede ser mejor expresado del siguiente modo: el primer interrogante que se nos plantea tras la mención a lo “moral”, es acerca de si se trata de un asunto teórico o empírico; es decir, sobre qué tipo de asunto -y eventual investigación- se trata, y, por lo tanto, del modo en que habremos de referirnos a la cuestión. Resulta obvio que así mencionado -como *dilema*- constituye, más que una exigencia racional, un punto de partida del pensamiento para afrontar un tema que entendemos como un presupuesto necesario del filosofar.

Esto resulta así, porque desde el prolegómeno, el tópico permanece, aún hoy, contaminado de los equívocos que emanan de la tesis positivista-sociologista. Maritain lo aclara a propósito de las discusiones acerca de los juicios de valor, desde que éstos conciernen no solamente a los valores éticos, sino, también, a la *manera cómo son conocidos* los valores éticos¹⁷. Así, “*La filosofía moral es un conocimiento reflejo, no en el mismo sentido que la lógica, sin duda, pero siempre un conocimiento de segundo grado*”¹⁸, situación bien distinta -como se sabe- de la moral kantiana, donde “... *se tiene la impresión de que el filósofo ha recibido una especie de revelación de la razón pura. Es un mensajero, anuncia la ley. ¡No!*”.

Pues bien: aquí reside el desafío del hombre común que somos, puestos en el menester de filosofar. El lector puede válidamente preguntarse: ¿En qué consiste tal desafío? ¿Acaso quien esto escribe, fija previamente su rol como coraza protectora ante posibles debilidades argumentales, difíciles de sostener en caso de ser -en términos popperianos- “falseadas”? Si se trata de ensayar una -o varias- respuestas a los propios interrogantes, sucede que la remisión a otros escritos -o sea: a lo ya *dicho*- convalidaría un objetivo mezquino: comenzar y cerrar el tema de un trabajo académico, y nada más.

Pero puestos en la tarea de encontrar destinatarios de lo que aquí se escribe -éstos serían, cabe suponer, nuestros jóvenes pensantes-, resulta entendible que el trabajo se pueda satisfacer a sí mismo con lo que, más allá de una propuesta, alcance para enervar la demanda del entendimiento, más no el de unos pocos, los “*entendidos*”, sino el de quienes vivencien los móviles jaspersianos (*admiración, conocimiento, duda y certeza, situación del hombre perdido en el mundo deviniendo en sí mismo y necesidad de **comunicación***), en un seguimiento medianamente cuidadoso, de *qué es* de lo que se ha venido y se seguirá hablando, todo lo cual, desde nuestra subjetividad sanamente disciplinada por la expresión oral y escrita, no es otra cosa que el esfuerzo por hilvanar nuestro pensamiento, sobre todo, lo que ya se ha dicho, arriesgando en la labor nuestra opción personal.

De todas maneras, no hay dilema moral posible que no incumba al tema de la *verdad*, el cual, por su extensión, debe quedar postergado, no obstante estar *presupuesto*, puesto que no nos enderezamos hacia la lógica formal. Se trata aquí de asumir desde una primera perspectiva, que las preguntas fundamentales conllevan un rictus de pudor acaso entendible ante la facticidad: ¿Es moralmente posible pensar en la *necesidad de pensar* en la situación actual del pensamiento filosófico? ¿Es suficiente, en tal supuesto, la formulación preponderantemente *práctica* de la ética actual?

En el orden de nuestro razonar, no es necesario, por el momento, responder a estas

preguntas: no estamos haciendo filosofía moral en sentido estricto. Baste saber, que, como preludeo al pensar, se encuentra presente el dilema de lo moral. Cada cual lo sorteará a su manera -o, acaso ingenuamente, intente ignorarlo-, pero allí está, tan presente como la realidad existencial del Ser. (La ingeniosa solución cartesiana puede resultar útil: primero, asegurar un orden práctico, y después sigue cualquier ejercicio de la razón, aunque no fue “cualquier” ejercicio el de Descartes).

1.3. El dilema moral y nuestra actitud intelectual

Por otra parte, nuestra posición es, definitivamente, “intelectual”, en términos que resultan *a priori* desventajosos como lo sugiere el entrecomillado, dado que refiere -sea en metafísica como en filosofía del derecho -lo que cierta intelectualidad, con una “*postura a propósito de*” a su paso ha dejado, desprendidos de lo que el pensamiento filosófico perenne ha aportado en la realización del ente: en términos del lenguaje vulgar bien entendido, tanto una “llave” de comprensión psicológica y sociológica de nuestra realidad latinoamericana¹⁹, así como la expresión de una realidad social tan presente como lo que es, dotada de una curiosa ambigüedad de interpretación de difícil dilucidación.

Pero expresémosnos en un mejor romance: un filósofo cordobés explicaba en su trabajo de tesis lo que significaba Dios para San Agustín. Allí decía, parafraseándolo, que “... *es la causalidad eficiente de todos los seres, que se muestra como lo más interior a ellos pues se sustentan en El; lo más exterior por estar por encima de ellos; lo más antiguo por ser anterior, a todos y lo más nuevo por permanecer siempre El mismo, mientras las criaturas envejecen*”. Más adelante citaba a Agustín cuando, en uno de sus sermones, enseñaba lo que se le decía a Moisés cuando quería saber el nombre de Dios: “*Yo soy el que soy; cualquiera otra cosa que sea, comparada con El, ni siquiera es. Lo que de verdad es, no sufre mudanza alguna. Lo que muda y fluye y no cesa de cambiar nunca, fue y será: **no puedes meter ahí el es, Dios, en efecto, no tiene fue ni será. Lo que fue, ya no es; lo que será, no es aún; por lo tanto, lo que viene para no irse, será para no ser. Dejad de dar vueltas en la rueda del capricho; dejad de ser zarandeados por antojadizas figuraciones de lo que tiene tiempo. Hacedos idea, si podéis, de lo que significa Yo soy el que soy. **Estad quietos en el es, en el es mismo: Estad quietos, para que también vosotros podáis ser*****”²⁰.

Ahora entonces, la prosa es merecedora de análisis diversos, aunque lo que nos importa es observar, usando una palabra de actualidad, lo que desde el plano *actitudinal* inspira. Conjeturemos: a. La vocación analítica de estos tiempos nos devolvería -a no dudarle- a un estante de libros de teología cuando no de religión; o, tal vez, con mejor suerte, estudiarían la estructura del lenguaje empleado para desentrañar modelos antiguos de pensamiento, en la medida que sirvan lo concreto actual. b. Los científicos “puros” acaso sean más compasivos, aunque en apariencia más tajantes: estos textos no están, obviamente, en sus programas de investigación, dado que nada se puede descubrir a partir de ellos. No obstante, por la respetable curiosidad y religiosidad individual de muchos, acaso ingresarían en el esquema de su cultura general. c. Un lógico no podría descuidar, *mutatis mutandis*, una reminiscencia elocuente del principio de identidad. Y así sucesivamente podríamos continuar con nuestras conjeturas, posiblemente injustas.

De todos modos, en todas las actitudes que se podrían enumerar habría argumentos de *justificación* (entendida como un problema central de la filosofía del derecho), y, por cierto,

éstos serían coherentes con los modelos argumentativos correspondientes. Pero lo que estaría ausente, y de ausencia absoluta, sería la formidable *significación metafísica* del sermón del Santo. Recuerdo haber quedado absorto ante una explicación de mi profesor de filosofía de la historia, Pedro Vaquero Lazcano, cuando, con calma y sencillez, nos explicaba el sentido y el alcance de la frase bíblica “Soy el que Es”.

1.4. Debe decirse también, en referencia a nuestra posición de *intelectualidad*, que su apuntalamiento implica la asunción de una estrategia de aparente facilidad de enunciación, pero, a la vez, sutil y complicada: se trata de la transición del *pensar* en orden al *hacer*, dentro de la cual se encuentran, desde el blanco al negro, los mecanismos del *yo* y su intrincados alcances; los modos multiformes y siempre cambiantes de la creación “original” frente al incontrastable devenir de las influencias psicológicas externas, las que, mal que nos pese, nos confrontan con el drama de todo intelectual: la búsqueda -precisamente- de una *originalidad* que gira, muchas veces, sobre una base descontrolada, por la pérdida de vista de la perfección al que el conocimiento, como ideal subyacente, siempre aspira.

Al respecto, Grenet, comentando un texto de Santo Tomás, al que considera “*una de las más bellas avenidas que conducen al corazón del tomismo*”, afirma que el mismo implica, inseparablemente, un *optimismo*, un *universalismo* y un **intelectualismo**: “*Esta última expresión no debe evocar en absoluto el culto de los estudios librescos, sino sencillamente la apertura natural y vital del hombre a la totalidad del universo*”²¹.

¿Hemos de renegar, entonces, de semejante intelectualismo? Pues no, según creemos, en tanto seamos capaces de avanzar, paso a paso, sobre el sentido genuino del asumir y el habitar aún las antinomias más profundas, que bien se pueden abordar sin falsos ropajes “librescos”: principalmente, la búsqueda de una identidad propia en el orden del Ser, todo lo cual apareja el desbroce previo de nuestra interioridad existencial. En otras palabras, lo que resulta inherente a nuestra íntima convicción de plasmar, en la labor específica del filosofar, la naturaleza auténtica de nuestro querer y de la posibilidad de nuestro *hacer*.

Este es el punto donde la búsqueda del sentido deviene en preocupación, desde que muestra su propia especificidad y, también, su intemperie. Se trata del mismo *yo pensante* en el que el intelectual -asumiendo su rol- advierte, o debiera advertir, que la cuestión es discernir sobre cuál es la dirección de su accionar mental, el que se mostrará mezquino si la propuesta consiste en reverdecir el *pensar* envuelto en categorías rígidas - o de *formalismo* riguroso- o solamente descriptivas de lo que fueran en la antigüedad, y sin concederle la actualidad que sólo es inherente a lo eterno, y en tanto tal reverdecir constituya un compromiso con *un* modelo cultural que exige innovación y *progreso*.

Ha habido, en efecto, herencias filosóficas que exigían “progreso” a la filosofía. Si bien hoy, no se insiste tanto en el concepto, se encuentra encubierto tras la pregunta: “¿Para qué sirve la filosofía?”. Por esa razón, en nuestro breve itinerario, responderemos con la claridad conceptual de las palabras de Luis Cencillo: “*Si por progreso se entiende una acumulación sucesiva y cumulativa de fórmulas adquiridas de una vez y para siempre que aseguran un dominio cada vez más perfecto de la realidad, la filosofía no progresa, no puede progresar, es heterogénea con el progreso, pertenece a otra esfera esencialmente diversa. El progreso filosófico, el único posible en filosofía, consiste en ir trazando coordenadas de conceptos y en ir descubriendo vecciones de sentido cada vez más matizadas y densas en el paisaje ambiguo de la realidad en que se incluye el hombre mismo*”²².

2. El olvido del pensar y la filosofía del derecho

Hoy, se acude con frecuencia, en la filosofía jurídica -entendida aquí en sentido amplio-, a un acercamiento hacia la contingencia cuando debiera ser al revés; esto es, que se trataría de retomar los basamentos sin fisuras que nos legaron los grandes sistemas, *sin que necesariamente debamos considerarlos infalibles*. Hegel, en el Prólogo a su *Filosofar del derecho*, afirma que su obra no debe entenderse como “una representación en un mío”, sino que -como interpreta De Anquín -, la idea es la única realidad, aunque la voz idea no debe entenderse en su acepción cotidiana, sino por el contrario: “*Hay que entenderla en el sentido platónico como el verdadero Ser, y, a la vez, explicarla aristotélicamente, pues ella no vive fuera de la realidad “real”, sino que está en ella como su substancia. Ahora bien: puesto que lo racional, como el logos, es sinónimo de idea, concluiremos que todo lo real es racional, y la realidad debe ser considerada como compenetrada y dirigida por la razón*”²³. Nuestra posición podría no coincidir con la del autor de *Ente y Ser*, o, más precisamente, podríamos disentir en otro espacio con el alcance que le otorga -con acierto- a la filosofía hegeliana en lo que concierne al Estado (v. nota al pie). Pero, lo que queda fuera de discusión, es que puso el dedo en la llaga de la cuestión: no se puede entender el mundo actual sin Hegel, y, a éste, sin los griegos y su proyección sobre la totalidad del pensamiento occidental.

Percibimos, no obstante, que en algún momento se generó la “idea” de que “razón”, en filosofía, se escribía siempre con mayúsculas y se pronunciaba con cierta reverencia, y que afirmar la “razón” era afirmar la “verdad”, como si fueran la misma cosa, simplemente porque se conjeturaba “irracional” (o a-racional) objetivarla como algo susceptible de estudio, desde que no entenderlo así era como poner en tela de juicio el pensamiento propio frente a la posición rival. *Así fue hasta que los científicos, dudando de la razón, terminaron por afirmarla más que los filósofos mismos* (en este sentido, puede considerárselos más desinteresados).

El momento de la historia del pensamiento más elocuente que quebró ese temor por objetivar razón y lo que ella podría comprender, tuvo un protagonista privilegiado: en la segunda gran revolución de occidente (después de la copernicana y de la posterior: *Renacimiento y reforma protestante*, según Wagner de Reyna²⁴), quien nos introduce de lleno en el pensamiento moderno es Descartes, al introducir un corte netamente racional, mientras las restantes corrientes de ideas robustecían el campo del pensamiento político (Hobbes) y del Derecho en abrupta ebullición (siglo XVIII), hasta que el “puente” kantiano permitió la convivencia de los extremos, en una momentánea relación que alcanzó *hasta* Hegel.

Desde él, un *infinito* remozado (idea, también, originaria de los griegos) habló por todos, porque su pensar comprendía *a toda* la realidad. Es difícil saber sobre el espíritu del propio Hegel cuando advirtió que, con su casi ilimitada cosmovisión del mundo, podía concluir en una mediatización en lo real-social del hombre: acaso también habrá advertido que la plenitud de su sistema no constituiría, a la postre, un sistema *definitivo*. El mismo eje sistémico y dialéctico hegeliano impedía que así fuera. Tal sistema, como “cierre” de todo el pasado de la filosofía, fue, precisamente, la visión de Marx, para quien sólo restaba “superarla” (Pero Marx y su “praxis” no tienen un sitio reservado en la historia de la

filosofía).

Además de ello, si el hegelianismo sobrevivió a sus más célebres críticos -el propio Marx y Kierkegaard-, que lo tomaron cada uno a su medida, esto es muestra suficiente de que hoy se entienda a Jürgen Habermas como el único prominente europeo capaz de continuarlo en la línea del pensar central. Lo de “único” corre el riesgo de ser una afirmación exagerada, pero encuentra sustento en el derrotero de la situación actual de la filosofía mundial. Es justamente Habermas quien, en un lúcido ensayo, observó que, dentro de la tradición griega, las mismas fuerzas que la filosofía reduce a potencias anímicas, continúan manifestándose como dioses y poderes sobrehumanos: *“La filosofía las ha domesticado y proscrito, como demonios interiorizados, al recinto del alma. Más si concebimos bajo este punto de vista los impulsos y emociones que enredan a los hombres en la conexión de intereses de una praxis inestable y casual, entonces cobra también un nuevo sentido la actitud de la teoría pura, que precisamente promete la purificación de estos afectos: la contemplación desinteresada significa ostensiblemente entonces emancipación”*²⁵.

Pero sucede ahora que numerosas expresiones de la filosofía del derecho parecen haber abandonado esta suerte de “núcleo basamental”, tenido como punto de partida por el pensamiento filosófico serio en esta actualidad. La fidelidad al mérito de Aristóteles se muestra clara en Ghirardi: al decir que el Estagirita se perfila como el primero en hacer el primer gran esfuerzo de una síntesis del saber total, estaba dando un indicio fundamental e inmovible²⁶, porque estaba indicando también el inicio de la metafísica misma.

2.1. Pero la sensatez filosófica y el reconocimiento de lo primigenio no constituye la característica de la filosofía del derecho actual. Es cierto que, muchos filósofos del derecho necesitan, entre puntos y subpuntos, distinguir los “casos fáciles” de los “casos difíciles” para exponer sus pareceres sustantivos y metodológicos, pero también es cierto que algunos lo hacen con un grado creciente de complejidad lingüística -a veces, difícil de deslindar-, o, también, porque se ha olvidado de la simpleza del lenguaje materno, como comentara en esta Academia un prominente filósofo italiano poco tiempo atrás. Pero lo cierto es que estas distinciones, en muchos casos, de gran utilidad programática, se corresponden con la parcialización extrema en que han caído los problemas que se formulan, de manera funcional a los programas mismos. No significa ello negar que el lenguaje -y su significado-, encierra en sí mismo una complejidad que, desde Wittgenstein, principalmente, merece una especial atención, como lo demuestran las tensiones que, desde hace setenta años, se desarrollaron desde el Círculo de Viena.

Por el contrario: se trata de afirmar que hoy predomina en la literatura jurídica cierta “complejidad progresiva” en el tratamiento de las cuestiones involucradas, que sólo tangencialmente se vinculan a los problemas fundamentales, y, en consecuencia, sólo rozan nominalmente sus núcleos conceptuales. Por problemas fundamentales deben entenderse, por ejemplo, los atinentes a la relación entre el derecho y la moral, pero sólo en la medida en que se respeten sus partidas de nacimiento filosóficas mediatas e inmediatas. Lo primero, mediante el reconocimiento de que, antes aún de responder a la pregunta ¿qué es el derecho?, se debe contar con *todos los antecedentes* necesarios anteriores a nuestra formulación personal actual, imbuida de diversos elementos intelectuales y psicológicos que les dan coherencia. Es el momento de fundar el *porqué sí o porqué no* -si ello fuera posible- la existencia del derecho natural, a condición de no pasar por alto los basamentos de veinticinco siglos de filosofía occidental.

Lo segundo -antecedentes inmediatos- se logra mediante el reconocimiento a los insoslayables aportes modernos, pero ubicándolos en su justa dimensión. Las formulaciones de Hart -para muchos, el más influyente filósofo del derecho de la segunda mitad del siglo XX- nos permiten explicar lo que se dice: desarrolló una teoría del derecho con dos características fundamentales²⁷: la teoría haitiana es “general”, en el sentido de que no intenta explicar un ordenamiento jurídico en particular como el inglés o el norteamericano, sino cualquier sistema jurídico vigente en la sociedad contemporánea. Pero, además, la perspectiva de estudio es “descriptiva” en tanto pretende aclarar la estructura del derecho y su funcionamiento sin considerar para ello la justificación moral de las prácticas jurídicas analizadas, como Hart expone en su *Postscriptum*. Ahora bien: eximidos de adentrarnos de lleno en este esquema de pensamiento, propio de la filosofía analítica, lo que se debe advertir es que, como antecedente, no se debe prescindir de su teoría “general” y su afán de universalismo que la hace altamente interesante. De allí, contando con un precedente de indudable validez, podríamos derivar nuestro razonamiento hacia interrogantes más cercanos, como las diatribas que plantean -por caso- los sistemas jurídicos latinoamericanos.

Otra cuestión resulta de abordar su indagación “descriptiva” con prescindencia de la justificación moral, al entender que las normas jurídicas se asientan sobre una base sociológica y la teoría del derecho sobre una teoría social; es decir, que intenta describir al derecho como una “práctica social”, como la forma en que las personas ante situaciones reguladas por el derecho y el *lenguaje* que se emplea para aludir a esas situaciones. Pues bien: estas descripciones -y otras más sofisticadas- en los discernimientos filosóficos sobre el derecho, se muestran parcializantes y hostiles respecto de los que consideramos “precedentes mediatos”, al punto de que quedaríamos desacreditados frente a un auditorio de actualidad por su sola enunciación. Seríamos considerados “conservadores” por no estar anotados en el programa lógico / positivista o sociologista, o, también, en el de los muy actualizados detractores del positivismo tradicional.

Ello acontecería si dijésemos, en primer lugar, que no existe un catálogo de exclusiones de lo moral, puesto que el derecho pertenece al ese orden y que el mismo se inscribe en la afirmación de la ética como disciplina normativa del deber ser. Así, en segundo lugar, la sensatez intelectual nos determinaría -entre los antecedentes inmediatos- a retomar el tema desde Hume, punto de inicio de la idea y de la expresión del filósofo analítico G. Moore, para quien la “falacia naturalista” radicaría en pasar de proposiciones que simplemente constatan hechos (“es, hay”) a otras que imponen normas de conducta (“debes hacerlo”), dado que “... *es una ley elemental de la lógica la que indica que la conclusión no puede abarcar más contenido que las premisas. O, en otras palabras, que las proposiciones prácticas, en este caso, no pueden inferirse sólo de premisas teóricas. Por ejemplo, de la simple afirmación: ‘el hombre es un ser social por naturaleza’ (que constata una verdad de hecho), no puede deducirse legítimamente el “deber” o la obligación moral de vivir en sociedad y cumplir sus normas*”²⁸.

Puede advertirse sin necesidad de mayor demostración, que el argumento posee un indudable valor para la discusión teórica, y debería -como otras en temáticas de igual importancia- preceder a cualquier discusión sobre el derecho, pero ello no acontece precisamente por lo dicho más arriba: la sensatez filosófica y el reconocimiento de lo primigenio (filosofía fundante) no son características de la filosofía del derecho actual, necesitante de “falacias” -como la citada- para acortar camino hacia su objeto actual, uno

de los cuales lo constituye, primordialmente, el problema de la *interpretación* dentro de la teoría del derecho, y que ha dado lugar a originales planteos.

Tras titular un capítulo: “¿No hay casos fáciles?”, Andrei Marmor nos aporta un buen ejemplo para lo que queremos significar. Durante el desarrollo de su perspectiva acerca del positivismo jurídico, acota que: “*el hecho de que la distinción entre el derecho que es y el derecho como debe ser implique o requiera de la distinción entre casos fáciles y casos difíciles es de poca ayuda en el presente contexto. El argumento ofrecido por la línea de crítica que ahora se discute es que la primera distinción es debería ser rechazada, precisamente porque no es posible defender la última. Habría que preguntar, entonces, si la distinción entre casos fáciles y casos difíciles tiene alguna base conceptual que sea independiente de la doctrina del positivismo jurídico*”²⁹.

2.2. Llevados por la tentación de las creencias y por las no menos tentadoras posibilidades del lenguaje, advertimos que, por el momento, debemos detenernos, no sin antes afirmar una de esas convicciones: pensamos que no habría nada de falaz en volver, por ejemplo, antes de continuar abordando conceptos que explican lo jurídico, sobre aquellos que perduran por tan fundamentales que son, sin rehuir de la actualidad de los problemas particulares y de su modo de formulación, aunque reclamando -con aquel lenguaje materno a que aludiera el filósofo- un sincero y desinteresado *diálogo a propósito del ser y el deber ser* en la filosofía y en el derecho, traspasando de una vez los límites de la litigiosidad intelectual. Sin desinterés no hay posibilidad de diálogo, y sin éste, queda definitivamente clausurado en genuino *pensar* y resta sólo asumir un ejercicio de autoridad y sus formas de justificación. Y sin diálogo no hay filosofar, y para ello no es necesario alejarnos del mundo; para filosofar basta, en un comienzo, con reconocer la realidad.

Concluimos con un sugerir, efectuado con la humildad del no saber, del modo en que se sugiere un camino al viajante en tierra desconocida, siendo uno mismo un viajero más. Es la sugerencia del sendero -uno al fin- del derecho y de la filosofía. Para sugerir sobre el primero, acudimos a Oliver W. Holmes: “*Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta -dentro o fuera del derecho- en los mandamientos de la conciencia*”³⁰. Para sugerir acerca de lo segundo, meditamos palabras de Heidegger: “*Cuando los enigmas se agolpaban y no se presentaba ninguna salida, el camino ayudaba, pues quietamente conduce los pasos por senda fácil a través de la extensa y pobre tierra (...) el camino está tan cerca del paso del pensador como el paso del campesino que va a segar al alba*”³¹.

NOTAS

¹ HEIDEGGER, *Cartas sobre el humanismo (Carta a Jean Beaufrt, París)*, Buenos Aires, Huascar, 1972, ps. 65/67.

² HÖLDERLIN, *¿Qué significa pensar?*, 3ª ed., Buenos Aires, Nova, 1978, ps. 25/26. Para Heidegger, el pensar sobre el pensar se desarrolló en Occidente como “lógica”, entendida como una ciencia especial llamada “logística”: *Es ella, la ciencia especial más especial de todas las ciencias especializadas*. Tenida a su entender (sobre todo en los países anglosajones) como la única forma posible de la filosofía en cuanto tal, dado que sus resultados y su procedimiento rinden un provecho inmediato y seguro para la edificación del mundo técnico, la logística comienza ahora a “... tomar las riendas del gobierno sobre el espíritu en América y otras partes, como la verdadera filosofía del futuro. Debido a que la logística se acopla de manera propicia con la moderna psicología, el psicoanálisis y la sociología, el trust de la filosofía venidera queda perfecto. **Más esta conjunción no es en modo alguno obra del poder humano. Antes bien, estas disciplinas realizan el destino de un poder que viene de lejos y cuyos nombres apropiados tal vez sigan siendo los nombres griegos de poesía y técnica, puesto caso que para nosotros, los pensantes, nombran lo que da qué pensar**”. (ob. y p. cit.).

³ GARCÍA ASTRADA, A., *Heidegger, un pensador insoslayable*, Córdoba, El Copista, 1998, ps. 12, 16/17 y 19. Apuntamos aquí una diferencia para nada menor : “*En manos de Heidegger, el método fenomenológico va a tomar desde el comienzo un rumbo muy distinto al que le impusiera Husserl. Mientras éste considera como base metodológica el poner entre paréntesis la existencia, limitándose solamente a describir los fenómenos según éstos aparecen en la conciencia trascendental, Heidegger, por el contrario, cuando aplica este método al Dasein, concentra su análisis en esa existencia que Husserl había puesto entre paréntesis*”. (La negrita es nuestra). De este modo, la fenomenología se convierte en la vía para llegar al *Dasein*, es decir, a la posible mostración del Ser. Téngase presente, como anotamos al pie en *El discurso jurídico y la realidad social* -nota 1, p. 62-, que Husserl, mediante la “reducción eidética” contraponía lo *eidético a lo fáctico*, y no sólo como contraposición entre lo formal y lo material, sino, además, poniendo en “suspense” las existencias a fin de llegar a una intuición esencial mediante la formulación de juicios eidéticos.

⁴ BIDART CAMPOS, G. y HERRENDORF, D., “Heidegger y el derecho (en el centenario de Heidegger)”, E.D., t. 141, 1991, ps. 881/882. “*Baste esta somerísima acotación -sostienen los autores- para recordar a Heidegger como uno de los filósofos que ha ayudado mucho a desplegar en la filosofía jurídica unas proyecciones realistas de alto valor para cuantos sostenemos que el derecho es vida jurídica, es mundo jurídico, es realidad social, y no puramente un sistema de normas*”.

⁵ WAGNER DE REYNA, A. y FRÍAS, P.J., *Carta a los latinoamericanos*, Córdoba, 2001.

⁶ VERA, D., *Investigaciones estéticas*, Córdoba, Alción, 1991, ps. 13 y 19. Ponencia en el Instituto de Metafísica “Nimio de Anquín”, octubre de 1986.

⁷ En *Discurso jurídico y realidad social*, apuntamos las condiciones morales necesarias del filosofar según la misión de Scheler: egocentrismo, vitalismo y antropomorfismo.

⁸ ANDRUET, A., *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, p. 44.

⁹ El caso de los griegos es ilustrativo: Ni Platón ni Aristóteles pueden faltar en una

biblioteca o en una teorización cualquiera, pero ello no responde a la consistencia de los sistemas, sino al temor de ser tachados de incultos.

¹⁰ NAGEL, Thomas, *La última palabra*, Barcelona, Gedisa, 2000, ps. 15/22; 25/26 y ss.. Es particularmente interesante el capítulo 2° y su intitulación: “*Por qué no podemos comprender el pensamiento desde el exterior*”.

¹¹ NAGEL, Thomas, *ob. cit.*, ps. 11/12. Lo destacado en negrita nos pertenece.

¹² NAGEL, Thomas, *ob. cit.*, p. 16: “***Puesto que todas las justificaciones llegan a su término con lo que las personas encuentran aceptable y sin necesidad de justificación ulterior, se piensa que ninguna conclusión puede reclamar validez más allá de la comunidad cuya aceptación la valida***”.

¹³ *Idem.*, p. 17.

¹⁴ GHIRARDI, O., “Los conceptos jurídicos como construcciones a partir de la praxis”, en *El fenómeno jurídico*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, p. 21.

¹⁵ NAGEL, *ob. cit.*, p. 26. Es de especial interés, el orden seguido en la construcción del trabajo, del cual sólo anotamos lo pertinente a tema tratado.

¹⁶ JASPERS, *La fe filosófica*, Buenos Aires, Losada, 2003, p. 29. Antes había dicho: “*De ahí que ninguna filosofía pueda encerrarse inteligentemente en sí misma como formación ideológica. La tarea del pensamiento nunca es más que la mitad que para ser verdad necesita completarse con aquel que no sólo la piensa en pensamientos, sino que de esta suerte la hace devenir histórica en la existencia propia*”.

¹⁷ “*Hay oportunidad de distinguir un conocimiento filosófico de los valores morales y un conocimiento natural, prefilosófico, en estos mismos valores. Hay que hacer esta distinción porque la filosofía moral presupone la experiencia moral. Hay un conocimiento moral, el del hombre común, el de la experiencia ordinaria, que precede al conocimiento filosófico. Las gentes no aguardaron a la filosofía para tener una moral*” (MARITAIN, *Lecciones fundamentales de la filosofía moral*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1966. p. 62).

¹⁸ MARITAIN, *ob. cit.*, p. 63.

¹⁹ Por caso, la única novela en sentido estricto escrita por Cortázar -*Los premios*- posee un epígrafe que ilustra, del inicio al fin, el sentido de la misma.

²⁰ BECERRA FERRER, Gerardo, *Ser nada y creación en San Agustín*, Córdoba, Talleres Gráficos, 2000, p. 17. (Lo destacado en negrita es del autor).

²¹ GRENET, P.B., *Ontología*, Barcelona, Herder, 1980, p. 19. El razonamiento tomista es -según la traducción del autor- el siguiente: el fraccionamiento de las perfecciones debe ser compensado en un ser que reúna las perfecciones del universo, a la vez que forma él mismo parte del universo. El hombre es, pues, por su naturaleza el “remedio” de la imperfección de la naturaleza, al ser el espejo de la perfección del universo.

²² CENCILLO, Luis, *Experiencia profunda del ser (Bases para una ontología de la relevancia)*, Madrid, Gredos, 1959, p. 140. Entiende Cencillo que, la trama mental del hombre posee hoy una mayor matización, complejidad categorial y de vecciones que en tiempos de Tales de Mileto: “*Y es que las estructuras sistemáticas, los conceptos insertos en contextos ideológicos históricos y sus arquetipos inspiradores no son sino la ocasión y la montura del verdadero contenido progresivo del filosofar, que no puede estatizarse y perennizarse de una vez, y para siempre, que es precisamente el proceso de la*

autoconciencia, de la **asimilación conscientemente intelectual** entre espíritu y ser, la vocación metafísica del hombre” (ob. cit., p. 141, -lo destacado en el original es nuestro-).

²³ DE ANQUÍN, N., *Eticidad, moralidad, libertad*, Acta Scientifica, Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, 1975, vol. N° 6, p. 61. “*La filosofía del derecho muestra al Ser (Geist) como voluntad universal ‘substancial’, como el Ser (Geisi) libre, que se determina a sí mismo. Este determinar-se-a-sí-mismo del Ser (Geist), exhibe la filosofía del derecho en sus particularidades históricas, en las formas de aparición temporales de lo eterno. Por eso el Estado es el más sublime grado de perfección de la eticidad, la realidad de la idea ética*”.

²⁴ WAGNER DE REYNA, *El privilegio de ser latinoamericano*, Córdoba, Alejandro Korn, 2002, p. 129.

²⁵ HABERMAS, “Conocimiento e interés” en *Ciencia y técnica como “ideología”*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, ps. 166/167.

²⁶ GHIRARDI, *Universo y creación*, Buenos Aires, Troquel, 1970, p. 12.

²⁷ HART, *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*. Estudio preliminar de César Rodríguez; Siglo del Hombre Editores, Colombia, Universidad de los Andes, 1997, ps. 20/21.

²⁸ CASAS, S.J., *Escritos breves*, Córdoba, 2002, p. 33.

²⁹ MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 166.

³⁰ HOLMES, Oliver W., *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 19.

³¹ HEIDEGGER, *La voz del camino*, notas y estudios de filosofía, Tucumán, 1951.

¿ES POSIBLE UNA MIRADA ANTROPOLÓGICA DEL CONTROL SOCIAL?

PATRICIA ELENA MESSIO

Sumario: I. Introducción. II. El control social. 1. Primera aproximación a la problemática. 2. Concepto y clasificación. 3. El control social interno. a) Los medios de comunicación. b) La norma de reciprocidad (explicación sociológica de la justicia conmutativa). c) El autocontrol. 4. El control social externo. a) El poder y la burocracia. b) El derecho como paradigma del control institucionalizado. 1 Elementos del derecho que ejercen el control social. 2 El sistema penal. III. La concepción del control social en los sistemas democráticos. 1. Marco conceptual. 2. Camino hacia una ética discursiva. 3. La moral y el derecho. 4. Condiciones procedimentales. 5. El derecho y la democracia deliberativa. IV. Lógica y sociedad. V. Referencias jurisprudenciales. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Abordar la temática del control social implica reconocer la necesidad de hacer interrogantes que significarán el planteo de cuestiones harto importantes para quienes somos contestes de la necesidad imperiosa, de reflexionar sobre las bases fundantes de una auténtica sociedad democrática.

¿A qué hacemos referencia con control social?, ¿existe un ente superior controlador del imaginario colectivo?, ¿cuáles son los mecanismos que consideramos valiosos para ejercer “control”?, ¿es el derecho el paradigma esencial del control?, ¿hacia qué tipo o especie de control estamos encaminados?, ¿debemos delinear nuestro perfil social en el campo de los mecanismos coactivos de control?, ¿cuál es nuestra aspiración como sociedad?, ¿qué valores estamos atribuyendo a la educación moral y jurídica como instrumento de “autocontrol”?, ¿existe una lógica del control social?, ¿somos conscientes de las responsabilidades sociales de los operadores jurídicos en el proceso de gestación de los modelos culturales y sociales?, ¿somos responsables de ello?

¡Cuántos interrogantes se ciernen y seguramente cuántos quedarán sin responder! Lo cierto es que vivimos en una sociedad un tanto convulsionada y apurada por llegar, pero... ¿adónde y cómo?...

II. El control social

1. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA

El estudio de los mecanismos de control social depende en forma directa de la concepción sobre el origen y naturaleza de las conductas desviadas sostenidas en una sociedad y en un tiempo determinados.

En las últimas décadas, se observa paulatinamente una redefinición de estas conductas, no ya sobre parámetros morales sino sobre bases médicas y científicas con el consiguiente reemplazo, o al menos reestructuración, de los mecanismos clásicos de control¹.

No obstante, el control social se presenta como un fenómeno más amplio, como una experiencia omnicomprendiva, que se evidencia desde el inicio de la socialización del sujeto, cuando nace la noción de individualidad y la identificación de las personas con su entorno humano, y contribuye, de este modo, a la armonía de la vida en relación.

Este artículo, procura sólo un acercamiento a la cuestión y se estructura en base a la clásica distinción entre control interno y control externo, que si bien no puede decirse libre de críticas, constituye el camino más sencillo para abordar la problemática.

2. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

La expresión control social fue popularizada por Ross (1901) y los primeros sociólogos norteamericanos (Mead, Thomas & Znaniecki, etc.); pero un entendimiento más crítico del concepto cobró ímpetu en las décadas de 1960 y 1970 de la mano del marxismo y feminismo, con sociólogos críticos de la visión funcionalista, especialmente de la creencia de que el orden y la estabilidad debían ser sólo observados y analizados sin mucha apreciación de sus efectos sobre grupos particulares².

Cierto es que el ámbito del control es amplísimo, y no siempre evidente. Así, los medios masivos de comunicación inducen pautas de conducta que son percibidas como formas de recreación más que de control³. Dicha amplitud conlleva una dificultad intrínseca en definir este fenómeno, o bien torna incompletas las definiciones existentes. Al mismo tiempo, la mayoría de los autores sobreentiende el concepto.

En general, los sociólogos se conforman con esbozar una clasificación distinguiendo entre control interno (Homans) o informal (Macionis, Fucito, etc.) y externo o formal. Gerlero, propone diferenciar entre control persuasivo, que es aquél que lleva a los hombres a conformarse con las pautas sociales utilizando la persuasión o la socialización a través de distintos agentes: familia, amigos, instituciones formales, medios de comunicación, etc.; y control coactivo⁴, efectivizado mediante la imposición de una serie de sanciones.

Por su parte, Zaffaroni ensaya una clasificación más elaborada, que distingue entre control difuso e institucionalizado, diferenciando, dentro de este último, al punitivo del no punitivo y señalando que el control punitivo puede ser formalmente punitivo (con discurso punitivo), o formalmente no punitivo (contar con un discurso no punitivo).

Agrega que el control social se vale de medios más o menos difusos y encubiertos hasta medios específicos y explícitos, y que la extensión y complejidad de este fenómeno (entendido en sentido amplio) demuestra el carácter autoritario o democrático de una sociedad, según se oriente en una u otra dirección⁵.

En principio, toda institución social, tiene una parte de control que es inherente a su esencia, aunque puede ser ampliada. Pero tal control no se limita a los contextos formalizados, incluso se evidencia sin la interacción de personas, ya que aun quienes están físicamente solos tienen en cuenta cuáles podrían ser las reacciones de los demás si se enteraran de su accionar. Por lo tanto, considero válida la definición de Shibutani, que entiende al control social como *referido al hecho de que la conducta humana se organiza en respuesta a las expectativas que se imputan a los demás*⁶, esto es, *la presión que la sociedad ejerce sobre sus miembros para obligarlos a seguir las pautas necesarias para la*

vida de la sociedad misma, siendo esta definición válida para el control formal como para el informal⁷.

3. EL CONTROL SOCIAL INTERNO

Los controles sociales informales pueden ser, en algunos sistemas culturales, mucho más poderosos que los formales, e incluso vencer a éstos en caso de conflicto. Es un control más efectivo que el control legal, porque existe mayor visibilidad de la desviación de las normas del grupo y, por lo tanto, más posibilidades de ser sancionado⁸.

En general, no se dan reglas sociales sin cierta coerción, es decir, sin la idea de que la observancia está ligada a una ventaja y la inobservancia a un daño. La eficacia de los controles informales derivan de su sanción, que se caracteriza por aplicarse de manera personal, teniendo en cuenta las habilidades, idiosincrasias y sentimientos de los individuos. Las leyes se aplican presumiblemente a todos por igual; las sanciones informales, por su parte, se excusan con mayor facilidad a los débiles que a los capaces de soportar una frustración⁹.

El control interno no se evidencia sólo cuando una norma social fue violada, sino mucho antes, ya que obliga a cada sujeto a predecir, de forma consciente o inconsciente, la posible sanción que pesará sobre su persona en virtud de la infracción. Por lo tanto, de los dos tipos de cambios que se dan en la vida diaria: los reales (materializados) y virtuales (imaginados), estos últimos son los más importantes a la hora de analizar la institución del control, ya que los miembros de un grupo obedecen a sus normas no sólo porque realmente las infringieron y fueron castigados, sino porque prevén las consecuencias en caso de desobediencia¹⁰.

Una sociedad organizada sobre bases racionales generales limita el ámbito primario de relaciones, ya que las reglas del grupo primario sacadas de su contexto son perniciosas para este tipo de sistemas, porque favorece el encubrimiento de cualquier desviación y puede, a su vez, dar lugar a posiciones extremas en las que aquellos que no integran el grupo son enemigos¹¹.

Una cultura adscriptiva y tradicional, por su parte, hará del cumplimiento de estas relaciones primarias lo más importante para el funcionamiento social¹².

a) Los medios de comunicación

Difícil es discernir la ubicación didáctica de los medios masivos de comunicación en cuanto respeta a la teoría del control social. Si bien se organizan como asociaciones, cosa que nos puede llevar a la confusión de ubicarlos dentro de un control institucionalizado, lo cierto es que debemos tener en cuenta su función antes que su estructura, mediante la cual ejercen un control difuso por antonomasia, con gran eficacia persuasiva.

Los medios de comunicación en sus diversas variantes, periódicos, radio, televisión, y las nuevas tecnologías desarrolladas recientemente, como internet, y las transmisiones vía satélite, han acentuado las modificaciones del contexto social en que vivimos, ensanchando los círculos de convivencia del hombre, y acortando distancias¹³.

Suelen asociarse únicamente con el entretenimiento. Sin embargo, es una visión parcial, ya que la comunicación de masas también se relaciona con otros muchos aspectos de nuestra

actividad social. Medios como los periódicos o la televisión tienen un gran peso en nuestras experiencias y en la opinión pública. Influyen sobremanera en nuestra forma de pensar y actuar en la vida cotidiana, cumpliendo, en definitiva, una tarea modeladora de conductas.

b) La norma de reciprocidad (explicación sociológica de la justicia conmutativa)

Uno de los ejemplos más patentes del control informal obedece a la regla de reciprocidad. Toda persona tiene un *status* y cumple un rol, es decir, se encuentra integrado dentro de una red de expectativas y obligaciones recíprocas que lo obligan a llevar a cabo ciertas actividades requeridas socialmente. Esto entretiene una red de relaciones, presente en todos los ámbitos de la vida, que constituye lo que Alvin Gouldner denomina *norma de reciprocidad*, que exige que la gente ayude a quien la ha ayudado y se cuide de molestar a aquéllos de quienes ha recibido beneficios. Esta norma se encuentra en todas las sociedades, aunque las obligaciones específicas son definidas de modo variado, según la cultura de que se trate ¹⁴.

La violación de la regla traería una serie de consecuencias con implicancias nefastas en la convivencia diaria. Si alguien no retribuye el favor recibido podría no obtener un nuevo favor en otra oportunidad, y como todo hombre necesita la ayuda del otro para llevar a cabo cualquier propósito, el control social opera manteniendo la equivalencia de favores de manera automática, casi espontánea.

La equivalencia de intercambio es también una expresión de amistad. Significa que cualquier desviación de la equivalencia entre los dos hombres producirá un detrimento en los sentimientos favorables del uno hacia el otro. El control, en este caso, es también espontáneo, ya que el no respeto a la equivalencia generará cierta sanción informal, aunque puede no ser suficientemente grande como para impedir el quiebre de la regla.

Cabe tener en cuenta que la eficacia del control de reciprocidad dependerá, por un lado, del *status* del individuo infractor. Si el culpable es un individuo cuya posición social es baja, lo que lo perjudica no es tanto la falta de cumplimiento de sus obligaciones, como el aumento cualitativo y cuantitativo del nivel de faltas con que ya cuenta. Por otro, depende de las oportunidades sociales y físicas para escapar de ese grupo, de ahí la gran eficacia del control social familiar ¹⁵.

c) El autocontrol

Bajo esta categoría se hace hincapié en que *toda conducta se orienta a la luz del modo en que uno mismo se imagina que es percibido por otros dentro de una misma tarea cooperativa*. Constituye un importante factor de control en la medida en que la posibilidad de elaborar autoimágenes permite a los individuos evaluar lo que están por hacer antes de realizar la acción. Esta posibilidad depende de la capacidad intelectual de las personas ¹⁶.

Mead, sostuvo que los seres humanos son capaces de controlarse a causa de su facultad para actuar con respecto a sí, de un modo similar a como actúan hacia otros seres humanos y como otros actúan hacia ellos ¹⁷. Pero uno es consciente de sí mismo sólo cuando aparece alguna tensión, cuando hay alguna incertidumbre relativa a las reacciones de los demás participantes respecto a su conducta, como cuando alguien actúa de una manera informal en

una ocasión que exige suma formalidad. Este autocontrol se evidencia incluso cuando las personas están solas¹⁸.

No significa esto que los hombres acepten las expectativas del grupo, pero sí que las tienen en cuenta. De hecho, cada uno desarrolla modos particulares de manejar estas disposiciones antisociales. Algunos inhiben el impulso para adecuarse al uso consuetudinario; otros, modifican parte del ambiente, para que el impulso pueda consumarse con mayor facilidad; y hay quienes se dejan llevar y se entregan al estímulo¹⁹. No obstante, planteado el control de esta manera, puede dar origen a una desviación de la conducta²⁰.

4. EL CONTROL SOCIAL EXTERNO

Este tipo de control emana de la necesidad de los hombres de situarse dentro de un grupo de relación más amplio, y aparece como corolario de la inmediata exigencia de reglar dichas relaciones para la mejor convivencia humana. En este plano, es correcta la distinción entre controles persuasivos y coactivos, sin olvidar de que un mismo instituto puede cumplir ambas finalidades.

Por control social externo entendemos, a los fines de este trabajo, aquellos mecanismos tendientes a contener y dirigir las conductas humanas fuera de los grupos denominados primarios, es decir, el control institucionalizado.

Desde el punto de vista histórico, aparece tardíamente. A medida que las sociedades aumentan su tamaño, actividades como la religión, la guerra y la promulgación de leyes se delegan, primero, en individuos especializados y luego, en organizaciones especializadas, pero la base original del control (informal) siempre persiste²¹.

La punición no es característica necesaria de esta clase de control, pero es conveniente considerar que muchas instituciones, pese a sostener un discurso no punitivo, actúan punitivamente²².

a) El poder y la burocracia

El poder, junto con sus medios: la burocracia y el derecho, son elementos claves para el entendimiento de las fuerzas controladoras de la sociedad.

Ya en la Edad Media, Maquiavelo reconoció la propia ética pragmática del poder, por la que los medios justifican los fines. No obstante, es necesario poner la nota en la conformidad hacia el mismo. Al respecto, Max Weber expresó que el poder precisa de la oportunidad de ser obedecido y aceptado, y es entonces cuando se hace legítimo²³.

Como elemento de control se nutre de diferentes caracteres; requiriendo concentración en manos minoritarias; connivencia de las diferentes esferas de poder; la generación de su propia legitimidad, haciendo creer que son los mismos ciudadanos los que deciden a través de él; una finalidad de atención y satisfacción de las necesidades sociales; y, como consecuencia, reconocimiento social, a partir del cual podrá hacer uso arbitrario de sus medios.

La burocracia, en tanto sirve a la implementación de un poder fuerte, integra un mecanismo de control. En la concepción de Weber, su expansión es inevitable en las sociedades modernas, ya que es el único modo de enfrentarse a las necesidades administrativas de los grandes sistemas sociales²⁴.

Dentro del tipo ideal de burocracia descrito por este autor cabe destacar la existencia de una clara jerarquía de autoridad, la necesidad de normas fijas que regulen la conducta de los funcionarios en todos los niveles de organización, y la circunstancia de que los miembros de estas organizaciones no son propietarios de los recursos materiales con los que operan. Por su parte, la doctrina cita los principios funcionales de la burocracia, como la generalidad, racionalidad, imparcialidad, eficacia e impersonalidad ²⁵. No obstante, es de notar que incluso en las organizaciones más rígidas hay una tendencia al desarrollo de redes informales ²⁶.

b) *El derecho como paradigma del control institucionalizado*

Derecho y control son dos ideas inseparables ²⁷. Al hablar de derecho nos referimos al que es creado por los órganos oficiales del Estado o, al menos, reconocido por ellos, que se erige como un instrumento del poder social, constituido por normas y leyes, vigentes y adecuadas a las circunstancias históricas ²⁸. No rechazamos al derecho viviente, pero circunscribimos sus efectos a la esfera del control informal ²⁹.

Para evitar la perturbación del sistema social, frente a un conflicto es de suma necesidad la puesta en marcha de estos mecanismos estabilizadores, que llevan el nombre genérico de control social ³⁰.

El mismo Pound, máximo exponente del realismo jurídico norteamericano, expresa que si los distintos significados del término derecho pueden unificarse, es por la idea de control social. El derecho es, entonces, una forma especializada de control, *una obra de ingeniería social* ³¹.

Parafraseando a Kholer, explica que el derecho no sólo es una vía de progreso hacia la civilización, sino que es un producto de ella. De ahí que debemos considerarlo de tres maneras: por lo que respecta al pasado, como un producto de la civilización; en cuanto al presente, como una forma para mantenerla; y por lo que se refiere al futuro, como el medio de incrementarla ³². Esto hace a la doble labor del orden jurídico: por un lado, crear valores nuevos que impulsen el desarrollo de los poderes humanos, pero sobre todo mantener los valores existentes, por medio los intrincados mecanismos de contralor.

Lo jurídico, como instrumento de control, cobra suma importancia en su faz persuasiva. *Si el hombre ordinario considera que el derecho sólo consiste en una serie de mandatos que le dirige el poder soberano, no cabe duda que obedecerá de mala gana; pero que si considera que el derecho es expresión de su propia voluntad y de la de sus conciudadanos, en tal caso, lo estimará como su bien más precioso ³³. Sin embargo, la dificultad de captar la realidad en normas abstractas, sumado a su constante evolución hacen del derecho un instrumento de eficacia limitada en la tarea de contralor.*

El derecho se presenta entonces como un orden normativo cierto, exigible, general, expansivo y uniforme ³⁴.

1. *Elementos del derecho que ejercen el control social*

Además de la función persuasiva también encontramos un control coactivo, esto es, aquel *cuyo incumplimiento acarrea sanciones impuestas coactivamente por órganos específicos del Estado*³⁵. La coercibilidad, compulsión potencial que protege la eficacia del derecho es, junto con las sanciones formales y las garantías legales, uno de los elementos del derecho en la tarea controladora³⁶.

Esta es una característica esencial del ordenamiento jurídico estatal, no siendo directa y puntualmente predicable de cada una de las normas que conjuntamente constituyen dicho ordenamiento. Carbonier, ha acotado la materia jurídica de una manera original, pero insuficiente a mi juicio. Identifica al derecho con lo justiciable, es derecho aquello que puede ser puesto en cuestión. La justiciabilidad es una nota próxima a la coercibilidad, porque podemos entender que algo es coercible precisamente porque puede ser sometido a juicio entendiendo la justiciabilidad en un sentido potencial. La coercibilidad se refiere al peso o presión de la ley que puede caer si el derecho es violado. Coercibilidad y justiciabilidad tienen un claro sentido social, ambos son instrumentos de la presión social del derecho.

A su vez, tienen gran trascendencia las sanciones estatales, que deben ser generales, proporcionales e imparciales, constituyendo el régimen penal la conclusión más acabada del sistema, sin olvidar que todo el ordenamiento jurídico es potencialmente coactivo y cuenta con las herramientas para asegurar su actuación efectiva. Estos medios cumplen, en particular, diferentes funciones, ya sean intimidatorias, represivas, retributivas, o rehabilitantes³⁷.

Por último, es indudable la relevancia de las garantías y otros factores que colaboran en la eficacia de las normas jurídicas.

2. El sistema penal

Los controles formales se hacen efectivos mediante funcionarios especiales, lo que nos permite identificar un control político, administrativo, jurisdiccional y fiscal³⁸.

Al control social punitivo institucionalizado, que es el formalmente punitivo, se lo llama sistema penal³⁹.

Sólo al Estado corresponde aplicar la fuerza física con vistas a mantener el orden y la conformidad, pero ve limitada sus sanciones potenciales a una gama reducida de actos prohibidos (tipos penales), por los que procura disuadir las conductas desviadas (delitos o no) directamente a través de la proscripción legal, o indirectamente por medio del refuerzo de las reglas establecidas. Mientras tanto, las infracciones privadas o no descubiertas permanecen sin castigo, con excepción de la ansiedad o el sentimiento de culpabilidad que pueden provocar (control informal)⁴⁰.

Actualmente, se evidencia en el derecho comparado una serie de críticas que tiene como principal blanco al sistema penitenciario, y a la eficacia para el cumplimiento de los fines que se le asignan. En un mundo cambiante, las instituciones totales (como las prisiones) se encuentran en crisis, y están siendo reestructuradas. La reclusión perfecta no deja de ser un modelo, mientras que la realidad penitenciaria (como los demás controles efectivos), es un ideal autodeformante⁴¹.

Cuando en el siglo XVIII pensadores como Beccaria, Bentham y Brissot cambiaron las bases fundamentales del derecho penal, el crimen dejó de ser un pecado para concebirse

como un daño social. El infractor se convirtió en un enemigo de la sociedad y, por lo tanto, debió ser castigado ⁴². Entonces, diversos métodos de protección social fueron considerados, pero privó el encarcelamiento como el más adecuado, pues a diferencia de los suplicios, se trató no ya de castigar las infracciones de los individuos, sino de corregir sus virtudes ⁴³.

Foucault, conceptúa el período así iniciado como la sociedad de vigilancia, cuyo prototipo más característico es el *Panóptico* de Bentham. *Vivimos en una sociedad donde impera el panoptismo. Este es una forma de saber que no se apoya en la indagación sino en un examen. No se trata de reconstruir un acontecimiento sino de vigilar, controlar y corregir. Vigilancia ejercida por un poder superior* ⁴⁴. El panoptismo se presenta como la idealización de la sociedad de contralor.

Este arquetipo trasciende hoy los límites del sistema penal, a través de los múltiples medios de vigilancia y control difusos, producto del desarrollo tecnológico de las últimas décadas. A esto, se suma el restablecimiento en algunos países de penas aleccionadoras, como sustitutivas del encarcelamiento y más eficaces en el cumplimiento de sus fines ⁴⁵.

III. La concepción del control social en los sistemas democráticos

1. MARCO CONCEPTUAL

En las sociedades democráticas modernas coexisten una pluralidad de concepciones morales acerca de lo que es bueno para las personas o las colectividades. Asegurar la convivencia, razonablemente pacífica entre ellas, es una de las tareas que constantemente se asumirá en el debate democrático.

El estudio del control social y sus manifestaciones y variantes se erige como un tema central en un sistema democrático que intente asegurar a los miembros de una sociedad, una coexistencia pacífica donde primen los valores de la libertad y dignidad personal.

La aplicación del concepto de “control social” varía según la tradición cultural y la connotación ideológica que se le imprima. En un sentido amplio, comprende cualquier acción que dentro de la sociedad tienda a ordenar el comportamiento de quienes la integran. Es una categoría relacionada con la generación de orden y consenso en una sociedad determinada. Producción de orden que no sólo abarca tanto una actividad preventiva, como reactiva ⁴⁶.

La idea de una *democracia deliberativa* ha abierto espacio en el pensamiento filosófico, político, sociológico y jurídico. Así lo demuestran algunos autores como J. Cohen ⁴⁷, James S. Fishkin ⁴⁸ y Carlos Santiago Nino ⁴⁹. A este esfuerzo se ha agregado Jürgen Habermas, sociólogo alemán que ha desarrollado la noción de política deliberativa y ha expuesto las consecuencias que de ella se derivan con el fin de enfrentar las carencias que expresan tanto el pensamiento liberal como el republicano cuando tratan de fundar el sistema democrático ⁵⁰ de acuerdo es señalado por Rodrigo Pineda Garfías (profesor de Teoría política y sociología del derecho en la Universidad del Mar) en su trabajo *La democracia deliberativa*.

En este sentido, la idea de “legitimidad democrática viene dada cuando las acciones, normas o instituciones que en ella se dictan pueden ser justificadas como tales dentro de un

proceso deliberativo. Este proceso deberá regirse por reglas tales como la libertad y la igualdad de las partes, y deberá igualmente estar guiado por el principio del mejor argumento y la exclusión de la coacción”⁵¹.

2. CAMINO HACIA UNA ÉTICA DISCURSIVA

Habermas, realiza una teoría general de la justicia. De acuerdo con ello, “el propósito de su ética discursiva es tan sólo reconstruir el punto de vista moral a partir del cual pueden zanjarse equitativa e imparcialmente cuestiones de derecho. Como ya he dicho, este punto de vista se ajusta, a semejanza de la ética de Kant, a lo que todos podrían querer que fuese obligatorio para todos por igual, pero cambia el marco referencial: antes lo era la conciencia moral kantiana, solitaria y reflexiva y, ahora, lo es la comunidad de sujetos morales que dialogan”⁵².

*Se sustituye así el imperativo categórico por un procedimiento de argumentación práctica dirigido a alcanzar acuerdos razonados entre quienes estén sujetos a las normas en cuestión*⁵³.

El Estado y la sociedad se encuentran en una relación compleja. Al interior de la sociedad existen no sólo individuos, sino que también numerosos grupos y cuerpos intermedios que poseen distintas visiones sobre lo que constituye la vida buena (diversas percepciones éticas). El resultado concreto es que ya no es posible la homogeneidad ética. La respuesta del desaliento, la alienación o el cinismo es una vía que algunos siguen. No obstante ello, quienes buscamos las respuestas para una integración que respete los logros de la modernidad, percibimos que ella sólo es posible en un régimen democrático. Evidentemente, también en un sistema democrático, la interacción puede venir dada por la lógica del sistema monetario o burocrático, que trata de reconducir a los integrantes de la sociedad según sus propias lógicas, o, en cambio, por el resultado del debate público y abierto sobre cuál es la forma de vida más justa para todos (diversas percepciones morales). En esta búsqueda es ya imposible volver a una fundamentación de tipo metafísico o religioso cuando esa unidad premoderna se ha perdido. De aquí resulta la necesidad de construir una visión común y flexible de la justicia constantemente sometida a cuestión y a dar razones de sus conclusiones que sirva como medida para garantizar la convivencia equitativa entre sujetos que integran una sociedad. Esta última opción, supone partir por una nueva definición del poder que dé cuenta de la dimensión comunicativa⁵⁴.

En una comunidad política, el gobierno no es un organismo externo y superior, sino que se compone de hombres a los que el pueblo ha conferido poderes para ejercer la autoridad en su nombre y a los que el pueblo está dispuesto a apoyar⁵⁵.

Esta manera de entender la actividad política llevará a concebir a la democracia fundada en la afirmación de que el “poder brota de la capacidad humana, no de actuar o hacer algo, sino de concertarse con los demás para actuar de común acuerdo con ellos”⁵⁶. Según lo cual, “el poder no es nunca propiedad de un individuo, sino que pertenece al grupo y se mantiene sólo en la medida en que el grupo permanezca unido... Sin el pueblo o el grupo no hay poder. Es, entonces, el apoyo del pueblo lo que otorga poder a las instituciones de un país y este apoyo no es sino la continuación del consentimiento que dotó de existencia a las leyes”⁵⁷.

Habermas es consciente de que siempre cabe la posibilidad de manejar el derecho mediante un empleo estratégico del poder. Este peligro existe cuando en la generación de las normas jurídicas se produce la intervención de los poderes fácticos o lo que él denomina *poder social*⁵⁸. En efecto, “la constitución recíproca de derecho y poder político funda entre ambos momentos una conexión que abre y perpetúa la *posibilidad latente de una instrumentalización del derecho al servicio de un empleo estratégico del poder*. La idea del Estado de derecho exige un movimiento contrario a ese, una organización del poder público que fuerce, a su vez, a la dominación política articulada en forma de derecho a *legitimarse recurriendo al derecho legítimamente establecido*”⁵⁹.

La aplicación de la noción de poder comunicativo tiene consecuencias desde la perspectiva del principio del discurso. Esas consecuencias apuntan a entender que la validez de toda clase de normas de acción depende del asentimiento de aquéllos que, como destinatarios de ellas, participan en discursos racionales. Esto tiene consecuencias tanto en los discursos morales como en los discursos jurídicos⁶⁰.

1. “Las cuestiones jurídicas y las cuestiones morales se refieren, ciertamente, a los mismos problemas: el de cómo ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y cómo solucionar consensualmente los conflictos de acción sobre el trasfondo de principios normativos y reglas intersubjetivamente reconocidos. Pero se refieren a los mismos problemas de forma distinta en ambos casos. Pese al común punto de referencia la moral y el derecho se distinguen *prima facie* en que la moral postradicional no representa más que una forma de saber cultural, mientras que el derecho cobra a la vez obligatoriedad en el plano institucional. El derecho no es sólo un sistema de símbolos, sino un sistema de acción”⁶¹.

2. Cuando el principio de discurso se aplica a normas de comportamiento que regulan interacciones simples en un círculo de destinatarios que en principio resulta indefinido, surgen cuestiones a las que responde un tipo de discurso, a saber, *la forma de argumentación moral*. Cuando el principio del discurso se aplica a *normas de acción* que pueden presentarse en *forma jurídica*, entran en juego cuestiones políticas de distintos tipos. A la lógica de estas cuestiones corresponde *distintos tipos de discurso y formas de negociación*⁶².

3. LA MORAL Y EL DERECHO

Aparece necesario distinguir el derecho de la moral; así, *en primer lugar*, y desde una perspectiva sociológica y “pese al común punto de referencia, *prima facie*, la moral postradicional no representa más que una forma de saber cultural, mientras que el derecho cobra a la vez obligatoriedad en el plano institucional. El derecho no es sólo un sistema de símbolos, sino un sistema de acción”⁶³.

En segundo lugar, si bien ambos -moral y derecho- comparten como principio fundador el que ambos se rigen por el principio del discurso, las “reglas jurídicas, a diferencia de las reglas morales, no norman interacciones posibles entre sujetos capaces de lenguaje y de acción en general, sino los contextos de interacción de una sociedad concreta. Las normas jurídicas provienen de resoluciones de un legislador histórico, se refieren a un ámbito jurídico geográficamente delimitado y al colectivo de miembros de

una comunidad jurídica, socialmente delimitado, y, por tanto, a un ámbito restringido de validez”⁶⁴.

En tercer lugar, si bien ambos regulan comportamientos, el “derecho no se agota en modo alguno en normas rectoras del comportamiento, sino que sirven a la organización y a la regulación y control del poder estatal. Funciona en el sentido de reglas constitutivas que no solamente garantizan la autonomía privada y pública, sino que generan instituciones estatales, procedimientos y competencias”⁶⁵.

En cuarto lugar, el derecho a diferencia de la moral viene condicionado por la forma jurídica que adquieren sus normas. Al efecto nos recuerda que “mientras que el principio moral se extiende a todas las normas de acción que sólo pueden justificarse con ayuda de argumentos morales, el principio democrático está cortado a la medida de normas jurídicas. Estas reglas no proceden de ese fondo de interacciones simples, más o menos cuasi naturales, con las que, por así decir, ya nos encontramos siempre ahí. La forma jurídica, *de la que estas normas están revestidas*, sólo se desarrolló en el curso de la evolución social. Frente a las reglas de interacción cuasi naturales que sólo pueden enjuiciarse desde el punto de vista moral, las normas jurídicas tienen un carácter artificial, constituyen una capa de normas de acción intencionalmente generada, reflexiva, es decir, aplicable a sí misma. De ahí que el principio democrático tenga no sólo que fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas, sino que tenga que regular y controlar también al propio medio que es el derecho”⁶⁶.

En quinto lugar, el derecho se distingue de la moral porque está dotado de coercitividad y otorga los medios de protección de “las libertades subjetivas de acción” pues la institucionalización del código que es el derecho “exige finalmente que se garanticen los procedimientos jurídicos por los que cada persona que se sienta menoscabada en sus derechos pueda hacer valer sus pretensiones”⁶⁷.

Actualmente, presenciamos la manifestación de un modelo ético flexible, indolora; una ética donde el cumplimiento no impone ninguna cuota de sacrificio, sino que está igualado a otros comportamientos que generan una cierta cuota de satisfacción, de distracción e incluso de goce. Adviértase el valor principal que asumen en esta construcción las nociones de felicidad, libertad y autonomía⁶⁸.

4. CONDICIONES PROCEDIMENTALES

Ahora bien, retomando el tema, existen ciertas condiciones formales o procedimentales que garantizan que nos encontramos en una deliberación que hace posibles entendimientos efectivos y sinceros y que, por ende, podemos considerarlos la fuente de una decisión política legítima⁶⁹.

Esas condiciones son: “*Primero, la libertad de las partes* para hablar y exponer sus distintos puntos de vista sin limitación alguna que pudiera bloquear la descripción y argumentación en torno a lo que debe hacerse. Gran cantidad de derechos y libertades típicos del liberalismo democrático cuidarían de este principio de libertad de las partes: libertad de expresión, de conciencia, etc.”⁷⁰.

Segundo, la igualdad de las partes de modo que sus concepciones y argumentos tengan el mismo peso en el proceso de discusión... También aquí el constitucionalismo liberal-democrático nos ofrece ejemplos de reglas destinadas a proteger la igualdad de las partes en

los procesos deliberativos: libertad de asociación, libertad de prensa, sufragio universal e igual, etc. Del mismo modo, los reglamentos que regulan instituciones deliberativas (el parlamento, por ejemplo) cuidan la igualdad de las partes al establecer las reglas que garanticen en los procesos de discusión⁷¹.

La tercera condición, se refiere a la estructura misma de la deliberación en común: *lo que debe imponerse en la discusión es la fuerza del mejor argumento* sin que sea posible acudir a la coacción o a la violencia como integrante de la misma. Por supuesto, lo que en cada momento histórico ha sido considerado como mejor argumento varía y se transforma, pero lo esencial aquí es que los participantes sean capaces de reconocer la fuerza de cada argumento de acuerdo con sus convicciones, creencias y valores no manipulados⁷².

La democracia deliberativa debe excluir, por lo tanto: (i) *la violencia como método de acción política*; (ii) *las negociaciones falsas*, y asimismo, (iii) *la primacía de los poderes sociales o fácticos que hacen prevalecer sus intereses en la sociedad obstaculizando una comunicación verdadera entre todos los miembros de ella*. Cuando una o más de estas circunstancias se presentan, el efecto es que se dictan normas que no cuentan con el asentimiento de los destinatarios de ellas y que perpetúan los problemas de legitimidad dentro de la sociedad⁷³.

Este modelo de democracia deliberativa enfrenta una *gran dificultad* que se encuentra en el hecho de que “en el mundo, las comunicaciones y decisiones ocupan sus propios segmentos de espacio y tiempo, consumen energía, requieren un gasto y costo en operaciones organizativas, etc. La selección de temas y contribuciones, al producirse bajo la presión ejercida por el tiempo y los plazos, causa además costes en términos de decisiones que debieron tomarse antes y que ahora llegan tarde. Asimismo, la producción y difusión del saber, orientadas en términos de división del trabajo, dan lugar a una distribución desigual de competencias y conocimientos. En esta distribución social del saber intervienen además los medios de comunicación con su propia selectividad. Las estructuras de la esfera pública reflejan inevitables asimetrías en lo concerniente a las informaciones de que se disponen, es decir, desiguales oportunidades de acceso a la producción, validación, regulación, control y presentación de mensajes. A estas restricciones sistémicas se añaden la desigual distribución debida a la contingencia de las capacidades individuales⁷⁴.

5. EL DERECHO Y LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

El derecho pasa a ocupar en este modelo un lugar fundamental, se transforma en una condición *sine qua non* para que la democracia deliberativa se exprese.

Expresión propia y de gran importancia del derecho, la encontramos en la sentencia jurisdiccional.

“El acto de sentenciar exterioriza el momento culminante de la función pública que el orden jurídico ha reservado de manera exclusiva e indelegable en el Poder Judicial [...] La sociedad en su conjunto reclama el efectivo cumplimiento del imperativo constitucional de afianzar la justicia”⁷⁵.

El pensamiento tiene sus reglas, así como la composición de la materia tiene sus elementos fundamentales. Es así como hay sólo ciertas y determinadas maneras de obrar (leyes de la praxis). Ambas categorías nos condicionan y mediante ellas pensamos y expresamos lo que pensamos⁷⁶.

Las leyes de pensamiento son leyes *a priori* que, independientemente de la experiencia, se presentan a nuestro raciocinio como necesarias, evidentes e indiscutibles cuando analizamos nuestros propios pensamientos. Estas leyes están constituidas por las leyes fundamentales de coherencia y derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Esto es de elemental conocimiento.

Se entiende por *coherencia* de los pensamientos, concordancia o conveniencia entre sus elementos, y por *derivación*, el que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado, salvo que se trate de un *principio*, es decir, de un juicio que no es derivado sino el punto de partida para otros. De la ley fundamental de coherencia se deducen los *principios formales de pensamiento*, a saber: a) *de identidad*: cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico-total o parcialmente -al concepto- predicado, el juicio es necesariamente verdadero; b) *de contradicción*: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos, es decir, uno de ellos es verdadero y ninguno otro es posible. A su vez, de la ley de derivación se extrae el principio lógico de *razón suficiente*, por el cual todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad ⁷⁷.

Los principios lógicos integran el orden constitucional porque ellos son preexistentes a toda ley positiva.

“Cuando leemos una sentencia judicial, no podemos evitar pensar en una estructura silogística de naturaleza práctico prudencial. Pero, a medida que calamos más hondo, se observa que en el proceso de razonamiento del juez, se utiliza todos los métodos de la lógica” ⁷⁸.

Los juristas están de acuerdo que la sentencia es obra de seres racionales que siguen leyes lógicas que no se pueden violar, so pena de caer en el error. Las leyes supremas del pensar, no pueden ser violadas. El esquema clasificatorio de errores *in procedendo* y de errores *in iudicando* no debe anteponerse a las leyes lógicas ⁷⁹.

Al tratar el aspecto de la logicidad del razonamiento judicial, no podemos desatender que al incursionar en un determinado terreno científico, éste debe resultar, en orden a su finalidad, operativo en lo social, en la conducta humana como objeto material e indiscutido del derecho; esto acontece desde el inicio mismo de cualquier tipo de argumentación, independientemente de su contenido y alcance ⁸⁰. En el seno de la sociedad, la argumentación tiende, además, de lograr la adhesión espiritual e intelectual, a mover a la acción. En todo caso, trata de canalizar las conductas en una dirección determinada. Y, como generalmente la premisa versa sobre una cuestión opinable, es menester fundamental la adhesión a ella, ya que la contraria puede ser igualmente defendible ⁸¹.

La teoría de la argumentación jurídica, alcanza la totalidad del acto sentencial.

Se ha llamado control de logicidad, el examen que realiza una corte de casación o un tribunal superior para conocer si el razonamiento que realizaron los jueces inferiores formalmente es correcto. Se quiere controlar el cumplimiento de las reglas que rigen el pensar ⁸².

Es de esta manera cómo el control social del poder jurisdiccional del Estado se manifiesta claramente en la sentencia, siendo así el centro de preocupación.

Finalmente, podríamos referirnos al derecho como un medio que descarga a la moral de las exigencias de integración social. En este sentido, una función importantísima del derecho para la sociedad sería garantizar la integración social apelando al principio del discurso.

El modelo de democracia deliberativa supone no sólo un poder comunicativo que opere como fuente de legitimidad de la autoridad pública, un espacio de deliberaciones y negociaciones equitativas que sirva para desenmascarar los momentos de fraude democrático y un orden jurídico que haga posible la expresión de ese poder contribuyendo, tanto a la integración sistémica y, por sobre todo, a la social, sino que además, requiere *una vida pública rica en manifestaciones*, que permita reaccionar frente a las interferencias del poder social que procura hacer un uso instrumental del derecho, con tal de proteger sus intereses y que está atenta a que los demás presupuestos de una democracia deliberativa se expresen ⁸³.

IV. Lógica y sociología ⁸⁴

La lógica, es una disciplina que está próxima a la sociología, a tal punto, que dos grandes teóricos, Tarde y Durkheim, se han ocupado de sus relaciones.

Hay dos posiciones extremas que pueden adoptarse en cuanto a la vinculación de la lógica y la sociología, una pretende tomar la lógica como un instrumento, y la otra, abordar el asunto de la lógica como un problema. Tarde, representa la posición de los que pretenden aclarar la sociología por la lógica, mientras que Durkheim, por el contrario, nos ofrece una teoría que pretende explicar por lo social, la naturaleza íntima del pensamiento lógico.

Tarde, sostiene que hay una lógica social, que al lado de la lógica individual existe una lógica del grupo, de la colectividad. La misión de la lógica social es poner de acuerdo entre sí los juicios de grupos diversos que se contradicen, se ratifican o se confirman. En definitiva, su objeto es la dirección de la creencia y el deseo.

Por otro lado, Durkheim sienta la tesis de que la lógica es un producto de la sociedad. Al estudiar los conceptos descubre que los caracteres de inmutabilidad y universalidad demuestran su origen social. La sociedad crea los conceptos y el individuo los adopta para su uso. Es decir, que son de carácter comunitario.

Las mismas categorías, como el tiempo, el espacio y el género, son eminentemente sociales. Las categorías tienen sentido en relación, no con el individuo, sino con el grupo mismo.

Durkheim se refiere a las sociedades civilizadas, no a las primitivas que tienen una mentalidad de carácter místico y prelógico, es decir, impermeable a la experiencia y extraña a los principios lógicos supremos.

Estos postulados, como el de identidad o de contradicción son reemplazados por otros, como el de la ley de participación. Las ciencias sociales suponen conocida la ciencia de la sociabilidad, que es su fundamento, como objeto de la sociología. La sociabilidad es el método, el medio, el instrumento o camino de las disciplinas sociales. Por lo tanto, forma parte de la lógica, es una lógica, la lógica de las ciencias sociales.

V. Referencias jurisprudenciales

Incluimos, una sintética pero informativa reseña jurisprudencial que versa sobre algunas de las cuestiones que fueran objeto de nuestro análisis.

1) Cámara Penal de Rosario, Sala 2ª, 30/8/1985, “Herrera, María del Carmen”, J.A., 1986-II-485. Cuando la calidad del bien jurídico atacado lo permite, su lesión no es grave y la infracción no hace estremecer la confianza institucional, ni exterioriza cierto grado de peligrosidad del agente, bueno sería permitir el funcionamiento de otros medios de control social sucedáneos de la pena. Esta sólo debería operar en graves conflictos de desviación, reservando a los demás mecanismos de control social -como la disuasión, la revocación de una relación laboral, la reparación de los perjuicios, etc.- la integración social y la justa solución del altercado. *(El vocablo control social es utilizado como medida alternativa a la pena para resolver casos de desviación social, cuando la lesión al bien jurídico tutelado lo permita por no ser grave, pues si así lo fuera, correspondería aplicar la pena como medio de contralor).*

2) C. Civ. y Com. Jujuy, Sala 1ª, 14/9/2001, “Comunidad Aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochino v. Provincia de Jujuy”, J.A., 2002-III-702. *(El vocablo control social es utilizado en cita de Lumia, Giuseppe, Principios de teoría e ideología del derecho)*, p. 13: “El conjunto de instrumentos y técnicas dirigidos a presionar sobre los individuos para obtener de ellos la conformidad de su comportamiento con ciertas reglas de conducta constituye lo que se llama control social. Los medios a través de los que se ejercita el control social son numerosos y dispares y van desde la negación del cariño por los padres a los hijos desobedientes, desde la desaprobación y el menosprecio, hasta la marginación, el linchamiento y la pena de muerte; pero no hay que olvidar que tal control [...] se realiza también de formas gratificantes, que van desde el aprecio del grupo hasta la concesión de especiales premios o beneficios”, Madrid, Debate, 1993. *(Se utiliza el vocablo en cuestión como instrumento dirigido a lograr sobre los determinados individuos de una comunidad, la conformidad de su comportamiento con las reglas de la misma, la actuación de acuerdo a las pautas preestablecidas, incluso a través de formas gratificantes).*

3) C.S.J.N., “Comunidad Homosexual Argentina v. Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas”, 22/11/1991. Resulta revelador, en este orden de ideas, que el propio informe de la Academia transcriba la opinión de Freedman y Kaplan, según la cual: “La categorización psiquiátrica del homosexual como afectado de psicopatología es fundamentalmente un reflejo de la desaprobación cultural, de forma que los psiquiatras actúen como agentes de *control social* con actividad etiquetadora” (fs. 20). *(El vocablo es utilizado en relación a la desaprobación cultural a la homosexualidad, mencionado sólo en el voto disidente del doctor Enrique Santiago Petracchi, que desestima la queja, pero hace lugar al recurso extraordinario con los alcances que surgen de la presente y se deja sin efecto la sentencia apelada. Esta desaprobación cultural de la homosexualidad, conlleva incluso el etiquetaje por parte de la psiquiatría para con el homosexual, considerándolo afectado de psicopatología. El fallo utiliza también indirectamente el vocablo, al referirse al hecho de que ante todo, no es dudoso que “... cuando la libertad de reunión o de asociación están en juego, la mera intolerancia o la animosidad no pueden servir de fundamento para una restricción según su opinión”).*

VI. Conclusión

Un mundo en rápida y constante ebullición, que nos lleva a dar respuestas vertiginosas que puedan acompañar las permanentes transformaciones, es aquél en el cual estamos inmersos.

Una sociedad cambiante y apremiante, que no nos da las treguas para pensar las respuestas, a generaciones que compiten con el tiempo y sus propios tiempos, para pertenecer a un sistema, (¿qué sistema?).

Y de repente reflexionamos sobre qué control debemos ejercer como sociedad pero con un pequeño y gran olvido de los lazos comunitarios que deben fundar una auténtica sociedad.

Muchos pensarán *sociedad utópica* es aquella que comienza a proyectarse desde la autenticidad de los vínculos, pues dirán no es lo que el *mundo moderno* nos permite.

¿Pero acaso los permisos no están en cada uno de nosotros? ¿No somos las personas capaces de exigir los conceptos de lealtad, unión, solidaridad, paz, justicia, como pilares básicos de nuestras vidas?

¿Debemos aspirar a conformarnos con un control represivo para encauzar nuestro futuro social, un control que se encuentre satisfecho con la cuantía de las penas ante la comisión de hechos disvaliosos?

No nos conforma pensar que la vida, el honor, la propiedad, de ser vulnerados serán tan sólo reprimidos.

Una sociedad comprometida a proteger los valores preciados antes de ser vulnerados debe ser la aspiración.

Erradicar la violencia y la corrupción será tan sólo un deseo, si no comprendemos que este largo proceso, implica comenzar a considerar al ser humano en su integralidad.

Apelar al amor como vínculo esencial de la relación humana no puede convertirse en signo de debilidad en una sociedad que parece exigir posturas rígidas e impermeables ante el otro. Transmitir optimismo y esperanza a quienes nos observan debe primar por sobre la frustración de situaciones pasadas.

Propender desde los pequeños y grandes ámbitos a la socialización en los valores, gestará una conciencia colectiva capaz y dispuesta espontáneamente a la edificación de una democracia responsable, seria y comprometida.

Deberemos despejarnos de discursos seductores, compenetrados con el egoísmo e individualismo, y tener la valentía de reconocernos en un proceso cultural lento, en el cual, cada uno de nosotros asumamos la responsabilidad de nuestros actos.

Permitirnos mirar al futuro social desde el compromiso y la responsabilidad moral impedirá el avance de una sociedad desesperanzada carente de proyectos y objetivos.

Dejo expreso mi reconocimiento al interés, compromiso y colaboración en esta temática, demostrado por los integrantes de la Cátedra A de Sociología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba: escribana Claudia Quirinali; ayudantes alumnos, Emiliano Blangero, Guillermo Juárez Burgos, María Eugenia Molardo Olocco, María Florencia Santi Feuillade y Valeria Stoffel.

VII. Bibliografía

ANDRUET, Armando S. (h), *Deontología del derecho*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2000.

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François, *Diccionario crítico de sociología*, Buenos Aires, Edicial, 1993.

CHINOY, Ely, *La sociedad: una introducción a la sociología*, México,, 1966.

- COHEN, *Deliberation and democratic legitimacy* en A. Hamlin y B. Pettit (Eds.), *The good polity*, Oxford,, 1989.
- DEL ÁGUILA, Rafael, “La política: el poder y la legitimidad” en *Manual de ciencia política*, Madrid, Trotta, 1997.
- DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Buenos Aires, Depalma, 1994.
- DELEUZE, Gilles, *La società del controllo*, original en *L'Autre Journal*, N° 1, mayo de 1990. Traducido al italiano por Giuseppe Caccia.
- FISHKIN, James S., *Democracy and deliberation: new directions for democratic reform*, New Haven, Yale University Press, 1991.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- FUCITO, Felipe, *Sociología del derecho*, Buenos Aires, Universidad, 1993.
- GERLERO, Mario, “La ley: del control al cambio social”, artículo inédito, www.saij.jus.gov.ar
- GHIRARDI, Olsen, *Lógica del proceso judicial*, Lerner, Córdoba, 1992.
- GHIRARDI, Olsen, L.L., 1984, t. 1, p. 1021.
- GIDDENS, Antony, *Sociología*, Madrid, Alianza, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 44, primer y segundo semestre de 1999, Valparaíso, Edeval, 2000.
- HOMANS, George, *El grupo humano*, Buenos Aires,, 1963.
- MACIONIS, John; PLUMMER, Ken, *Sociología*, Madrid, Prentice, 1999.
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *El mundo jurídico multidimensional*, Advocatus, Córdoba, 1998.
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.
- MCCARTHY, Thomas, *Constructivismo y reconstructivismos kantianos: Rawls y Habermas en diálogo* en José Antonio Gimbernat (Ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997.
- MESSIO, Patricia, “Efectos mediáticos en las decisiones judiciales”, en *El fenómeno jurídico*, Olsen Ghirardi (director), Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.
- MOREIRA, Manuel, *Antropología del control social*, Buenos Aires, Antropofagia, 2001.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- PAREKH, Bhikhu, *Pensadores políticos contemporáneos*, Madrid, Alianza, 1986.
- PINEDA GARFIAS, Rodrigo, *La democracia deliberativa*, <http://www.scielo.cl> Ius et praxis v.8 n2 Talca, 2002.
- POUND, Roscoe, *Historia del pensamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1950.
- POUND, Roscoe, *Justicia conforme a derecho*, México, Letras, 1965.
- POVIÑA, Alfredo, *Tratado de sociología*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- PUIG BRUTAU, José, “Estudio preliminar” en *Pound, Roscoe: historia del pensamiento jurídico*,,
- ROBLES, Gregorio, *Sociología del derecho*, Madrid, Civitas, 1993.
- RUEDA, Luis Roberto, *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Córdoba, Advocatus, 1999.
- SHIBUTANI, Tamotsu, *Sociedad y personalidad*, Buenos Aires,, 1971.
- SORIANO, Ramón, *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997.
- T.S.J., Acuerdo Extraordinario N° 6 serie “A”, 24/7/96.

VAN KRIEKEN, Robert, "The poverty of social control: explaining power in the historical sociology of the welfare state", *Sociological Review* 38(1), 1991: 1-25.

VES LOSADA, Alfredo, *La sociología del derecho: su temática actual*, en *Revista mexicana de sociología* N° 3, Instituto de investigaciones sociales, México, UNAM, 1967.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Manual de derecho penal. Parte General*, Buenos Aires,, 1996.

NOTAS

¹ Según Macionis y Plummer, la consecuencia de definir una conducta transgresora sobre pautas morales o médicas se evidencia en: quiénes responden, cómo se responde y cuál es la responsabilidad personal del transgresor. Quiénes responden: "*Si una transgresión se define en términos morales, es la gente de la calle o la policía los que van a intervenir, pero si esa misma transgresión recibe un término médico, el transgresor queda en manos de médicos, psiquiatras, terapeutas o psicólogos*". Cómo se responde: "*Si se entiende la transgresión en términos morales, el transgresor se convierte automáticamente en un infractor o un delincuente; en cualquier caso, alguien merece castigo. Pero si se define en términos médicos, el transgresor se convierte en un enfermo, esto es, alguien que, antes que un castigo, necesita un tratamiento*". Responsabilidad personal del transgresor: "*si se define la transgresión en términos morales, el transgresor debe cargar con el peso de la culpa. Pero si se entiende la transgresión en términos clínicos, por el contrario, se exime al individuo de toda (o parte) de la culpa...*" (Macionis, John; Plummer, Ken, *Sociología*, Madrid, Prentice- Hall, 1999, ps. 214-215).

² Confr. VAN KRIEKEN, Robert, "The poverty of social control: explaining power in the historical sociology of the welfare state", *Sociological Review* 38(1), 1991: 1-25.

³ Confr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Manual de derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 24.

⁴ GERLERO, Mario, "La ley: del control al cambio social", artículo inédito, publicado en www.saij.jus.gov.ar

⁵ Confr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, op. cit., p. 25.

⁶ Confr. SHIBUTANI, Tamotsu, *Sociedad y personalidad*, Buenos Aires, Paidós, 1971, p. 67.

⁷ Confr. GERLERO, Mario, op. cit..

⁸ Confr. FUCITO, Felipe; *Sociología del derecho*, Buenos Aires, Universidad, 1994, p. 278.

⁹ SHIBUTANI, Tamotsu, op. cit., ps. 393-394. El más común de este tipo de castigo se refiere a la actividad de la comunicación. El infractor es torturado con apodosos peyorativos y actitudes desdeñosas como miradas, risas, gestos despectivos y otras conductas que, generando un sentimiento de ridículo, socava la autoestima de las personas. Otras formas de sanción son la redefinición del infractor a través de los chismes, generalmente, referidos a detalles privados e íntimos, el aislamiento e incluso la violencia.

¹⁰ Confr. HOMANS, George, *El grupo humano*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 313.

¹¹ Confr. FUCITO, Felipe, ob. cit., p. 278.

¹² Confr., Felipe, ob. cit., p. 279.

¹³ Confr. MESSIO, Patricia, “Efectos mediáticos en las decisiones judiciales”, p. 113, en: *El fenómeno jurídico*, Dr. Olsen A. Ghirardi (director), Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.

¹⁴ Confr. CHINOY, Ely, *La sociedad, una introducción a la sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 360.

¹⁵ Confr. HOMANS, George, op. cit., ps. 307-310.

¹⁶ Confr. SHIBUTANI, Tamutsu, op. cit., ps. 92-94.

¹⁷ Así, alguien puede subestimarse, disculparse o alabarse del mismo modo que puede hacerlo con otro.

¹⁸ Confr. SHIBUTANI, Tamutsu, op. cit., p. 91. V.gr., si al regresar después de una fiesta uno se da cuenta de que ha comido demasiado, imagina lo que los demás deben estar pensando y ensaya lo que podría decir al día siguiente.

¹⁹ Confr. SHIBUTANI, Tamutsu, op. cit., ps. 185-190.

²⁰ Como cuando aquellos a quienes desagrada el alcohol se convierten en bebedores sociales para no desilusionar a un anfitrión. Según Sutherland, el proceso según el cual una conducta deviene desviada surge de una interacción estrecha, frecuente e intensa con quienes poseen normas desviadas en tal sentido.

²¹ Confr. HOMANS, George; op. cit., p. 305.

²² Confr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, op. cit., ps. 30-31. Es, por ejemplo, el caso de la psiquiatría.

²³ Confr. SORIANO, Ramón, *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 327 y ss..

²⁴ Confr. GIDDENS, Antony, *Sociología*, Madrid, Alianza, 2001, p. 373

²⁵ Confr. SORIANO, Ramón, op. cit., p. 327 y ss..

²⁶ Confr. GIDDENS, Antony, op. cit., p. 374.

²⁷ Quizás, la reticencia de los juristas del sistema continental a identificar al derecho como una vía de control social derive de que mientras en inglés control tiene un sentido positivo (controlar significa dominar), en francés y castellano la palabra tiene un sentido negativo. Controlar es vigilar y, eventualmente, impedir. (BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François, *Diccionario crítico de sociología*, Buenos Aires, Edicial, 1993, p. 143.

²⁸ Confr. MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Advocatus, 2003, p. 81.

²⁹ El derecho vivo es una realidad. No hace falta desviar la mirada para darse cuenta de las múltiples relaciones y la variedad de conflictos que se presentan en la vida cotidiana y que son solucionados por los hombres, no siempre según manda la ley, y ello no es suficiente para que los individuos creen que sus derechos individuales han sido menospreciados. Ves Losada expresa: “*Es indudable, y la experiencia así lo acredita, que el control social jurídico no puede abarcar en sus normas a la estructura social total, ya que buena parte de la misma ha sido institucionalizada de manera informal*”. (VES LOSADA, Alfredo, “La sociología del derecho, su temática actual”, *Revista Mexicana de Sociología del Derecho*, N° 3, México, 1967, p. 503. Cabe también hacer hincapié, en la gran incidencia de los subgrupos ilícitos de control.

³⁰ Confr. MARTÍNEZ PAZ, Fernando, op. cit., p. 83.

³¹ Confr. POUND, Roscoe, *Justicia conforme a derecho*, Letras, México, 1965, p. 43.

³² Confr. POUND, Roscoe, *Historia del pensamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1950, ps. 189-191.

³³ GOODHART, citado por Puig Brutau, José, “Estudio preliminar” en: POUND, Roscoe, *Historia del pensamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, ps. 33-34.

³⁴ Confr. SORIANO, Ramón, op. cit., ps. 339 y 340. Es cierto, en tanto necesita de claridad expresiva y publicidad; exigible o coercitivo, puesto que obliga su cumplimiento más que cualquier otro sistema normativo; general, en cuanto crea modelos regulares de conducta; expansivo, orientándose al abarcamiento de toda la materia social; y con clara tendencia a la uniformidad.

³⁵ Confr. GERLERO, Mario, op. cit..

³⁶ Confr. SORIANO, Ramón, op. cit., p. 342 y ss..

³⁷ Confr. ROBLES, Gregorio, *Sociología del derecho*, Madrid, Civitas, 1993, ps. 154 y 155.

³⁸ www.ocbf.gov.co/espanol/control-social.htm

³⁹ Confr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, op. cit., ps. 30-31.

⁴⁰ Confr. CHINOY, Ely, op. cit., ps. 361-362. Siguiendo a Zaffaroni, debe advertirse que el delito, en sentido genérico, sociológicamente no existe si se prescinde de la solución institucional común. No hay relación alguna entre una conducta fraudulenta y una violación, sino que son dos acciones con significado social completamente distinto, siendo su único punto común la previsión de esas conductas por la legislación penal.

⁴¹ Confr. DELEUZE, Gilles, *La società del controllo*, original en L'Autre Journal, N° 1, mayo de 1990. Traducido al italiano por Giuseppe Caccia Deleuze. A partir de la abolición de los suplicios, el derecho penal experimentó una fuerte evolución, desde instituciones de reclusión por tiempo indefinido, hasta modernas formas de castigo asemejadas a las sanciones informales.

⁴² Confr. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2000, ps. 92-94. Conforme las ideas de la época, el castigo podía materializarse de cuatro formas. Autores como Bentham y Beccaria sostuvieron la expulsión social. Otros, apoyaron la exclusión, es decir, un aislamiento moral, psicológico, a través de la humillación pública de quien cometió la infracción. La tercera forma de castigo es el trabajo forzado, la reparación de daño social. La cuarta pena consiste en hacer que el daño no se cometa nuevamente, la aplicación de la ley del talión. Estos métodos representaron un considerable avance respecto de las prácticas anteriores, basadas en los suplicios.

⁴³ Confr. FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 95.

⁴⁴ Confr. FOUCAULT, Michel, op. cit., ps. 98-99. El *Panóptico* es presentado como un sitio en forma de anillo, encerrando un patio y con una torre en el medio. El lugar se encontraba dividido en celdas que daban al exterior y al interior de la estructura, y en cada celda había alguien representando los objetivos de la institución (un niño aprendiendo a escribir, un obrero trabajando, etc.) En la torre central había un vigilante, que podía ver todo sin ser visto.

Ciencias como la psiquiatría, la psicología y la sociología que juegan un rol protagónico en la temática del control social encuentran su origen en esta utopía de vigilancia.

⁴⁵ Esta nueva práctica se evidenció sobre todo en países anglosajones. Se trata de ridiculizar al infractor como medida de escarmiento y para evitar la nueva comisión de una falta. Sólo es aplicable en casos de infracciones leves, y persigue sortear las consecuencias negativas del encarcelamiento. Se acerca sobremanera a las sanciones informales.

⁴⁶ Confr. MOREIRA, Manuel, *Antropología del control social*, Buenos Aires, Antropofagia, 2001, p. 17.

- ⁴⁷ Confr. COHEN, “Deliberation and democratic legitimacy” en A. Hamlin y B. Pettit (Eds.), *The good polity*, Oxford, 1989.
- ⁴⁸ Confr. FISHKIN, James S., *Democracy and deliberation: new directions for democratic reform*, New Haven, Yale University Press, 1991.
- ⁴⁹ Confr. NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997
- ⁵⁰ Confr. PINEDA GARFIAS, Rodrigo, *Consideraciones sobre la legitimidad en un orden político democrático. El aporte de Jürgen Habermas* en Revista de Ciencias Sociales, N° 44, primer y segundo semestre de 1999, Valparaíso, Edeval, 2000.
- ⁵¹ Confr. DEL ÁGUILA, Rafael, “La política: el poder y la legitimidad” en *Manual de ciencia política*, Madrid, Trotta, 1997, p. 32. Habermas, se refiere en detalle a este aspecto cuando expone los planteamientos de J. Cohen, “Deliberation and democratic legitimacy” en *Política deliberativa, un concepto procedimental de la democracia* en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 382.
- ⁵² Confr. MCCARTHY, Thomas, *Constructivismo y reconstructivismos kantianos: Rawls y Habermas en diálogo* en José Antonio Gimbernat (Ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997, ps. 38-39.
- ⁵³ Confr. MCCARTHY, Thomas, op. cit., ps. 38-39.
- ⁵⁴ Confr. PINEDA GARFIAS, Rodrigo, *La democracia deliberativa*, <http://www.scielo.cl> Ius et praxis v.8 n2 Talca, 2002, p. 5.
- ⁵⁵ Confr. PAREKH, Bhikhu, *Pensadores políticos contemporáneos*, Madrid, Alianza, 1986, p. 28.
- ⁵⁶ Confr. HABERMAS, Jürgen, en este sentido, cita a H. Arendt, *Facticidad y validez (sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*, 4ª ed., traducida por Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 215.
- ⁵⁷ Confr. DEL ÁGUILA, Rafael, op. cit., p. 30.
- ⁵⁸ Habermas, utiliza la expresión poder social para referirse a “*fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados*”.
- ⁵⁹ HABERMAS, Jürgen, ob. cit., p. 237.
- ⁶⁰ PINEDA GARFIAS, Rodrigo, *La democracia ...* cit., p. 8.
- ⁶¹ Confr. HABERMAS, Jürgen, op. cit., p. 172.
- ⁶² Confr. HABERMAS, Jürgen, op. cit..
- ⁶³ Confr. HABERMAS, Jürgen, op. cit..
- ⁶⁴ Confr. HABERMAS, Jürgen, op. cit., nota 17, p. 190. Esta misma idea está recogida en la p. 219 cuando se destaca que “mientras las reglas morales, al concentrarse en lo que es de interés de todos por igual, expresan una voluntad absolutamente general, las reglas jurídicas expresan también la voluntad particular de los miembros de una determinada comunidad jurídica”.
- ⁶⁵ Confr. HABERMAS, Jürgen, op. cit..
- ⁶⁶ Confr. HABERMAS, Jürgen, op. cit..

- ⁶⁷ Confr. HABERMAS, Jürgen, op. cit., p. 101.
- ⁶⁸ Confr. ANDRUET, Armando S. (h), *Deontología del derecho*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2000, ps. 11 y 21.
- ⁶⁹ Confr. PINEDA GARFIAS, Rodrigo, *La democracia ... cit.*, p. 11.
- ⁷⁰ Confr. DEL ÁGUILA, Rafael, ob. cit., p. 36.
- ⁷¹ Confr. PINEDA GARFIAS, Rodrigo, “*La democracia ... cit.*”, p. 11.
- ⁷² Confr. DEL ÁGUILA, Rafael, ob. cit., p. 34.
- ⁷³ Confr. DEL ÁGUILA, Rafael, ob. cit., p. 12.
- ⁷⁴ Confr. DEL ÁGUILA, Rafael, ob. cit., p. 12.
- ⁷⁵ T.S.J., Acuerdo Extraordinario N° 6, serie “A”, 24/7/96.
- ⁷⁶ Confr. GHIRARDI, Olsen, L.L., 1984, t. 1, p. 1022.
- ⁷⁷ Confr. DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 154-155.
- ⁷⁸ Confr. GHIRARDI, Olsen, L.L. cit., p. 1022.
- ⁷⁹ Confr. GHIRARDI, Olsen, ob. cit., p. 1023.
- ⁸⁰ Confr. RUEDA, Luis Roberto, *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Advocatus, Córdoba, 1999, p. 74.
- ⁸¹ GHIRARDI, Olsen, *Lógica del proceso judicial*, Lerner, Córdoba, 1992, p. 43.
- ⁸² Confr. GHIRARDI, Olsen, L.L. cit., p. 1025.
- ⁸³ Confr. PINEDA GARFIAS, Rodrigo, “*La democracia ... cit.*”, p. 24.
- ⁸⁴ POVIÑA, Alfredo, *Tratado de sociología*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 84 y ss..

**LECCIONES DE EPISTEMOLOGÍA. ALGUNAS CUESTIONES
EPISTEMOLÓGICAS DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS,**

de Ariel ÁLVAREZ GARDIOL,

Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2004, 214 ps..

1. En este confuso mundo en que vivimos es difícil formular definiciones y, si uno lo hace, más difícil es defenderlas. Los límites y las fronteras ya no marcan esferas perfectamente claras y estables. Así ocurre en muchos órdenes y el problema no deja de observarse en el ámbito científico. Hace unos pocos años, Claude Tresmontant me decía, en París, en su departamento cercano a la Sorbona:

- “Cuando yo me retire o fallezca, ¿quién enseñará Metafísica?”.

Y hoy, que ha fallecido, véase quién y cómo enseña Metafísica. Cabe preguntarse: “¿Es Metafísica todavía?”.

Me atrevería a decir que, en la actualidad, existen en el orden filosófico -salvo los sistemas tradicionales que conservan sus sostenedores- solamente dos corrientes: la *desfilosofía* y la *epistemología*. La primera, se dirige en dirección inversa de la que siempre tuvo la filosofía y *desconstruye* -¿se dice así?- lo que ésta ha construido a lo largo de los siglos. La segunda, si bien ha quedado única y firme, realiza una labor de permanente crítica del conocimiento científico. Hoy los “agujeros negros”, agujeros “sin bordes”, de la Astronomía y otras concepciones semejantes son, como lo fueron los “mitos” de Platón, imágenes de fantasía, sin posibilidad -valga la paradoja- de imaginarlas, y no sólo eso: resulta imposible probar su existencia.

Todo está cuestionado. El hombre -¿acaso por aburrimiento?- prefiere negar y -cuando afirma- según sostienen algunos, sólo *crea que cree*.

Por eso, la Epistemología -dentro de su vertiente- ha venido a salvar un campo ancho y profundo, y sumamente fértil, para proporcionar una palestra aun adecuada a las disquisiciones del pensamiento humano. Pero, para que las cosas no sean fáciles, hay dos concepciones diferentes de la Epistemología: los angloamericanos la entienden -dicho muy brevemente- como la aptitud de la razón humana para conocer las cosas; la otra, en su versión más tradicional y afín a nuestra sensibilidad latina, es una reflexión crítica acerca del conocer, lo conocido y los métodos para llegar al conocimiento. Debiera agregar, que, en este último caso, los problemas son planteados en la perspectiva del devenir histórico. Sin ánimo lúgubre, podría incluso añadir aun que, en cada caso, una visita al cementerio de las teorías es casi obligatoria. (Acerca de los dos sentidos de la voz *Epistemología*, consultar nuestra colaboración en *The Philosophie of Law - An Encyclopedia*, 1999, New York and London, t. I, p. 261).

2. La obra de Ariel Alvarez Gardiol pertenece a la segunda concepción señalada. No es frecuente un esfuerzo de esta naturaleza y, podría afirmarlo, sin temor a una equivocación grosera, que, en este sentido, es la primera obra en la bibliografía argentina. En el extranjero conozco, especialmente, la de Christian Atias, en lengua francesa, profesor de la Universidad de Aix-en-Provence.

Es cierto que, ordinariamente, nos encontramos con incursiones de tipo epistemológico, pero no con obras dedicadas exclusivamente a las cuestiones epistemológicas.

Por otra parte, después de leer el prólogo del jurista Luis O. Andorno, sólo restaría decir:

- “Después de semejante prólogo, huelga toda recensión”.

En verdad, Andorno es un civilista de excepción. Es el hombre que, con un bisturí cuidadosamente bien afilado, separa todo lo separable y examina todo lo examinable. Nada se puede añadir, luego de su paso.

Por cierto, lo dicho no es un eximente para cerrar aquí todo comentario.

Celebro enormemente que Alvarez Gardiol haya decidido publicar sus clases sobre estos temas. Por un lado, ilustra a sus colegas abogados, que mucho necesitan reflexionar acerca de esos temas; por otro, lleva al conocimiento de los restantes estudiosos de las comunidades científicas, pero no hombres de derecho, las vicisitudes que hacen penar a los juristas y las particularidades de esta disciplina que los tiene a mal traer.

Y, yendo más al grano, también celebro que Alvarez Gardiol, desde el mismo título del libro, nos hable de “cuestiones *epistemológicas*” y no de “cuestiones *epistémicas*”. Revela con ello, sensatamente, que no quiere vaciar el término de toda significación filosófica, sin advertencia alguna, como, ocurre en muchos casos en nuestros días, descuido en el que yo mismo he caído. El vocablo “epistemología” conserva todo el rancio sabor del idioma griego, que tiene su raíz en el *logos* y le da jerarquía filosófica. Por el contrario, el vocablo “epistémico”, ha sido vaciado de significación filosófica y evoca simplemente a la “ciencia”, consumando la labor *desfilosófica*, tan cara a las actitudes que abominan de la necesidad de un pensamiento profundo y sorprenden, sin aviso, especialmente, a las mentes jóvenes o ingenuas.

Por otra parte, también celebro que la segunda parte de la obra se abra con el problema de la situación científica del derecho, y el tratamiento de su objeto y su método.

He escrito por ahí que los abogados y los juristas confunden a menudo “el derecho” con la “ciencia del derecho”. Debo confesar que, en algunos trabajos más antiguos, yo mismo he incurrido también en esa confusión.

Y esto se explica -no se justifica- por la característica de las disciplinas jurídicas. No he encontrado en los físicos, físico alguno que confunda los “cuerpos, la materia” con el “estudio científico de ellos”; esto es, el *objeto* de la ciencia con la *ciencia* del objeto. En el orden jurídico, empleamos comúnmente los vocablos “derecho” y “ciencia del derecho”, sin prevenir al lector o al oyente de qué estamos tratando. Lo comprendo: en el caso de los físicos, los cuerpos están ahí, con toda su materialidad tangible y expuestos a los sentidos del estudioso; lo que decimos, científicamente acerca de ellos, es claramente diferente de ellos mismos. Por su parte, ¿a qué hace referencia el vocablo “derecho”?

Si se me dice: Señale usted un cuerpo, indico la luna, el sol, una piedra. Ahora señale usted un derecho: ¿debo indicar una norma, un valor, una conducta?

Y aquí está el *busilis*. Mi amigo Ariel lo ha visto con claridad. En la p. 138 ha dicho: “Pocas disciplinas científicas debe haber, acaso ninguna, en la cual el *objeto propio* (la bastardilla es mía) de ella haya sido motivo de opinión divergente”.

Es la pura verdad. Yo más bien diría que no existe *ninguna disciplina*, al menos en este mundo terreno, que muestre esta desastrosa y desconcertante conclusión: *los juristas no están de acuerdo entre sí acerca del objeto propio de la ciencia que cultivan*.

El famoso Piaget -lo he puesto de relieve en un artículo reciente- se ha manifestado horrorizado: los juristas parecen no saber de qué trata la ciencia jurídica. Después de alguna cita de Kelsen, con rápida diligencia Jean Piaget nos dice que la disciplina jurídica (no emplea el vocablo ciencia) “es un mundo aparte” (*Logique de la connaissance scientifique*, París, Gallimard, 1967). Y en ese libro colectivo de más de mil páginas, apenas

condesciende a dedicar a este problema una página y media. Prefiere dejar en la estacada a tan complicados estudiosos.

Así, como al pasar, he apenas aludido a algún problema que desvela a los juristas que se acercan a la Epistemología.

Me queda sólo recomendar la lectura de esta obra que, en una edición muy cuidada, la secretaría de extensión universitaria de la Universidad Nacional del Litoral ha dado a luz.

Se señala una buena bibliografía.

Olsen A. Ghirardi

LA VALIDEZ DEL DERECHO,

Carlos Enrique PETTORUTI,

Buenos Aires, La Ley, 2004, 82 + XIV ps.

Mucho me complace hacer conocer mediante esta recensión una obra de un iusfilósofo, aun joven, que tiene un bien ganado prestigio entre la comunidad de especialistas de nuestro país.

El Dr. Carlos Enrique Pettoruti ha dedicado su esfuerzo a uno de los problemas que ciertas direcciones del pensamiento iusfilosófico moderno han erigido como preocupación relevante: es el tema de la *validez* del derecho.

El autor, luego de una noticia preliminar (páginas numeradas XI y XII) hace conocer el índice (páginas XIII y XIV) y con él el desarrollo de las vertientes principales de la obra.

El primer capítulo trata del “hombre y las normas”. Un buen comienzo es el tema del hombre. Sin éste, sin una Antropología que despliegue su presencia, se torna sin sustento la ciencia jurídica. Y, por otra parte, las “normas” señalan que la conducta *reglada* del hombre es el objeto de la ciencia jurídica. En consecuencia, se abre la temática tratando acerca de las normas y de la necesidad de prever la conducta humana, con lo cual desembocamos necesariamente en el estudio de lo que es el derecho y cuáles son los fines.

El segundo capítulo demuestra que el autor, profundizando la cuestión, se siente en el deber espiritual de poner de relieve “el fundamento de la normatividad”. Ello me recuerda la pregunta de Heidegger: “¿Por qué hay más bien ente y no nada?”. Aquí el autor se pregunta: “¿Por qué hay normas?”. “¿Acaso, el hombre no podría vivir sin normas?”.

Luego, vienen las respuestas: la de las corrientes iusnaturalistas y la del positivismo. El autor, ante el dilema, aventura una tercera: la visión integral.

El tercer capítulo, tiene que ver con el origen y la necesidad del vocablo que genera la cuestión: la “idea de validez normativa”. Con muy buen criterio se analiza primero el concepto de validez para, luego, profundizar el tema desde tres horizontes del concepto de validez que se revelan como tres criterios diferentes: nuevamente tenemos aquí el iusnaturalismo, el positivismo y, ahora también, el realismo jurídico.

Y, para adentrarse en la profundidad de estos problemas, con aristas abstrusas, el capítulo cuarto nos interna en la existencia de la realidad jurídica, cuya característica mayor es su complejidad en la vida actual. En consecuencia, se hace menester, en esa dimensión, valorar actos y hechos, conductas y fines, para establecer válidamente una escala de valores, para ajustar las circunstancias según la realidad y lograr una adecuada eficacia del sistema.

Por último, en el quinto capítulo, Pettoruti trata de concretar una noción sincrética de *validez*, denominándola “idea de validez integral”. Como visión preliminar nos habla de las dimensiones de la validez, para luego referirse a una perspectiva lógica como dimensión instrumental y a una valorativa como dimensión teleológica. Finalmente, la actitud final se resume como “proceso de refundamentación del orden jurídico”.

Concluye el volumen con una buena bibliografía y un índice de autores citados.

Debe destacarse que se trata de una cuidada edición de *La Ley (colección académica)*.

Olsen A. Ghirardi

LA GENERACIÓN DEL 37 EN EL RÍO DE LA PLATA,

Olsen A. GHIRARDI,

Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004.

Quienes nos hemos formado en la historia patria y en la ciencia política, leemos con deleite este nuevo libro del autor, Presidente de la Academia, que hace tiempo reflexiona sobre la Escuela del Salón Literario de 1837, la revista “La Moda”, “El Iniciador” de Montevideo y la influencia italiana en la generación del 37.

Pocas iniciativas más creativas han tenido nuestros próceres que el Salón Literario, que echó las raíces de nuestra conformación política y social. Los autores franceses, el compromiso profundo de Echeverría y los demás con la Patria acuciada por la tiranía de Rosas, la amistad generacional, todo contribuyó a esta historia que, a veces, nos sigue sorprendiendo. Antes de la emigración, los del Salón Literario en 1837 preconizaban un nuevo partido. Léase lo que Echeverría escribió que parece para nuestro tiempo. “*La lógica de nuestra historia, está pidiendo la existencia de un partido nuevo, cuya misión es adoptar lo que hay de legítimo en uno y otro partido, y consagrarse en encontrar la solución pacífica de todos nuestros problemas sociales, con la clave de una síntesis alta, más nacional y más completa que la suya, que satisfaciendo todas las necesidades legítimas las abraza y las funda en una unidad. Ese partido nuevo no pueden representarlo sino las generaciones nuevas...*”

Los frutos de la Escuela nos llevan a Caseros, y luego a la Constitución Nacional.

Dejo suponer al lector los otros capítulos del libro: “El Iniciador” de Montevideo, después del “Iniciador” y sabiendo que esta nota no está a la altura del libro, me detengo en la reflexión final. Destaca la necesidad de examinar su acción en conjunto, como escuela de pensamiento, en su finalidad que es la organización nacional. Y destaca que en el siglo XIX, la Argentina tuvo tres generaciones meritorias: la de 1810, la de 1837 y la de 1880. La pregunta final del autor es la nuestra: “¿Qué generaciones dignas de mención tuvo el siglo XX? ¿Saldremos del marasmo social y político en el siglo XXI?”.

El libro merece comentarios más extensos y profundos. El mío es suscitado por la admiración.

Pedro J. Frías

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
(República Argentina)
<http://www.acader.unc.edu.ar>

Se terminó de imprimir en Editorial Advocatus, en el mes de diciembre de 2004.

