

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

FORMAS Y EVOLUCIÓN
DEL RAZONAR JUDICIAL

OLSEN A. GHIRARDI
DIRECTOR

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

FORMAS Y EVOLUCIÓN DEL RAZONAR JUDICIAL

EL DERECHO, LA LÓGICA Y LA EXPERIENCIA
EN EL *COMMON LAW* INGLÉS
Olsen A. GHIRARDI

RAZONAMIENTO FORENSE Y REGLAS
DE LA SANA CRÍTICA RACIONAL
Armando S. ANDRUET (h)

LAS CUESTIONES DE HECHO Y PRUEBA SON AJENAS A LA CASACIÓN
(¿UN TÓPICO QUE DEBE ABANDONARSE?)
Raúl E. FERNÁNDEZ

LA INTERPRETACIÓN LEGAL
por Rolando Oscar GUADAGNA

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y
UN NUEVO DISEÑO DE LA CASACIÓN PENAL
por Luis Roberto RUEDA

DERECHO Y CAMBIO SOCIAL. CONDICIONAMIENTOS MUTUOS
por Patricia Elena MESSIO

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA
Instituto de Filosofía del Derecho

Córdoba
2005

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Filosofía del Derecho de la
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*

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

Volumen 8

Formas y evolución del razonar judicial - 1a ed.
Córdoba : Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Córdoba, 2006.

189 p. ; 23x16 cm.
ISBN 987-1123-29-9

1. Razonamiento Judicial.
CDD 347.012
Fecha de catalogación: 16/02/2006

Las opiniones vertidas en los distintos artículos son de exclusiva responsabilidad de sus
autores

*Copyright Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba
Impreso en la Argentina
Queda hecho el depósito que prevé la ley 11.723
E-mail: acader@arnet.com.ar
www.acader.unc.edu.ar*

MIEMBROS DEL INSTITUTO DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y

CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

DIRECTOR:

Olsen A. GHIRARDI

SECRETARIO:

Armando S. Andruet (h)

MIEMBROS TITULARES

Luis Roberto RUEDA

Raúl Eduardo FERNÁNDEZ

Patricia Elena MESSIO

Rolando GUADAGNA

MIEMBROS INVITADOS

María del Pilar HIRUELA

Marina RIBA

Jorge BARBARÁ

José D'ANTONA

PRÓLOGO

En este octavo volumen que publica nuestro Instituto de Filosofía del Derecho perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, nos ocuparemos de una aproximación al tema de las *Formas y evolución del razonar judicial*.

Quienes han leído los volúmenes anteriores de esta publicación anual, han podido comprobar que el tema que versa sobre el razonamiento judicial, que se extiende, por cierto, al ámbito forense en general, ha sido nuestra preocupación fundamental. La riquísima temática ha alimentado nuestra aspiración y hemos centrado nuestra atención sobre diversas aristas de las cuestiones que la experiencia de la vida que rodea al foro puede mostrar.

Hoy, en este modesto ejemplar que ofrecemos a la lectura, nos encontramos en algunos de nuestros artículos, con una faceta que el reciente pasado y la perspectiva futura ponen sobre el tapete: los sistemas jurídicos no son estáticos, como no lo son totalmente tampoco las *formas del razonar judicial*. Ya sea por el impulso de lo que se llama ordinariamente la *globalización*, aunque nos agrada más -siguiendo a Teilhard de Chardin- utilizar el vocablo *planetización*, o por el propio cambio evolutivo de los temas y las cosas mismas, nada es realmente estático. Una jurista francesa en la traducción inglesa de su obra -lo que nos alerta acerca de su profundidad e importancia- expresa que nuestra cultura avanza hacia “*un verdadero y real derecho común*” universal. Nos referimos a Mireille Delmas-Marty y su obra titulada *Towards a Truly Common Law -Europe Laboratory for Legal Pluralism-* (Cambridge, University Press, 2002).

Si bien se mira, nada tiene de extraño todo esto, ya que si marchamos hacia una “*planetización*”, el orden jurídico debe quedar implicado como el que más.

Naturalmente, esto tiene más de un cariz. Casi inútil resultará afirmar que el sistema del *common law* se ofrece como el sistema básico para afrontar el futuro. El desarrollo técnico, el relieve cultural de los pueblos de habla inglesa y el poder que ejercen en el mundo, configuran la opción más impresionante. Pero, por otra parte, las comunidades regionales de otros países claramente desarrollados y los nacionalismos siempre presentes, ofrecerán una dura competencia y harán -no lo dudamos- un aporte nada despreciable.

De cualquier manera, los jueces de la Europa continental, resolviendo cuestiones novedosas, avanzan también hacia soluciones que, en una esfera estrecha y recíprocamente comunicada, permiten avizorar e imitar actitudes por encima de las tenues líneas fronterizas.

No queremos arriesgar pronósticos a la manera de Francesco Galgano (*La globalización en el espejo del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005), porque, en ocasiones, los imprevistos fulminan las más excelsas fantasías. Sin embargo, con alguna piedra fundamental y pequeños y multiplicados aportes de aquí y de allá, es muy posible que el magno concierto pergeñe su sinfonía universal o, al menos, madure en grandes regiones del planeta.

Centrando, ahora, la atención en este número, presentamos un primer artículo que analiza el tema del *common law inglés*, dentro del marco del “*derecho, la lógica y la experiencia*”. Ahí se analiza la relativa pero importante influencia del Derecho Romano en el nacimiento del derecho inglés; las costumbres de los pueblos autóctonos e invasores nórdicos; la posterior conformación del *common law* -verdadero aglutinante con vertiente política- de la diversidad de los habitantes; la doctrina del precedente como su rasgo más sobresaliente; la firme y muy pregonada obligatoriedad

de ese cariz; la sobreviniente flexibilidad de la obligatoriedad del precedente y su incumplimiento extraordinario; la aplicación del *statute law* en la judicatura escocesa; y, por último, la proliferación legislativa al margen de la actividad de los jueces creadores de derecho.

A su vez, Armando Andruet, en un extenso artículo, realiza una incursión, aguda y pormenorizada acerca de las “Reglas de la sana crítica racional”, con el aporte de una valiosa bibliografía respecto de este tema que, generalmente, es tratado de manera ocasional, no obstante su frecuente mención en fallos y obras doctrinarias. Desde la equivocidad que porta su denominación, pasando por su plural significado y la lógica preocupación por establecer su esencia, en un avance meticuloso y enriquecedor, se llega a tratar la estructura que lo caracteriza. Luego de analizar la función de la regla de la experiencia, se concluye con un expresivo examen de la jurisprudencia acerca de la cuestión en el seno del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, signo de un fecundo y completo aporte que será de verdadera utilidad para los juristas y los profesionales del derecho, amén de ser un rico capítulo para la ciencia jurídica.

Raúl Fernández se ha sentido motivado por un tema que en la actualidad ha originado una serie de trabajos, pues se ha conmovido el ambiente judicial con una sentencia en materia penal. De ahí el título: “Las cuestiones de hecho y prueba son ajenas a la casación”, complementado con la pregunta: “¿un tópico que debe abandonarse?”.

Después de interrogarse acerca de qué debe entenderse por el vocablo “tópico”, cuya mención hace inevitable la cita de Aristóteles, entra al tratamiento del problema y expresa, como conclusión, la esperanza de que se produzca la adecuación legislativa; mientras tanto el recurso de casación nacional permite “un control pleno de la decisión recurrida, con el único límite de los datos probatorios derivados de la inmediación y que no consten en las actuaciones judiciales”.

La “interpretación legal” es materia de permanentes e inacabables estudios. Rolando Oscar Guadagna acomete la tarea de decirnos algo más al respecto. Centra el problema de la interpretación en el razonamiento “práctico-prudencial” y se preocupa por encontrar “un adecuado ajuste entre la generalidad y la rigidez de la ley en general” y “las diferencias que existen y los cambios que se producen en una sociedad compleja y cambiante”.

Completa el artículo con la realidad jurídica simplificada en la clasificación de casos fáciles, difíciles y mutantes. Una bibliografía sirve de colofón.

El caso *Casal*, que originó el conocido fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, halla nuevamente tratamiento en este volumen, esta vez debido al artículo de Luis Roberto Rueda, que acomete la tarea de recordar brevemente la historia de la cuestión en materia casatoria. Pulsa, además, el impacto que la nueva doctrina ha producido en los medios especializados y en el seno de la sociedad. Poco o nada se exime de ser revisado, desde ahora, en la casación. Los problemas se ubican en el margen que se muestra al análisis en la ampliación de las causales del recurso efectuado por esta jurisprudencia, prescindiendo de la intervención siempre probable de la actividad legislativa.

El área no revisable queda así muy reducida y limitada a lo que surja en forma directa y únicamente de la inmediación. Su determinación clara es lo que preocupa al autor.

Finalmente, Patricia Messio se explaya en el estudio del “derecho y el cambio social”, en sus respectivos “condicionamientos mutuos”. Es un tema siempre actual. La autora va en pos del concepto de cambio social, no olvida la impronta del tiempo y repasa sus caracteres. Luego, incursiona por las actitudes teóricas, progresa en su avance al encuentro de lo ocurrido en el devenir histórico, para concluir afirmando que la mutación social es constante y cada vez más rápida y en cuyo transcurso derecho y sociedad fraternizan en una inter-relación permanente.

La autora ofrece una breve bibliografía.

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

Olsen A. Ghirardi
Director

**EL DERECHO, LA LÓGICA Y LA EXPERIENCIA
EN EL *COMMON LAW* INGLÉS**

OLSEN A. GHIRARDI

1. Las tribus celtas ocupaban el territorio de la actual Inglaterra, desde el año 600 a. J.C. y, según se afirma, el nombre de Britania proviene de una tribu céltica, que los romanos llamaban “Brythones”. Otras dos comunidades importantes fueron la de los anglos en el este y la de los sajones en el sur. Más tarde los vikingos y los normandos.

Julio César había invadido brevemente las Islas Británicas desde las Galias (hacia el año 55 a. J.C.) pero los azares de la historia no le permitieron consumir la conquista. Fue, más tarde, el emperador Adriano quien tomó posesión de manera efectiva de Britania (hacia el año 140 d. J.C.), si bien se detuvo en la frontera con la actual Escocia, donde mandó construir su famoso muro del cual todavía existen sus formidables rastros. Desde Adriano hasta, aproximadamente, el año 450 d.J.C., Britania fue una provincia del Imperio Romano.

Recordemos que el emperador Constantino el Grande, hacia el año 313 d. J.C., hizo del cristianismo la religión oficial del Imperio Romano, lo que, naturalmente, influyó en el territorio británico por la llegada de misioneros del Continente.

La vida provinciana, bajo el Imperio, hizo que el país compartiera la llamada *pax romana*. Las costumbres, el lenguaje, la religión, el derecho, fueron influidos. El latín fue utilizado oficialmente para los negocios, aunque los nativos no olvidaron su lenguaje y muchas de sus costumbres ancestrales. Espléndidos edificios, enormes acueductos y magníficos caminos fueron construidos. El comercio se extendió de una a otra provincia y los naturales del país florecieron rápidamente en sus actividades comerciales en las que mostraron una óptima capacidad, mientras los romanos se ocupaban de conservar el poder y mantener el orden.

La dominación romana perduró, aproximadamente, a lo largo de cuatro siglos, período en el cual el Derecho Romano dejó su regular impronta. Pero, a partir del siglo V d. J.C. las legiones romanas fueron llamadas por Roma para intervenir en la defensa del Imperio en las provincias continentales e incluso para defender a la propia capital, con lo cual los nativos de la Britania tuvieron paulatinamente que proveer a su propia defensa. Aecio, general romano, había derrotado a Atila en los Campos Cataláunicos (451 d. J.C.), con lo que dio algunos años más de vida al Imperio. Y con la caída del Imperio Romano de Occidente en poder de los hérulos en el año 476 d. J.C., concluyó la dominación política romana.

Se ha dicho que la historia de Inglaterra, propiamente dicha, pudo comenzar con la llegada de los misioneros desde el Continente, hacia el siglo VI. En verdad, esa historia había comenzado antes que Justiniano cumpliera su labor de codificación del Derecho Romano en la capital del Imperio Romano de Oriente (hacia el año 533 d. J. C.), cuyo espíritu (nos referimos al espíritu codificador) no influyó de manera determinante entre los británicos al haber nacido antes a la vida política independiente, y, por otra, al atenerse a su propio espíritu estrictamente práctico y empírico.

En consecuencia, ese espíritu, genuinamente británico, será decisivo, en todos los órdenes y, especialmente, en la conformación jurídica de los pueblos que habitaban en la Isla de la Gran Bretaña.

2. Queremos marcar una diferencia fundamental entre la actitud del hombre de las Islas y la del Continente. En el primero se advierte claramente un espíritu acabadamente *empirista*, lo que no ocurre así con el segundo.

Es cierto que en los cuatrocientos años que duró la dominación romana, el cuerpo de costumbres se nutrió con principios jurídicos romanos, no obstante la carga local de las costumbres. Pero la actitud de los hombres ilustrados, tanto en el orden intelectual, en general, como en el jurídico, guardó su apego al punto de partida del conocimiento: la experiencia.

La prueba, quizá más antigua, de esta actitud ya la encontramos en el Venerable Beda (672-735), con su libro *De Rerum Natura*, en el que hacía observaciones personales, saliéndose de la transcripción literal de las obras antiguas. Beda había vivido al borde del mar; de ahí que los flujos y reflujos de las mareas acicatearon su curiosidad. La marea -según observaba- no se producía a la misma hora en todas las playas cortadas por el mismo meridiano. Afirmaba, pues, la existencia y la constancia, en cada lugar del globo, de un retraso de la marea sobre la hora lunar. Notamos así que Beda hizo observaciones personales, hizo comparaciones entre distintos fenómenos y los midió. Es decir, utilizó el método de la observación de los fenómenos singulares y efectuó una lectura cuantitativa de las comparaciones. Amanecía así un espíritu nuevo, que, de inmediato, tomó derroteros originales en las Islas Británicas. La experiencia personal -aunque no todavía la experimentación- comenzó a recorrer aquí un largo camino.

Señalamos con ello la **nueva actitud** que invadía a estos pueblos, incluido no sólo el naciente orden científico, sino también el orden político y el orden jurídico. A la instalación de los pictos y sajones junto a los britanos, en el este de Inglaterra, se suma luego, igualmente, la de los daneses, que aportan sus usos y costumbres. Las normas de vida de éstos, su existencia y su apego a lo *consuetudinario*, según se iban conformando gradualmente, resultaban un progreso sobre el estilo sajón.

En el siglo noveno nuevos pueblos invadieron las costas británicas del este. Finalmente, Alfredo el Grande impone el orden político con sus victorias y le da estabilidad a la nueva situación. A Winston S. Churchill, en su *Historia de Inglaterra y de los pueblos de habla inglesa* (Buenos Aires, Peuser, 1958, págs. 117/8) le merece este terminante juicio: “El libro de Leyes o Destinos de Alfredo, tal como se expone en las leyes existentes de Kent, Wessex y Mercia, procuraba combinar el código mosaico con los principios cristianos y las viejas costumbres germanas. Invirtió la Regla de Oro. En lugar de “*Haz a los otros lo que quisieras que te hagan a ti*”, adoptó el principio menos ambicioso de “*Lo que no quisierais que os hagan a vosotros, no lo hagáis vosotros a los demás*”. El Rey pudo comentar: “**Recordando este precepto, un juez puede hacer justicia a todos los hombres. No necesita más códigos. Que se ponga en el lugar del demandante y considere qué juicio le satisfaría**”. Las leyes de Alfredo, y las resoluciones consecuentes, continuamente amplificadas por quienes le siguieron, crecieron hasta formar ese **cuerpo de derecho consuetudinario** administrado por el *shire* del distrito y por el *ciento* de tribunales que, bajo el nombre de Leyes de San Eduardo (el Confesor), los reyes normandos se comprometieron a respetar y con las cuales después de muchas manipulaciones de los abogados feudales, *se fundó el derecho común*”.

El juicio de Churchill, con respecto a Alfredo el Grande, en el sentido de que con la máxima adoptada no se necesitaban más códigos, *habría* de ser confirmado más adelante. Pero aquí, en pleno siglo IX, aparece ya, en Inglaterra, ese soberano, cuya manera de ser sintetiza admirablemente la actitud típicamente inglesa: “*la reserva (diríamos la desconfianza) hacia la racionalización de la conducta bajo la forma de normas abstractas*”, espíritu que se conjugaba con el pensamiento de Beda el Venerable, y se continuaría después con Roger Bacon y Guillermo de Ockham. Todo indica que se confirmaba la tesis en el sentido de que la actitud que campea en el orden de las ciencias naturales se equivale con la que aflora en el orden político y jurídico.

No obstante, el horizonte político es farragoso y complejo. Se dio aun la invasión de los normandos con Guillermo el Conquistador (1066). Y lo notable es que, pese a todo, se confirmará el derrotero seguido. Un sucesor de Guillermo, Enrique II Plantagenet (1154-1189) pudo ser caracterizado por Churchill como un hombre que dejó una profunda huella en las leyes e instituciones inglesas. Siendo francés de nacimiento y poderoso señor de Francia, creó tribunales que introdujeron un *derecho común* a toda Inglaterra. La *Constitución no escrita* le permitió cultivar viejos principios y, adoptando juicios por jurados (tribunales reales), sentó las bases de una sólida

organización. Un párrafo de Churchill merece, una vez más, ser citado: “Es una máxima del derecho inglés que la memoria legal empieza con la subida al trono de Ricardo I en 1189. Se fijó la fecha por unas razones técnicas mediante un estatuto de Eduardo I. Pero no podía haberla elegido mejor, porque al terminar el reinado de Enrique II nos hallamos en el umbral de una nueva época en la historia de la ley inglesa. Con el establecimiento de los tribunales reales, que otorgaban la misma justicia a todo el país, se quebrantó rápidamente la antigua diversidad de la ley local y ocupó su lugar una *ley común a todo el país y a todos los hombres*. Un abogado moderno, trasladado a la Inglaterra del predecesor de Enrique, se hallaría en ambiente extraño; en cambio, con el sistema que Enrique dejó a su hijo, se sentiría casi como en casa”.

En todos los órdenes se manifiesta un interés especial por la observación y la experiencia. Uno de los pensadores más vigorosos del siglo XIII, Roger Bacon, quería hacer -mediante la experiencia- resaltar los *hechos*. La explicación matemática de los fenómenos singulares elevaba al rango científico lo concreto. Lo universal, en lectura matemática, con la más poderosa abstracción, lograba darle al hecho un lugar en la ciencia, en un nuevo espíritu científico.

Epistemológicamente, puede aseverarse que Roger Bacon distinguía claramente dos modos de conocimiento: a) por experiencia; b) y por argumento. De éste no se podía prescindir, pero sin aquella la ciencia no sería tal. Y la experiencia tenía un solo punto de partida: lo *singular y concreto*, porque encarnaba la única realidad.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, se puede afirmar que en las Islas Británicas, existió una *actitud* científico-filosófica -lo recalcamos- que no es ajena a la actitud jurídica. La misma actitud se da en ambos casos, es decir, ante la naturaleza (o las leyes que rigen la naturaleza) como ante la ley o la costumbre formulada por los hombres para reglar su conducta. En Inglaterra el hombre de ciencia es un observador y un experimentador, si cabe. Y esto se da en el científico y en el jurista: el punto de partida es la realidad, la realidad concreta y el caso concreto.

Así, lo dice el propio Churchill en la obra ya citada: “digestos y códigos... eran extraños al espíritu y tradición de Inglaterra”. Por eso, en el derecho privado hay pocas leyes -en esta época- y estas pocas constituyen el *statute law*. El resto, el gran cuerpo del derecho privado, constituye el *common law* que, en verdad, mana primordialmente de la *costumbre* o, si se nos permite decirlo así, de la costumbre judicial. La conducta se hace jurídica en base a actos reiterativos, siempre más o menos idénticos, cuyo origen se remonta a épocas inmemoriales.

Es la tradición inglesa. Tanto los pueblos originarios como los celtas y pictos, sajones y anglos, como los que vinieron después, vikingos y normandos, contribuyeron a ella. Guillermo el Conquistador, en el siglo XI, respetó esa tradición.

Desde el punto de vista de la *actuación* de ese derecho, hecho realidad en la costumbre, el punto de partida -vale la pena insistir- es el *caso concreto (singular)*. La sentencia (o norma individual) surgida del caso concreto, se hace *precedente*, lo que adquiere importancia fundamental en el *common law*. Para los jueces el precedente es *obligatorio*, lo que marca una diferencia con el derecho romano. Dicho de otra manera, las sentencias de un tribunal son obligatorias en todos los casos similares subsiguientes para todos los tribunales de la misma o menor jerarquía.

Según esto, pareciera que el derecho no puede experimentar mutaciones ni cambios, pero ello no es así. Cuando las transformaciones de las circunstancias (políticas, sociales, económicas, etcétera) imponen un cambio, el juez tratará de hallar un precedente judicial de gran jerarquía para apoyar su decisión y, según alguien ha dicho, recurrirá, a veces, a verdaderas ficciones para respetar el *stare decisis*, procurando demostrar que lo nuevo ya estaba, de alguna manera, larvado o no, en la vieja tradición. Esta fue otra diferencia importante -y ésta no menor- con el derecho romano, en cuyo sistema era el *pretor* quien producía su edicto (dictaba una norma universal), *antes* de la decisión del juez, al comenzar su mandato anual.

El sistema, en su original modalidad para juzgar las causas, que surgiera en la Gran Bretaña, es

realmente empírico, pues su punto de partida es la experiencia del caso concreto y su juzgamiento se formulaba con base en antiguas causas ocurridas, aferrándose a una tradición secular. Pero, no hay dudas que la influencia romana -durante los cuatrocientos años de dominación- se hizo sentir en cuanto al fondo del derecho y dejó su impronta *antes* de la sanción del Código Justiniano, con una muy especial característica formal en su aplicación, que es obra de la *actitud inglesa* frente a los conflictos judiciales.

Lo que acentuamos, viene confirmado por lo ocurrido en el ámbito intelectual y la fundación de las universidades medievales. Un hombre límite, Boecio (480-524), al finalizar la Edad Antigua y comenzar la Edad Media, había esbozado un plan que suponía dos tipos de conocimientos, lo que debía sobrevivir por siglos. Se trata de las *septem artes (siete artes liberales)*, y que comprendía dos grupos muy diferenciados de disciplinas: el *trivium* o ciencias elementales, que estudiaba la gramática, la retórica y la dialéctica; y el *quadrivium*, que incluía la aritmética, la geometría, la música y la astronomía. El soporte fundamental del *trivium* era la gramática ligada a la lógica y, especialmente, al tratamiento de las categorías aristotélicas. En el continente europeo, fundada la Sorbona, se tuvo preferencia por el *trivium* y ello encaminó la atención hacia los métodos que conducían a la discusión de los problemas -*disputatio*- quizá inspirados en la mayéutica griega. Los métodos utilizados hincaban su raíz en la lógica formal deductiva aristotélica y en la no formal o dialéctica, basada sobre todo en la argumentación. El modelo preferido, pues, en el orden del razonamiento, era el formal deductivo que partía de una afirmación dogmática.

El *quadrivium*, a su vez, tenía menos contacto con el saber especulativo -y confirmando la actitud inglesa- valoraba más la observación empírica, facilitando así una incipiente experimentación. Respalda, finalmente, de manera primordial el método inductivo. La ciencia de apoyo era la matemática y, por cierto, la geometría no le iba en zaga. Desde ahí, se volcaba hacia las ciencias físicas, comprendiendo en ellas la Astronomía. En su hora, hizo fortuna en la Universidad inglesa de Oxford. En el orden jurídico significó, igualmente, comenzar el conocimiento del conflicto con el caso concreto, con lo singular, con la inducción para llegar al encuentro de la solución. El punto de partida, pues, es el *caso*.

Esta actitud inglesa se extendería después, no sólo a los Estados Unidos de Norte América, sino también a otros pueblos de habla inglesa.

Y no se crea que la operatoria de juzgar era una tarea fácil en dicho sistema. El camino se hallaba orillado por precipicios, que se presentaban como problemas que debían ser solucionados, como por ejemplo: ¿cómo se hace la búsqueda del precedente, qué es un precedente, cuándo el caso a juzgar es similar, cuándo un hecho es relevante, cómo se arriba a la *ratio decidendi*, etcétera?

Pero antes de seguir adelante es preciso explicar aun el significado de algunos vocablos.

Cuando se habla de *precedente* en el derecho inglés se quiere significar un caso anterior al que se considera, que se ha tomado como ejemplo, o puede ser tomado como ejemplo; es una regla surgida de una sentencia -regla de la cual se extrae un principio- que se aplicará a los casos similares subsiguientes, cuya circunstancia puede ser justificada. El precedente, en el sistema inglés es *obligatorio* y, para ser tal, **debe ser seguido en los casos subsiguientes**. De esta manera se ha sostenido que el precedente es mucho más que un modelo. Repitémoslo: es una regla que se ha estatuido de manera fija y debe ser necesariamente seguida. Así, cada Corte se halla obligada por las decisiones de todas las Cortes superiores a ella. Y la House of Lords -Tribunal Supremo- está absolutamente obligada por sus propias decisiones. Lo importante es que, en el sistema inglés, la autoridad de un solo caso, establece la regla a seguir. El precedente -para remarcarlo- es estrictamente *obligatorio*.

La doctrina del *stare decisis* (hay que estar obligatoriamente a la decisión del juez anterior) representa la fundamental distinción entre el sistema inglés del *common law* y el *civil law* o derecho continental o codificado. En el primero, por dicha doctrina, hay que estar obligatoriamente a la

decisión del juez anterior, al juez cuya sentencia constituye el tal precedente. Es decir, una única decisión, una singular decisión, actúa como una norma singular que debe ser seguida obligatoriamente por los jueces que resuelven los casos similares que se pueden dar con posterioridad.

En consecuencia, la importancia acordada al precedente judicial caracteriza al *common law* inglés. La autoridad del precedente judicial creó un cuerpo de derecho inmenso, fruto de una constelación de casos decididos, que se acumuló en el sistema. El precedente judicial no fue meramente una evidencia del derecho; fue, además, su fuente porque las cortes estaban obligadas a seguir el derecho así establecido. De ello se infiere que los *jueces ingleses* actuaron con una gran autoridad; fueron los *creadores del derecho* y sus genuinos y verdaderos intérpretes. Y ello marca una diferencia con el derecho romano, pues en Roma no existió un cuerpo de jueces capaces de crear el derecho, como lo hicieron los jueces ingleses.

Dada la enorme cantidad de precedentes, estamos habilitados para clasificarlos. En primer lugar, hay precedentes que, simplemente, declaran el derecho por aplicación de una regla de derecho ya existente. Y hay, en segundo lugar, precedentes creadores de derecho cuando se aplica una nueva regla que antes no existía. En este último caso, la nueva regla, aplicada al caso presente, se aplicará en el futuro, y si bien los precedentes que crean derecho son menores en número, por el contrario, son los de mayor importancia.

Vamos a insistir en los conceptos ya indicados, recordando, por cierto, que una Corte en Inglaterra está obligada a seguir todos los casos de una Corte superior a ella en la jerarquía de los tribunales. Y las Cortes, en general, deben respetar sus propias decisiones, sus propios casos precedentes. Para ser más precisos, debemos agregar que lo que es vinculante en el precedente es la *ratio decidendi*. En otras palabras, no todo lo que dice el juez para llegar a la decisión constituye precedente. Esta calificación sólo se da al pronunciamiento en una cuestión de derecho. La doctrina del *stare decisis* constituye la *fundamental* diferencia entre el derecho inglés y el derecho continental o derecho codificado (incluyendo aquí el derecho romano). En este caso -como se sabe- el juez se rige por la ley, por la norma, generalmente contenida en un código.

Por consiguiente, el precedente es una decisión judicial que contiene un principio. Este principio subyacente, en la forma enunciada en la sentencia que constituye precedente, es el elemento de autoridad que la *justifica* y es denominado su *ratio decidendi*. Más todavía: los únicos principios judiciales que tienen esa autoridad son los que tienen relevancia en la materia fundamental de que se trata y se limitan a ese fin. Podríamos intentar decirlo de otra manera: una Corte está obligada a seguir todos los casos decididos por una Corte superior a ella en la jerarquía de los tribunales y cada Corte queda vinculada, además, por sus propias decisiones. Más aún: la única parte del precedente que es vinculante es la *ratio decidendi*. A pesar del riesgo de ser exageradamente repetitivos, diremos que no todo lo que dice el juez al fundar su decisión constituye precedente. Así, por ejemplo, dicha calificación queda reservada a las cuestiones de derecho y no a las cuestiones de hecho.

Pero aún hay más. No todo lo que dice el juez en cuestiones de derecho, en el curso de su decisión, constituye precedente, sino sólo lo que considera necesario para la propia decisión. Y, por su parte, el juez que resuelve el caso sucesivo, debe respetar la *ratio decidendi* del precedente, aunque esté en total desacuerdo con ella. En ese sentido, el precedente es vinculante y no meramente persuasivo. No ocurre lo mismo con las opiniones que el tribunal expresa *obiter dicta*.

Todas estas cuestiones, como se advierte, no son simples. Y en Inglaterra, las situaciones se tornan más complicadas aun cuando median interferencias de las decisiones de la House of Lords y las propias decisiones de las Cortes.

En lo que atañe a las motivaciones de las decisiones judiciales, las Cortes de segunda instancia, en general, no están obligadas a realizarlas, aunque son usuales. Y si las Cortes son colegiadas, las

motivaciones son personales.

Como dato relevante, las decisiones judiciales del *common law* se caracterizan por una minuciosa descripción de los hechos principales, que constituyen la base del caso concreto, para extraer de ellos la *ratio decidendi* y el principio o la regla de derecho aplicable.

No obstante el sistema del *common law*, en los últimos tiempos, se ha producido una expansión legislativa, fenómeno que también alcanza al sistema del *civil law*. También, en ambos sistemas, se ha notado una creatividad de la jurisprudencia, lo que ha permitido hablar a los críticos de la aparición de “jueces legisladores”, especialmente en el último de los sistemas citados.

3. Transcribiremos ahora una sentencia, como ejemplo del *common law* inglés, emanada de la House of Lords, de manera fragmentaria.

Caso “DONOGHUE v. STEVENSON” (1932).

LORD BUCKMASTER, dijo:

“Mis Señores, los hechos del presente caso son simples. El 26 de agosto de 1928, la apelante (y actora) bebe una botella de ginger-beer, fabricada por el demandado, que le había dado una amiga que la había adquirido de un distribuidor. La botella contenía los restos descompuestos de un caracol de lo que no se podía dar cuenta antes de haber consumido la mayor parte del producto. La apelante sostuvo que luego de ese hecho sufrió un shock y una grave forma de gastroenteritis y por lo tanto intentó una acción por daños en contra del fabricante, acción que ha dado lugar a la presente apelación.

El fundamento de la demanda de resarcimiento estriba en que en cabeza del demandado, en su calidad de fabricante de un producto destinado al consumo envasado en modo tal que no consiente ninguna posibilidad de control, subsiste una obligación en relación a la actora, en su condición de consumidora, de prestar diligentemente cuidado para que en el producto no haya ningún elemento nocivo, y que habiendo el demandado violado esta obligación, es responsable por los daños causados por tal negligencia.

... El derecho aplicable es el common law... por lo tanto dirijo la atención a los casos decididos para verificar si su interpretación sustenta la pretensión de la actora.

... En “Bates v. Batey & Company”, no se debe reconocer la responsabilidad de los demandados, productores de ginger-beer, en relación del consumidor (que había adquirido de un distribuidor una de las botellas de sus productos), por los daños derivados de la explosión de la botella debido a un defecto del cual los demandados no tenían conocimiento, pero que hubieran podido descubrir observando una razonable diligencia. Al llegar a tal decisión, Horridge J. sostiene que las decisiones de los jueces Parke B., en “Logmeid V. Holliday”, Cotton y Bowen en “Heaven v. Pender”, Stirling en “Earl v. Lubbock”, y Hamilton en “Blacker v. Lake & Elliot, Ltd”, aclaraban que el actor no tenía ningún derecho al resarcimiento del daño, y que además sostenía no estar vinculado por el precedente “George v. Skivington”....

Mi opinión es que los precedentes contradicen la pretensión de la actora... No hay ninguna obligación sobre quien produce bienes alimentarios fuera de las obligaciones derivadas del contrato o impuestas por la ley. Si existiera alguna obligación similar, debería referirse a los productores de cualquier artículo, y no veo por qué no deben aplicarse a la construcción de una casa. Si se hace un paso en este sentido ¿por qué no cincuenta? ...

En “Mullen v. Barr & ?Co.”, un caso que no se puede diferenciar del presente, salvo porque se trataba de un ratón y no de un caracol, y por lo tanto necesariamente seguido (por la Court of Session cuya decisión ha dado lugar a la presente apelación en la House of Lords), Lord Anderson sostuvo: “En un caso como el presente, en el que los productos de los demandados son

objeto de distribución en toda Escocia, sería incompatible reconocer en cabeza de ellos la responsabilidad, en relación al público, por las condiciones del contenido de cada botella por ellos producida. Es obvio que, si tal responsabilidad fuese reconocida en cabeza de los demandados, ellos podrían ser llamados a responder los daños sobre los cuales probablemente no estaban en condición de efectuar ningún control”.

Estoy de acuerdo con la decisión de Lord Anderson.... y soy de la opinión que la apelación debe ser rechazada...

LORD ATKIN dijo: Mis señores, la sola cuestión de determinar es si es una cuestión de derecho: los hechos alegados por la actora en su demanda, si responden a la verdad, ¿pueden fundar una demanda de resarcimiento?... La cuestión que nos es sometida es: si el productor de una bebida por él vendida a un distribuidor en circunstancias tales que no consienten al distribuidor, al adquirente final o al consumidor verificar la presencia de un vicio, está sujeto a una obligación jurídica, en relación del adquirente final o del consumidor, de comportarse con diligencia razonable con el fin de que el producto esté libre de un vicio tal de producir daño a la salud. ...

Es necesario notar que difícil es encontrar en los precedentes ingleses normativas de aplicación general que definan qué relaciones entre sujetos dan origen a una obligación de diligencia. Las Cortes se ocupan cada vez más de las relaciones sobre las cuales se controvierte en el caso que tienen pendiente ante sí, y se limitan a decidir si tal obligación subsiste en las circunstancias dadas del caso concreto.... Y no obstante el reconocimiento de un deber de diligencia en los diversos casos en los cuales ha sido reconocida la responsabilidad por daños, debe lógicamente fundarse sobre un elemento común a tales casos.... Tratar de definir un principio general va probablemente más allá de las funciones que corresponden al juez, dado que en una definición formulada en términos generales se corre el riesgo de omitir elementos esenciales o de introducir elementos no esenciales.

Por el momento me limito a revelar que en el derecho inglés debe haber, y hay, una categoría conceptual general que conduce a situaciones que dan lugar a un deber de diligencia (duty of care), categoría de la cual los diversos casos decididos por las Cortes no son otra cosa que ejemplos concretos. La responsabilidad por “negligencia” (...) se funda sin duda sobre la percepción de un acto de parte de la generalidad de los miembros de la sociedad como ofensa moralmente relevante por la cual el responsable debe pagar. Pero en la vida concreta no se puede hacer derivar de actos y omisiones que cualquier código moral censuraría, un derecho de demandar el resarcimiento de los daños sufridos en cabeza de cualquiera que haya sido lesionado por ellos. En efecto, las reglas de Derecho deben existir justamente para limitar el ámbito de las pretensiones legítimas y de los relativos instrumentos de tutela.

La regla moral según la cual debes amar a tu prójimo, se traduce en términos jurídicos en la regla según la cual no debes dañar a tu prójimo, y la cuestión “¿quién es mi prójimo?” recibe del punto de vista del jurista una respuesta restrictiva. Se debe observar una razonable diligencia para evitar actos y omisiones que puedan con razonable previsión ser fuentes probables de daños para el prójimo. ¿Quién, por lo tanto, es mi prójimo? La respuesta parece ser: las personas que están directamente e inmediatamente interesadas por mi obrar, que debería tenerlas como tales, razonablemente presentes cuando mi obrar pone en acto las acciones y omisiones.

Me parece que éste es el principio en virtud del cual ha sido decidido “Heaven v. Pender” (1883) en la formulación hecho por Lord Esher que delimita tal principio mediante el concepto de “proximity” introducido por él mismo y de Lord Justice A.L. Smith en el caso “Le Lievre v. Gould” (1893).

Lord Esher sostiene: “En aquel caso se ha establecido que, en presencia de determinadas

circunstancias, surge en cabeza de un sujeto una obligación en relación a otro, también en ausencia de una relación contractual entre los dos”.

“Si un sujeto se encuentra cerca de otro o a su propiedad, es gravado con una obligación de abstenerse de hacer aquello que pueda causar un daño a la persona o propiedad del otro”.

Pienso que tal principio es correcto si el concepto de “proximidad” no es limitado a la mera proximidad física, sea... que se extienda a todas aquellas hipótesis de relaciones entre sujetos inmediatas y directas en las cuales quien actúa es considerado sujeto a un deber de diligencia en las relaciones con ellos que pueden preverse que serán tocados por su acción.

Pienso que la decisión de Lord Esher, con este requisito de la “proximidad de la relación” que ha sido formulado en “Le Lievre v. Gould”, expresa el estado del derecho inglés.

Un fabricante pone un producto alimentario en un recipiente y sabe que éste se abrirá por el consumidor final. No existe ninguna posibilidad de control de parte del adquirente ni del consumidor final. Negligentemente en el curso de la preparación mezcla el contenido con sustancias venenosas. Se ha dicho que según el derecho inglés, como según el derecho escocés, el consumidor envenenado no dispondría de algún remedio contra el productor negligente. Si ésta fuese la conclusión que traen los precedentes, podría sostenerse una grave falta del derecho.... Revelaría que si éste fuera el estado del derecho, el consumidor no sólo no dispondría de algún remedio en relación al productor, también estaría privado de cualquier remedio hacia cualquier otro, porque en las circunstancias de hecho alegadas no podría haber prueba de la negligencia de ningún otro sino del productor, y si el consumidor no es adquirente del producto... no está tampoco protegido de ninguna garantía que derive de un contrato. Un principio similar no sólo negaría que ha sufrido un daño luego del consumo de cerveza o chocolate envenenado a causa de la negligencia del productor, también a quien hubiera utilizado una medicina normalmente inocua, un ungüento, un jabón, un líquido o un polvo detergente. Me limito a considerar artículos de uso doméstico, que cualquiera, comprendido el productor, sabe que son destinados al uso de parte de sujetos diversos de la persona del adquirente, como los miembros de su familia, los empleados domésticos, en algunos casos sus huéspedes. No puedo pensar así mal de nuestra jurisprudencia, suponer que sus principios sean así lejanos de las normales exigencias de una sociedad civilizada en cuanto ésta ordinariamente requiere a sus miembros, negar un remedio jurídico cada vez que manifiestamente se verifica un ilícito social.

Mi opinión es que diversos precedentes soportan el principio según el cual, los casos como el pendiente, el productor está sujeto a un deber de diligencia en relación al consumidor.

Un precedente que encuentra a tal propósito aplicación es “George v. Skivington” (en tal caso) el actor había adquirido del demandado una loción fabricada por el demandado mismo; éste sabía que el producto estaba destinado a la esposa del adquirente. El producto fue preparado y vendido por el demandado en modo así negligente que la mujer sufrió daños luego de utilizarlo. El juez sostuvo que en el caso en la especie la cuestión que se exponía no era una cuestión de garantía, sino si el farmacéutico era responsable... por impericia o negligencia en la fabricación del producto. “Ciertamente subsiste una obligación de diligencia en relación con el adquirente, y se extiende, a mi parecer, en relación de la persona para el uso de la cual el producto es adquirido, cuando el vendedor esté al tanto del destino del producto”.

La existencia de la obligación en cuestión es sostenida también en el caso “Hawkins v. Smith”... No puede además descuidar en este análisis de precedentes “Grote v. Chester and Holybead Ry”.... (en el cual) la Corte ha reconocido en cabeza (de constructores de un puente) una obligación de diligencia de garantizar la seguridad en relación a los sujetos que lo utilizan.

Ahora es necesario considerar los casos que han sido sometidos a la Corte a quo, de los cuales se querría deducir que en el caso en especie no subsiste ninguna obligación de diligencia en relación al consumidor....

Siempre es motivo de satisfacción para un jurista inglés tener la posibilidad de encontrar la validez de los principios fundamentales del common law a la luz de la evolución de las soluciones elaboradas por juristas de las Cortes de Estados Unidos. Pienso que en aquel país el derecho ya ha conocido una evolución en el sentido indicado por mí. En los Estados Unidos el ratón sumergido en la botella de ginger-beer antes que en Escocia, pero en aquel país ha sido causa de responsabilidad por daños del productor! No debo hacer más, en esta larga decisión, que referirme a la iluminante decisión del juez Cardozo en “MacPherson v. Buick Motor Co.” de la Corte de Apelación de Nueva York, en el cual ha formulado los principios de derecho relevantes como yo desearía formularlos. ...

Mis Señores, si ustedes aceptaran la opinión según la cual la demanda de la actora se funda sobre un título relevante (sobre una válida causa petendi) a los fines del resarcimiento del daño, ustedes afirmarían que según el derecho escocés y el derecho inglés el productor de bienes, vendidos en una forma tal que se demostrare que él entendía destinarlos al consumidor final de la misma forma en que han salido del proceso productivo, sin que exista razonable posibilidad de control intermedio y con la conciencia de que la falta de una razonable diligencia en la preparación o en la confección del producto resulte una lesión a la vida o a la propiedad del consumidor, tiene la obligación de observar un razonable deber de diligencia en relación al consumidor....

LORD TOMLIN, dijo: Mis señores, he tenido oportunidad de considerar la opinión preparada por... Lord Buckmaster. Dado que concuerdo completamente con sus conclusiones y motivaciones, agrego sólo dos palabras.

Pienso que la demanda de la apelante acogida, necesita de esto deducir que lo sea sobre la base de un principio cuya extensión es definible en los siguientes términos: El productor, pero también el que repara cualquier artículo, está sujeto a un deber de diligencia, en el curso de la producción y reparación, en relación a cualquiera que deba después utilizar el mismo artículo. No es lógicamente posible llegar a una definición más restringida. No se puede hacer ninguna distinción entre productos alimentarios y otros bienes; el hecho que el producto sea vendido en un contenedor sellado no tiene relevancia a los fines del reconocimiento de la obligación: es sólo un factor que puede hacer más fácil reconocer la negligencia del productor....

LORD THANKERTON, dijo: ... He tenido el privilegio de considerar el examen de los precedentes de parte de... Lord Atkin, en su decisión, y concuerdo de tal manera con lo que él ha expresado que no tengo nada que agregar.

LORD MACMILLAN, dijo:... Deseo observar en primer lugar, que esta Cámara no ha tenido ocasión antes de pronunciarse sobre la cuestión sometida en el caso pendiente.

... Dirijo la atención a los precedentes del Derecho inglés en base a los cuales nos es pedido rechazar la apelación. De su examen resulta claro que en la mayor parte de ellos, los casos eran muy distintos del hecho del caso pendiente, y no emergía de ellos aquel tipo de relación, y el deber (de diligencia) que se deriva, que constituye en tal caso, a mi parecer el factor decisivo. “Dixon v. Bell” es el punto de partida. ...

Y, en fin, llegamos a “George v. Skivington”, que sostiene completamente la pretensión de la actora. ... Es verdad que “George v. Skivington” ha sido objeto de crítica, y se ha dicho... que en casos sucesivos ha sido criticado al punto de llegar cerca de un overruling. Por mi parte pienso, que tal precedente no ha tenido un tratamiento así; en cada caso sostengo que no lo merece, y ciertamente, por cuanto yo sepa, ese caso no ha sido nunca desaprobado en esta sede (House of

Lords).

.. Este examen de precedentes demuestra... que no hay una corriente de precedentes unívoca sobre la cuestión. Además al caso “George v. Skivington”, existe el caso americano “Thomas v. Winchester”, que ha obtenido notablemente favor en este país y que claramente sostiene la posición del apelante.

... Ahora yo no tengo ninguna hesitación al afirmar que un sujeto, que por fines de lucro emprende la actividad de producción de bienes alimentarios destinados al consumo de parte de los miembros de la colectividad en las mismas condiciones en que a él llegan, está sujeto a un deber de diligencia al producir tales bienes. ... Produce los bienes para el consumo; entiende, por lo tanto, y prevé, que son objeto de consumo. En virtud de este hecho el productor se pone a sí mismo en una relación con todos los potenciales consumidores de sus bienes, y esta relación que asume y busca a los propios fines, le impone también un deber de evitar todo daño a tales sujetos. Por lo tanto tiene un deber en su relación de no convertir, a causa de su negligencia, un producto que él pone en el mercado como íntegro e inocuo, en un objeto peligroso para la vida y la salud...”.

4. Reflexionemos ahora sobre este caso fragmentariamente transcrito.

En esta litis una viuda escocesa era la actora y el demandado era un fabricante de bebidas, que para envasarlas, utilizaba botellas opacas, en cuyo contenido se encontraron algunos caracoles muertos. La primera sostenía que el demandado había sido negligente en la fabricación de la bebida y que en virtud de ello, había sufrido una lesión en su salud. Partimos, pues, de un conflicto, un caso concreto, en el que la actora es una persona claramente individualizada, que ha sufrido una lesión; el objeto de la causa se ha determinado de manera precisa y la responsabilidad del fabricante se resuelve por una mayoría de tres a dos.

El primero de los jueces, Lord Buckmaster, en forma relativamente breve, votó en forma negativa. En efecto, después de decir que los hechos del caso son muy simples, el citado juez recuerda que la actora ingirió una bebida que se hallaba en una botella de *ginger-beer*, fabricada por el demandado, que se la había dado una amiga que la había adquirido de un distribuidor. Esa botella contenía caracoles descompuestos, de lo cual se dio cuenta después de haberla consumido en su mayor parte. Luego, relata la actora, sufrió un shock y padeció una forma grave de gastroenteritis. De ahí que intentara una acción por daños.

En otras palabras, la demanda de reparación del daño, fue dirigida contra el fabricante de la bebida destinada al consumo, bebida fabricada de tal modo que no había ninguna posibilidad de control. Se entiende que existía por parte del fabricante una obligación respecto de la demandante, la viuda escocesa, de tal forma que debía prestar especial diligencia a fin de que en el producto vendido no hubiese ningún elemento nocivo y que habiendo el demandado violado esa obligación, se hacía responsable por los daños causados por tal negligencia.

Siendo esos los hechos, el derecho aplicable, por cierto, es el *common law*, de tal manera que debe dirigirse la atención hacia los casos decididos para verificar si esa interpretación beneficia la pretensión del accionante.

Lord Burckmaster se encuentra con el fallo en la causa “*Bates v. Batey y Compañía*” en el cual no se reconoce la responsabilidad del demandado, productor de *ginger-beer*, respecto del consumidor que había adquirido el producto de un distribuidor, por los daños derivados de la explosión de una botella debido al defecto que el fabricante no advirtiera, pero que lo habría podido advertir observando la botella con una razonable diligencia. Luego de citar otros casos semejantes resueltos en igual sentido, Lord Buckmaster opina que los precedentes no apoyan el caso de la viuda escocesa, es decir, en estos casos no existe ninguna obligación por parte de quien produce sustancias alimenticias más allá de las obligaciones derivadas del contrato o impuestas por la ley.

En el caso, “*Mullen v. Barr y Co.*”, en el que se encontró un ratón y no un caracol, Lord Anderson - en la propia House of Lords- había sostenido: “En un caso como el presente, en el cual los productos del fabricante son distribuidos por toda Escocia, sería inconcebible, reconocer en el productor la responsabilidad, respecto del público, por las condiciones del contenido de cualquier botella por él fabricada. Es obvio que si tal responsabilidad fuese reconocida en la persona de los fabricantes, ellos podrían ser demandados para responder de los daños respecto de los cuales probablemente no estaban en condiciones de efectuar control alguno”. Sin más, en consecuencia, el juez afirmó que concordaba con la decisión de Lord Anderson -expresada en caso anterior- y sostuvo que la pretensión de la actora debía ser rechazada.

En segundo lugar, nos encontramos con el voto de Lord Atkin, quien debía llegar a una decisión de capital importancia y destinada a cambiar la postura de la jurisprudencia establecida. El juez se pregunta, inicialmente, si los *hechos* aducidos por la parte actora, son por sí mismos pertinentes y suficientes, para fundar una demanda de daños y perjuicios. Se advierte que ésta es una *cuestión de derecho*. Se supone el caso de una bebida vendida por el fabricante a un distribuidor, que, a su vez, la revende a un adquirente final o consumidor, que no está en condiciones de verificar la presencia de un vicio. En esta situación, el fabricante ¿se halla en la obligación jurídica, respecto del adquirente o consumidor final, de comportarse con diligencia razonable, a fin de asegurar que el producto fabricado sea exento de cualquier vicio que pueda producir daño a la salud?

Hace notar el juez que en los precedentes ingleses resulta difícil encontrar algunos tan generales que definan las relaciones entre los sujetos que den origen a una obligación de diligencia. Encontrar un principio general va, probablemente, más allá de las funciones que competen al juez, pues una definición es formulada en términos generales y, si esto es así, se expone a correr el riesgo de omitir elementos esenciales o de introducir elementos no esenciales. Es cierto que las Cortes han resuelto casos en los que una categoría general puede conducir a situaciones que dan lugar a un deber de diligencia (*duty of care*), categoría de la cual los diversos casos fallados no son sino ejemplos concretos. Pero, en principio, no figura en las preferencias del juez inglés fundar decisiones en base a fórmulas demasiado abstractas o generales.

A continuación, Lord Atkin sigue razonando de esta manera. Existe una regla moral según la cual se debe amar al prójimo; en términos jurídicos esta regla se traduce en “no dañar al prójimo”, pero he aquí el busilis: “¿quién es el prójimo”? En estos casos -se sostiene- la respuesta es siempre *restrictiva*. En consecuencia, se debe resolver “quién es mi prójimo para el derecho”. Y, de inmediato, la respuesta es estrictamente determinada: “Las personas que están directa e inmediatamente interesadas en mi acción (o actividad) como las que están racionalmente presentes para mí cuando me afo en hacer algo o no hacerlo”.

Este es el *principio* a que el juez debe atenerse en tales situaciones. Y ese principio ha sido sostenido por Lord Esher en el caso “*Heaven v. Pender*” (1883) cuando lo delimita y precisa en el concepto de “*proximidad*”, introducido luego por él mismo en el caso “*Le Lievre v. Gould*” (1893), cuando lo formula de esta manera: “... en presencia de determinadas circunstancias, surge en un sujeto, una obligación, respecto de otro, *aun en ausencia de una relación contractual entre ambos*. Si un sujeto se encuentra cerca de otro o de su propiedad, recae en él la obligación de abstenerse de hacer lo que puede ocasionarle un daño en su persona o a su propiedad”. Y Lord Atkin encuentra correcto ese principio, pero aclara que no se trata sólo de la *proximidad física*, sino en todas las hipótesis de relaciones entre sujetos cercanos o directamente vinculados aun a la distancia, de tal manera que quien obra o hace tiene un deber de diligencia respecto de ellos, que puede preverse que sean directamente afectados por un accionar negligente. Así, Lord Atkin recalca textualmente: “Pienso que la decisión de Lord Esher, con este requisito de la “proximidad de la relación”, que ha sido formulado en el caso “*Le Lievre v. Gould*”, expresa el caso del derecho inglés”.

Pero no concluye ahí el razonamiento de Lord Atkin. Quiere mostrar ejemplos y aun nos dice

que si un fabricante coloca un producto en un envase y *sabe* que será abierto por un consumidor final, quien no tiene ninguna posibilidad de controlarlo (ni el adquirente ni el consumidor), es responsable el fabricante del producto de cualquier negligencia, como la del hecho de que se haya filtrado en el envase una sustancia tóxica o venenosa. No hacerle responsable por negligencia y, por ende, del daño, equivaldría tanto como consagrar la impunidad del productor negligente hacia el consumidor que no tendría ninguna garantía jurídica y sería despojado de su derecho al resarcimiento.

Por consiguiente, el productor está sujeto a un deber de diligencia respecto de sus relaciones con los consumidores. Este principio merece ser aplicado a los casos concretos. Ya lo ha sido en el caso, “*George v. Skivington*”, con especiales características. En este caso el actor había adquirido una loción fabricada por un comerciante, quien conocía que el producto sería destinado a la esposa del adquirente. El producto había sido preparado y vendido por el propio comerciante de manera tan negligente que la señora sufrió de inmediato daños al utilizarlo. El juez sostuvo que en el caso de esa especie la cuestión no era un caso de garantía, aunque el farmacéutico (comerciante que preparó el producto) era responsable por impericia y negligencia en la fabricación de dicho producto. De tal manera se expidió: “Ciertamente subsiste una obligación de diligencia respecto del adquirente, y ello se extiende, según mi parecer, respecto de la persona por el uso para el cual el producto ha sido adquirido, cuando el vendedor esté al corriente del destino del producto”.

Y luego, Lord Atkin prosigue recordando otros casos precedentes como, por ejemplo, “*Hawkins v. Smith*” y “*Grote v. Chester and Holyhead Ry*”, en los que la Corte ha reconocido la existencia de una obligación de resarcimiento, cuando se ha establecido que los constructores de un puente tienen la obligación de diligencia y deben garantizar la seguridad respecto de los sujetos que lo utilizan.

En su virtud, en consecuencia, ahora es el momento de considerar los casos que han sido sometidos a la Corte *a quo*, en los cuales se ha querido deducir que en el caso de la especie no subsiste obligación alguna de diligencia respecto de los consumidores.

Y, con cierto orgullo, el magistrado que estamos considerando, sostiene que es siempre motivo de satisfacción, por parte de un jurista inglés, tener la posibilidad de reencontrar la validez de los principios fundamentales del *common law* a la luz de la modalidad de la evolución de las soluciones elaboradas por los juristas de las Cortes de los Estados Unidos de Norteamérica. En este país el ratón emergió de una botella de *ginger-beer* antes que en Escocia, pero en aquel país ha sido causa de responsabilidad de daños de parte del productor! No puedo hacer más -sigue diciendo Lord Atkin- en esta extensa decisión, que referirme a la brillante decisión del juez Benjamín Cardozo en el caso “*MacPherson v. Buick Motor Co.*”, de la Corte de Nueva York, en la cual ha formulado los principios de derecho relevantes como deseo formularlos.

Y acto seguido se expresa así: “Mis Lores, si ustedes aceptan la opinión según la cual la demanda de la actora se funda en un título relevante (sobre una válida *causa petendi*) a los fines del resarcimiento del daño, ustedes afirman que según el derecho escocés y el derecho inglés, el productor de bienes, vendidos en una forma tal que él entiende destinarlos al consumidor final, en la misma forma en los cuales ellos han salido del proceso productivo, sin que sea razonable la posibilidad de control intermedio y con el entendimiento de que la falta de una razonable diligencia en la preparación o en la confección del producto puede resultar una lesión a la vida o a la propiedad del consumidor, *tiene la obligación de observar un comportamiento racionalmente diligente respecto de los consumidores*”.

He aquí, pues, la razonada opinión de Lord Atkin que definirá el resultado del proceso.

En el fallo sigue el voto de Lord Tomlin, quien se pronuncia en favor de la tesis de Buckmaster, y expresa que concuerda completamente con sus conclusiones y motivaciones, aunque formula aun algunas reflexiones. Es decir, su opinión es negativa frente a la demanda.

A su vez, Lord Thankerton, nos dice que ha tenido el privilegio de considerar el examen de los precedentes formulados por Lord Atkin y concuerda plenamente con él.

Finalmente, Lord MacMillan, se pronuncia en el caso, advirtiendo, en primer lugar, que la Cámara no ha tenido ocasión con anterioridad de pronunciarse en un caso como el presente.

Sostiene que los precedentes ingleses que rechazaron una demanda de este tipo eran muy diversos, y no se advertía en ellos, en la relación de las partes, un consiguiente *deber de diligencia*, factor fundamental de la litis. Afirma que el punto de partida se encuentra en el caso “*Dixon v. Bell*”.

Pero, al darse el caso “*George v. Skivington*”, se advierte que ha sido fuertemente criticado en casos sucesivos. Sin embargo, no cree Lord MacMillan que ese caso debiera haber sufrido un tratamiento tan desfavorable, pues no lo merecía.

En suma, el examen de los precedentes demuestra que no existe una corriente *unívoca* acerca del problema planteado. Recuerda, de paso, el caso dado en los Estados Unidos, en la causa “*Thomas v. Winchester*”, que ha tenido enorme repercusión.

Y, como para concluir, afirma su opinión rotunda: cuando una persona, con fines de lucro emprende una actividad de producción de bienes alimenticios destinados al consumo por parte de los miembros de una comunidad, en las mismas condiciones en las cuales ellos salen de la fábrica, *existe un deber de diligencia del productor con respecto a la fabricación de los dichos bienes*. Los bienes se producen para el consumo; por consiguiente, en virtud de este hecho, el productor se coloca en una *situación de relación* con todos los potenciales consumidores de sus bienes, y esta relación que asume para la consecución de sus fines, le *impone* un deber de evitar cualquier daño a tales personas. Tiene, pues, “un deber respecto de los consumidores de no convertir, por causa de su negligencia, un producto que ha puesto en el mercado como íntegramente inocuo, en un *objeto peligroso* para la vida y la salud”.

Tenemos, de esta forma, los fundamentos de la sentencia, conforme la nueva orientación que asume la jurisprudencia en la modalidad inglesa del *common law*.

5. Es posible, ahora, hacer algunas otras reflexiones. Lo que en primer lugar no deja de sorprendernos es que en el fallo hay dos corrientes de opinión muy distintas, por no decir polarmente opuestas, en esta sentencia, cuya demanda persigue un resarcimiento de los daños generados por la actividad del demandado, en las circunstancias relatadas. El resultado, como puede verificarse por la índole de los votos, ha sido tres contra dos, en favor de la pretensión de la actora. Buckmaster y Tomlin constituyen la minoría; Atkin, Thankerton y MacMillan, la mayoría.

Por cierto, como ya se ha subrayado, el voto de Lord Atkin, bastante extenso, nos ofrece la *ratio decidendi* del caso, con su fundamentación realmente clara, precisa y racionalmente contundente. Podemos observar cómo el juez avanza paso a paso, apoyándose siempre en precedentes, cuyo examen se realiza de manera profunda, desechándose otros, cuyas decisiones son rebatidas en forma convincente. Resulta claro que los precedentes que, poco a poco, se inclinan -y, a veces, de manera casi imperceptible- hacia la solución que el juez, en definitiva, adoptará, son los “*lugares*”, en que se hace pie. El razonamiento se nos aparece bajo una modalidad que es, ciertamente, *tópica*.

El precedente desechado es el “lugar” en que no debe hacerse pie. Los precedentes que evolucionan lentamente hacia la solución que es racionalmente justa señalan un camino, un *iter*, que el juez nos presenta con esmero.

El juez señala las *inferencias* que realiza a partir de casos concretos ocurridos con anterioridad. No hay duda que el procedimiento, en esta búsqueda, es metódicamente *inductiva*. Partir siempre de casos concretos; bucear en ellos el *principio* que fundamenta la decisión. Tan ardua tarea conduce, a

veces, a mencionar principios, tan generales y abstractos como el “no dañar a otro”. Pese a la notoria búsqueda en los casos que la *experiencia judicial* nos pone de relieve, el juez del *common law* no tiene reparos en *inferir* del caso, un principio general para fundamentar su *ratio decidendi*. No podemos decir que el juez haga deducciones, en sentido estricto, pero las *inferencias* son innegables. Y ello porque las inferencias no son del dominio exclusivo de la lógica deductiva, sino también de la inductiva y, más aun, en las reglas que permiten establecer cadenas permisibles de enunciados, en cuyo caso podemos hablar de la posibilidad de un tipo de inferencia empírica.

Por otra parte, para señalar la amplitud de la flexibilidad del *common law* es dable observar que el juez Atkin no tiene reparos -mentalmente- en cruzar el Atlántico para apoyarse en una decisión traída desde los Estados Unidos como el señero caso americano “*MacPherson v. Buick Motor Co*”. (1916), que fuera resuelto en la Corte de Nueva York por el prestigioso Benjamín Cardozo. Ello significa, ni más ni menos, que, a los fines perseguidos, el *common law* puede considerar a todos los países de habla inglesa como un extenso territorio en cuyo ámbito el precedente, donde quiera que se halle, puede ser invocado.

6. Con el objeto de señalar otra característica, especialmente referida al *precedente*, haremos referencia a la curiosa situación planteada en el caso “*Davis c. Jhonson*” (1978).

Una esposa maltratada por el marido acude al magistrado con el objeto de obtener una orden para que éste sea expulsado de la vivienda familiar. Pero, como rasgo peculiar del caso, ambos, marido y mujer, eran *copropietarios* de la vivienda que habitaban.

El juez de la Corte, Lord Denning, recorrerá los antecedentes, pero su sentido de la justicia no se satisface con las soluciones dadas con anterioridad; es decir, los precedentes que halla no son convincentes. Y razona de esta manera: “Si bien esta Corte debe considerarse normalmente obligada al respeto de las precedentes decisiones de la misma especie, no obstante ello debería tener plena libertad para diferir de sus propios precedentes cuando esté convencida de que ellos son errados”.

Y se pregunta cómo debe argumentar para salir del paso: “Si esta Corte -dice- ha cometido un error, ¿debe continuar cometiéndolo aunque tenga conciencia de ello, y esperar que sea corregido por la House of Lords. Por una parte, es posible que la House of Lords -que es el Tribunal Superior- no tenga jamás la oportunidad de repararlo”. Y, luego de plantearse diversas situaciones, concluye expresando que “con el sistema vigente, una decisión de este punto de derecho puede perpetuarse por siempre. Más todavía: aunque la cuestión sea llevada a la House of Lords, es posible que transcurra un año antes de que concluya su tramitación. ¿Cuál sería, entonces, la actitud de las Cortes inferiores en ese período? Aquí se plantea un dilema: o se aplica la decisión errada o, de lo contrario, se actualizan los nuevos casos, mientras que se espera la decisión final de la House of Lords. Nada de esto sería extraño. De ocurrir la peor de las hipótesis la justicia llegaría tarde o, en todo caso, sería denegada mientras que la decisión no sea corregida”.

Luego de otras disquisiciones relativas a la organización de justicia, Lord Denning, acude a la cita de la opinión de un juez de la House of Lords que, en 1852, había dicho: “... ustedes no están obligados por ninguna regla que habían precedentemente seguido, si en una ocasión posterior tenéis justos motivos para diferir de esa regla; lo cual significa que esta Cámara, como todas las otras Cortes de justicia, tienen un *poder innato de corregir los errores* que ella pudo haber cometido”.

La regla del *precedente vinculante* no es absolutamente una *regla de derecho*, afirma luego el juez. “*Es simplemente una práctica o uso establecido por la Corte para regular su propia actividad*”. Por consiguiente, “la Corte (en composiciones o circunstancias posteriores) puede alterar la práctica o modificarla o inaugurar nuevas orientaciones, tal como lo hizo la House of Lords en el año 1966. De tal manera -sigue expresando- pienso que estamos plenamente facultados para iniciar nuevas orientaciones y, según mi opinión, esta Corte debería seguir los mismos

principios adoptados por la House of Lords en el año 1966. Cada vez que le parezca a esta Corte que una decisión precedente está equivocada, debemos tener la libertad de apartarnos de ella, si así nos parece justo”.

Una vez más el juez recuerda: “Normalmente adheriremos al precedente”. Pero en casos excepcionales tendremos la libertad de apartarnos de él. Por ello, opino que deberemos extender la excepción consagrada en el caso “*Young v. Bristol*” (1944), que abrogó la práctica secular del precedente. No obstante, Lord Denning, se lamenta: “La verdad, es que la lista de excepciones se hará tan larga que terminará por aniquilar la propia regla; lo mejor será seguir simplemente el mismo criterio práctico de la House of Lords”.

7. No hay ninguna duda, pues, de que el sistema del *common law* es un sistema extraordinariamente flexible, que se adapta de fácil manera a situaciones nuevas y cambiantes. Es natural que ello lleve consigo la absoluta necesidad de que los jueces sean extraordinariamente probos y prudentes, para que no se llegue a una anarquía.

Se entiende que la seguridad en la administración de justicia está en relación inversa con los cambios, pero tampoco debe olvidarse que la realidad mutante impone necesariamente nuevas orientaciones y nuevas reglas. Una vez más, repetimos que la prudencia es la suprema guía en este mundo en constante evolución.

La relación precedente, también, nos muestra una vez más que el sistema inglés se caracteriza por seguir un derrotero *empirista*. Tiene un constante contacto con la realidad judicial concreta, que no abandona en ningún momento y se adapta a todas las circunstancias. La Lógica de que se vale es una Lógica considerada en su aspecto *empirista*, que sigue una secular tradición.

Para que se tenga conciencia de la manera cómo aplicamos los conocimientos lógicos a situaciones jurídicas como la presente, debemos significar que los *conceptos* jurídicos que *construimos* en la ciencia jurídica gozan de *extensión y comprensión*, como todos los conceptos lógicos.

La *extensión* está dada por el número de individuos (o cosas o casos o situaciones) que el concepto abarca. Por ejemplo, el concepto *hombre* abarca a todos los individuos de la especie humana (es decir, a toda la humanidad o todos los hombres). La *comprensión* está dada por las notas específicas que definen a cada concepto.

En el caso presentado en el juicio “*Donoghue v. Stevenson*”, tal como se resolvió, se produjo una *extensión* del núcleo conceptual “*daño resarcible*”, pues se incluyeron en él los casos de daños sufridos por quienes no habían tenido parte en la relación contractual. Obsérvese que en la jurisprudencia anterior los precedentes citados por Lord Atkin sólo contemplaban el resarcimiento si hubiere existido una relación contractual entre actor y demandado, o bien, que el caso estuviere previsto en una ley. En consecuencia, el núcleo conceptual abarcaba una relativa pequeña cantidad de situaciones. Pero, con la nueva jurisprudencia, se abrió una compuerta destinada a satisfacer todos los casos en que los actores hubiesen sufrido un daño debido a la negligencia del productor o fabricante del objeto, aunque no hubiese una relación contractual directa entre actor y demandado. De ahí la mayor extensión del núcleo conceptual “*daño resarcible*”, generada por esa ampliación que abarca la inmensidad del público adquirente de vehículos (y otros objetos) y que los obtiene, generalmente, de concesionarios.

8. Una vez más haremos una incursión por la jurisprudencia de la isla -en este caso Escocia- para comentar el caso “*Daniels and Daniels v. R. White and Sons and Tabard*” (1938). Traemos a colación este caso, que ha ocurrido en Escocia, porque representa una variante importante -dado que existe una ley especial que contempla la situación- no obstante tratarse de un país de habla inglesa.

Veamos. El señor Daniels visitó el pub de la señora Tabard y adquirió una botella de limonada marca *White* y una cerveza. Llegado a su casa con su compra bebió parte de la limonada y ofreció a su esposa un vaso que ella bebió también. Inmediatamente, ambos sufrieron una sensación de quemazón estomacal y cayeron enfermos. Luego de las respectivas consultas se diagnosticó que la enfermedad de ambos se debía a la limonada cuya botella contenía fenol. El estudio de la botella determinó que el resto del contenido contenía una apreciable cantidad de fenol.

Los esposos Daniels demandaron, acto seguido, los daños y perjuicios con más los intereses pertinentes, al fabricante de la limonada y a la dueña del pub que les había vendido la limonada, con el objeto de obtener la reparación de los daños sufridos con más las pérdidas del salario debido a su enfermedad. El fabricante demandado fue eximido de toda responsabilidad; la dueña del pub fue juzgada responsable y condenada a pagar los daños e intereses.

El juez Lewis, que resolvió la causa, opinó, en primer lugar, que la demandada, señora de Tabard, con seguridad era inocente con respecto al contenido de la botella. Seguramente, había obtenido la botella del fabricante, tres días antes de la venta, y la había colocado en un estante. Luego, la había vendido al señor Daniels. Nadie, ni el señor Daniels ni la señora Tabard, niegan los hechos acaecidos y están plenamente de acuerdo sobre lo ocurrido. El señor Daniels entró a un establecimiento, habilitado para ese comercio, y dijo: “Deseo una botella de limonada marca “R. White”; y la señora Tabard le vendió exactamente lo que él había pedido. Pero, se comprobó después que la botella contenía fenol y la limonada no reunía “calidad comercial”.

La gran pregunta, entonces, es: la señora Tabard, “¿es responsable o no de los daños sufridos por los esposos Daniels?”

Desde el punto de vista contractual, a primera vista, el caso es claro. El señor Daniels pidió una limonada marca “R. White” y obtuvo la tal limonada. No se trata aquí de una contraprestación que requiere un arte especial. Se ha solicitado una marca especial de mercadería y el señor Daniels recibió exactamente lo que él pidió. El quiso una limonada de tal marca y se le entregó la limonada descripta. Por su parte la señora Tabard, si bien no cometió ninguna falta, entregó la mercadería que *no tenía calidad comercial*.

Es verdad que el abogado de la señora de Tabard menciona un *precedente*, según el cual habría que examinar si la cuestión litigiosa podría o no estar regida por un artículo de una ley (en el caso artículo 14) que se refiere a que la mercadería vendida depende de la competencia o apreciación de la vendedora (señora de Tabard). El juez interpreta que Daniels obtuvo lo que pidió, de tal manera que ha sido ésta una venta bajo descripción. En consecuencia, el juez entiende que -con mucho pesar- la solución es que la señora Tabard -perfectamente inocente- es, sin embargo, responsable del perjuicio sufrido por los actores, en virtud de la existencia de una ley que rige expresamente el caso.

En esta litis, el juez no aplica un precedente, sino una norma legal. El caso es citado en la obra de Neil MacCormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit* (Paris, Presses Université de France, edición francesa de 1996, traducción de la edición inglesa de Oxford University Press de 1978). El ilustre autor, profesor de la Universidad de Edimburgo, al hacer el examen del fallo, señala que el juez ha empleado un argumento *deductivo*, esto es, que la *conclusión* está *implícita* en una o más proposiciones denominadas *premisas*.

Según ello, estamos ante un silogismo y el razonamiento es plenamente deductivo, a la manera de lo que ocurre ordinariamente en el *civil law*. Más todavía: recalca que la especie suministra un ejemplo de un argumento deductivo válido.

La demostración de Neil MacCormick sostiene que el juez Lewis acepta dos premisas en su acto de juzgar:

- a) Toda mercadería vendida, según la ley, debe tener calidad comercial;
- b) La botella de limonada adquirida por Daniels contenía fenol (sustancia tóxica):

c) Luego, la botella de limonada adquirida por Daniels no tenía calidad comercial.

El análisis de MacCormick va mucho más allá todavía. En los casos semejantes que se habían dado con anterioridad, se había establecido, como una interpretación de la norma legal, que una cosa no tiene calidad comercial si tiene vicios que la hacen inadecuada para su uso normal, *pero no visibles cuando se hace un control ordinario*.

El razonamiento es lógicamente válido y responde a la fórmula:

Si **p** entonces **q**;

En el caso, **p**,

Entonces, **q**.

Las proposiciones se simbolizan por las letras **p** y **q**.

La premisa mayor es la norma legal y la premisa menor o fáctica está implicada (es un caso singular de la premisa mayor universal) en la mayor; de donde surge ahí la validez de la conclusión.

Por cierto, en todo caso en el que la litis halle la solución en una norma universal se presenta una argumentación silogística deductiva como la que se ha mostrado. La tarea ardua del juez es la interpretación de los hechos para la determinación de la premisa menor y la determinación de la norma aplicable, de la que resulta la premisa mayor.

9. Como aclaración final diremos que también entre los anglosajones, como en la Roma antigua, existen dos cuerpos de normas (confr. 1936, Buckland, W.W. y otro, *Roman Law and Common Law*, Cambridge at the University Press, Cap. I, p. 1 y ss.):

a) En primer lugar, el derecho no escrito, que es el *common law*, que reconoce como origen la costumbre judicial, y cuya concreción cristaliza en los *precedentes judiciales*, es de naturaleza obligatoria, como se ha visto más arriba. Son normas judiciales *singulares (case law)*, puesto que, como se ha dicho ya, tienen su raíz en precedentes de raigambre tradicional, pero que, con los posteriores y sucesivos casos semejantes, reglan los conflictos del derecho privado y se adaptan a los cambios y mutaciones que las circunstancias históricas van señalando a medida que el derecho y la sociedad evolucionan.

b) En segundo lugar, el derecho escrito o *statute law*, es semejante a las leyes o códigos de los países del *civil law*. La fuente de la legislación escrita ha sido dada en forma de acta del Rey y, como dice Buckland, por muchas centurias con la cooperación de los dos Casas del Parlamento.

10. Y, por último, a semejanza de la antigua Roma, en el derecho anglosajón, en forma paralela al derecho existente, ya sea del *common law* y del *statute law*, se fue originando una función jurisdiccional, en la medida en que quedaban causas sin resolver porque carecían de tribunales. En estas causas, los petitionantes, en procura de justicia, acudían directamente al Rey, quien las enviaba a su Consejo, o bien a través de “peticiones de gracia”, en cuyo caso eran giradas al Canciller (confr. Ghirardi, J.C., *El derecho romano y el derecho anglosajón*, Córdoba, Explanatio, 1996, 2ª edición). Se trata de la *Equity*, que era administrada por un tribunal especial, como la *Chancellor's Court*, o por una Corte actuando con capacidad especial, como la de *Exchequer*. El canciller, merced a su Corte, se pronunciaba en situaciones determinadas, en las cuales los tribunales comunes no tenían jurisdicción y se expedía al efecto.

Naturalmente, andando el tiempo, estas resoluciones dieron lugar a un cuerpo de normas jurídicas, originadas por dichos tribunales, lo que se denominó la *Equity*, situación que perduró desde el siglo XV al siglo XIX. En esta última centuria, desaparecieron los tribunales independientes que ejercieron la *equity*, ya que se unificaron con los tribunales ordinarios del *common law*, pero -como importante característica- prevalecieron los principios de la *equity*, en

caso de oposición con los del *common law* (confr. Churchill, W., *Historia de Inglaterra y de los pueblos de habla inglesa*, Buenos Aires, Peuser, 1958, especialmente el Capítulo I).

RAZONAMIENTO FORENSE Y REGLAS DE LA SANA CRÍTICA RACIONAL

ARMANDO S. ANDRUET (H) *

Sumario: **I.** Preanotados al trabajo. **II.** Los contextos del problema. 1. Un sintagma nominal equívoco. 2. Contextos de razonamientos forenses. 3. Primera función de las RSC. 4. Evidencia de las RSC al sentenciar. 5. Nivel macrosentencial - RSC son racionalidad común. 6. Nivel microsentencial - RSC integran y coordinan. **III.** Aproximación lingüística-semántica a las RSC. 1. Diversidad de contenidos de las RSC. 2. ¿Qué cosa son las RSC? 3. ¿Las RSC son reglas? 4. Las RSC son directrices. 5. ¿Por qué las RSC deben ser sanas? 6. La sanidad como suficiencia o aceptabilidad. 7. Composición interna de las RSC. 8. Las leyes de la lógica no son RSC. 9. ¿Las RSC por qué deben ser críticas? 10. Conceptualización de las RSC. **IV.** Aproximación dinámica a las RSC. 1. Estructura modal. 2. Aspectos globales. 3. La función de la regla de la experiencia. **V.** Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. 1. Concepto y contenido de las RSC. 2. Modificación de la máxima de la experiencia. 3. Denuncia de la regla de la experiencia en casación. 4. Regla de la experiencia: *usus foris*, reglas lógicas y prueba. 5. RSC y unificación de criterios. 6. Regla de la experiencia y adecuación fáctica. 7. Utilización abusiva de las RSC. 8. Regla de la experiencia y adecuación sociológica. Obviedad. 9. Demostración de la incidencia concreta de las RSC. 10. RSC y conocimiento subjetivo del juez.

I. Preanotados al trabajo

Inicialmente corresponde que destaquemos, que el presente trabajo se inició poco menos que como un desafío de exploración sobre uno de los capítulos, sin duda, más importantes que configuran lo que se ha dado en llamar: derecho probatorio. Enfatizamos lo de “desafío” -porque en rigor- salvo pocos trabajos ¹ de los muchos que existen ², han intentado avanzar con nuevas miradas sobre un tema de remanida doctrina judicial.

Seguramente que el ámbito al cual fue orientada la presentación en manera inicial, colaboró de

gran manera a que la tarea especulativa anterior se viera fructificada, toda vez, que alguno de los jóvenes y talentosos procesalistas civiles presentes, luego me hicieron comentarios que sin duda, han mejorado mi propia comprensión del problema; motivo por el cual, expresamos nuestro agradecimiento por la acogida que la exposición tuviera y los aportes posteriores³.

Nuestra concepción de labor, no estuvo, sin duda, centrada en querer efectuar análisis que profundicen sobre la teoría probatoria y la incidencia mayor o menor de la utilización de las reglas de la sana crítica (en adelante, RSC), sino en intentar hacer una analítica de ellas; tratando que en dicho esfuerzo se esclarecieran situaciones y circunstancias que de ordinario no parecen tener mayor acogida en los estudios meditados que habitualmente se consumen en tales faenas científicas.

El estudio por otra parte que hemos concluido, en verdad sólo lo dejamos presentado y, por lo cual, no acompañaremos al mismo un aparato bibliográfico crítico como de ordinario nos gusta realizar; puesto que ahora vendrá otro tiempo de reflexiones donde sobre el aparato óseo que habremos de presentar, se puedan establecer las correspondientes articulaciones, conjunciones y rechazos con otros ámbitos del mismo derecho probatorio y, por supuesto, de la *ius* filosofía y del *ius* judicial.

Acéptese entonces la contribución sólo como un primer borrador de estudios ulteriores; mas lo que creemos en manera definitiva es que los trabajos que hemos consultado antes de completar el presente, en momento alguno tienen las precauciones que ahora indicamos; por lo que, si algún mérito cabe a estas reflexiones es intentar orientar pautas para una teoría de las RSC.

Por último, no podemos dejar de vincular los estudios de ahora, con una elaboración que anteriormente también presentamos en manera primitiva intitulada *Aportes para una teoría fenomenológica de la decisión jurisprudencial*⁴ y como se podrá apreciar oportunamente, existe una profunda comunicabilidad entre uno y otro. Pues por caso, si en aquella ocasión buscábamos los elementos que nos permitieran explicitar de alguna forma, lo que nombramos como '*zona media*' y que se ubicaba a mitad de camino entre la onticidad y lo fenoménico de la sentencia, es posible que las RSC nos ayuden a comprender dicho pasaje.

Finalmente adelantamos que la estructura de nuestro desarrollo serán dos grandes apartados teóricos y comprensivos de la conceptualidad de las RSC, el primero de ellos poniéndolas en perspectiva con otros problemas del mundo forense y, el restante, tratando de hacer unas aclaraciones que permitan una mejor captación conceptual de que decimos -o creemos decir- cuando hablamos de RSC. Luego se completa el estudio con una tercera parte, en donde recuperando alguno de los conceptos antes desarrollados, son presentados desde una perspectiva diferente y que nombramos dinámica.

Por último, una selección de jurisprudencia notable del Tribunal Superior de Justicia⁵ vinculada a las RSC, y que se hacen eco en cuanto así lo hemos considerado, de no pocos de los aspectos que han sido antes desarrollados.

II. Los contextos del problema

1. Un sintagma nominal equívoco

Fuera de toda discusión está que se trata el sintagma nominal RSC, uno de aquellos que a la hora de responder qué cosa decimos con éste, o lo que es lo mismo de preguntar ¿Qué son las RSC?, nos devuelve la respuesta a un campo de equivocidades que mucho sorprende, particularmente a la hora de revisar que la mencionada noción al menos desde lo conceptual, sin duda que parece tratarse de una cuestión de mucha importancia para la vida forense corriente.

Sin embargo, no debería sorprender que cuestiones de una alta utilidad en el mundo del derecho, cuando son sometidas a requerimientos precisos, no se encuentran de primer análisis buenas formas de explicarlas, no ya desde su misma causalidad, sino desde su propia razón suficiente. Una razón de la envergadura del problema que estamos mostrando creemos que al menos hunde sus raíces, en una falta de miramiento de contexto que los procesalistas civiles han realizado del problema.

Han omitido considerar dichos autores, desde nuestra perspectiva, que siendo la cuestión de las RSC materia del derecho probatorio, éstas en manera indiscutida tienen cita dentro de un litigio y, por lo que a su vez, toda cuestión de naturaleza controversial judicialmente resuelta, se cumple sobre los marcos que alguna especie de razonamiento forense como tal, tutela.

2. Contextos de razonamientos forenses

Decimos que hay diferentes tipos de razonamientos forenses porque, sin duda que desde cada uno de ellos, se puede estar presentado una manera ideológica y filosófica de concebir a la misma ciencia del derecho y que no puede dejar de mostrarse, bajo la apariencia de un determinado modelo de razonar el derecho y, a partir del cual, se habrán de organizar los códigos procesales.

En este contorno del problema, proponemos cuatro miradas claras acerca del razonamiento forense. La primera de ellas, es la que resulta de la militancia de la *escuela de la exégesis* francesa y en la cual, el capítulo vinculado con la apreciación probatoria y, por lo tanto, en donde se inscriben las RSC, no han tenido un desarrollo significativo. Ello se explica en función de que si la exégesis como movimiento iusfilosófico, en realidad, lo que aspiraba como máximo resultado era el de tener una acabada previsibilidad de lo que podían hacer los jueces y, por consiguiente, todo el derecho se identificaba sólo con la norma; pues que las RSC rompían con todo un modelo de previsibilidad.

Dejar librado a las mismas reglas, las definiciones que los jueces podían hacer en el proceso subsuntivo, resultaba un riesgo importante para la misma estabilidad del sistema, por lo que fueron las RSC reducidas a una mínima expresión. La confianza no estaba puesta en la libre apreciación del juez, sino en la previsibilidad que había podido hacer, casi hasta agotar la realidad, el propio legislador.

Un segundo modelo, que sin duda tampoco tiene ningún atractivo para las RSC es acaso el que se puede colegir, de un modelo forense que fuera *demostrativo puro*. Y si bien se puede estar proclive a pensar, que dichos sistemas son propios de los cánones científicos, lo cual es cierto, no se puede desconocer que ha habido fuertes mentores de dicha especie también en el mundo judicial.

En una tal perspectiva, las RSC ningún tipo de ayuda pueden brindar al intérprete, puesto que por definición en dichos modelos, lo que existen son dogmas y no problemas y los mencionados dogmas, son resueltos siguiendo un método que aparezca claro, completo y previsible y, por ello, dichas reglas no son útiles en manera alguna.

Son modelos demostrativos entonces, los que podemos advertir que tienen rasgos autocráticos o totalitarios en una manera ostensible, con ello puntualizamos, a contrario, que en realidad no hay especie de razonamiento forense que sea ajena a dichos rasgos, mas el problema es cuando todo el sistema adolece del mismo defecto. En un modelo totalitario, dejar en libertad al juez que se valga de las RSC para ponderar un determinado hecho, es una *contradictio in terminis*.

Tampoco podría ofrecer una aplicación de las RSC si el modelo de razonamiento forense fuera el de ser *puramente arbitrario*, como seguramente que lo fueran modelos judiciales primitivos; en donde la regla de la valoración probatoria era una de tanta arbitrariedad, que por exceso torna de inservibles las RSC. El juez, en definitiva, no tiene reglas que lo orienten en la ponderación

probatoria de los hechos, o si tiene algunas, son justamente las que él mismo quiere autocumplir.

Finalmente si el modelo judicial fuera el que propone en alguna de sus versiones, el *razonamiento práctico* y, por lo tanto, signado por un eje axial de lo dialéctico, parece indiscutido que las RSC algún tipo de interés puedan tener; toda vez, que si bien la valoración probatoria es individual de cada uno de los jueces que las realizan, ello no excluye que exista algún conjunto de cuestiones que definitivamente tengan que gozar de una suerte de aceptación común a la mayoría de los operadores jurídicos.

De esta manera, vendrían a ser las RSC como asimilables a los mismos tópicos jurídicos particularmente a la hora de estudiar la misma génesis intelectual y, por lo tanto, antes de estar reflejadas bajo un ropaje procesal.

3. Primera función de las RSC

Justamente siendo el razonamiento forense uno práctico, implica en apretada síntesis, al menos, lo siguiente: por una parte, que tienen una movilidad y plasticidad sus premisas que ninguna realidad puede imaginar *a priori* todas ellas y, por otra que estando sometidas ellas a una lógica práctica, al cumplimiento de la razón suficiente y a mostrar las razones que hacen que una razón valga más que la otra; las RSC cumplen un rol trascendental.

Trascendental decimos en cuanto ellas son las que permiten *-grosso modo-* diferenciar en el mencionado ámbito forense, aquellas cuestiones que son subjetivas de las que son arbitrarias. Huelga destacar que ambas son fruto de la razón volente del sujeto, mas las primeras descansan sobre algún conjunto de explicaciones que pueden ser exteriorizadas, por ello comprendidas y seguramente que también aceptadas, las restantes son de imposibilidad sostener su comunicabilidad a los otros, sea porque no hay razones para su elección o las que existen no sortean ningún test de razonabilidad.

Las RSC son entonces y *prima facie* un verdadero límite, esto es, un control. Dicho límite, lo que demarca, es aquella región interna de la otra externa del juez como, a la vez, el cumplimiento de una realización censatoria, todo lo cual hace que lo que resulte puesto en el plano externo de la voluntad del magistrado se torne a la vez controlable por los terceros. De otra manera, las RSC serían un conjunto de “criterios de racionalidad” que permiten que ante determinadas circunstancias que las propias leyes procesales se ocupan de indicar, la ponderación probatoria exteriorizada sea posible de ser controlada por los terceros, justamente basándose en que se trata de opciones tópicas las que con las RSC se efectúa.

De esta manera, las RSC sólo vienen a ser importantes en este modelo de razonamiento forense y en ninguno de los restantes. Y ello ha sido de esta manera, porque en la base de la mencionada intelección, está prevista la posibilidad de generar pautas de control del mismo. Las RSC se convierten de esta manera, en técnicas de control judicial intermedias, pues por ellas se diferencia, sin duda, lo que aparece como indecible *-interno-* con aquello que resulta posible *-externo-* o para decirlo de otra manera, distingue la creencia subjetiva con la demostración conveniente.

Importa destacar también, que al ser técnicas de control judicial las RSC son falibles en determinadas circunstancias, de particular o extraña complejidad; sin embargo, para las cuestiones generales o más o menos estandarizadas, por lo corriente son suficientes, porque ellas están hechas de lo que ordinariamente es regla de realización común en los ámbitos de la vida y experiencia común.

4. Evidencia de las RSC al sentenciar

Si bien hemos dicho que el tema de las RSC está inscripto dentro de un modelo de razonamiento forense y que particularmente hemos focalizado en el de tipo práctico-dialéctico; con mayor detalle ellas sirven por su carácter de control que acabamos de señalar, en ocasiones en que habrá de dictarse la sentencia judicial.

Huelga recordar que la sentencia ⁶, más allá de la definición que (i) desde el derecho procesal tiene, pues contiene otros perfiles de no menor interés, tales como que ella, (ii) también refleja los derroteros de una política institucional judicial determinada, (iii) deja la huella de los perfiles idiosincráticos, ideológicos, filosóficos y de cosmovisión que el juez dictante posee frente a tales o cuales cuestiones y, finalmente, (iiii) muestra a un auditorio universal una manera de resolver con justicia el caso concreto.

Y si bien a la hora de visualizar una resolución judicial no se advierte con alguna precisión y para la mirada no perspicaz que tiene una doble trama en su confección. La segunda y, por lo tanto, más superficial y por ello fenoménica, es la que inmediatamente se percibe y que denuncia en términos más o menos precisos los capítulos (i) y (ii) y en una manera posiblemente ambigua, el que lleva el número (iiii) que han sido señalados. Mientras que la trama profunda o substancial, es generalmente sobre la cual se arma la resolución y que se refleja con alguna nitidez en el capítulo (iii) y con igual dificultad claropinta en el (iiii).

De esta manera se puede concluir que la sentencia judicial tiene una estructura que podemos nombrar como macro decisional y micro decisional. La primera es fenoménica y, la segunda, substancial. En cada una de ellas, como intentaremos mostrar se evidencian las RSC.

5. Nivel macrosentencial - RSC son racionalidad común

En el mencionado nivel decimos que las RSC, serán propiamente un elemento de contralor para los terceros como para las partes. De cualquier manera dicho control será ejercitado en tanto que las mismas reglas, vienen a configurar una suerte de lenguaje universal procesal probatorio que por lo tanto, permiten unificar para todos, una misma temática que por lo tanto, se vuelve más o menos previsible y que pueda ser aprobatoria o reprobatoria por el nombrado auditorio.

La misma noción de racionalidad común de los operadores jurídicos, pasa por otorgarles a dichas RSC un contenido aunque no sea definido ni explicitado en la totalidad de sus aristas, deviene *per se* compartido por la comunidad jurídica. Desde este punto de vista se puede decir, que el cumplimiento de tal uso de las RSC hace que la resolución judicial pueda sortear con éxito una suerte de test de juridicidad.

El mencionado test reiteramos, se aprueba y, por lo tanto, la resolución goza de una autoridad en la comunidad científica, cuando un auditorio universal proporciona el crédito de que dicho instrumento alcanza estándares de racionalidad que los ha podido justamente establecer, habiendo utilizado para ello de las nombradas RSC.

Por ello es que un modelo de razonamiento forense práctico, que no se apoye en las RSC es claramente incontrolable, lo cual en el ámbito de lo jurídico es lo mismo que decir que éste resulta arbitrario.

Reiteramos, entonces, que a nivel macrodecisional las RSC son una herramienta o, si se prefiere, una técnica de control jurisdiccional.

6. Nivel microsentencial - RSC integran y coordinan

Mirando ahora el problema desde otra de las perspectivas anunciadas, esto es, la cuestión microdecisional, la temática nos posiciona frente a las diferentes etapas en las cuales las resoluciones judiciales van siendo construidas por el sentenciante y, en ellas, las RSC cumplen una función de integración y coordinación entre los diferentes campos decisionales o microdecisionales existentes.

Para explicarnos mejor en la idea, pues basta con pensar que cada una de las tantas microdecisiones que se pueden tomar, verbigracia, resolver una ponderación testimonial o pericial, implica construir lo que se ha dado en llamar los nodos decisionales y que son a su vez, los que de alguna manera permiten al juez, situarse en una suerte de categorías reales que lo vinculan particularmente con las siguientes áreas: a) tempo-espaciales, b) jurídico-normativas y c) biológicas, dotando al juez cualquiera de ellas de la suficiente autoridad, conocimiento y/o experiencia para que tal ubicuidad sea con verdadera suficiencia.

Como se advierte entonces, las RSC hacen las veces de censoras en el ámbito interno sentencial puesto que ponen en marcha, el juicio de la naturalidad, coordinación e integración de los distintos nodos sentenciales existentes, proporcionando todos ellos un resultado que resulte razonable para un auditorio universal. Mediante las RSC la misma historiografía sentencial se pone a prueba.

III. Aproximación lingüística-semántica a las RSC

1. Diversidad de contenidos de las RSC

Tal como conocemos el sintagma nominal que nos ocupa, ha tenido a lo largo de la literatura jurídica una notable cantidad de contenidos, todo lo cual, ha permitido, entre otras cosas, afirmar su equivocidad. Mas de lo que parece que no existe dubitación alguna, es que emplazadas las RSC en el mundo de lo jurídico, se explican ellas vinculadas con los sistemas de apreciación o valoración de las pruebas.

De cualquier manera se podría también apelar a las RSC en el ámbito de la literatura, en el mundo del arte o de la propia filosofía y, en cualquiera de dichos espacios, la cuestión tendría una completitud diferente a la que ahora se asigna. Si fuera en la literatura, parecería que nos estamos refiriendo a ciertas discusiones acerca de los cánones literarios admitidos como tales; por otra parte, si fuera el arte nuestro discurso, seguramente que la vinculación vendría de la mano con la discusión por la conveniencia o no de la belleza o el gusto y, finalmente, si la cuestión de filosofía se tratara, la crítica o dicho en sentido lato, las RSC se vincularían en cuestionar acerca de la existencia misma de la capacidad cognoscitiva del sujeto cognoscente.

2. ¿Qué cosa son las RSC?

Siendo ahora nuestro límite la materia jurídica, bien podemos indagar acerca de qué cosa son las RSC, aunque debemos señalar anticipadamente que renunciamos en la búsqueda de la respuesta a toda uniformidad conceptual. Pues justamente por lo que finalmente podremos decir de ellas, está claro que lo único que casi con certeza no se puede decir: es que son ellas. Se trata sólo de una explicación configurativa, en modo alguno causal o conceptual.

En orden a lo dicho, se han repetido con cierto enfado a veces los siguientes contenidos: (i) son

normas de la lógica que operan en el criterio personal de los jueces; (ii) son reglas del entendimiento humano; (iii) son las reglas de la experiencia juzgadas en el caso concreto; (iiii) son criterios de lógica no precisados en la ley o meras directivas señaladas al juez, cuya necesaria observación queda sometida a su prudencia, rectitud y sabiduría.

Luego de esto y como una buena disección epistemológica parece sugerirlo, resolvamos algunas cuestiones previas, antes de afrontar el costo de otorgar una aproximación personal y que en nuestra opinión supere cierta superficialidad que existe en los anteriores contenidos que a dichas reglas se les ha podido brindar.

3. *¿Las RSC, son reglas?*

Si bien puede parecer una cuestión de Perogrullo la pregunta, en realidad hemos podido considerar que a la doctrina autoral, poco le ha interesado por hacer la falsación de si realmente, las RSC son efectivamente reglas.

A los fines de llevar adelante dicha gestión, sin duda que el modelo que otrora postulara el finlandés Henrik von Wright resulta de indiscutida actualidad ⁷, y si bien es posible que la matriz de trabajo pueda ser otra distinta, lo que no se puede desconocer es que al menos la vía elegida, se trata de una que permite generar las coordenadas para el contralor por terceros que de otra manera no sería posible de ser realizado.

Para el nombrado autor, existen un conjunto de realizaciones que integran lo que él llama normas mayores y, entre ellas, existen algunas reglas. La pregunta sería, si las RSC serán posibles de ser predicadas de alguna de esas reglas. Las nombradas normas mayores son: reglas definitorias, prescripciones o leyes del Estado y las directrices o normas técnicas.

En primer lugar, no se puede dejar de señalar, que atento a que hablamos de reglas, uno se encuentra volcado a ubicarse dentro de la primera de las categorías y mucho más aún, cuando se toma conocimiento de que las conocidas reglas de la lógica integran parte de esta primera categoría y como es también un lugar conceptualmente común que las RSC, tienen mucho que ver con las leyes de la lógica.

Pues justamente las reglas de la lógica, atento a las características que les resultan propias, no pueden ser consideradas ni descriptivas ni prescriptivas, sino que son reglas definitorias. Y si las RSC tienen una indiscutida relación con las reglas de la lógica, tal como ordinariamente se sostiene, ¿también podremos decir que son reglas definitorias? Admitamos provisoriamente la afirmación.

De cualquier manera repasemos qué significa que sean definitorias las reglas de la lógica. Por una parte, si admitiéramos que son descriptivas, ellas se tendrían que ocupar de describir la manera en que la gente razona o piensa, pero, sin duda que ello aparece claramente incompatible con el carácter que *a priori*, a su vez, otorgamos a las reglas de la lógica. Si por el contrario, el camino es el inverso, y pretendemos atribuirle el sesgo de ser prescriptivas, en modo rápido se advierte que la prescripción que de ellas se sigue, es bastante diferente a la manera en que prescriben las leyes del Estado en cuanto que ellas, nos obligan, prohíben o permiten.

Las leyes de la lógica no pretenden que las personas piensen correctamente de la misma manera que el Estado aspira, a que los ciudadanos cumplan con la ley sin más; en realidad, las leyes de la lógica lo único que hacen es otorgarnos patrones para que su cumplimiento nos otorgue el convencimiento de la corrección que ha sido seguida y que ello, a su vez, importa la asunción de una categoría de verdad o falsedad del juicio.

Por tales razones es que las leyes de la lógica son reglas determinativas acerca de inferencias posibles que en el orden del pensar se pueden realizar. El mencionado tipo de reglas, nos indica

entonces la secuencia de operaciones -o de movimientos- que nos está permitido realizar en dicho campo para que puedan ser consideradas ellas como correctas -o permitidos-. Quien no cumple las operaciones o movimientos, en realidad lo que está haciendo es violar lo que provisoriamente puede ser nombrado como el pacto y que a su vez, puede tener un doble origen.

O puede ser el mismo de naturaleza convencional y por lo que, las realizaciones que se cumplen o incumplen son movimientos y que se evidencia por caso, cuando se colocan acordativamente cuáles reglas de juego son las que autorizan los movimientos incluidos o excluidos; o, por el contrario, son ellas no-convencionales y, por lo tanto, no son fruto de acuerdo posible alguno y se trata entonces de operaciones -en cuanto se refieren a inferencias del entendimiento- y que por su aprehensión de lo veritativo no pueden quedar a expensas de un conjunto de personas -aun cuando sean las más competentes- en construir aquello que resulte luego ser predicado como verdadero. Lo verdadero es lo que es y no lo que, acordativamente se nombre tal.

Trasladando las conclusiones que acaban de ser señaladas, podemos volver a considerar, de qué manera el carácter prescriptivo y descriptivo se advierte cumplido o no, dentro de las RSC a los fines de poder conocer, qué clase de reglas son ellas.

Por lo pronto parece fuera de toda discusión que ellas tienen un carácter prescriptivo, puesto que son *a priori* de los casos en los cuales van a ser utilizadas y ello es suficiente con advertir que están emplazadas en la norma general procesal, como así también que existe una clara sanción para el caso que no haya sido utilizada, nulificando el movimiento o acto procesal de que se trate. Sin embargo, lo que ellas no tienen y, por lo tanto, no son completamente asimilables a las prescripciones, es porque sin duda que ellas carecen de lo que se conoce como un carácter normativo.

Pero, a la vez, tampoco esto nos coloca frente a que ellas puedan ser predicadas como reglas descriptivas, puesto que lo descriptivo por definición es aquello que resulta singular a cada una de las circunstancias fácticas; mientras que con las RSC se intenta lejos de fragmentar o atomizar la valoración probatoria, el intentar buscar una cierta cuota de uniformidad en la ponderación y, por lo cual, aquellas circunstancias que aparezcan claramente separadas de una categoría de *maximin* -máximos y mínimos convencionalmente admitidos- será claramente tachada por su ruptura con una regla de igualdad y por lo cual, autoriza a que se denuncie su violación.

No siendo entonces posible que las RSC sean asimilables a las prescripciones o a las descripciones normativas, se puede afirmar provisoriamente que ellas son reglas definitivas. Definen -o al menos es lo que intentan- frente a determinadas circunstancias procesalmente reconocidas, cuál es el criterio uniforme y suficientemente aceptado y/o acordado en que debe ponderarse un determinado hecho y/o conducta.

Habíamos señalado también, que integra el capítulo de normas mayores las que propiamente son prescripciones o leyes del Estado. Es de inmediata percepción que las RSC no pueden ser nunca equiparadas a ellas, pues justamente la ausencia del núcleo normativo específico de las RSC -autoridad, sujeto y ocasión- impide la asimilación con ellas y, a la vez, es lo que les otorga la multifunción que pueden realizar. Desde este punto de vista, bien se puede señalar, que las RSC son totifuncionales, mas que sean de este modo, no significa que puedan ser invocadas en cualesquiera circunstancias, sólo lo serán en cuanto cumplan con un protocolo de admisión que a la vez radica, en la misma razonabilidad que ellas tengan.

Queda por último conocer si las RSC podrán ser consideradas acorde a la tercera de las especies de las normas mayores, esto es, directrices o normas técnicas. A tales efectos, baste con recordar que son aquellas que nos indican los medios que hay que emplear para alcanzar un determinado resultado. Por tal razón, las instrucciones para el uso de algo es una directriz.

Cabe agregar también, que las mencionadas no son ni prescripciones, descripciones o

definiciones, sino que son normas que tienen una “condición necesaria” para que se pueda producir un determinado resultado. Por caso cuando se afirma: “Si quiere *viajar seguro* por las rutas, adquiera un *automóvil de primera marca*”; se puede reconocer que el primero de los destacados es el resultado que se aspira conquistar y, el segundo de ellos, es la condición necesaria para su consecución.

No son normas hipotéticas como *prima facie* se puede creer, puesto que en las que primero hemos nombrado, la condición, no es necesaria sino accidental.

Con esto queda por someter a una prueba de coincidencias a las RSC, a los efectos de descartar o no, si pueden ser consideradas reglas definitorias igualmente.

4. *Las RSC son directrices*

Tal como se advierte, el subtítulo no está colocado en manera interrogativa sino claramente afirmativa; por lo cual, habremos de otorgar alguna razón que sustente por qué nos alejamos de la posición que habíamos alcanzado párrafos atrás, cuando provisoriamente postulábamos que las RSC eran reglas definitorias.

A tales efectos vale tener presente, que si el objeto de las RSC es el poder/tener que efectuar la valoración del material probatorio colectado en la causa, acorde a ciertas y determinadas condiciones; las que, a su vez y, por lo general, son las mismas que responden a la pregunta qué clase de operaciones hacemos cuando nos ocupamos de las RSC y que remiten a la heterodoxia inclasificable de: reglas de la experiencia, leyes de la psicología, leyes de la lógica, sentido común, entre otras.

Pues justamente ese conjunto más o menos entremezclado y hacia dentro separable cada uno del otro, son los baluartes que vienen a conformar la misma condición necesaria que la directriz RSC requiere, y en tanto dicha condición necesaria no se cumpla -esto es, no pase el test de la razonabilidad a partir de una aceptación más o menos uniforme- el procedimiento -no procesal- sino constructivo de las RSC no se habrá cumplido y, por lo tanto, supuesto el caso que ellas lo mismo hubieran emergido procesalmente, podrán ser desmentidas sin mayor dificultad. Particularmente, dicho ejercicio se pondrá en marcha, evidenciando el carácter ridículo, risueño, absurdo que de ellas se obtiene.

De tal manera, que si la utilización de las RSC presupone para que ellas puedan tener algún tipo de aceptación procesal y poder/tener que sustentar un criterio de ponderación probatorio; acreditar antes que se ha cumplido con la demostración de que todas o algunas de las condiciones necesarias están siendo atendidas. Desde otro punto de vista, sólo se podrá invocar exitosamente las RSC cuando se sostengan ellas en alguna condición necesaria que les otorgue entidad, esto es, la aceptación -convencional o experiencial- de que la ley de la lógica, de la psicología, de la experiencia o del sentido común de esa manera lo confirma.

Así las cosas, afirmamos no ya provisoriamente que las RSC desde la teoría de las normas al menos, son directrices o normas técnicas.

5. *¿Por qué las RSC deben ser sanas?*

Un segundo aspecto sobre el cual queremos detenernos, y siempre desde esta aproximación

lingüístico-semántica sobre la que venimos trabajando, es cuestionarnos acerca del carácter que se atribuye a las RSC de ser o tener que ser ellas, sanas. En rigor poco se entiende en un primer análisis, el sentido de la referencia a la sanidad, toda vez que en el fondo con ella a la misma salud que deben tener las mencionadas reglas se está refiriendo.

La indagación por la pregunta sólo arroja una sola respuesta posible, como es que el concepto en cuestión ha sido utilizado sólo metafóricamente, al estar refiriéndose la mencionada cualidad de sanidad a entes que son inanimados como en definitiva son las reglas.

Mas como el análisis que hacemos es también semántico, bien se puede advertir que la sanidad se puede reconducir en una cierta exigencia de limpieza o claridad que en el mismo acto de elaboración o utilización de las nombradas RSC se debe poder percibir o ejercitar. Desde este punto reflexivo, el decir que las RSC deban ser “sanas” es más o menos lo mismo que decir que sean ellas “puras” y, por lo tanto creemos que se debe advertir en dicho criterio de pureza una suerte de fidelidad a ellas mismas. En síntesis, las RSC son sanas, porque son fieles a su misma esencia: no aceptan tergiversación, deformación, negociación; lo cual tampoco quiere decir que sean inmutables.

A los fines de aclarar el concepto nos podemos interrogar entonces, cuándo una directriz o norma técnica como la RSC es una tal, que se pueda nombrar pura. A ello respondemos: cuando aparezca lo más cristalina posible, lo que se evidencia, a su vez, cuando todos los que habrán de poder utilizar de ellas puedan hacer dicha ejecución desde una posición o mirada semejante. La regla es entonces sana, porque todos -o su gran mayoría- de los que sean integrantes de la comunidad que a ella utilizan, pueden asimilar a la nombrada regla de una misma manera y de un modo aunque no sea igual, al menos con una semejanza importante.

6. La sanidad como suficiencia o aceptabilidad

En definitiva se puede concluir desde este ángulo, que la sanidad de la regla hace a un carácter de suficiente aceptabilidad que se puede tener de la conclusión que se obtiene mediante la utilización de ella.

En orden a la respuesta en qué *ratio* se asienta la misma aceptabilidad de la RSC, decimos que ella se toma de la misma comunicabilidad que de la regla se pueda formular. Motivo por el cual, se debe pensar que la RSC es sana, cuando un auditorio universal en un contexto semejante al que enuncia el intérprete de la RSC, acaso pudiera tener la misma conclusión a partir de la utilización de igualmente la mencionada RSC.

Se trata entonces de una suerte de aceptación por la conformidad que se brinda a una suerte de patrón o estándar más o menos generalizable para todos y, por lo que la figura del auditorio universal que propondrá un resultado semejante al intérprete en concreto, es quien asegura el grado de comunicabilidad primero, de la utilización y de aceptación, después de ella.

7. Composición interna de las RSC

Sin embargo y según lo hemos dicho tangencialmente más arriba, las RSC como directrices o normas técnicas, tienen en su composición interna dos grandes especies de cuestiones, las que a su vez, son las mismas condiciones suficientes que se deben cumplir para que su utilización no pueda ser tachada de indebida o incorrecta.

Las mencionadas regiones se clasifican según puedan ser ellas constitutivas de las RSC, a partir de un proceso de suficiencia acordatoria o también, las cuestiones que integrarán las RSC pero que en manera alguna son posibles de dejar abiertas a una discusión. O para decirlo de otra manera a esto último, son aquellas cuestiones que ni el propio marco acordatorio del auditorio universal más calificado, podría hacer cambiar en su naturaleza ontológica y, por lo tanto, devendría en una *contradictio in adjectus* su aceptación.

Siendo el contenido de las RSC en una de sus regiones, aquellas cuestiones acerca de las que podemos acordar -cuestiones acordables- señalamos que ellas pueden ser pensadas y exteriorizadas bajo el ropaje más o menos aceptado de lo que son las llamadas “reglas de la experiencia”, pues el auditorio se puede poner de acuerdo en que ciertas cuestiones aunque fácticas no son definitivas pero tampoco son totalmente aleatorias o imprevisibles, cuando ese equilibrio, sin duda, inestable y, por tanto, siempre momentáneo y provisorio se ha logrado, es que la regla de la experiencia ha ganado su territorio.

Por la otra región, están aquellos componentes de las RSC que no pueden ser motivo de ninguna situación acordatoria y que ni aun el más calificado de los auditorios podría modificar, porque en realidad se apoyan en categorías que trascienden el mero acontecer del ser y por ello acordable, sino que se instalan en el mismo ser que acontece y que ahora no es sino, en el sujeto cognoscente -intérprete- que no puede conocer sino desde la propia dinámica de las categorías veritativas que la misma lógica proporciona.

Sin embargo, que el auditorio universal acuerde en una determinada regla de la experiencia, no impide que se pueda probar que en el caso concreto, ésta se pondera de una manera diferente. Para ello en realidad no hace falta otra cosa, que no sea el demostrar y por lo tanto establecer que el tópico en el cual la regla de la experiencia se asentaba, por las diferentes razones que habrá que considerar y ponderar se demostrará que han variado, mutado o perdido la entidad antes asignada.

Ello resulta muy corriente cuando se altera el tópico inicial de cantidad con el cual se ha logrado imponer una cierta regla de la experiencia que es contenido de la RSC, por otro tópico de calidad, que justamente lo que hace es poner en grado de ponderación suficiente al mismo auditorio universal, que una situación de excepcionalidad es tan atendible como regla de la experiencia, que aquella de generalidad.

En cuanto respeta a la segunda de las cuestiones, esto es las leyes de la lógica y que integran el contenido de las RSC; según hemos dicho ya, aquí no hay acuerdo posible, la existencia de ellas es imperativo y por lo tanto, la opción es binaria o se cumple o no.

8. Las leyes de la lógica no son RSC

De todas maneras nos parece conveniente hacer una reflexión un tanto más aguda en cuanto concierne a las llamadas leyes de la lógica y que tal como dijimos más atrás, son reglas definitorias.

Intentaremos afirmar que ellas en rigor no integran lo que venimos demarcando como RSC, pues son superiores a cualquier prescripción y no son tampoco denunciabiles como integrantes de ninguna de las regiones de la RSC. Las leyes de la lógica son propias a todo el razonamiento forense y funcionan autónomamente y su violación no es denunciabie como violación a las RSC sino como auténtico error *in cogitando*. La lógica en el sentido mayor al que nos referimos ahora, es siempre garantía formal del razonamiento del juez, así como las RSC son garantía de comunicabilidad de una ponderación probatoria.

Somos de la opinión de que cuando se habla de “leyes de la lógica” en rigor se está hablando de la lógica en un sentido casi vulgar. Esto es lógica por lógica natural y que en muchos órdenes de la

vida se refiere a la manera corriente en que las cosas se suceden. Hay aquí una apelación a un sentido común o lógica primitiva al cual de ordinario los operadores jurídicos se refieren; pero en modo alguno a un modelo lógico -sin importar cuál- propiamente integral, sistémico y veritativo.

De esta manera es que tendríamos para nosotros, que las directrices o normas técnicas de apreciación de las pruebas, imponen como condición necesaria para tal acto valorativo, que dicho ejercicio de ponderación sea acorde lo suficientemente aceptado esto es, exista una opinión común generalizable de una determinada regla de la experiencia para aquellas cuestiones posibles de colocarlas en dicha especie.

O que para las proposiciones que no son dispensables por el acuerdo, se les atribuya una ponderación acorde a lo que el mismo sentido común recomienda o acaso a los propios mecanismos internos -o lógicas temáticas- que cada una de ciertas realizaciones pueda tener, se les acuerde el mencionado marco referencial probatorio. En este último aspecto agregamos que si bien, las leyes de la lógica, según lo dicho están por encima de todo análisis, bien se puede pensar que en ciertas prácticas por caso profesionales, comerciales o sociales, se generan sus propias leyes que organizan y sistematizan dichas habitualidades y que no pueden ser desconocidas por el intérprete, so riesgo de no gozar la conclusión de aceptabilidad alguna.

9. ¿Las RSC por qué deben ser críticas?

Queda por último precisar acerca de por qué las mencionadas “reglas” -que en verdad son directrices- a las que atribuimos el grado de ser ellas “sanas” -en el sentido de que han sido de alguna forma acordadas- son a la vez “críticas”.

Es decir, qué debemos entender por criticidad de las RSC. Según nuestra reflexión ahora, la noción nos invita a pensar que las nombradas reglas deben poder entrar en contradicción con el mismo carácter de sanidad o acordatorio que la mencionada regla acaso pueda tener. Queremos decir que el calificativo de ser “crítica” la ponderación, es la exigencia de que sea ella misma contradicha antes de ser aceptada como tal y que por lo tanto, en muchos casos la definición de tales reglas o directrices tiene un carácter relativamente provisorio, puesto que las circunstancias del contexto hacen que críticamente se puedan ellas reformular en su respectivo análisis.

De las RSC no creemos que se pueda predicar una ley universal o algo más o menos parecido a ella, es sólo provisorio, sin perjuicio de que su duración sea perdurable en el tiempo. Justamente la mayor crítica que sobre la regla que se esté utilizando se realice, es lo que hará que ella se vea potenciada o disminuida en su misma aceptación y comunicabilidad.

De cualquier manera, hay que señalar también, que la acción de criticar en este contexto, no es meramente el decir algo de una cierta cuestión que está siendo sometida a un análisis probatorio, sino en todo caso, el poder decir por qué aquello que se dice, aparece como en una posición superior y superadora de lo anterior. Criticar es hacer eje de la contradicción a la misma regla utilizada, presupone siempre un cuestionamiento desde una gestión argumentativa que resulte suficiente.

10. Conceptualización de las RSC

Con la provisoriedad que nuestros aportes tienen, y por aquello de que las teorías no son tales hasta que la comunidad científica no se apropia de ellas y para lo cual, generalmente se contradicen, debilitan o fortalecen tesis dichas y no dichas, animamos una conceptualización de las RSC y que en verdad era el único objetivo de la presente reflexión.

Así, decimos que las reglas de la sana crítica racional son directrices o normas técnicas, suficientemente acordadas por quienes tienen autoridad para ello, y que han sido sometidas a un argumento contramayoritario que han podido superar exitosamente.

IV. Aproximación dinámica a las RSC

1. Estructura modal

En el presente apartado, que seguramente podrá ser juzgado todavía más primitivo que el anterior, aspiramos a efectuar una presentación activa de las RSC, para lo cual haremos un verdadero desafío intelectual con el lector. Ello sin desconocer que el marco de reducción de la presentación puede conspirar negativamente.

Mirando a las RSC en lo que nombraremos desde un corte horizontal de ella, diríamos que avanzando desde lo más embrionario a lo más desarrollado de su actividad, se puede advertir una suerte de evolución o perfeccionamiento a lo largo de diferentes tramos o segmentos. En dicho orden cabe significarse, que ello resulta legítimo de considerar, toda vez que como el uso de las RSC es algo que en muchas ocasiones se va gradualizando *in crescendo*, acorde a que el uso anterior ha podido resultar un tanto insuficiente o no conveniente, decimos que en ellas hay entonces grados. Por caso, se puede hablar de algunas cuestiones, que la lógica interna de las leyes del mercado imponga con cierta habitualidad, pero que a su vez, terminen afectando ellas mismas a contenidos aun superiores de las mismas RSC, como por ejemplo, ciertas reglas de la experiencia.

A lo dicho entonces precisamos que las RSC, permiten establecer una continuidad en el discurso procesal probatorio de la familia del razonamiento forense práctico dialéctico. Se convierten entonces ellas, en un piso común.

También hay que destacar que a la hora de reconocer los tramos de dicho segmento que nombramos como RSC aparece una inicial, fuertemente vital y que se puede reflejar en conceptos tales como “saber originario y natural” lo cual le otorga a dicha regla, su base precientífica y por lo tanto asentada sobre el mismo sentido común. Un segundo tramo en el mencionado corte horizontal de las RSC, estaría signado por la utilización que generosamente se puede hacer de un amplio colectivo de cuestiones que hemos reconocido como reglas de la experiencia. Finalmente queda un último tramo que no es independiente del anterior, que se vincula al verdadero desarrollo especulativo, argumentativo y/o motivacional de la regla de la experiencia que ha sido utilizada y por la cual ésta es -tal como dijimos- crítica y, por lo tanto, se hace comunicativa.

Por encima del nombrado segmento, aunque para algunos de sus integrantes, las leyes de la lógica en el sentido más pleno.

2. Aspectos globales

En este breve apartado, queremos colocar una serie de corolarios que creemos que se pueden formular luego de haber presentado el aparato teórico que explica a las RSC.

a) En el uso corriente cuando hablamos de RSC, intentamos evocar con dicho concepto, una suerte de estándar jurídico suficiente y aceptable para todos. Se quiere imprimir con dicho uso, una especie de certificación de que aquello que ellas ponderan, goza de la calidad de lo que representan, y quien quiera ir en su contra, deberá asumir el costo de lo absurdo en la defensa.

b) Se puede identificar que cuando de RSC se habla, quien así lo hace, está apelando a que en el imaginario colectivo del auditorio se conforme una suerte de construcción suficientemente racional del estado conjetural de la prueba que ha sido rendida y que por esta vía, pretende ser ponderada de una manera determinada.

c) No es posible evitar el reconocer, que el tema genérico de las RSC, es sin duda uno de los espacios más entimemáticos que el mismo derecho procesal ha generado. Por lo cual, parece de dificultad insalvable encontrar criterios totalmente uniformes.

d) La experiencia judicial ha terminado por demostrar, que las RSC gozan de las mismas características de los conceptos prácticos en general y por lo tanto, son claramente indeterminados y que a lo largo del tiempo han ido recibiendo una metamorfosis propia que es siempre a su vez, provisoria.

3. La función de la regla de la experiencia

A no dudar que después de todo lo que ha sido señalado, la regla de la experiencia es sin duda el segmento más importante de las RSC tanto por su faz acordatoria o convencional como aquella experiencial y determinada intemporalmente.

De cualquier manera, como en el apartado anterior, proponemos una serie de aplicaciones que creemos que de ellas se pueden formular.

a) Las reglas de la experiencia conforman el criterio que cataliza y por lo tanto también, otorga una ventana para que el propio discurso fundamentatorio del juez pueda pasar de una etapa de descubrimiento a otra de justificación; o si se quiere de lo oculto a lo visible, de lo arbitrario a lo subjetivo.

b) Entre otras cosas, por las RSC la ciencia del derecho procesal particularmente es que se puede diferenciar de una disciplina demostrativa. Porque si bien el derecho es experiencia y la lógica sólo garantía formal del pensamiento, las RSC hacen las veces de igual garantía a aquellas cuestiones de la experiencia, que no tienen una prueba directa que les otorgue credibilidad.

c) No dudamos que las reglas de la experiencia pueden tener miradas subjetivas diferentes, en rigor tantas de ellas habrá como proyectos de vida puedan existir. Motivo por el cual, no dudamos que si las RSC no fueran propiamente críticas y por lo tanto, sometidas al argumento en contrario, sería una puerta de fácil acceso para que el juez introdujera sus propios proyectos vitales.

d) En gran medida las reglas de la experiencia con el tiempo, van dejando de ser tales, para convertirse derechamente en tópicos jurídicos.

e) Es propio de quien utiliza de las reglas de la experiencia el ser un hombre criterioso. De cualquier manera se percibe la dificultad en poder tipificar dicho hombre, para algunos se puede identificar con quien es culto, para otros, con quien es un auténtico hermeneuta jurídico.

f) En no pocas ocasiones las RSC concluyen siendo el resultado acordatorio de creencias comunes existentes en una determinada comunidad jurídica tolerante, plural y donde la acción comunicativa entre los miembros, es norma de procedimiento habitual.

g) Son las reglas de la experiencia las que van modelando en definitiva a lo largo del tiempo, la metamorfosis que indicamos vigente en las propias RSC.

V. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia

1. Concepto y contenido de las RSC

SANA CRÍTICA RACIONAL. NOCIÓN.

“... la sana crítica racional no equivale a arbitrariedad, ni a que el juez pueda decidir de acuerdo con sus simples sensaciones. Desde esta perspectiva, se ha sostenido -con acierto -que la valoración de la prueba supone ciertos criterios que sirven de límite o de dique de contención a los fines de evitarse arbitrariedad en la ponderación de los hechos. En líneas generales, estos criterios son esencialmente dos: la lógica formal y las máximas de la experiencia. Sobre el particular, se ha sostenido: «Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba... con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas» (confr. COUTURE, J.L., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1951, p. 174). A la luz de la lógica formal, se evidencia la necesidad de que la labor de merituación observe debidamente las reglas tradicionales del buen pensar: identidad, no contradicción y razón suficiente. Así, el razonamiento valorativo plasmado en el pronunciamiento debe -insoslayablemente- contener las “razones” que sean capaces de abonar la fuerza convictiva finalmente atribuida a determinados elementos incorporados a la litis (razón suficiente) y tales motivos deben adecuarse al *thema decidendum* (identidad) sin que exista entre sus juicios antagonismo o contradicción alguna (no contradicción). De otro costado, las reglas de la experiencia no son sino «... los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano» (PALACIO, L. - ALVARADO VELLOSO, A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 8, p. 140) que, por provenir de la realidad práctica aprehensible por el común de la gente, brindan al juzgador un dato de convicción que no puede ser válidamente ignorado ni excluido del razonamiento, sin herir las reglas de la sana crítica racional, de observancia imperativa en función de lo preceptuado por el art. 327, 2º párr., C. de P.C. 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”.

(T.S.J., Sala C. y C., *in re* «Quiroga de Mathieu, María Alejandra y otro c/ Alfredo Rapela y otro - Ordinario - Recurso directo», Sent. N° 135 del 10/11/04).

2. Modificación de la máxima de la experiencia

SANA CRÍTICA. REGLAS DE LA EXPERIENCIA. NOCIÓN. NECESIDAD DE ALTO GRADO DE CERTEZA.

“... dado que la ponderación de las pruebas aportadas al proceso constituye actividad privativa y excluyente de los tribunales de mérito, prima facie excluida del control casatorio por el motivo que se trata, se impone puntualizar que la posibilidad de revisar en esta sede la regularidad de aquella valoración, se halla ineludiblemente condicionada a que la regla presuntamente preterida sea susceptible de calificarse como «máxima de la experiencia». Son tales «... los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano» (PALACIO-ALVARADO VELLOSO: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 8, p. 140) que, por

provenir de la realidad práctica aprehensible por el común de la gente, brindan al juzgador un dato de convicción que no puede ser válidamente ignorado ni excluido del razonamiento, sin herir las reglas de la sana crítica racional, de observancia imperativa en función de lo preceptuado por el art. 327, 2º párr., C. de P.C. Sobre el particular, se ha sostenido: «Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba... con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas» (confr. COUTURE, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 2ª ed., Depalma, 1951, p. 174). «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. cites., 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. Por el contrario, no ostenta imperatividad alguna la consideración de circunstancias cuyo acaecimiento no pasa de ser meramente eventual o hipotético, lo que ocurre, v.gr., cuando no existe una necesaria vinculación de «causa a efecto» entre el antecedente y la consecuencia que de él pretende extraerse. La regla debe aparecer, entonces, como absolutamente insoslayable en el caso, al punto de que su omisión al tiempo de emitir el juicio de valor vacíe de fundamentación lógica las conclusiones obtenidas con prescindencia de aquélla. Aclárase, por lo demás, que la verificación de los extremos indicados opera como condicionante para la configuración de la causal de casación y, por ende, para la habilitación formal de la instancia extraordinaria. Aplicando estas reflexiones al caso que nos ocupa, es dable admitir como «posible» -tal el calificativo utilizado por el impugnante- que, frente a un hecho como el acaecido en la especie, una adolescente asuma una actitud de encubrir a otra con quien se encuentra ligada por un vínculo de amistad. Sin embargo, no es menos cierto que la eventual adopción de una conducta como la descrita supra dista mucho de constituir una regla corriente, habitual y verificable del comportamiento humano que, a modo de máxima de la experiencia, se imponga al judicante como parámetro ineludible de valoración y autorice a descartar, en su exclusivo mérito, el valor convictivo asignable a una confesión rendida en sede judicial. Ocurre que, en realidad, variadas e igualmente probables son las razones que pueden haber llevado a Paz a formular aquella primera declaración en sede penal, en la que se autoincriminara como conductora del vehículo en cuestión, sin que exista regla alguna que lleve, necesariamente, a presuponer que la deponente haya falseado la verdad, guiada por el alegado espíritu de camaradería. Ergo, aun siendo posible que éste haya sido el motivo determinante de que Paz declarara como lo hizo, el postulado no posee carácter axiomático, por lo que la tan remanida mendacidad de sus dichos iniciales, al no ser más que una tesis conjetural, debió ser reforzada con pruebas que, en sentido excluyente, acreditaran que era Neme quien se encontraba al mando del automóvil al momento del accidente, las que -según se señalara en la sentencia cuestionada, fs. 42- no han sido aportadas en la presente causa. En conclusión, dado que la regla de la experiencia cuya omisión se denunciara no es tal, queda descartada la existencia del alegado déficit de motivación y, en consecuencia, el recurso en este aspecto ha sido bien denegado”.

(T.S.J., Sala C. y C., in re «Nicolai, Carlos J. c/ Silvia Paz y otros - Ordinario - Recurso

directo», Sent. N° 187 del 14/12/00).

3. Denuncia de la regla de la experiencia en casación

SANA CRÍTICA. REGLAS DE LA EXPERIENCIA. NOCIÓN. NECESIDAD DE ALTO GRADO DE CERTEZA.

“En cuanto a las máximas de la experiencia que el recurrente estima violadas, es cierto que las mismas constituyen uno de los parámetros que rigen en el sistema de apreciación de pruebas que consagra nuestra ley adjetiva (sana crítica racional, art. 327, conchs. y rs.), razón por la cual, se admite la posibilidad de que el litigante perdidoso cuestione la decisión, en tanto demuestre cuál es la regla de la experiencia que en aquella se ha transgredido, de que modo se produce tal agresión y cual es la trascendencia práctica para la solución del caso (confr. Auto N° 968/96). En el particular, el impugnante pretende ejecutar dicha labor impugnativa, aludiendo a que lo normal y ordinario es que las instituciones financieras hagan firmar todas las hojas de las contrataciones que realizan con los usuarios y sus fiadores. También pone como ejemplo de este resguardo, la forma en que los notarios certifican un instrumento, enlazando con su firma y sello todas y cada una de las fojas que lo componen. Al respecto, cabe destacar, que la procedencia de este tipo de agravio, depende de la entidad convictiva de la máxima de la experiencia que se extraiga a partir de un hecho comprobado, para inferir el hecho incierto que se investiga en la forma que beneficie al impugnante. En el particular, la inferencia hipotética que propone el impugnante puede graficarse del siguiente modo: está probado que el presunto fiador sólo ha firmado la última hoja del contrato de fianza; lo normal y ordinario es que los bancos hagan firmar todas las hojas de los contratos; luego: el contrato no existió. La mera presentación de la presunción que el recurrente pretende elaborar, sugiere la inconsistencia de la máxima que ha extraído de la experiencia, para inferir el hecho que lo favorece. Esto así, pues prima facie resulta exagerado colegir la inexistencia del contrato por la mera circunstancia de que la entidad financiera haya omitido exigir al fiador la suscripción de la totalidad de las fojas del acuerdo. Pero no sólo ello determina la improcedencia del agravio, sino que a tal circunstancia debe agregarse la ausencia de actividad probatoria por parte del impugnante, que acredite otros hechos indiciarios que coadyuven a presumir la inexistencia de la fianza. Además, como contracara a esa presunción, el tribunal a quo ha arribado a la inferencia opuesta, en base, no sólo a la ponderación de hechos cuyo mérito es de competencia privativa de los tribunales de mérito, sino que también ha tenido en cuenta la interpretación de las normas sustanciales que rigen sobre la autenticidad de los instrumentos privados; materia esta, que sólo puede discutirse ante esta Sede mediante el acompañamiento de jurisprudencia contradictoria (incs. 3 y 4, art. 383), lo cual no ha formado parte del recurso impetrado. Tales circunstancias, esto es, la liviandad de la máxima de la experiencia que invoca el impugnante para inferir el hecho que lo favorece, y la imposibilidad de revisar los argumentos por los que el fallo atacado determina la existencia del contrato de fianza, terminan por demostrar la ausencia de dirimencia de la regla de la experiencia presuntamente omitida, para provocar la reforma de lo decidido. Por otra parte, la alusión a la forma en que los notarios certifican los instrumentos en los que intervienen, no constituye un parámetro válido para extraer una regla de experiencia aplicable al caso de autos, desde que refiere a un dato de la realidad diverso a la hipótesis fáctica sometida a juzgamiento. Lo expuesto hasta aquí, sella la suerte del embate que pretende desarticular el juicio por el cual se determinó la existencia del contrato de fianza y la calidad de acreedor del peticionante de la quiebra”.

(T.S.J., Sala C. y C., in re “Paz, Isaac Carlos - Quiebra pedida - Recurso de casación», Sent. N° 72 del 9/6/04).

4. Regla de la experiencia: usus foris, reglas lógicas y prueba

VALORACIÓN PRUEBA PERICIAL. REGLA DE LA EXPERIENCIA EN SU PONDERACIÓN. NECESIDAD DE ACOMPAÑAR CON EL INFORME DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS CUANDO EL EXPERTO SE FUNDA EN INFORMACIÓN VERTIDA POR TERCEROS.

“Es una regla de la experiencia, y una norma propia de los principios de la sana crítica racional, que -cuando el informe pericial- se sustente no sólo en constataciones personales del perito sino también en dichos e información vertida por terceros- junto al informe pericial se acompañen los documentos complementarios en los que se basan las conclusiones. De la lectura del informe pericial objetado (fs. 317/324 de los autos principales) resulta, prima facie, que los valores de venta utilizados como “referencia” por el tasador, carecen de indicación precisa de su fuente y se advierte la ausencia de documentación que de algún modo los sustente. Consecuentemente, el paupérrimo argumento vertido a los fines de otorgar fuerza probatoria a la pericia y rechazar la impugnación deducida en su contra no satisface la exigencia de fundamentación lógica y legal de todo acto decisorio. La parte perdidosa -en este aspecto- se ha visto impedida de conocer el iter lógico del razonamiento del juzgador, con lo que se conculca el derecho de defensa y se frustra, en definitiva, la finalidad de justicia del proceso, y -específicamente- de la decisión del conflicto de intereses. Dentro del concepto de fundamentación lógica y legal conminada con sanción de nulidad se encuadra el de fundamentación defectuosa. Ello así, pues los tribunales de juicio deben formar su convicción a partir del material probatorio rendido en la causa, y analizado a la luz de la sana crítica racional. Este mandato impone esencialmente explicitar las razones que justifican que se acuerde o no eficacia probatoria a los elementos de prueba incorporados al proceso. En estos fundamentos deben respetarse las reglas de la experiencia, de la psicología y de la lógica. En la especie, como ya se ha dicho, tales requerimientos no han sido observados y por ende la sentencia resulta objetable y debe ser revocada en este aspecto de lo decidido”.

(T.S.J., Sala C. y C., *in re* “Chaves, José Ramón c/ Andrés P. Cuello - Reivindicación - Recurso directo” (“C”-11/01), A.I. N° 28 del 5/3/02).

5. RSC y unificación de criterios

DETERMINACIÓN DE ACTOS INTERRUPTIVOS DE LA PERENCIÓN DE INSTANCIA. VALORACIÓN CONFORME REGLAS SANA CRÍTICA. IRREVISABLE POR TRIBUNAL CASATORIO.

“Tal como lo ha entendido antes de ahora la Sala Civil del Tribunal, en materia de actos interruptivos de la caducidad de instancia no existen en nuestro derecho pautas rígidas y uniformes impuestas legalmente, de modo que la valoración de las situaciones que puedan configurarlas queda siempre librada al criterio de los jueces, según las reglas de la sana crítica racional. Las oposiciones que puedan producirse en orden a dichos criterios carecen de importancia para la apertura de esta vía impugnativa pues no constituyen, en rigor, una interpretación contradictoria de la ley, por lo mismo que no hay una regla abstracta y obligatoria de apreciación de la conducta del litigante en el impulso del proceso (conf. auto interlocutorio N° 499/99, en autos «Moyano,

Robertina Irene c/ Guillermo Eliseo Ibarra - Desalojo - Decl. de pobreza - Recurso de casación»). De allí que la mayor o menor estrictez con que los tribunales conceptúen in abstracto el acto de impulso procesal apto para interrumpir el curso de la perención de instancia, no sea susceptible de controlarse a través de la vía del inc. 3 del art. 383 por este alto cuerpo, el que carece de competencia para imponer a los jueces inferiores su opinión sobre cuáles son los requisitos o características que debe reunir una actuación para ser considerada impulsora del procedimiento e idónea, por añadidura, para interrumpir la caducidad de la instancia. Por consiguiente y al margen de la diferencia de la base fáctica sobre la cual se pronuncian una y otra resolución - petición de búsqueda de expediente, en un caso, y retiro de expediente, en el otro- el criterio que pueda haber guiado a la Sala Contencioso Administrativa de este Tribunal para definir las notas tipificantes del acto de impulso procesal, no puede contraponerse al concepto sentado a su turno por la Cámara a quo en el auto impugnado, ni pretenderse que en función de esa diferencia de pareceres se habilite la competencia unificadora que inviste este alto cuerpo. IV. En definitiva y tratándose de una materia que por su propia naturaleza no admite la imposición de reglas uniformes, se concluye que el recurso de casación ha sido bien denegado por el tribunal de juicio, lo que así debe decidirse”.

(T.S.J., Sala C. y C., *in re* «Banco del Suquía S.A. c/ Samir Salech y otros - P.V.E. - Recurso directo», A.I. N° 143 del 2/6/00).

6. Regla de la experiencia y adecuación fáctica

MORA DEL ACREEDOR. PRUEBA DEL OBSTÁCULO PARA CUMPLIR EN CABEZA DEL DEUDOR. REGLA DE LA SANA CRÍTICA.

“... es el deudor quien debe producir la prueba de los hechos obstativos del cumplimiento en el plazo pactado (...). La falta de colaboración del acreedor funciona u opera como un factor que interrumpe la relación de causalidad entre el retraso y los daños provocados por el mismo. De tal modo, se erige como una circunstancia que interrumpe el nexo causal liberando al deudor de toda responsabilidad. Ello se evidencia si se repara que la causa eficiente del retardo sería ajena a la voluntad del deudor, y por lo tanto no habría relación de causalidad entre el hecho de la mora en el cumplimiento y las consecuencias perjudiciales para el acreedor, y sin ella no existiría responsabilidad. Admitido esto, debe concluirse que es al deudor a quien corresponde acreditar la existencia de la causa ajena a su voluntad que le impidió u obstaculizó el cumplimiento de la prestación a su cargo (...). XII. Por otro costado la sana crítica racional da mayor sustento a la interpretación asumida como auténtica, ya que es lo ordinario y natural que el acreedor procure diligentemente las medidas y gestiones tendientes al cumplimiento del crédito que le asiste, y no lo contrario. En otras palabras, las reglas de la experiencia autorizan a presumir cumplida la colaboración del acreedor. En efecto, nadie duda que es al acreedor a quien aprovecha el cumplimiento tempestivo de la prestación, por lo tanto -es lógico- suponer que colaboró y que la demora o el retraso no se debió a su ausencia de cooperación”.

(T.S.J., Sala C. y C., *in re* “Iturri, Luis F. c/ Alicia Roteda y otro - Daños y perjuicios - Recurso directo», A.I. N° 178 del 26/8/04).

7. Utilización abusiva de las RSC

NEGATIVA DE SOMETIMIENTO A PRUEBA BIOLÓGICA DE PATERNIDAD. REGLA SANA CRÍTICA: PRESUNCIÓN EN CONTRA.

“Si el juez debe formar su juicio «de conformidad con las reglas de la sana crítica» (art. 327 C.P.C.) entre las cuales se encuentran «las máximas de experiencia, es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano» (PALACIO-ALVARADO VELLOSO, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. 8, p. 140) va de suyo que no puede apartarse de una realidad incontestable: sólo el afán de frustrar la prueba de su paternidad, puede suponer inducir al demandado a negarse a la prueba biológica. No sería «razonable» suponer que quien de buena fe entiende no ser el padre del hijo que se le atribuye, se niegue a la demostración fehaciente de ese extremo. Esa misma regla de experiencia, impide atribuir la negativa a motivos religiosos o morales, desde que tal proceder no condice con las pautas éticas que son propias de nuestra realidad cultural, al menos mientras no se demuestre la pertenencia a credo o rito que repulse la prueba biológica, u otra circunstancia de excepción que, en el caso concreto, explique la conducta del demandado en función de razones distintas del afán de frustrar la prueba de una filiación que se sabe verdadera. Ello así, la «verosimilitud de la pretensión» no puede ya significar la necesidad de aportar la prueba complementaria de las relaciones sexuales del presunto padre con la madre al tiempo legal de la concepción, sino que es suficiente la ausencia de prueba directa que excluya la posibilidad de tal relación íntima (enfermedad, impotencia sexual, viaje al exterior, privación de la libertad, etc.) pues entonces ya la pretensión no sería verosímil, como tampoco lo sería si se aportaran datos certeros que impidieran tener por establecida la filiación por la simple negativa del accionado (esterilidad, por ejemplo). Se trata en definitiva de invertir los términos en que se postula la regla sobre «verosimilitud» de la filiación invocada. No ya requerir al accionante que demuestre que la filiación invocada es «verosímil», mediante la demostración de extremos que tornen probable la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción, sino asumir, como regla de experiencia, que la negativa a la prueba biológica gesta esa verosimilitud, al menos mientras las circunstancias de hecho no tornen irrazonable la filiación pretendida”

(T.S.J., Sala C. y C., *in re* «Olmedo, Belén Amarilis c/ Héctor Pedro Ravera -Filiación - Recurso directo - Hoy recurso de casación», Sent. N° 1 del 27/6/00).

8. Regla de la experiencia y adecuación sociológica. Obviedad

CESANTÍA ILEGÍTIMA. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO.

“... el fallo de la cámara a quo resuelve la cuestión sometida a juzgamiento exponiendo sus fundamentos, no obstante lo cual adolece de defecto de motivación, porque toda su estructura reposa en un juicio inexacto, que no es idóneo -a mi entender- para servir de fundamento a una sentencia. En su argumentación subyace una evidente infracción a las reglas de la sana crítica, pues está construida sobre una máxima de experiencia falsa, ajena a la realidad bajo la cual debe analizarse la situación concreta de autos. El tribunal a quo, al fundamentar la cuantificación del daño que manda pagar, sostiene que el daño material debe ser determinado sobre parámetros objetivos, computando la totalidad de los haberes que le hubiera correspondido al actor durante el período en que estuvo indebidamente separado de su cargo. En orden a la carga de la prueba, sostuvo que la demandada debió aportar pruebas que acreditaran la inexistencia del perjuicio que el actor invocó o que fue menor dado que obtuvo o consiguió otros ingresos lucrativos. Agrega que obligar a los actores a probar que no realizaron actividad productiva para admitirles el resarcimiento, es imponerles la carga de la prueba de un hecho negativo que no se compadece con los principios generales de la distribución del deber de probar los hechos controvertidos. Si bien

los argumentos esgrimidos por el tribunal de mérito en orden a la cuestión debatida en autos, no son ajenos a la ley en sentido estricto (máxime frente a la ausencia de reglas uniformes o únicas que indiquen cuál es el parámetro que debe observarse a la hora de mensurar el daño en supuestos en que, como en el presente, no existen pruebas contundentes que acrediten su cuantificación), sin embargo considero que son los jueces quienes a partir de las circunstancias fácticas del caso y con arreglo a pautas de razonabilidad deben definirlo, en estricta observancia de las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia común. Su inobservancia se traduce en ausencia de motivación legítima del acto decisorio y causa de su nulidad, siempre que el vicio de razonamiento haya sido determinante en el tenor de aquél y no existan fundamentos independientes, susceptibles de dar base legítima para justificarlo (confr. arg. de Sent. 33/90). En el caso puntual, la lectura del fallo cuestionado permite concluir que la cesantía declarada ilegítima por sentencia judicial constituye la causa fuente del deber de reparar los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo ella no juega de manera directa para calibrar su medida o extensión, aspecto en el que entran a jugar otros factores ajenos que dependerán, en su caso, de lo alegado y probado por los sujetos de la relación jurídica; se evita de tal modo la posible existencia de un enriquecimiento sin causa a favor del que demanda su reparación. La condena -huelga destacarlo- debe resarcir el daño causado, mas no constituirse en fuente de enriquecimiento para el acreedor, tal que como consecuencia del fallo su situación sea mejor que la que habría tenido de no mediar la cesantía ilegítima. En ese orden de ideas, no existen dudas que la decisión de la cámara a quo de confirmar la sentencia del inferior en cuanto fija el monto del daño reclamado en autos, en la totalidad de los haberes dejados de percibir por el actor durante el período en que estuvo indebidamente separado de su cargo, basada exclusivamente en el «efecto ex tunc» que produce el acto de invalidación de la declaración de cesantía y en la objetividad de parámetros que deben tomarse para medir el daño material, no es sino el resultado de un razonamiento construido sobre pautas de excesiva latitud, ya en la consideración de la cuantificación del daño como en la distribución de la carga probatoria. La conclusión a que arriba la cámara a quo ha sido obtenida sobre la base de una formulación genérica e infringe el deber del juzgador de valorar las circunstancias fácticas particulares y de dar respuesta a planteos concretos de los litigantes con fundamentos idóneos para incidir en la solución de la contienda (...) se advierte que el razonamiento de la cámara a quo en orden a la cuantificación del daño material, como asimismo de la distribución de la carga probatoria, carece de logicidad y se aparta -a mi juicio- de las reglas de la experiencia, pues no atiende a la realidad práctica ni al curso natural y ordinario de las cosas en cuestiones como la presente. Asumida la conclusión de que la cesantía, aún ilegítima, hace desaparecer el derecho al cobro de salarios y que la indemnización debe resarcir el daño efectivamente causado por el proceder ilícito de la administración (volveré sobre el tema al tratar la segunda cuestión) va de suyo que su cuantificación debe ajustarse a lo alegado y probado sobre la materia, tal que podría ocurrir inclusive que no hubiese daño alguno a resarcir si, por ejemplo, en forma inmediata el actor inició una nueva actividad productiva, con retribución igual o mayor a la que recibía como Policía de la Provincia. Frente a la absoluta falta de pruebas sobre el particular, ignorante el juez de qué hizo el actor para conseguir otro trabajo y cuál fue el resultado de ese empeño, no puede entenderse razonablemente que una persona que reviste las condiciones que tenía el actor al tiempo de ser dado de baja, en cuanto a capacidad laboral para desempeñar el cargo que ocupaba y tiempo de disposición para aplicarla a otra actividad productiva, no haya podido conseguir empleo alguno en el lapso de once años, cuatro meses y diecinueve días que duró la separación de su lugar de trabajo (fecha tomada desde la baja hasta la decisión de la administración de reincorporación). Esa premisa (carencia de toda posibilidad laboral durante el lapso de la cesantía) que está ínsita en la conclusión del fallo recurrido, resulta incompatible con una regla de experiencia que, al margen de circunstancias excepcionales que no han sido invocadas, nos enseña lo siguiente: toda persona que ponga un razonable empeño en desarrollar

una actividad remunerada, con o sin relación de dependencia, no pasa casi doce años sin lograr ingreso alguno. Obviamente cualquier desocupado, aún el ilegitimamente cesanteado, está obligado a comprometer ese «razonable empeño» en desarrollar una actividad útil, sin que resulte admisible el abandono de todo esfuerzo laboral, a la espera de una pretendida indemnización. El daño emergente de esa culposa inactividad no tendría relación causal con la cesantía, lo que exime a la demandada de la obligación de indemnizarlo (art. 1111 C.C.). Esa conclusión del fallo en crisis, reñida con una máxima de experiencia que el juez está obligado a meritar, no encuentra sustento suficiente en una pretendida regla sobre carga probatoria que pone en cabeza de la demandada, en forma unilateral y absoluta, la carga de probar la extensión del daño, cuando, en rigor, es el actor el que estaría en mejores condiciones de hacerlo, simplemente por su sola condición de ser ellos los damnificados y los que se han visto en la necesidad de salir a buscar nuevas fuentes de trabajo. Ello no implica adoptar un criterio totalmente opuesto, invirtiendo la carga probatoria en favor de la demandada, sino de lo que se trata en cuestiones como las que se analiza, dado las particulares circunstancias que las rodean, es de distribuirla equitativamente, imponiendo la carga de probar a quien se encuentre en mejores condiciones de acreditar los extremos favorables a su pretensión. Así lo impone la más moderna doctrina sobre la materia, expresada en la llamada teoría de la «carga probatoria dinámica» (véase, entre otros: PEYRANO-CHIAPPINI, «Lineamiento de las cargas probatorias dinámicas» en E.D. 104-1005; MORELLO, «Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba», E.D. 132-953) aplicable al menos cuando, como en este caso, «las reglas tradicionales o clásicas no resulten idóneas, en función de las particularidades de la causa» (FERRER, Sergio, «Carga probatoria dinámica: panorámica actual y algunas precisiones», en Semanario Jurídico N° 1091, p. 591)».

(T.S.J., Sala C. y C., *in re* “Suárez, Juan Carlos c/ Municipalidad de Córdoba - Ordinario - Recurso directo”, Sent. N° 150 del 6/12/03).

9. Demostración de la incidencia concreta de la RSC

REGLAS DE LA EXPERIENCIA. NORMAS DE CARÁCTER GENERAL. INEXISTENCIA DE ÉSTAS CUANDO SU DETERMINACIÓN DEPENDE DE LA VALORACIÓN DE CUESTIONES DE HECHO CONCRETAS Y SINGULARES.

“Respecto del supuesto quebrantamiento de máximas de experiencia en que el Tribunal de Grado habría incurrido al determinar el grado de incapacidad resarcible el recurso de casación resulta directamente inaudible por carecer de toda fundamentación que lo avale. En efecto, la demandante se limitó a afirmar que la Cámara, al establecer en la sentencia como pauta para calcular la indemnización el porcentaje de incapacidad dictaminado por el perito, ha vulnerado máximas de experiencia y sentido común (fs. 42 vta.). Pero no explicó por qué esa decisión comportaría la vulneración de una regla de experiencia y, por otro lado, no individualizó cuál es la supuesta regla de experiencia quebrantada y, menos aún, intentó brindar las razón en función de las cuales cabría inducirla y reputarla válida. La censura, entonces, se resiente por su vaguedad desde que sólo se afirmó dogmáticamente que se quebrantaba una máxima de experiencia sin desarrollarse, empero, los motivos de la infracción que adujo. Fuera de ello sería difícil encontrar en la resolución un desconocimiento a las reglas de experiencia que integran la sana crítica racional. Ello así porque la fijación del monto indemnizatorio destinado a resarcir el daño proveniente de una incapacidad sobreviniente, y concretamente la determinación del grado de inhabilidad sufrido, depende fundamentalmente de las particularidades del caso concreto y de la situación personal e individual de la víctima, cuyas especiales y propias circunstancias de vida son

las que determinan la intensidad del perjuicio económico padecido y la medida de la indemnización que corresponde otorgar. Inversamente, en este ámbito se reduce el margen de utilización de las máximas de experiencia, las que constituyen más bien reglas de carácter general y abstracto que se ubican en la premisa mayor de la sentencia, por lo que son en principio inútiles para incidir en el esclarecimiento de la cuestión de la cuantía del resarcimiento debido en concepto de incapacidad”.

(T.S.J., Sala C. y C., *in re* «Villanueva, Olga Graciela c/ Cándido Obdulio Zambrano - Daños y perjuicios - Recurso de casación y recurso directo», Sent. N° 25 del 29/3/00).

10. RSC y conocimiento subjetivo del juez

VALORACIÓN PRUEBA PERICIAL. PARA DESVIRTUAR LAS CONCLUSIONES DEL EXPERTO ES MENESTER RECURRIR A CONSIDERACIONES IGUALMENTE EXPERTAS. NO BASTA CONOCIMIENTO SUBJETIVO DEL JUEZ, SALVO ALTERACIÓN DEL SENTIDO COMÚN (IRRAZONABILIDAD NOTORIA).

“... III. El art. 283 C.P.C. dispone que el mérito del dictamen pericial se apreciará según las reglas de la sana crítica racional. Es obvio que el imperativo legal no se encuentra condicionado a la existencia de informe del perito de parte que contradiga las conclusiones del dictamen, pues simplemente la ley no menciona tal cortapisa. Por el contrario, la télesis del dispositivo se dirige a brindar al juzgador una herramienta útil para desconocer la eficacia convictiva de aquellos dictámenes que se presenten claramente inidóneos, conforme a lo que indican las reglas de la lógica o del pensamiento y de la experiencia. De todos modos, es dable aclarar que tratándose de la valoración de cuestiones de orden técnico brindadas por un especialista, son obvias las limitaciones del juez en orden a la refutación de las conclusiones a las que haya arribado el perito. Así, puede resultar viable la desestimación de la prueba cuando el dictamen presenta argumentos claramente contradictorios; pues determinar la invalidez de un razonamiento, cuando el mismo ha sido construido mediando la afirmación y negación conjunta respecto a una misma cosa, un mismo sujeto o un mismo objeto, constituye una operación mental que no depende de profundos conocimientos en la materia de que se trate. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto a la evaluación de la suficiente o insuficiente motivación de un dictamen pericial (violación al principio de razón suficiente). Esto así, pues la determinación de los fundamentos apropiados para arribar a una conclusión respecto a una materia ajena al normal saber y entender del judicante, insoslayablemente requiere del pertinente asesoramiento especializado, indicativo de los aspectos técnicos de los que depende la conclusión que se cuestiona. En otras palabras, la aserción respecto a que la edificación siniestrada requiere, para su adecuada cimentación, de la construcción de pozos romanos de catorce metros de profundidad, no puede tildarse de infundada, in abstracto de otra opinión técnica que ponga al descubierto esa deficiencia. El juez no puede, en principio, desde su condición de componedor del conflicto jurídico, enervar una conclusión propia de ciencias, artes, técnicas y prácticas ajenas al derecho, sin un parámetro técnico, objetivo e impersonal, que así lo indique. Esto no significa que el juzgador deba respetar las conclusiones periciales que no han sido refutadas por otra opinión especializada, cuando se advierta la palmaria irracionalidad de las mismas mediante el mero auxilio del sentido común. En efecto, ya hemos señalado que el sistema de apreciación de pruebas instrumentado en nuestro régimen procesal (reglas de la sana crítica racional), incluye como herramienta de evaluación a las reglas de la experiencia. Estas son, precisamente, el medio apto para enervar cualquier elemento de prueba cuya tendencia convictiva se oponga a lo que indica el curso natural y ordinario de las cosas, o el normal saber y entender de una persona de culto medio. Tal el caso del ejemplo que acerca el impugnante en su recurso: si el

perito afirma que la tierra es plana, y tal aserción no ha sido refutada por un especialista en astronomía, ello en modo alguno impide que el juzgador desestime tal aserción en su sentencia. Sin embargo, cuadra destacar que las reglas de la experiencia propias del sistema de la sana crítica racional, no aluden al conocimiento subjetivo del juez, sino a la objetivación de reglas extraídas de las consecuencias naturales y/o lógicas de los hechos y de las cosas que acaecen diariamente, y que constituyen principios asequibles a la generalidad de las personas de un saber culto medio. En otros términos, la experiencia que el juzgador X pueda tener en la construcción, por ser un aficionado a tal «mettier», no lo autoriza a dar solución a un tópico como el del recurso, desatendiendo a la conclusión pericial impugnada. Aun así, el sistema no desecha el aporte que a la dilucidación de la causa puede brindar el conocimiento subjetivo del juez respecto a una determinada materia ajena la ciencia del derecho, pues ello atentaría contra la télesis del proceso, en tanto constituye la herramienta útil para propugnar el logro de la verdad jurídica objetiva y la justicia del caso particular. Por el contrario, el diseño que presenta el régimen de la prueba pericial en el rito local, contiene normas apropiadas para canalizar el ánimo investigativo del juzgador, brindando una serie de facultades inquisitivas que le permitan alzarse oficiosamente contra las diligencias inconducentes de las partes y las conclusiones de los peritos que para el director del proceso resulten sospechosamente equívocas. De todos modos, tales prerrogativas han sido pergeñadas sin desatender a los principios esenciales que se derivan de la naturaleza disponible de los derechos en disputa, como el respeto al contradictorio y la igualdad de oportunidades defensivas. De allí es que el juez pueda, impulsado por su discrepancia o disconformismo con las diligencias periciales, recurrir a las siguientes alternativas: ordenar de oficio la prueba pericial (art. 260, C.P.C.), ampliar de oficio los puntos de pericia (art. 264), disponer de oficio la ampliación del dictamen (art. 279, 2º párr.), solicitar informe a los entes públicos (art. 282) y ordenar la prueba de peritos como medida para mejor proveer (art. 325, inc. 3). Todas estas medidas de tinte inquisitivo tienden a evitar que el juez sea esclavo de las partes y de los técnicos en la fijación de hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes propias del jurista. Pero en modo alguno le atribuyen la facultad de apartarse del dictamen pericial que no ha sido impugnado, acudiendo, en la sentencia, a conocimientos privados, técnicos o científicos que pudiera poseer, ya que éste saber íntimo revelado a la hora de sentenciar, escapa al control de las partes y vulnera así el principio del contradictorio. En este orden de ideas, no habiendo violación al principio de no contradicción en los fundamentos de la pericia, y no existiendo violación a las reglas de la experiencia, las conclusiones de orden técnico no pueden reputarse infundadas por el juez, sin un informe técnico en sentido contrario, instado por las partes o por el propio magistrado. En el caso, la aserción del perito ingeniero, en cuanto considera necesaria la construcción de pozos romanos de catorce metros de profundidad, no puede entenderse como irracional o contraria a las reglas de la experiencia. Tal vez sea técnicamente incorrecta o infundada, pero esa incertidumbre sólo podría develarse mediante el auxilio de un experto en la materia que de las razones técnicas que demuestren lo excesivo o escaso de la medida propuesta por el perito oficial. De otro lado, no puede enrostrarse al juzgador, omisión en el ejercicio de las prerrogativas enunciadas más arriba, en tanto las mismas son, en principio, de ejercicio facultativo para los jueces, quienes pueden ordenarlas discrecional y libremente. Menos aún en un caso como el de autos, donde la propia parte interesada se ha mostrado inactiva en la formulación de las mismas prerrogativas de control que le ofrece el rito. Todo ello, claro está, teniendo en cuenta que en el proceso civil impera el principio dispositivo, según el cual se deja librada a las partes interesadas la disponibilidad del proceso, lo cual impone al litigante la realización en forma de los actos de postulación como instrumento imprescindible para lograr los objetivos que con ellos se persiguen”.

(T.S.J., Sala C. y C., *in re* «Crucianelli, Fernando y otro c/ Provincia de Córdoba - Ordinario -

Recurso directo”, Sent. N° 188 del 2001).

* Académico de número. Vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

¹ Apuntamos los que desde nuestra perspectiva de investigación, nos han parecido más útiles: CONTERNO, H., “Máximas de la experiencia” en Revista Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Procesal N° 5 (2003), ps. 11/31; HIDALGO, M., “El paradigma indiciario y la sana crítica racional” en Revista Foro de Córdoba N° 49 (1998), ps. 325/337; PEYRANO, J., “Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles?” en Revista de Derecho Procesal Civil, 2005-1, Rubinzal-Culzoni, ps. 215/223; RUSSO, E., “Las reglas de la sana crítica como lógica de la persuasión”, E.D. T. 72 (1977), ps. 829/834.

² Por las mismas razones anteriores apuntamos los siguientes trabajos, a saber: AROCENA, G., “La sana crítica racional en el análisis valorativo de la evidencia en el proceso penal” en Semanario Jurídico, t. 79 (1998-B), ps. 319/325; BAQUERO LAZCANO, H., “Lucro cesante y sana crítica racional” en Semanario Jurídico, t. 48 (1986), ps. 216/218; BARBARÁ, F., “Sana crítica y lógica, algo más”, L.L. 1993-A-737; CABALLERO, J., “La sana crítica en la legislación procesal penal argentina”, L.L. 1995-E-630; CARRERA, D., “Testimonio de oídas, su valor probatorio conforme a las reglas de la sana crítica” en Comercio y Justicia, t. XXVIII, ps. 60/61; CARRERAS, E., “La sana crítica y el testimonio del coprocesado. La sistemática de las excusas absolutorias” en JA, T. 15 (1972), ps. 629/631; CIPRIANO, N., “Extensión de la sana crítica más allá de las pruebas”, L.L. 1986-C, ps. 1190/1192; COUTURE, E., “Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial”, J.A., t. 71 (1940), ps. 80/95; MENDEL, H., “La aplicación de las reglas de la sana crítica y la resolución de casos en la justicia nacional del trabajo” en Doctrina Laboral Errepar N° 236 (2005), ps. 314/325; MESSIO, P., “Sana crítica, derivación razonada: implicancias y aspectos relevantes” en *El razonamiento judicial*, Córdoba, Advocatus, 2001, ps. 159/173; MILITELLO, S., “La sana crítica y la prueba científica”, L.L. 2001-B-1302; PASSI LANZA, M. y RIVAS GODIO, L., “Sana crítica, inseparabilidad de hecho y autor y duda judicial”, L.L. T. 138, ps. 336/343; RAVIER, A., “El concepto de injuria en el art. 159 del Código de comercio y las reglas de la sana crítica”, J.A. 1963 (V), ps. 554/583; REYBET, C., “El sistema monetario argentino. Su evolución, estado actual, pesificación. Limite a la sana crítica judicial” en Doctrina Laboral Errepar N° 205 (2002), ps. 797/799; RINESSI, A., “Las pruebas legales y las reglas de la sana crítica con motivo del vicio de intinidad”, L.L. 1993-E-198.

En cuanto corresponde a libros que se ocupen del tema, no existen hasta donde conocemos, aquéllos que en particular lo hagan sólo de dicho tema; por lo cual, en todo caso la remisión tiene que ser a los mejores procesalistas - particularmente civiles acorde a nuestra propia inclinación profesional- motivo por el cual, sólo precisamos dos autores suficientemente alejados en el tiempo y en cuyas obras, se puede consultar un excelente y erudito aparato bibliográfico que como tal, nos releva a nosotros de hacerlo también. Así SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, EJE, 1979, ps. 239/281 y FALCÓN, E., *Tratado de la prueba. Civil, comercial, laboral, penal, administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2003, t. I, ps. 545/615.

³ “Diplomatura de Prueba judicial en cuestiones complejas”, Escuela de Posgrado de la Universidad Siglo 21. En particular, nuestro agradecimiento al director de ella que nos honrara con la participación, Dr. Sergio Ferrer.

⁴ Vide en *Actitudes y planos en el razonamiento forense*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, ps. 35/60.

⁵ Una vez más, agradecemos la siempre gentil y desinteresada colaboración que en estos menesteres tiene para con nosotros nuestra discípula Ab. María del Pilar Hiruela, quien sabe interpretar fielmente lo que en dicha materia requerimos.

⁶ Remitimos al desarrollo en particular que hemos hecho en nuestro libro *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, p. 209 y ss..

⁷ Vide VON WRIGHT, Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, ps. 21/35.

LAS CUESTIONES DE HECHO Y PRUEBA
SON AJENAS A LA CASACIÓN
(¿UN TÓPICO QUE DEBE ABANDONARSE?)

RAÚL E. FERNÁNDEZ

Sumario: I. Introducción. II. Los tópicos. III. La concepción tradicional en materia casatoria. IV. La “nueva visión” a la luz de la normativa supranacional. V. Conclusiones.

I. Introducción

En esta misma serie y hace un tiempo, analizábamos cómo la Cámara Nacional de Casación Penal entendía y aplicaba el control de logicidad ¹, oportunidad en la cual destacábamos que siguiendo el modelo francés de casación, existe consenso largamente asentado en los tribunales, de que por vía de este recurso no se pueden modificar los hechos de la causa. En otros términos, se señala que el tribunal de juicio es soberano en la fijación de los hechos.

Es de recordar que la C.S.J.N. como regla, excluye de su ámbito de conocimiento las cuestiones de hecho y de derecho común, *salvo arbitrariedad*. Y en el punto, es preciso destacar que la CNCas. Penal parece orientar su actividad a la luz de los precedentes del máximo órgano nacional. De esta manera, aunque se reitere el principio general en diversos casos, en algunos de ellos, con expresa invocación del modo de actuar de la Corte Nacional, ha ingresado al conocimiento de los hechos de la causa.

Por supuesto que no lo hace para sustituir la valoración que de éstos ha realizado el tribunal de juicio, porque ello importaría alterar su propia competencia. Pero lo hace a través del control del razonamiento que efectuó el tribunal de inferior grado.

Lo cierto es que en los pronunciamientos mayoritarios del tribunal casatorio nacional en lo penal, se seguía utilizando como *lugar común* el de negar el control sobre los hechos. Un reciente fallo de la C.S.J.N. amerita volver sobre el tema, para efectuar precisiones de toda actualidad, sobre todo porque sus alcances exorbitan la materia relativa al control de logicidad, para poner en jaque, además, el sistema de única instancia en materia penal ².

II. Los tópicos

Se ha considerado a los tópicos como “... reglas o, si se quiere, como recetas de argumentación destinadas a proveer de instrumentos eficaces a una actividad muy precisamente determinada, esto es, a la de la discusión dialéctica”³.

En otros términos, constituyen ideas generalmente aceptadas sobre un determinado tema, que contribuyen a ordenar una discusión dialéctica. Como lo define Aristóteles al referirse al objetivo de su *Tratado* sobre el tema: “... se propone encontrar un método que nos hará capaces de razonar deductivamente, apoyándonos sobre ideas admitidas, acerca de todos los temas que puedan presentarse, y que, cuando debamos defender una afirmación, nos hará capaces asimismo de no decir nada que le sea contrario”⁴.

A guisa de ejemplo, cuadra recordar algunos de los tópicos usualmente utilizados en el mundo del derecho, para establecer si su concepción tradicional se ha mantenido hasta la actualidad.

En ese trance mínimamente ejemplificativo, puede señalarse aquella máxima conforme la cual *Occurrere vulneratum causam remedium quaerere* (Prevenir el daño de una causa es buscarle remedio).

Tal formulación pasó por mucho tiempo a segundo plano, hasta que en la actualidad existe un redimensionamiento del mismo, señalándose en el ámbito del derecho de daños que el ordenamiento jurídico no busca sólo “reparar” el daño injustamente causado sino también, esencialmente, “prevenirlo”, de consuno con el tópico aludido⁵.

Otros, aún receptados por la legislación, distan mucho de poder ser adjetivados como tópicos. Tal es el caso de *Fiscus semper locuples* (El fisco es siempre rico). Así, éste constituye la base, v.gr., para exonerar al fisco de prestar contracautela, para obtener una medida cautelar. Sin embargo, las sucesivas leyes de emergencia muestran cómo la riqueza pública o está oculta en ánforas cuidadas por gnomos o el fisco ha dejado de ser siempre rico.

En definitiva se trata de “... la idea de una construcción colectiva de la verdad en los campos de lo opinable, a la que se llegará mediante alguna forma de consenso que, en definitiva, habrá de rehabilitar la razón práctica, tan específica del quehacer de los juristas”⁶.

Es real que “la gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en que, en lugar de contraponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica, y guían los razonamientos jurídicos, de manera que, en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, se esfuerzan, por el contrario, en conciliarlos”⁷.

Sin embargo, elevar el tópico jurídico a la categoría de axioma dista de su función. Por ello, es necesario establecer si el paradigma en el cual se integran los tolera aun en su concepción tradicional o si, por el contrario, debe reverse su contenido para adecuarlos a las nuevas exigencias de justicia.

III. La concepción tradicional en materia casatoria

Existe consenso en ubicar el nacimiento del recurso de casación en la Francia revolucionaria, bajo la intención de establecer un control sobre los jueces, a fin de que no deformaran la ley dictada por el legislador. Desde esa perspectiva, el recurso de casación atiende claramente al *ius*

constitutionis que supone la prioritaria misión de asegurar la correcta inteligencia legal, ubicando, en segundo plano, a los intereses de los litigantes. Más tarde se agrega la misión de mantener la uniformidad en la interpretación de la ley.

Sin embargo, la cuestión se fue flexibilizando posteriormente, surgiendo también la posibilidad de atender al *ius litigatoris*, esto es, que por medio del recurso de casación se asegurara el contralor el correcto ejercicio del derecho de defensa de los contendientes⁸.

En lo que aquí interesa, cuadra recordar que en los sistemas penales de única instancia y derivados de un debate oral, público, continuo y contradictorio, la regla venía siendo que *las cuestiones de hecho son ajenas a la casación*.

De tal modo, la fijación de la base fáctica para la condena, no podía ser revisada mediante el recurso de casación, salvo supuestos de ausencia de motivación o de motivación contradictoria.

Pero tanto la doctrina como alguna jurisprudencia, fueron alterando tan fuerte tópico, para señalar la necesidad de atender al efectivo contralor por parte del imputado.

Es que luce inadecuado aferrarse ciegamente a una institución jurídica tal como fue concebida primigeniamente, ignorando los cambios que ella puede haber sufrido a través del tiempo y el espacio. Tal vez esa concepción obedezca a un esquema mental propio de los abogados, que se ha visto forjado a lo largo de sus estudios universitarios: el abogado es, como regla, conservador.

Por ende, cuadra adherir a quien sostiene que *“el fracaso de jurista dogmático exegetico y el retorno al iuris prudente, a través de la reivindicación de la dialéctica y la retórica, ha vuelto a colocar al jurista frente a la razón de ser de su oficio o función: discernir y decir lo justo y lo injusto”*⁹.

Desde tal perspectiva, y aunando las condiciones de magistrada¹⁰ y jurista, una prestigiosa voz señalaba antes de la decisión de la C.S.J.N. que se comenta más abajo que *«cuando el agravio se vincule con vicios de razonamiento del juzgador en la construcción de la decisión, no se observan razones para obstar el ingreso al tratamiento de la cuestión, más allá de la muletilla que a veces suele utilizarse para declarar inadmisibile el recurso por ‘tratarse de cuestiones de prueba y hecho’»*¹¹.

Tal afirmación ha sido una constante en la elaboración doctrinaria de nuestro Instituto, a partir de las profundas reflexiones de su director, Dr. Olsen A. Ghirardi, que se han visto aplicadas en la práctica, en particular, por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba¹².

IV. La “nueva visión” a la luz de la normativa supranacional

Lo cierto es que en materia penal, a partir de la reforma constitucional en el orden nacional de 1994¹³ que incorporó una serie de pactos internacionales, comenzó a resquebrajarse el concepto tradicional del recurso de casación, para dar cabida a las exigencias conforme las cuales “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley” (art. 14 inc. 5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y “Toda persona inculpada de delito tiene derecho... a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior” (art. 8º, inc. 2, h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica).

Cabe recordar que el sistema internacional previsto en el último instrumento citado prevé la existencia de dos organismos: uno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, paso previo para el segundo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Y hete aquí que la Corte Internacional, como señalamos más arriba, se pronunció con relación a los alcances del art. 8º inc. 2, h, en una causa en la que se involucró la responsabilidad internacional de la República de Costa Rica ¹⁴.

Tal, el mentado caso “Herrera Ulloa, Mauricio c/ Costa Rica” ¹⁵, en el que se entendió contraria a los términos del Pacto, la condena penal impuesta a un periodista y al editor, quienes reprodujeron parcialmente la información por la que se hacía conocer que un diplomático de aquel país había incurrido en conductas ilícitas.

Específicamente sobre el punto, se señaló que el recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria “no satisface los requisitos del art. 8º inc. 2, h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto al derecho de apelar, si tal vía no permitió al tribunal superior realizar un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior” ¹⁶.

Se está en presencia de la exigencia del “*doble conforme*”, esto es, la coincidencia de dos tribunales jurisdiccionales con amplia aptitud de conocimiento para las cuestiones de hecho y de derecho, para validar una sentencia de condena ¹⁷.

Como se deja ver, el recurso de casación, en su visión tradicional, quedó descalificado como la vía apta a que alude, el Pacto antes citado.

A la luz de tal precedente se resolvió en el ámbito nacional, el caso “Casal...” ya citado, a raíz del cual resulta necesario realizar un análisis para establecer el encuadre actual del derecho al recurso del condenado en sede penal ¹⁸.

En particular y, luego de señalar la interpretación progresiva habida en el ámbito procesal penal, señaló la Corte de la Nación que en el estado actual de la legislación procesal penal de la Nación, los recursos ante la Cámara de Casación Penal constituyen la vía apta conforme las normas ya citadas de los pactos internacionales (cons. 20, *in fine*).

De manera tajante, la Corte Nacional sentenció que “la ‘inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad’ abarca la inobservancia de las normas que rigen respecto de las sentencias. El art. 404 establece que es nula la sentencia a la que faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El art. 398 establece que las pruebas deben ser valoradas conforme con las reglas de la sana crítica. Una sentencia que no valore las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta” (cons. 22) ^{19 20}.

Aplaudimos la claridad de la afirmación, conteste, por otro lado, por la constante prédica de este Instituto y acogido, como se dijo, por la jurisprudencia local, a lo que no es ajeno la doctrina nacional ²¹.

Ahora bien, de lo que nunca debió dudarse es que el recurso de casación permitía la verificación de la existencia de presuntos *errores in cogitando*, tanto que, desde su visión de garantía del efectivo ejercicio del derecho de defensa de las partes, tal verificación hace a su esencia ²².

Sin embargo, es de destacar que la resolución de la C.S.J.N. va mucho más allá pues, con cita de la teoría del “agotamiento de la capacidad de revisión” (*Leistungsfähigkeit*) aseveró que el tribunal del recurso debe agotar la revisión de lo revisable, de modo que lo único no revisable es lo que surja de la *inmediación*. Como en el expediente están incorporadas en actas, las principales actuaciones probatorias ellas permitirían el reexamen por el tribunal del recurso, dejándose a salvo aquello que fue percibido directamente por el tribunal de juicio y no volcado en actas.

De ello se sigue que el agravio llevado a la casación no sólo puede consistir en la existencia de violación a las reglas de la lógica o de la teoría de la argumentación, en sentido estricto. Esto porque si sostenemos la caracterización de un “razonamiento judicial débil”, esto es, aquel que por oposición al axiomático es cetático, desde que se mueve en el mundo de lo probable, de lo argumental, preferible u opinable ²³, debemos sostener que el agravio en casación podría sostener una distinta meritación de prueba producida, tal como acontece, de ordinario, en el ámbito de los sistemas de doble instancia, como el civil y comercial.

En este campo, bien puede decirse que el tribunal *a quo* respetó las reglas de la lógica y, sin embargo, no coincidir con la solución acordada, v.gr., porque desde otro paradigma puede fundarse, con razón suficiente, una mirada distinta de los datos probatorios.

Y, en este aspecto, la materia recurrible exorbita la típicamente contemplada por el control de logicidad, para situarse en una más amplia como la sugerida por la Corte Nacional.

Como se deja ver, la cuestión es mucho más amplia que la relativa al control de logicidad, para situar el meridiano en el de los recursos ordinarios, que permiten un amplio contralor de hecho y derecho, en los límites de los agravios expuestos.

Asumiendo la orientación propuesta por la doctrina (con la salvedad de la defensa técnica) puede decirse que la nueva cara del recurso de casación, como paliativo temporario para garantizar el derecho al recurso previsto internacionalmente “... *no debe requerir (i) la firma obligatoria de letrado, exigencia propia del carácter técnico y restringido tradicional del recurso, (ii) que el recurso se baste a sí mismo, (iii) que tenga una exhaustiva fundamentación autónoma, (iv) ni la expresión separada de cada motivo de agravio*” ²⁴.

Aunque la Corte no refiere a ello, y teniendo en cuenta que se trata de una interpretación tendiente a poner en sintonía el sistema procesal penal nacional con los pactos internacionales, cabría preguntarse cómo superar los límites de la intermediación.

Para algunos, debe permitirse la producción de prueba ante la Cámara de Casación, con relación a los denominados “enunciados de intermediación” ²⁵.

Para otros, de *lege ferenda*, debe reformularse el sistema penal, adscribiéndolo al de doble instancia ²⁶.

V. Conclusiones ²⁷

El “doble conforme” constituye hoy un tópico en el ámbito del derecho procesal penal.

En una interpretación de emergencia, interín se produce la adecuación legislativa pertinente, el recurso de casación penal nacional permite un control pleno de la decisión recurrida, con el único límite de los datos probatorios derivados de la intermediación y que no consten en las actuaciones judiciales.

¹ Nuestro: “El control de logicidad en la Cámara de Casación Penal”, en GHIRARDI, Olsen y otros, *El fenómeno jurídico*, Córdoba, Advocatus, 2003, p. 89 y ss..

² C.S.J.N. *in re* “Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa” del 20/9/05.

³ EVANS CIVIT, Jorge Horacio, *Introducción y notas a los “tópicos” de Aristóteles*, Madrid, Ciudad Argentina, 1999, p. 6.

⁴ *Ib.*, ps. 27 y 205.

⁵ En este sentido: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 235 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999,

t. 4, ps. 427-428; PERYRANO, Jorge W., “La acción preventiva: modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual”, J.A., 2002-II, p. 992 y ss. y, del mismo autor, *La acción preventiva*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, *passim*.

⁶ ASEFF, Lucía María, *Argumentación jurídica y semiosis social*, Rosario, Juris, 2003, ps. 56/57.

⁷ PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, p. 130.

⁸ Sobre el punto: E. DE MIDÓN, Gladis, *La casación. Control del “juicio de hecho”*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 37 y ss..

⁹ HERRERA, Daniel Alejandro, “La argumentación del jurista como *ars iuris*”, en PUY MUÑOZ, Francisco (Portela, Jorge, comp.), *La argumentación de los operadores jurídicos*, Buenos Aires, Educa, 2005, p. 36.

¹⁰ En esta condición puede verse el fallo de la CNCas. Penal, Sala III, con el voto inaugural de la Dra. Angela Ester Ledesma, en el cual se acoge un recurso de casación, anulándose la decisión del tribunal *a quo* por contener fundamentación aparente, al no valorar las circunstancias particulares de la causa, destacando que “... corresponde dejar sin efecto el fallo que prescinde de valorar las pruebas conducentes en infringir la regla de la sana crítica judicial mediante una afirmación dogmática y genérica desvinculada de lo sostenido y probado en el juicio, ya que la omisión señalada afecta de forma directa e inmediata la garantía de defensa en juicio” (*in re* “Machieraldo, Ana M. I. s/ recurso de casación” del 22/12/04, L.L., 2005-B, p. 206 y ss., con nota laudatoria de EDWARDS, Carlos Enrique, “La libertad durante el proceso penal y la peligrosidad procesal del imputado”).

¹¹ LEDESMA, Angela Ester, “¿Es posible garantizar el derecho al recurso mediante el recurso de casación?”, en *La reforma procesal penal*, Buenos Aires, Nova Tesis, 2005, p. 174.

¹² Para una síntesis de su jurisprudencia sobre la materia en el ámbito civil, igualmente aplicada en los demás fueros: ANDRUET (H), Armando S., “La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la jurisprudencia del T.S.J. de Córdoba”, en GHIRARDI, Olsen A. (director), *Alfredo Poviña (in memoriam)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004, p. 33.

¹³ Recuérdese que en la provincia de Córdoba, la reforma de la Constitución, operada en 1987 ya incluyó como parte de ésta a los pactos internacionales que menciona, entre los que se incluyen el de San José de Costa Rica, base de las consideraciones que siguen.

¹⁴ Cuadra recordar que “*La Corte Interamericana no ejerce una jurisdicción de tipo penal dirigida a castigar a los individuos que han cometido violaciones de los derechos humanos. Su competencia contenciosa está dirigida a fijar la responsabilidad de los Estados por las violaciones cometidas en el ámbito espacial de su jurisdicción*” (GROSS ESPIELL, Héctor, “Una reflexión sobre el sistema regional americano de protección de los derechos humanos” en BIDART CAMPOS, Germán, PIZZOLO (H) Calogero (coordinadores) *Derechos Humanos, Corte Interamericana. Opiniones consultivas. Textos completos y comentarios*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, p. 35.

¹⁵ Caso “Herrera Ulloa, Mauricio c/ Costa Rica” del 2/7/04.

¹⁶ Síntesis en: L.L., 2005-B, p. 495.

¹⁷ Explicando la cuestión se señaló que “*Hay en la apelación menores probabilidades de error, sobre todo cuando la decisión de apelación coincide con la de primer grado (de aquí, el principio de la doble conforme, sacado de la regla de la experiencia según la cual cuando una operación aritmética realizada dos veces da el mismo resultado, hay grandes probabilidades de que sea exacta)*” (CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1971, t. I, p. 276, cit. por ANDREU, Angel Francisco, *Recurso adecuado en el proceso penal oral, dentro del nuevo contexto de los tratados de derechos humanos*, Córdoba, Zeus, 2005, t. 7, p. 399, nota 30.

¹⁸ Afirmando que la garantía del pacto debería extenderse a otros sujetos del proceso, para no violar la igualdad ante la ley, lo que sería posible por vía legislativa, ya que el tratado establece un piso y no un techo, y sólo respecto del imputado: PALAZZI, Pablo A., “El caso ‘Girdoldi’, el derecho a la doble instancia y el recurso de casación”, J.A., 1998-II, p. 771 y ss..

¹⁹ La ministra Dra. Elena I. Highton entendió además que existe obligación del Estado argentino de reformar su legislación procesal penal, sustituyendo el recurso de casación por un recurso ordinario que permite un examen integral de la decisión recurrible, cuyo único límite estaría dado por aquello que surja de manera directa y excluyente de la intermediación y de aquellos pormenores de los que no existiera constancia actuada (cons. 10 de su voto).

²⁰ En afirmaciones anteriores al fallo, pero coincidentes con su temperamento: LA ROSA, Mariano F., “Una nueva tendencia hacia la concreción del derecho a recurrir el fallo condenatorio”, J.A., 2005-I, p. 742 y ss..

²¹ MORELLO, Augusto M., “Apreciación de la prueba. Modernidad del tema”, J.A., 2000-II, p. 876, quien señalaba que “... *el rol de la lógica no se manifiesta exclusivamente en la construcción razonada del derecho a aplicar sino y, en medida no inferior, en la forma con que estructura el examen crítico de la prueba. Ello así, porque juega un valor extremadamente valioso en el proceso mental que el juez emprenda cuando se zambulle en los hechos y prueba y ese referente obligado -a lógica- también ayuda al juez (con relación a la prueba) a pensar sin distorsiones el conflicto pendiente de decisión en esa fase de determinación y sentido de la prueba, a la que evalúa conforme a los factores expuestos a la luz de su propio comportamiento judicial*”.

²² Recuérdese que la denominada “causal formal” alude, entre otros, al contralor de los recaudos de fundamentación de la sentencia, regida, en general, por las reglas de la sana crítica racional. Luego, no existe resquicio para negar como materia connatural al ámbito casatorio, la indagación de la configuración de presuntos errores *in cogitando*.

²³ ANDRUET (H), Armando S., *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, ps. 33-34.

²⁴ LEDESMA, Angela, op. cit., p. 183.

²⁵ LEDESMA, Angela, op. cit., p. 172; GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el nuevo Superior Tribunal argentino en la materia. El caso ‘Herrera Ulloa’ y la garantía del doble conforme”, L.L. 2005-B, p. 495 y ss..

²⁶ En tal sentido, se ha señalado que “... a los fines de garantizar el derecho al recurso en materia penal, se deberían tomar medidas legislativas que prevean a la apelación como el recurso adecuado para hacer efectivo el derecho referido en los procesos penales orales, transformándolos en sistemas de doble instancia”, ANDREU, Angel Francisco, op. cit., p. 401; en análogo sentido, sosteniendo de *lege ferenda* que “... sería conveniente la reglamentación de un proceso penal ‘oral y actuado’, de doble instancia, en el cual se deje constancia documental de todo lo sucedido en el debate, e intervenga un juez unipersonal desde el inicio del proceso hasta la sentencia de primer grado, y un tribunal colegiado sea el encargado de conocer en los recursos ordinarios (de apelación y nulidad) que eventualmente se interpongan”, PERRACHIONE, Mario C., “La interpretación amplia del ‘derecho al recurso’ consagrado por el art. 8.2.h) del Pacto de San José de Costa Rica debería complementarse con un sistema procesal penal de doble instancia”, Sem. Jur., 2005-B, t. 92, p. 294.

Pregonando la necesidad de reforma, adoptando el sistema de doble instancia: MORELLO, Augusto M., “Recurso de casación o recurso de apelación”, L.L., supl. penal, 2005 (abril) p. 1 y ss., anotando el fallo de la CNCas. Penal, Sala IV, *in re* “López, Fernando” del 15/10/04.

²⁷ La sentencia de la Corte argentina deja abierto otro interrogante que excede los límites de este trabajo, con relación a los jurados, al señalar que habría que determinar si actualmente es el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme con los modelos de su época, o si debe ser redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular (cons. 15).

LA INTERPRETACIÓN LEGAL

ROLANDO OSCAR GUADAGNA

Sumario: I. Introducción. II. La interpretación en el marco del razonamiento práctico prudencial. III. Casos fáciles, difíciles y mutantes.

I. Introducción

Este trabajo es continuación del elaborado con motivo de mi incorporación como miembro corresponsal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, titulado *El juez civil de primera instancia en una democracia compleja (Una primera aproximación a la aporética de la función judicial)* ¹.

Finalizo el referido artículo planteándome un desafío en los siguientes términos: *“El desajuste entre la mentalidad de los jueces civiles de primera instancia y la realidad en la que actualmente actúan nos plantea el desafío de repensar los presupuestos en base a los que aquélla se ha configurado. Las características socio-política-jurídicas de las sociedades actuales imponen cambios de las funciones judiciales que exceden lo coyuntural y parcial”*.

He seguido reflexionando deliberativamente sobre el tema, es decir, procurando elaborar mis propias conclusiones pero consultando las opiniones de quienes se han ocupado, en profundidad, de los diferentes aspectos, ya no sólo de la función judicial, sino de la labor de los operadores jurídicos en general.

He avanzado algo más en lo atinente a la interpretación legal (una de las actividades fundamentales de quienes deben resolver conflictos intersubjetivos orientados por el derecho) con motivo de participar como disertante en el curso sobre “Interpretación legal. Su historia y sus problemas”, organizado en noviembre de 2004 por el Departamento de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Ciencias Humanas de la UNRC.

Aunque no he agotado la consideración del tema (objetivo tal vez imposible de lograr) y me encuentro en una etapa inicial de las reflexiones, cuyas conclusiones son, por lo tanto, provisionarias y sujetas a revisión, las someto al examen de los lectores, porque confío en que sus apreciaciones servirán para enriquecerlas, para corregir errores y para dotar de mayor rigor a este esbozo que, sin duda, necesita ser pulido.

Comenzaré, pues, partiendo de donde terminó la exposición que realicé en el acto de recepción como miembro corresponsal de la Academia.

En esa oportunidad, finalicé diciendo, palabras más, palabras menos: *“Las teorías sobre las*

funciones judiciales elaboradas y consolidadas en los siglos XIX y XX se convirtieron en 'ideas-creencias' que conformaron la mentalidad operativa de los jueces civiles de primera instancia.

*En su condición de 'creencias' esas teorías no son, en general, cuestionadas ni problematizadas por los jueces que las usan en su quehacer práctico. Parafraseando a **José Ortega y Gasset**²: son ideas con las que contamos sin ser plenamente conscientes de ellas y aunque no pensemos en ellas.*

Los cambios sociales, políticos e institucionales producidos en la segunda mitad del siglo XX han hecho que esa mentalidad no se corresponda con la realidad en la que opera.

Ese desajuste entre teoría y realidad desafía a repensar los presupuestos de la primera.

*Sospecho que estamos en una situación que prelude un cambio esencial de modelo; es decir, frente a lo que, en el ámbito estrictamente científico, **Thomas Khun** denomina revoluciones³.*

Según este autor, en esas situaciones es preciso:

*1º) Producir **cambios holistas** (textualmente: “o bien se vive con la incoherencia o bien se revisan a un tiempo varias generalizaciones interrelacionadas”⁴);*

*2º) Resignificar viejos conceptos y nociones. **Producir cambios de significados**, es decir, un cambio en el modo en que se determinan sus referencias; un cambio de metáfora o de analogía;*

*3º) Volver a **unir las piezas del sistema resignificadas**, lo que, hablando metafóricamente dará lugar a una nueva figura, que se corresponda mejor con la nueva imagen que tenemos de la realidad.*

*Esa empresa excede mis fuerzas y conocimientos. Solo no podría ni siquiera empezar la tarea, pero estoy convencido de que en el nutritivo ámbito de esta Academia encontraré muchas de las respuestas que necesito, así como otras tantas preguntas que incentivarán mis preocupaciones intelectuales despertadas hace casi 25 años por el **Dr. Jorge A. Carranza** e impulsadas luego por el **Dr. Olsen Ghirardi**, a quien reitero mi sincero agradecimiento”.*

En este trabajo intentaré resignificar una de las piezas que componen el modelo del hombre de derecho (abogado, juez, doctrinario, legislador): la concepción sobre lo que debe ser la interpretación legal.

A mediados del siglo pasado, Norberto Bobbio⁵ subrayaba la diferencia entre *jueces formalistas* (adheridos a la teoría de la jurisprudencia conceptual y partidarios del método tradicional) y *jueces no formalistas* (que comulgaban con la teoría de la jurisprudencia de intereses y con las escuelas del derecho libre y de la jurisprudencia realista americana). En materia de interpretación del derecho, según el mencionado autor, los primeros otorgan preferencia a la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica, en tanto que respecto a la función atribuida al intérprete atribuyen al juez un poder meramente declarativo de las leyes vigentes y no el de crear un nuevo derecho. Para Sebastián Soler, el debate entre esas posiciones implica la siguiente opción: “organizarnos mediante normas impersonales o bajo la dirección de un hombre inspirado”, aunque reconoce que “*acaso haya sistemas intermedios o de compromiso*”⁶. La polarización que propone este destacado jurista con ánimo pedagógico⁷, se daría entre el *juez carismático*, que confía en su intuición para encontrar la solución más justa y que no se siente atado a la ley y, el *juez formalista*, que se caracteriza por su apego a la ley y que considera que el texto de ésta le brinda pautas inequívocas para resolver los conflictos intersubjetivos⁸.

Adelanto mi convicción acerca de que para una sociedad compleja y democrática, ambos modelos son perjudiciales. Como alternativa procuraré esbozar (sin pretensiones de originalidad, sino basándome en desarrollos teóricos efectuados en el ámbito de la teoría general y de la filosofía del derecho) un modelo de operador jurídico que, en relación con la interpretación legal, considere que el intérprete contribuye a construir la norma que lo orienta para resolver el caso concreto, pero no lo hace en forma libre, sino condicionado por el texto y por el contexto, así como por su propia

ideología. Esta es la propuesta que voy a intentar explicar en esta presentación.

II. La interpretación en el marco del razonamiento práctico prudencial

Sintéticamente expresada mi propuesta es la siguiente:

El razonamiento del jurista práctico (especialmente, el abogado y el juez) es un razonamiento práctico ⁹, o acerca de objetos prácticos ¹⁰, ya que emite juicios sobre conductas, tal como lo vienen sosteniendo con insistencia, entre otros, el conjunto de iusfilósofos que el Dr. Armando S. Andruet (h) denomina la *Escuela de Córdoba del razonamiento forense* ¹¹. En efecto, con su razonamiento, el operador jurídico no persigue un mero conocer por conocer, sino un conocer para decidir sobre la conducta correcta en la situación concreta sobre la que le toca resolver.

Ese razonamiento jurídico, práctico prudencial ¹², se conforma con premisas fácticas y normativas y con componentes extralógicos ¹³.

Tanto las premisas fácticas como las normativas son elaboradas, o reconstruidas, por el jurista práctico; las primeras, a partir de las pruebas incorporadas a la causa, las presunciones, las reglas sobre la carga de la prueba, etc., y, las segundas, principalmente en base a los textos de los enunciados normativos.

El procedimiento por el que se elaboran (o reconstruyen) las premisas es racional (y, por lo tanto, controlable intersubjetivamente) pero no meramente deductivo.

Veamos con mayor detalle el proceso de elaboración (o re-elaboración) de la norma por parte del intérprete:

La norma es el significado del enunciado normativo. Las reglas de conductas y los principios (normas en general) no son las palabras de la *ley* ¹⁴, ni su unión sintáctica en oraciones, sino el significado de los enunciados contextuales ¹⁵.

En consecuencia, el significado del enunciado normativo es contextual ¹⁶, no es unívoco y varía en el tiempo, lo que convierte al sistema jurídico en un sistema abierto ¹⁷ y dotado de relativa flexibilidad, permitiéndole adaptarse a los cambios que se producen en la sociedad.

La actividad a través de la cual, el intérprete elabora o reconstruye la norma a partir del enunciado normativo, se denomina *interpretación legal* ¹⁸.

Esa actividad es compleja ¹⁹, ya que incluye operaciones lógicas y juicios de valor ²⁰, además de influir en su resultado los condicionamientos ideológicos y vitales del intérprete ²¹.

En un sentido amplio de interpretación legal, incluimos dos actividades de naturaleza diferente (determinar los posibles significados de los textos legales, por un lado, y elegir, entre esos significados posibles, los que se consideran más apropiados para resolver los casos sometidos a decisión judicial, por el otro) ²². Estas dos actividades están, a su vez, estrecha e inescindiblemente relacionadas, en el acto sentencial, con otras más: la de seleccionar los enunciados legales que conformarán la base normativa ²³; selección que se ve condicionada (a la vez que condiciona), pero no determinada, por la reconstrucción que se realiza de la plataforma fáctica.

En una democracia sustancial-deliberativa ²⁴ (y no meramente formal), la decisión judicial, a cuya conformación contribuyen los abogados que participan del método dialéctico orientado a encontrar la mejor solución posible, forma parte del proceso orientado a resolver racionalmente (no suprimir, ni eliminar) las diferencias intersubjetivas. Dentro de ese proceso, la interpretación no tiene por finalidad descubrir la voluntad del legislador (histórico o actual) exteriorizada en un derecho con pretensiones de rigidez (en el sentido de que se mantiene inalterado hasta su reforma por vía legislativa), sino desplegar los múltiples significados de los enunciados normativos (previamente seleccionados como base normativa), para luego reducir esa riqueza (multivocidad)

“de acuerdo con una grilla de lectura que le es propia” ²⁵. Este proceso interpretativo, tanto en su faz *jurisgenética* como *jurispática* ²⁶, *“se hace siempre dentro de una comunidad, de una tradición o de una corriente de pensamiento viva, que desarrollan presupuestos y exigencias”* ²⁷. Constreñido por los “lugares comunes” (tópicos o endoxas) de las opiniones jurídicas (doctrinarias y jurisprudenciales) mayoritarias y/o más caracterizadas, el intérprete descubre un abanico de posibilidades, que será más amplio o más restringido según sus conocimientos y originalidad, pero que estará siempre limitado por los consensos interpretativos de la comunidad a la cual pertenece ²⁸. Luego orienta su decisión por el significado (norma reconstruida por el intérprete) que, a través de un juicio valorativo, considera que permite arribar a la mejor solución, entre varias posibles ²⁹.

Al interpretar, en la forma explicada en el punto anterior, el juez contribuye a la obra colectiva de creación del derecho. Este adquiere así la suficiente flexibilidad como para responder adecuadamente a las necesidades de sociedades cambiantes y multifacéticas, pero sin perder la cuota de imprescindible fijeza que dichas sociedades también precisan para orientar las conductas y decisiones de sus integrantes. Frente a los cambios que se producen en la sociedad, el intérprete va modificando el significado de los enunciados normativos para adecuarlos a las nuevas circunstancias y valoraciones (el juez, el abogado, etc., no pueden sino mirar con los ojos de su época y de su entorno) hasta que la tensión entre texto y contexto es tan grande que se impone la reforma legislativa. Con esta concepción de la interpretación (correlativa de una concepción amplia del derecho legislado, que incluye dentro del sistema normativo tanto a las reglas como a los principios) se logra un adecuado ajuste entre la generalidad y la rigidez de la ley general, por un lado, y las diferencias que existen y los cambios que se producen en una sociedad compleja y cambiante. Así es posible la convivencia pacífica dentro de la diversidad y el cambio.

Al construir la solución y no limitarse a aplicar mecánica o automáticamente la ideada por otro/s, los intérpretes (entre ellos y ocupando un lugar destacado, los jueces) deben asumir la responsabilidad de una decisión que es propiamente suya (no pueden delegar su responsabilidad en el legislador) asumiendo un profundo compromiso con la interpretación, que evita la despersonalización y deshumanización del procedimiento judicial ³⁰.

III. Casos fáciles, difíciles y mutantes

Los desarrollos anteriores deben ser completados con la explicación del funcionamiento de la interpretación en las diferentes clases de casos que pueden presentarse al intérprete.

En doctrina se distinguen los casos fáciles, por un lado, de los difíciles o mutantes, por el otro.

Casos fáciles son aquellos en los que no se presentan problemas para determinar ninguna de las premisas: los hechos se encuentran categóricamente probados y encuadran en normas jurídicas cuyos sentidos y alcances son igualmente claros.

Los “*casos difíciles*”, para Hart, Dworkin y los autores que los siguen, son aquellos en los cuales “*los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución*”. Esto sucede cuando “*la norma aplicable es de textura abierta*” (característica potencial de todas las normas, según Genaro Carrió, para quien “*las palabras que aparecen en las normas jurídicas ... son actual o potencialmente vagas*” ³¹; “*existe más de una norma aplicable al caso*”, “*no existe ninguna norma aplicable*” o “*aunque exista una sola norma pertinente y su texto sea claro, su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial en el caso concreto*” y, “*por último, es posible que el juez o tribunal haya establecido un precedente que a la luz de un nuevo caso considere necesario modificar*” ³²).

Los “*casos extraordinarios o mutantes*”, según Olsen A. Ghiradi, son aquellos en los que “*se produce una mutación brusca en la actitud del juzgador cuando aplica la norma, cambiando el*

sentido de la decisión. El juez se aparta de la tranquila rutina y la resolución que adopta aparece como absolutamente distinta a la usual... Ya no se trata de los casos rutinarios o trillados. Ingresamos a la esfera de los casos extraordinarios". Y ejemplifica con el célebre juicio de la Cía. de Alumbrados de Burdeos, "ocurrido en el año 1916, durante la Primera Guerra Mundial, cuando Francia (Burdeos) ya no pudo traer el combustible de Alemania y tuvo que importarlo de Inglaterra", caso que demostró que "el principio pacta sunt servanda debe ceder frente a la cláusula rebus sic stantibus, en ciertas situaciones, como cuando han variado las circunstancias, surgiendo, así la teoría de la imprevisión, que pretende justificar esos cambios bruscos en la jurisprudencia"³³.

Aunque todos los casos son potencialmente difíciles o mutantes, cuando existe un fuerte consenso interpretativo y el contexto permanece estable, parece que el intérprete no hace más que aplicar mecánicamente la ley.

Pero, de tanto en tanto, se presentan algunos casos difíciles o mutantes, que son los que desafían la capacidad y compromiso del intérprete. Es en estos supuestos cuando se manifiesta con toda evidencia que la labor del intérprete es mucho más compleja que la simple aplicación subsuntiva de una norma general a un caso particular: queda al descubierto, entonces, que es el propio intérprete quien elabora la norma a partir de los enunciados normativos, seleccionando previamente la base normativa y determinando luego su sentido y alcance, guiado y constreñido en todo este proceso por el contexto, formado por la situación económica, social, política, etc., y por las opiniones jurídicas prevalecientes.

Por último, conviene aclarar que la clasificación que antecede no es más que una simplificación de la compleja realidad. En ésta no encontramos separados en compartimientos estancos los casos fáciles y los difíciles o extraordinarios, sino que se da como una continuidad que va de los casos que en determinado contexto aparecen como *claramente incluidos en el área de significado central* de los enunciados normativos *donde se concentran los casos típicos o paradigmáticos*³⁴, hasta los casos francamente difíciles, pasando por una amplia zona de penumbra, en la que se encuentran gran cantidad de casos, cuya dificultad será mayor o menor según su proximidad a alguno de ambos extremos.

Autores y bibliografía citados

ANDRUET, Armando S. (h), "La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la jurisprudencia del T.S.J. de Córdoba", en el libro colectivo del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dirigido por Olsen A. Ghirardi, titulado: *Alfredo Poviña (In Memoriam)*, Córdoba, 2004.

- *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2002, 4ª reimp..

ARBALLO, Gustavo, "Razonamiento e interpretación", en el libro colectivo del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dirigido por Olsen A. Ghirardi, titulado: *El fenómeno jurídico*, Córdoba, 2003.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

- CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- COVER, Robert, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- DE ASÍS, Rafael, “La interpretación y la aplicación del derecho”, en el libro colectivo (PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael) *Curso de teoría del derecho*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- GHIRARDI, Olsen A., *Introducción al razonamiento forense*, Buenos Aires, Dunken, 2003.
- *El razonamiento forense*, Córdoba, Ediciones del Copista, 1998.
- *El razonamiento judicial*, Córdoba, Advocatus, 2001.
- *Lógica del proceso judicial (Dialógica del derecho)*, Córdoba, Marcos Lerner, 1987.
- GUIBOURG, Ricardo A., “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, trabajo incluido en *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 9, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, Buenos Aires, Debate, 2004.
- KHUN, Thomás, “¿Qué son las revoluciones científicas?” en *Grandes obras del pensamiento*, Barcelona, Altaya, 1998.
- LACLAU, Martín, “El problema filosófico de la interpretación en la actualidad”, trabajo incluido en *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 9, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MESSIO, Patricia Elena, “¿Es posible una mirada antropológica del control social?”, en el libro colectivo del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, dirigido por Olsen A. Ghirardi, titulado: *Alfredo Poviña (In Memoriam)*, Córdoba, 2004.
- ORTEGA Y GASSET, José, “Ideas y creencias” en *Obras completas*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, t. 5.
- RIBA, Marina, “Los condicionamientos extralógicos en las resoluciones judiciales (Defectos y fortalezas de los jueces propiamente humanos)”, en el libro colectivo del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, dirigido por Olsen A. Ghirardi, titulado: *El fenómeno jurídico*, Córdoba, 2003.
- RICOEUR, Paul, *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- RIVAS, Pedro, “La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica en Aulis Aarnio”, en el libro colectivo dirigido por Pedro Serna: *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2003.
- RÓDENAS, Angela, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *Doxa* 24-2001
- RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*, Bogotá, Siglo de Hombre Editores, Universidad de Los Andes, 2002, 4ª reimp..
- SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.
- STIGOL, Nora, “Lenguaje y acción. Wittgenstein y Austin”, trabajo incluido en *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 14, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991.
- ZANNONI, Eduardo A., *La crisis de la razón jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

¹ Publicado en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XLII, p. 55 y ss., y en la página web de dicha institución: www.acader.unc.edu.ar.

² ORTEGA Y GASSET, José, “Ideas y creencias” en *Obras completas*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, t. 5, p. 387.

³ Con crudeza expresa Harold J. BERMAN, profesor emérito de la Universidad de Harvard, en su libro *La formación de la tradición jurídica de Occidente* (México, Fondo de Cultura Económica, 1996): “*El que la tradición jurídica occidental, como la civilización occidental en conjunto, esté sufriendo en el siglo XX una crisis mayor que en ninguna anterior, no es algo que pueda probarse científicamente. Es algo que se conoce, en última instancia, por intuición. Yo sólo puedo atestiguar, por decirlo así, que siento que nos hallamos en mitad de una crisis sin precedente de valores legales y del pensamiento legal, en que toda nuestra tradición jurídica está siendo desafiada, no sólo los llamados conceptos liberales de los últimos siglos, sino la estructura misma de la legalidad occidental, que data de los siglos XI y XII*” (p. 44). Más adelante agrega: “*La historia del derecho occidental se encuentra en un punto de cambio tan agudo y crucial como los que marcaron la Revolución Francesa de 1789, la inglesa de 1640 y la alemana de 1517*” (p. 47). Y en la página siguiente, varios párrafos más adelante, enfatiza: “*Pero la actual crisis llega más hondo. Es no sólo del individualismo tal como se ha desarrollado desde el siglo XVIII, o del liberalismo como ha evolucionado desde el siglo XVII, o del secularismo, según se ha desarrollado desde el XVI; también es una crisis de toda la tradición como ha existido desde finales del siglo XI*” (p. 48).

Por su parte, ZANNONI, Eduardo A., por citar a otro de los muchos juristas que han denunciado la crisis de lo jurídico, en su libro que lleva el sugestivo título de *La crisis de la razón jurídica*, dice: “*Esta modernidad, que resume hoy todo un sistema de pensamiento en crisis profunda, que trasciende como verdadera ideología, constituye un complejo ensamble de circunstancias, esencialmente históricas, que han dado sentido y justificación al pensamiento mismo. La metafísica de la razón está en crisis, pero la racionalidad del ethos moderno pugna tras la crisis, sosteniendo expectativas que dificultan, a no dudar, la posibilidad de formulaciones que superen las categorías meramente racionales del entendimiento jurídico*” (Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 14).

⁴ KHUN, Thomas, “¿Qué son las revoluciones científicas?” en *Grandes obras del pensamiento*, Barcelona, Altaya, 1998.

⁵ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, p. 27 y ss..

⁶ SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 3.

⁷ Según sus propias palabras: “*porque los problemas sociales y políticos se comprenden bien solamente cuando en ellos se discierne el juego de factores contrapuestos polarmente*” (obra y lugar mencionados en la cita que antecede).

⁸ Ver la caracterización esquemática que realiza CARRIÓ, Genaro, de la posición formalista en su libro: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 63.

⁹ Por oposición a razonamiento especulativo (conf. ANDRUET, Armando S., *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, p. 39 y ss.).

¹⁰ GHIRARDI, Olsen A., *Introducción al razonamiento forense*, Buenos Aires, Dunken, 2003, p. 191.

¹¹ ANDRUET, Armando S. (h), “La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la jurisprudencia del T.S.J. de Córdoba”, en el libro colectivo del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dirigido por Olsen A. Ghirardi, titulado: *Alfredo Poviña (In Memoriam)*, Córdoba, 2004, p. 36.

¹² GHIRARDI, Olsen A., *Lógica del proceso judicial (Dialógica del derecho)*, Córdoba, Marcos Lerner, 1987; *El razonamiento forense*, Córdoba, Ediciones del Copista, 1998.

¹³ RIBA, Marina, “Los condicionamientos extralógicos en las resoluciones judiciales (Defectos y fortalezas de los jueces propiamente humanos)”, en el libro colectivo del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dirigido por Olsen A. Ghirardi, titulado: *El fenómeno jurídico*, Córdoba, 2003, p. 209 y ss..

¹⁴ Utilizo el término *ley* en sentido amplio, incluyendo a la Constitución y a los tratados internacionales, además de las leyes dictadas por el Poder Legislativo, los decretos dictados por el Poder Ejecutivo, etc..

¹⁵ Ver el interesante análisis que realiza STIGOL, Nora, de las teorías sobre el lenguaje de Wittgenstein y Austin en “Lenguaje y acción. Wittgenstein y Austin”, trabajo incluido en *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 14, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 77 y ss..

¹⁶ Tal como queda en evidencia con el célebre ejemplo de Alf Ross: el enunciado normativo “Prohibido entrar en traje de baño” tiene significados opuestos según que el cartel esté colocado a la entrada de un restaurante ubicado dentro de un club de categoría o en la puerta de un campo nudista. Otros ejemplos extraídos de la realidad son la admisión de la teoría de la imprevisión sin que se hubiera modificado la normativa en base a la cual se venía aplicando estrictamente el *pacta sunt servanda*, variación interpretativa producida por el cambio del contexto. Y lo mismo sucedió con la indexación frente al nominalismo; con la declaración de oficio de la inconstitucionalidad, etc..

¹⁷ “... el sistema dogmático deductivo podría ser mantenido sólo si uno pudiera rechazar los casos no solucionables en él. Pero esto no está permitido, como lo ilustra el art. 4º del Code Civil. Una decisión es absolutamente necesaria. Por lo tanto, el jurista tiene continuamente que alterar su sistema, en mayor o menor medida, de acuerdo con las

interpretaciones necesarias” (VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 125).

¹⁸ MARMOR, Andrei, define la interpretación “*como la atribución de significado a un objeto*” (*Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 28). En este caso, el objeto al que se le atribuye significado es el texto legal, por eso su denominación es “interpretación legal”.

¹⁹ ARBALLO, Gustavo, “Razonamiento e interpretación”, en el libro colectivo del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dirigido por Olsen A. Ghirardi, titulado: *El fenómeno jurídico*, Córdoba, 2003, p. 160.

²⁰ GUIBOURG, Ricardo A., “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, trabajo incluido en *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 9, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, ps. 159 y 160; DE ASÍS, Rafael, “La interpretación y la aplicación del derecho”, en el libro colectivo (PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael) *Curso de teoría del derecho*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 231.

²¹ LACLAU, Martín, por ejemplo, sostiene: “*Nuestra época ofrece posibilidades inéditas para desarrollar una teoría de la interpretación sobre la base de un análisis de la existencia humana que exhiba, entre sus elementos característicos y necesarios, la comprensión previa del ser del hombre y de los entes que lo rodean, comprensión que, como vimos, es un dato singular presente en cada individuo concreto. Desde esta perspectiva, una interpretación atendida al solo texto legal ha de mostrar sus falencias. El predominio del racionalismo normativista puro ha entrado en franca declinación y, desde la nueva perspectiva que se insinúa, la ley podrá ser concebida como un elemento del derecho, pero no ya como la total realidad jurídica. En efecto, el derecho real, concreto, es el derecho aplicado, que se nos hace presente en cada situación individual merced a una interpretación. Y en esta interpretación no entra, únicamente, el esquema normativo, formal, sino una serie de contenidos materiales, derivados no sólo de la situación social imperante en el momento en que la ley se aplica, sino también, y muy especialmente, del horizonte vital a partir del cual el intérprete realiza su interpretación*” (“El problema filosófico de la interpretación en la actualidad”, trabajo incluido en *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 9, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, ps. 39 y 40).

²² Para algunos autores, en un sentido lato de “interpretación” se podría incluir, también, la actividad sistematizadora, “*que abarca una serie de operaciones distintas, como la integración del Derecho (en presencia de lagunas normativas) y la resolución de antinomias*” (RÓDENAS, Angela, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *Doxa* 24-2001, p. 81).

²³ ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2002, 4ª reimp., p. 118 y ss..

²⁴ Ver una interesante caracterización de la relación derecho-democracias deliberativas, en el trabajo de Patricia Elena MESSIO, “¿Es posible una mirada antropológica del control social?”, en el libro colectivo del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dirigido por Olsen A. Ghirardi, titulado: *Alfredo Poviña (In Memoriam)*, Córdoba, 2004, p. 141 y ss..

HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, plantean que “*en la era de la soberanía imperial y de la producción biopolítica ... los que obedecen se hacen cada vez más autónomos y aptos para formar la sociedad por su cuenta ... Ahora estamos en condiciones de ver que este potencial se aplica no sólo a la autogestión económica, sino también a la autoorganización política y social*” (*Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, Buenos Aires, Debate, 2004, p. 382).

²⁵ RICOEUR, Paul, *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 19.

²⁶ Términos que tomo de COVER, Robert (*Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Barcelona, Gedisa, 2002).

²⁷ RICOEUR, Paul, ob. cit., p. 9.

²⁸ “*El consenso es posible si se dan una serie de condiciones, que vendrían a ser las siguientes. a) el uso de un lenguaje común; b) la posesión de la misma evidencia empírica sobre el mundo; c) compartir un número o serie suficiente de valores; d) el empleo de un discurso racional*”.

“*La explicitación de los aludidos valores, que son el límite de la argumentación racional, remite de nuevo a la noción de ‘forma de vida’ y a la de auditorio, que viene ahora entendido como ‘aquellas personas que participan de una forma de vida común’. A mi juicio, en el proceso de legitimación de las decisiones jurídicas o de las proposiciones interpretativas parecen intervenir, pues, dos auditorios diferentes: el constituido por la comunidad jurídica, que es aquel donde tiene lugar el consenso realmente y, el constituido por otra comunidad más amplia, en el que opera la comunidad jurídica, y del cual está tomada los valores que marcan el límite de lo racional en la argumentación jurídica, y de cuya aceptación por la comunidad depende en último extremo el consenso o aceptabilidad en torno a una determinada proposición interpretativa*” (RIVAS, Pedro, “La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica en Aulis Aarnio”, en el libro colectivo dirigido por Pedro Serna: *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2003, p. 19).

²⁹ Lo que remite a la noción de “problema”, central en la obra de VIEHWEG, Theodor, para quien un problema es “*toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única*

respuesta como solución” (citado por ATIENZA, Manuel, en su libro: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 54).

³⁰ Sobre la violencia que despliegan los jueces y el compromiso con la interpretación, ver: COVER, Robert, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Barcelona, Gedisa, 2002.

³¹ CARRIÓ, Genaro, ob. cit., 4ª ed., 1998, p. 55.

³² Lo entrecomillado y en cursiva pertenecen al estudio preliminar que realiza César RODRÍGUEZ de algunas de las tesis de Hart y Dworkin, en el libro: *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*, Bogotá, Siglo de Hombre Editores, Universidad de Los Andes, 4ª reimp., 2002, p. 68.

³³ GHIRARDI, Olsen A., *El razonamiento judicial*, Córdoba, Advocatus, 2001, ps. 33, 34 y 35.

³⁴ He colocado en cursiva las palabras tomadas de CARRIÓ, Genaro, ob. cit., 4ª ed., 1998, p. 56.

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y UN NUEVO DISEÑO DE LA CASACIÓN PENAL

LUIS ROBERTO RUEDA

Sumario: I. Consideración preliminar. Reseña de la premisa fáctica. II. Un dictamen rector. III. El fallo convalidante y el razonamiento judicial. Lo no revisable en el juicio oral. Aspectos revisables. A modo de conclusión.

I. Consideración preliminar

En momentos en que estábamos ocupados en avanzar sobre lo que quedara sin decir en *La interpretación y la ley penal*, sucedió algo que distrajo nuestra atención del contenido a desarrollar que se tenía *in pectore*, llevándonos a otro espacio de meditación. Al decir que “sucedió” podría pensarse en algo fáctico y sugerente acerca del modo precipitado como devienen los acontecimientos en estos días, donde los sucesos parecen simplemente acaecer y no ser resultado de la razón y voluntad humanas.

No obstante, lo sucedido fue un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el cual, en apariencia y tras una primera noticia -obviamente, previa a una detenida lectura-, se establecía una nueva perspectiva del recurso de casación penal, aun cuando no faltaron conjeturas previas al trascendente pronunciamiento, presagiándolo con la función los ‘llamados de atención’ que la Corte Suprema a la Cámara Nacional de Casación, y a la supuesta “lógica arcaica” con que este tribunal vendría funcionando ¹.

Pero tras el estudio de rigor, advertimos que se trataba de algo más que de un fallo novedoso por lo que iremos viendo *infra*, y dado que, con independencia de lo específicamente jurídico de su contenido, lo decidido por el alto tribunal habrá de tener -según nuestra óptica- una profunda relevancia que trasciende el campo del procesalismo penal, tan ávido como está de encerrar en su amplificado espectro todo lo concerniente a las libertades ciudadanas.

En este sentido, observamos que las primeras resonancias fueron periodísticas y con titulares bastante aproximados, destacándose, por una parte, que de ahora en más los condenados tendrán derecho a la doble instancia y por otra, que la casación (en su concepción actual) sería la antítesis de esta garantía constitucional, a la vez que se aseguraba que el máximo organismo de la casación penal deberá, en el futuro, revisar cuestiones de hecho ². Mucho mayores fueron en su momento las menciones de este orden -y de todo tenor- a fallos como “Smith” y “Bustos”, por ejemplo, en forma proporcional a los intereses sociales, económicos y políticos que habían en juego y que se encontraban afectados.

En el caso “Casal” ³ -tal es la denominación común del fallo que nos ocupa- sucedió lo inverso, posiblemente porque una buena cuota de cultura jurídica sobrevive en esta actualidad que transitamos, desde que motivó y motiva una buena cantidad de notas y artículos en periódicos y revistas especializadas, generando una saludable difusión de ideas a propósito de la nueva doctrina sentada por la Corte Suprema.

1. Ello se explica en parte si efectuamos un somero enfoque sociológico: si bien las permanentes mutaciones de nuestra vida social impiden establecer parámetros más o menos estables sobre los comportamientos de esa naturaleza que de cotidiano acontecen, tenemos como un dato de la realidad objetiva que el malestar imperante tiene mucho que ver con los efectos sociales que determinados fallos judiciales -y de la Corte en particular- en ocasiones producen, y conforme sea la forma y modo en que son conocidos por los participantes interesados ⁴.

Cabría por cierto afianzar nuestra opinión recorriendo un itinerario sociológico más profundo, dado que las decisiones de los jueces no concurren, por sí mismas, a generar un determinado conjunto de reacciones en el seno de la sociedad, o de un sector de ella, sin que a la vez el orden causal de los avatares políticos no conspiran en la percepción general del decisorio que nos ocupe.

De todas maneras y si de datos objetivos se trata, habrá que ver las incumbencias del fallo en orden al contexto general de su percepción social: por caso, en el año que transcurre un tribunal de grado dispuso la libertad de un empresario vinculado con una tragedia en la que murieron casi doscientas personas, mediante un pronunciamiento sólidamente apoyado en una corriente doctrinaria en materia excarcelatoria a la cual, desde años atrás, adhieren los magistrados que votaron por la mayoría.

Sin embargo, la reacción adversa que en diversos ámbitos el pronunciamiento produjo, lejos estuvo de obedecer unívocamente a los efectos específicos de la decisión judicial, y menos aún a los motivos dados en su fundamentación -opinable por cierto-, sino que ésta vino a coronar un estado de cosas inherentes al malhumor que la impunidad genera, atizado además el ambiente por opiniones de sectores políticos poco proclives a reconocer linealmente la independencia de un Poder Judicial que, cuando menos en sus discursos oficiales, prometieran respetar.

2. Pero no es ésta la situación tras el fallo “Casal”, posiblemente porque el universo de interesados en sus efectos no sea tan vasto como el que acoge los temas de inquietud para el estamento social mayoritario, en volumen de opinión pública, en nuestro país. De todas maneras, en su tratamiento no pretendemos introducir originalidad alguna y menos todavía aportar una reseña más del mismo -aunque de alguna manera lo sea-, aun cuando emplearemos como herramientas parte de la producción de literatura jurídica existente a su respecto.

Ello así, porque si bien suscita un genuino y primario interés al derecho procesal penal, trasluce también improntas ideológicas y iusfilosóficas con una doble implicancia: teóricas por el contenido mismo, y prácticas por las predicciones provisorias que se pueden hacer dada la obvia limitación para opinar sobre los efectos que se verán a futuro.

Las primeras inciden sobre las segundas de manera armónica con la preocupación que este recurso viene suscitando durante los últimos años en su costado no formal; es decir, sobre el modo como los jueces superiores corrigen las sentencias razonadas por los tribunales de mérito. Las segundas atienden a la *praxis* misma del Derecho, es decir, a la manera en como éste, en tanto expresión de la conducta humana, incide -o incidirá- en la vida real de los justiciables.

3. Desde su inicio, el extenso fallo -tras considerar favorablemente la procedencia formal del recurso extraordinario interpuesto- introduce, a partir de una proposición normativa, el tema que titulamos al comienzo del presente, pues entiende la Corte que resulta indispensable, en primer lugar, “... *precisar cómo se encuentra regulado en el ámbito nacional el recurso de casación...*” (cons. 6°). Cita en tal sentido la parte pertinente del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, en tanto establece que dicho recurso es admisible en el supuesto de “*inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la*

subsanción del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”.

A renglón seguido, en un párrafo que corresponde destacar, se sintetiza la cuestión principal a resolver: “*El alcance de este dispositivo legal es materia de interpretación y, de ésta, depende la extensión de la materia revisable en casación. Debe decidirse si la casación es un recurso **limitado** conforme a la versión originaria, en la cual tenía por exclusivo o predominante objetivo la unificación de los criterios jurisprudenciales (su llamado objetivo político) o bien, si es un recurso más amplio y, en este último supuesto, en qué medida lo es. Es decir que debe considerarse, hasta dónde la amplitud de su materia podría apartarse de la limitada versión originaria sin afectar la oralidad del plenario...*”, sin que ello afecte el cumplimiento del requisito formal de los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función del inc. 22, del art. 75 de la Constitución Nacional (lo destacado: en cursiva en el original).

Reseña de la premisa fáctica

“El 10 de marzo de 2003, aproximadamente a las seis, en las inmediaciones del local bailable “Metropolis”, sito en la avenida Santa Fe y su intersección con la calle Darragueira, Matías Eugenio Casal y Gastón Pablo Borjas ascendieron al vehículo de alquiler (...) conducido por Hugo Marcelo Rutz. Le indicaron que los llevara hasta Cabildo y Correa y una vez allí, por ésta hasta Plaza. En esos momentos el conductor decidió comunicar a la central el destino del viaje, oportunidad en la que Casal que se hallaba sentado detrás suyo lo tomó del cuello con ambos brazos y Borjas le arrancó el micrófono y le apoyó un arma de fuego en la cintura. Ante la resistencia para liberar su cuello fue golpeado con el arma en la zona de la boca. Al llegar a Correa al 3500, los imputados lograron la detención del vehículo sacando las llaves de contacto. Obligaron a la víctima a bajarse y Casal lo golpeó con el arma de fuego en la cabeza cuando se resistió a que se llevaran sus documentos y los del automotor. A bordo de éste finalmente huyeron con la referida documentación y poco más de \$ 150 que también sustrajeron. Aproximadamente a las 7,20 del mismo día, sobre la avenida General Paz a la altura de la calle Víctor Hugo, personal policial vio la detención del vehículo en cuestión. Advirtió que dos sujetos descendían. La alarma sonaba y éstos no sólo no respondieron a sus llamados sino que comenzaron a huir. Finalmente, después de una corta persecución fueron detenidos los imputados secuestrándose todo lo sustraído, excepto el dinero”.

En razón de ello, el imputado Casal fue condenado a cinco años de prisión como autor responsable del delito de robo calificado por el empleo de arma, circunstancia ésta que debe tenerse aquí presente por lo siguiente: se trata obviamente de una cuestión de *hecho* que incide directamente sobre la calificación legal, y cuya existencia se encontró cuestionada durante el debate en la audiencia oral, al punto de que en su alegato el fiscal solicita la calificación de robo simple, dado que el cuadro de indicios expuestos permitía desvirtuar la hipótesis de que hubiese existido y, por lo tanto, de que se hubiese empleado un arma en el evento delictuoso.

La defensa del condenado interpuso recurso de casación, que fuera declarado inadmisibile por el tribunal oral. Acudidos en queja por ante el Tribunal Nacional de Casación Penal, éste desestimó la queja, motivando tal denegatoria la interposición de un recurso extraordinario declarado a su vez improcedente, razón por la cual se ocurre en queja por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. Un dictamen rector

Las lecturas del dictamen del procurador general y del fallo de la Corte, permiten advertir una clara congruencia de motivaciones. El titular del Ministerio Público Fiscal, al reseñar los diversos agravios de la defensa, alude a “... *la profunda desazón que produce el carácter irrevisable de un fallo condenatorio en materia criminal, cuando se discrepa razonadamente con el tribunal respecto de la apreciación de la prueba*” (ap. V), temperamento convictivo que se trasluce del dictamen a lo largo de su fundamentación.

La referenciada congruencia entre dictamen fiscal y sentencia debe entenderse como la convicción común de cambiar radicalmente un estado de cosas dado, avanzando a su vez sobre la concepción tradicional de un antiguo instituto del derecho occidental, tarea que denota la intención de no acotar el análisis únicamente a la forma de interpretar los alcances de un recurso en materia penal.

Dictamen y fallo convergen en lo ideológico del asunto; es decir, en algo más que una manera avanzada de interpretar y de valorar los hechos y la prueba en un contexto procedimental (o sea: algo distinto de un discurso procesal). Pero seamos cautos con lo de “ideológico”, pues el término puede sugerir algo diferente de lo que queremos expresar, aun cuando sería interesante indagar sobre lo que una autora ha denominado los “*elementos extralógicos*”⁵ de las resoluciones judiciales. Pero dado que en una misma sociedad o cultura existen muchas ideologías, debemos restringirlas a ciertos grupos donde se dan como “sistemas básicos de creencias”, y donde otras creencias más específicas dependen de ellas o se organizan a su alrededor⁶.

Además, resultaría una necesidad no reconocer (en el proceso cognitivo que también incluye la decisión judicial) el hecho “... *de que la sentencia será también el resultado de influencias que son impuestas al magistrado desde su propia configuración ideológica. La sentencia es reflejo siempre de una cosmovisión que al magistrado lo nutre y de la que difícilmente se pueda desprender*”⁷.

En este sentido, podemos decir que tanto el dictamen como el fallo se complementan dentro de una misma matriz ideológica, entendida ésta como el conjunto de creencias que los inspiran conforme a la percepción de ese orden que impera en el tiempo actual, en el cual los *nuevos principios* y garantías de nuestro sistema legal (para no emplear “*garantismo*” y sumirnos en una serie de innecesarias y dicotómicas aclaraciones), inciden en la jurisprudencia y doctrina respecto del debido proceso en materia penal, siguiendo el itinerario de la Constitución reformada, particularmente en lo referente a convenios internacionales en lo que concierne a derechos humanos.

El modo de *cómo* lo hacen, merecería un espacio de análisis mayor, latente como está la actitud intelectualmente refractaria de muchos magistrados hacia los cambios operados en el derecho y en la sociedad, siendo que, sensata y racionalmente, la discrepancia siempre es saludable. No obstante, digamos que tales garantías se vienen desarrollando paulatinamente -y no sin algunos excesos- pensando en el procedimiento penal, lo cual no es intrascendente, “... *porque el actual emplazamiento del debido proceso supera holgadamente el modelo del proceso penal, y su adaptación a las distintas legislaciones depende del valor jerárquico que se otorga a los pactos y convenciones en el sistema constitucional*”⁸.

A propósito de la doctrina en un caso donde se debatían garantías de ese orden, bien se dijo que “*Podrá o no compartirse la solución dada por la C.S.J.N. en dicha causa, empero no es posible ignorar, que los fundamentos allí vertidos han contribuido a consolidar la postura nacional que da preeminencia al principio de la seguridad jurídica, mediante el cual se fijan reglas claras y precisas a fin de que los justiciables puedan saber a qué atenerse*”⁹.

1. El rastreo por los orígenes del recurso es necesario, según el procurador general, para entender lo que nos ocupa, pero de manera distinta a cómo lo buscaría un historiador: *“Dicho de otra manera: los efectos y límites del recurso, tal cual como se encuentran regulados hoy, dependen de una evolución y, en este caso, el estudio histórico -que, se enfatiza, se hará de manera condensada- demostrará que la evolución de las razones que llevaron a la forma actual del recurso no pueden seguir siendo tenidas en cuenta para mantener los alcances otorgados al mismo. Se trata, por lo tanto, de un recurso que fue configurado en su momento para cumplir una función específica, perseguida conscientemente, pero que ya no puede ser justificada. Lo extraño del caso es que si bien las razones perseguidas han sido abandonadas -y deben serlo- por un Estado de derecho, el recurso de casación sigue siendo modelado actualmente por esos antecedentes, pues pareciera que existe una inexplicable inercia” (Cap. VII).*

Dicha evolución -así como la exposición doctrinal del joven Calamandrei- son conocidas, pero su estudio histórico no constituye ningún lujo literario¹⁰. Pero lo cierto es que fue en la Francia de fines del siglo XVIII donde adquirió, desde su origen, la limitación al análisis de las cuestiones de derecho -su característica principal-, que es precisamente el punto conceptual que hoy se cuestiona. En ese repaso se destaca:

a) La función de la casación francesa consistía exclusivamente en la defensa del *ius constituionis*;

b) La casación nunca había sido pensada como un recurso para la defensa de los derechos de las partes;

c) La misión de la casación era *“... controlar a los jueces, impedir que éstos pronunciaran sentencias contrarias al texto de la ley...”*, desde que aunque fuese una pretensión *“vana”*, de un mecanismo de control de la división de poderes, o al menos de *“... proteger al Poder Legislativo del Poder Judicial: los jueces no deben desvirtuar lo establecido por la ley (...) se trataba más bien de un método de censura a funcionarios desobedientes”*¹¹.

“Es claro también que los fines del recurso de casación en el antiguo régimen y en la época posterior a la Revolución eran diferentes, pues en el antiguo régimen el propósito era conservar la potestad del rey, mientras que en el nuevo la supremacía de la Asamblea Legislativa. Sin embargo, estas dos variantes tuvieron un mismo denominador común y un mismo efecto en lo relativo a los límites del recurso: las divergencias de los jueces en la determinación de las cuestiones de hecho no desafían la autoridad del soberano”.

De este modo, y sobre estos orígenes y funciones del recurso, el procurador general considera fácilmente deducible el motivo de la limitación tajante del recurso a cuestiones de derecho, desde que la función era proteger la autoridad de quienes habían dictado las leyes y la de quienes tenían la función judicial de establecer la *interpretación legal única*: así, en este esquema, las decisiones sobre los hechos tomadas por los tribunales inferiores no podían conmovir esa autoridad.

Así también, *“... quedaba claro que los tribunales siempre podrían manipular los hechos para llegar a la decisión que quisieran, pero en tanto esa fuera la vía elegida la sentencia no comunicaba una oposición a un criterio del emisor de las leyes o una contumacia directa respecto de él. Esa falta de interés, sumado al hecho de que el recurso no protegía el interés de las partes, demarcaron ese límite de la casación”*.

Se destaca en el dictamen, entonces, la primacía de la ley por vía de la exclusión del tratamiento de las cuestiones de hecho, lo cual -entiende el magistrado-, *“respondía a una racionalidad clara”*:

“Cualquiera fuera la decisión sobre éstos por parte del tribunal de mérito, no podía poner en crisis la autoridad de la ley, y esto abarcaba tanto la valoración de la prueba, en sí misma, como también las reglas de valoración que el juez utilizara para llegar a una conclusión determinada a ese respecto (leyes científicas, reglas del pensamiento, reglas de la experiencia)”.

Ejemplifica lo dicho con un supuesto bastante feliz: si el tribunal que ha establecido que la aplicación de una determinada sustancia ha sido la causa de la muerte de la víctima, y, según la ciencia, esa conclusión no es correcta, en todo caso la decisión, vista desde esa perspectiva, *desafía a la comunidad científica, mas no a la autoridad de quien ha decidido prohibir el homicidio*.

2. Posteriormente, al recurso de casación le fue atribuida la función de *unificar la jurisprudencia*, quedando así definido el contenido de la **función política** -extraprocesal- del recurso de casación, esto es, asegurar la vigencia uniforme del derecho objetivo, y a la par de ello (protección de las reglas materiales), el legislador francés puso “... *en pie de igualdad las formas por él impuestas para el juicio, y la casación fue extendida también a los vicia in procedendo*, equiparación que no fue completa pues quedó limitada solamente a la revisión de algunas lesiones a la ley procesal¹².”

Hace referencia el procurador a la tensión que desde antiguo existe por la antinomia de los fines del recurso, consistente en promover el aseguramiento de la *unidad del derecho* y proveer la *solución justa para el caso concreto*. Le antecede un dato empírico y congruente con esta línea de discurso: la limitación del recurso a las cuestiones de derecho llevó a la creación de estrategias para que alcanzase a las de hecho, en razón del reconocimiento de que “... *para los justiciables era tan grave, si no más, una condena dictada por un error de hecho que una fundada en un error jurídico*” (Cap. VIII).

La necesidad de compatibilizar los fines de la justicia del caso particular con los límites de derecho positivo propios de la época en que dominaban los fines históricos de la casación, es la razón por la cual la jurisprudencia extranjera ha ido buscando la forma de ampliar la forma de revisión a pesar de la falta de cambios legislativos. En ese menester, jurisprudencia y doctrina han desarrollado estrategias que están ya en nuestro derecho (o, más bien, están “*haciendo pie*” en el mismo, particularmente -en lo que a cuestiones normativas concierne- desde la reforma constitucional de 1994). En este sentido, sostiene en lo pertinente el opinante:

a) “*Es sabido que la estrategia más utilizada ha consistido en utilizar las reglas que imponen el deber de fundamentar la sentencia, como vehículo para introducir como material revisable las reglas lógicas empleadas en la motivación de la sentencia, incluido el juicio probatorio, que quedó así sometido a un control de logicidad*”;

b) “*Visto desde la preeminencia de una concepción que privilegia el fin político de la casación, ello significó considerar que no sólo se alza contra la autoridad de la ley quien pone en duda que está prohibido matar, sino también quien no respeta los requisitos legales de la acusación. El mismo déficit normativo ostenta quien viola una regla de la experiencia o de la ciencia en la valoración de una prueba. Este último, al poner en duda no los hechos en sí o, mejor dicho, al poner en duda no las proposiciones sobre los hechos, sino el método de conocimiento de los hechos impuesto por el legislador*”.

Se cita el caso de Alemania (país que, con notas distintivas, posee el recurso de revisión), donde una vez consolidada la opinión de que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho era “*lógicamente imposible*”, y que por ello esa delimitación debía practicarse según puntos de vista teleológicos, fue posible ampliar la casación a cuestiones que antes habían quedado fuera de su alcance. “*Por esta vía fueron revisables las leyes del pensamiento o de la experiencia, en tanto su aplicación hubiera contribuido para llegar a conclusiones sobre cuestiones de hecho*”.

3. De la hermenéutica general del dictamen que se viene comentando (y seguido como se dijo, en sus lineamientos esenciales, por los jueces de la corte), se rescata con claridad una línea de pensamiento innovador, pues los datos históricos aportados resultan irrefutables y convalidan una tesis que bien podría abonar páginas no sólo de la Historia, sino también de la teoría política e,

incluso, de la teoría general del derecho.

a) Esto debe verse, en primer lugar, como lo referido a la cuestión del *poder* institucionalmente visto: ningún diseño jurídico tuvo origen al margen de su situación política e histórica y de los intereses sectoriales de su contorno, dicho ello mirando con particular direccionamiento hacia la edad moderna, o desde ese tiempo hasta nuestros días. Si bien el derecho no puede presentarse como un producto de una clase particular o de intereses sectarios, y tampoco como el producto arbitrario de un momento histórico¹³, creemos que en toda “microfísica del poder” (tomando la expresión de Foucault) se encuentran fórmulas jurídicas que lo expresan.

Creemos que no se trata de tener por perimida *in totum* la dogmática tradicional de la casación, desde que fue el resultado de algo más que del afán de crear un nuevo método recursivo. Su gestación estuvo involucrada en un formidable proceso de cambios superadores que perduran en los diseños jurídicos de nuestro tiempo, y generalmente expresados en un lenguaje similar.

Así lo entiende García de Enterría, al exponer las cuestiones relativas al paso del poder por el arbitrio al sistema de gobierno por la ley: “*La Revolución Francesa ha aportado a la historia de la cultura occidental en el terreno del lenguaje jurídico algo mucho más sustancial que un repertorio léxico determinado, que haya que enumerar analíticamente; ha aportado un discurso enteramente nuevo para explicar las relaciones entre los hombres y su organización social y política como materia del Derecho (...) Como en todo discurso, es su sentido general lo importante, el cual no puede descomponerse o fragmentarse sin ruptura en un conjunto de palabras aisladas o de usos gramaticales*”¹⁴.

b) Entendido ello, no cabe duda que el instituto casatorio fue en algún momento un instrumento de control de la actividad específica de los jueces, a la vez que descuidaba el interés de las partes, más que un instrumento recursivo para “*permitir la revisión y eliminación de los errores de las sentencias*” (Cap. IX). Pero, también, la concepción tradicional se mantiene férrea en países como Francia, España e Italia, donde el ‘enclave clásico’ de la casación “*parece inamovible*”: se supone una herejía científica “*... predicar alguna tercería conceptual a favor de una prudente y necesaria consideración estimativa en pro de la revisión de la cuestión de hecho. No hay concesiones posibles y la doctrina más autorizada es devota al circunscribirse al control monofiláctico*”, sostiene Morello en uno de los trabajos más severos sobre el tema que nos ocupa¹⁵.

El jurista traza uno de los juicios más tajantes que hemos leído, en el inicio de un subtítulo del trabajo citado -*Panorama en el derecho argentino*- “*Pese a la finísima línea de sentido de que la casación debe circunscribirse al control del derecho, su intensa vigencia en casi todas las provincias (Buenos Aires, Mendoza, Córdoba, Neuquén, etc.) terminan por prohijar un sistema híbrido, impuro, bastardo que, sin embargo, funciona plenamente y bien y es auspiciado por la clase forense atenta al control efectivo de sentencias definitivas lastradas - en el juicio de hecho - de los vicios del absurdo o de la arbitrariedad. Eso es, valga la insistencia, lo que se verifica en el derecho vivo*”.

c) Por otra parte, en el marco de ese desarrollo se introducen cuestiones que son de nuestro interés, desde que la procuración general, tras reiterar que el modelo actual del recurso permanece ligado a la concepción que del mismo se tenía en el período de entreguerras, durante el cual la doble instancia no sólo no constituía una garantía constitucional, sino que también podía tener cualquier misión, “*... cualquier contenido y, sobre todo, cualquier límite*” (Cap. IX).

Sostiene que esto se funda en dos razones:

a. En primer lugar, porque “*... ya se vio que la función de lograr una aplicación uniforme del derecho objetivo, fue considerada con razón, más una quimera que una realidad alcanzable. Ello*

es así porque (i) no toda desviación es recurrida, (ii) muchas veces no lo es correctamente, de modo que los vicios formales del recurso impiden al tribunal de casación corregir las desviaciones, (iii) una distinción quirúrgica entre cuestión de hecho y de derecho es impracticable, y (iv) es imposible evitar contradicciones en los propios tribunales superiores locales (más aun cuando el modelo de la casación se traspolo a una nación que, como la nuestra, ha adoptado la forma federal de Estado)”.

b. En segundo lugar, porque “... en el último medio siglo ha habido una clara e innegable evolución en la valoración del significado de la impugnación de la sentencia condenatoria. A través de una interpretación más amplia del derecho de defensa en juicio se entendió que ante la amenaza del error judicial, la revisión de la condena, al menos en una segunda instancia, constituía una manifestación de ese derecho, en el sentido de derecho a defenderse una vez más, después de la defensa en primera instancia y antes de que la resolución pase en autoridad de cosa juzgada”.

Y esto es, precisamente, lo que reconocen los tratados internacionales de derechos humanos posteriores a la Segunda Guerra Mundial que expresamente establecen el derecho del condenado a recurrir la sentencia (Cap. IX). En efecto: el sustento normativo -hoy de raigambre constitucional-plasmado en el dictamen y en el fallo del máximo tribunal, emana del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.5) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2.h), sujetos ambos a interpretación por parte de los órganos de aplicación del sistema interamericano de derechos humanos.

En el acápite VI se reseña la labor de tales órganos, referida y compartida también en el fallo:

a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos al evaluar normas procesales análogas a las del Código Procesal Penal de la Nación (Informe 24/92 - “Costa Rica”, casos 9328, 9329, 9742, 9884, 10.193, 10.230, 10.429 y 10.469 del 2 de octubre de 1992), expresó que el recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, constituye en principio un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el art. 8.2.h de la citada Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general. Posteriormente (“Argentina”, Informe 55/97, caso 11.137, “Abella”, del 18/10/97) también manifestó que tal derecho implica el control de la corrección tanto material como formal del fallo, con la finalidad de remediar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de las normas, como asimismo la revisión de la interpretación de las normas procesales que hubieren influido en la decisión de la causa atacada de nulidad, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hubieran conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las mismas.

b) Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en un precedente fundamental), indicó que el recurso que contempla el art. 8.2.h de la convención citada, sea cual fuere su denominación (“recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”), debe garantizar un examen integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior y, entre ellas, la pena (“Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, párrafos 165, 166 y 167) ¹⁶.

La suma de estos factores (*supra* a y b) son lo que, a criterio del procurador, ha puesto en crisis la interpretación tradicional de los alcances del recurso contra la sentencia condenatoria, desde que el fin político de la casación no sólo debe ser visto como *irrealizable*, tanto por la imposibilidad de separar con rigor hecho y derecho, como por las razones que evidencian que la pretensión de unificar la jurisprudencia es un mito. Así, sólo se legitima la condena del imputado si ha gozado de todas las posibilidades que le brinda el orden jurídico para evitar los efectos de la sentencia

incorrecta, es decir, si se ha condenado conforme a la justicia del caso particular.

Se proponen en este orden los siguientes puntos de partida (aunque “*la discusión acerca de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho no está cerrada*”):

1. Las resoluciones judiciales, como todas las decisiones humanas, y especialmente las que se toman desde el poder público, son susceptibles de todo tipo de equivocaciones;
2. El error judicial que conduce a una condena penal, cualquiera que sea la naturaleza de ese error, es de mínima tolerancia en razón de las graves consecuencias que conlleva;
3. El imputado sólo puede ser condenado, en todo caso, después de que la decisión haya superado unos rigurosos controles de calidad, entre los que se cuenta especialmente la facultad del condenado de impugnar ampliamente la sentencia como parte de su derecho de defensa en juicio (derecho a defenderse una vez más).

“En otras palabras, que el agravio del condenado pueda ser considerado una cuestión de hecho y prueba no puede servir ya más de excusa para negar su derecho al examen de los posibles errores del fallo por él denunciados (...). Frente al derecho del condenado a serlo definitivamente sólo si la sentencia ha superado los controles de calidad en cuestión, no es posible sostener el principio usual de los tribunales de casación según el cual los aspectos de la sentencia que se refieran a la determinación de los hechos y a las cuestiones probatorias son decisiones discrecionales reservadas al tribunal de mérito, salvo el supuesto de arbitrariedad manifiesta. En cambio, según la visión actual del recurso contra la condena, las equivocaciones de la sentencia no pueden quedar sin fiscalización por su falta de gravedad como arbitrariedad o por la supuesta existencia de poderes exclusivos del juez del primer grado. Satisfecha la segunda instancia podrá el orden jurídico establecer límites a la revisión ulterior de las resoluciones judiciales, escogiendo, p. ej., conceder esa impugnación sólo ante motivos especiales (cuestión federal, precedentes contradictorios, etc.), pero el primer recurso contra la sentencia de condena no puede contener tales limitaciones al objeto de lo impugnado. De este modo, tal como ya sucede en otros países cuyo derecho procesal penal es igual al nuestro, se impone la llamada teoría de la potencialidad o capacidad de rendimiento (...). Según esta teoría el tribunal de casación tiene competencia (poder en potencia) para revisar y eliminar de la sentencia condenatoria todos aquellos errores cuya comprobación no dependa de la inmediación propia del juicio oral. Así pues, la catalogación de un vicio, con razón o sin ella, como fáctico o jurídico ya no deberá separar lo recurrible de lo irrecurrible, sino que, antes bien, todo error será materia de recurso, salvo lo percibido única y directamente por los jueces de mérito en el juicio oral (así, el contenido y la apreciación de lo declarado en el debate), pero sólo en tanto ese contenido o su fiabilidad no se pueda establecer también por otros medios no alcanzados por la inmediación. ***En conclusión, el recurso de casación tiene que ser entendido de ahora en más, como instrumento de impugnación no limitado a las cuestiones de derecho y por medio del cual es posible revisar integralmente todos los aspectos de la sentencia cuestionados por el recurrente, siempre que lo impugnado no esté en relación directa con percepciones exclusivas de quien ha presenciado el juicio oral***”.

En su parte conclusiva, tras la enumeración de las exigencias formales de las que debe ser despojado el recurso de casación ¹⁷ (Cap. XIII, previo al tratamiento del caso concreto), el procurador general deja en claro que no se trata de “derogar” el recurso de casación e instaurar una apelación incompatible con el sistema oral y público de juicio penal, sino de adaptarlo para que pueda cumplir con las exigencias estrictas del derecho del condenado a impugnar los errores de todo tipo que contengan las sentencias. En el menester, será la Corte la que deberá llevar a cabo la

reformulación del recurso, hasta tanto el legislador proceda a una nueva regulación del instituto.

Morello pondera tan “copernicana innovación”, como *“El esfuerzo, logrado en el dictamen, es poner de manifiesto que la interpretación tradicional, en el espejo del repaso y metamorfosis histórica y a la luz de la necesidad funcional que tiene, el hecho y el objetivo político que le inyectó su alborada, no están presentes en la identificación actual, de manera que para que persista con valiosas proyecciones positivas el recurso de casación debe ser ampliado”*¹⁸.

III. El fallo convalidante y el razonamiento judicial

Podría parecer, a esta altura de nuestro desarrollo, que el esmero evidenciado en su dictamen por el titular del Ministerio Público Fiscal ha agotado la cuestión, habida cuenta de que no ha soslayado ningún tópico inherente a ella. Si bien de dicha fundamentación surge que ello es así, la atención puesta por los magistrados de la Corte en el asunto -en extensión y contenido- denota la merecida atención que el asunto ha suscitado. Al respecto, se tiene dicho que no es nuestro propósito elaborar una pormenorizada reseña del fallo, sino abordar algunos aspectos de interés que -lo decimos ahora- atañen al *razonamiento judicial*, sustancialmente distinto, claro está, del empleado por las partes.

En este menester, tenemos presente que el pronunciamiento circunscribe desde el inicio el tema de interpretación a decidir (*supra*, I^o-3^o), partiendo del entendimiento del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación. Sin embargo, la doctrina elaborada trasciende el tratamiento de una cuestión procesal, según surge de las lecturas detenidas que se hagan del fallo. En consecuencia, no es desacertado advertir que este tipo de resoluciones no tienen por destinatarios exclusivos a los interesados en el procesalismo penal, desde que conllevan un horizonte de proyección hacia ámbitos más fecundos del derecho y de las ciencias sociales.

1. A la par de ello, resulta por demás saludable que nuestro máximo tribunal se adentre en cuestiones del pensamiento judicial, para lo cual el recurso de casación es, por cierto, un tema fértil y, desde hace más de una década, no susceptible de satisfacer las exigencias únicamente de nuestro derecho interno. Como anota Fernández¹⁹, *“... el bloque de legalidad internacional expresamente incorporado al ámbito interno, como sus alcances establecidos por los organismos internacionales competentes, no pueden ser desconocidos al tiempo de establecer (...) los recaudos que deben cumplir los pronunciamientos de los tribunales de justicia, para no vulnerar los derechos humanos”*.

Sucede que, independientemente de la evolución en ese sentido que se va dando en nuestro derecho judicial, el “razonable funcionamiento” del sistema penal devenía en innecesaria cualquier discusión innovadora. Con lo de “razonable” queremos significar la *eficacia relativa* con que, durante la mayor parte del siglo veinte y comienzos del actual, ha venido funcionando el Poder Judicial, nutrido de ciertas ideas sacras en lo que a sus institutos jurídicos concierne. Cierto es que la casación del Código de Córdoba de 1940 aún rinde honor al ideario de su gestación; pero, no menos cierto es, que el presente es un buen momento para pensar seriamente si cumple con las demandas reales en orden a un modelo jurídico multidimensional (como enseña Martínez Paz) y superador.

Refiriéndose al orden nacional, la Corte se muestra realista: *“... nuestra legislación procesal penal, durante más de un siglo, se apartó de las líneas que le trazara la Constitución. Incluso, ni siquiera respetó el modelo europeo o francés napoleónico, pues eligió una variante mucho más inquisitoria y mucho menos pública. Lo que no fue más que el producto de la urgencia por codificar el derecho penal y procesal penal después de tres cuartos de siglo de vida independiente,*

mantuvo vigencia cuando el país había alcanzado el desarrollo cultural y social que superaba los estrechos márgenes de los legisladores de las últimas décadas del siglo XIX. De este modo perduró un siglo un código procesal inspirado en la restauración borbónica” (ap. 17° in fine).

Posteriormente, el C.P.P.N. siguió el modelo del código de Córdoba, y hasta 1994 “... era discutible el alcance del inc. 2 de su art. 456. No existía ningún obstáculo constitucional para interpretar que ese dispositivo legal mantenía el recurso de casación en forma tradicional u originaria. La cuestión dependía del alcance que se diese al derecho internacional en el orden jurídico interno. Pero desde 1994, el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pasaron -sin duda alguna- a configurar un imperativo constitucional” (ap. 21°).

2. Por otra parte, la Corte pone énfasis en lo que la doctrina y jurisprudencia alemanas han llamado *Leistungsfähigkeit*, o teoría del agotamiento de la capacidad de revisión (*Leistung* es el resultado del esfuerzo y *Fähigkeit* es capacidad, también traducida como capacidad de rendimiento), conforme a la cual el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por *revisar todo lo que se pueda revisar*, o sea, por *agotar la revisión de lo revisable* (ap. 23°).

“Que formulada esta teoría, se impone preguntar qué es **lo no revisable**. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la **inmediación**. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y -en el nivel jurídico- porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro”, en referencia a los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria, pues los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto “... impongan un requisito que la cancela” (ap.24°).

Lo no - revisable en el juicio oral

En este punto se nos plantea un interrogante a partir de imaginarnos el desarrollo *real* del juicio oral, donde conforme a su diseño legal, deben reproducirse todos los actos del procedimiento sumarial que resulten relevantes, a fin de que el tribunal pueda valorar hechos y pruebas para arribar a la definición del proceso penal. En ese contexto se desenvuelve la *inmediación* (más aún: es ésta la que concede su razón de ser a la oralidad). De lo acontecido en la audiencia, según la Corte, al tribunal de casación le está vedado revisar:

a. Lo que surja directa y únicamente de la *inmediación*, habida cuenta de las limitaciones existentes en el plano de la “*posibilidades reales*” y también en el nivel *jurídico*;

b. Lo que esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral: “*Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso*” (ap. 24° in fine, lo destacado en negrita nos pertenece).

Este párrafo nos recuerda vivamente sobre qué terreno estamos transitando: nos encontramos en los senderos del *razonamiento débil* que explica Ghirardi ²⁰. Los conceptos mismos empleados (“naturaleza de las cosas” y apreciación “en cada caso”) sugieren que queda un gran espacio para meditar y no pocas dificultades por afrontar; entre otras razones, por la incertidumbre que rondará a la hora de fijar la premisa menor del silogismo judicial.

Pues bien: si la *sana crítica* exigiese solamente la aplicación al caso de las reglas de la lógica y de la experiencia común, los jueces podrían (particularmente por las primeras), distinguir con relativa facilidad los planos lógicos y ontológicos involucrados. Pero se exige además el conocimiento que proviene de la psicología, cuyas interferencias en el razonamiento judicial son a veces imperceptibles y por lo tanto dañosas en el derrotero del razonamiento judicial.

En otra oportunidad comentamos el caso expuesto por Foucault, donde los jueces le preguntaban al inminente condenado *algo más -y de sí mismo-* de lo que la totalidad de la prueba (y su propia actitud) ya habían acreditado. Entonces nos proponíamos exponer de qué manera algunos elementos que se dan empíricamente dentro del proceso, por ser parte del escenario en que éste se desarrolla, son ajenos -o *debieran serlo-* al despliegue intelectual del juez, pero inciden notoriamente en su vivencia psicológica, con matices rara vez referenciados en la sentencia ²¹, particularmente cuando se trata de meritar la peligrosidad del imputado o al momento de la graduación de la pena.

c. Agrega el fallo, ante la objeción de un sector doctrinario que “*magnífica*” lo que es puro producto de la intermediación, que esto, si bien puede establecerse en *cada caso*, “*...lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la intermediación*”, desde que -se afirma- por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial, siendo la principal cuestión, generalmente, la que queda limitada a los testigos.

Dejamos para un análisis por separado la opinión del aludido sector doctrinario, pero ciertamente no serán pacíficas las opiniones al respecto. Sea como fuere, las discrepancias sólo serán válidas si se insertan dentro de un debate serio y abierto acerca de la oralidad del modo en que se viene desarrollando en la Argentina, desde que el sistema seguramente verá acotado su campo de acción (culminación de la “instancia única”), a no ser que se vea amplificado su espectro de razonamiento, como lo sería una labor más precisa en la fundamentación de las sentencias.

d. “*Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.*”.

La expresión escrita de las razones por las cuales los jueces creen que el testigo se muestra, por caso, dubitativo, bien podría resultar de las exigencias procesales ya existentes o de otras pendientes de elaboración por parte del legislador. Pero lo que no se muestra como susceptible de sencilla revisión por el tribunal de casación, son los criterios empleados en la ponderación de la prueba testimonial rendida.

Aspectos revisables

Valga aquí lo dicho párrafos más arriba (“a”), al mencionar lo referente a los criterios sobre la peligrosidad demostrada por el autor -para la graduación de la pena o la aplicación de una medida de seguridad- y tendremos una doble circunstancia: por una parte, habrá de sincerar el juzgador sus creencias psicológicas conscientes acerca de *por qué la persona* del justiciable se le representa con mayor o menor peligrosidad²², independientemente de la demostrada en los hechos objetivamente probados y que inciden sobre la calificación legal; y, por otra, se pondría en funcionamiento una garantía hasta ahora no escrita normativamente, como lo sería el evitar la arbitraria categorización del denominado *derecho penal de autor*, concepción que degrada a la víctima y a la vez al juez²³, cuando la apariencia u otras circunstancias personales generan un prejuicio -a veces inconsciente- en el tribunal.

Estamos también frente a situaciones anómalas y cotidianas del juicio oral, concernientes a las apreciaciones valorativas de los jueces -que convergen en la mayor o menor gravosidad de la pena-, por el simple incumplimiento del derecho escrito. Es el caso del art. 41 inc. 2 del Código Penal, en lo atinente a las *circunstancias subjetivas* a tener en cuenta para la graduación de la pena o para la elección del tipo de pena correspondiente, cuestión sujeta al criterio judicial, y, por lo tanto, discrecional.

Ello así, porque además “... el art. 41 no aclara acerca del **criterio** con que los jueces deben elegir la especie de pena aplicable”, a lo cual corresponde agregar que *los jueces condenan a los delincuentes sin un conocimiento real de las causas que han motivado su conducta delictiva ni tampoco los rasgos más característicos de su personalidad y de su historia personal*, a la vez que la conducta delictuosa *no se considera como expresión de la personalidad del sentenciado*²⁴, o más bien, en muchas ocasiones se la considera erróneamente y sobre criterios *hasta ahora* no revisables por un tribunal superior.

Sobre *el reflejo de estos problemas en la praxis*, se ha dicho con acierto que “*Las diferencias en los parámetros valorativos del juzgador conduce a diferencias en la valoración de la culpabilidad. Pues ninguno de los conceptos de culpabilidad contiene parámetros objetivos para su cuantificación; por ello, la mensuración de la pena de culpabilidad, si bien debe reflejar los parámetros transmitidos socialmente, termina convirtiéndose en el espejo de los valores personales del juzgador*”²⁵.

e. Asimismo, el fallo avanza, en ese orden de ideas, sobre el modo en que serían revisables los razonamientos judiciales plasmados en las sentencias en cuestiones de derecho sustantivo: “*Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja **clasificación del error** en el campo del derecho sustantivo*”.

En el ámbito procesal, ello obedece según la Corte, “... *no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que **en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho** y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal -como puede ser el **beneficio de la duda**- puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho*” (ap. 26°).

A modo de conclusión

1. Del párrafo transcrito hemos resaltado -para comenzar nuestra conclusión- una tesis central de la nueva doctrina con la aseveración que le sigue. Esta merecería mayor atención de nuestra parte, tanto por las implicancias prácticas que de ahora en más debería tener, como por las falsas creencias existentes desde antiguo sobre el *in dubio pro reo*, seriamente cuestionado por el procesalismo originario²⁶. Pero lo que importa es que, cualquiera sea el abordaje de estas concepciones, ya no quedarán, sea en casos de duda como ante cualquier supuesto de discrecionalidad judicial, sujetos los justiciables a la apertura o estrechez de los criterios imperantes -según sea el caso- de los tribunales de mérito, a modo de estadio definitivo, clausurado por la irrevisabilidad de los hechos capturados con exclusividad en la instancia única.

2. Por el momento y tal como ya ha sido nuestro pensar²⁷, hemos creído que resultaba estéril discurrir aquí acerca de si existe una *lógica de la elección*, e, incluso una *lógica de las valoraciones*, cuando la propia Lógica parece afectada por cierta axiología viciada en el marco del raciocinio judicial, que en no pocas ocasiones hace titubear cualquier valoración en razón de los condicionantes extralógicos, como los aludidos aspectos psicológicos e ideológicos del modo en que los entendemos, cuando no por el desdén en la aplicación rutinaria de las normas.

3. Por eso vale decididamente el fallo de la Corte Suprema para acotar, por vía de la doctrina establecida, aquellos espacios del razonamiento judicial hasta ahora gnoseológicamente inmunes con apoyo en la teoría procesal y la tradición refractaria a los cambios. Asumimos en ello que quedamos a mitad de camino, más que de la reseña puntual de una sentencia relevante, de sus auspiciosos contenidos doctrinarios. Verdad, arbitrariedad, sana crítica e historia son algunos de los puntos que merecerán, según nuestro modesto entender, un segundo momento de exigencia de razón, nunca, por cierto, suficiente y definitivo.

¹ HAUSER, I., *El curioso caso de Casal*, y WAINFIELD, M., *Para que la casación se arremangue*; www.ellibertadorenlinea/páginas_mviles/juridica/048.htm.

² VENTURA, A., "Ahora los condenados tienen derecho a la doble instancia", *La Nación*, 21/9/05, p. 14; MISCHANCHUK, V.A., "Casación vs Doble instancia", *El Mercurio de la Salud, Análisis Jurídico*, 21/9/05; "Casación deberá revisar cuestiones de hecho", *Diario Judicial*, 26/10/05, entre otros. La nota primeramente citada, bajo el subtítulo 'Raigambre garantista', sintetiza las 'ideas fundamentales' del pronunciamiento en cuestión.

³ C 2767-XL. R.H., "Casal, Matías Eugenio y otros", del 20 de setiembre de 2005.

⁴ MESSIO, P.E., "Efectos mediáticos en las decisiones judiciales" en *El fenómeno jurídico*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003. Allí se dice: "*La justicia y la sociedad deben comunicarse a fin de cumplir con el principio de la participación, es decir, para conceder a la opinión pública una cierta influencia en los actos soberanos de la justicia. Las instancias sociales pueden, cuando estén informadas, criticar los fallos del tribunal y, de esta manera, modificar el programa de decisión para fallos futuros. Y la anticipación de una crítica de este tipo puede, quizás, mover al juez a que reflexione acerca de sus fallos, usando criterios de crítica pública*" (p. 133). No obstante, según vimos al comienzo (v. primera y segunda nota al pie), la información sobre el caso "Casal" parece haber sólo rozado el impacto periodístico general, para ser materia de la literatura jurídica.

⁵ RIBA, M., "Los condicionamientos extralógicos en las resoluciones judiciales" en *El fenómeno jurídico*, GHIRARDI y otros autores, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, p. 213.

⁶ VAN DIJK, T.A., *Ideología y discurso*, Barcelona, Ariel Lingüística, 2003, p. 23.

⁷ ANDRUET, A., "La sentencia judicial", en *El razonamiento judicial*, GHIRARDI, RUEDA, FERNÁNDEZ y MESSIO, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001, p. 68.

⁸ GOZAÍNI, O.A., *Derecho penal constitucional. El debido proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 35.

⁹ PALACIO DE CAIRO, S.B., "El recurso extraordinario y la garantía de la doble instancia en el proceso penal, De 'Ghiroldi' a 'Felicetti'", L.L. 2001, año LXV, N° 120.

¹⁰ V. PASTOR, D., "La nueva imagen de la casación penal - Evolución histórica y futuro de la casación penal", *elDial.com DC94*. El trabajo constituye una excelente reseña histórico/crítica de la casación, donde se exponen los principios de la ideología ilustrada que, *mutatis mutandis*, reverdecen en la discusión actual: la omnipotencia de la ley -

Montesquieu- y la igualdad ante la ley -Rousseau-. Lo mismo cabría decir de la desconfianza de entonces del legislador revolucionario hacia los jueces. Al respecto, nos remitimos a lo dicho en *La interpretación y la ley penal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001, p. 10 y ss.

¹¹ Con cita de PASTOR, D.R., *La nueva imagen de la casación penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 27.

¹² “Esta es la configuración -expone concluyendo el capítulo- con la que el modelo de casación francés, con matices, se expandió durante el siglo XIX por el continente europeo (...). Con esta estructura, a través de su recepción en los códigos italianos de 1913 y 1930, llegó a nuestro país a partir de 1940 con la sanción del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Este diseño del recurso de casación pasó década tras década a distintas provincias, hasta que en 1992 se lo estableció en el código nacional actualmente vigente”. Al respecto, acotemos que no son mayores -tampoco en el fallo de la Corte- las referencias al señero código cordobés, que bien hubiera merecido un apartado más riguroso tras sus sesenta y cinco años de vigencia.

¹³ KHAN, P., *El análisis cultural del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 19.

¹⁴ *La lengua de los derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 37.

¹⁵ “El mito de las cuestiones de hecho y de derecho en la casación”, L.L., año LXIX, N° 188, 27/9/05. “Raya en una ofensa a la figura, expresar argumentos y desarrollar fundantes similares a los que han permitido tejer en la Argentina con sólida arquitectura de razones plausibles, el acierto en imaginar e imponer llaves o ganzúas habilitadoras, cuyo nomen juris -doctrina del absurdo, de la arbitrariedad, del error patente e intolerable, del exceso ritual manifiesto- ironizan sobre su pretendida carta de ciudadanía y de que retocen airosas en el retablo del absurdo”.

¹⁶ V. “Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia ¿La casación penal condenada? A propósito del caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; elDial.com DC546, febrero de 2005.

¹⁷ Tales exigencias -que no recepta el fallo- parecen excesivas a nuestro modo de ver: “El recurso de casación no debe requerir: (i) la firma obligatoria de letrado (...), (ii) que el recurso se baste a sí mismo, (iii) que tenga una exhaustiva fundamentación autónoma, (iv) ni la expresión separada de cada motivo de agravio”, las que le resultan propias de un recurso extraordinario.

¹⁸ MORELLO, A. y GONZÁLEZ CAMPAÑA, G., “Reformulación de la casación penal”, L.L., Suplemento de Penal y Procesal Penal, 28/10/05, ps. 17/18.

¹⁹ FERNÁNDEZ, R., “Control de logicidad (vías impugnativas aptas)” en *Teoría y práctica del razonamiento forense*, GHIRARDI, O. y otros autores, Córdoba, Advocatus, 1999, p. 138.

²⁰ *La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil)*, Córdoba, Alveroni, 1993.

²¹ Ver FOUCAULT, M., *La vida de los hombres infames*, Montevideo, Altamira, 1993, ps. 231/232, comentado en *La Lógica... (oc)*.

²² V. DONNA, E.A., *La peligrosidad en el derecho penal*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

²³ “En su coherencia completa, el derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio del juicio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes lo padecen y también de quienes lo practican”; ZAFFARONI, E., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 50.

²⁴ MARCHIORI, H., “Las circunstancias para la individualización de la pena”, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, Córdoba, Lerner, 1983, ps. 8/11.

²⁵ ZIFFER, P.S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p.65.

²⁶ Al referirse al principio o presunción de inocencia, Vélez Mariconde, no sin cierto exceso, la consideró una aberración lógica y un “absurdo recogido del empirismo francés” -*Derecho procesal penal*, 3ª ed., Lerner, t. II, ps. 30/40.

²⁷ *Teoría y práctica... (o.c)*, p. 49.

DERECHO Y CAMBIO SOCIAL. CONDICIONAMIENTOS MUTUOS

PATRICIA ELENA MESSIO

Sumario: **I.** Introducción. **II.** El cambio social: concepto. **III.** Caracteres del cambio social. 1. La complejidad del fenómeno. a. El medio físico. b. La importancia de la cultura. c. Los condicionamientos socio-políticos. 2. La normalidad. 3. La especificidad. **IV.** Distintas posturas teóricas. 1. Teorías cíclicas. 2. Teorías evolucionistas. **V.** Procesos en el devenir histórico. 1. La modernidad. a. Enfoques teóricos. 2. La posmodernidad. 3. La globalización. **VI.** El derecho y el cambio socio-cultural. 1. El derecho como instrumento del cambio social. 2. El derecho como resultado del cambio social. **VII.** Conclusión. **VIII.** Bibliografía.

I. Introducción

Desde su nacimiento, la disciplina sociológica se ha adentrado en el desciframiento de las cuestiones relativas a la estática y dinámica social, indagando permanentemente sobre qué es la sociedad y cómo se genera el proceso de cambio. Aún hoy, la sociología no tiene una respuesta

certera sobre este problema, que sin duda, configura la última razón de su existencia ¹.

Se trata de una disciplina compleja, al punto de que Habermas la describe como la única obligada a integrar todos los aspectos de la problemática de la racionalidad: el aspecto metodológico (en tanto que en la búsqueda empírica debió desarrollar conscientemente un momento de comprensión por medio del cual el analista reconstruye las razones de los agentes), el aspecto metateórico (al construir una clasificación de los tipos de actividad social que debe incluir en particular los que son susceptibles en devenir racionales) y, finalmente, el aspecto empírico ².

La primera dificultad que se nos presenta, con exclusión de toda arbitraria generalización, es la identificación de patrones constantes de conducta que permitan el estudio y comparación del movimiento social. En un mundo globalizado, el ritmo de desarrollo sigue siendo distinto, pero con grandes cuotas de homogeneidad debido a la acentuación de los procesos de difusión y aculturación.

A su vez, la idea de evolución del movimiento social, mediante un progreso siempre acumulativo entró en crisis durante el siglo XX. Los grandes conflictos bélicos contrastaron con el optimismo reinante a fines del siglo XIX, las sociedades fueron un poco más pesimistas, el cambio, un poco menos propicio.

En el mundo jurídico se evidencia que el derecho, como toda expresión humana, no está excluido del proceso de transformación de los pueblos. Por lo tanto, no sólo se empapa del cambio socio-cultural, sino que es una herramienta para él.

Ya Luhmann, investigando sobre las relaciones entre derecho y sociedad, afronta tres problemas diferentes: el pasivo, es decir, el condicionamiento que la sociedad ejerce sobre el derecho; el activo, o condicionamiento que el derecho ejerce sobre la sociedad, y el reflexivo, que hace hincapié en la relación entre el estudio del derecho y el estudio social.

Analizar estas facetas de lo jurídico: el derecho como resultado y como instrumento del cambio constituye, por lo pronto, la principal ambición de este trabajo.

II. El cambio social: concepto

Conceptuar este fenómeno resulta, *prima facie*, de envidiable facilidad, en tanto surge de la misma realidad de las cosas que existen constantes movimientos, ya sea de pequeños factores que influyen en las ideas de toda época, ya de las grandes cosmovisiones, con importantes consecuencias en el pensamiento y en la técnica, y con notable peso en la organización de la sociedad.

Se trata de un *complejo* proceso social, que impone situarnos en un contexto témporo-espacial *específico*. Cambio y tiempo resultan, de este modo, inseparables. No pueden pensarse los cambios sin incluir el concepto de tiempo y sin tener algún sentimiento a su paso ³.

Laurence Friedman y Jack Ladinsky lo definen como cualquier alteración no repetitiva en los modos de conducta establecidos en una sociedad. El calificativo no repetitivo significa que no existen sociedades estáticas ⁴. De hecho, si bien es cierto que incluso en los períodos más revolucionarios subsisten estructuras estables, las cuales es necesario analizar como punto de partida para entender la verdadera dimensión del proceso, una real comprensión del fenómeno nos obliga a estudiar en qué medida se han producido modificaciones en los objetos, situaciones e instituciones fundamentales durante un período dado ⁵. Esto es, hasta qué punto ha habido una efectiva modificación en la estructura social, entendida en tanto pautas de relaciones, normas y roles ⁶.

Complejidad, normalidad y especificidad son, entonces, tres notas características de todo

mecanismo social en general y, de este proceso, en particular.

Resta aclarar que sólo las miradas macrosociales son eficaces para detallar las líneas del movimiento cultural, so pena de caer en un excesivo casuismo. Los cambios de importancia en el grupo son los únicos que merecen atención. No obstante, las transformaciones en pequeña escala pueden tener gran incidencia en el contexto general. La sumatoria de decisiones individuales en un mismo sentido puede generar una verdadera transfiguración social ⁷.

III. Caracteres del cambio social

1. La complejidad del fenómeno

Si bien es posible, previa abstracción, identificar los factores que de manera persistente influyen en este procedimiento, nunca una exposición monocausal será adecuada para explicar su diversidad ⁸.

Horton y Hunt agregan que aunque conocemos mucho acerca de las condiciones y procesos del cambio, no tenemos una explicación satisfactoria de por qué ocurre ⁹. Incluso, la oscuridad del tema lleva a algunos autores a sostener que se trata de una constante que no necesita explicación, o a ensayar razones débiles y poco explícitas, como la que se funda en la capacidad humana de aburrirse ¹⁰.

En general, los doctrinarios coinciden en que intervienen factores *físicos, culturales* y *socio-políticos*.

Existen teorías que por simplistas y oscuras merecen el descrédito. Así, siguen postulándose resabios del animismo, carentes de relevancia científica. Bierstedt detalla una de ellas afirmando que si el lector cree que la conjunción de constelaciones en la fecha de su nacimiento tiene algo que ver con el curso de su vida, entonces es libre para creer que las estrellas tienen implicancia en la progresión y cambio de las sociedades humanas ¹¹.

Tampoco tienen sustento positivo aquellos que insisten en las diferencias raciales para describir el cambio socio-cultural ¹². No obstante, en 1994, Herrnstein y Murray publicaron un controversial trabajo denominado *La Curva Bell*, donde concluyen que el coeficiente intelectual depende de factores genéticos, siendo un esencial diferenciador de razas. En este sentido, Murray entiende que desde la década de 1950 se hacía hincapié en una sociedad igualitaria y respetuosa de las diferencias, con la creencia de que las causas de deficiencias podían ser corregidas mediante políticas públicas, redistribución de riquezas, mejor educación y servicios médicos, y otros mecanismos. En un entorno como éste, sostenía, toda posición psicométrica chocaba con el entusiasmo igualitario. Por el contrario, afirma que los caucásicos ¹³ tienen habilidades cognitivas, nivel de ingresos y comportamientos social similares, a diferencia de los otros grupos ¹⁴, manifestándose en los índices de pobreza y desempleo. Hay quienes niegan el carácter científico de esta obra, calificándola como una de las publicaciones más provocativas de los últimos tiempos ¹⁵.

a. El medio físico

Al hablar de factores físicos nos referimos al ambiente físico, a la realidad espacial donde un grupo particular cumple su interacción específica.

Los hábitos y prácticas sociales necesariamente se ven influidos por el medio en el que se desarrollan, pero no debe exagerarse en este punto, ya que el hombre puede desplegar una gran

capacidad productiva, incluso en los lugares menos favorables. Es decir, afirmar que los medios hostiles condenan a sus pobladores al estancamiento es tan erróneo como suponer que las sociedades más agraciadas por la naturaleza se encuentran en un superior nivel de desarrollo ¹⁶.

La importancia radica entonces en recalcar que el ser humano es capaz, a su medida, de controlar el entorno natural.

Desde la industrialización y, sobre todo, en las últimas décadas, se observa la aparición de un nuevo fenómeno global, que exige políticas en conjunto, y que tiene evidente influencia sobre las pautas de interacción. Se trata de los problemas medioambientales. La preservación del medio ambiente exige tanto un cambio social como tecnológico ¹⁷.

b. La importancia de la cultura

Nos referimos, entre otros factores, a la religión, el liderazgo, la tecnología y los sistemas de comunicación.

Las grandes ideologías sirven como motor innovador o conservador de la vida social. Weber sitúa el origen del capitalismo en la ética calvinista. La tesis no está libre de controversias, pero hay quienes le adjudican sustento empírico en el gran desarrollo de los países protestantes, en comparación con los países de tradición católica ¹⁸.

También cumple similar función el rol de los grandes hombres. Bierstedt nos dice que la cultura no se innova a sí misma, las ideas no se crean solas... De alguna manera, en algún lugar, en una sociedad un hombre quiebra lentamente la tradición... tiene una nueva idea o hace un nuevo descubrimiento... Ello puede afectar, luego de un tiempo, todos los compartimentos de la cultura y todos los sectores de la sociedad ¹⁹.

También el desarrollo de la técnica, especialmente, a partir de la Revolución Industrial, afectó creencias, tradiciones y actitudes. El aumento del ritmo de producción, la simplificación de las tareas cotidianas, el surgimiento de nuevos modos de esparcimiento son sólo algunas de las ventajas de vivir en la era tecnológica. La inventiva posibilitó tanto el trabajo de las mujeres fuera de la casa como la independencia política de algunos pueblos ²⁰.

Ogburn, quien distingue entre cultura material e inmaterial, asegura que el cambio, generalmente, ocurre en la primera, y la segunda debe ajustarse a ella. Para él, la invención tecnológica es el factor primario del proceso social en cuestión. Afirma que si bien las condiciones sociales generan invenciones mecánicas y que éstas traen nuevos cambios en aquéllas, el segundo sentido del proceso es el más frecuente ²¹.

Por último, el perfeccionamiento de las comunicaciones generó una verdadera revolución social. Sólo desde la invención de la escritura fue posible trazar la historia de la humanidad. La mecanización de los medios de comunicación, comenzando por la imprenta y luego con el desarrollo de la radiofonía y las telecomunicaciones significó un real cambio en las pautas de relación. La organización de la sociedad, desde los grupos más íntimos hasta el más impersonal de los ambientes laborales dependen, en gran medida, del influjo comunicacional. Las noticias tardan segundos en recorrer el globo y las sociedades agilizan las respuestas a los diferentes estímulos.

c. Los condicionamientos socio-políticos

A medida que las culturas discurren en el tiempo, su organización social se vuelve más compleja. El grado de participación ciudadana difiere aún hoy considerablemente en los diferentes

países, pero en el mundo occidental es clave la participación de la población en los cambios programados. El Parlamento es el representante del pueblo y, en cierta forma, las leyes expresan la voluntad de sus electores.

Las tasas de natalidad y mortalidad, los porcentajes de población urbana y rural, los guarismos sobre desempleo, la composición étnica de la comunidad, y otros indicadores demográficos son necesarios para estudiar el ritmo del proceso.

El capitalismo industrial, de innegable relación con el régimen político imperante, fomenta la competitividad y, por lo tanto, el persistente movimiento socio-cultural.

Bourdieu sostiene que cuando el trabajo del intelectual se aboca a definir las condiciones bajo las cuales es posible constituir sujetos cuyas prácticas puedan cambiar la realidad en vistas a generar condiciones objetivas más incluyentes y justas, nos encontramos con la aparición en su discurso de términos y conceptos de hechos ausentes en su teoría y en sus análisis. Algunos de ellos son: solidaridad, conversión, generosidad, autenticidad, voluntad y valores universales²².

También los conflictos bélicos son fundamentales a la hora de este análisis, puesto que la difusión del esquema cultural occidental sólo ha sido posible mediante ellos, a lo largo de los siglos.

*2. La normalidad*²³

Wilbert Moore afirma que en toda sociedad, el cambio ocurre constantemente, y se presenta en cadenas de sucesiones más que como crisis temporales. La verdadera diferencia entre las transformaciones actuales y las del pasado radica en la aceleración del citado proceso. El ritmo de cambio se ha incrementado considerablemente.

La dificultad reside, más que en la anormalidad del mecanismo, en una peculiaridad de éste, derivada del número de variables que operan sin ningún control.

3. La especificidad

Como proceso social que encarna, la especificidad del cambio implica su situación en el seno de una sociedad determinada y en una época preestablecida. No obstante, Giddens hace hincapié en el carácter global de las transformaciones actuales, al sostener que o bien ocurren simultáneamente en muchas partes del mundo, o bien influyen en el futuro del conjunto del planeta²⁴.

Sin duda, los grandes adelantos tecnológicos, sobre todo aquellos que posibilitan la masiva difusión de las ideas, permiten ciertas constantes entre los distintos grupos humanos, impensables hace algunos siglos. Sin embargo, lo antedicho no conlleva a negar las aristas de cada sociedad. Los distintos grupos humanos viabilizan los cambios más revolucionarios de diferente manera, y siempre surgen importantes particularidades que nos impiden englobar fenómenos sin caer en un verdadero despropósito²⁵.

Tanto las fuentes como las direcciones del movimiento socio-cultural son particularmente propias de diversos tipos de sistemas sociales²⁶. En efecto, la idea de que las sociedades primitivas son poco cambiantes, deriva del hecho de que sólo las sociedades que poseen escritura hacen posible la tasación del fenómeno²⁷.

Cotterrell se explaya sobre el tema al afirmar que es claro que hay variaciones considerables de una sociedad a otra, que dependen de asuntos tales como el progreso tecnológico, el entorno natural, el desarrollo político, la unidad o diversidad cultural, la extensión de la interacción con otras

sociedades; y agrega que en tanto aumenta la capacidad de controlar y explotar el ambiente natural, el ritmo del cambio social se acelera ²⁸.

IV. Distintas posturas teóricas

Los autores más prestigiosos se enrolan en dos corrientes diferentes: aquellos que sostienen posturas cíclicas y aquellos calificados como evolucionistas. Es complicado, no obstante, situar a todo pensamiento dentro de este binomio. La diferencia no es radical, y pareciera que la verdadera distinción subyace entre aquellos que niegan la involución del cambio (teorías evolucionistas o acumulativas), sosteniendo que este proceso resulta siempre apropiado, y quienes encuentran un tope en la evolución, con un inevitable retroceso subsiguiente (teorías involucionistas).

Los funcionalistas hacen hincapié en la normalidad del fenómeno (ver tema 3.2), afirmando que mientras las modificaciones funcionales son aceptadas, aquellas que no resultan útiles se rechazan sin más. En tanto que en un principio, todo cambio genera desequilibrio social, luego es fácilmente absorbido por la cultura ²⁹.

Para los teóricos del conflicto, lo constante es el trastorno social y el cambio sólo aparece como resultado de dicha contrariedad. Como lo primero es continuo, también lo es el cambio ³⁰.

1. Teorías cíclicas

Estos autores ven en el proceso de cambio ciertas constantes que se repiten según ciclos más o menos uniformes. En vez de tender hacia una meta de perfección, el ritmo social retornaría una y otra vez al punto de partida. Existiría una involución necesaria del proceso, luego de transitar por el estadio de máximo desarrollo.

La idea circular del tiempo nos llega de la antigua Grecia, cada ciclo ubicado en una rítmica alternancia a través de la eternidad. También en el Medioevo se negó el progreso social, o al menos su importancia. Por influencia del Cristianismo, el tiempo fue representado como lineal, pero las especulaciones se centraban en lo trascendente y en el momento del juicio final. Lo mundano era de escasa importancia. Hasta el Renacimiento no hubo lugar para el perfeccionamiento social ³¹.

En este sentido, Spengler consideraba que cada gran civilización pasaba a través de etapas sucesivas que cubrían un período de aproximadamente mil años, identificando al nacimiento, el crecimiento y la posterior declinación ³². Describe ocho grandes pueblos, con desarrollo y destino similar, y llama cultura a la fase de crecimiento social y civilización a la etapa involutiva ³³.

Toynbee analiza veintiún civilizaciones y describe ciertos patrones comunes de crecimiento y desarrollo. Identifica el destino de los pueblos en términos de nacimiento, crecimiento, decadencia y muerte. Entiende a la expansión del grupo como un juego entre los retos sociales y las respuestas que cada pueblo encuentra, comenzando por el dominio de los factores geográficos (que da origen a las sociedades), siguiendo luego por las circunstancias que hacen a la vida social en sí. No todos los desafíos son solucionados satisfactoriamente, pero en el contexto general, cada nueva etapa supera, aunque sea de modo ínfimo, a la anterior. En este punto, su optimismo contrasta con el pesimismo splengeriano ³⁴.

Sorokin, por su parte, detalla el movimiento delineando tres sistemas culturales. En un extremo la cultura ideacional, en el otro, la sensitiva, y, en término medio, la idealista, mezcla de ambas, que a través de las creencias sobrenaturales y la racionalidad pretendía la concepción de la sociedad ideal. El siglo XX se ubicaría en el último estadio, con el consiguiente retroceso hacia la fase

ideacional ³⁵.

2. Teorías evolucionistas

Suponen una constante progresión según secuencias similares en todas las sociedades, vaticinando un estadio tope de perfección, con la consiguiente culminación del proceso.

Esta idea de progreso, la superación de los estadios en el devenir del desarrollo, es más reciente de lo que puede suponerse, ubicándose su nacimiento en el siglo XVI ³⁶. El siglo XIX elevó esta concepción a su etapa de apogeo, pero las guerras mundiales hicieron que en el siglo XX, el término deje de ser entendido en sentido objetivo, y haya cobrado un significado valorativo. Se puso en tela de juicio que el progreso sea siempre probable, y la evolución inevitable ³⁷.

Comte entiende al estadio positivo o científico como culminación de la mutación, luego de la superación de las etapas teológica y metafísica. Spencer, en la misma línea, sostiene un darwinismo social, de gran acogida entre las clases pudientes, que implementa el principio de supervivencia del más apto en el campo de las relaciones humanas. Y Marx, observa que a lo largo de la historia, la humanidad ha circulado por diferentes fases, signadas por una mayor complejidad tecnológica, desde la cacería primitiva hasta el industrialismo moderno, cada una identificada por un diferente modo de producción, determinante de la superestructura jurídico-político-ideológica. El equilibrio que mantiene la clase dominante se rompe por el desarrollo de las fuerzas productivas que modifican las relaciones entre las clases y las condiciones del conflicto. La clase dominante tiene la posibilidad de cambiar tanto el modo de producción existente como las relaciones sociales que se le subordinan. Los estadios contendrían el germen de su propia destrucción, hasta llegar a la fase culminante, con el verdadero triunfo del socialismo ³⁸.

Un autor contemporáneo, Francis Fukuyama, llega a la conclusión contraria, sosteniendo que la crisis del comunismo significó la llegada al estadio límite del desarrollo, con el triunfo del capitalismo. Esta tesis, planteada como el fin de la historia, es el fin de las alternativas, el punto final de la evolución ideológica de la humanidad y la universalización de la democracia occidental como forma última del gobierno humano ³⁹. Es imperioso tomar esta postura con las debidas reservas, puesto que la vida social está en constante movimiento y por tal es imposible prever las futuras transformaciones. Más que fin de la historia pareciera ser sólo el agotamiento de un estadio.

El principal traspié de estas conjeturas es el suponer que la evolución ha sido igual en todos los grupos humanos, de otra forma resultaría harto difícil la comparación entre los diferentes pueblos. La realidad, no obstante, nos brinda un panorama diferente. Por esta razón, Leslie White propuso que el verdadero mérito de las teorías acumulativas era detallar la evolución de la cultura en general, y no la de ciertas culturas particulares. Su postura no desconoce la heterogeneidad en el desarrollo, sino que brinda pruebas de las posiciones relativas de los grupos. Sostiene un incremento a largo plazo de la aptitud humana para controlar el ambiente circundante, incluido el social, pero incurre en desacierto al centrar su interés en el índice de la evolución social del hombre, consistente en la eficiencia de la utilización del poder ⁴⁰.

V. Procesos en el devenir histórico

En la línea reciente del devenir histórico se presentan tres procesos: la modernidad, posmodernidad y globalización, que se entrecruzan en la realidad contemporánea y se identifican con un conjunto de fenómenos sociales y culturales, en expansión o regresivos.

Son sistemas con distintos niveles de desarrollo y vigencia. Abren una transición con características propias, y permiten distinguir con mayor claridad los problemas que les plantean al derecho y a su ciencia, las grandes transformaciones de las sociedades contemporáneas.

1. La modernidad

La modernidad hunde sus raíces en las grandes ideas filosóficas y políticas de los siglos XVII y XVIII y, sobre todo, en el pensamiento individualista y racionalista, y en los fundamentos de una nueva concepción de la ciencia.

La ciencia naciente tuvo dos características fundamentales: la institucionalización de la duda acerca de los presupuestos que organizaban las formas del conocimiento, y los cuestionamientos a todas las formas de totalidad, debido a los intentos de ruptura con el pasado y a los avances para quebrar las antiguas estructuras sociales (Alain Touraine, 1992).

En sentido general, crisis y ruptura son los dos ejes alrededor de los cuales surgen sus distintas perspectivas, contenidos o transformaciones.

Es una crisis que desestructura y relativiza el sistema de valores y rechaza las antiguas tradiciones reemplazándolas por la tradición de lo nuevo, convertida en un modo de ruptura con el pasado.

Es también una afirmación de lo fugaz y de lo efímero, opuesta a los valores de lo permanente y de la trascendencia. E implica, al mismo tiempo, un cuestionamiento de las identidades personales y sociales.

La modernidad expresa la conciencia de un momento histórico que mirándose a sí mismo, se ve como el único puente entre lo viejo y lo nuevo. Coincidió, también, con las formas culturales que se manifestaron en una crisis de sentido, es decir, como la pérdida de la razón de ser del hombre y de la sociedad.

Las nuevas formas culturales se vieron enfrentadas a situaciones que, como las de la Primera y Segunda Guerras mundiales, generaron grandes cambios. Comenzaron a aparecer entonces, distintas formas de regulación de las relaciones sociales ⁴¹.

a. Enfoques teóricos

Ferdinand Tönnies concebía la modernización como un proceso de progresiva pérdida de *Gemeinschaft*, o comunidad humana. La Revolución Industrial debilitaba el tejido social de la familia y la tradición, al promover el individualismo y poner un énfasis de tipo empresarial en la eficiencia.

Por su parte, Emile Durkheim caracteriza este fenómeno por la creciente división del trabajo, es decir, la actividad económica especializada. La solidaridad mecánica, basada en actividades y las creencias compartidas, fue paulatinamente sustituida por la solidaridad orgánica, en la que la especialización hace a las personas independientes.

Finalmente, al decir de Max Weber, la modernidad supone la progresiva sustitución de una visión tradicional del mundo por un modo de pensar racional. En las sociedades modernas, las personas conciben la verdad como una cuestión personal que debe ser deliberada. Afirma que las personas de la modernidad se sienten “desencantadas”.

2. La posmodernidad

Se trata de otro proceso social de difícil especificación, aglutinante de las relaciones sociales características de las sociedades posindustriales⁴². Puede estudiarse desde distintos enfoques.

Para uno de ellos es un término de moda, aunque designe algo tan amorfo como la modernidad que pretende superar. Para otros, se trata de uno de los conceptos más equívocos utilizados para establecer el nacimiento de una nueva época (Wellmer Albretch, 1989)

Desde los presupuestos del análisis del saber en las sociedades más desarrolladas, se habla de la condición posmoderna entendida como el estado de la cultura a partir de las transformaciones sufridas por las “reglas de juego” de la ciencia, la literatura y el arte. En este caso, se plantea como un modo característico de pensamiento, según sostiene Jean François Lyotard (1987), considerado uno de los intérpretes más importantes de la posmodernidad.

La posmodernidad pertenece, pues, a un mundo distante de los territorios conocidos: es también posempírica, posmoralista, posmarxista (José Brunner, 1998).

Con esto se intenta echar por tierra los contenidos de muchos conceptos que sirvieron de base a los proyectos de la modernidad: sujeto, progreso, racionalidad, etc.. Se intenta también, configurar la conciencia de un cambio de época, aunque sus perfiles resultan confusos, imprecisos y ambivalentes.

La posmodernidad ha sido caracterizada, además, como un tiempo de reconstrucción y de sus sinónimos: descentración, desmitificación, discontinuidad, dispersión. Aquí se descubre, sobre todo, una “obsesión epistemológica” por las rupturas y las divisiones⁴³.

Aunque hay muchas variaciones en el pensamiento posmoderno, todas las corrientes comparten cinco afirmaciones:

1) El fracaso de la modernidad en aspectos de importancia. De este modo, la promesa del disfrute de una vida libre de las necesidades ha quedado trunca, persistiendo problemas como la pobreza.

2) Desconfianza en lo que pueda deparar el futuro. El optimismo de la era moderna ha sido sustituido por el pesimismo que cree que su vida está empeorando.

3) La ciencia ya no tiene las respuestas. El rasgo principal de la era moderna era la perspectiva científica. La crítica posmoderna afirma que la ciencia ha creado más problemas, como la degradación ambiental.

4) La modernidad surgió envuelta en una promesa de promover la individualidad y de extender la tolerancia. Los críticos afirman que la actual sociedad posmoderna no ha alcanzado esta meta.

5) Las instituciones sociales están cambiando. La industrialización trajo la transformación radical de las instituciones sociales; y el auge de la sociedad posindustrial está reconfigurando la sociedad una vez más⁴⁴.

3. La globalización

Para completar el análisis es conveniente presentar la globalización como otro de los factores que contribuyen a caracterizar el mundo contemporáneo. Como punto de partida pueden señalarse tres condiciones a tener en cuenta en el análisis de este proceso.

La primera se refiere a la necesidad de contar con una concepción que responda a las condiciones de un proceso global y no a un enfoque de las Naciones-Estados.

La segunda propone distinguir la globalización como concepto, de la globalización en tanto

proceso.

Y la tercera sostiene que la globalización, en cuanto a problema teórico y objeto de investigación, es un tema fundamental en los análisis de las ciencias sociales.

Con los avances técnicos de las comunicaciones ha mejorado la información sobre temas vinculados al proceso globalizador. Pero, al mismo tiempo, aparecen y se perfeccionan nuevas formas de manipulación.

Existen además, importantes líneas de investigación destinadas a analizar el mencionado proceso, sobre todo en Europa y Estados Unidos. De hecho, la literatura más difundida es europea y norteamericana, con la tendencia a expresarse desde una mirada que se define a sí misma como universal, e intenta instalar sus propios temas, su lógica y sus políticas.

La globalización puede aparecer entonces, como “*occidentalización, americanización o MacDonalización*” (G. Ritzer, 1996)⁴⁵.

VI. El derecho y el cambio socio-cultural

El moderno derecho occidental tiene dos aspectos de relieve, al decir de Cotterrell. Por un lado, se presenta como un agente autónomo de control social (y como tal, de cambio social), separado de la moral y la costumbre; y por otro resulta la cuestión de qué relación existe entre el sistema jurídico y el político. Cuán impermeables son las instituciones jurídicas respecto de la vida política⁴⁶.

Todo sistema social depende, para su existencia, del mantenimiento del orden, de la conducta predecible y de la conformidad con las normas de conducta y con los valores⁴⁷. En toda sociedad contemporánea es el derecho el que dota principalmente de contenido a esas exigencias. Lo entendemos, claro está, en el sentido formal de normas emanadas de la autoridad pública, y no de normas informales que aunque eficaces, carecen de la planificación necesaria en esta materia.

Resulta que el derecho moderno se vivencia como abstraído de sus raíces sociales y culturales, no es clara la conexión entre lo propiamente jurídico y las mores que se pretende regular. Tal abstracción permite su constitución como un instrumento autónomo de poder, capaz de cualquier uso, competente para actuar no sólo en la sociedad, sino sobre ella⁴⁸.

Esto sin duda contrasta con posturas como las de Savigny y Ehrlich, para quienes el derecho era inescindible de la vida social. Para ellos el derecho no podía actuar sobre la sociedad, sino que se desarrollaba como un aspecto integrante de ella. La complejidad del mundo en que vivimos hace, sin embargo, que debamos apegarnos más firmemente a la dogmática jurídica.

Friedman distingue cuatro tipos de cambios jurídicos: los que tienen su origen en la sociedad y sólo impactan en el sistema jurídico (influencia de la vida social en el derecho); los que también tienen su origen fuera del sistema jurídico pero que pasan a través de él, con un punto de impacto en la sociedad (cambios microsociales legitimados por el derecho, con impacto social general); los que comenzando dentro del sistema jurídico sólo influyen dentro del mismo derecho (cambios internos, sin implicancia social externa), y los que teniendo su origen dentro del sistema jurídico ejercen su impacto en la sociedad (el derecho como instrumento de acción política)⁴⁹.

1. El derecho como instrumento del cambio social

La ley es, sin hesitación, una herramienta de política legislativa. El Estado, a través de su órgano legislativo, dispone directrices a las cuales ha de acoplarse la generalidad de la población.

El derecho es concebido como instrumento de poder y como medio de gobernar y se utiliza para planificar a gran escala la vida social y económica. Su efectividad no se entiende ya como derivada de su congruencia con las normas sociales, sino de la concentración del poder político que representa el Estado. Se percibe cada vez más como algo distinto y separado de la sociedad que regula, como un instrumento de control y dirección social, de carácter autónomo ⁵⁰.

La abolición de la esclavitud por la Constitución de 1853; la ley 1420 de 1884 sobre educación gratuita, laica y obligatoria; la ley Sáenz Peña de voto secreto, universal y obligatorio de 1912; la ley 13.010 sobre voto femenino de 1947, el reconocimiento de los derechos sociales, y toda una infinidad de ejemplos, produjeron un auténtico cambio en las pautas de conducta.

No obstante, las leyes de planificación social son capaces de generar una verdadera anomia, cuando el legislador no capta el real sentido de la conciencia grupal. Enrique Martínez Paz afirma que en nuestras sociedades los planes ideales de los jurisconsultos se adelantan en mucho a las exigencias reales del ambiente, son más bien iniciativas de prueba que tienden a crear estados sociales y no propiamente fórmulas que salgan de la realidad para dirigirla y gobernarla ⁵¹.

Cuando el derecho se concibe solamente como instrumento del poder estatal, como sucede en nuestras sociedades, su estructura aparece como separada de otros aspectos de la regulación social. Tanto para el legislador como para el ciudadano, el derecho va siendo cada vez una regulación puramente técnica, transformándose en un cuerpo solamente para juristas ⁵².

Para Mario Gerlero, la eficacia del cambio radica principalmente en el interés del agente de cambio como en el tiempo con que cuente para lograrlo. En este sentido, sería fundamental el compromiso por parte de la organización política para el logro del movimiento social ⁵³.

Cabe aclarar que no toda modificación se presenta como “inducida”, sino que existe una verdadera “imposición” de ciertas metas sociales. La inducción se vale de la fuerza educativa y socializadora de la ley, mientras que el cambio impuesto toma su fuerza del carácter coercitivo del derecho ⁵⁴.

Dentro del cambio inducido debemos distinguir: la legislación educativa de la simbólica. Así, la educativa se dirige a la promoción de ideales más que a la defensa de derechos ⁵⁵. Para Evans, en su faz activa, el derecho se constituye en instrumento dirigido a modificar comportamientos y valores ya existentes en una sociedad. En este sentido existen dos procesos interrelacionados: el de la institucionalización o afirmación de una nueva norma, y el de asimilación de los valores implícitos en ella, que convierte la aceptación forzosa en voluntaria y, por lo tanto, cumple una función educativa ⁵⁶.

Por su parte, la legislación simbólica antes que promover el cambio, tiende a evitarlo. Se crean normas que generan complacencia social, pero con escasas posibilidades de realización ⁵⁷. Se alisan fricciones, pero se mantiene el *status quo*. De ninguna manera se quiere significar que haya siempre una utilización consciente y abusiva de este recurso ⁵⁸, sólo se hace hincapié en que nuestra legislación se encuentra plasmada de esta clase de elementos. Bástenos analizar el art. 14 bis C.N., para darnos cuenta de la cantidad de disposiciones programáticas y, por lo tanto, no directamente eficaces, con las que cuenta.

Dror distingue entre usos directos e indirectos del derecho en la promoción del cambio. Resalta la problematicidad del citado instrumento en la modificación coactiva de conductas, pero enfatiza en la eficacia indirecta para la generación de éstas. El sistema jurídico sirve de estructura a las instituciones sociales que influyen sobre la cantidad y calidad del cambio. De este modo, las leyes sobre la propiedad inmaterial favorecen la investigación. Además, el derecho estructura organismos que directamente influyen sobre la reforma de las pautas culturales (cabe ejemplificar con las oficinas anticorrupción o las asociaciones de consumidores). También se crean deberes jurídicos en situaciones que favorecen al cambio. Pero insiste que el mantenimiento del sistema de libre

mercado es uno de los principales factores de cambio social en muchos países ⁵⁹.

Deben resaltarse dos aspectos. Por un lado, la población no siempre adopta una actitud pasiva frente a la reforma legislativa. Todo grupo con intereses creados en el sector apoyará o repudiará el cambio según represente o no una amenaza para ellos. Por otro, no toda mutación jurídica significará una real evolución en el campo. El progreso es sólo juicio valorativo. No implica más que el cambio en una dirección deseable ⁶⁰.

2. El derecho como resultado del cambio social

La dinámica del proceso actúa evidentemente en un doble sentido. El derecho no sólo es herramienta para la consecución de las políticas gubernativas, sino que él mismo se ve influido por el cambio socio-cultural.

La autonomía científica y legislativa de las distintas ramas del derecho nació como consecuencia de las nuevas condiciones sociales. Del mismo modo, sólo con posterioridad a la aparición de ciertos adelantos técnicos fue posible darles una adecuada regulación.

La cuestión de la soberanía del espacio aéreo fue intrascendente hasta la aparición de las aeronaves.

Del mismo modo, el derecho espacial tan sólo fue posible cuando la exploración del espacio se vislumbró como probable. De hecho, la declaración de los científicos resulta una de las fuentes especiales de dicha rama jurídica, pues son ellos quienes tienen a su cargo la tarea de investigación, desarrollo, ejecución, etc., de los programas espaciales ⁶¹.

El derecho es en sí dinámico, obviamente, en ciertas ramas se evidencia de mejor forma. Videla Escalada explica el dinamismo del derecho aeronáutico haciéndolo depender de dos factores: por un lado, la vigencia y desarrollo de la técnica al servicio del hombre y la rapidez de la evolución de las condiciones ambientales, materiales y sociales ⁶².

En la actualidad, el desarrollo informático y en el campo de la genética requieren regulaciones consistentes, que prevean los posibles conflictos de intereses, tantos relacionados con la propiedad, como con el derecho a la intimidad, y las relativas sanciones por incumplimiento de la normativa.

Ahora bien, no podemos negar que también es factible receptar las nuevas exigencias sociales a través de una tarea hermenéutica, sin necesidad de recurrir a la modificación legislativa ⁶³. Así, Karl Renner entiende que los conceptos jurídicos pueden permanecer en la misma forma, aun cuando cambien fundamentalmente sus funciones sociales ⁶⁴.

Centra su estudio en los conceptos de propiedad y contrato. De esta manera, el concepto de propiedad escasamente cambió desde los tiempos del Imperio Romano ⁶⁵, pero es evidente que en cada época ha habido modificaciones en el contexto social que implicaron una diferente función de éstos.

Ejemplificaré con el cumplimiento, según nuestro Código Civil, de las obligaciones de dar sumas de dinero. El artículo en cuestión es el 619 según su redacción original, y su nota. El problema resultó de la gran depreciación monetaria que se vivió en nuestro país en las últimas décadas del siglo XX.

Durante mucho tiempo la doctrina y jurisprudencia sostuvieron en forma casi unánime la adhesión de nuestro régimen al principio nominalista, afirmando que el Código Civil no había podido dejar de enrolarse en la corriente racionalista admitida universalmente ⁶⁶.

Según Banchio, la recepción en nuestro Código del mencionado principio surgía de sus propias disposiciones: el antiguo art. 619, en su primera parte, y el art. 616, que sometía las obligaciones de dar sumas de dinero al régimen establecido para las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles,

sólo determinadas por su especie y al de las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas. En la nota a dicho artículo, Vélez Sársfield hace referencia a la diferencia tan poco sensible que existe entre cada pieza de una misma especie, al punto que tomadas aisladamente no son susceptibles de ser reconocidas⁶⁷.

Ello no obstante, el cambio jurisprudencial con la correspondiente recepción de la teoría del valor corriente o valorismo se produjo bajo la aplicación de las mismas normas legales. De hecho, se sostuvo que el mismo Vélez Sársfield era partidario de esta postura, cuando en la nota al art. 619 afirmó que si hubiere de darse ley, suponiendo la alteración de las monedas, aceptaría el artículo del Código de Austria.

Mientras la fórmula legislativa se mantuvo invariable, la alteración hermenéutica generó consecuencias incalculables.

Resta afirmar que el verdadero inconveniente son los costos sociales que se generan ante la ineficacia legislativa. La sanción de leyes necesarias se retarda, y la evolución hermenéutica no es sencilla. La lentitud del sistema jurídico en la captación del movimiento social es una de las causas de la pérdida de su legitimación social.

VII. Conclusión

La mutación social es en evidencia un fenómeno constante, que comparte los caracteres de normalidad, complejidad y especificidad según desarrollamos a lo largo del presente trabajo. Al respecto agrega Friedman que *“las sociedades modernas... están orientadas al cambio; lo que significa, no solamente que están cambiando, sino también que quieren cambiar”*⁶⁸.

Si bien resalta en las últimas décadas el incremento en su ritmo, junto con una gran homogeneización del proceso, no debe obviarse que las particularidades de cada grupo humano se reflejan en *respuestas* divergentes frente a similares *estímulos* sociales.

Con relación a las posiciones teóricas, éstas reconocen ya sea procesos lineales, ya circulares. No obstante el núcleo de cada postura nos muestra que la verdadera diferenciación radica entre aquellas que vislumbran el carácter progresivo y evolutivo del cambio, y aquellas que encuentran un tope en el desarrollo con la involución consiguiente.

Es imposible dar una solución acabada a esta divergencia. Nos contentamos con afirmar que en particular, cada cambio aislado no necesariamente implica progreso social, pero un análisis en conjunto conlleva a resaltar los logros alcanzados por la humanidad, al menos, en el campo de las relaciones intersubjetivas.

Por su parte, el derecho, entendido en el sentido sociológico, aparece embebido en la sociedad como un aspecto inescindible de ella, y acompaña en todo momento al movimiento socio-cultural. Pero a medida en que las estructuras sociales se hacen más complejas, cobra mayor relevancia el derecho formalizado, objeto de estudio de la dogmática jurídica.

Este último, expresión de la voluntad de todo los órganos del Estado y no sólo del Legislativo, encarna una verdadera herramienta para el logro de los ideales socio-políticos imperantes. Aparece así la norma planificadora y educadora, combatida tanto por Savigny como por Ehrlich.

A su vez, es el proceso de cambio el que influye sobre el derecho, bien exigiendo nuevos institutos jurídicos, modificando los existentes, o bien reclamando un movimiento en la interpretación legislativa.

La cuestión es de suma importancia, ya que un programa demasiado ambicioso, o una modificación demasiado demorada son campos de prosperidad para la anomia social.

El derecho no actúa solamente *en* la sociedad, sino que también lo hace *sobre* ella. Ayudar en su eficacia es tarea del compromiso tanto de los órganos del Estado, al fijar metas sensatas, y de la ciudadanía en general, al dar respuestas verdaderas.

Me permito citar a Grossman y Grossman cuando afirman que el derecho es un deseable y necesario medio de inducir al cambio, aunque no siempre totalmente efectivo, y agregan que en la medida de lo posible, sus instituciones y procedimientos son preferibles a cualesquiera otros de los que disponemos ⁶⁹.

No debemos olvidar en los procesos, incluso, a veces, imperceptibles de cambios, a la *persona*, que inserta en una vorágine puede sentirse agobiada, inquieta, intentando acomodar y reacomodar su situación personal ante éstos.

Quizás sea importante delimitar concienzudamente aquellos aspectos, hechos situaciones que más allá de los cambios deben ser conservados y cuidados porque posibilitan el desarrollo integral de la personalidad individual y social.

Pensar que en este gran escenario de la vida cotidiana transitan seres individuales y sociales ávidos de afectividad, de formar parte de relaciones humanas que acrecienten los vínculos de lealtad, honor, solidaridad. Es de vital necesidad prestar atención a la socialización desde su temprana edad para dar lugar a la realización espiritual y afectiva del hombre basada en lazos de sinceridad.

El afianzamiento de las relaciones interpersonales nos permitirá participar en la construcción de una sociedad que no se precie de individualista, calificativo que estamos internalizando casi con indiferencia, como si fuera propio de los progresos.

Sólo hay *-cambio con progreso-* cuando a través de ellos, el hombre encuentra la posibilidad de fortalecer los cimientos de su realización como ser individual y social.

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, María Soledad Ghirardi, Guillermo Juárez Burgos, María Eugenia Molardo Olocco, María Laura Nieva Motran y María Florencia Santi Feullade.

VIII. Bibliografía

- BANCHIO, Enrique, *Obligaciones de valor*, Buenos Aires, 1965.
- BIANCUCCI, Duilio, *Introducción a la sociología*, Buenos Aires, Guadalupe.
- BIERSTEDT, Robert, *The social order*, Mc. Graw Hill, Estados Unidos, 1957.
- BOUCHARD, Thomas J. Jr., *Breaking the Last Taboo*, Contemporary Psychology, vol. 40, N° 5, mayo 1995.
- COSTA, Ricardo, "Teoría y compromiso en Pierre Bourdier. Mecanismos sociales del cambio", Documento de trabajo, serie: *Filosofía y humanidades*, Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, secretaría de Investigación y Posgrado, EDUCC, 2004.
- COTTERRELL, Roger, *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991.
- DORFMAN, Donald, "Soft Science with a Neoconservative Agenda, Contemporary Psychology", vol. 40, N° 5, mayo 1995.
- FERRER, Manuel Augusto (h), *Derecho espacial*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976.
- GARVIE, Alejandro, *La Curva Bell* (comentario), Temas Para Pensar desde el Sur N° 2, julio-agosto 1998.

- GERLERO, Mario, "La ley: del control al cambio social", artículo inédito publicado en www.saij.jus.gov.ar
- GIDDENS, Anthony, *Sociología*, Madrid, Alianza, 1998.
- HABER, Stéphane, *Habermas y la sociología*, Buenos Aires, Nuevas Visiones, 1999.
- HORTON, Paul - HUNT, Chester, *Sociología*, México, Mc. Graw Hill, 1988.
- MACIONIS, John - PLUMMER, Ken, *Sociología*, Madrid, Prentice Hall, 1999.
- MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Sistema de filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1940.
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Advocatus, 2003.
- MOORE, Wilbert, *Cambio social*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1966.
- TREVÉS, Renato, *La sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1988.
- VIDELA ESCALADA, Federico, *Manual de derecho aeronáutico*, Buenos Aires, Zavalía, 2000.

¹ BIERSTEDT, Robert, *The social order*, Estados Unidos, McGraw Hill, 1957, ps. 495-496.

² HABER, Stéphane, *Habermas y la sociología*, Buenos Aires, Nuevas Visiones, 1999, p. 52.

³ MOORE, Wilbert, *Cambio social*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1966, p. 37

⁴ COTTERRELL, Roger, *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 55.

⁵ GIDDENS, Anthony, *Sociología*, Madrid, Alianza, 1998, ps. 656-657

⁶ COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 55.

⁷ Moore entiende a estos cambios, como las transformaciones en las características de las estructuras sociales que, aunque comprendidas dentro del sistema general identificable como sociedad, no tienen consecuencias inmediatas e importantes para la estructura generalizada como tal. De este modo, la decisión de una familia de tener un hijo adicional no generará en sí ningún trastorno social, pero si fuese compartida por buena parte de la población, esta suma de decisiones individuales ocasionaría un incremento de la tasa de natalidad, con importantes consecuencias demográficas.

⁸ GIDDENS, Anthony, op. cit., p. 658.

⁹ HORTON, Paul - HUNT, Chester, *Sociología*, México, McGraw Hill, 1988, p. 541.

¹⁰ HORTON, Paul - HUNT, Chester, op. cit., ps. 541-542.

¹¹ BIERSTEDT, Robert, op. cit., p. 503. Agrega que si bien no existen dudas de que las manchas solares ejercen cierta influencia sobre las actividades terrestres, tal como la transmisión de ondas radiales, ello no es punto firme para explicar fenómenos como la guerra.

¹² BIERSTEDT, Robert, op. cit., p. 504.

¹³ La clasificación clásica de las razas fue dada en 1937 por Eickstedt y Peters que distinguen entre europeos o caucasoides, mongoloides, indios, negroides, capoides (*Khoisanids o Cape People*) y australoides.

¹⁴ En particular hacen referencia a los afroamericanos, pero es extensible a los otros grupos raciales.

¹⁵ GARVIE, Alejandro, *La Curva Bell* (comentario), Temas Para Pensar desde el Sur N° 2, julio-agosto 1998; DORFMAN, Donald, *Soft Science with a Neoconservative Agenda*, Contemporary Psychology, volumen 40 N° 5, mayo 1995; BOUCHARD, Thomas J. Jr., *Breaking the Last Taboo*, Contemporary Psychology, volumen 40, N° 5, mayo 1995.

¹⁶ Los pueblos nativos de la Pampa húmeda nunca lograron desarrollar una elaborada estructura social, al punto de que poco se conoce de ellos. Las condiciones favorables de su medio les permitieron la práctica del nomadismo. Por el contrario, la llegada de los incas al Valle de Cuzco significó una verdadera transformación de la estructura aymara, permitiendo la instalación de un gran imperio, bajo un entorno topográfico y climático hostil.

¹⁷ GIDDENS, Anthony, op. cit., ps. 667-673. MACIONIS, John - PLUMMER, Ken, op. cit., p. 642.

¹⁸ BIERSTEDT, Robert, op. cit., ps. 530-531.

¹⁹ BIERSTEDT, Robert, op. cit., ps. 508-509.

²⁰ BIANCUCCI, Duilio, *Introducción a la sociología*, Guadalupe, Buenos Aires, p. 374.

²¹ BIERSTEDT, Robert, op. cit., ps. 509-516.

²² COSTA, Ricardo L., *Teoría y compromiso en Pierre Bourdieu. Mecanismos sociales del cambio*, p. 32. Uno de los aportes centrales de la teoría de Bourdieu consiste en la manera de construir el agente social. Lo que está en cuestión es el análisis y explicación de las prácticas sociales. En este estudio es necesario rescatar dos dimensiones centrales que se sintetizan en los conceptos de *campo* y *habitus*, y la relación entre ambas. Desde allí formula su compromiso en cuanto

práctica orientada a producir cambios en la sociedad, entendiendo que toda propuesta de intervención constituye una teoría de acción en acción.

²³ MOORE, Wilbert, op. cit., ps. 2-4.

²⁴ GIDDENS, Anthony, op. cit., p. 657.

²⁵ El reconocimiento de los derechos sociales o derechos de segunda generación se produjo en gran parte del mundo en cuestión de décadas, no obstante el contenido de éstos fue dispar en las diferentes naciones. Las exigencias de cada pueblo fueron distintas y también las respuestas que se acordaron. Su instrumentación en Francia no es comparable con la que hizo el Tercer Reich o México, cuya Constitución de 1917 fue pionera en el tema, pero tuvo escasa conexión con la realidad.

²⁶ MOORE, Wilbert, op. cit., p. 41.

²⁷ COTTERRELL, Roger, op. cit., ps. 53-59.

²⁸ COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 56.

²⁹ HORTON, Paul - HUNT, Chester, op. cit., p. 544.

³⁰ HORTON, Paul - HUNT, Chester, op. cit., p. 544.

³¹ BIERSTEDT, Robert, op. cit., ps. 532-533.

³² HORTON, Paul - HUNT, Chester, op. cit., p. 543.

³³ BIERSTEDT, Robert, op. cit., p. 534.

³⁴ BIERSTEDT, Robert, op. cit., ps. 532-533. HORTON, Paul - HUNT, Chester; op. cit., p. 544.

³⁵ BIANCUCCI, Duilio, op. cit., p. 373. HORTON, Paul - HUNT, Chester, op. cit., p. 544.

³⁶ BIERSTEDT, Robert, op. cit., p. 532.

³⁷ BIERSTEDT, Robert, op. cit., p. 533.

³⁸ BIANCUCCI, Duilio, op. cit., ps. 369-371. BIERSTEDT, Robert, op. cit., p. 533. HORTON, Paul - HUNT, Chester, op. cit., p. 544.

³⁹ FUCUYAMA, Francis, citado por GIDDENS, Anthony, op. cit., p. 666.

⁴⁰ MOORE, Wilbert, op. cit., ps. 190-193.

⁴¹ MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2003, p. 16-17.

⁴² MACIONIS, John - PLUMMER, Ken, op. cit., p. 653.

⁴³ MARTÍNEZ PAZ, Fernando, op. cit., ps. 20-21.

⁴⁴ MACIONIS, John - PLUMMER, Ken, ob. cit., p. 635.

⁴⁵ MARTÍNEZ PAZ, Fernando, op. cit., ps. 21-23.

⁴⁶ COTTERRELL, Roger, op. cit., ps. 54-55.

⁴⁷ MOORE, Wilbert, op. cit., p. 123.

⁴⁸ COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 54.

⁴⁹ TREVÉS, Renato, *La sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 213.

⁵⁰ COTTERRELL, Roger, op. cit., ps. 53-59.

⁵¹ MARTINEZ PAZ, Enrique, *Sistema de filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1940, p. 232.

⁵² COTTERRELL, Roger, op. cit., ps. 53-59.

⁵³ GERLERO, Mario, *La ley: del control al cambio social*, artículo inédito, publicado en www.saij.jus.gov.ar

⁵⁴ GERLERO, Mario, op. cit.

⁵⁵ COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 59.

⁵⁶ TREVÉS, Renato, op. cit., ps. 210-211.

⁵⁷ COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 60.

⁵⁸ COTTERRELL recalca que es difícil determinar con exactitud las intenciones del legislador. COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 60.

⁵⁹ COTTERRELL, Roger, op. cit., ps. 62-63.

⁶⁰ HORTON, Paul - HUNT, Chester; op. cit., p. 542.

⁶¹ FERRER, Manuel Augusto, *Derecho espacial*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, p. 44.

⁶² VIDELA ESCALADA, Federico, *Manual de derecho aeronáutico*, Buenos Aires, Zavallía, 2000, p. 14.

⁶³ Ciertas ramas del derecho que trabajan con principios rígidos como el derecho penal o tributario verían impedida esta función.

⁶⁴ COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 57.

⁶⁵ En 1968, la ley 17.771 produjo una modificación en el texto legislativo que conceptúa el derecho real de dominio, se recepitó de esta manera la función social de la propiedad. No obstante, a grandes líneas el concepto romano del *jus utendi, fruendi et abutendi* sigue en pie, sólo se alteró su contenido.

⁶⁶ BANCHIO, Enrique, *Obligaciones de valor*, Buenos Aires, 1965.

⁶⁷ BANCHIO, Enrique, ob. cit..

⁶⁸ COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 56.

⁶⁹ COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 67.

INDICE

Prólogo 11

El derecho, la lógica y la experiencia en el *common law* inglés
por Olsen A. GHIRARDI..... 15

Razonamiento forense y reglas de la sana crítica racional	
<i>por</i> Armando S. ANDRUET (h)	49
Las cuestiones de hecho y prueba son ajenas a la casación	
(¿un tópico que debe abandonarse?)	
<i>por</i> Raúl E. FERNÁNDEZ.....	95
La interpretación legal	
<i>por</i> Rolando Oscar GUADAGNA	109
La interpretación de la ley y un nuevo diseño de la casación penal	
<i>por</i> Luis Roberto RUEDA.....	127
Derecho y cambio social. Condicionamientos mutuos	
<i>por</i> Patricia Elena MESSIO	157

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,
en el mes febrero de 2006