

ALFREDO FRAGUEIRO
(IN MEMORIAM)

OLSEN A. GHIRARDI

DIRECTOR

ALFREDO FRAGUEIRO

(IN MEMORIAM)

LA PERVIVENCIA DE LA PERSONA

OLSEN A. GHIRARDI

INTEGRACIÓN DE LAS REGLAS DE LA ARGUMENTACIÓN Y
SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

ARMANDO S. ANDRUET (H)

LA PROBLEMÁTICA DE LA PENA EN LA FILOSOFÍA Y EN EL DERECHO

LUIS ROBERTO RUEDA

EL JUICIO POR JURADOS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA Y LA
OBLIGACIÓN DE FUNDAR LÓGICA Y LEGALMENTE LA SENTENCIA

RAÚL E. FERNÁNDEZ

EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

(Factores que intervienen en la determinación de lo justo concreto en los
sistemas de jueces técnicos y en los sistemas de juicios por jurados)

ROLANDO OSCAR GUADAGNA

JUECES DE LA SOCIEDAD Y EN LA SOCIEDAD

PATRICIA ELENA MESSIO

REFLEXIONES EN TORNO A LA EQUIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL
DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL ACTUAL

MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ

ACERCA DEL RAZONAMIENTO POR ANALOGÍA

JORGE BARBARÁ

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Instituto de Filosofía del Derecho

Córdoba

2007

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Filosofía del Derecho de la
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Volumen 9*

Alfredo Fragueiro (in memoriam) / Olsen Ghirardi...[et.al.]. - 1ª ed.
- Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de
Córdoba, 2007.

340 p.; 23x16 cm.
ISBN 978-987-1123-37-7

1. Fragueiro Alberto-Biografía.

CDD 920.71

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

Este volumen, que publica el Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba -volumen noveno, año noveno- está dedicado a honrar la memoria del profesor Alfredo Fragueiro, que fuera profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional y en la Universidad Católica -ambas de esta ciudad de Córdoba- y, además, profesor de Introducción a la Filosofía y de Metafísica en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la primera. De ésta fue también su primer decano.

Para tal fin, igualmente, se había previsto efectuar un acto durante el año 2006, especialmente dedicado a ese propósito, en cuya realización debía participar también el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, puesto que Alfredo Fragueiro integró, en su momento, el Tribunal Superior de Justicia. Por causas meramente circunstanciales se ha decidido postergar dicho acto para el próximo año 2007. No obstante, como se había anticipado, dedicamos este volumen, que contiene los temas preparados por miembros e invitados de nuestro Instituto, a la memoria del recordado profesor.

Los ocho trabajos contenidos en este volumen son los siguientes: *La pervivencia de la persona*, de Olsen A. Ghirardi; *Integración de las reglas de la argumentación y su aplicación en la jurisprudencia*, de Armando Andruet (h); *La problemática de la pena en la filosofía y en el derecho*, de Luis Roberto Rueda; *El juicio por jurados*

en la provincia de Córdoba y la obligación de fundar lógica y legalmente la sentencia, de Raúl E. Fernández; *El razonamiento judicial (Factores que intervienen en la determinación de lo justo concreto en los sistemas de jueces técnicos y en los sistemas de juicios por jurados)*, de Rolando Oscar Guadagna; *Jueces de la sociedad y en la sociedad*, de Patricia Elena Messio; *Reflexiones en torno a la equidad y su aplicación en el derecho procesal civil y comercial actual*, de María del Pilar Hiruela de Fernández; y *Acerca del razonamiento por analogía*, de Jorge Barbará.

Los artículos de este volumen, casi sin excepción, siguen tratando la temática del razonamiento forense que, sobre una base estructural de antigua data -pero siempre actual- muestra de manera constante las diversas y variadas aristas que la hacen prácticamente inagotable. El plan de trabajo del Instituto, en ese sentido, viene desarrollándose con absoluta normalidad, en un marco de completa libertad de las ideas de cada uno de sus miembros.

Córdoba, diciembre de 2006

Olsen A. Ghirardi
Director

LA PERVIVENCIA DE LA PERSONA

OLSEN A. GHIRARDI

Sumario: I. Introducción. 1. La reflexión filosófica. 2. La persona y el derecho. **II. De la idea de progreso a la idea de cambio.** 1. La significación de los términos progreso y cambio. 2. El progreso como proceso total de la humanidad. 3. Origen y desarrollo de la idea de progreso en la Europa Ilustrada. **III. La idea de cambio.** 1. La aparición de la idea de cambio. La *Encíclica Rerum Novarum*. La *Encíclica Centesimus Annus*. 2. La idea de cambio en las últimas décadas. **IV. La noción de persona.** 1. El origen de la noción de persona en Occidente. 2 La secularización de la noción de persona. 3. El límite del cambio. **V. La pervivencia de la persona.**

I. Introducción

1. *La reflexión filosófica*

El hombre, el ser humano, desde el punto de vista biológico, está ubicado en un punto determinado de la escala zoológica. No sólo eso, ocupa el extremo superior de la pirámide. Es cierto que quienes establecen la escala están comprendidos en las generales de la ley, pero el punto máximo de ella, para la generalidad, pareciera una conclusión suficientemente objetiva.

Pero el hombre no es un mero individuo biológico. Es, además, *persona*, y siendo persona, goza de la capacidad de desarro-

llar, a partir de su nacimiento, su propia personalidad y tratar de lograr la máxima expresión de la especie humana.

El hombre es una unidad ontológica y, como tal, nos preocupa su realidad, porque, según sea ella, se podrán inferir calificaciones y establecer las óptimas conductas para regir su vida espiritual y material.

Es verdad que, para muchos científicos, para ciertos pensadores, el hombre puede ser considerado como un animal más, bien que ocupando la cima de la escala zoológica. Su aptitud por estar dotado de racionalidad, su calificación como *racional, político, libre, igual a sus semejantes, etc.*, le coloca en una situación aparentemente hartamente satisfactoria en el orden de los demás seres que habitan el cosmos. Pero todo ello, no quiere decir que forzosamente debamos admitir que es sólo un animal más.

Sí, no negamos que nos estamos colocando en una actitud que pareciera subjetivista y parcial ante todos los seres que habitan nuestro universo. Por eso, no nos conformamos con una postura simplista y cómoda. Necesitamos indagar, explorar algunos aspectos de este ser tan singular, que intenta dominar el cosmos, todas las cosas y los demás seres... e incluso a sus semejantes.

Nuestro objetivo en estas líneas es ciertamente modesto. Destacaremos ángulos de observación y expondremos nuestras conclusiones, sin alardes de querer ser originales, de abarcar toda la realidad y de creernos dueños de toda la verdad; humildemente diremos aquello que nos convence y que nos ha persuadido.

¿Qué hay en el hombre, en la persona? ¿Cuál es su origen, su fin? ¿Qué encuentra en su paso por este mundo? ¿Cuál es el sentido de sus creaciones? ¿Qué sentido tienen su vida y su muerte?

Creemos que tenemos respuestas, pero nuestra insignificancia quizá no nos permita llegar a ellas de manera exhaustiva. Confiamos en la capacidad de la mente para lograr el conocimiento de las cosas, de los seres, de nosotros mismos. Y si no lo logramos nosotros, es posible que hayamos compartido un camino con otras personas que tenían nuestra misma inquietud y esa compañía nos produce una gran alegría, porque, alguien -según esperamos- alguna vez alcanzará esos objetivos.

El hombre es un “animal político”, ya lo decía Aristóteles, en su *Política* (Cap. I). Se nos ocurre preguntarnos: ¿Cuándo el hombre es *más* que un simple animal? El hecho de que sea “político”, ¿lo hace más que “animal”? ¿Cuándo supera su “*animalidad*”? ¿Cuándo vive su vida social -y, entonces es animal político- o cuando tiene momentos de soledad y medita sobre sí mismo, *reflexiona*, y piensa acerca de su origen, su destino y, más allá, el origen del universo, su fin, esto es, si es posible que tenga un fin y, si lo tuviera, qué modalidad asumiría?

F. Hölderlin le hace decir a *Hiperión* que el “*hombre es un dios cuando sueña, pero es un mendigo cuando piensa*”. De verdad, no quisiéramos condenarlo a ser un eterno mendigo. ¡Qué felices son los que realmente tienen la capacidad de pensar! Siempre, desde nuestra adolescencia, hemos creído que no seríamos hombres -y menos personas- si no tuviéramos la capacidad de pensar y la capacidad de creer.

Esa unidad que el hombre conforma, esa unidad de cuerpo y espíritu, que es persona y que encuentra su personalidad con el nacimiento, y la desarrolla *en* el mundo a medida que suma experiencia y reflexiona, es la que lo salva de una mendicante condición.

El pensar, el sentir, el ser capaz de una conducta racional y justa, han contribuido para que el hombre bajara del árbol y caminara la llanura. La vida interior, la reflexión, la conciencia de volverse sobre sí mismo en una doble flexión del espíritu, hacen que la animalidad sea desbordada y se humanice su materia.

De ahí que sea preciso hacer preceder toda reflexión sobre la conducta humana, para establecer las normas que la rijan, por una antropología, por una antropología no sólo física ni sólo biológica, sino también filosófica. Los reduccionismos, ideológicos o no, fraccionan la unidad de la condición humana. En el mundo que nos acoge se produce el *encuentro* de la persona con otras personas. Y, ese encuentro, sólo es tal, cuando concebimos a cada hombre como una unidad ontológica.

Queremos deslizar aquí algunas reflexiones filosóficas y meditar, si es posible acerca de la *pervivencia* de la persona humana. ¿Es posible, acaso, hablar del *derecho* a la pervivencia de la persona? ¿O es un *deber*? ¿O, más bien, un *derecho-deber*?

2. *La persona y el derecho*

A su vez, el derecho no puede ser concebido sin el hombre. Desde otro ángulo, desde el punto de vista ontológico, la persona humana no supone inmediata y necesariamente el derecho. Su desarrollo se manifiesta como un fenómeno cultural en el seno de una comunidad o sociedad. En cuanto la persona adviene, en una sociedad, la sustancia individual que la constituye se evidencia como portadora de derechos fundamentales. De ellos, derechos esencialísimos, son: el derecho a la vida, en el orden biológico, y el derecho a la libertad, en el orden espiritual. La razón del ser humano tiene parte primordial en el descubrimiento de esos derechos y de la toma de conciencia plena de ellos.

Y, así como la muerte es una propiedad biológica del individuo humano considerado con relación a sí mismo, los derechos fundamentales son una propiedad de la persona humana considerada ésta en su relación con las demás.

La tecnología de guerra, las armas nucleares de nuestra época, los frecuentes y violentos conflictos, la acción irracional y depredadora del hombre, la escasez de agua potable y alimentos, el aumento de la población, la pobreza y la miseria, en fin, que colocan a la persona a un nivel infrahumano, ponen en peligro la misma existencia de la humanidad. El derecho a la vida, es, en consecuencia, más que eso: es un derecho a la *pervivencia* de la persona humana. Esta es la última frontera, pues más allá ya no hay nada. Sin vida, no hay persona; sin persona, no hay derechos. En este punto la humanidad abre los ojos al abismo de su propio aniquilamiento.

Los genocidios que hemos conocido, que han ocurrido y que aun ocurren hoy, los bombardeos masivos e indiscriminados, las masacres infernales que asolan nuestro planeta, y otros hechos no menos horribles, han puesto en evidencia que el mundo necesita revalorar sus principios morales y jurídicos. Los años que vivimos siguieron mostrando, no obstante, que los embates contra la persona humana indivi-

dual, por una parte, y contra la humanidad, por otra, lejos de atemperarse, se han multiplicado. El terrorismo de diverso signo, con el absoluto desprecio de la vida humana, las profanaciones ecológicas, la manipulación de los sistemas genéticos, los fundamentalismos de toda especie, son otros tantos ejemplos de una actitud que no tiene precedentes.

Perelman ha dicho que con los procesos de Nuremberg se ha producido un *cambio* en la manera de considerar ciertos problemas jurídicos. Se pregunta si, cuando el delito es monstruoso (de *lesa humanidad*), es menester exigir todavía que haya una ley positiva anterior a su comisión para poder juzgarlo válidamente. Afirma luego que la forma de argumentar ante tribunales que acentúan la equidad ante la ley positiva, es distinta a la anterior modalidad que daba preeminencia a la legalidad y a la seguridad jurídica y hacía del aspecto sistemático y deductivo del razonamiento su mayor mérito ¹.

Pero nosotros nos preguntamos, tratando de calar más profundamente en el problema: si esta lucha en la última frontera, entre la vida y el aniquilamiento, no afecta también y, principalmente, la noción de persona.

Sin embargo, previamente, antes de entrar a ese punto capital, nos vemos obligados, en el marco de nuestra concepción, a hacer referencia a la evolución de las ideas. Nos permitiremos pasar revista brevemente a lo acontecido en los últimos tres siglos con la mira puesta, especialmente, en el mundo europeo. Descansaremos en una *tesis*. Después de tomarnos esa libertad, centraremos la cuestión en un problema importante vivido por la sociedad y asumido por el derecho: una profundización en el estudio de los derechos de la persona humana, y, sobre todo, de la noción de persona humana.

¹ PERELMAN, Chian, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Imp. Toulouse, 1976. Confr. especialmente la segunda parte, *La logique juridique et l'argumentation*, p. 135 y ss..

II. De la idea de progreso a la idea de cambio

1. La significación de los términos progreso y cambio

La tesis sobre la cual queremos reflexionar primeramente en estas páginas podría ser sintetizada de esta manera: “La *idea de progreso* fue la gran impulsora de la humanidad en el siglo XVIII y parte del siglo XIX, pero en el siglo XX, ella aparece sustituida, a medida que avanza su culminación el final del segundo milenio, por la *idea de cambio*. Esta orientación, que se refleja en grandes áreas del pensamiento y en insignes pensadores, aparece insinuada también en el campo jurídico”.

Nos proponemos discurrir sobre el tema para probar nuestros asertos. Esperamos que, al finalizar nuestra tarea, hayamos encontrado -por lo menos- una base de verosimilitud para tales afirmaciones.

Mas, antes de entrar de lleno en esas disquisiciones, deseamos, para hacer más inteligible la cuestión, detenernos en el significado de los vocablos fundamentales implicados en la tesis.

La palabra *progreso*, en un primer momento, connota la acción de ir hacia adelante; implica también un acrecentamiento; y, en una segunda visión, significa el logro de una perfección, de una excelencia. Pareciera que “progreso” apunta hacia el coronamiento de la *plenitud de la esencia* de cada ser o, en su caso, de ciertos sectores de la sociedad o de las naciones, o, también, de la humanidad.

El progreso -se ha polemizado al respecto- puede ser concebido como un progreso al infinito (*progressus in infinitum*) o, simplemente, como señala Ferrater, un *progressus in indefinitum*, es decir, un infinito potencial y no actual, un progreso indefinido y no infinito.

Sea lo que fuere, como quiera que el progreso no se alcanza, en lo concreto, de una manera instantánea, supone un *proceso*. Este vocablo significa movimiento y novedad. Es decir, en lo móvil de la vida de las sociedades, aparecen, en su interior o

en su entorno, *novedades*, que pueden implicar problemas u obstáculos que será menester salvar. Ello conduce a la búsqueda de soluciones que generan otros movimientos en otras direcciones y, de esa forma, el movimiento se hace proceso y el proceso, en la concepción de las posturas optimistas, se ve como progreso. Hallamos que toda actitud progresista es inevitablemente optimista.

Por su parte, la noción de *cambio* es significativamente más neutra. Cambiar implica alterar, transformar, pasar de una cosa a otra. En suma, es también movimiento. La raíz latina *mutare* conlleva una carga semántica que puede apuntar hacia lo superficial o hacia lo profundo (accidental o esencial). Cuando el cambio quiere expresar alteración indicamos con el vocablo *alter* (lo otro), que lo que cambia es la esencia de la cosa.

Pero lo que deseamos subrayar aquí (lo repetimos) es que *cambio* es un vocablo más bien *neutro*, porque se puede cambiar para bien o para mal. El progreso significa siempre ir hacia la perfección. El cambio, por el contrario, puede ser tanto negativo como positivo o neutro. La idea de progreso es unidireccional (movimiento hacia lo perfecto) mientras que la idea de cambio es pluridireccional (movimiento progresivo, regresivo o neutro). Ambas ideas tienen en común el significar movimiento, devenir. Un filósofo ha podido decir que “todo progreso es cambio”; nosotros, por nuestra parte, añadiríamos que “no todo cambio es *necesariamente* progreso”.

En el despliegue significativo de estos conceptos se entremezcla también el vocablo *desarrollo*. Este, igualmente, expresa acrecentamiento, aumento cuantitativo como progreso, y, a veces, cualitativo, es decir, incluye lo material y lo espiritual. Pero, generalmente, cuando se habla de sociedades, países o naciones, el término apunta más bien hacia el orden *económico*, de tal forma que puede medirse su grado por índices confeccionados como patrones de medidas.

Finalmente, se debe destacar que los vocablos de mucho uso en una época dada (ya sea, progreso, cambio o desarrollo) indican una profunda identificación de las sociedades que los

utilizan con las ideas que ellos significan. Es seguro que cuando un término no aparece en el léxico de una sociedad, es porque esa sociedad no tiene la idea que dicho término significa.

2. El progreso como proceso total de la humanidad

Cuando se dice que el progreso es un proceso se quiere aludir también a un ingrediente fundamental que le sirve de marco: la idea de *tiempo*. Sin esta idea es muy probable que la idea de progreso no hubiese podido germinar. La conciencia del tiempo es, pues, una condición esencial para que el progreso pueda darse como proceso. No hay posibilidad de proceso sin tiempo.

Pero, a la vez que aparece la idea de progreso y se profundiza la conciencia de lo temporal, más y más se perfila como *creencia*, como idea que ha hallado el *consenso* de toda o gran parte de una sociedad determinada. Y esa adhesión colectiva a la idea se produce porque el progreso se identifica con lo que es bueno, con lo que es deseable y *valioso*.

Si existe una fuerza que impulsa a una sociedad a adherir a la idea de progreso, como programa de vida para el futuro, que anida en forma de consenso general, forzoso es admitir que se encuentra perfilada sobre un sistema ético. La estructura descansa sobre el objetivo que se supone al alcance del hombre y que se destaca como valioso. De ahí que, no sólo se haga hincapié en el orden moral y en el comportamiento, sino también en el estilo político de vida. Diríase que aparece una condición fundamental que le da posibilidad de éxito: la libertad política, realizada en el seno de una sociedad democrática. El sistema anhela reposar en la comunidad, en *toda* la sociedad y no sólo en una élite. La meta más cercana es el bienestar, la felicidad (o lo más próximo a ella) del mayor número posible y donde cada individuo sea consciente de su labor y de su destino.

Fácil es colegir ante estas premisas que la *educación* deberá ser un factor importantísimo del sistema. Y no sólo educación

de la élite sino también del mayor número posible. El progreso, en general, dependerá, entonces, en alto grado, de una serie de progresos particulares: progreso del saber, de las ciencias y de las artes; de la organización institucional y social y de la distribución de bienes; de la técnica y de la eficacia de los servicios; y, en fin, de la conciencia moral del hombre.

Como se ve, este ordenamiento no es para la trascendencia. Es la lucha para el logro de lo inmediato. No hay objetivos ultraterrenos. Todo ha sido pensado para el hombre, ahora y aquí. Y ése es el espíritu de la Edad Moderna.

Por eso, la idea de progreso adviene a poco de comenzar los tiempos modernos. El campo de acción para este hombre nuevo se veía ancho y fecundo. Todavía existían extensos horizontes por descubrir en este proceso que marchaba hacia la *planetización* de la cultura. Ese espíritu, en breve expresión, podría ser sintetizado con el hombre de espíritu cartesiano, lo que equivale a decir que la razón tiene la supremacía y, el saber, desarrollado por esa razón, debía ser puesto al servicio de las necesidades humanas.

Empero, había algo más aún. Las sociedades, los países, las naciones, se consideraban como miembros de una comunidad hermanada, que es la humanidad misma. Ya Pascal había dicho que *“la totalidad de los hombres que han existido a lo largo de los siglos debe ser considerada como un solo hombre, que vive continuamente y aprende cada vez más”*. La razón, así como descubre las leyes del cosmos con Newton, debe encaminarse a la tarea de encontrar también las leyes de la evolución de la humanidad.

3. Origen y desarrollo de la idea de progreso en la Europa Ilustrada

En cuanto al origen de la idea de progreso en la Edad Moderna, pensamos que Francia es la nación que más se dejó cautivar con ella. No nos ocuparemos aquí de Fontenelle y del Abbé de Saint Pierre, que fueron los primeros en esbozar una teoría

más o menos estructurada de la idea de progreso. Pasaremos a autores más conocidos que, con posterioridad, contribuyeron a burilar perfiles más definidos.

La idea que nos ocupa es una idea común a los pensadores de la Ilustración y a los ideólogos. Todos ellos la comparten y algunos la fundamentan. Pero hay también algunos autores, que constituyen una excepción. Así, por ejemplo Montesquieu, en sus *Cartas Persas* (escritas entre 1717 y 1720) no dejó ideas claras al respecto, tanto que J. Bury se cree obligado a afirmar que "*Montesquieu no se contaba entre los apóstoles de una idea del progreso*"².

² BURY, J., *La idea de progreso*, Madrid, Alianza, 1971, p. 135.

Si leemos las *Cartas Persas* nos encontraremos con dos cartas muy importantes. En la CV Redi escribe a Usbek y le dice: "Me vas a tener por un bárbaro cuando te diga que no sé si las utilidades que de ellas (las ciencias y las artes) se sacan, resarcen a los hombres del continuo abuso que de estos conocimientos hacen". "He oído decir que la invención sola de las bombas había privado de libertad a todos los pueblos de Europa". "Ya sabes que desde la invención de la pólvora no hay fortaleza inexpugnable, esto es, que no queda en la tierra, Usbek, amigo, refugio contra la violencia y la injusticia". "Considéralo bien tú que has leído que los historiadores en casi todas las monarquías se han fundado por hombres que ignoraban las artes, y han caído por haberlas cultivado en demasía. El antiguo imperio de Persia nos ofrece un ejemplo palpable de esta verdad en nuestra propia casa".

"No hace mucho que estoy en Europa, y he oído hablar a sujetos de juicio de los estragos que causa la química, que parece que es el azote que pierde a los hombres y los destruye poco a poco, pero sin cesar, mientras que los otros tres, la guerra, la peste y el hambre, los destruyen por mayor, pero con intervalos. ¿Para qué nos ha servido la invención de la brújula, y el haber descubierto tantos pueblos, como no sea para que nos comunicaran sus dolencias antes que sus riquezas?"

"Empero, por otra parte, ha sido muy perniciosa esta invención a los países recién descubiertos. Naciones enteras han sido destruidas, y los habitantes que se han librado de la muerte, reducidos a tan dura esclavitud, que sólo el oírlo contar hace estremecer a los musulmanes".

"¡Venturosa ignorancia de los hijos de Mahoma! Simplicidad amable tan apreciada de nuestro Profeta, sin cesar me recuerdas tú el candor de los antiguos siglos y la serenidad que reinaba en los pechos de nuestros primeros padres".

Quien se muestra un adversario de la idea del progreso, en forma clara y terminante, es J.J. Rousseau. En 1750 se presentó a concurso sobre el tema escogido por la Academia de Dijon, tema que titulara *Discurso sobre las ciencias y las artes*. Ahí pueden leerse frases tan lapidarias como ésta: “Donde no hay efecto alguno, no hay causa que buscar; pero aquí el efecto es cierto, la depravación real, y nuestras almas se han corrompido a medida que nuestras ciencias han avanzado a la perfección”. Y más adelante añade: “Ciencias y artes deben, pues, su nacimiento a nuestros vicios; menos dudosos estaríamos de sus ventajas si lo debieran a nuestras virtudes”³.

Pero, como se dijo, Rousseau representa la excepción. Creemos que uno de los primeros pensadores que se ocupó del tema de una manera profunda y orgánica, fue Turgot⁴. Muy joven aún -tenía 23 años- en su *Primer discurso como prior de la Sorbona* (3 de julio de 1750, el mismo año en que se convocó al concurso de la Academia de Dijon al cual se presentara el ginebrino), disertó sobre los beneficios que el establecimiento del cristianismo ha procurado al género humano, donde señaló una nueva perspectiva: interpretó a la historia de manera total -quizá siguiendo a Bossuet- pero lo hizo desde un punto de vista pura-

En la carta siguiente Usbek le contesta a Redi y se muestra partidario del progreso. No obstante, la duda queda en el ánimo del lector. En otras cartas (CXVII) pareciera que admite progresos y decadencia, períodos de progreso material y técnico, que no garantizan el progreso moral, pues “el espíritu del hombre es todo contradicción” (XXXIII).

En un estudio preliminar a la edición española (Madrid, Tecnos, 1986) de las *Cartas Persas*, Joseph Colomer hace un breve estudio y trata específicamente el tema del progreso.

³ ROUSSEAU, J.J., *Discurso sobre las ciencias y las artes*, Madrid, Alianza, 1988. El volumen también reproduce *Del contrato social y el discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*.

⁴ TURGOT, R.J., (1727-1781) es el mismo funcionario de Luis XV, que se ocupó de cuestiones financieras y se interesó por problemas de orden económico. En su juventud escribió los discursos citados, que en castellano pueden leerse con el título de *El progreso en la historia universal* (Madrid, Pegaso, 1941).

mente natural. El género humano fue contemplado como algo único y total, después de haber partido de *hechos* concretos. En su *Segundo discurso sobre los sucesivos progresos del espíritu humano* fue más explícito al expresar que “el género humano, considerado desde sus orígenes, aparece a los ojos de un filósofo cual un todo inmenso que, como cada individuo, tiene su infancia y su desarrollo”⁵.

No se conformó Turgot con hallar fundamentos a sus ideas de *desarrollo y progreso*. Quiso señalar también su ritmo. Explicó las diferencias del progreso en distintas naciones, cuando dijo: “Sin duda el espíritu humano encierra por todas partes el principio de idénticos progresos; pues la naturaleza, desigual en sus beneficios, ha dado a ciertos espíritus una abundancia de talentos que, a otros, en cambio, ha rehusado”⁶.

Más adelante, en su *Plan de dos discursos sobre la historia universal* -obra que fue bosquejada pero no concluida- vuelve sobre sus ideas ya desenvueltas. Hay un impulso que hace que “... el género humano...” “marche siempre hacia la perfección”. “... la historia universal abarca la consideración de los progresos sucesivos del género humano”...⁷.

En parte, concuerda también con Vico, cuando señala avances y retrocesos: “Los progresos, aunque necesarios, alternan con frecuentes decadencias producidas por acontecimientos y revoluciones que vienen a interrumpirlos. Además, han sido muy diferentes, según los distintos pueblos”⁸.

Unos años más tarde, Condorcet (1745-1794), aprovecha en gran medida el pensamiento de Turgot y describe una teoría mucho más elaborada. De manera general, puede decirse

⁵ Turgot finaliza el párrafo diciendo: “Las circunstancias desarrollan esos talentos o los dejan perderse en la oscuridad, y de la variedad infinita de estas circunstancias nace la desigualdad del progreso de las naciones” (*ibíd.*, p. 37).

⁶ y ⁷ *Ibíd.*, p. 88.

⁸ *Ibíd.*, p. 121.

que también acepta que, a veces, ha habido obstáculos o movimientos regresivos en la marcha de la humanidad hacia el progreso, pero subraya, en forma enfática, que hay una adecuada armonía entre el progreso social y el progreso científico y moral. Por lo demás, el progreso es inevitable, pero requiere un esfuerzo colectivo y una educación moral e intelectual constante. Contemplada en su conjunto, la historia de la humanidad nos muestra una serie de etapas que no son sino grados del progreso de la razón. El hombre, al progresar, se emancipa de la naturaleza y de los estrechos límites de la individualidad⁹.

Los conceptos más notorios de Condorcet fueron volcados en su *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*¹⁰, escrito en 1793, y publicado póstumamente en 1794/5. Y es en el estudio de la décima época de la humanidad, cuando el filósofo ilustrado incursiona sobre el futuro del progreso del espíritu humano, donde se perfila con más nitidez su teoría. Señala con singular convencimiento que “*la perfectibilidad del hombre es indefinida*”¹¹. Con agudeza, encuentra que la palabra “indefinida” tiene dos vertientes semánticas: a) en un caso, expresa que “*esta duración media de la vida, que debe aumentar sin cesar a medida que nos adentramos en el futuro, puede experimentar unos crecimientos, de acuerdo con una ley según la cual esa duración media se acerca continuamente a una extensión ilimitada, sin poder alcanzarla jamás*”; b) en otro, “*de acuerdo con una ley según la cual esa misma duración puede adquirir en la inmensidad de los siglos, una extensión mayor que cualquier determinada que le haya sido asignada como límite*”¹².

⁹ Condorcet fue también un gran matemático. A él se deben las leyes estadísticas aplicadas al estudio de los fenómenos sociales. Había ingresado a los 26 años a la Academia de Ciencias y desde 1776 fue su secretario.

¹⁰ Existe una buena traducción castellana titulada *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano* (Madrid, Editora Nacional, 1980).

¹¹ *Ibíd.*, ps. 246/7.

¹² *Ibíd.*, ps. 247/8.

III. La idea de cambio

1. La aparición de la idea de cambio. La Encíclica *Rerum Novarum*. La Encíclica *Centesimus Annus*

Si el optimismo del siglo XVIII y buena parte del XIX fuera azul, su cielo habría dejado de serlo, pues poco a poco fue cubriéndose de opacas nubes. La idea de progreso no pudo remontar con facilidad el final del siglo XIX y enfrentaba serios tropiezos ¹³.

Algunos pensadores darían la voz de alarma como Bukle (no hay progreso moral) y Draper. Otros dirán, simplemente, que el progreso es *neutro*; que no entraña necesariamente mejoría, como Mill ¹⁴. Lo que quedaba bastante claro era que los progresos particulares (económico, industrial, científico, artístico, moral) no marchaban paralelamente al mismo paso. No obstante, había quienes, al finalizar el siglo XIX, se aferraban aun ciegamente a la idea de progreso. Las exposiciones indus-

¹³ Es verdad que JOUFFROY, Th., en su *Cours de droit naturel* (París, Hachette, 1876, t. I, p. 259) ya se apoyaba, en alguna medida, en la idea de *cambio* para explicar su teoría de las revoluciones. Pero "*l'amour du changement*", al cual hace referencia, es una circunstancia de una situación intelectual de la época, que "no es otra cosa que el sentimiento de la necesidad de aquello que nos falta, que no tenemos y que ansiamos". Estas expresiones -traducidas con gran libertad- y otras semejantes (*ibíd.*, ps. 260, 262, etc.) revelan un concepto de cambio fundado más bien en el orden psíquico (*cambio moral*) y no en el tecnológico, que es la consigna de nuestra hora.

¹⁴ Mill aspira a una valoración superior de la vida moral. La idea de progreso alcanzó, no obstante, tal prestigio, que permitió a estudiosos como Luis Weber, pretender una enunciación sociológicamente científica en su obra *Le rythme du progrès* (París, Alcan, 1913). La obra contrasta notoriamente con la de Georges Friedman, escrita años después, quien, al hacer la historia de las ideas del período 1895/1935, y también desde la atalaya de la sociología, titulaba su trabajo muy de otra manera con la expresión *La crise du progrès* (París, Gallimard, 1936).

triales mostraban un evidente progreso material. La década de 1870 a 1880 todavía podía exhibirla como un artículo de fe.

Sin embargo, en 1891 apareció un documento que llamó la atención en el mundo. Ese año León XIII promulgó la Encíclica *Rerum Novarum*. Ella señala un primer gran problema que aparece como un obstáculo en el camino del progreso, que se llamó el *problema obrero* o la *cuestión obrera*. Estamos hoy a más de cien años de dicho documento, que, de tiempo en tiempo, ha venido a ser recordado, reafirmado y reactualizado, de tal forma que en su centenario, el Papa Juan Pablo II resolvió promulgar una nueva Encíclica que se denominó, precisamente, *Centesimus Annus*.

Los avances científicos y tecnológicos aplicados al comercio y a la industria habían producido un *conflicto* entre el capital y el trabajo. Los sistemas económicos condujeron a una difícil situación que fue caracterizada de esta manera: Las cosas nuevas que el Papa tenía ante sí, no eran precisamente todas ellas positivas. Al contrario, el primer párrafo de la Encíclica describe las “cosas nuevas”, que le han dado el nombre, con duras palabras: “Despertada el *ansia de novedades* que desde hace ya tiempo agita a los pueblos, era de esperar que las *ganas de cambiarlo todo* llegaran un día a pasarse del cambio de la política al terreno colindante de la economía. En efecto, los adelantos de la industria y de las profesiones, que caminan por nuevos derroteros; el cambio operado en las relaciones mutuas entre patronos y obreros; la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos y la pobreza de la inmensa mayoría; la mayor confianza de los obreros en sí mismos y la más estrecha cohesión entre ellos, juntamente con la relajación de la moral, han determinado el planteamiento del *conflicto*”¹⁵.

Más arriba se ha dicho que la idea de progreso queda condicionada por la libertad humana. Si los obstáculos que prove-

¹⁵ Encíclica *Rerum Novarum*, 97.

nían del campo económico-social fueron enormes, no fueron menores los que se derivaron de una concepción de la libertad humana que omitía el respeto a los derechos de todas las personas, olvidaba la verdad y la justicia y aniquilaba cualquier viso de solidaridad en el seno de la sociedad. Esta situación condujo a dos sangrientas guerras mundiales en la primera mitad del siglo XX (1914/18 y 1939/45).

La Encíclica *Centesimus Annus*, a su vez, insiste en el olvido del *deber* de respetar los derechos de las demás personas y asevera que “fueron guerras originadas por el militarismo, por el nacionalismo exasperado, por las formas de totalitarismo relacionado con ellas, así como por guerras derivadas de la lucha de clases, de guerras civiles e ideológicas”¹⁶. Y más adelante: “El progreso científico y tecnológico, que debiera contribuir al bienestar del hombre, se transforma en instrumento de guerra: ciencia y técnica son utilizadas para producir armas cada vez más perfeccionadas y destructivas”¹⁷.

Llegamos al punto de un proceso en el cual ya no es posible concebir la idea de progreso de una manera optimista o, al menos, de una forma tan optimista como pudieron hacerlo, por ejemplo, un Condorcet, un Cousin o un Jouffroy. La historia cambiaba de rumbo porque la amenaza atómica se cernía y se cernía sobre nosotros: el terrorismo particular o de Estado no fue una fantasía, los problemas ecológicos se precipitan, el uso extendido de la energía atómica se torna peligroso y la ingeniería genética abre horizontes que dibujan fronteras escalofriantes.

Los grandes obstáculos en los progresos particulares de los diferentes ángulos golpearon despiadadamente en el corazón de la idea de progreso. De ahí, las “*ganas de cambiarlo todo*”, a que hace referencia el párrafo citado de la Encíclica *Rerum Novarum*.

¹⁶ Encíclica *Centesimus Annus*, 17.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 18.

IV. La noción de persona

La noción de persona también ha cambiado. El acontecer de genocidios, de actos terroristas, de bombardeos en masa y, en ocasiones, atómicos, ha inducido a una actitud más severa y ha hecho que se considere a la persona humana desde ángulos más profundos. Con ellos se han *desvelado* derechos adormecidos en la envoltura humana. El peligro de la extinción de la especie, el aniquilamiento del hombre, siempre presente en las guerras ideológicas y en los descubrimientos de la moderna tecnología, han impulsado al jurista a razonar sobre el filo de la navaja. No razonamos sobre lo obvio; pero sí razonamos sobre el hombre como tal, como persona y nos preguntamos: ¿se pone en peligro al hombre como persona, como especie, así como su mundo y la naturaleza misma?

Para incursionar en este aspecto, dado que avanzamos hacia problemas críticamente últimos, nada mejor que recordar cómo ha nacido en Occidente la noción de persona. Cuando la crisis golpea, para salir del paso, debemos preguntar por el origen del problema.

1. El origen de la noción de persona en Occidente

Los griegos tuvieron una concepción cósmica de la persona humana. El hombre fue pensado como una cosa entre todas las demás que constituían el mundo y, como consecuencia, el derecho suponía una relación que era parte de una regulación que regía todo el universo.

Occidente rehizo el camino. El cristianismo abrió otro horizonte. Y el problema se planteó desde el inicio con una perspectiva teológica.

Sin embargo, la noción de persona en cuanto concepto cultural, no es permanente ni está aherrojada en un compartimento inmóvil. El tiempo la afecta con el cambio de las circunstancias.

Los griegos y romanos tuvieron una noción bastante simple cuando se propusieron delimitarla. En Aristóteles, la noción de hombre como persona quedó cristalizada como una *sustancia individual racional* dentro de la gran sinfonía de su sistema. El hombre fue, en su concepción, una *ousía* racional.

Cuando se inicia la Edad Media, la noción de persona, si bien con reminiscencias aristotélicas, sufre una transformación con Boecio (480-524/5), ya que, cuando pensó su famosa definición, tenía en la mente un problema teológico. En efecto, Nestorio había afirmado que en Cristo había una doble naturaleza y una doble persona. A su vez, Eutiques expresaba que había en Cristo una sola persona y una sola naturaleza.

Por consiguiente, cuando Boecio hubo enunciado su definición diciendo que la “persona es una *sustancia individual de naturaleza racional*” estaba resolviendo un problema teológico, surgido de las herejías cristológicas y estaba afirmando que puede darse una unión sustancial en un *supósito* o una misma persona, esto es, que permite subsistir en su distinción, a dos naturalezas unidas sin confusión¹⁸. Santo Tomás explicaría después que el vocablo *individual* añadido a la definición de persona excluye de ella la razón de poder ser asumida; y “*así la naturaleza humana en Cristo no es persona, porque fue asumida por otra más digna, el verbo de Dios*”¹⁹.

La definición de raíz teológica perduró en el tiempo²⁰. Mas, al llegar la Edad Moderna irrumpieron otras nociones, ya no

¹⁸ N. de Anquín puso de relieve estas aristas en un artículo titulado “Persona y situación”, publicado en la Revista *Arkhé*, segunda serie, año IV, fascículo único, Córdoba, 1967, ps. 3/14. Para tal fin utilizó la siguiente edición: An mani, Sever, BOETTI, *Consolationis Philosophiæ, libri V, Eiusdem opuscula sacra anctiora Vallinus, et notis illustravit, Parisiis, 1656*.

¹⁹ *Ibid.*, p. 5. Confr. THOMAS, S., *Sum. Theol.* III, q. 20, a. 1., sol.2.

²⁰ Paulo III insistió en la Bula *Sublimis Deus* (1537) que los indios eran verdaderamente hombres. Es decir, con ello, puso fin a la discusión sobre el

teológicas, sino basadas en concepciones filosóficas. Así como no es frecuente mencionar el origen teológico de la problemática en nuestra cultura occidental, origen que de cerca o de lejos puede teñir la respuesta filosófica, fue costumbre citar permanentemente la “sabia explicación” que Aulo Gelio nos proporcionó en sus *Noches Aticas*²¹. La *máscara*, que tan bien sirve a los devaneos literarios, no hizo sino distraer la reflexión filosófica para dar lugar a soluciones apresuradas y banales.

2. La secularización de la noción de persona

Quien quiso sacudir la tutela de las resonancias teológicas de manera definitiva, en la Edad Moderna, fue John Locke (1632-1704). Hombre afortunado, ubicado en un nudo de la historia, tuvo una enorme influencia para la posteridad anglosajona y más

tema de la *bestialidad* del indio. Y lo que era más importante -a los ojos de la Iglesia- con ello se lo declaraba “capaz de recibir la Gracia divina”. La Bula de Paulo III revela cómo, aun en pleno siglo XVI, los planteos teológicos incidían en la política de las naciones europeas. Así, la desacralización de la noción de persona se produce muy lentamente.

De otro lado, y correlativamente, el concepto “hombre” lograba una mayor extensión lógica con la incorporación del indígena americano. Por cierto, aquí quedaba definido como ser racional y, de esa manera, la noción lógica se planetizaba para decirlo con un término caro a Teilhard de Chardin. Coincide, pues, la planetización del orbe con la del concepto hombre. En ambos casos, América lo hizo posible.

²¹ Sabia e ingeniosa explicación, la De Gabio Baso, en su tratado *Del origen de los vocablos*, de la palabra *persona*, máscara. Cree que este vocablo toma origen del verbo *personare*, resonar. He aquí cómo explica su opinión: “No teniendo la máscara que cubre por completo el rostro más que una abertura en el sitio de la boca, la voz, en vez de derramarse en todas direcciones, se estrecha para escapar por una sola salida, adquiere por ello sonido más penetrante y fuerte. Así, pues, porque la máscara hace la voz humana más sonora y vibrante, se le ha dado el nombre de persona, y por consecuencia, de la forma de esta palabra, es larga la letra...” (AULO GELIO, *Noches áticas*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, Libro V, Cap. VII).

allá de ella. Cuando Locke escribía los *Two Treatises on Government* (obra editada en 1690) dedicó el primero de ellos a refutar las ideas de Robert Filmer, que éste expresara en sus libros *Patriarcha* y *Observations...*, en los que éste defendía el origen divino de los poderes políticos de los reyes, sosteniendo su actitud con argumentos fundados en el orden teológico.

Locke abraza el estudio de la sociedad civil para explicar que cada individuo humano que la constituye, expresa o tácitamente, presta su *consentimiento* para ello y se somete a la decisión de la mayoría.

Si alguien quisiera probar que la historia de la noción de persona en Occidente es el estudio de su desacralización, hallaría en Locke un buen hito en ese camino. Y no sólo por la polémica de Locke con Filmer a raíz de la tesis del *Patriarcha*²². Ocurre, además, que el punto de partida de Locke está impuesto por la circunstancia histórica y ésta incita a abandonar la vieja idea del derecho divino de los reyes. El Parlamento es, a partir de ese instante, en Inglaterra, el legítimo representante del pueblo y éste manifiesta su voluntad a través de los individuos. Si es verdad que Locke construye su teoría política sobre el molde teológico, cada individuo es un *patriarcha* en pequeño. El poder absoluto de los reyes quedaba, de esa manera, atomizado en el poder matemáticamente mensurable de cada

²² DUNN, J., *La pensée politique de John Locke*, París, Puf, Coll. Leviathan, 1991. En la concepción de Locke, Dios impone a los hombres deberes religiosos individuales dándoles la capacidad intelectual de conocer las verdades morales pertinentes. De una manera similar se dan los problemas y las soluciones en el orden político. Los derechos autónomos de los hombres en el ejercicio de la actividad política se hallan perfilados por la misma modalidad de lo que ocurre en el campo teológico.

Dunn ha considerado también que el “estado de naturaleza” del hombre en el pensamiento de Locke es un axioma teológico (p. 112). Por lo demás, el individualismo político es hijo del individualismo religioso que conduce al “individualismo posesivo”.

uno de los individuos de la comunidad. Consumada la revolución de 1688, Guillermo de Orange es nombrado soberano, de acuerdo a esta nueva concepción.

No nos interesa aquí recordar tanto la hipótesis acerca *del origen del consentimiento*, sino la *concepción en sí misma*, que, en el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, abraza el pensador inglés. En el Capítulo V, que trata de la propiedad, nos dice que “mediante *tácito y voluntario consentimiento*, han descubierto (los hombres) el modo en que un hombre puede poseer más tierra de la que es capaz de usar...”²³. Y, en el Capítulo VIII, que estudia el origen de las sociedades políticas, nos dice que “cuando un grupo de hombres *ha consentido* formar una comunidad o gobierno, quedan con ello incorporados en un cuerpo político en el que la mayoría tiene el derecho de actuar y decidir en nombre de todos”²⁴. En suma, tanto *para apoderarse de las cosas como para constituirse en comunidad política, el poder se fundamenta en el grupo pactante atomizado. Antes que persona, el hombre es generador de legitimidad de fuerzas mensurables en la comunidad a la que pertenece*. El hombre es un ser pronto para la acción, cuyo fin es ejercerla en la comunidad conforme con las reglas que la mayoría resuelve.

Por su parte, la noción de persona, originada en la teología cristiana, tiene sus propias dificultades para pasar al orden racional de la filosofía. La definición boeciana encierra una tremenda carga y, como decía Nimio de Anquín, “*hay una tensión disociativa, pues la sustancialidad individual está amenazada constantemente por la especificidad de la naturaleza*”²⁵. Sin embargo, ella ha podido ambientarse filosóficamente y adecuarse al hombre como persona humana si se precisan algunas significaciones. La persona es una sustancia completa, *íntegra*, y no un simple agregado de partes elementales; es un *ser en sí mismo*. Y, además de

²³ LOCKE, op. cit., núm. 50.

²⁴ *Ibid.*, núm. 95.

²⁵ DE ANQUÍN, N., art. citado, p. 8.

un ente individual, es un *compuesto indivisible*. Pero sí necesita alguna explicación adicional, la expresión “naturaleza racional”. Naturaleza, evidentemente, es un término ambiguo ²⁶; mas, en este contexto -en una definición filosófica referida a la persona humana- debe ser interpretado en el sentido de género o especie a la que pertenece la sustancia racional. A su vez, naturaleza indica principio de movimiento y generación de seres vivientes que constituyen un compuesto sustancial. Finalmente, la racionalidad se refiere a una propiedad específica de los seres vivientes que tienen la naturaleza de que se trata.

Con esas aclaraciones la definición boeciana puede ser considerada como una noción filosófica de la persona humana. La reflexión filosófica, en esta vertiente, comienza por la persona humana, por el hombre concreto. Sólo en una segunda fase muerde sobre los problemas que plantea la vida social. Y siempre conserva una arista optimista al sostener que ella se realiza (o se actualiza) mejor en sociedad. Por el contrario, la actitud lockeana sólo llega al hombre social a través del *consentimiento*, es decir, la realidad social por la que debuta el filosofar al respecto, es considerada, en primer lugar, a través de una ventana que pone el acento, no en el hombre, sino en el *acordar* las voluntades de los individuos que llegan al consenso.

Fácil es advertir que la definición boeciana se funda en la inteligibilidad de las cosas. Hay una primacía del *ser* y de aquello que es consecuentemente *inteligible*. Por su parte, la noción lockeana se funda en la *voluntad* del individuo que *consiente*. Hay, en este caso, una primacía del voluntarismo individual, atomizado en una multitud de elementos que pueden ser *medidos* (o considerados cuantitativamente) y cuya primera misión es *obrar* en función de un acuerdo fundamental y nece-

²⁶ Confr. DE KONINCK, Ch., “Sobre el carácter deliberadamente ambiguo del lenguaje filosófico”, artículo publicado en *Estudios teológicos y filosóficos*, Buenos Aires, ps. 9/18.

sario para que la convivencia sea posible. Prima aquí, no el ser, sino un elemento de la colectividad (el individuo), y no la inteligibilidad sino la voluntad ²⁷.

3. El límite del cambio

La idea de cambio, especialmente desde la *Encíclica Rerum Novarum*, se abre camino. Cuando aparece un obstáculo, se hace menester un *cambio*. A la novedad del obstáculo, se debe oponer la novedad de una solución, porque si ellos siguen multiplicándose de manera hartamente peligrosa, ponen incluso en cuestión la vida sobre la tierra. Y no sólo la vida: ¡el mismo planeta...y hasta el propio sistema! Hoy, ya sabemos que si no se solucionan ciertos problemas, no tendremos otra oportunidad, imagen tan apocalíptica que hace cien años aun no se avizoraba con la nitidez que ahora ha alcanzado. Se diría que el hombre en el desarrollo de la idea que nos hacía avanzar ciegamente en el orden del progreso, se ha encontrado con que sus instituciones jurídicas que tutelaban sus valores fundamentales no se muestran suficientemente eficaces.

Asoma algo así como la espantosa visión de una degradación de la persona, de la sociedad y de la naturaleza. En su avance ciego y arrollador, la humanidad ha inferido profundos ataques a la persona humana y al medio social y al natural en los cuales ella debe medrar.

No se exagera aquí con la triple degradación de que se habla. No otra cosa significan las dos grandes guerras del siglo pa-

²⁷ En el continente europeo existe una otra importante noción de persona que se aproxima a la de Locke desde una perspectiva profundamente ontológica y no meramente fenoménica y cuantitativa. Se trata de Hegel. Según De Anquín, en este caso, “la persona es un resultado de la atomización del Todo” (art. citado, p. 13).

sado, los grandes genocidios, el terrorismo internacional, la atroz contaminación ambiental y el narcotráfico con facetas políticas. Decía Bentham, que el derecho era el esqueleto con el que se mantenían enhiestas las instituciones políticas fundamentales. Sin embargo, los procesos de Nuremberg, por ejemplo, y todo lo que ellos produjeron significaron un profundo distanciamiento de los grandes principios jurídicos y políticos pregondos y elaborados por los pensadores de la Revolución Francesa y sus seguidores. Si se examina rigurosamente cómo se constituyeron esos tribunales y cómo actuaron y fundamentaron sus juicios, se verá que el principio de separación de los poderes, el derecho codificado y positivizado con anterioridad a los hechos que dieron lugar a los procesos, y la obligación de los jueces de motivar sus juicios fundándolos en ley predictada, no han sido mantenidos como principios irrenunciables. Es decir, a la luz de los principios surgidos en 1789, los delitos de lesa humanidad que fueron cometidos, no habrían podido ser cabalmente castigados.

Dicho también de otra manera, los crímenes, sobre los cuales quizá aun no se ha meditado lo suficiente, y con suficiente serenidad, fueron tan horribos como los bombardeos masivos indiscriminados de las potencias vencedoras. Tan horribos como algunas aventuras guerreras e intervencionistas posteriores, sobre las cuales la humanidad pasa velozmente sin contar el número de muertos inocentes.

De ahí que, en tales o análogas situaciones, se imponga el cambio. Darnos cuenta que la ley -por obra de las circunstancias- no siempre se muestra tan maleable como para afianzar la justicia: es la advertencia del tiempo. Pareciera que la legislación va muy a la zaga de las necesidades de los pueblos; o que los cambios que generan obstáculos se aceleran. Por ende, cuando el crimen es tan monstruoso como el genocidio, la solución debe ser también extraordinaria. Ante crímenes atroces, para que no queden impunes, se hace menester una nueva concepción jurídica que permita su punición.

Pero -es lo que queremos poner de relieve- nunca la humanidad había asistido a violaciones, masivas o no, tan brutales.

Todo nuestro progreso, por más que sea grande, no alcanza a justificarlas. De una cosa estamos seguros y va repetido: no es verdad que los progresos particulares (político, social, económico, jurídico, moral, científico, técnico y artístico) avancen todos ellos al unísono, juntos y paralelamente. Hay desfasajes. Grandes desfasajes. Aquí, en ellos, están los obstáculos, que menudean y se suman cada vez más. Los cambios implican mutaciones y éstas deben implicar soluciones dadas cada vez más velozmente.

Hemos tenido que parar mientes en los derechos de las personas humanas. ¿Quién pensaba de una manera tan intensa en el derecho a la vida? Diríase que la Revolución Francesa se desarrolló a la sombra del derecho a la libertad. Hoy, hemos avanzado en la degradación, más allá de toda imaginación y hemos llegado al último reducto de los derechos esencialísimos de la persona: el derecho a la vida. Más allá ya no hay nada. Estamos ante el abismo.

Nosotros mismos hemos participado y sufrido terribles conflictos, de ambos signos, en nuestro propio suelo, problemas que todo el aparato jurídico no pudo evitar. La fuerza, la gran adversaria del derecho cuando ella no ha encontrado sus carriles jurídicos, se encarnó en situaciones inhumanas y en la muerte. El hombre se degrada cuando desciende a manifestaciones de tal laya, porque lo natural es el diálogo racional que el lenguaje posibilita. El terror es el arma irracional, que ofende la dignidad de la persona. Los reflejos jurídicos parecieran ser lentos ante los cada vez más graves obstáculos que se presentan. El cambio, ante situaciones masivas de ese tipo, ¿es todavía posible?

Una vez más, para responder, debemos poner la mirada en la persona humana, en cuya entidad, la vida (y su continuidad en condiciones dignas), florece como un derecho esencialísimo, sostén de todos los demás, sin cuya vigencia la humanidad dejaría de ser tal. En consecuencia, una reflexión final nos alerta que la idea de progreso pone el acento en la humanidad (o en un país o en una sociedad determinada). La tónica actual, y su vertiente jurídica, están centradas más bien en los derechos de

la persona humana. Defender la vida de cada persona en cada caso es defender la existencia de la humanidad.

V. La pervivencia de la persona humana

De acuerdo con lo dicho, el hombre de nuestros días tiene ante sí una indudable elección: o se queda en la inmanencia, tratando de crear con soberbia su mundo, pretendiendo dominar toda la materia y dictar sus leyes, las que él encuentre convenientes, pero con el peligro siempre permanente del aniquilamiento total; o, por el contrario, recuerda su origen, su destino, y retoma conciencia de su finitud y de su trascendencia y, sobre todo, que es sólo un humilde co-creador en la obra de este mundo, cuyas leyes fundamentales, impresas en la naturaleza de las cosas y de sí mismo, no podrá violar jamás, salvo que corra el riesgo de extinguirse como persona y, aun más, como especie.

Creemos que está en peligro la propia existencia humana. La *pervivencia de la persona* asume, así, fundamentalísima importancia.

El olvido de nuestros deberes, nos ha conducido a una actitud *tribal*, como cierto sociólogo francés calificara a nuestra sociedad. Hoy, todo el mundo y, especialmente, en nuestro país, invoca solamente sus derechos, con total desprecio por los deberes que el hombre que vive en sociedad debe observar.

El exacerbado individualismo que se manifiesta a partir de la Edad Moderna, especialmente, en el orden político, ha conducido a un amortiguamiento de la solidaridad social y, con ello, al resquebrajamiento de todo *pacto social* y de todo *consentimiento institucional*.

Creemos que el derecho es *una propiedad de la persona*. Estamos bastardeando la noción de esa propiedad. Todos los sectores reclaman derechos, con absoluto desprecio de los derechos del prójimo, y presionan por diversos medios al resto de la so-

ciudad para lograrlos. Esta es, en efecto, una verdadera actitud tribal. ¿Volvemos a la animalidad? ¿Dónde queda un vestigio de la persona humana?

¿Destruimos el planeta para lograr nuestros particulares designios, aun si en ello nos va la vida?

Para llamar la atención acerca del olvido de nuestros deberes, veamos qué dicen algunos párrafos del índice de un libro publicado hace casi doscientos años:

“*Deberes de la sociedad*”,
“*Deberes de los padres*”,
“*Deberes de los niños*”,
“*Deberes de la edad*”,
“*Deberes del rango*”,
“*Deberes generales*”,
“*Deberes del ciudadano*”, etc. ²⁸.

Estos deberes son apenas un esbozo. Lo que, en otras épocas era parte de la educación, hoy yace casi olvidado. Se ha producido lo que un escritor ha denominado el “*crepúsculo del deber*”. Estamos forjando un mundo ausente de *deberes*, con lo cual se debilita la contracara de los derechos. Atomizando el *todo*, las *partes* se dispersan en el caos.

Cada persona es una unidad ontológica que se debe a sí misma. Pero se olvida al prójimo, de tal manera que un apreciable porcentaje de seres humanos, se debaten en la angustia y no alcanzan una *personalidad* acorde con la esencia de la especie humana. La persona es más que un mero individuo; es un individuo singular que reconoce en sus semejantes a otros individuos singulares, todos capaces, además,

²⁸ RENOARD, Ch., *Éléments de morale*, París, MDCCCXX, seconde édition, MDCCCXX.

de desarrollar una *personalidad única*, dotada de *completa autonomía ontológica*²⁹.

La *pervivencia* de la persona, de *todas* las personas existentes, es la condición fundamental para lograr un mundo social y naturalmente viable para lograr el *bien común*. He aquí el peligro que está afrontando la humanidad. Es menester poner el acento en este *gran deber humano*, sin cuyo cumplimiento se corre el riesgo máximo de no alcanzar el nivel que nos hace humanos y de involucionar hacia la *animalidad*.

²⁹ QUILES, I., *Persona y sociedad, hoy*, Buenos Aires, Eudeba, 1970, p. 33 y ss..

En esta obra Quiles pasa revista a la definición de persona, siguiendo un itinerario histórico. Culmina su trabajo con su teoría de la *in=sistencia*. Señala, así, tres puntos fundamentales: "1. La raíz profunda de la persona y de su esencia es la *interioridad*. 2. La esencial *naturaleza social del hombre*. 3. El orden social y su desarrollo, como consecuencia *deben subordinarse al bien de la persona*".

El mismo autor en su obra *La persona humana* (3ª ed., Buenos Aires, Kraft, 1967), en la p. 155 y ss., hace el "Análisis de la personalidad metafísica de la persona" y estudia la definición de Boecio y la de Santo Tomás. Además, nos introduce en el uso y significado de los términos, las dificultades idiomáticas y las traducciones del griego al latín. Por cierto, en el análisis incluye la posición de Aristóteles, cuando éste dice que la persona es el "individuo completo o la sustancia individual completa *racional*".

Indudablemente, se debe tener presente en ese itinerario que en la Edad Media, la persona era definida desde una concepción teológica, mientras que en la Edad Moderna, los autores, secularizada la cuestión, abordaban el tema desde el ángulo filosófico o meramente político.

Jean Marc TRIGEAUD, en su obra *Droits premiers* (París, Bieres, 2001) desarrolla su teoría contemplando una concepción en la que la persona es "*una unidad integral, siempre y totalmente presente, y sin cesar distinta*".

INTEGRACIÓN DE LAS REGLAS DE LA ARGUMENTACIÓN Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

ARMANDO S. ANDRUET (H) ¹

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Principio de Cooperación Dinámica (PCD). **III.** Sub Principios de Construcción Cooperativa (SPCC). **IV.** Indicadores de Contralor Argumentativo Propios. **IV.** Máximas del Trabajo Operativo (MATO). **IV.1.** Máximas de Cantidad (MCN). **IV.2.** Máximas de Calidad (MCL). **V.** Modos Categóricos de Argumentar (MOCA). **V.1.** Categorías de Actuación (C.AC). **V.2.** Categorías de Instrumentalidad (C.IN). **VI.** Indicadores de Contralor Argumentativo del Opuesto (ICOAROP).

I. Introducción

En algunos trabajos anteriores nos hemos ocupado de realizar un desarrollo particular acerca del tema del epígrafe ², fundamentalmente elaborando las conclusiones alcanzadas a la luz de la influencia que nos había generado en particular la lectura

¹ Miembro de número. Secretario del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba.

² Por todos indicamos ANDRUET, A., *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, ps. 121/134.

de P. Grice³. También corresponde memorar que en realidad lo que nos ocupó en tal momento, fue el construir una suerte de traslación hasta donde resultaba posible, de las tesis que la lingüística conversacional había elaborado, al ámbito de lo judicial forense.

Al correr los años de ello, es una verdad indiscutible que se advierte que algunas de las conclusiones allí asentadas, resultan susceptibles de ser reemplazadas por otras visiones más acordes con el fenómeno jurídico argumentativo forense en *stricto sensu*; además, como no puede ser de otra manera, nosotros mismos hemos aprendido de la experiencia práctica algunas cuestiones en las que corresponde hacer alguna variación, generadas ellas, particularmente desde la mirada y necesidad de un auditorio como es el de los abogados litigantes que en rigor de verdad y por casi pura definición profesional, no disponen de mayor tiempo para elaborar doctrinas acerca de estos temas, sino que prefieren derechamente ser tomadores de ellas o al menos, de alguna parte de éstas en tanto les resulten favorables para sus propios intereses profesionales.

Finalmente hemos advertido, con el tiempo también, algunos tópicos acerca de los cuales es mejor olvidar todo análisis, puesto que en la realidad es corriente que no aparezcan formulaciones que los justifiquen. En rigor, lo ordinario del mundo profesional, es a veces sólo una lucha argumental por el triunfo; convirtiéndose por ello el nudo del proceso judicial en un espectáculo erístico⁴, en donde cada uno de los conten-

³ GRICE, P., "Logic and conversation" en *Syntax and semantics speech acts*, New York, Academic Press, 1975.

⁴ En cierta manera la litis judicializada tiene una sinonimia con el conocido espectáculo político que en realidad se emplaza para manipular a los espectadores políticos. En el terreno de lo judicial, el espectador se conoce como árbitro y su rol es activo, por oposición al otro que es notablemente más pasivo. El espectáculo político requiere de una acción política que pueda ser canalizada generalmente por los medios de comunicación social (vide EDELMAN, M., *La*

dientes y mediante procedimientos reglados pugna por conseguir la razón del juez, sea ello por los caminos argumentales lícitos como ilícitos ⁵.

A la luz de las mencionadas consideraciones, aspiramos ahora realizar un emplazamiento que no resulte fraccionado en un capítulo vinculado para las reglas de la argumentación y otro separado, que tenga por objeto la llamada argumentación viciosa tal como lo propusimos en nuestro libro ya indicado ⁶. Un emplazamiento de ese modo, recalamos ahora que no tiene mayor sentido, toda vez, que si la argumentación es reglada, justamente lo es para que no sea viciosa, sino lo contrario: esto es, virtuosa. Motivo por el cual, resulta que todo tipo de falacia o sofisma que en la argumentación se formule, en primer lugar lo que está haciendo es violar la regla de que la argumentación no debe ser -al menos deliberadamente- viciosa, falaz, engañosa o psicológicamente dominante.

construcción del espectáculo político, Buenos Aires, Manantial, 2002, p. 138 y ss.). En rigor, la oratoria política actual no es para reflexionar sobre acciones que emprender, sino una oratoria para obtener un consenso social y político sobre decisiones ya previamente tomadas (vide LÓPEZ EIRE, A. y GUERVÓS, J., *Política y comunicación política*, Madrid, Cátedra, 2000, p. 21). El espectáculo judicial precisa de buenos argumentos y de adecuada estrategia profesional para resultar exitoso, desgraciadamente algunos indignamente también creen que se trata de un debate mediático.

⁵ Reconocemos la gravedad de la afirmación. Hacemos nuestra la consideración del ilustre Arthur Schopenhauer, cuando preguntándose por ello responde sin dudar, en la misma maldad del género humano, indica que “*Si no fuese así, si fuésemos honestos por naturaleza, intentaríamos simplemente que la verdad saliese a la luz en todo debate...*”, luego de explicar las razones de ello apunta: “*Esto ocasiona que, por regla general, quien discute no luche por amor de la verdad, sino por su tesis como pro ara et focis (por el altar y el hogar) y por fas o por nefas puesto que como ya se ha mostrado, no puede hacerlo de otro modo*” (SCHOPENHAUER, A., *Dialéctica erística o el arte de tener razón, expuesta en 38 stratagemas*, Madrid, Trotta, 2000, ps. 46 y 47, respectivamente).

⁶ En tal ocasión las reglas de la argumentación integraban parte del capítulo que se nombra como “Teoría de la argumentación jurídica” y las falacias, paralogismos y sofismas en otro que lleva por título “La argumentación viciosa”.

Con ello a la vista, es que hemos creído que se pueden fusionar los dos conceptos antes tratados separadamente -el de las reglas y el de la argumentación viciosa- en un mismo esqueleto argumentativo y formando parte de la teoría general de la argumentación. Los mencionados aspectos, en definitiva, podrán ser mirados desde lupas diferentes y entonces reconocerse en cada una de dichas miradas, regiones antes ignoradas.

Por lo que se viene indicando, también hay que destacar, que en rigor el fenómeno argumentativo es siempre el mismo, dependiendo por el contrario desde cuál lugar es mirado para hacer así el respectivo foco discursivo, y poder luego predicar si lo estamos cumpliendo a ello desde un punto de vista estático o dinámico, desde el ejecutante de la argumentación o de quien se puede colocar en el lugar del auditorio universal, entre otros tantos lugares discursivos.

Corresponde dejar también suficientemente aclarado, que el presente trabajo -en rigor- carece de cualquier originalidad, porque está fuertemente vertebrado por los aportes que hemos podido advertir tanto en lingüistas como en juristas, entre los cuales se anotan en primer sitio: Pablo da Silveira, Frans van Eemeren, Roberto Marafioti, Hubert Schleichert y Robert Alexy⁷, a todos ellos se sigue sumando P. Grice que ya fuera nombrado. Mas lo que nos pertenece como aportación en la ocasión a la teoría de la argumentación forense, es intentar hacer una fusión de las diversas corrientes que nos permitan encontrar un

⁷ DA SILVEIRA, P., *Cómo ganar discusiones (o al menos como evitar perderlas)*, Buenos Aires, Taurus, 2004; EEMEREN VAN, F., GROOTENDORST, R., SNOECK HENKEMANS, F., *Argumentación - Análisis, evaluación, presentación*, Buenos Aires, Biblos, 2006; MARAFIOTI, R., *Los patrones de la argumentación*, Buenos Aires, Biblos, 2003; SCHLEICHERT, H., *Cómo discutir con un fundamentalista sin perder la razón - Introducción al pensamiento subversivo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005; ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Hacemos la anterior consideración, puesto que salvo aquellas cuestiones que sean expresadas de los mencionados autores, no realizaremos distingo alguno en cuanto a las fuentes precisas.

todo homogéneo y a la vez superador de las posiciones individuales que fueran utilizadas para su formulación, como también así, mostrar una aplicación directa de los contornos teóricos en las corrientes jurisprudenciales actuales ⁸.

II. Principio de Cooperación Dinámica (PCD)

Según está suficientemente reconocido, el proceso argumentativo forense, tiene por *telos*, generar algún tipo de modificación en el auditorio -tribunal- en el que se brinda la mencionada realización discursiva. Dicha finalidad ejercida sobre el estado del auditorio, se mide en términos de mayor o menor persuasión o convencimiento que el rétor haya podido ejecutar.

Mas para que se pueda brindar dicha realización se requiere sin duda, de una tarea recíproca de colaboración entre los que conforman el circuito de tal proceso discursivo y que vendrá a conformarse la mencionada gestión, como una labor mancomunada y acerca de la cual ninguno de los intervinientes se podrá excluir deliberadamente. Desde esta perspectiva, toda argumentación forense es al final de cuentas una búsqueda por el logro de una *Realización de Cooperación Dinámica (RCD)*.

⁸ De todas maneras, no se puede considerar la contribución aquí presentada como una cuestión ya terminada, sino que en realidad todavía tiene, una matriz que se está construyendo. Por esa misma razón, es que no se advertirá tampoco una extensión del trabajo bibliográfico crítico acompañando el ensayo, tal como nos agrada realizar; y ello, no por ánimo de demostración de erudición vana, sino para alentar en definitiva la realización de trabajos que con ulterioridad se puedan efectuar.

En ese orden también se impone agradecer muy particularmente, la colaboración de la profesora Ab. María del Pilar Hiruela que una vez más, nos ha sabido escoger muchos de los sumarios de jurisprudencia que se utilizan ejemplificativamente ahora.

Y sin perjuicio de que luego revisemos algunos de los elementos que entifican la mencionada RCD, no se puede desconocer que dicha gestión aparece como posible, sólo en cuanto los argumentantes participen a su vez de una serie de elementos comunes por los cuales se pueden integrar intelectualmente y generar así una finalidad participada por todos ellos. Es decir que tiene que existir una *Regla de Razón* (RR) entre los hablantes.

La mencionada RR hace las veces de un elemento substancial sobre el cual se podrá ordenar y edificar la mencionada RCD. Al decir nosotros que hace de un elemento substancial, estamos atribuyendo como contenido a la nombrada RR una extensión máxima y, por lo tanto, que carece de la mayor cantidad de atributos individuales. Siendo la materia sobre la que estamos hablando, la del discurso, no cabe entonces duda que el contenido de dicha RR será la propia racionalidad de quienes intervienen en él sin perjuicio de adelantar que la mencionada racionalidad es para tener elementos de ponderación para orientar debidamente una lógica de la decisión práctica y por lo tanto, nos referimos a una racionalidad práctica. Así, en prieta consideración; tal lo que hace a la función de dicha RR.

Mal que nos pese, la racionalidad en los seres humanos aparece como un atributo claramente distintivo de otras especies animales y al menos desde Kant a esta parte, se asocia ella con la misma autonomía y libertad del hombre. Así las cosas, es que estarán en condiciones de poder integrarse al discurso solamente aquellos individuos que tengan por sí o por otro, la suficiente autonomía para poder hablar o discernir; y quien no reúna dicha condición sin duda que no podrá construir un discurso porque en realidad lo que no puede hacer, es problematizar a éste.

El participante en el discurso, es un hombre libre de pensamiento y de acción. A ello cabe ahora precisar, que el deliberado concepto amplio que hemos mantenido para la “racionalidad”, en el ámbito de lo forense se ve delimitado a lo que ha dado en llamarse “creencia racional”, la cual como resulta conocido ocupa un lugar intermedio entre el mero opinar por un

lado y el saber por el otro ⁹; de tal manera que la “creencia racional” que moviliza a los litigantes a su gestión argumentativa no es otra cosa, que una maximización de los presuntos derechos que serán puestos en discusión y una minimización del derecho que asiste a la contraria.

En manera alguna esta génesis excluye, que culminado el tránsito inicial y agonal de las diferentes creencias racionales de cada uno de los litigantes, el juez cuando dicta la resolución, esté cumpliendo con un postulado no ya de ninguna creencia racional sino con la misma definición que desde la “racionalidad práctica” puede formular; porque si ésta es conocer, en la medida de lo posible, los medios necesarios para la obtención de los fines perseguidos por los litigantes, el dar a cada uno lo suyo en el caso concreto es culminar con el *telos* previsto.

A más de ello, corresponde destacar que cuando la mencionada RR es trasladada al ámbito de lo forense, se advierte que si bien es cierto, que sólo aquel que tiene racionalidad puede a su vez integrar el discurso, no se puede desconocer que la nombrada racionalidad en lo jurídico judicial se acredita no exclusivamente desde el mero discurso sino *ex ante*. O sea que se requiere del cumplimiento de una condición -por ello, desde un factor externo- como es la misma autorización profesional habilitante para integrar dicho cenáculo de discutidores abogados.

Desde este punto de vista, no son todos los hombres racionales quienes participan del mencionado discurso forense, sino sólo los que están habilitados profesionalmente para hacerlo y, además, cuentan con un interés particular para poder cumplirlo. De tal guisa, que la argumentación forense aparece por de-

⁹ “Respecto al saber, la creencia racional tiene la ventaja de su operatividad y la desventaja de su falibilidad; respecto al mero creer u opinar, la creencia racional tiene la ventaja de su mayor probabilidad de acierto, al rechazar muchas de las opiniones que se nos pudieran ocurrir sin suficiente justificación y al introducir un fin o meta respecto al cual organizar la dinámica de nuestras creencias: la meta de maximizar nuestro acierto” (MOSTERÍN, J., *Racionalidad y acción humana*, Madrid, Alianza, 1978, p. 20).

finición excluyente, así como en otras argumentaciones público políticas, se intenta que sean lo más incluyentes posibles en función de ventilar por tales corredores, la injerencia de lo ciudadano en lo público, en lo judicial es precisamente lo que se evita, salvo en cuestiones colectivas donde ya su efecto procesal es justamente difuminar el resultado juzgado.

Por definición no existe en lo forense, como sí en cambio ocurre en las restantes realizaciones argumentativas, alguna posibilidad de intervenir sin tener claramente demostrado -aunque *prima facie*- el interés para hacerlo.

Además de ello cabe diferenciar también, (i) que en el discurso forense la RR aunque parezca contradictorio con lo que estamos afirmando, se encuentra limitada en su misma racionalidad. Ello significa que aun cuando sea de incuestionable racionalidad lo que se pueda estar sosteniendo, en muchas circunstancias tales tópicos no es posible de ser introducidos en la argumentación, ello así, en función de un conjunto de limitaciones que indicaremos *infra*. Por último, también cabe advertir (ii) que tampoco la argumentación forense tiene la firmeza de la no-coacción que se puede señalar como un dato impostergable en cualquier otro ámbito argumentativo y que ilustra la RR.

De tal guisa es que resulta que en lo forense, muchos de los argumentos que son sostenidos, requieren luego y para el supuesto caso en que no haya sido posible probarlos, la vigencia de un determinado castigo o sanción. Con lo cual, la formulación de la no-coacción que es por antonomasia un baluarte de cualquier argumentación general, en la especie forense, puede acontecer y de hecho con frecuencia ocurre, que las partes intervinientes en ella no se encuentren tan libres de coerción de no argumentar en algún sentido puesto que no hacerlo, podrá implicar sanción. Sin embargo, y aun con dicho sesgo en el haber, la argumentación forense no encuentra por tal estilo, una mácula que le haga perder el carácter dialéctico argumentativo al mencionado proceso judicial.

La imposición de costas por el orden causado es muestra de que la argumentación utilizada por el abogado, aunque insuficiente para triunfar, resultó bastante para no pagar los honorarios a la contraria. Así lo podemos visualizar en autos *“Pagani, Juan Carlos - Sumaria información - Recurso de casación”* (T.S.J., Sala Civil y Comercial, A.I. N° 25 del 12/3/04), donde se indica que “... Una aclaración especial merece la imposición de costas devengadas en esta sede. Al respecto, cuadra destacar que si bien el accionante ha resultado perdidoso en virtud de la solución favorable dada a la impugnación casatoria impetrada por el asesor letrado, no obstante ello -consideramos- no corresponde se le aplique el principio objetivo de la derrota en juicio. Ello así en virtud de lo novedoso y complejo de la cuestión de competencia sometida a estudio, y atento la existencia de criterios jurisdiccionales dispares sobre el punto. Nótese que en la especie los dos tribunales de mérito intervinientes -contrariamente a lo ahora decidido- se expidieron por la improcedencia de la defensa articulada por el asesor y por la competencia de la Justicia provincial para entender en la presente sumaria. En igual sentido se pronunció el Ministerio Público Fiscal en sendas instancias ordinarias. Siendo así, válidamente cuadra entender que el actor podía considerarse con razones para litigar. Por ello, entendemos justo imponer las costas por el orden causado”.

Volviendo ahora a posicionarnos en lo que se refiere al PCD que, según dijimos, puede ser asimilado a una suerte de estado ideal argumentativo el cual resulta logrado, en tanto se convergen un conjunto de realizaciones prácticas que cada uno de los rétores deben cumplir en el diálogo forense. A los efectos de lograr dicho estado de cosas es conveniente cumplimentar al menos, con las siguientes tres condiciones básicas:

1) La argumentación judicial es siempre por definición una tarea mancomunada inicialmente de los argumentantes y sólo, posteriormente es un ámbito de exploración y desarrollo argumental por el juez. En función de lo cual, la totalidad de los argumentantes -al tiempo y bajo las condiciones formales

que correspondan ¹⁰- deben efectivamente contribuir al diálogo argumentativo; a tal punto ello es de la mencionada manera, que en determinadas ocasiones la contribución que se requiere a los rétores no es siquiera voluntaria sino claramente coercitiva.

Ello se puede apreciar a propósito de la exigencia que se impone al demandado, de otorgar su respuesta a la demanda en términos categóricos, en autos «*Municipalidad de Córdoba c/ José A. Mira y otro - Ordinario - Recurso de casación*» (T.S.J., Sala Civil y Comercial, Sent. N° 95 del 9/9/02), se ha dicho que “... la exigencia de confesar o negar que el art. 192 impone al demandado concierne a los hechos afirmados en la demanda, de modo que sobre éstos en su materialidad debe recaer la negativa del accionado y no tanto sobre la significación jurídica que los mismos puedan revestir frente a las leyes. La carga que la norma establece no consiste tanto en reconocer o negar el derecho que el accionante invoca en la demanda, antes al contrario impone la exigencia de expedirse acerca de los extremos de hecho que el accionante alega en concepto de fundamentos del derecho que se atribuye en la pretensión. Por consiguiente, la sola negación del derecho, por categórica y terminante que sea, no basta para considerar satisfecha la carga instituida por el precepto en cuestión. Ella debe ir acompañada de la negación concreta y específica de los hechos afirmados como causa del derecho que se controvierte. Máxime si, como se señaló precedentemente, en el caso concreto los extremos fácticos de los cuales derivaría la relación jurídica son varios y distan de consistir únicamente en la titularidad dominial del rodado”.

2) Se impone no sólo por cortesía sino por necesidad instrumental, que el restante argumentante sea merecedor en toda ocasión por parte de su contrario, de un incuestionable trato

¹⁰ Esto significa acorde a las modalidades que la ley ritual procesal imponga para el mencionado tipo de procedimiento del cual se trate.

conveniente que impone rechazar las pretensiones de alguna de las partes y que pueda estar comprometido en el caso *sub examine*; como así tampoco resulta adecuado, que sean los jueces quienes consideran, que son los abogados o clientes de ellos, quienes hacen la realización argumentativa para satisfacer con puros ánimos malignos y por lo tanto, excediéndose en lo que corresponde al interés profesional que defienden.

De tal manera se puede sostener que en el ámbito de lo forense toda vez que se hace una invocación interpretativa que no supone el uso común y corriente de los términos, es posible *-prima facie-* que se esté afectando el considerado principio y por lo tanto también, impidiendo la instalación del PCD.

En realidad, queda a cargo de la prueba en contrario por la propia parte que a ello lo sostiene, mostrando la adecuada hermenéutica que se impone realizar y que por lo tanto, tiene sobradas razones para salirse ella de la ortodoxia reinante en cuanto a tal cuestión. De cualquier manera no puede dejar de anotarse, que podrá ser achacada la mencionada argumentación, como una tal, que afecta a las mismas reglas de la experiencia y por lo que, devienen *prima facie* al menos, reñidas con la ponderación corriente que sobre ellas cabe tener ¹⁹.

El *segundo* de los sub principios puede ser nombrado como el *Principio Contracaritativo de la Argumentación* (sPCC 2), el que presupone que si la argumentación forense se espiga sobre una gestión profesional incuestionablemente de naturaleza agonal, puesto que en ella existen al menos dos rétores, que pujan por imponer su propia racionalidad sobre la que el restante invoca a su propio provecho; aparece incuestionablemente la necesidad de la existencia de una transferencia y contra-transferencia permanente de argumentos entre los intervinientes; motivo por

¹⁹ A todo efecto nos remitimos al aparato crítico jurisprudencial que colectáramos para el trabajo *Razonamiento forense y reglas de la sana crítica racional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2005, p. 49 y ss.

el cual, frente a una argumentación opuesta a los argumentos que inicialmente se emplazaron, los nuevos argumentos que se brinden en respuesta a la contestación argumental y por lo tanto, la ejercitación de la propia contraargumentación, pues que debe ser claramente superadora la mencionada instancia de todas las anteriores.

Se modaliza en este principio, la obligación argumentativa que todo aquél que ha introducido un determinado argumento está obligado a dar otros en la medida de las posibilidades y de la verosimilitud del derecho que posean, que resulten ser superiores a los antes formulados.

En el ámbito de lo forense a veces ello no es posible de cumplir por diferentes razones, entre las que se cuenta que las mismas normas procesales han previsto etapas en el proceso para hacer valer estos episodios, motivo por el cual van precluyendo las mencionadas ocasiones, y por lo cual no queda habilitada la instancia para responder a la oposición con nuevos argumentos y por lo tanto, de formalizar la contraargumentación, aunque de cualquier manera ha quedado a salvo con lo anterior, el principio de bilateralidad y por ello de la defensa en juicio.

Otras veces tal posibilidad se advierte frustrada, porque naturalmente no existen en poder de quien debe cumplir con la contraargumentación, otras diferentes razones -a más de las ya utilizadas- que puedan ser mostradas; y atento a que sería un total despropósito el sostener, que para asegurar el mencionado sPCC 2 se pueda afectar la regla de la verosimilitud del derecho y de los hechos, inventando sin ningún marco referencial probatorio las referencias que se invocan, es que en las mencionadas circunstancias nada habrá por agregar.

El mencionado cumplimiento de la impronta del sub principio en análisis, se impone con independencia de que los argumentos utilizados en la oportunidad de la contestación a los argumentos iniciales, sean de un calibre menor o incluso en el peor de los casos, éstos se encuentren en lo que podríamos nombrar como una valencia argumental muy por debajo de la que ha tenido en miras quien argumentará inicialmente.

Así es como se puede afirmar, que una correcta realización argumentativa exige una respuesta que no sea medida en una igual simetría del peso específico de los argumentos que la conforman a esa pieza a la cual se está dando respuesta; sino que siempre, los argumentos que son utilizados para responder, deben ser superiores a lo que ha sido materia de repulsa. Se explica decimos, porque los argumentos cualquiera sean ellos, lo que tienen en su fisiología interior es una vocación de perdurabilidad en el espacio procesal y siendo su razón de ser, el poder ayudar a una mejor meritución de un caso judicial, todo aquello que obre en tal consecuencia podrá ser de algún ulterior interés.

Ha sido resuelto en autos “*Municipalidad de Córdoba c/ Buenaventura Vela - Ejecutivo - Rec. directo*” (Cámara 5ª C. y C., A.I. N° 397 del 1/10/02), donde se ha indicado que: “El recurso en cuestión no puede ser admitido y debe ser declarado inadmisibles sin más, todo ello acorde a las prescripciones que del art. 402 C.P.C. resultan, y que hacen como largamente la doctrina del T.S.J. se ha referido, a la autointegración del propio recurso y que como tal, no puede ser suplida oficiosamente por el tribunal, siendo ello una carga procesal de ineludible responsabilidad de los letrados intervinientes. En primer lugar cabe señalar, que la presentación que ha sido formulada ante esta Cámara, con excepción de lo que ha sido transcripto más arriba, hace referencia al decreto que ha denegado la apelación, lo que concierne a la procedencia formal del mismo y a transcripción de jurisprudencia de diversos tribunales. De manera que propiamente lo que ha quedado como materia de recurso directo (...) no se compecede *prima facie* con la queja que se podría seguir de un decreto que, justamente por estar rechazando una reposición con la apelación en subsidio, por ser manifiestamente improcedente otorga razones -discutibles o no- suficientes para ello (...) se ha sostenido en manera pacífica por la jurisprudencia, que constituye un recaudo indispensable, que el quejoso exprese los fundamentos por los que sostiene la ilegitimidad de

la denegación del recurso por el juez. Por otra parte se ha escrito que “constituye una carga procesal para el apelante suministrar, aunque sea brevemente, las razones por las cuales considera errónea la denegación de su recurso y que determinan su concesión” (Loutayf Ranea, R., *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Bs. As., Astrea, t. II, pág. 388).²⁰

El *tercero* de los sub principios de la construcción cooperativa, lo nombramos como el *Principio de Plausibilidad* (sPCC 3). El indicado hunde sus raíces, en el reconocimiento que en ciertas disputas argumentativas como son las jurídico judiciales -hasta quizás en la mayoría de los supuestos- es posible que las razones acerca del derecho en cuestión se encuentren en ambos litigantes enfrentados por la disputa, lo cual no quiere decir que efectivamente al final del litigio tal aspecto se advierta claramente reconocido mediante la procedencia a un reclamo o el rechazo al del restante. Ello indudablemente se explica desde otro lugar, cuando se estudia detenidamente la construcción de la resolución judicial y en donde se advierte, que siendo por naturaleza la administración de justicia una cuestión de conflicto ²⁰, la sentencia no es sino una realización compositiva que hacen los jueces a partir de los aportes de cada una de las nombradas oposiciones.

No se puede desconocer la incidencia extrema que este sPCC 3 tiene, particularmente cuando se hacen merituaciones ponderadas de la incidencia económica que el derecho posee ²¹, tal como se advierte en manera notoria en el derecho norteamericano. Puesto que reconocer *a priori*, que el otro argumentante tiene alguna cuota parte de razón en el tópico que está siendo debatido, habrá de implicar que al menos se

²⁰ Vide HAMPSHIRE, S., *La justicia es conflicto*, Madrid, Siglo XXI, 2002.

²¹ Vide SHAVELL, S., “El análisis económico del derecho” en *Derecho y Economía*, Jurisprudencia Argentina, número especial 2006-II (17/5/06), p. 2 y ss..

pueda reducir la totalidad de los costos económicos que la administración de justicia genera para llegar a dicha conclusión; y que tal como sabemos, dicho dispendio no es menor, puesto que en esa actividad generalmente queda condensada gran parte de la estrategia profesional de los abogados, que podría ser ahorrada si existiera una clara aplicación del presente sub principio.

El mencionado sub principio, de alguna manera está reflejando el marco de la debida concordia argumentativa que se tiene que generar en el debate, pues con independencia que ambos rétores se quieran llevar para sí, el triunfo de la contienda; nada obsta a que desde la misma honorabilidad que cabe promover en y desde el discurso se pueda o intente percibir, que en todo argumento que resulte opuesto, puede existir alguna cuota de acierto, certeza, verosimilitud o verdad por quien lo sostuvo. Por otra parte, el estar atento al mencionado principio, permitirá que por carácter consecuencial, se puedan advertir las propias debilidades de quien está sosteniendo el discurso primario y con ello, ejercitar acciones argumentativas que tiendan a desarmar el mencionado eje argumental.

En rigor lo que corresponde atender en la mayoría de las veces, es que cuando se invoca por el argumentante que responde -rétor R- alguna cuestión que puede tener algún grado de verosimilitud en la afectación al derecho que está sosteniendo el rétor que ha propuesto la cuestión -rétor P-, es a éste a quien corresponde hacer funcionar la vigencia del sPCC 3 lo cual significa y a los efectos de evitar un dispendio procesal indebido, el hacer pasar a las tesis propuestas y respondidas por una suerte de *test de viabilidad judicial procesal*, que en realidad muestran el grado de acompañamiento que existe en el caso, con el nombrado sub principio.

El nombrado test, puede ser sintetizado en una actividad cognoscitiva acerca de si la presunta razón parcial o plausibilidad que se pueda estar invocando por el rétor R, tiene efectivamente la posibilidad de ser hecha valer en el mismo pleito, como así también conocer que no se haya extinguido tal extremo de proponibilidad. Esto es, que no se haya desperdiciado la oportuni-

dad de introducir la mencionada argumentación o acaso, habiendo sido introducida, no hubiera sido excluida, respectivamente.

Si fuera acaso el supuesto último que se ha nombrado, es decir la búsqueda de la reinstalación de un argumento ya excluido, el sPCC 3 no es invocable, porque a su vez, se estaría violando con ello, una *directriz principal del discurso jurídico* como es, que ningún hablante puede contradecirse y que una variante del nombrado es justamente, pretender hacer valer una tesis, (i) cuando ya ha sido indicada su inconveniencia de ser mantenida o (ii) pretende ser reeditada en el proceso.

Es de la mencionada manera (ii), porque las reglas del discurso nacen para ser cumplidas, y la posibilidad de la insistencia de un tratamiento y por lo tanto, la vivificación del nombrado, sólo será posible, si se cumple dicha preocupación en las propias y exclusivas etapas procesales previstas y que en el supuesto judicial estará reservada a ser encaminado tal modo, por la vía recursiva natural. Toda otra ocasión es afectatoria a la directriz en cuestión.

Si acaso la hipótesis fuera la primera de las que fueran nombradas, el mencionado test otorgaría una respuesta favorable a la procedencia de la insistencia argumentativa en razón de que se conserva el interés por el objeto práctico que es objeto de pretendida satisfacción mediante la argumentación en cuestión.

Es decir, los argumentos se explican en función de los problemas prácticos que resuelven y, por lo tanto, cuando se trate de cuestiones que tengan un incuestionable sesgo vinculado con algún ámbito de realización existencial o biográfica de los contendientes, hace que aun cuando se percibiera la tardía introducción de dicho argumento, existe una razón plausible para el sostenimiento. Sin embargo, no resulta susceptible de ser realizable, acaso porque procesalmente se encuentra impedido o porque su dictado se convertiría en una resolución en abstracto. La *ratio* entonces, que objetivamente es plausible, aun teniendo dicha entidad, deviene infecunda para generar modificación de algún tipo.

Sin embargo, hemos podido percibir algún caso en donde si bien, la instancia procesal ya había impedido hacer valer todo

argumento; la naturaleza de puro carácter vital del reclamo judicial, autorizó de todas maneras la remoción de valladares formales y se generó una resolución auténticamente *ex novo*.

Huelga destacar que sin duda el tribunal interviniente ejercita una argumentación que intenta debilitar la mencionada tesis, que en nuestra opinión resulta correcta en autos “*C.J.A. y otra - Solicita autorización - Recurso directo*” (T.S.J., Sala Civil y Comercial, A.I. N° 122 del 31/7/06)²², así “La cámara *a quo* resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes, en el entendimiento que el mismo adolecía de graves deficiencias formales que obstaban al progreso del recurso” (...) se expresó que: “... le está vedado al apelante transponer los límites establecidos con su petición originaria (...) sin que resulte posible agregar nuevos capítulos que en cualquier grado o medida sustituyan o modifiquen la base fáctica de la proposición originariamente formulada. En función de las consideraciones precedentes, el discurso recursivo en la especie revela una manifiesta como inadmisibles innovaciones de las materias propuestas como contenido de la litis cristalizada en autos. Mientras la pretensión inicial estuvo limitada, exclusiva y excluyentemente, a requerir la pertinente autorización judicial para una intervención quirúrgica de adecuación sexual (reassignación de sexo) del menor en esta instancia se pretende algo totalmente distinto, que en el escrito introductorio de la acción no fue ni tan siquiera mencionado: que la referida autorización se otorgue a los efectos del tratamiento preoperatorio (medicamentoso-hormonal), a juicio de los apelantes previo e imprescindible para la ulterior intervención quirúrgica” (...) Así concluyó en el punto: “En síntesis: no es posible habilitar la apelación para considerar y decidir sobre lo que no fue resuelto por que no fue pedido” (...) surge nítido que la desestimación de apelación tuvo como basamento esencial la circunstancia de

²² Fallo inédito.

que a juicio del tribunal *a quo*, el requerimiento del tratamiento medicamentoso-hormonal constituía un extremo que no fue sometido a juzgamiento en primera instancia, y por ello, no podía ser abordado por la Cámara a quo en vía de apelación. Tal argumento sentencial no se corresponde con las reales constancias de la causa. En efecto, la lectura del escrito introductivo de instancia, releva que los accionantes alegaron expresamente que el tratamiento hormonal constituía una fase previa e indispensable antes que la operación de reasignación de sexo le sea autorizada (...) señalando que: “Una vez que el diagnóstico de transexualismo está confirmado, es cuando comienza la parte médica del tratamiento. La persona que entra en esta fase del tratamiento es por lo general llamado “*transexual pre-operado*”. El tratamiento hormonal gradualmente va ayudando al transexual a despojarse de su “disfraz”, lo que le ayudara a adentrarse en su “rol” y adaptarse a la sociedad en la que ella/el considera su lugar correcto (...). Los servicios de consejería psicológica continúan durante todo el período de terapia hormonal, para ayudar al transexual a desaprender el rol que ha tenido por tantos años (...) La mayoría de los protocolos de reasignación requieren que el individuo viva y se desenvuelva en su nuevo rol por un mínimo de 12 a 18 meses (...) antes que la cirugía de reasignación de género le sea autorizada” (fs.11 vta.). Ello pone de manifiesto que contrariamente a lo asumido por la cámara de juicio, el tratamiento médico hormonal configuró un elemento de la *causa petendi*, y que la meritación del mismo no hubiera implicado una alteración de los términos de la litis (...) Ello torna al pronunciamiento recurrido incurrido en el yerro de incongruencia por defecto, constituyendo un claro caso de “exceso de jurisdicción”, al no haberse proveído debidamente a la pretensión esgrimida en juicio en toda su extensión”.

El *cuarto* de los sub principios se puede enunciar como el *Principio de Rectificación Real* (sPCC 4) el que presupone de la misma forma que el anterior, que la argumentación que se establece entre los rétores tiene una masa argumentativa sobre la cual se van instalando y desinstalando los diversos argumentos,

de tal forma que se convierte en un todo dinámico ²³ que protoplásticamente va tomando diversas dimensiones y que impone por ello, estar atento al sPCC 3.

Mas puede acontecer que la variación se produzca en la materia ontológica o sea en aquella sobre la cual, se ordena la gestión argumentativa, lo cual impone como es natural y probado de cualquiera de los litigantes, que frente a las nombradas variaciones que se den en el mencionado ámbito, el eje argumentativo también deba variar y hasta si fuera el caso, rápidamente reconocerlo antes de no afectar totalmente al PCD.

Una interesante resolución en este sentido hemos advertido en los autos “*Márquez, Dora Laura c/ Río S.A. y otros - Daños y perjuicios*” ²⁴ (T.S.J., Sala Civil y Comercial, A.I. N° 15 del 6/3/06) en donde se apunta: “Ahora bien, es cierto que de acuerdo a la literalidad de las normas procesales en juego sólo el “apoderado o patrocinante” estarían habilitados para retirar el expediente y así provocar la notificación tácita a la que alude el art. 151 del C.P.C.C.. Esto así, conforme a lo dispuesto por la letra del dispositivo mencionado, no cabría otra solución que no tener por configurada la comunicación ficta si los obrados son retirados por un sujeto distinto a los habilitados legalmente, en tanto el precepto dispone que: “*El retiro del expediente por el apoderado o el patrocinante, de conformidad con lo establecido en los artículos 69 y 70 de este Código, importará notificación de todo lo actuado*”. Y, por cierto, esta debe ser la regla que rija en el proceso civil y comercial. Sin embargo, la existencia de una máxima genérica y abstracta no autoriza a desconocer los principios de

²³ Propiamente se trata lo que Perelman ha considerado como argumento no formal, el cual consiste no en una cadena de ideas de la cual derivan otras ideas según reglas de inferencia, sino en una red formada por todos los argumentos y todas las razones que se combinan para alcanzar un resultado deseado (MARAFIOTI, R., *Los patrones de la argumentación*, Buenos Aires, Biblos, 2003, p. 106).

²⁴ Fallo inédito.

razonabilidad y buena fe procesal frente a la configuración de situaciones excepcionales que -por sus particularidades- tornen inaceptable la aplicación de la regla. Dicho de otro modo y, desde ya, bajo un ropaje procesal no inmaculado, puesto que en rigor, quien retira el expediente es un dependiente del “apoderado” y por lo tanto bajo su absoluto y pleno conocimiento personal es que conforme los valores de lealtad, probidad y buena fe que sostienen *el principio de conocimiento* (rector en materia de notificaciones procesales), es que sin duda alguna no pueden ni deben tolerarse jurisdiccionalmente desconocimientos fictos cuando la realidad hace presumir lo contrario. Un principio de verdad jurídica objetiva a ello también lo impone, y poca previsibilidad se podría dar de los tribunales, de admitirse posiciones como la nombrada por el casacionista. Siendo así, si en una litis determinada algún auxiliar o empleado del estudio jurídico del “apoderado” o “patrocinante” retira el expediente, e incluso consigna expresamente el propósito de tal estudio, aparece claro y razonable presuponer que los autos serán llevados -por exigencias mínimas de diligencia procesal- a conocimiento de su responsable directo. Ello será así, con mayor razón, si del análisis del acontecer del juicio se manifiesta o refleja que es una práctica asumida que tal auxiliar o empleado acostumbre a retirar los obrados por delegación o por cuenta del apoderado o patrocinante. Esta es la hermenéutica que subyace e impera conforme a una visión teleológica de la ley y a la misma razonabilidad que el inobjetable sentido común por demás impone. Resultaría una auténtica *contradictio in adjectus* que un “apoderado” o “patrocinante quiera utilizar indebidamente de un instituto procesal, a los efectos de hacer más operativa su labor profesional; pero no quiera a la vez, sustentarse a las consecuencias perjudiciales que dicho comportamiento le pueda traer”.

De tal manera que si ínterin de un proceso argumentativo la cuestión fáctica ha tenido una variación de magnitud que como tal, puede llegar a poner en debilidades a la propia argumentación que ha sido anteriormente sustentada, resulta con-

veniente -a veces imperioso- no ignorar dicha circunstancia sino el reacondicionar el discurso acorde ello.

Sin embargo, devendría excesivo el cumplimiento de este sub principio, en el supuesto caso en donde la variación ontológica que ha existido, no ha tenido una entidad suficiente, y por lo que, la diferencia fáctica puede ser explicada como una consecuencia meramente natural del tiempo sobre las cosas, para lo cual, se habrá de utilizar de un conjunto de *herramientas operativas* en el marco argumentativo que en definitiva anidan las conocidas *reglas de presunción de racionalidad*. Huelga señalar que en el ámbito de lo forense dicha presunción de racionalidad en no pocos casos, es explicada mediante la utilización de las llamadas reglas de la experiencia.

Decimos que son herramientas porque en sí mismas ellas, pueden servir para defender las similares posiciones favorables o desfavorables, tanto como una pinza sirve para asegurar o liberar una misma tuerca del tornillo.

El *quinto* de los principios que corresponde considerar es el nombrado como *Principio de Despersonalización* (sPCC 5) mediante el citado, se fortalece en manera efectiva la actuación de los argumentantes como verdaderos colaboradores de la masa argumentativa motivo por el cual, es el genérico principio que no habrán de interferir ellos en manera deliberada mediante argumentaciones que resulten viciosas, engañosas, falaces o de constricción psicológica.

Bajo el concepto genérico de despersonalización, se quiere mostrar que la argumentación mientras más objetiva ella pueda ser, mayores posibilidades existe de que la misma no se encuentre afectada por algún tipo de defecto como los que han sido enumerados y si bien inicialmente, se pensó dicho capítulo como una limitación a toda utilización de los conocidos argumentos *ad hominem* en el discurso, bien corresponde extenderla a un universo mayor de modalidades que la argumentación viciosa puede como tal mostrar.

Particular interés tiene para la concretización de este sub principio, el utilizar de herramientas que hagan las veces de

validantes de ciertos tópicos que por su naturaleza más subjetiva pueden llevar a traer natural confusión intelectual y valorativa por parte de los participantes en el proceso argumentativo. Dichas herramientas en este caso, será la de echar mano a lo que se ha dado en nombrar como la *socialización justificada* de los datos axiológicos que son debatidos argumentalmente.

O sea que cuando se sostienen argumentativamente en el ámbito procesal forense, lo que en general podemos nombrar como cuestiones que tienen implicaciones con capítulos o reglas morales, éstas -a los efectos de lograr con mayor rapidez su posibilidad discursiva- necesitan que quienes las invoquen, puedan lograr que el otro rétor las acepte desde un marco teórico de razonabilidad y que es lo nombrado, bajo el concepto de socialización justificada.

De tal manera que cuando ciertas cuestiones no puedan ser justamente comunicables a todos o a una masa importante de los que componen el auditorio, ni tampoco siquiera a los más ilustrados del mencionado colectivo; en rigor lo que está fuera de toda discusión es que la indicada cuestión moral, no se podrá introducir legítimamente en el debate jurídico. En tales ocasiones, la socialización justificada hace las veces de un adecuado catalizador y adita razones que justifican poder ingresar el tema al discurso abierto entre los rétores.

Cuando la materia moral se socializa, en definitiva lo que se aspira a poder realizar con ella, es universalizarla para de esta manera, poder otorgarle un trámite puramente objetivo y evitar toda suspicacia que intente cuestionarla de ser dicha línea argumental sólo sustentada en el propio *ethos* del juez.

IV. Indicadores de Contralor Argumentativo Propios

Hemos brindado de esta manera un conjunto de elementos que nos permiten enfocar con algún grado de entereza una argumentación que resulte suficiente y no viciada. Con los sub

respetuoso. Ello así resulta, porque tiene el nombrado rétor, las idénticas calidades que el restante para participar de ese discurso forense. Quien ignora la presente condición, incuestionablemente que será sancionado.

En el ámbito procesal a diario conocemos de la aplicación de la mencionada condición, particularmente cuando se evidencian realizaciones procesales que devienen incompatibles con la honorabilidad y probidad profesional, realizaciones éstas profesionales existentes que quedan atrapadas bajo el extenso y protoplástico paraguas de lo que han dado en nombrarse como la litigación maliciosa ¹¹.

Se ha referido a ello en autos “*Netoc S.A. c/ Mario Apfelbaum - Desalojo - Recurso directo*», (T.S.J., Sala Civil y Comercial, Sent. N° 126 del 20/10/04) indicando que: “La argumentación expuesta por los recurrentes exhibe su disenso con el criterio de la Cámara que ha entendido que existió una actitud perturbadora del proceso de parte de los dicentes. En esta línea, el a quo brindó acabadas razones en sustento de la aplicación de la multa prevista por el art. 83 del C.P.C., efectuando una exhaustiva reseña de los actos procesales que lo llevaron a confirmar la resolución de primera instancia e imputando al demandado y su letrado la animosidad que requiere la norma adjetiva para justificar la sanción”. En este sentido expresa el fallo: «... [respecto de la recusación articulada a fs. 55/57] fue extemporánea, según así surge de las mismas constancias de la causa, como así también es manifiesto que no se había producido vicio alguno en el procedimiento, lo que no podía escapar al profesional, que ya había intentado otro incidente de nulidad en el primer escrito presentado a juicio, también desestimado por decreto de fs. 42. Así pues, su conducta se presenta como tendiente a perturbar la normal marcha del proceso, es decir dilatoria (...)

¹¹ A todos los efectos nos remitimos en extenso a nuestro libro *Ejercicio de la abogacía y deontología del derecho*, Córdoba, Alveroni, 2001, p. 122 y ss..

Las impugnaciones realizadas por el demandado a fs. 72/73 fueron desestimadas por resolución interlocutoria (...) habiendo sido desestimado el recurso directo mediante resolución (...) en la que se dijo que ninguna crítica razonada se hizo en sustento de la queja por la denegatoria de la apelación, como era su obligación. (...) Respecto de (...) lo pretendido a través del escrito de fs. 146/148 evidencia claramente la intención obstruccionista y perturbadora del normal desarrollo del proceso con la manifiesta finalidad de dilatar el dictado de sentencia, lo que fue denegado por la a quo con suficiente fundamentación en el decreto de fs. 149, de fecha 30.12.99, lo que torna innecesaria su reiteración en el pronunciamiento recurrido. Lo actuado, objetivamente demuestra el fin meramente dilatorio de la impugnación que nada tiene que ver con lo debatido en el juicio. Las argumentaciones que se exponen en esta instancia para impugnar las razones dadas por la *a quo* en el mencionado decreto (falta de interés en el recurrente) no son conducentes (...) Así pues, en mi juicio, ha quedado suficientemente acreditada la conducta maliciosa, entorpecedora y dilatoria de la parte demandada, que merece ser sancionada como se lo hizo en “la sentencia...” (...? Se aprecia en el fallo controvertido que la Cámara ha efectuado la descripción de la conducta procesal que engasta en la hipótesis prevista por el art. 83 del C.P.C., adjudicando a los sancionados malicia y propósitos dilatorios que inficionan al sistema jurisdiccional, lo que a todas luces excluye la censura que propugnan los recurrentes en este punto. Tampoco surge que se haya materializado en autos, el vicio invocado por los impugnantes respecto de la reiteración de los fundamentos dados en primera instancia. Se observa en el decisorio que la alzada responde a cada uno de los agravios de apelación, incluso en el orden y numeración en que fueron presentados por los impugnantes, no siendo factible imputar al resolutorio fundamentación aparente o ausencia de fundamentación como pretenden los reclamantes”.

3) Finalmente corresponde que se anote una condición de carácter utilitario dentro de la conformación de este PCD, como

es la que enuncia que en términos generales quien no contribuye al diálogo argumentativo forense, tampoco tiene derecho a obtener alguna ventaja del mismo. Sin embargo la propia realidad de los códigos procesales parece confrontar con la mencionada tesis, puesto que en no pocas ocasiones, acorde a cual sea el lugar del argumentante en la litis -actor o demandado- podrá haber un conjunto de flexibilidades en dicho sentido, todo lo cual pone en evidencia que mal que pese, la argumentación procesal forense, siendo una especie de argumentación política es naturalmente asimétrica.

Así, en los autos "*López, Germán Gustavo c/ Empresa Chexa S.A. - Ordinario*" (Cámara 5ª C. y C., Sent. N° 40 del 23/4/02), se ha indicado que: "... Se tratará de una cuestión rigurosamente vinculada a la labor profesional de cada una de las partes; pues como lo apuntáramos en otras resoluciones: el demandado en rigor de verdad puede llegar a triunfar en un pleito con sólo negar. El actor por el contrario, además de afirmar deberá probar, en rigor ello es lo que resulta de la comprensión uniforme y pacífica de las llamadas reglas de la carga de la prueba y que tal como se ha dicho también, son parámetros decisorios, puesto que no sólo indican cuál de las partes debe probar tal o cual hecho en la litis, sino que también, prescriben que, de no acontecer ello, el tribunal deberá resolver contra quien debía probar y no probó. La actitud del demandado entonces, puede ser enteramente pasiva, ateniéndose a lo que resulte de la actividad del actor y ello en verdad no debe tampoco entrañar ninguna ponderación axiológica de deslealtad procesal; pues se trata de una estrategia procesal posible de ser transitada, y que en verdad reposa su éxito o fracaso, en lo poco o mucho que la misma actora realice. La exigencia probatoria está puesta en cabeza de la parte actora, sin perjuicio claro está, que la misma estrategia profesional que se pueda haber diseñado se vea mejorada o no, por la nombrada gestión a cargo de quien no debe probar".

De todas maneras y con independencia de la mencionada asimetría, cabe decir que como por regla general lo que existe

es la obligación de contribuir al diálogo procesal, y quien no lo hace de esa manera, es posible que tenga que asumir algunas consecuencias gravosas como bien pueden ser, desde la existencia de algunas aflicciones procesales hasta la disminución o privación de reconocimiento de éxito de ciertos rubros económicos que hubieran sido reclamados, motivo por el cual, terminan siendo traducidas dichas deficiencias de estrategias argumentales, en módulos económicos.

Esto a la vez se explica, en la suposición de que el diálogo forense no es uno que resulte plenamente voluntario para ambas partes de la discusión. Sino que al menos en modo parcial lo podrá ser sólo para una de ellas, pero no para la restante, quien es traída obligadamente al proceso y aun así las cosas, está en condiciones de discutir y decidir, si contribuirá o no al mismo diálogo.

Ello con independencia de lo que acabamos de puntualizar que está insito en la obligación profesional el hacerlo, porque si no lo hace, correrá con las sanciones que por tal razón se le podrían adjudicar.

Así es como se ha resuelto favorablemente en autos: *“Surdo Rosario o Pedro Rosario - Declaratoria de herederos - Incidente de regulación de honorarios Dr. Luis A. Centeno Novillo - Casación - Recurso directo”* (T.S.J., Sala Civil y Comercial, A.I. N° 177 del 11/09/02), donde se ha dicho que “Una exacta inteligencia del apercibimiento del art. 192, 1° párr. del C.P.C.C. conduce a considerar que sólo la admisión expresa del demandado acerca de los hechos en que se basa la demanda determina la conformidad de las partes que resulta vinculante para los jueces y que excluye la necesidad de aportar pruebas al expediente. El silencio, o -como en el caso- la negativa genérica, no comporta por sí mismo conformidad del demandado, y por ello no basta para dispensar al actor de la carga de practicar la prueba de los hechos fundantes de su derecho. A lo sumo puede servir para elaborar una presunción de naturaleza judicial en favor del accionante, la que de todos modos deberá formularse con arreglo a la sana crítica y en función de las particularidades de cada caso (...) Se advirtió en ese pronuncia-

miento que la ley no dice que la falta de contestación o las respuestas evasivas deban necesariamente ser tomadas como confesión, sino que pueden ser apreciadas en ese carácter, y se agregó que esta forma verbal empleada por el legislador tiene por objeto dejar al juez en libertad de valorar las respuestas del accionado de acuerdo con las circunstancias del caso y con la prueba aportada al juicio por cada una de las partes (Auto Interlocutorio del 26/7/1985, *in re* «Bastidas de Bracamonte c/ José Bracamonte - Divorcio - Alimentos - Recurso directo», publicado en B.J.C., vol. XXIX, tomo 3, pág. 29) (...) En definitiva, el primer párrafo del art. 192 del C.P.C.C., debe interpretarse del siguiente modo: el silencio del accionado frente a los hechos en que se funda la demanda -y desde luego también su negativa general o sus respuestas evasivas- no tienen el valor legal de un reconocimiento de los mismos”.

A continuación proponemos una serie de resoluciones en donde queda de manifiesto que para los tribunales la concretización del PCD no es una mera hipótesis de trabajo, sino una realización práctica de todos los días.

Así en autos “*Ceballos, Rubén E. y otra c/ Ardiles, Efraín M.-Ord.*”¹² (T.S.J., Sala Civil y Comercial, Sent. N° 57 del 26/11/97) se indica: “... La aplicación del sistema probatorio presuncional se ve confirmada por otro medio de convicción interno al proceso, cual es la conducta desarrollada por el demandado durante la tramitación del pleito. Así no puede escapar al ánimo del juzgador la discordancia existente entre la negativa genérica prestada en oportunidad de contestar la demanda y la posterior confesión del propio accionado acerca de la existencia del hecho y su participación activa en el mismo (...) Sumado a ello, se advierte una total ausencia de actividad probatoria del demandado, que amparado en las reglas tradicionales de la carga probatoria, se mantuvo inmutable a pesar

¹² Publicado en L.L.C. 1998-241.

de haber prácticamente reconocido su responsabilidad, sin aportar elemento alguno tendiente a refutar la pretensión resarcitoria del actor”.

Otra aplicación encontramos en autos “*Sánchez, Mario G. c/ López, José y otra- Demanda*”¹³ (Cámara Civil, Comercial, del Trabajo y de Familia, Villa Dolores, Sent. N° 58 del 28/6/02) en donde se apunta: “El codemandado López no compareció a la audiencia de vista de la causa sin acreditar impedimento alguno. Consecuentemente, por imperio de lo establecido en el art. 225 del C.P.C., aplicable en virtud de la supletoriedad contenida en el art. 114 del C.P.T., debe ser tenido por confeso a tenor del interrogatorio contenido en el pliego acompañado, aun en ausencia de todo otro elemento convictivo corroborante, por no existir en autos prueba alguna que desvirtúe los hechos fictamente confesados (...) No necesitan, consecuentemente, corroboración con otras probanzas para tener íntegra eficacia convictiva. Admitir tal interpretación, implicaría exigir recaudos adicionales que la normativa ritual no contempla. Por otra parte, la circunstancia de que se hayan negado los extremos de la demanda sobre los cuales versan las posiciones no le quita a la prueba en análisis su valor probatorio, ya que precisamente su objeto o finalidad es obligar al contrario a que se retracte de sus aserciones”.

En orden al respeto mutuo que debe existir entre los argumentantes, es penosamente frecuente advertir la manera en que ello se incumple y por lo tanto, la aplicación de sanciones procesales por los tribunales.

Así en autos “*Consortio Propietarios del Edificio Complejo Arcos del Cerro c/ María de la Encarnación Cano - Ejec.*”¹⁴ (Juzgado de 1ª Inst. y 28ª Nominación en lo Civil y Comercial, Expte. 523307/36, A.I N° 113 del 17/3/05) se ha señalado que: “La parte actora

¹³ Publicado en L.L.C. 2003-256.

¹⁴ Fallo inédito.

requiere se aplique la sanción del art. 83 del C.P.C. como asimismo se denuncie la actitud del letrado. El artículo citado en su inciso segundo estatuye que cuando la conducta del letrado resulte contraria a la probidad y buena fe o importe malicia, temeridad, dilación o perturbación del proceso se sancionará con una multa (...) La conducta típica del letrado de la nulidicente surge del ejercicio contrario a la buena fe del art. 4º de la ley 8226 que torna innecesaria la ratificación de sus asistidos y por lo tanto válida la firma de éstos cuando media la del profesional. Esto importa un valioso recurso para el desarrollo de los procesos y se le confiere tal facultad al profesional bajo su responsabilidad. De ahí que la vulneración de los recaudos menester para asegurarse la autenticidad de la firma sea a su exclusivo cargo aun cuando pudiera no existir una conducta dolosa. Obsérvese que ello ha generado la incidencia que se resuelve negativamente creando una notoria y prolongada dilación del proceso posterior a la subasta con la afectación que ello genera a la misma Administración de Justicia trastocando un trámite que, por su esencia, debería resultar expedito. En consecuencia corresponde imponer al letrado de la incidentista la sanción estipulada...”.

En el mismo sentido del fallo anterior el recaído en autos “*Simosis, Luis A. c/ Quinteros, Sergio y otra*”¹⁵ (Cámara 5ª C. y C., A.I. Nº 99 del 25/4/97), donde se dice “La norma que ha sido invocada, es la piedra de toque de la totalidad del decoro profesional que corresponde observar a los letrados en la tramitación de las causas en las que interviene y a las propias partes sustanciales. De la lectura de las actuaciones resulta que el Dr. L.A.B. con la presentación que ha efectuado ha excedido los límites razonables que es loable esperar de aquellos que ejercen el sagrado ministerio profesional de abogar por otros; dicho exceso se manifiesta en términos generales como una falta

¹⁵ Publicado en L.L.C. 1997-784.

a la moralidad y probidad que debe existir *in re ipsa* en cualquier proceso, y de la cual los abogados son fieles custodios en su cumplimiento (...) la elongación deliberada e incausada de los procesos judiciales no puede ser coonestada por los tribunales, bajo el amparo laxo de la defensa en juicio, cuando ella aparece como intrínsecamente desmedida, irrazonable y por ello también injusta”.

Respecto al referido a la carga probatoria como dato insustituible del PCD se advierte en autos “*C., C.F. y otra c/ Provincia de Jujuy - Ord.*”¹⁶ (Cámara de Apel. Civil y Comercial, Sala III, Resolución del 20/4/04), en tal ocasión se indicó: “... el único tema en discusión es la atribución de responsabilidad, que para el perito está fuera de cuestionamientos. Si bien no es a él a quien le corresponde hacerlo, no difiero de sus apreciaciones pues el Estado demandado no ha producido una sola prueba, estando en mejores condiciones de hacerlo, tendiente a demostrar de qué manera cumplió adecuadamente su deber de adoptar precauciones y concretamente con qué medidas el Hospital previno de una infección que es una amenaza suposible en el medio hospitalario (...) no cabe duda de que la prueba no puede ser impuesta al paciente por la situación de inferioridad en que comúnmente se encuentra, sino a la entidad asistencial que está en mejores condiciones de aportar elementos de juicio demostrativos de que su personal ha cumplido diligentemente con las exigencias que la medicina hospitalaria impone en la actualidad como medios preventivos adecuados contra la propagación de infecciones”.

En la misma línea en autos “*Fitex SA S/ Incidente de escrituración en: Kemphis S.A. s/ Quiebra*”¹⁷ (Cámara Nacional de Apel. en lo Comercial, Sala D, Resolución del 10/5/04) en donde se apunta: “En este marco, debe aplicarse el principio del moderno

¹⁶ Publicado en L.L. N.O.A. 2004 (julio) 1244.

¹⁷ Publicado en L.L. del 10/12/04, p. 7.

derecho procesal, relativo a la materia probatoria, denominado de las cargas dinámicas, según el cual se coloca en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producir la prueba la carga respectiva (...) el supuesto de simulación es uno de los que ilustra más claramente sobre la necesidad de modificar la carga ordinaria de la prueba y redistribuir el *onus probandi*, de modo tal que el demandado por simulación le incumbe el deber moral de aportar los elementos tendientes a demostrar su inocencia y los hechos por él invocados, tratando de convencer de la honestidad y seriedad del acto y colaborando con la justicia en el establecimiento de la verdad”.

III. Sub Principios de Construcción Cooperativa (sPCC)

Hemos precisado entonces que el PCD se inscribía como una realización ideal del espacio argumental entre las partes, para ello hemos brindado también algunas condiciones fácticas de la materia discutida y personal de los argumentantes para el logro de tal cometido. Ahora propondremos para el análisis, el estudio de los cinco sub principios que como tales son los que colaboran activamente para que la mencionada condición ideal óptima sea conquistada y plenificada. Desde este punto de vista, reiteramos que los *Sub Principios de Construcción Cooperativa* (sPCC) se presentan como agentes facilitadores para la conclusión de una condición satisfactoria para que se brinde la relación argumentativa.

El *primero* de estos sub principios puede ser explicitado como el *Principio del Favor Argumentativo Prima Facie* (sPCC 1), que en realidad aparece como una suerte de regla de hermenéutica argumentativa y por la cual, como personas razonables que son -o deberían serlo- quienes están argumentando, se impone que los argumentos utilizados por ellos sean claros, evidentes y explícitos. De tal manera, que no resulta posible que se argumente, como tampoco que se interprete ésta, por los canales que resulten o parezcan contradictorios, entimemáticos, oscuros u

opuestos con el sentido común, con lo que habitualmente acontece o con lo que la práctica corriente ordena.

Así resulta de los autos "*Puricelli de Juárez, Rita María c/ Telecom Argentina S.A. y otro - Daños y perjuicios - Ordinario*" (Cámara 5^a C. y C., Sent. N^o 145 del 27/11/00) donde se ha indicado: "La citada en garantía ha recurrido la resolución de la primera instancia en atención a dos agravios, por un lado: que la existencia de los daños en el vehículo del actor, y que se registran en el presupuesto de fs. 4 no guardan relación causal alguna, con el mismo accidente de tránsito que se vincula; y por otra parte (...) el recurrente ha concluido admitiendo su responsabilidad en el accidente de tránsito de marras, sin embargo ha dicho, que no toda la extensión del daño que se le atribuye por tal colisión, puede ser causalmente explicada desde ese mismo supuesto; pues por el contrario, indica que parte de los daños que le son impuestos de resarcir pecuniariamente no tienen su origen directamente en la colisión de tránsito. Destacando en consecuencia, que la prueba que ha sido rendida en la causa por la parte actora ha resultado insuficiente a dichos fines (...) De esta manera, el perito oficial no ha podido peritar por la razón antes indicada las piezas nuevas de las viejas; por otra parte, del mismo sentido común no se puede concluir directamente que lo indicado en el presupuesto de fs. 4 sea consecuencia directa del accidente, porque el mismo sentido común así lo impone. Si a ello se agrega, que tampoco ha existido una gestión posterior de la parte actora, en ampliar el cuestionario al perito a los fines de que indique de todas maneras, si los daños indicados en el presupuesto de fs. 4 se condicen con el accidente de tránsito en rigor de verdad, deja inerte al sentenciante para poder definir dichos rubros (...) De todo el conjunto de consideraciones entonces, pues resulta que siendo exigencia de la parte actora, el acreditar los daños que invoca haber tenido en causalidad con el accidente de tránsito del que ha sido sujeto pasivo y no resultando ser posible indicar la etiología de tales cambios y reparaciones que dice el presupuesto de fs. 4 con la naturaleza del accidente; no habiendo el perito podido expedirse a dicho respecto y tampoco haberse cumpli-

do una gestión probatoria que resultara contundente a dicho respecto; pues deviene la tesis del perito de control como aquella que mayor sentido común adquiere. De esta forma, corresponde restar del presupuesto de fs. 4 los costos que han sido provocados por las siguientes tareas de reparación y/o recambio...”.

Subyace en manera incuestionable en la matriz de dicho sPCC 1 que para una adecuada argumentación, tiene que existir también una absoluta comunidad de lenguaje entre quienes participan del diálogo forense. Una tal comunidad, no sólo presupone la coincidencia idiomática de uno con otro, sino y esto es lo que ahora importa, que no le otorguen los participantes significados diferentes a conceptos que son como tal semejantes.

A tales efectos podemos reconocer lo vinculado con la univocidad de los términos, lo que se ha destacado en autos “Gómez, Juan Carlos s/ Casación penal”¹⁸ (T.S.J., Sala Penal, Resolución N° 29 del 8/11/84) donde se señala: “Al no encontrarse un significado unívoco para las palabras «juicio» y «proceso» ni en la Constitución Nacional, ni en el Código Penal, es necesario recurrir al entendimiento que de ellas hace el Código Procesal Penal. En este sentido el término «secuela del juicio» contenido en el art. 67 párr. 3° del C.P.P. debe ser interpretado a los efectos de la prescripción de la acción penal como todos aquellos actos procesales desarrollados en la etapa del juicio, regulada autónomamente en el Libro 3° Tít. 1° del C.P.P. de Córdoba que tiene por base una acusación concreta y en cuyo transcurso rige el contradictorio pleno entre acusador y acusado los que se encuentran en paridad de condición jurídica”.

De tal manera, que siguiendo la línea preceptuada por este sub principio, se puede afirmar que se desprecian las argumentaciones que tienen elementos ocultos o crípticos y que habrán

¹⁸ Fallo inédito.

de poder constituirse ulteriormente como emboscadas para los otros argumentantes. Por ello se dice que la interpretación que *prima facie* se realiza tiene que ser bondadosa, porque desde ella se predispone la escucha del discurso del otro y no, desde una posición defensiva que imponga una cuota escondida de cierta intolerancia. Siguiendo con dicha línea de análisis corresponde que los propios argumentantes excluyan las posiciones que los colocan -o se colocan defensivamente- en situaciones de estar indebidamente perseguidos, ser considerados víctimas o atribuirles espíritus conspiradores.

Desde otro punto de vista, con el nombrado sub principio también se consolida la tesis incuestionable que dentro de la argumentación forense, todo hablante en rigor de verdad debe tener que afirmar aquello en lo que él cree, a los fines de evitar con dicho tránsito, toda posible situación de engaño: Nadie podría pretender que le crean cuando él mismo, no tiene la creencia en su propia tesis. Acotamos que afirmar lo que se cree, en rigor no es otra cosa, que hacer la realización argumentativa de una manera en que para nada resulte o aparezca dubitativa. En síntesis, bien se puede decir, que el discurso forense debe ser explícito y expreso.

La violación procesal al mencionado capítulo, acorde a lo que se puede indicar, aparece cuando el alcance que se le pretende asignar a los términos no es el que ordinariamente se les acuerda, o cuando se usan los conceptos en las acepciones antiguas o incluso en su última acepción que por lo general resulta extravagante si ella es considerada con la habitual. O directamente cuando aparece la contradicción a partir de la confrontación de una conducta presente con comportamientos procesales anteriores.

Merece señalarse que tratándose la argumentación de un instrumental propio de una realización democrática y racional, el mencionado sub principio impone que los argumentantes se encuentren sobradamente confiados en que ni los jueces argumentan -cuando resuelven negativamente a las posiciones que reclama el abogado- desde algún interés particular o institucional

principios en marcha, se aspira concretar en el marco argumentativo, el PCD.

De todas maneras ahora se pueden analizar algunos aspectos que en particular aparecen como indicadores o incluso podríamos nominarlos como “alertas de ponderación”, a los fines de alcanzar en concreto el éxito del PCD mediante la utilización de los nombrados sub principios. Ello es así, porque aun cuando no se haya violado ninguno de los nombrados sub principios, puede resultar que la argumentación no sea exitosa para lo cual, los indicadores que ahora habremos de considerar nos permitirán al menos hacer un mapeo por diversas regiones que nos muestren, en cuales lugares ha habido algún tipo de defeción en tal sentido.

Además de ello corresponde consignar, que los nombrados indicadores serán útiles de ser reconocidos, tanto para ponderar el propio desarrollo argumentativo como para, evaluar el esquema argumentativo del otro rétor.

Tienen entonces los indicadores una doble función, por una parte colaborar en una tarea autodefensiva, haciendo un propio control de calidad sobre la argumentación que la persona -rétor P- realiza y que por lo tanto, permitirá hacer las rectificaciones que resulten oportunas; como también y por el restante lado, servirán para una gestión ofensiva respecto al otro rétor -rétor R-, puesto que a la luz de los mencionados indicadores, podrá disponer de las estrategias que le permitan descubrir y describir los defectos o vicios que la argumentación ajena tiene y en función de lo cual, la pueda debilitar para fortalecer su propio éxito.

IV. Máximas del Trabajo Operativo (MaTO)

Como el propio nombre lo indica, se trata de un conjunto de aplicaciones prácticas que seguramente a lo largo del tiempo se han ido consolidando, hasta haber quedado claramente

utilizadas en la vida forense; y que en realidad su falta de cumplimiento no implica *per se*, que la argumentación que así se cumple quiera ser en forma deliberada viciosa o engañosa, puesto que en gran medida, también van atadas estas Máximas del Trabajo Operativo (MaTO) a la propia percepción e inventiva que el propio rétor como es natural posee.

Por tal razón es que éstas no son principios, son hasta si se quiere un tanto facultativas de ser cumplidas. Su violación no implica argumentación viciosa, pero seguramente se podrá calificar una que tenga dicho déficit como una “argumentación perjudicada”; que si es percibida o controlada por el otro rétor -rétor R- y bajo lo que para él mismo se habrá de nombrar como los “indicadores de contralor argumentativo del opuesto”; podrán advertirse ciertas fracturas que permitirán que la mencionada gestión argumentativa sea desbaratada con mayor facilidad.

Las MaTO son justamente aplicaciones que desde la praxis profesional argumentativa procesal abogadil se señalan como de buena práctica cumplirlas, no sólo porque favorecen al PCO, sino porque evitan una gestión vulnerativa por parte del otro rétor, quien sin atribuir argumentación viciosa, demostrará que resulta la que ha sido cumplida, como claramente insuficiente para poder encauzar cualquier triunfo respecto a determinadas tesis.

Las MaTO se diferencian también en dos especies, según cual sea la línea en que dichas aportaciones son hechas valer, puesto que puede ocurrir que sea ello en la cantidad o en la calidad de los argumentos que han sido utilizados. También hay que señalar que el elenco que de las mencionadas máximas se habrá de destacar, en modo alguno puede ser considerado un *numerus clausus*, sino que se podrán ir sumando otras tantas, como la misma experiencia profesional argumentativa vaya mostrando.

IV.1. Máximas de Cantidad (MCn)

1.1. La información que se tiene que brindar en la argumentación debe ser por definición sólo aquella que resulte *sufi-*

ciente y necesaria, motivo por el cual, se habrá de evitar todo tipo de redundancia argumentativa.

La *redundancia* a la que nos estamos refiriendo, se relaciona con el manejo de argumentos que en modo alguno aumentan la cantidad de información transmitida y, por lo tanto, no sirven para sustentar nuevos datos; todo lo cual y en función de existir -a veces- diversos argumentos para una misma estrategia, es que pueden terminar por implicarse negativamente uno con otros. De esto se desprende, que en modo alguno estamos mostrando oposición a la figura retórica del pleonasma, que se vincula con la redundancia que como es conocido, produce un efecto enfático en el discurso ²⁵.

En rigor de verdad la no atención a la mencionada MCn, colabora negativamente para la comprensión del argumento central, puesto que le termina colocando unos límites sumamente difusos, los que como tales, colaboran para que la contraria -rétor R- tenga una mayor cantidad de resquicios para discutir las posiciones que ha introducido el rétor P.

1.2. También debemos considerar en este lugar, que las cuestiones sobre las que el argumentante debe ocuparse en modo prioritario, son sólo aquellas que parecen claramente como *relevantes* en la controversia en cuestión y hacer deliberada omisión de las restantes.

2. Corresponde que se evite una argumentación que aunque se ocupe de una cuestión que sea incuestionablemente importante en general, en rigor para el marco acotado de la cuestión que se está siendo debatiendo, termina resultando

²⁵ Por caso, es figura de pleonasma que presupone la redundancia, decir “lo vi con mis propios ojos, tuvo una hemorragia de sangre, es un melómano de la música”.

impropia. Según afirman los entendidos, una forma sutil de la mendacidad o mentira es la deliberada no-comunicación y ello es lo que ocurre, cuando se “habla de otra cosa”, puesto que se distrae la atención de los verdaderos problemas ²⁶.

En el ámbito de lo forense ello ocurre con alguna persistencia; casos éstos que generalmente son conocidos bajo la nominación de los *obiter dicta*.

Ello puede ser apreciado en autos: «*Cendoya, Dionisio c/ Antonio Fernández Pabla Esther Sosa y Banco Pcia. de Córdoba - Ejecutivo especial - Recurso de inconstitucionalidad*» (T.S.J., Sala Civil y Comercial, Sent. N° 85 del 26/6/01) en donde se plantea un recurso de inconstitucionalidad agraviándose de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 16 de la ley 8226 que fuera realizada por la alzada (posibilidad de cobro de estipendios al cliente y no al condenado en costas). El tribunal en pleno declara formalmente inadmisibile el recurso deducido en la inteligencia de que el mismo “carece de toda técnica crítica razonada ya que no expresa con claridad la *causa petendi* ni manifiesta los argumentos sustentatorios de la pretensión impugnativa”. Sin embargo, uno de los integrantes del tribunal, a mayor abundamiento sentencial, indica que “Sin perjuicio de lo decidido precedentemente, y al sólo fin de dar una respuesta totalmente satisfactoria al justiciable perdidoso, considero relevante señalar que este Tribunal Superior de Justicia, coincide con la doctrina sustentada en la sentencia atacada, en orden a la inconstitucionalidad de las prescripciones normativas contenidas en los arts. 14 y 16 de la ley 8226. En efecto, tal como tangencialmente se manifestara en anteriores pronunciamientos (...) estimo que dichas disposiciones resultan contrarias a los principios, derechos y garantías consagrados en nuestra Constitución Nacional”.

²⁶ Confr. LÓPEZ ARANGUREN, J., “Ética del lenguaje” en *Doce ensayos sobre el lenguaje*, Madrid, Rioduero, 1974, p. 55.

Una cuestión de un tenor semejante se visualiza en un trascendente fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en donde tomando el caso como un ejemplo aleccionador se realiza un extenso *obiter dicta* y que resulta ser indicado en un voto minoritario, que transcribimos. Así en la causa “*Navarro, Mauricio O., p.s.a. homicidio en ocasión de robo - Recurso de inconstitucionalidad*” (T.S.J., Sala Penal, Sent. N° 124 del 12/10/06)²⁷ “Comparto la totalidad de los argumentos que han sido formulados por los Sres. Vocales que me anteceden, y que en el punto IV.2 del nombrado voto conjunto, han dotado una cabal y completa respuesta jurisdiccional a lo que ha sido materia del agravio constitucional concreto. En función de dicha consideración, el sustancioso *obiter dicta* que se consigna en el punto IV.4, resulta sobreabundante a las constancias de la causa y si bien sólo tiene el carácter pedagógico que se apunta, en mi opinión resulta inane al *sub iudice*”.

3. La necesidad de tener que *abundar en argumentos*, es una labor que resulta atendible y ejecutable, sólo una vez después de haberse visto desmejorada una determinada línea argumentativa del rétor P, por una gestión argumentativa exitosa del rétor R. De esta forma, mientras el nombrado argumentante R, sólo que se oponga al argumento del rétor P y por lo tanto sin la generación de una puesta en acto de sus propios argumentos acerca de la cuestión fáctica, el rétor P, por definición no tiene ninguna obligación argumentativa de tener que volver a otorgar otros nuevos argumentos.

4. Hace al trato argumentativo corriente, que una vez que los rétores se han puesto de acuerdo en cuál será la materia sobre la que habrá de recaer la argumentación; es que dicha

²⁷ Fallo inédito.

materia controversial no podrá ser modificada de puro arbitrio por quienes integran la disputa. En todo caso, quien violara la *regla del presidio argumental* por su propia conveniencia, tendrá que cargar sobre su responsabilidad el dar la totalidad de razones que a ello lo justifican.

Cabe apuntar que en la mayoría de los casos, tal modificación ampliatoria obedece a que ha existido alguna modificación en el estado fáctico de la materia sujeta a argumentación y en virtud de lo cual, es conveniente introducir dicho marco extendido para la cuestión que es materia del debate.

Se ha señalado en los autos “*Porro, Carlos A. c/ Pistorio Mauro y otro - Ordinario*” (Cámara 5ª C. y C., A.I. N° 233 del 29/6/94)²⁸, lo siguiente: “Por lo pronto hay que señalar y aunque ocioso pueda parecer, la diferencia existente entre ampliación o moderación de la petición (art. 159 C.P.C.) y la ampliación fundada en hechos no alegados en la demanda (art. 160 C.P.C.); la primera tiene un carácter amplio y podrá hacerse en cualquier estado de la causa hasta la citación para sentencia, la segunda en cambio, sólo hasta tres días después de formulada la apertura a prueba. Resulta común a ambas articulaciones “que no implique un cambio de la acción” (...) “Diferente es la cuestión ante la ampliación o restricción en la demanda promovida, pueden provenir ellas de las propias contingencias de la materia litigiosa en concreto, por caso, que se trate de una acción por incumplimiento de obligaciones que poseen vencimientos continuados o de tracto sucesivo o que esa variación sea impuesta por contingencias no conocidas por el actor al promover la demanda y de las que se hace conocedor posteriormente a haber entablado la misma, o sea que se enfrenta a los auténticos hechos nuevos (*rectius: factum superviens*) (...) V. En el *sub iudice* el actor promovió “demanda ordinaria de daños y perjuicios en

²⁸ Fallo inédito.

contra de Mauro Pistorio, Esther Lilian Faure de Pistorio,..., y/ o los que directa o civilmente resulten responsables de los daños y perjuicios causados” (fs.6), comparecido el demandado indicó en forma exculpatoria de que a su vez, había sido colisionado por otro vehículo y conducido por el Sr. Adrián O. Peschiutta. El actor ante dicha circunstancia amplía la demanda contra de aquél (a lo cual aseguradora se opone) (...) La aparición de un hecho nuevo como es, que el demandado pretende su exculpación invocando una mecánica generadora del perjuicio diferente a la brindada por el actor incorporando en ella, otro eventual colisionante ha impuesto que el actor deba integrar adecuadamente la litis puesto que su pretensión sigue siendo la misma: resarcirse del perjuicio que se le habría cometido. Sea por M. Pistorio, E.L. Faure de Pistorio o de quien resulte directa o civilmente responsable (...) El derecho adjetivo ha querido cumplir tan firmemente el principio de concentración, que a efectos de evitar un dispendio procesal con el debilitamiento a la seguridad jurídica que se seguiría, que en casos, donde aparecen hechos nuevos que importan una integración de la litis diferente podrá hacerlos valer en ese mismo pleito en el tiempo previsto al efecto”.

5. De una manera parecida a la inconveniencia de que sean redundantes los argumentos utilizados, es conveniente evitar que los datos que en general sostienen el esqueleto de la argumentación, sean ellos exagerados o maximizados sin necesidad real. Es decir, que de la misma manera que no hay que utilizar la totalidad de los argumentos con que se cuente a los efectos de evitar una sinergia negativa de ellos, tampoco es recomendable colocar la *totalidad circunstanciada de los datos* que se posean en torno de la cuestión. Basta con delimitar sin dejar espacio a duda, nada más.

Resulta siempre recomendable la indicación de utilizar sólo los datos que resultan suficientes, para que se pueda hacer correctamente la individualización de la materia y de la temporalidad del espacio de la cuestión que se está discutiendo, pero no más de ello.

En la jurisprudencia con una fórmula ya conocida se ha dicho que “La sentencia dictada contiene una adecuada relación de causa que satisface plenamente las exigencias que prevé el art. 329 del C.P.C.C. por lo que a ella me remito a fin de evitar inútiles e innecesarias reiteraciones”. En autos “*Wayar, Raquel R. y otro c/ Wayar, Walter I. - Desalojo - Comodato - Tenencia precaria*”²⁹ (Cámara 6ª C. y C., Sent. N° 65 del 26/8/04).

6. Suele ser una constante que se advierte en los escritos argumentales de los abogados, la insistencia por volver a *repetir los diferentes argumentos* en ocasiones en donde ello, lejos de poder ser considerado como una fortaleza retórica sea mediante la figura de la iteración o la repetición³⁰ aparece más vinculado a una estrategia procesal francamente equivocada y que resulta percibida rápidamente por los tribunales.

En autos «*W.G. Sistemas de Comunicación S.R.L. c/ Etercor S.A. Ejecutivo Particular Recurso directo*»³¹ (T.S.J., Sala Civil y Comercial, Sent. N° 55 del 29/6/06) se ha indicado lo siguiente: “Reiteradamente, este alto cuerpo ha sostenido que para habilitar la limitada competencia casatoria, resulta menester que el discurso impugnativo se vincule de manera directa con el motivo propuesto, y que el recurrente se haga cargo de las razones expuestas por la alzada, rebatiéndolas de manera precisa y razonada, demostrando -con ello- de qué manera se configura, en el fallo atacado, el vicio formal que se denuncia. En otras palabras, en nuestro sistema adjetivo vigente, la admisibilidad del recurso de casación -al igual que la de cualquier otra vía recursiva-

²⁹ Fallo inédito.

³⁰ La repetición es “*un procedimiento retórico general que abarca una serie de figuras de construcción del discurso. Consiste en la reiteración de palabras idénticas o de igualdad relajada, o bien en la igualdad de significación de las palabras*” (BERISTÁIN, H., *Diccionario de retórica y poética*, México, Porrúa, 1998, p. 425).

³¹ Fallo inédito.

requiere, insoslayablemente, que la impugnación contenga una crítica concreta y razonada de los fundamentos del pronunciamiento opugnado y una referencia a los errores que se entienden vician el juicio sentencial plasmado en la resolución. De tal modo, se requiere que los agravios se vinculen concretamente con los fundamentos que movieron al sentenciante a decidir en la forma que lo hizo, precisándose punto por punto cuáles son los déficits de los que adolece. En consecuencia, la expresión de agravios no es una simple fórmula o rito que, ejercitado, traslada la competencia a este tribunal casatorio, sino un análisis razonado de la sentencia, un enjuiciamiento lógico y empírico-dialéctico de sus conclusiones y, como resultado, una demostración de los motivos por los cuales se considera que ellas son erróneas. *A contrario sensu*, el desarrollo de afirmaciones genéricas y el despliegue de una crítica global que de ningún modo se vincule con la concreta motivación sentencial no cumple con la función de una expresión de agravios, por cuanto en ésta -para ser tal- debe existir una argumentación que se relacione de manera directa, inmediata y específica con las razones vertidas por los juzgadores.(...) Y bien, como se verá a seguir, este capítulo de la presentación casatoria no superó la valla formal aludida, puesto que de su contenido se desprende con meridiana claridad que el impugnante no se hizo cargo de las razones dadas por el mérito en sustento de la conclusión jurídica a la que se arribó, lo cual conduce a la inevitable declaración de inadmisibilidad del remedio de casación articulado. Para justificar tal conclusión, resulta útil memorar las suficientes y acabadas razones desarrolladas por el tribunal de alzada en sustento de su juicio final en orden a la procedencia de la excepción articulada por la ejecutada (...) En suma, la casacionista omitió aportar una crítica razonada que permita vislumbrar mínimamente una correspondencia entre las causales invocadas y la línea argumental desarrollada por el *a quo* en el pronunciamiento opugnado”.

Generalmente, ello se visualiza cuando a la vista de los argumentos de la contraria, y teniendo el rétor P que hacer una

tarea de contraargumentación y por lo tanto, cumpliendo con una gestión de *rebatir* los que fueran introducidos por el rétor R o por el tribunal, se insiste no en ello sino en repetirlos; como acaso si el volverlos a decir, pudiera generar con ello sólo un acto mágico de rebatirlos.

En autos “*Wayar, Raquel R. y otro c/ Wayar, Walter I. - Desalojo - Comodato - Tenencia precaria*”³² (Cámara 6^a C. y C., Sent. N^o 65 del 26/8/04), se ha sostenido que: “En esta tarea y a los fines de dilucidar el conflicto, se debe tener en claro que el norte de la vía impugnativa intentada es lograr desvirtuar el andamiaje jurídico brindado por el sentenciante, y no pretender una nueva valoración de la prueba rendida a mérito de sostener el disconformismo con el resultado del pleito (...). Cabe recordar que el tribunal de alzada es típicamente revisor de lo decidido en la instancia anterior, y no renovador de lo actuado y decidido, de donde se requiere excitación del interesado (mediante la expresión de agravios), para poder cumplir su misión (...) y si en esa expresión de agravios el interesado no se hace cargo de algún fundamento dirimente de la resolución cuestionada, ésta se mantiene como acto jurisdiccional válido, lo que justifica, sin más el rechazo de la apelación (...). Ello ocurre en la presente, en tanto el recurrente se limita a repetir los argumentos sustentados en su escrito de contestación de demanda, sin refutar los argumentos brindados por el sentenciante para rechazar su defensa”.

IV.2. Máximas de Calidad (MCl)

1. La primera de estas reglas cala en lo más profundo y sensible de la lógica de la argumentación, como es tener que soste-

³² Fallo inédito.

ner, que *quien argumenta no miente*; afirmando la necesidad de tal definición, el citado Pablo Da Silveira es quien ha recordado que la ética de la argumentación no sólo debería interesar a quienes están empeñados en la búsqueda de la verdad como de la corrección normativa, sino a quienes se preocupan sólo por su propia suerte de argumentadores³³. Y hemos dicho ya que ello se ubica dentro del estricto cumplimiento del PCD, que junto con la totalidad de los sPCD, orientan una variopinta cantidad de estrategias así posibles.

Una aplicación del mencionado capítulo se advierte cuando es invocada la regla de la prejudicialidad penal, lo cual puede suponer justamente la presumida infidelidad en la presentación. En autos “*Gañan, Alberto A. c/ Harteneck López y Cía. - Ejec.-Rehace*”³⁴ (Cámara 1ª C. y C., A.I. N° 210 del 15/11/04) se ha dicho: “... A tenor de lo expuesto, considera que debe recibirse la prejudicialidad penal esgrimida por la demandada y co-accionados, pues los ejecutados plantearon en su oportunidad la excepción de falsedad e inhabilidad de título del documento base de la ejecución, mientras que en sede penal se debate si hubo o actuación fraudulenta por parte del ejecutante contra la firma accionada, circunstancia que estimo debió dar lugar a la suspensión del dictado de la sentencia de trance y remate, tornando aplicable el art. 1101 del Código Civil, en atención a las particulares características que se configuran en el *sub iudice* (...). A mayor abundamiento, debe remarcarse que en el proceso penal en donde se cuestiona la causa de la deuda que aquí se ejecuta, no puede ser dejado de lado, con el argumento cierto, pero endeble dada las aristas de este pleito, que en el proceso ejecutivo no se discute la cuestión vinculada a la causa”.

³³ DA SILVEIRA, P., ob. cit., p. 256.

³⁴ Fallo inédito.

Se desprende de manera natural de dicho compromiso, que el abogado que argumenta tendrá que haber realizado *per se*, un **estudio** más o menos **riguroso de la causa** que habrá de llevar al pleito para que de esa manera, su argumentación no sea engañosa, aunque la fuente psicológica del engaño no sea la misma malignidad o ánimo de engañar al otro, sino que simplemente está fincada en una cuota de ignorancia o de falta de atención y estudio a las constancias de los autos.

Motivo por el cual, se puede decir que se viola la MCI cuando el abogado no hace un estudio suficiente de los autos, y por lo tanto, la verosimilitud que acaso de ella se pueda desprender no es un dato *a priori* del pleito -al menos para el abogado que así lo sostiene- sino que es una cuestión que se logra al final del litigio cuando se dicta la resolución; de donde es que se puede inferir, que también pudo ser una hipótesis contraria a dicho resultado con lo cual se demostraría que en el inicio del pleito -y que definitivamente es cuando se pondera la eticidad de la actuación profesional del abogado-, no existió ninguna preocupación por parte del letrado por la verosimilitud de los argumentos en los que iba a sostener su mismo ejercicio de realización profesional.

Finalmente corresponde indicar que con la mencionada máxima, a lo que se aspira antes de cualquier otra cuestión, es que se cumpla con un uso normal del lenguaje y ello acontece, cuando se busca seriamente la verdad y se evita todo tipo de mendacidad. Aquí corresponde anexar como dato de no menor relevancia que una manera aunque extraña pero asidua por la cual, se ejerce la mendacidad lingüística y que se traduce en términos de defectos argumentativos jurídicos es cuando el mismo lenguaje es utilizado para ocultar la comunicación de la verdad tras una **cortina de palabras** ³⁵.

³⁵ Confr. LÓPEZ ARANGUREN, J., ob. cit., p. 55.

2. Casi como un corolario inevitable de la consideración anterior está la otra máxima, que indica que cada uno de los *argumentos* que están dispuestos en la tarea argumentativa deben estar garantizados o *avalados por una prueba* que a ellos los justifique ³⁶. Pues justamente si no existe la mencionada prueba, la primera conclusión que corresponde obtener, es que no ha habido la suficiente ponderación del argumento por parte del rétor a la luz de la efectiva base fáctica que del asunto existe.

Huelga señalar que si hubiera habido una adecuada solvencia en el trabajo preparatorio de la causa, el argumentante hubiera podido o encontrar la prueba que sostiene el argumento y, por lo tanto, lo excluye de ser considerado sólo como una mera opinión. O para el caso de no haber podido encontrar la mencionada prueba suficiente, haber optado por el camino de no presentarlo al ruedo argumentativo al mencionado tópico, en el adecuado convencimiento de que un argumento sin prueba, termina siendo más perjudicial para la credibilidad de las tesis en análisis que la ausencia derecha de argumentos en igual sentido.

3. Todo argumentante debe conocer que aquellos predicados que aplique a un determinado sujeto, a su vez quedará sujeto a que el otro argumentante, en iguales circunstancias a las propias antes ensayadas, pueda *atribuirle los idénticos predicados* que han sido emplazados. Dicho efecto reflejo que las argumentaciones entonces tienen, ayuda a pensar en que por una vía incuestionable de textura coactiva sin duda alguna como es la apuntada, hace que la regla colaborativa esté como tal, siempre buscada entre los argumentantes.

³⁶ Conviene tener presente que los elementos que constituyen la interioridad de la argumentación son: tesis, dato y regla general de la argumentación. La tesis es la mera opinión respecto a una cuestión debatible, el dato es justamente la posibilidad de comprobar probatoriamente dicha opinión y la regla general, es lo que permite establecer una relación de solidaridad entre tesis y dato.

Corolario de esta situación es la que resulta cuando se pone en acto, la llamada teoría de los actos propios. Así, en autos “*Roggero, Juan c/ Humberto V. Bravi - Verbal - Recurso directo*”³⁷ (T.S.J., Sala Civil y Comercial, en A.I. N° 110 del 3/7/02) se ha indicado que: “En cuanto a la crítica vertida a lo resuelto en orden a la posibilidad de acudir al recurso de reposición en el juicio verbal regulado por el derogado C.P.C.C., corresponde efectuar dos consideraciones. En primer lugar, traer a colación la doctrina de los actos propios elaborada por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tribunal ante el cual el impugnante pretende recurrir. Conforme esta doctrina, nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Tal como se señalara en la sentencia objeto del recurso extraordinario “el propio casacionista se contradice con la actividad desplegada por él en *sub lite*, cuando manifiesta que no podía reponer en esta clase de juicio. En efecto, contrariando sus propias manifestaciones, el casacionista ha articulado en dos oportunidades recurso de reposición durante la tramitación del proceso en contra del decreto que tuvo por admitida la ampliación de los puntos de pericia (ver fs. 319 de los autos principales) y en contra del decreto que le rechazó los escritos por él presentados (fs. 199 bis). Luego, no puede ahora el recurrente pretender que carecía de tal remedio legal para cuestionar otras supuestas irregularidades” (fs. 101 vta. y 102). Ello así, la queja no puede de modo alguno ser atendida desde que la impugnación resulta contradictoria e incompatible con la conducta por él desplegada a lo largo del presente proceso. En el proceso civil rige -con plena vigencia- el principio de buena fe procesal, el cual trae aparejado para las partes un deber de coherencia del comportamiento que consiste en la necesidad de observar en el futuro

³⁷ Fallo inédito.

la conducta que los actos anteriores hacían prever. Si el recurrente apeló -en dos oportunidades- a la utilización del recurso de reposición como medio impugnativo en el presente juicio, no puede ahora pretender que el mismo estaba excluido del régimen procesal que lo regulaba. Esto sella, en sentido negativo, la suerte del agravio bajo la lupa”.

Sobre este punto relativo a la coherencia, se ha expresado en los obrados “*Bomben, Darío Fernando p.s.a. lesiones culposas - Recurso de casación*”³⁸ (T.S.J., Sala Penal, Sent. N° 75 del 1/9/00) lo siguiente: “La conclusión tiene sustento en los artículos 1026 del C.C. y 248 del C.P.C., como así también en la denominada teoría de los actos propios. Según ésta, nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior, deliberada y jurídicamente eficaz. Si la accionada ahora pretende negar la calidad de compradora de la motocicleta, que ella misma ha acreditado, ello importaría una segunda conducta contradictoria o incompatible o incoherente con la primera. Y por aplicación de la teoría invocada, tal contraposición, verificada entre partes idénticas, acarrea la inadmisibilidad de la segunda conducta”.

4. Los litigantes no deben cumplir sus gestiones argumentativas tratando en una *manera asimétrica*, aquellas *cuestiones que en rigor son iguales*. En todo caso, quien se sale de la mencionada prescripción, tendrá que hacer esfuerzos convictivos altamente importantes para que dicho modo argumentativo no sea visto como una violación a la regla; por lo cual, es que tendrá que abonar dicha excepción con una fortaleza argumentativa incuestionable.

En el ámbito de lo jurídico se puede decir que es una aplicación del principio de la igualdad de los sujetos. A tales efectos la sentencia recaída *in re* “*González, Héctor Luis p.s.a. hurto simple* -

³⁸ Fallo inédito.

Recurso de casación”³⁹ (T.S.J., Sala Penal, Sent. N° 17 del 12/4/04) se puede advertir que el tribunal otorga razones que justifican la inaplicabilidad del principio de igualdad de raigambre constitucional: “... Esta Sala ha afirmado que en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) veda la discriminación injustificada o irrazonable de trato”. Empero, se destacó que la norma debe ser interpretada como lo expusiera destacada doctrina comparada, ya que «... no implica que en todos los casos se otorgue un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, siempre que la diferencia de tratamiento esté justificada legal y constitucionalmente y no sea desproporcionada con el fin que se persiga. Lo arriba expresado permite afirmar que el principio de igualdad no puede ser invocado en forma ilimitada o genérica, sino que requiere, para verificar su respeto, tener presente un parámetro comparativo, que no es otro que quien denuncia su violación se encuentre en igualdad de condiciones para con aquél o aquellos que han recibido un tratamiento diferente a su favor. El interrogante a responder en el caso bajo examen finca, entonces, en determinar si las normas que imponen al imputado, por su condición de asesor letrado, el sometimiento al Jurado de Enjuiciamiento previo a la elevación de la causa a juicio y, por ende, a la suspensión del juicio a prueba, configuran un trato injustificado o irrazonable respecto del resto del común denominador de las personas. La respuesta es negativa. Confrontada su situación con la de cualquier ciudadano, se encuentra en paridad de condiciones en tanto para acogerse al beneficio debe aguardar a la etapa procesal oportuna. Importaría, a contrario, un trato desigual y preferente, permitir al imputado instar la *probation* con una

³⁹ Fallo inédito.

antelación no autorizada a otros imputados. Ahora bien, que para llegar a dicho momento el imputado deba previamente ser destituido de su cargo, es sólo consecuencia de la función pública que ejerce. Su calidad de asesor letrado impide, entonces, la pretendida equiparación a cualquier particular, respecto de quien no se encuentra en igualdad de condiciones, aspecto éste, que constituye presupuesto ineludible de operatividad de la garantía que se invoca. Es, en cambio, en relación a otros funcionarios públicos, que debe efectuarse la comparación, puesto que son tales quienes son en verdad «iguales» al imputado. Desde esta óptica, apreciamos que la función pública constituye un elemento relevante respecto de quien revistiéndola, comete un delito. Y ello no ocurre, únicamente, en relación al instituto de la *probation*, es una concepción que se irradia en todo el ordenamiento penal. En efecto, son numerosas las oportunidades en las que tanto la ley ritual como la de fondo adscriben consecuencias diferentes cuando quien transgrede la norma es un funcionario (v.gr., arts. 20 bis, 139 bis, 207, 235, 238 inc. 3º, 254, 281, 291, 298, etc., del Código Penal; arts. 14 y 15 C.P.P.). Estas disposiciones y muchas otras, entre las que cuenta, por ejemplo, la ley de ética pública Nº 25.188, son claras en marcar una incompatibilidad entre las distintas modalidades de un actuar incorrecto desde lo no ético a lo delictivo y congruentemente, determinar un régimen más severo para la inobservancia de la ley. El artículo 14 del C.P.P., en cambio, se sitúa en el polo opuesto en tanto lejos de reforzar el rigor de la ley sobre los hombros del funcionario público, lo que dispone es una mayor protección que pretende asegurar su libre desempeño, salvaguardando su función respecto de interferencias judiciales. La nómina que la norma contiene es exhaustiva. No alcanza a cualquier funcionario sino sólo a los allí enumerados, en razón de la trascendencia del cargo que invisten (...). Es que, al igual que los privilegios parlamentarios denominados individuales, no se trata de un derecho subjetivo, sino del resultado de una situación objetiva: el cargo público. Es en contraste con esta norma constitucional, entonces, que debe examinarse el

respeto a la garantía de la igualdad, ponderación ésta que el quejoso no ha abordado”.

También advertimos utilizada la presente MCI, en un tratamiento dispuesto en un fallo para los deudores en moneda extranjera, posconvertibilidad y por el cual veríamos reflejado que si bien ello implicó afectaciones para todos los contratantes una respuesta, que no dimensionara desde que fecha, dicho deudor estaba en mora, resultaba un tratamiento simétrico antes situaciones jurídicamente diferentes.

Hemos advertido la mencionada situación en los autos: *“Abud, Ana c/ Estella Maris de Daville - Ejecutivo - Rec. de inconstitucionalidad”*⁴⁰ (T.S.J., Sala Civil y Comercial, Sent. N° 116 del 26/7/06), así se ha dicho: “Lo cierto entonces, es que se trata de una obligación financiera contraída en dólares, y que la demandada se encontraba en mora antes de la irrupción legislativa de la ley 25.561 y de la caterva normativa que a manera de estela marítima ha venido a surcar el ahora enrarecido mar que ordena las relaciones civiles entre los ciudadanos. En rigor de verdad, ese sólo hecho, como es el estado de mora del deudor con antelación a la debacle económica-financiera, en mi opinión, resulta claramente diferenciador y anuncia una respuesta jurídica desfavorable a los requerimientos de la recurrente (con fecha 6/1/02 se promulgó la ley 25.561, donde aparecen claros dos objetivos: suspender la garantía de intangibilidad de los depósitos y por otra parte, pone fin al régimen de convertibilidad del peso con el dólar estadounidense en una relación de uno a uno) (...) cabe interrogarse si por caso, situaciones (...) que se encontraban consolidadas en su mismo incumplimiento por un estado de mora indiscutido, antes de la sanción de la ley madre en el tópic del 6/1/02; ¿pueden quedar afectadas por las profundas modificaciones que dicha

⁴⁰ Fallo inédito.

ley genera? En rigor es esa la pregunta que dirime cada una de las perspectivas que ideológicamente se posean a dicho respecto. (...) En otras palabras, la pesificación de las obligaciones en mora anteriores a la situación de emergencia implicaría premiar al deudor moroso, con la licuación de su deuda, e ignorar el régimen expreso del art. 513 del Código Civil que establece la traslación de los riesgos para el deudor moroso. En una sociedad por definición anómica, mejorar objetivamente la situación del incumplidor moroso, deviene como un discurso judicial reñido con las mismas garantías constitucionales (...) En casos en los cuales -como en la especie- el deudor estuviera en mora con anterioridad al acaecimiento de la crisis económica-financiera (y consecuentemente a la entrada en vigencia de la normativa dictada para paliarla), es el moroso quien debe los daños al acreedor y mal puede decirse que indemniza el daño que causa, el deudor que paga con una moneda de un valor tres veces menor al que se obligó. (...) Mi resolución podría indudablemente concluir en dicho punto (...) Es función de que los jueces no sólo deben dictar resoluciones que sean ellas acorde a derecho, sino que además corresponde que hagan un esfuerzo para que las mismas acerquen hasta donde es posible, la misma asignación de lo suyo de cada uno, esto es: tratar de reordenar juiciosamente lo justo de cada quien; es que se impone concluir, y como podremos ampliar más adelante, pues que no todos aquellos deudores que están en mora deberán tener exactamente la misma vara de juzgamiento de su realidad de incumplientes (...) A los fines de encontrar la mejor respuesta jurídica posible en un contexto económico legislativo en expansión permanente, es que considero que una variación del principio que técnicamente Rawls nombra como *maximin*, resultará en el caso de una gran utilidad (...) se trata de una regla que permite construir un estándar que se utiliza para tomar decisiones en situaciones críticas y que en sí mismas generan una gran incertidumbre. Frente a dicho escenario el *maximin-maximum minimorum*, prescribe maximizar la posición mínima. En el marco de la realidad que constituye el caso sub análisis, ese

maximizar la posición mínima impone rigurosamente, que aquél deudor moroso que por tal situación jurídica se encuentra en una posición mínima, porque según he dicho no tiene marco jurídico para aspirar a una pesificación más o menos pareja como se puede presumir que son las restantes alternativas que la ley 25.561 promueve; pues ello no quita a que se pueda reconocer que acorde a cual sea su ‘personal carácter de moroso’ no sea posible maximizar dicho estado aún de incumpliente. Y seguramente que en ese “maximizar” la posición del demandado, es que podrá encontrarse que la mejor respuesta jurisdiccional que se pueda obtener no es la imposición de una pesificación al valor equivalente de dólares que primitivamente debía, sino una tal, que atienda a un porcentaje inferior y que resulte por ello entrañablemente razonable y prudente”.

5. La respetuosidad en la gestión argumentativa presupone que quien hace alguna afirmación que involucra de alguna manera al restante argumentador, lo está haciendo desde el conocimiento y no desde la ignorancia. Esto significa, que **quien no conoce la materia** o causa sobre la cual habrá de argumentar, en rigor no está en condiciones de ser jugador de la argumentación y a quien se le podría aplicar sin dificultad la proposición séptima de Ludwig Wittgenstein que reza: “*De lo que no se puede hablar, mejor es callarse*”⁴¹.

Si bien en el ámbito de lo jurídico, hay cuestiones que son desde ya discutibles y no se podría achacar ligeramente tal violación, hemos preferido marcar un precedente que por su misma obviedad salva cualquier otro análisis. En autos “*Cuerpo de*

⁴¹ WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, Madrid, Revista de Occidente, 1957, p. 191.

*regulación de honorarios del Dr. Ricardo Jesús Sahab: ‘Massucco Aurelio c/ Enrique Pearson - Despojo - Recurso de casación’*⁴² (T.S.J., Sala Civil y Comercial, A.I. N° 167 del 29/7/05) se ha indicado, respondiendo a una casación interpuesta con invocación del inc. 3° del art. 363 del C.P.C., lo siguiente: “En otros términos, para que resulte formalmente procedente la casación impetrada al amparo de la causal prevista por el inc. 3° del art. 383 del C.P.C.C. resulta menester que el pronunciamiento pretendidamente contradictorio haya sido dictado dentro de los cinco años anteriores al fallo en crisis. La aplicación de estas consideraciones al *sub judice* determinan la inadmisibilidad formal del recurso aquí impetrado, desde que habiéndose dictado el fallo en crisis con fecha 3/3/03, el pronunciamiento acercado como antípoda a cuya merced obedeció la concesión y que registra fecha 23/8/89, no resulta hábil por cuanto supera -ampliamente- el lapso de cinco años impuesto por la ley adjetiva. Esta línea argumental no obedece a un exceso de rigor formal, disvalor que este tribunal no consiente ni menos aún provoca, sino a la escrupulosidad en el control de los principios monitores de la materia, cuya observancia es carga de quien intenta su ejercicio porque a ellos se subordina la intervención de este órgano jurisdiccional”.

En rigor existe aquí una vinculación con datos que están en la misma base de la teoría de la argumentación, como es la vinculación precisa que existe entre ella y la *ética profesional*. De tal manera que quien no conoce una causa, no sólo que no está en condiciones de hablar de ella, sino que carece de toda autoridad que justifique hacer demandar tiempos de respuesta, a quien aparece como el restante argumentador.

Al respecto en autos “*Astini, Juan B. c/ Primo L. Asinari- P.V.E.*”⁴³ (Cámara 5ª C. y C., A.I. N° 135 del 30/4/02), se ha dicho que:

⁴² Fallo inédito.

⁴³ Fallo inédito.

“La respuesta que se está requiriendo entonces al tribunal es una que puede ser considerada sin hesitación alguna de redundante; y no puede obviarse de afirmar, que requerir a los tribunales respuestas notoriamente redundantes, lesiona no sólo la dinámica propia de las actuaciones procesales sino también, pone en grado de cuestionamiento el mismo uso razonable que realiza del instrumental que el derecho procesal pone a disposición a los fines de asegurar el pleno ejercicio del derecho sustancial. Se trata de una de las modernas reglas de cooperación argumentativa de naturaleza lingüístico-conversacionales que las partes deben proponer en el discurso jurídico, pues en la misma manera que deben ser ‘claros’ en lo que requieren del tribunal, es que tampoco pueden exigir recursivamente -sin lesionar el proceso- esa misma disposición para que aquello que resulta igualmente ‘evidente’ como respuesta del tribunal, y por lo cual no debe ser mejorado o re-aclarado (...) Al respecto cabe señalar, y sin perjuicio de haber advertido que el mencionado letrado ha tenido un comportamiento abusivo de los medios procesales, solicitando que se determine lo ya determinado antes, pues no se trata propiamente de inconducta procesal sino en todo caso, atribuible a la propia torpeza de quien lo reclamara”.

6. Atento a que en toda argumentación se utilizan *múltiples argumentos* a los fines de sostener la perspectiva exitosa a la que todo argumentante está orientado; cuando se poseen argumentos que tienen una fortaleza disímil, resulta siempre aconsejable hasta donde ello pueda resultar posible, que los nombrados no se encuentren en estricto sentido totalmente vinculados unos con otros. De tal manera que se evitará con ello, un efecto cascada ante el fracaso de alguno de los existentes.

Esto quiere decir, que si bien tienen que tener una *razonable relación los argumentos*, de forma tal que todos ellos tengan una idéntica finalidad que es en definitiva lo que se intenta probar con ellos, es por lo cual imponen entre sí alguna tracción de unos con otros. Pero, sin perjuicio de dicho extremo,

desde ya sustancialmente importante, decimos también, que tienen que poseer dichos argumentos a la vez, una cierta independencia de forma tal, que la afectación que sobre alguno de ellos pueda existir hasta hacerlo caer como prueba de algún dato, no se haga extensivo dicho defecto a todos los demás que se encuentren con él vinculados.

7. Aquel argumentante que invoca a su favor las *consecuencias favorables de una determinada regla*, aplicación o estado de situación; está a su vez aceptando, expresamente la misma regla, aplicación, estado y sus consecuencias para cuando sea ella invocada por el otro rétor, tanto para su propio beneficio como para aplicarlo en carácter negativo para el contrario.

De tal manera se puede decir, que los efectos de las argumentaciones se propalan para la totalidad de los argumentantes con independencia de quien haya sido el que los ha invocado en el litigio.

En el ámbito de lo jurídico, advertimos dicha indicación en los obrados “*Caballero, Esteban c/ Osvaldo Marcelo Pereyra s/ Reivindicación*”⁴⁴ (Cámara 4ª C. y C., Sent. Nº 35 de fecha 22/3/04) donde se indica que: “Es carga del interesado determinar cuáles son las mejoras útiles que se han realizado en el inmueble, no bastando a tal efecto, aseveraciones genéricas. El sistema dispositivo pone en cabeza del interesado la carga de alegación y prueba, que no puede ser suplida por el tribunal, actuando oficiosamente, pues violentaría la igualdad de las partes en el proceso. Si el interesado se limita a señalar la diferencia normativa, pero no alude expresamente a cuáles serían las mejoras que no justificarían el derecho de retención, su alegación no basta para constituir un agravio. La Cámara debe asentar su pronuncia-

⁴⁴ Fallo inédito.

miento conforme la actividad impugnativa cumplida, estándole vedado indagar oficiosamente en las constancias de la causa para saber si asiste razón al apelante”.

V. Modos Categóricos de Argumentar (MoCA)

A diferencia de las MaTO que como tal, alguna consolidación a lo largo del tiempo habían generado y por lo tanto, pasaban de ser meramente *usus fori* y se ubican dentro de prácticas y rutinas claramente recomendadas por el ejercicio profesional argumentativo, y su violación incluso puede llegar a traer perjuicios que se encuentran claramente demarcados desde la propia ley procesal; cuando se habla de los MoCA la cuestión se remite a una pura experiencia profesional.

O sea que ahora lo que se habrá de valorar es un saber experiencial de ciertas prácticas argumentativas que se pueden compartir por un determinado auditorio y que seguramente, cuando ellas logren un grado de persistencia efectiva en tal ámbito, posiblemente se puedan transformar en alguna MaTO. Mientras ello no ocurra, cada uno de los rétores utilizará de las mismas con un éxito relativamente incierto, aunque creemos que nunca con una desventaja que se pueda haber añadido por ello.

V.I. Categorías de Actuación (C.Ac)

1. Corresponde que el rétor se ocupe particularmente de aquellas *cuestiones que son definitorias en la litis* y por lo tanto, no haga desgastes en las restantes cuestiones que pueden parecer valiosas, pero que en rigor no lo son. Las cuestiones que tienen la mencionada categoría, son sin duda las que han sido a su vez, materia de discusión en el pleito.

De cualquier manera, siempre queda abierta la posibilidad para que el rétor, se quiera ocupar por la razón que estime con-

veniente, de otras cuestiones que no son objeto directo de discusión por los litigantes; mas cuando se introduce en dicho camino, debe proceder a otorgar un plus de razones por las cuales ello se justifica, *so pena* que no pueda ser atendido el mencionado capítulo.

Ha sido atendido de esta manera en los autos “*Municipalidad de Córdoba c/ Barrionuevo, Graciela Cristina - Ejecutivo*”⁴⁵ (Cámara 5ª C. y C., Sent. Nº 8 del 1/3/99), indicándose que: “... la parte recurrente en manera ostensible, mediante su escrito de expresión de agravios, intenta introducir una modificación notable, en aquello que fuera lo determinante para la generación del mismo *thema decidendum* (...) El recurrente dedujo su excepción de inhabilidad de título, sobre la base de que el inmueble en virtud del cual, se reclamaba el cobro del tributo presuntamente impago, no se encontraba individualizado; mientras que en esta ocasión se aspira a encaballararla a la misma, sobre un supuesto fáctico que la recurrente habría recién advertido una vez, que la actora ha procedido a contestar las excepciones y agregado el mencionado plan de cuotas que se estableció para el pago de la deuda. Resulta obvio, que no es posible efectuar dicha mutación en lo que fuera objeto de decisión por parte del magistrado de la primera instancia y lo que ahora es traído a debate, admitirlo importaría una auténtica lesión a la garantía de defensa en juicio de la otra parte por la alteración del principio de bilateralidad del proceso, como también una generación de incertidumbre en el derecho ostensible (...) huelga señalar que la oposición de excepciones es análogo y tiene la misma ratio procesal, que en un declarativo tiene la contestación de la demanda, es decir que determina y fija el *thema decidendum*, puesto que se establece la traba de la litis y en consecuencia determina la propia congruencia de la sentencia, que

⁴⁵ Fallo inédito.

ordena que será dictada ella, de acuerdo con lo que fuera alegado y probado”.

2. Si bien es cierto, que cada uno de los argumentantes tiene toda la libertad de hacer las *mediciones temporales y espaciales de sus presentaciones* sean ellas escritas o verbales, fuera de cualquier duda está, que corresponde también el tener que hacer las previsiones temporales naturales en orden al mismo cansancio o falta de atención que en el auditorio judicial como consecuencia de ello se pueda generar. Motivo por el cual, no es del todo posible, brindar una regla que aparezca como única en la mencionada cuestión.

Sin embargo lo que parece recomendable es que lo que se tenga que decir, sea sólo lo que resulta incuestionablemente *pertinente*. Puesto que pueden existir argumentaciones que aunque se refieren al *thema decidendum*, aparecen como claramente impertinentes, inoportunas, desgraciadas o fútiles.

Ha sido recogido dicho criterio en los autos “*Carnero, Héctor c/ Susana González y otro - Ordinario*”⁴⁶ (Cámara 5ª C. y C., Sent. Nº 118 del 24/9/01), al señalar que: “Obviamente que no sólo se trata de que quien circula por la derecha tiene la prioridad en el paso frente a otro conductor, sino que también como consecuencia inevitable de ello, tiene la preferencia de completar de pasar con su vehículo la arteria que atraviesa y los conductores que por la misma avanzan, o sea por la izquierda, así lo deben atender (...) VI. También se ha agraviado la parte demandada porque el Sr. juez *a quo*, no habría ponderado los extremos vinculados con la falta de cumplimiento de extremos que la reglamentación de conducción de remis como tal impone a quien cumple con dicha labor. Entre ellas, no tener un carné de conducir específicamente habilitado para tal tarea; como así

⁴⁶ Fallo inédito.

también el haber trasladado a un número excesivo de pasajeros y más aún, en un pequeño automóvil como es el Duna. Al respecto cabe señalar que no estamos frente a un conductor que carezca de habilitación municipal para conducir, sino en todo caso, quien carece de una especialmente destacada para la conducción de coches habilitados para la afectación del servicio de remis. En nuestro parecer ello ya de por sí, coloca una diferencia sustancial y afirma en rigor de verdad la tesis, que estamos frente a un mero déficit de naturaleza administrativa y que en el caso concreto en modo alguno modifica las conclusiones a las que hemos arribado. Como es obvio, ello no se advierte modificado tampoco, porque se hayan trasladado más pasajeros que los que en rigor la legislación permite, pues ello será en todo caso, juzgado y se obtendrán las conclusiones que así correspondan en el ámbito propio. De cualquier manera queremos señalar, aun si se quisiera asimilar que la conducta del Sr. Peralta de conducir vehículos afectados al servicio de remis sin tener la habilitación específicamente prevista para tal caso como si, careciera de habilitación municipal en concreto; es que ello en principio en nada modifica la responsabilidad del conductor del vehículo del actor. En realidad su gravitación es distinta cuando de las mismas constancias de autos aparece la comisión de una obvia maniobra antirreglamentaria y que como tal, es posible de encontrar su causa fuente en el propio desconocimiento respectivo al Código de Tránsito (...) De manera tal, que si bien y por principio no existe una relación de proporcionalidad, entre responsabilidad civil y falta de autorización municipal para conducir; puesto que son dos cuestiones diferentes: una atribuye el carácter de responsable a un determinado sujeto a título de culpa en sentido lato o por una ponderación en abstracto y objetiva; el restante aspecto, conlleva una sanción de tipo administrativo y municipal que no se extiende a la responsabilidad civil propiamente; sin dejar de reconocer que puede llegar a tener, como lo ha sostenido igualmente la doctrina efectos en orden a la relación entre el conductor en infracción y su propia compañía aseguradora”.

3.1. La utilización de los argumentos por los rétores, por definición no debe ser ofensiva, lo cual significa que todo tipo de realización *ad hominem* que cumplan los intervinientes merece ser reprobada.

De la misma manera tiene que ser tratada la consideración, cuando el uso argumentativo *ad hominem* es ejercido por los jueces, tanto para atacar mediante el mismo a los letrados que litigan ante sus estrados judiciales, como para referirse a cuestionables comportamientos que hayan podido ejercer los jueces de una anterior instancia.

En rigor de verdad, la realización de una argumentación ofensiva como la que se ha indicado por parte de un juez hacia otro de menor instancia, es doblemente preocupante, no porque se ponga de manifiesto con ello ninguna rotura del espíritu de cuerpo o algo que a eso se parezca, sino porque denota en pocas palabras que se ha perdido el respeto por la misma investidura judicial que justamente los jueces son quienes mayormente impuestos de tal cumplimiento están ⁴⁷.

Hemos podido leer una resolución de la Cámara de Apelaciones de 2ª Nominación en lo Civil y Comercial de Córdoba, Auto Interlocutorio N° 535 del 27/12/02, en autos “*Rehace expte. en: Revuelta, Miriam Susana c/ Rubén I. Botallo - Disol. de soc. de hecho*” ⁴⁸, donde el vocal Dr. Carlos Ernesto Gavier Tagle dice: “Que la excusación de la Dra. Chiapero de Bas resulta tan cómoda como jurídicamente injustificada, lo que torna ineluctable su desestimación: (...) c) porque sentado lo expuesto, no es dable cohonestar un pedido de apartamiento alegremente deducido: el inhibido se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones funcionales, violenta moralmente a sus colegas, que -en nombre del malhadado ‘espíritu de cuerpo’- se sienten obliga-

⁴⁷ Huelga destacar que por otro lado, ello importaría *prima facie* la violación de la regla 4.1 del Código de Ética Judicial de Córdoba.

⁴⁸ Fallo inédito.

dos a admitirlo, recarga injustamente la tarea del juez de otro tribunal convocado en su reemplazo, dilata considerablemente la resolución de los litigios, y redundante de tal manera en detrimento de los justiciables”.

4. Si bien por definición hemos indicado, que la argumentación tiene que hacer eje en la materia que resulta estar controvertida, tal aspecto no excluye que por alguna razón auxiliar y de conveniencia, que a la sazón se ponga de manifiesto; que se pueda tomar un camino que resulte diferente. Más corresponderá en el supuesto caso, hacer un notable esfuerzo para que no sea visto dicho acto como una maniobra que en realidad encubre una pretensión falaz o viciosa que por definición se le atribuye a quien ejercita una *argumentación por fuera del cerco procesal*.

Quien asume la nombrada tarea, por ser claramente anómala debe dar una razón que sin lugar a dudas así lo justifique. Mas cuando la explicación para un tal análisis no existe, queda en total evidencia que lo alimentado ha sido la misma mala fe del rétor y por ello, seguramente habrá de tener que cargar con las consecuencias que de allí resultarán.

5. De la misma manera que las partes argumentan acerca de las cuestiones que están controvertidas en el pleito, los jueces a la hora de otorgar la fundamentación de las resoluciones por imperio del mandato constitucional de brindar las razones en las que se basan para el nombrado dictado sentencial; se habrán de ocupar de utilizar sólo aquellas *pruebas que resulten relevantes* para la resolución del caso concreto, dejando sin ponderar todo otro cuerpo probatorio.

La jurisprudencia en manera unánime viene sosteniendo que “Antes de entrar en el estudio de los agravios vertidos por la recurrente, cabe recordar que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos pues basta

que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas producidas a otra, u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales” en autos “*Concha Pardo, Juan c/ La Primera de Martínez S.A. - Ordinario*”⁴⁹ (Cámara Nacional de Apel. en lo Civil, Sala K, Resolución del 4/5/00).

La libertad de ponderación de la prueba que tiene el juez es máxima, por ello la forma en que el argumentante puede mostrar la omisión en tal materia que ha tenido el juez, es a partir de la utilización del llamada método de inclusión hipotética mental, el que a su vez hace eje, en la misma entidad gravitante que puede tener la mencionada prueba omitida. De tal manera, que si la prueba que ha sido introducida por la parte, no ha sido relevante, tampoco podrá luego, hacer valer con éxito que la misma ha sido omitida.

Resulta claro su utilización en autos “*Ramallo, Roberto Gabriel c/ Bustos, Fernando Bartolo y otro - Declarativo - Cumplimiento o resolución de contrato - Recurso directo*”⁵⁰ (T.S.J., Sala Civil y Comercial, Sent. N° 24 del 25/4/06) cuando se indica que: “... si el agravio versase -como en el caso- sobre la presunta omisión de valorar prueba (hipótesis captada como inobservancia del principio de razón suficiente en su faz ontológica), el impugnante deberá acudir a lo que se ha dado en denominar “método de inclusión mental hipotética”. Cabe agregar que por método de la inclusión hipotética mental, la prueba preterida en su ponderación, debe venir a conformarse como emulando ser una nueva premisa en el razonamiento del a quo, y que está descripto en la sentencia que se cuestiona; premisa ésta, que debe tener un viso de tanta verosimilitud que arroje una entidad tal, que por vía de la argumentación sea demostrado que la decisión así

⁴⁹ Publicado en L.L. 2000-F-491.

⁵⁰ Fallo inédito.

obtenida del proceso subsuntivo macro decisional del juez, no puede ser semejante al que fuera alcanzado sin la prueba cuestionada en su valoración. Se trata entonces el resultado al que se podría haber arribado, de una connotación notablemente diversa a la que ha sido obtenida; no siendo suficiente por lo general, la mera y ocasional presunción de variabilidad del resultado. El ejercicio argumentativo de quien denuncia la omisión de la prueba en casación, debe demostrar en manera inequívoca el resultado transformador que dicha premisa tendría en el razonamiento del sentenciante. A no dudarlo que dicho embate extraordinario tiene que tener ese sesgo fuerte de ‘criterio diferente’, para que tampoco pueda ser ello atribuible a la diversa e individual manera de valorar las probanzas que cada uno de los jueces desde la misma sana crítica racional ponen en movimiento, en cada una de las ocasiones que deben hacer las ponderaciones probatorias. Es decir, deberá no sólo denunciar la probanza indebidamente prescindida sino demostrar su decisividad y el modo en que su falta de consideración ha privado a la resolución de motivación. Tal como se ha indicado *supra*, los quejosos incumplieron la condición formal de admisibilidad enunciada”.

Siguiendo esta línea de pensamiento se puede decir, que la manera mediante la cual puede repelerse por los jueces la mayor cantidad de casos denunciados en que se habría omitido considerar alguna prueba de carácter dirimente; es cuando las argumentaciones probatorias que ha conjugado el sentenciante en la resolución, forman todas ellas un universo lógico homogéneo y con una similar importancia, motivo por el cual, aun siendo cierta la existencia de la omisión de alguna de ellas, el resultado en realidad no se vería alterado.

6. También resulta una manera de actuación relevante la que se cumple, cuando por las razones jurídicas y estrategias que se tengan, y que generalmente se vinculan con la representación exitosa que por dicha vía argumental el litigante se proyecta; es que se *prefiere* en manera directa a *algunos sujetos procesales* antes que a otros.

En autos “*Concha Pardo, Juan c/ La Primera de Martínez S.A. - Ordinario*”⁵¹ (Cámara Nacional de Apel. en lo Civil, Sala K, Resolución del 4/5/00), se ha dicho por el Tribunal que “... recepataré en esta instancia de Alzada las conclusiones del perito, toda vez que la especialización técnica del mismo, como el hecho de haber sido designado de oficio, constituyen antecedentes coadyuvantes para la ponderación de la trascendencia probatoria de su dictamen, creando en tal sentido, esas circunstancias calificativas, la convicción de certeza y razonabilidad acerca de las conclusiones a las que arribara sobre el tema en cuestión. Y si bien es cierto que el dictamen pericial no vincula al juez de la causa, elementales reglas dictadas por la sana crítica aconsejan su aprobación cuando no hay razones científicas suficientes como para apartarse del mismo”.

V.2. *Categorías de Instrumentalidad (C.In)*

1. Todo argumentante debe hacer un esfuerzo permanente para que su discurso sea propiamente dicho y para ello, la primera regla que debe cumplir es el de resultar **comprensible**. O en su defecto, no pueda ser interpretado como oscuro, ambiguo o críptico. Tal como se advierte entonces, resulta la C.In como una especie de consecuencia del sPCC 1.

2. Debe existir en cada uno de los argumentantes también, una incuestionable vocación de ser **concretos y precisos** tanto en lo que aspiran con la pretensión procesal que están ejercitando, como así también en aquellas otras cuestiones que por definición estratégica no están dispuestos a conceder a la contraria⁵².

⁵¹ Publicado en L.L. 2000-F-491.

⁵² Cuando el maestro Angel Ossorio se refiere a los atributos profesionales de los abogados, no dudaba en recordarles, que sean más historiadores y de allí

Y si bien ello puede parecer que ya fuera dicho en alguna de las anteriores consideraciones, en rigor aquí nos estamos refiriendo a la manera instrumental en que resulta mediatizado y que como es previsible, pasa por el *uso del lenguaje* y las maneras semánticas y pragmáticas, además de sintácticas en que las expresiones están dispuestas en los discursos jurídicos⁵³.

A los efectos de mostrar la utilidad de la regla por vía de la contradicción, pues daremos transcripción expresa a una pieza procesal -recurso directo- que fuera presentada ante la Cámara de Apelaciones de 5ª Nom. en lo Civil y Comercial de Córdoba en los autos “*Alvarez Pooley S.A. c/ Nelly Salcedo de Farías - Desalojo*”⁵⁴ por la Dra. E.Y.P., que dice: “Que viene en tiempo y forma a interponer recurso directo en contra de la,... denegatoria a concederme el RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO en los autos caratulados “...” Que se tramitan por ante el Juzgado Civil y Comercial de 38ª Nominacion a Cargo del Dr Jorge Adolfo Corone -Juez- Dra Gladys Quevedo de Harris-Secretaria- a Cuyo fin adjunto sentencia-Copia de la Notificacion de la Sen-

una mejora en su narrativa. Afirmaba pues, que “*Narrar no es fácil. Hay que exponer lo preciso, sin complicaciones. Hay que usar las palabras adecuadas y diáfanas (...) Después de la veracidad, la primera condición del escritor forense ha de ser la claridad*” (“El estilo forense”, L.L. t. 20-142, Sec. Doctrina, 1940).

⁵³ En una muy apretada síntesis se puede destacar que “*La sintaxis se ocupa de las relaciones que los signos tienen entre sí. La semántica, de las relaciones que los signos tienen con sus designados, y la pragmática se ocupa de las relaciones que los signos tienen con sus intérpretes, con los usuarios de los signos (...) Las reglas pragmáticas determinan las condiciones que deben darse en el usuario, para que el signo sea considerado como tal. Considera los aspectos psicológicos, biológicos y sociológicos que se dan en el funcionamiento de los signos y los efectos que producen los signos sobre sus intérpretes, cómo éstos utilizan los signos, etc.. Aclaremos que un signo puede producir distintos efectos en distintos individuos y hasta distintos efectos en un mismo individuo según las circunstancias*” (KOLLAR, M., *El problema del lenguaje en la investigación científica*, Buenos Aires, Biblos, 2001, p. 27).

⁵⁴ Fs. 8. Nuestro archivo.

tencia-Copia del Recurso de Apelación - Cedula de Notificacion de la Denegatoria del recurso de Apelacion- Que siendo Fiador del Contrato de Locacion en los autos Mencionado Con Interes Legitimo y Con los derechos Lesionados, Habien Comparecido en tiempo y forma, habiendo recurrido en tiempo y forma, No se me Hace lUgar Por Considerar que No soy Parte- POR LO EXPUESTO SOLICITO: Me tenga por presentado y con el domicilio constituido- Haga lugar al Recurso Directo Solicitado” (sic).

Sólo queda por agregar por parte nuestra, que del lamentable escrito de la abogada en cuestión, resulta no sólo que su presentación fue torpe y bochornosa, sino que además poco conoce ella, de que el acento o tilde integra parte de los signos ortográficos, como así también, que el punto es el signo que se coloca al final de una oración. Finalmente que no corresponde colocar sin la existencia de un punto y no tratándose de un nombre propio, mayúsculas a la palabras. Ello entre otros de los tantos defectos que se advierten en la paupérrima presentación ⁵⁵.

De cualquier manera también hay que señalar que los tribunales deben atender a la mencionada C.In de claridad, no sólo en el sentido propiamente especulativo de immacular hasta donde resulta posible lo que han querido referir en cada una de sus resoluciones; sino también haciendo referencia a la misma **legibilidad** que de los decretos puedan hacer los abogados. En realidad, el hacer una caligrafía con total desaprensión por

⁵⁵ Se pueden citar excelentes libros que se ocupan de estos temas con una incuestionable mirada de utilidad para lo jurídico judicial, entre ellos el más completo es la obra de MILLÁN GARRIDO, A., *Libro de estilo para juristas. Normas básicas y reglas técnicas en la elaboración del trabajo académico*, Barcelona, Bosch, 1999. De menor tratamiento aunque de acceso sencillo, puede consultarse BELLUSCIO, A., *Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

quienes vayan a ser lectores de tales proveídos, es una forma también de poner en situación de debilidad al litigante.

Tal aspecto lo hemos visto reflejado en una resolución en autos “*Zambelli, Romualdo E. c/ Alberto Monserrat - Medianería - Rec. directo - Hoy revisión*”⁵⁶ (Cámara 5ª C. y C., A.I. N° 483 del 18/11/02) en cuya ocasión se dijo: “Así las cosas, y sin perjuicio que el recurrente ha dejado propuesta la realización de un informe pericial a los fines de la aclaración del término del cual se está en duda acerca, si dice ‘marzo’ o ‘mayo’; en realidad nos parece una desmedida posibilidad ella como en verdad, nos parece sin más el haberse entorpecido tan lamentablemente el trámite de la causa por un largo período por una discusión rigurosamente nimia y que podría haber sido solucionada con un poco más de sentido común y de mera destreza profesional por parte del tribunal *a quo*. En realidad, y sin pretender arrogarnos facultades y pericias de las cuales carecemos, la sola comprobación visual del decreto en cuestión (fs. 441), como de otros obrantes en la causa y que son un medio idóneo para trazar una línea comparativa, pues nos permite colegir, a diferencia de la Sra. Juez a quo, que en el mencionada decreto dice ‘Mayo’ y no ‘Marzo’ (...) Cualquiera de dichas anotaciones, advierte que en el decreto de fs. 441 la indicación rigurosamente que es ‘mayo’, no se pueden contabilizar en dicha palabra, cinco fonemas sino, rigurosamente cuatro. Y tal como se sabe: mayo tiene cuatro letras y marzo, cinco (...) Finalmente no se puede dejar de señalar, que resulta también oportuno recomendar al mencionado tribunal, que de futuro guarde una preocupación especial para que, no sea la caligrafía de los decretos un aspecto que gravemente lesiona la misma tramitación de la causa y genera no sólo dispendio económico sino temporal, absolutamente innecesarios”.

⁵⁶ Fallo inédito.

Cabe destacar de igual manera, que la misma claridad que es requerida a los tribunales, es semejante con la que éstos solicitan de los abogados y que en muchas ocasiones ello pasa, por la simple *ordenación gráfica del texto* argumentativo que se introduce.

A tales efectos de puede ilustrar con la recomendación que hiciera el tribunal al letrado en orden al mencionado tópico, ello en autos “*Popko, Osvaldo H. y Cristian D. Popko c/ Lidia E. Sassaroli de Orta - División de condominio*”⁵⁷ (Cámara Civil, Com. y Contencioso Administrativo de 3ª Nominación de Río Cuarto, A.I. N° 163 del 18/5/04), en donde se dice: “III. No quiere por último pasar por alto este tribunal, que el escrito casatorio presentado no cumplimenta en su formato lo mandado expresamente por la acordada del Excmo. Tribunal Superior de Justicia N° 355, Serie A del 11/3/97, en cuanto al doble espaciado que debe existir entre los renglones de los escritos judiciales y adecuados márgenes interiores exteriores de los mismos, situación que dificulta seriamente su lectura. De ahí que sea necesario recomendarle al Dr. Guillermo Esio Orta el estricto respeto en el futuro de la misma, que seguramente habilitará, de no verificarse, a que se disponga derechamente un rechazo de la presentación del escrito de que se trate”.

3.1. Parece siempre más recomendable que los abogados sean *escuetos antes de extensos* en ocasión de hacer los tratamientos discursivos que correspondan. Ello así parece lo aconsejable, puesto que la síntesis que hay que lograr cuando existe el manejo de mucha información resulta un valor agregado entrañablemente valioso. Como así también hay que considerar que generalmente lo breve, ayuda a una mejor y rápida comprensión del problema. Otorga también una *pauta de naturalidad* que siempre se torna más comunicable y por ello, más creíble del discurso en consideración.

⁵⁷ Fallo inédito.

De cualquiera manera tampoco es recomendable abusar de la mencionada indicación, puesto que así hacerlo, dejaría al restante argumentante en una notable situación de fortaleza. La ilustración por excelencia de un laconismo no recomendable justamente es el cumplido por los laconidenses en ocasión que Filipo de Macedonia escribe a los espartanos: “Si entro en Laconia, destruiré vuestra ciudad”..., los espartanos contestaron: “Sí...”. Allí el laconismo ⁵⁸.

3.2. De allí también se sigue por un puro carácter consecuencial, que las tesis deben ser sostenidas por los letrados con la *mayor simpleza posible* y con un orden lógico, que emule hasta donde resulte ello posible de ser cumplido, con el mismo camino que tiene la naturaleza de las cosas. Resulta siempre más creíble aquello que sigue el argumento de lo probable y corriente de lo que es extraño y excepcional.

Cuando la argumentación de las partes, aparece altamente impregnada de recodos intelectuales y pasadizos proposicionales, junto con una entusiasta ristra de normas procesales y sustanciales, genera un *animus dudandi* en los sentenciantes; todo ello porque sin duda que se comparte que lo obvio es lo natural y se muestra simplemente tal como es.

4.1. Todo ejercicio argumentativo antes de ser explicitado ha tenido una determinada *maduración en el argumentante*, lo cual le ha permitido al nombrado poder potenciar algunas líneas argumentales, suprimir otras, marginar tales o cuales cuestiones. Esto significa, que la improvisación discursiva aparece como altamente disvaliosa.

⁵⁸ Vide una serie de referencias a laconismos clásicos en BLAISTEN, I., *Cuando éramos felices*, Buenos Aires, Seix Barral, 2006, p. 188 y ss..

4.2. Resulta recomendable entonces que el rétor vertebré sus argumentos en lo que discursivamente se nombra como un *plan de texto* y a la vez, jerarquice los distintos argumentos acorde a la relevancia que le atribuye a los mismos. De manera tal, que los argumentos fuertes y débiles sean utilizados oportunamente en el mencionado discurso.

De esta manera, mediante el nombrado plan de texto, y por ello desde lo discursivo, se atenderá la manera en que se habrán de *organizar los párrafos* en cuestión; como así también desde lo argumentativo, se habrán de efectuar las mediciones acerca de la manera en que se habrán de presentar los diferentes argumentos.

La jurisprudencia ha recogido con especial interés dicho capítulo destacando que “Por una cuestión de método, los agravios no serán examinados en el orden que fueron propuestos por el recurrente sino en el siguiente orden”. En autos “*Quinteros, Jorge A. c/ Héctor H. Rizzi - Ord.*”⁵⁹ (Cámara 6ª C. y C., Sent. N° 37 del 6/6/03).

5.1. Resulta sumamente importante que los argumentantes se acostumbren a efectuar cada tanto en su argumentación, una especie de *resumen* que permita al restante rétor, pero particularmente al auditorio que está en las fases finales del mencionado proceso retórico y por ello próximo a definirse por alguno de los argumentos total o parcialmente; que los rétores otorguen instrumentos suficientes para que pueda cada tanto el auditorio, visualizar, compendiar e indexadamente considerar la totalidad de los argumentos que están siendo utilizados y dejarse impregnar por éstos.

⁵⁹ Fallo inédito.

5.2. Conexo a la nombrada tarea, se puede mencionar la realización de la *ejercitación de la revisión*, en donde no sólo se indican los principales aspectos que han acontecido descriptivamente según el estado procesal del pleito, sino sumando un apartado acerca de cómo puede ser comprendido también el mencionado resumen, y por ello, con alguna cuota de interés personal del rétor en la posición que se ha medido y por lo que, la implicancia valorativa que tiene dicha revisión es diferente para cada uno de los argumentantes.

Hemos podido apreciar la mencionada utilización, no sólo en los jueces a la hora de dictar las resoluciones, sino con mayor frecuencia en los abogados cuando construyen sus piezas alegatorias. Una variante de tal supuesto, estaría en una suerte de *petitum* ampliado que de esta forma fuera formulado: “IV. Por lo dicho pido: PRIMERO: Por interpuesto recurso de casación; SEGUNDO: Se sustancie; TERCERO: Se conceda y se eleven los autos; CUARTO: Por efectuado cambio de domicilio procesal; QUINTO: Por constituido en la Ciudad de Córdoba; SEXTO: Se tenga presente la cuestión federal articulada en la primera instancia y la aquí producida; SEPTIMO: Que en su día se anule y se disponga un nuevo pronunciamiento acorde a derecho” (Escrito de interposición de recurso de casación por el Dr. Mario W. López *in re* “IRSA Inversiones y Representaciones S.A. - Concurso especial en Autos Mantas Elías Konstantinos s/ Concurso preventivo (Hoy quiebra consecuenciaL)”⁶⁰).

6.1. Resulta de relevancia inicialmente desde lo instrumental, pero secundariamente también lo tiene para hacer una medición del propio prestigio del profesional actuante, que el nombrado letrado cumpla en manera suficiente con las *reglas*

⁶⁰ Fs. 501. Nuestro archivo.

de la sintaxis, puntuación y ortografía a lo largo de su trabajo discursivo ⁶¹.

No cumplirlo de esta manera, genera en el auditorio, no sólo una impresión de cierta cuota de ignorancia respecto de tales capítulos que ya de por sí es bastante afectatorio a la propia autoestima del rétor, sino que en manera más perjudicial todavía; pues coloca en grado de advertencia que el mencionado argumentante se ha tomado bastante poco en serio la presencia y el rol que cumple profesionalmente; con lo cual, habrá una afectación al menos psicológica y de mala predisposición en el auditorio para atender los argumentos de la mencionada parte.

Sin embargo, hemos tenido conocimiento por quien postulando a un cargo de vocal de Cámara en el Consejo de la Magistratura provincial, cumpliendo con dicha C.In., lejos de merecer la aprobación del Tribunal Examinador, que finalmente lo calificó con 37 puntos sobre 40, apuntó en la 'Planilla de Evaluación' ⁶², el siguiente texto: "La redacción y el uso del lenguaje son correctos, observándose sólo que resulta un tanto extensa, con reiteración de conceptos en la relación de la causa y en la valoración de la litis. Se observa también la separación de párrafos con punto aparte, estructura no habitual en este tipo de resoluciones, al menos en los tribunales locales...". En rigor, los miembros de la Sala del Consejo de la Magistratura, están amonestando al postulante que ha cumplido con las reglas de la puntuación tal como las reglas gramaticales lo imponen y ninguna otra regla del *usus fori* podría derogar alegremente.

⁶¹ Augusto Belluscio, bajo el acápite de "Observaciones gramaticales" manifiesta que: "*Una premisa básica es que no se deben redactar oraciones excesivamente largas, cargadas de comas y sin otro signo de puntuación. Siempre que sea posible, para evitar una longitud desmesurada del párrafo, es preferible utilizar oraciones breves, separadas por punto seguido*" (*Técnica jurídica para la elaboración de escritos y sentencias*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 1).

⁶² Nuestro archivo.

De cualquier manera también hay que significar que no puede hacerse de tales cuestiones dogmas inquebrantables que, en definitiva, terminen modificando la razón básica por la cual, las sentencias son dictadas, esto es, para que mediante la justicia que hacen en el caso concreto los jueces, se avance en un proceso de evidente pacificación social.

Un claro ejemplo del peligro que hemos apuntado, lo percibimos advertido en el siguiente pronunciamiento recaído en autos “*Laboratorio Biofarma S.A. c/ Raúl Manassero - Ordinario - Apelación*”⁶³ (Cámara de Apel. en lo Civil, Comercial, del Trabajo de Bell Ville, Sent. N° 24 del 18/10/02), donde se apunta: “La primera objeción efectuada por la apelante, referida a los tiempos de verbos utilizados por el juzgador, carece de toda entidad como para conmover lo decidido. El que al relacionar lo actuado en la causa, se hayan utilizado los verbos en tiempo simple condicional, en algunos casos, o compuesto condicional perfecto en otros, no tiene ninguna implicancia en el resultado, ni releja ninguna falla en el razonamiento seguido, como para descalificar el decisorio. El reparo así formulado, puede servir para valorar la bondad gramatical de una obra literaria, podrá gustar o no, o inclusive ser o no adecuada a las reglas de nuestra lengua, pero en modo alguno sirven para demostrar un error en el juzgamiento”.

La mencionada categoría, también en no pocas ocasiones ha sido vista como una recomendación genérica acerca de la misma elegancia jurídica, que las piezas procesales deban alcanzar.

A ello lo hemos advertido en los autos “*Molino Ottonello S.R.L. c/ De Torres, Leandro Ezequiel - Ejecutivo - Tercería de dominio de Rodríguez, Olga del Rosario*” (Cámara 5ª C. y C., Sent. N° 93 del 12/6/03), cuando se resuelve: “... Iterar la recomendación al Dr. L.A.B. que de futuro otorgue adecuado cumplimiento al

⁶³ Fallo inédito.

Acuerdo Reglamentario N° 355 Serie A del 11/3/97, en orden a la *elegantia iuris* que hace a sus mismas presentaciones judiciales, por ser ello una realización propia e inherente el mismo cumplimiento del misterio profesional a su cargo”.

6.2. Dentro de esta misma recomendación en la categoría de lo instrumental, cabe hacer saber, que el uso de los **argumentos de autoridad** en el ámbito del derecho tienen un claro e incontrastable valor, pero también hay que señalar que a los efectos de que éstos puedan ingresar a la argumentación en manera suficiente y validados, es que deben tener una cantidad de señales en su **citación** de manera tal, que lo vuelvan un texto claramente individualizado e individualizable para dicho estadio procesal.

En realidad, se advierte con algún grado de frecuencia que los tribunales incumplen dicho postulado. Así se puede leer en los autos “*Ceroli, Carlos A. c/ Ruben J. Miotti y otros - Daños y perjuicios*”⁶⁴ (Cámara Civil y Comercial de Villa María, Sent. N° 34 del 15/11/01) la siguiente utilización: “... El acta de denuncia es un instrumento público que hace fe exclusivamente de la declaración del denunciante y no de la exactitud de los hechos afirmados por este, que no han pasado en presencia del funcionario otorgante del acto (conf. Sem. Jur. 7/9/89). También son inhábiles (relativamente) para declarar como testigos ascendientes o descendientes (conf. Hernando Devis Enhandía (sic) Compendio de la Prueba Judicial- Tomo II- pág. 82)”.

Por lo cual, quien ignora o hace indebidamente las citas de fuentes tanto doctrinales autorales cuanto jurisprudenciales, corre el severo riesgo de que, en definitiva, no pueda hacerlas valer porque la admisión no ha sido validada como corresponde.

⁶⁴ Fallo inédito.

Incuestionablemente que dicho extremo siempre resulta grave en su violación, pero cabe destacar que es más serio, cuando quien lo comete es el propio juzgador a quien en manera incuestionable, se le debe otorgar el crédito de hacer una argumentación heurística. Así lo hemos visto denunciado por los letrados Dres. Selva Almada y Alejandra N. Campos en autos “*Piedrabuena, Horacio J. c/ Héctor A. Allende- Daños y perjuicios*”⁶⁵ en su escrito de expresión de agravios al indicar que: “II.a) Nos agravia que el *a quo* haya citado a Guasp en forma incompleta dando una interpretación arbitraria al citado autor, ya que omite una parte fundamental de su pensamiento el cual a continuación se transcribe “... El fundamento subjetivo se basa por lo tanto en la presunta voluntad de los litigantes; el fundamento objetivo en la idea supraindividual de que no se prolongue la duración de los pleitos paralizados. No es dudoso que el fundamento objetivo debe preferirse al subjetivo”. Y en el caso de marras el *a quo* se basa en el elemento subjetivo y en una interpretación muy subjetivista de los hechos, desconociendo que Guasp pone el acento en el elemento objetivo”.

7.1. Fruto de los notables avances tecnológicos hoy existentes a disposición de los rétores, particularmente en lo referido al *manejo digital de datos e información*, es que se advierte que en muchas ocasiones, no sólo que se utiliza de ellos sino que en verdad se abusa de su realización. De tal manera que se ha generado una ‘promiscuidad tecnológica’ que lejos de otorgar firmeza en la manera categórica de argumentar, le ha dado a la nombrada, un marco de total falta de pertenencia a un argumentante en concreto.

Situaciones realmente alarmantes en este orden podemos señalar, cuando en las resoluciones judiciales se transcriben lar-

⁶⁵ Fs. 70. Nuestro archivo.

gas citas doctrinarias de fácil acceso para cualquier letrado y que llegan al extremo de incorporar las propias referencias bibliográficas allí existentes; lo cual hace que la sentencia protocolizada luzca con algunas notas al pié de página. Al respecto entre otras puede citarse los autos “*Lastra, Sergio D. c/ Consolidart A.R.T. S.A. Ley 24.557*”⁶⁶ (Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala 7, Sent. N° 36 del 21/3/06).

7.2. De cualquier manera si ello no fuera suficiente, el eje argumental del punto se advierte dislocado cuando las *citas de jurisprudencia* o los *aportes doctrinarios* son extensos y numerosos. En tales ocasiones podemos afirmar, que el llamado tópico de la cantidad se vuelve sumamente banal y lejos de mejorar las posiciones argumentales de quien lo utiliza, colabora negativamente en contra de dicho letrado.

Es claro que resulta preferible la utilización de una exclusiva y elegida jurisprudencia del mejor tribunal o de una incuestionable calificada doctrina autoral debidamente realizada la indicación tópico bibliográfica en ambos casos, antes que fatigosas reproducciones de sumarios de fallos o artículos doctrinarios. De cualquier manera también hay que decir, que cada vez son más los jueces que prestan relativa atención a dichos extremos, porque son ellos mismos productores del mismo defecto.

Si bien el problema al cual nos estamos refiriendo se reitera en una manera y las citas doctrinarias se hacen generalmente con rasgos de notable incompletitud, ahora, frente a la accesibilidad vía electrónica de gran cantidad de producciones bibliográficas se advierten citas como la que transcribimos y que hemos encontrado en autos “*Cooperadora de la Escuela Italo Argentino Dante Alighieri Intercambio Cultural Argentino Italiano c/ Briñon, Ana María - Consignación de llaves - Resol. de contrato -*

⁶⁶ Fallo inédito.

Declarativo»⁶⁷ (Cámara 1ª C. y C., Sent. Nº 133 del 23/8/04), donde se anota el siguiente párrafo: “Porque criticar es muy distinto a disentir, la crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación, tratando de demostrar los errores fácticos y jurídicos que ésta pudiere tener. En cambio disentir es meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia, (CPL de San Juan, 11-8-97, Olguín c. Lahoz), (cf.: W.O. y Glagol Press - Tel./Fax.: (+54-11) 4371-7868 - Bs.As.- Argentina- E-mail: wo@librosarg.com)”.

8. Resulta corriente en el ejercicio argumental, a veces por absoluta falta de argumentos con lo que se cuenta para rebatir las tesis del otro rétor o también, por cierta cuota de defecto en la formación de lo que hemos nombrado más arriba como el plan de texto, que los argumentantes no diferencian adecuadamente lo que corresponde a las premisas del razonamiento que están formulando, con las mismas conclusiones a las que consideran que previsiblemente dichas premisas orientan.

Cuando alguno de los argumentantes no ha logrado una conclusión de su razonamiento que sea derivado de las premisas anteriores, sino que, definitivamente ha colocado su conclusión como formando parte de las premisas anteriores; ha cometido un tipo de argumentación viciosa que formalmente se conoce como de la *petición de principio* y que nosotros colocamos ahora en manera deliberada como afectación a la categoría de lo instrumental, porque en verdad, parece más propia su degeneración como una imprevisión en el armado mismo del plan de texto.

9. Si acorde lo hemos venido sosteniendo, los argumentos que cada una de las partes tiene a su favor, son de diferente

⁶⁷ Fallo inédito.

valía, puesto que algunos podrán ser muy importantes, otros de una fortaleza intermedia, como también algunos que individualmente pueden ser considerados débiles; generalmente por diferentes razones hasta si se quiere ocasionales, será necesario el intentar ocuparse de todos ellos, porque de esa manera habrán de generar tracciones importantes para los que tienen una mayor entidad. Mas para que la gestión se cumpla, se impone conocer la estricta energía argumental que cada uno de los utilizados tiene y cual es el grado de tracción o detracción que pueden generar en el conjunto.

Conocer las diferentes *fuerzas de cada uno de los argumentos* que se habrán de utilizar en la argumentación impone que quien se sirva de ellos, lo haga acorde a una manera compatible, lo cual significa que haya podido previamente hacer alguna ponderación respecto de la misma sinergia que el uso de todos o algunos de los argumentos habrá de tener para el resultado final de la tarea argumental.

Una muestra acabada de una indebida sinergia, es cuando el tribunal advierte que el uso que se hace de los argumentos es contradictorio. Así en autos “*Escobar, Francisca S. c/ Provincia de Córdoba y otro - Daños y perjuicios*”⁶⁸ (Cámara 8ª C. y C., Sent. N° 70 del 29/7/03), donde se dice: “Las reflexiones precedentes se han desenvuelto sólo a mayor abundamiento y para satisfacción de partes. Porque el recurso de la demandada pudo haberse declarado inadmisibile, en tanto lesivo del principio de la buena fe, de la proscripción del abuso del derecho y de la directiva que impone no controvertir rotundamente los propios actos. Quien articulara una defensa, aduciendo responsabilidad contractual para sustentar incompetencia (según invocó la accionada), no puede revertir su actitud, con absoluta ambivalencia, alegando después que aquella era extracontractual. Lo que sostuvo en esa otra oportunidad revis-

⁶⁸ Fallo inédito.

tió valor de confesión, o al menos, de reconocimiento, que debiera haberse mantenido coherentemente leal, ante la contraparte y los órganos de justicia. De tal manera habría quedado terminada la controversia, y a sus términos debió atenderse quien asumió una determinada postura defensiva”.

10. Acorde a lo que hemos indicado en los párrafos anteriores, fuera de toda duda está, que una aplicación concreta de la categoría de lo instrumental, es que resulta conveniente por definición, que el discurso jurídico sea *naturalmente retórico*, no sólo por los notables cambios que en el ideario iusfilosófico de los últimos cincuenta años a ello lo han impuesto, sino porque así, se recupera la doble composición que el lenguaje como tal posee, cual es, su intrínseca emotividad.

Con esta dimensión retórica, no se aspira reemplazar el razonamiento sino reforzarlo, puesto que hace una cobertura completa del receptor del discurso, llevándolo a éste a un convencimiento más firmemente anclado que si lo estuviese haciendo sólo con una apelación a su pura razón.

11. Tampoco se puede dejar de ponderar como una de las variables importantes para la consecución de la categoría de lo instrumental, que todo rétor tiene que hacer un *exhaustivo análisis de su propio discurso* argumentativo a los efectos de intentar percibir, dónde estarían radicadas las posibles objeciones a él. Recordaba David Hume que siempre es mejor que seamos nosotros los primeros en descubrir la dificultad, antes de que nos sea presentada como objeción ⁶⁹.

Sea ello, para tratar de superarlas a partir de una nueva distribución argumental por caso, o para el supuesto que ello

⁶⁹ HUME, D., *Investigación sobre el conocimiento humano*, Madrid, Alianza, 1980, V, II.

no fuera posible para poner en ejecución la utilización de una figura retórica como es la prolepsis, mediante la cual, el propio presentante de una determinada posición muestra la debilidad que tiene dicha argumentación, antes de dejarla a disposición de la contraria que seguramente habrá de sacar más provecho de esa dificultad, siempre que la encuentre.

VI. Indicadores de Contralor Argumentativo del Opuesto (ICoArOp)

De la misma manera que a lo largo de los puntos IV y V nos ocupamos de mostrar cuáles serían las suficientes estrategias que desde las MaTO o desde los MoCA, resultarían suficientes de tener en cuenta, para que la propia argumentación resultara exitosa. Ahora habremos de anotar algunas consideraciones que devienen impostergables de tener que mirar en la argumentación de la contraria, a los fines de que en ella, no se cuelen defectos argumentativos que resulten de notable gravedad y por los cuales, el propio ensayo argumental quede totalmente desactivado.

A tales efectos sería conveniente poder tener presente al menos, los siguientes indicadores:

I. Toda argumentación tal como hemos indicado, presupone tener argumentos de variado poder ofensivo, o sea que tengan una densidad desmarcatoria para la contraria que pueda ser calificada de importante, intermedia y mínima. De alguna manera, el éxito del rétor está en, primero, lograr identificar los argumentos con la valencia que les corresponda, ello resulta de insustituible valor para conocer también cuánto esfuerzo y/o desgaste habrá que soportar en tal ataque; segundo, se impone aislar cada uno de los argumentos para realmente hacer un diagnóstico acerca de cuál podrá ser el éxito si la tarea de afectación a uno o varios de esos argumentos resulta exitoso; y tercero,

considerar a la vista de los dos resultados anteriores, si fuera necesario reformular argumentativamente aquellas tesis principales que conforman el argumento central que es defendido por la parte contraria, para reducirlo a su mínima expresión argumental convictiva.

2. Resulta entonces una cuestión insustituible el poder reconocer los argumentos que son utilizados para cada una de las tesis principales. Sólo con ellos a la vista, es que se podrá tener una clara comprensión del llamado árbol argumentativo de la contraria y sólo a partir del mencionado mapeo discursivo, es que se podrá ordenar una estrategia ofensiva coherente y que no pueda resultar afectatoria a la misma posición del defensor. Con ello a la vista, se podrá conocer en qué lugar del desarrollo se produce la defección argumental y, por lo tanto, intentar arrastrar desde allí hacia delante el mencionado vicio afectatorio del discurso.

3. Hacer una presunción sistemática que en la argumentación de la parte contraria, existe algún tipo de vicio y, por ello, es una tarea constante el tratar de reconocer la existencia de falacias -aunque redundante- encriptadas en el mencionado desarrollo argumental.

En realidad, desde este punto de vista, si Jonathan Swift señalaba que los políticos habían descubierto que el mentir bien a los ciudadanos no es cosa que se improvise, sino que es un arte con todas sus reglas ⁷⁰, parafraseando al nombrado ahora, no hay ninguna razón suficiente para que aquél que quiere triunfar en un pleito sin contar para ello con todo el derecho a su favor, tenga que seguir en algún momento del mencionado camino procesal, el que tiene por cauce no la mentira -que es una

⁷⁰ SWIFT, J., *El arte de la mentira política*, Madrid, Sequitur, 2006.

hipótesis muy grave y nunca disculpable- pero sí la del discurso engañoso en donde mediante hábiles estratagemas encontrará buenas razones donde objetivamente ellas no existen.

Respecto del último de los puntos, conviene señalar que tal como lo adelantáramos al inicio del presente trabajo, nosotros hemos trabajado la cuestión de la argumentación viciosa sobre la óptica del uso de un conjunto de llamados argumentos viciosos que como tal, puestos ellos en el discurso importaban una realización afectatoria a la vera argumentación.

Luego con el tiempo, lecturas de nuevos autores y más experiencia en la mirada focalizada en el tema, hemos culminado por advertir que en realidad los argumentos viciosos pueden ser presentados con una integración mucho más efectiva en el propio texto o discurso forense y por lo tanto, formando determinados grupos, los cuales a su vez resultan ser violatorios de unas reglas que de alguna manera intentan captar una condición más o menos reiterada en ellos y que trabaja afectatoriamente sobre el mismo discurso.

En esta ocasión sólo habremos de indicar las reglas violadas mediante un conjunto no enunciado ahora de falacias y/o sofismas, y que seguramente en otra ocasión, podamos desarrollar con total detalle: 1) Violación a la regla de la libertad; 2) Violación de la carga de la prueba; 3) Violación de la regla del punto de vista; 4) Violación de la regla de la relevancia; 5) Violación de la regla de la premisa implícita; 6) Violación de la regla del punto de partida; 7) Violación de la regla del esquema argumentativo; 8) Violación de la regla de la validez; 9) Violación de la regla del cierre; 10) Violación de la regla del uso

LA PROBLEMÁTICA DE LA PENA EN LA FILOSOFÍA Y EN EL DERECHO

LUIS ROBERTO RUEDA

Sumario: I. Introducción. II. Pena, Estado y sociedad. III. El aporte de la filosofía. IV. El modelo tradicional. V. Los discursos sobre la punición. VI. La pena como problema de la filosofía del derecho. VII. Aproximación a los grandes sistemas. VIII. Kantismo y hegelianismo.

I. Introducción

1. Mientras indagábamos acerca de algunas cuestiones de la filosofía práctica en nuestra actualidad, comenzamos a madurar la idea de elaborar un trabajo más detenido sobre el tema de la *pena*, desde un abordaje prioritariamente *ius filosófico*, que contemplase en su itinerario un desarrollo posible de los problemas que implica y de las cuestiones inherentes a las restantes ciencias sociales involucradas, particularmente las que convergen con los fundamentos del derecho penal, el cual, tras un siglo y medio de un desarrollo más o menos disciplinado, no ha alcanzado a plasmar una síntesis de la cuestión, en gran medida porque ésta lo excede desde la perspectiva tradicional de su formulación.

Es decir que ni el positivismo criminológico italiano, ni el positivismo alemán después; ni el ontologismo finalista que le

siguiera, hasta las vertientes actuales de las sociologías funcionalistas e, incluso, del abolicionismo y del garantismo penal, han dado, dentro de sus propuestas, respuestas convincentes y superadoras sobre el particular problema que nos ocupa. Sus aportes (con excepción de la corriente nombrada en primer lugar), han sido, no obstante, de envergadura, desde que contribuyeron a consolidar modelos europeos y anglosajones de manera acorde con sus respectivos sistemas sociales y políticos, incluso dentro de los contextos de crisis que los caracterizó y que actualmente -según Ferrajoli- los habita.

Pero no sucedió lo mismo al ser *transportados* a América Latina, donde, por regla general, se hizo caso omiso de tales aspectos sistémicos, omisión ésta que “... *deterioró la trascendencia del debate dogmático, pues en nuestra región éste casi se redujo a los aspectos técnicos de los discursos, banalizando la verdadera dimensión de las diferentes posiciones, cuya clave se halla en el aspecto político...*”¹. de modo tal que el debate penal del siglo XX presentó *caracteres de severa enajenación política*, desde que los respectivos modelos fueron importados con *notoria privación o recorte* de esa dimensión política local y regional.

Sucede que las elaboraciones del derecho penal prescindentes de los referenciados contextos, en la medida en que se intentaba justificar dogmáticamente la penalización de las conductas de manera políticamente “aséptica”, estaban condenadas al fracaso o a la irresolución, pues seguía ese orden del derecho encerrado en la *insularidad de la ciencia jurídica*, entendida como disciplinas que constituyen “un mundo aparte”, como enseña Ghirardi, a propósito de la visión kelseniana del derecho ².

¹ ZAFFARONI, E., *Política y dogmática jurídico penal*, Córdoba, Advocatus, 2002, ps. 59-60.

² GHIRARDI, O., *El razonamiento forense*, Córdoba, Ediciones del Copista, 1998, p. 33.

Ya los positivistas habían intentado una “ciencia penal total” integrativa de todos los saberes que le eran afines, con los resultados conocidos: sucede que estas aspiraciones no resolvían lo que Alberto Binder ³ llama la “*antinomía fundamental*”: la puja entre la fuerza del poder estatal que quiere realizar el programa punitivo del Estado, y la fuerza de las garantías de los individuos que quieren poner límites a ese poder. “*La clave teórica del sistema penal no es la ‘armonía de la doble eficiencia’, sino que es esta antinomia que se manifiesta en todos los rincones del sistema penal*”. Conforme con la “*doctrina de la doble eficiencia*” la tarea del derecho penal y procesal penal es, básicamente, ayudar a construir un sistema que sea lo más eficiente posible para el *castigo* de los delincuentes -retomando la idea de Beccaría- y, a la vez, reforzando la necesidad de que se proteja de toda forma posible a los inocentes, es decir, un sistema que busque la *perfección*.

No es necesario en nuestro razonar, extraer en el presente conclusiones más inmediatas, habida cuenta de la discusión tan actual acerca del *garantismo*. Lo que nos interesa destacar en la idea expuesta por Jiménez de Asúa: de lo que se trata *no es de construir el mejor derecho penal posible, sino de construir algo mejor que el derecho penal*. Con su expresión de que “*el futuro no es el derecho penal, el futuro es el del derecho premial*”, es decir, organizar la sociedad y motivar las conductas alrededor de los *incentivos* y no de los *castigos*, retomando las viejas ideas de Kant y Hegel ⁴.

2. Sucede que la situación actual de algunos de los temas centrales del derecho a lo largo de la historia, resulta verdaderamente paradójica: por una parte, en algunas oportunidades

³ BINDER, Alberto, “Relaciones entre la dogmática penal y la política criminal”, en *Derechos fundamentales y derecho penal*, Córdoba, Advocatus, 2006, ps. 44-46.

⁴ BINDER, *Ibidem*, p. 46.

se dieron por resueltos tanto los problemas en sí como las discusiones que a su alrededor se generaron, asignándoseles un espacio de desarrollo dentro la pluralidad de las disciplinas jurídicas, y limitados por sus propios marcos de construcciones discursivas. Por otra parte, y sin aparente conexión con lo anterior, el acontecer de la vida práctica de los hombres en la sociedad denominada -con matices diversos- *posmoderna*, propone sucesivos y nuevos cuestionamientos que incluyen aquellos interrogantes cuyo esclarecimiento pareció haberse operado en la especificidad de *un* campo del derecho, cuando ello, en el campo penal, constituye un esfuerzo agotado.

Entonces se piensa en agudizar en ese sentido el intelecto, pero ello sólo permitirá advertir que el ámbito se muestra estrecho para la complejidad de la problemática de que se trata, desde que su evolución, dentro de las profundas mutaciones históricas y sociales sufridas, impide su tratamiento científico sin vincular el tópico con la historia de las demás ciencias sociales y aplicadas.

Esto sucede con la concepción general de la pena, entendida como uno de esos problemas centrales, y mantenido durante mucho tiempo dentro de la deliberación de especialistas “exclusivos” de *una especialidad* del derecho, desentendidos del devenir general del conocimiento y de la diversidad epistemológica en que la cuestión se encontraba y se encuentra inserta. Se imponía un método propio en el estudio del evento jurídico, y éste preestablecía selectivamente -y, muchas veces, *a priori*- la oportunidad de una esporádica apertura a otras líneas de pensamiento.

La denominación terminológica inicial puede inducirnos a error: la sola mención de la *pena* y la amenaza implícita en un concepto fácilmente asimilable a un disvalor o pérdida de un bien, ya sea teniéndolo como objeto particular de estudio dentro de la ciencia jurídica, como así también observándolo desde una *teoría general del derecho*, da cuenta de la vastedad de los recursos argumentativos en juego, que en ocasiones exceden la

singularidad del concepto, particularmente, en la metodología que en ese discurrir se emplea. Por caso, algunos institutos del derecho penal (v.gr., los delitos que incluyen la noción de dolo eventual), han merecido elaboraciones que, por tan “especializadas”, parecen haber perdido su sentido original.

Esta apreciación vale también respecto de la justificación doctrinaria de lo concerniente a la principal forma de castigar institucionalmente (en especial, en lo que ocupa las indagaciones acerca de la *legitimidad* de esa actividad), ha sido tratada, a veces, con una notoria parcialización de los enfoques argumentativos, a consecuencia de lo cual pareciera no haberse alcanzado una distinción de los niveles gnoseológicos, con otros implicados en el hecho de *conocer* una determinada realidad, haciéndolos valer de un plano en otro y así sucesivamente, al punto de llegar un momento en que cualquier solución se torna casi imposible ⁵.

3. La cuestión no es, en este sentido, novedosa, ya que aparece tratada desde el siglo XVII como parte de cierta *concepción del derecho y la justicia*, mas no como parte del “derecho penal” que en sus diversas variantes hoy conocemos. En todo caso, ésta fue expresada en su desarrollo histórico con un trasfondo de mayor complejidad. Si bien el tema que nos ocupa incumbe principalmente a este último siglo y medio, no se sigue de ello que hagamos *tábula rasa* del acontecer anterior. En efecto, si descartamos que nada hay en la historia del pensamiento -salvedad hecha de la filosofía griega- que haya surgido de la espontánea genialidad de sus pensadores, veremos que a las formulaciones que los identifican las precede la construcción de grandes modelos desde los que se intentaba de-

⁵ DONNA, E.A., *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 1; v. cita al pie de GÖSSEL, K., en *Esencia y fundamentación de las sanciones penales*.

ducir *todo* el derecho a partir del fundamento del Estado, al punto de reconocer la posibilidad y utilidad de un *modelo alternativo*, como lo expresa Bobbio a propósito del “*modelo aristotélico*” y el “*modelo hobbesiano*”⁶.

Pero fue durante el transcurso del siglo XVIII cuando comenzó a cimentarse la *independización* de lo que llamaremos *a priori* la “*cuestión penal*”, dentro de la proyección indeleble del racionalismo, otrora insuficiente durante el Renacimiento, influido en la Edad Moderna por las principales corrientes de la filosofía política y jurídica de la Ilustración, tras lo cual con el Iluminismo se terminó de delinear el derecho penal contemporáneo.

Ello importa para destacar que *el derecho penal y los problemas que encierra, resultan, por sí mismos, insuficientes para resolver, habida cuenta de nuestra mirada retrospectiva, la problemática de la sanción penal*, dicho esto sin descuidar la importancia que ha merecido y merece en espacios hasta no hace mucho tiempo reservados a otras disciplinas, y de manera casi excluyente al campo específico del derecho penal (o “*dogmática penal*”, cuestión que sería motivo de divergencias⁷), poco dispuesto según su tratamiento

⁶ BOBBIO, N. - BOVERO, M., *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, 1ª ed. en español, México, F.C.E., 1986, p. 56: “*Se trata del modelo que puede ser llamado por su autor justamente ‘aristotélico’, así como el opuesto puede ser llamado con igual derecho ‘hobbesiano’, si bien tomando en cuenta que ciertamente no fue Hobbes quien lo inventó, porque la idea del origen contractual del Estado era ya conocida en la Antigüedad y especialmente tuvo vigencia en la Edad Media hasta el redescubrimiento de Aristóteles; pero fue a Hobbes al que se remitieron los escritores sucesivos.*”

⁷ Sebastián Soler distingue con claridad los tres objetos que designa la expresión “*derecho penal*”: (a) el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva; (b) el estudio sistemático de esas normas, y (c) cualquier otro estudio de la legislación penal, sin las ataduras de un derecho penal determinado, es decir, como un “*... conjunto de indagaciones libremente articuladas sobre la idea central de ilicitud penal y sobre todas las implicancias de ella*” (*Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1983, t. I, ps. 13-14 y ss.), considerando a la “*dogmática*” como una disciplina fundamental y autónoma. Nos parece váli-

tradicional a efectuar concesiones, aun cuando nuestro objetivo presupone la profundización de algunas cuestiones de cuño filosófico que conviene retomar, y las que por su importancia, nos parecen las mejor enderezadas hacia lo que constituye lo medular de los problemas involucrados y la consiguiente separación de los discursos teóricos que diversifican en orden a tal fin.

Intentamos, de este modo, alejarnos tanto de los catálogos descriptivos convencionales -aun cuando metodológicamente nos sirvamos de ellos- como de un análisis específicamente técnico-jurídico en particular (o esencialmente “dogmático” en el sentido expuesto), bajo la premisa de que no nos preocupa que tras el párrafo final, queden presentes no pocos interrogantes, de manera tal que el posible aporte de nuestro trabajo radicaré en que su dirección no desmerezca su objetivo.

4. Acordaremos asimismo, en que no es unívoca -y, mucho menos, excluyente- la dirección de nuestro trabajo en un espacio limitado, donde si bien no habremos de agotarlo, acaso podamos formular algunas cuestiones de particular interés y vigencia, distinguiendo preliminarmente algunos aspectos que hacen a nuestra inquietud:

a) En primer lugar, el tratamiento de *los principales problemas filosóficos implicados*, en tanto intentamos elaborar algún aporte dentro del marco de la temática planteada para una perspectiva actual, con obvia incumbencia en el contexto teórico del derecho penal y la filosofía del derecho, intentando visualizar, a diferencia de aquella visión pretendidamente totalizadora, una opción que *esclarezca* nuestro modo de ver frente a algunos de ellos.

b) En segundo lugar, asumir como punto de partida para la discusión, *la validez de algunas de las corrientes del pensamiento mo-*

da la distinción pues, de alguna manera, escapa al apego de otros autores, inspirados en Feuerbach, por el *derecho positivo vigente* como objeto específico del estudio dogmático.

dero y contemporáneo, para concentrar el enfoque en el análisis de las principales alternativas propuestas. Su elección acaso pueda parecer arbitraria, pero sucede que, desde el punto de vista filosófico, se impone la actitud de no abusar del desvío por senderos secundarios, por atractivos que parezcan.

c) En tercer lugar, se corresponde con lo dicho adoptar la opción que algunos consideran la “*vía intermedia*” para encarar el problema de la pena en un espacio limitado ⁸: 1. *Una consistiría en presentar un tratamiento exhaustivo de los problemas filosóficos implicados, dejando de lado la preocupación por formular las soluciones jurídicas específicas que se siguen de una toma de posición frente a tales problemas.* 2. *Otra sería asumir, sin discusión, la validez de ciertas opiniones filosóficas sobre aquellos problemas.* 3. Dicha “*vía intermedia*” consistirá en exponer *algunas consideraciones sobre los problemas filosóficos que incumben a la pena*, apoyándonos en algunas corrientes de pensamiento (por el momento, hasta Hegel), que creemos de interés sobre la cuestión. Finalmente, seguimos al autor en la necesidad de no incurrir en equívocos verbales como fruto de *la ausencia de una clara demarcación del concepto de pena.*

II. Pena, Estado y sociedad

1. Tomando como inicio un dato empírico de fácil constatación (tal como lo es “*algo*” *tomado de la realidad*), se convendrá en que existe un entendimiento generalizado que le otorga a la pena un carácter meramente sancionatorio (esto es, de *castigo*), del cual se nutren holgadamente determinadas formas de conocimiento y de percepción usual, particularmente, cuando se presenta *mediatizado* a través de interpretaciones integrativas de

⁸ V. NINO, C., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, ps. 197-198.

la cultura social, de manera tan diversa como formas de generar opinión existen.

De todos modos, lo que le llega primariamente al ciudadano común en el orden del *conocer*, es una visión rudimentaria de aquello que se presenta como merecedor de sanción penal, y que, en el lenguaje usual, se vincula con situaciones que reconocen su origen en aquella facticidad, siendo que ésta sólo constituye un epifenómeno, el que, en cuanto tal, refleja externamente otro orden de ideas y realidades no advertidas en una primera impresión.

Por caso, el doctrinariamente discutido *deber* o *derecho* del Estado para reprimir determinadas conductas, y todo lo relativo a la legitimación de esa actividad, podría presentar equívocos en su comprensión, de no efectuar previamente una distinción acerca de lo que debe entenderse por derecho penal entendido en sentido *objetivo* y en sentido *subjetivo*; esto es, un *ius puniendi* cuyo titular vendría a ser el Estado, como lo entiende -entre otros- Sebastián Soler⁹. Por nuestra parte, aceptada cuando menos como equívoca la conceptualización de “derecho penal *subjetivo*”, creemos que no existe tal derecho, pues “... *no es concebible un derecho penal ‘subjetivo’ entendido como un ‘derecho a incriminar’ ejercido por el ‘sujeto’ Estado*”¹⁰.

Aceptado asimismo, que esta rama del derecho es la forma de control social más grave institucionalizada por el Estado, de ello *no se sigue que éste ‘goce’ de un derecho subjetivo a incriminar conductas de los habitantes de la Nación y penarlas*¹¹. En definitiva -siguiendo al autor citado- “*El Estado no tiene ‘derecho’ a incriminar ni a*

⁹ SOLER, S., *Derecho penal...* cit., p. 29.

¹⁰ ZAFFARONI, E., *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1980, t. I, p. 33.

¹¹ ZAFFARONI, E., *idem*, con nota al pie -sobre el dudoso sentido actual del “derecho de penar”-; LECLERCQ, Jacques, en *Reflexions sur le droit de punir*, ps. 469-487.

penar, sino que tiene el deber de hacerlo, porque es un deber que surge de su función misma, es decir, de la propia razón de su existencia"¹².

En caso contrario, se deberá estar a lo que resulte del juicio como fenómeno eminentemente "colectivo" -y, por lo tanto, *social* antes que jurídico o filosófico, tal como se proyectan hoy las discusiones involucradas en la sanción penal, claramente patentizada en la función de los mecanismos jurisdiccionales normativos mediante los que se externaliza la represión estatal, y según surja de una interpretación racional del precepto constitucional (art. 18 C.N.).

No se sigue de ello que por no ser ésta una valoración técnica o propiamente *de iure* -al menos, *formalmente* considerada- resulte siempre *ab initio* equivocada cuando impera sobre determinados acontecimientos de la vida social, al menos como elemento de discusión, desde que no por encontrados y opuestos que sean los contenidos argumentales colectivos, dejen de ser en ocasiones verdaderos. Es oportuno recordar que el llamado conocimiento *vulgar*, como instancia gnoseológicamente inferior al conocimiento *científico* o *filosófico*, nunca puede ser, *ab initio*, desechado.

Es por ello que sucede, a propósito de algunos de esos temas, materia de controversia que la precaución a fin de no desmerecer esta primera instancia de percepción, debe ser mayor para advertir, cuando se apoyan o desmerecen juicios explícitos en el campo social, si se apoyan sobre una verdad con fundamento objetivo o, por el contrario, como verdaderos *puentes* por sobre las aguas de lo *real*, teniendo como punto de partida he-

¹² *Idem*, p. cit. Se remata el punto con la afirmación de que si bien la actividad sancionatoria estatal tutela bienes diversos de manera políticamente discutible, en razón de las razones ideológicas en juego, ello no traduce la existencia de un derecho subjetivo del Estado, sino que "*sólo atestigua la existencia de criterios diferentes acerca de la forma en que el Estado debe cumplir con el deber garantizador que le incumbe como medio para cumplir su objetivo fundamental*".

chos que no son aquellos sobre los que corresponde científicamente reflexionar, tan sólo porque el *lenguaje usual* los muestra como tales. Las recurrentes demandas en favor o en contra de la “dureza” de las penas, con prescindencia de un marco racional de discusión, son una muestra elocuente de ello, y constituyen un fenómeno específico del campo de la sociología.

2. Si bien desde el campo de esa ciencia, se puede objetivar como válida la creencia generalizada de que las penas son, en realidad, simplemente un *castigo* (aun cuando la prédica jurídico constitucional diga lo contrario), no es razonable aceptar de antemano la validez de dichas creencias, por generalizadas y aceptadas que estén, cuando debemos fijar un punto de inicio, el cual, con su pretensión de *cientificidad*, nos puede llevar a equívocos difíciles de subsanar.

Por caso, son comunes entre nosotros, los criterios que asocian la penalización de las personas sobre argumentos de represión no diferenciados; es decir, si provienen o no de la legitimidad formal del Estado de derecho o de un poder ejercido de facto, cuestión que es el natural resultado de un concepto de represión culturalmente integrado con el proceso histórico que vino, hasta hace poco tiempo, imperando en nuestro país y que aún persiste dentro de la vida democrática ¹³.

Ejemplo de lo dicho, acontece cuando se asocia la coacción penal para con los mal denominados ámbitos de “delincuencia común”, cuya subsistencia se atribuye en no pocas ocasiones a la

¹³ Es oportuna la observación de Bobbio al referirse específicamente a la pena de muerte *judicial*, pues a la *extrajudicial* en cualquiera de sus formas, “... desde la realizada por los escuadrones de la muerte, por los servicios secretos, por la misma policía al amparo de la legítima defensa, por una mano misteriosa -que debe permanecer misteriosa- en la cárcel donde el condenado cumple una pena no capital (...). Hay que condenarla como una infamia, y más que estudiarla en sus diferentes aspectos y tratar de comprender sus razones, indicar las circunstancias que la favorecen y extienden su difusión” (*El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, ps. 221-222).

ineficacia de los “*castigos*”, cuando no a la necesidad de sanciones más severas, en el dudoso entendimiento de que la amenaza penal, conminada en abstracto podría, por sí misma -particularmente por su severidad- evitar futuras transgresiones al orden legal punitivo.

Desde este enfoque -precariamente sociológico- puede válidamente inferirse que es cada vez más común, conforme a esa convicción primaria, que se resigne la verdad de los contenidos en el mensaje que la sociedad recibe, en favor de la efectividad del recurso de poder que por esta vía se encubre. Baste para entender esta afirmación, la recurrente invocación a la presunta necesidad de la pena de muerte como solución total del conflicto delito-sanción ¹⁴.

3. Actualmente es motivo de reflexión, en especial, en los ámbitos de especulación de la práctica judicial en materia penal y en la actuación de los organismos jurisdiccionales que la implementan -inspiradas en la llamada *política criminal*- la existencia de formas del pensar lo jurídico con sustentos de filiación *ideológica*. Allí subyacen vestigios de naturaleza diversa, generalmente taliónicos en lo que a la pena concierne, bajo formas jurídicas *no positivizadas*, que a lo largo de la historia construyeron modelos políticos donde primó la invocación a la autoridad, cuando no al *orden*, afirmado éste con arbitraria supre-

¹⁴ Decíamos años atrás, en un breve artículo a propósito de un delito aberrante acontecido y a las reacciones que generaba, que “... *quien más quien menos, implícita o explícitamente, tuvo la misma ‘intuición’ como ímpetu contenido -la aniquilación del homicida- aportando su propia y generalizada ‘idea’ de castigo, sanción o justicia, todos síntomas ambivalentes y sin coherencia dialéctica alguna entre el pensamiento y la realidad...*”; “La tentación de la venganza”, Córdoba, La Voz del Interior, 1/9/1996. Nos referíamos a cierta *idealización* de la muerte como forma de justicia.

macía sobre los demás valores propios de la paz social, colisionando así con la libertad y la justicia ¹⁵.

Ello obedece a que en la actualidad, según creemos avizorar, existe confusión conceptual entre la *eficacia represiva* institucionalmente considerada, y el razonable y oportuno ejercicio del poder estatal y su finalidad primordialmente *prevencional* en orden a transgresiones futuras. Ello resulta -entre otras razones- de una incorrecta relación axiológica y gnoseológica entre el *derecho* y la *realidad*, fenómeno que se ha advertido indistintamente en regímenes democráticos como en aquellos que no lo son.

Advertimos en este estado de cosas, lo que denominaríamos, desde la misma perspectiva sociológica, una reacción penal “subvaluada”: ésta es la que, en términos de lenguaje natural, asimila y justiprecia negativamente la represión estatal legalizada, ya sea por su indiferencia o ineficacia para castigar algunas conductas o un grupo reducido de ellas, en ocasiones no perceptibles desde el plano empírico o criminológico, pero altamente lesivas en orden a la dañosidad social y a las zonas de libertad que se consagran.

En la actualidad son paradigmáticos y, por lo tanto, oportunos, a modo de ejemplo, los conocidos como “*delitos de cuello blanco*”, cuya existencia trasunta en los hechos -como contracara de los criterios de represión abusiva- ya no un ejercicio desmedido o autoritario de la represión estatal, formal o materialmente vista, sino simplemente una ausencia de reproche jurídico penal efectivo, lo cual, desde el punto de vista de la política criminal del Estado -aun de la mejor orientada, conforme sea el

¹⁵ Bernardino Montejano alude a dos acepciones del valor orden: el establecido por regímenes tiránicos y despóticos, y en segundo lugar, la acepción agustiniana, en tanto “... *es un orden fundado en la justicia que, al darle a cada uno lo suyo, realiza una tarea de armonización de las relaciones sociales y de protección del desarrollo de la verdadera libertad...*”; *Los fines del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 54.

diseño político imperante- se ha calificado sensatamente como un “déficit de sanción” ¹⁶.

III. El aporte de la filosofía

Por otra parte, en la búsqueda de una conceptualización adecuada de la pena, de su sentido y finalidad en el contexto pretendido, soslayamos la remisión al estudio de las definiciones consideradas *estáticas*, para buscar una noción preliminar que, sin embargo, puede tomarse de los propios textos del derecho penal, dentro del cual -tradicionalmente considerado- podría pensarse ingenuamente que se la encontrará inserta dentro de uno de los sistemas justificantes de la normatividad punitiva, explicada desde el espectro “dogmático” del derecho objetivo. Esto es, dentro del desarrollo científico y jurídico de la ley penal, inserta -por lo dicho en un comienzo- en la concepción de la *política penal* de un Estado de derecho.

Pero ello resulta sólo de una primera aproximación terminológica y en la medida en que la ciencia concebida por los juristas como “*dogmática*”, sea entendida, *lato sensu*, como el estudio sistemático de la ley positiva vigente, lo cual ha dado lugar a las discusiones a que nos referimos *supra* a propósito de la *insularidad del derecho*. No obstante, debemos avanzar en dirección a la fundamentación filosófica que el concepto requiere, cuestión que desde la modernidad en la materia (inaugurada por Beccaría), no fue ajena a los principales juristas en materia penal.

En ese orden, deberá comprenderse *ab initio* -para evitar desviaciones posteriores- que nada hay en esta rama del de-

¹⁶ GARCÍA - LERENA, *La criminalidad de la empresa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Ad-Hoc, p. 14.

recho que no encuentre una vertiente en la filosofía, con punto de inicio cierto en la metafísica y, por lo tanto, fundado filosóficamente en el *ser*; éticamente en el *hacer* y gnoseológicamente en la *realidad de la existencia concreta del hombre*, concebido antropológicamente dentro de una sociedad determinada.

De ello no se sigue, como veremos *infra*, que esa concepción de raíz griega, acogida en el sistema tomista, resulte excluyente de otros elaborados posteriormente, dicho ello con especial alusión al *contractualismo* y al *utilitarismo* en sus expresiones contemporáneas. Si se proyecta a través de la historia del pensamiento y de las instituciones la relación dialéctica del individuo frente al Estado, veremos que aquel originario y medular aporte (metafísico, antropológico y ético) no resulta suficientemente acogido en la actualidad, al menos para formular una propuesta integradora al problema de la sanción penal, que resulte fundado en aquellos postulados. Entre otras razones porque en la actualidad, si bien la fisonomía de aquella relación dialéctica ha cambiado, sólo será con apoyo en las antiguas herramientas como habremos de adentrarnos en el fondo de la cuestión en orden a su posible solución.

Además de ello, no resulta circunstancial que la filosofía jurídico penal acuda a los soportes de los grandes sistemas filosóficos para encontrar el sustento a sus posturas, aunque generalmente lo hayan hecho en un plano enciclopédico-descriptivo, y aun cuando muchos han incursionado, especulativamente, con singular agudeza en la temática, lo cual no significa que en su mayoría la hayan comprendido en su verdadera dimensión, aun en los casos de excepción donde han mostrado solvencia en lo que a la filosofía concierne.

Así, y a propósito de la *íntima relación que media entre el derecho penal y la filosofía* (en especial, la *antropología filosófica*), que ella constituye una fuente insoslayable del derecho penal: “Esta conexión *iusfilosófica* atrapa varios planos y, en rigor de verdad, impregna todo el saber jurídico-penal, que sólo logra equilibrio sustentado sobre

una determinada imagen del hombre, respaldado sobre un cierto fundamento antropológico"¹⁷.

1. Asimismo, entre los más sólidos precursores de la doctrina penal (a partir de Francisco Carrara), hay quienes no desatendieron un hecho elemental que hoy se muestra con claridad: *las ciencias penales en general, tanto las normativas como las que no lo son, se vinculan necesariamente con la filosofía, la historia y la política*¹⁸, ámbitos que se independizaron en sus procesos constructivos de *teorías* en estos dos últimos siglos, lo cual lejos está de constituirlos en compartimentos estancos, pues se trata de procesos interrelacionados, sin que el elemento integrador de la filosofía práctica cumpla un rol instrumental o simplemente ordenador para arribar a las síntesis pretendidas.

De ello se sigue que concebimos como un imposible que la ciencia del derecho criminal pueda, *autónomamente*, ir más allá en su ámbito específico -el derecho positivo y su elaboración dogmática- para especular racionalmente sobre el *por qué* y el *para qué* el Estado puede o debe reprimir, sin echar mano de otras disciplinas con las que hoy debe converger, cuando menos por vía de una insoslayable *interdisciplinarietà*, desde la propuesta -y desafío- del llamado *mundo jurídico multidimensional*¹⁹.

¹⁷ WELZEL, H., *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, Introducción a cargo de Gonzalo Fernández, ps. XII-XIII. "El cemento de esta fusión -agrega- proviene de la idea de **dignidad humana**, no ya sólo como un principio de derecho natural inalienable, sino incluso como una cláusula normativa de raigambre constitucional, cuya partida de bautismo finca en el art. 1^o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948".

¹⁸ ZAFFARONI, E., ob. cit., 1981, t. I, p. 275.

¹⁹ "Se propone, entonces, un pluralismo metodológico que le asigne nuevas responsabilidades al jurista en la tarea de revisar los distintos niveles, objetos y dimensiones de los saberes jurídicos. Lo cual reclama un análisis de la relación interdisciplinaria y de las interacciones de las disciplinas comprometidas en las dimensiones de este modelo. La apertura metodológica y dinámica de las estructuras del conocimiento, requiere tener en cuenta aspectos como la comu-

2. Se puede colegir así que *tampoco encontraremos en la ley objetiva misma una fundamentación y menos aún una justificación de la pena*. Concebirlo como tal significaría un retroceso histórico de más de dos siglos; esto es, que de pensar una definición puramente normativa traducida -o *extraída de*- una fórmula legal, y de un conjunto de ellas, podría llevarnos a encubrir su naturaleza y los argumentos fundantes de su justificación y consiguiente legitimación. Ello implicaría, además de una ingenuidad intelectual, una desviación gnoseológica, lo cual no significa que no puedan tomarse las formulaciones legales, dogmáticamente, en dos sentidos:

a) Como objeto de estudio específico de una construcción doctrinaria determinada: por caso, tener como “herramienta de trabajo” el código penal de un país, donde se dice generalmente cuáles son las penas para el derecho positivo vigente, y desde el cual se puede cotejar la filiación ideológica del sistema filosófico que subyace tras ese tipo de penalidades.

b) En un procedimiento distinto pero emparentado con el anterior, suponerlas como la consecuencia final de la tarea del “legislador racional”, y proceder y críticamente a su justificación (o rechazo), con argumentos distintos de los aportados por el discurso legal; es decir, tomar posición independientemente de lo referido a la constitucionalidad de la norma que establece la pena.

La diferencia entre ambos supuestos radica en que, en el segundo, tanto como la pura normatividad ínsita en el primero, sería la conclusión limitativa del discernimiento -demarcado por la especificidad jurídica- con incidencia en la estructura y funcionamiento del derecho penal, aunque también queda abierta la posibilidad de generar una incursión en la *teoría general del derecho* y de trazar un vínculo concreto con las restantes disciplinas que hacen a la cuestión.

nicación de los conocimientos, la integración de los conceptos y la discusión de los principios epistemológicos y los métodos” (MARTÍNEZ PAZ, F. y CARRERA, Daniel P., El mundo jurídico multidimensional, Córdoba, Advocatus, 1998, ps. 36/37).

Teniendo en claro alguno -o ambos- de los supuestos de mención, a la pretensión de que *de la interpretación de la ley en sí misma* se puede obtener una respuesta acerca de la pena, expresada en rasgos de generalidad para su correcta fundamentación, no puede restársele el mérito de haber aportado una labor de utilidad en ese contexto, que no es otro que el del *normativismo “ingenuo”*, y que, como tal, se encontrará sujeto a las graves y recurrentes mutaciones de nuestros textos dispositivos en materia penal, más aún teniendo presente la nada menor cuestión imperante referida a la *“impotencia para legislar”*²⁰ integralmente y con la profundidad necesaria, que viene caracterizando nuestra actividad legisferante.

IV. El modelo tradicional

Asumiendo que el aspecto comentado es sólo uno de los involucrados en la cuestión tratada, y que es tomado como dato sociológico de nuestra realidad actual, éste resulta, no obstante, apropiado para ilustrar lo dicho, en la medida de que ayuda a comprender que consiste no solamente en una cuestión de política criminal, ni de una valoración puramente legal o de la discusión sobre uno o varios institutos del derecho positivo.

²⁰ Según Daniel P. Carrera, “... en los tiempos que corren no están dadas las condiciones no sólo las más óptimas sino las mínimas, para que una reforma de la ley en su totalidad pueda llevarse a cabo con el más amplio, madurado y serio aporte científico y técnico (...). Esto es de tal modo, dado que si llegara a cristalizar el afán reformador, sin ninguna duda los legisladores, como sin excepción lo vienen haciendo, acudirán a la mayoría necesaria para lograr la sanción, con lo que el estudio quedaría reducido a la comisión hasta alcanzar el proyecto ‘consensuado’, y no se hará la consideración general y crítica (...) necesariamente reclamados por la ley penal grávida de riesgos sociales de alto costo” (Prólogo al Código Penal de la Nación, Córdoba, Advocatus, 1990). El presagio vale aún, puesto que la actividad legislativa no muestra, al momento de escribir estas páginas, signos de un cambio mínimamente saludable.

Se trata de algo de mayor importancia: básicamente, de indagar acerca de la potestad de reprimir del Estado, del sustento jurídico y político que legitima esa actividad y de las bases mismas de su justificación, en lo cual y según muestra la situación de Occidente (y, en particular, en América Latina), pareciera que la *reacción penal* encubre un decisionismo de otro orden, no exento de un trasfondo ideológico según se ha expresado, en principio, legitimado sobre el ideario de nuestro derecho penal de declarada raigambre liberal.

Sucede que junto a un discurso generalizado acerca de una pretendida “humanización” de las sanciones penales (tanto como lo fuera la posición kantiana de “proporción”, o la preocupación del positivismo por las condiciones humanitarias del encierro), subsiste una normatividad de garantías procesales y constitucionales, que, por caso, “prohíben” que la pena sea un *castigo* en favor de la *seguridad* del justiciable, siempre sobre aquel ideario liberal imperante desde antes de la Revolución Francesa -o desde Beccaría- hasta nuestros días.

Esta concepción, que no es otra que el *modelo garantista tradicional*, constituye, según Luigi Ferrajoli, la consecuencia de la tradición jurídica ilustrada liberal, que reconoce su origen en “filones” diversos, como las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, las filosofías racionalistas y empiristas, las doctrinas políticas de separación de poderes y de la supremacía de la ley, como así también el positivismo jurídico y las teorías utilitaristas del derecho y de la pena, los que, si bien no guardan una homogeneidad filosófica entre sí, tampoco son unívocamente “liberales” en sentido estricto.

No obstante, el hecho es que hoy *aquellos principios se encuentran en crisis*, no sólo en su vigencia práctica, sino también en sus implicancias filosóficas, jurídicas y epistemológicas ²¹,

²¹ “Y, sin embargo, más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus presupuestos teóricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados, tal y como se han

bien mirada que sea la distancia entre el *deber ser* y el *ser* que la realidad muestra, caracterizada por la constatación de situaciones de ejercicio desviada de la potestad punitiva, generando antinomias internalizadas en la relación del individuo -y sus derechos- frente al Estado, cuestionando incluso el mismo “*de-recho-deber*” para sancionar.

Pero cuando el Estado se va desentendiendo en la medida de su interés -condicionado por las contingencias del poder- de aquellos supuestos donde el control sobre las conductas disvaliosas le es indiferente (en tanto son sólo solucionables mediante una penalización “automática”), la cuestión es parte esencial de la problemática tratada, toda vez que, cualquiera sea el grado de *eficacia* alcanzado, la sanción penal será el corolario de un sendero procesal previamente diseñado, con las consecuencias que esa actividad apareja.

Ello acontece donde la resignación de los *dogmas supremos* emergentes del ideario liberal sólo *parecen* estar en armonía con las prédicas que las garantías constitucionales -interna e internacionalmente- exigen. Este fenómeno se advierte ante las urgencias políticas más inmediatas, emparentadas con discursos en favor de una más *pronta y eficaz* “administración” de justicia, la que, como institución que debe “producir” resultados, muestra mediante el acto de condenar que se corresponde con su cometido.

La importancia del punto debiera ser igual si lo cuestionado fuesen medidas de coacción impuestas a los ciudadanos en

consolidado en las constituciones y las codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario” (FERRAJOLI, L., *Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 34). Tal *unitariedad* de sistema, explicada extensamente en otra parte de la obra, responde al modo de ver del autor los principios garantistas, ante todo como un “*esquema epistemológico de identificación penal*”. Para mayor precisión sobre lo que entiende Ferrajoli por *crisis*: v. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

ejercicio de poderes de tipo administrativo, pero sucede sin embargo, que la privación de la libertad conlleva de por sí consecuencias que exceden esa actividad estatal, de lo cual deviene que su yerro o acierto como faz conclusiva de un proceso penal, resalta la capital importancia de su tratamiento ²². Cuando nos referimos al *Estado*, lo hacemos con alusión a una sociedad política determinada, y en tanto constituye una entidad centralizada para la promulgación, aplicación e imposición de reglas de conducta, en tanto estas reglas se obedecen generalmente y si sólo ellas se reconocen generalmente como sancionadas legítimamente por la fuerza física ²³.

1. Asimismo, si por su naturaleza la sanción penal debe ser ejercida coactivamente, acarrea un sufrimiento concreto (cuyo merecimiento no corresponde ser aquí estudiado, en tanto reconoce en su base el problema de la *culpabilidad*), que encuentra una explicación en el concepto de *retribución* por el mal causado por el delito; o, también, al afirmar que la pena es *retributiva* por haber violado el deber de no delinquir, en razón de lo cual la sociedad responde a la ofensa que se infiere a bienes individuales y sociales. La *dogmática* tradicional no deja de subrayar que la pena no es una expiación en sentido moral por el mal causado, como si fuese menester explicar que ya no es tolerable el concepto medieval para el cual los tormentos priorizaban la confesión del criminal como culminación anticipada del proceso penal.

²² El hecho es que la pena se trata de "... *la más grave intervención en la libertad de la persona que el ordenamiento jurídico autoriza al Estado, intervención que se proyecta incluso más del tiempo de privación de la libertad, sobre toda la vida del condenado...*" (ROXIN-ARTZ-TIEDEMAN, *Introducción al derecho penal y procesal penal*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 20).

²³ QUINTON, A., *Filosofía política*, 1ª ed. en español, México, F.C.E., 1974, p. 15.

En ese orden, con inalienable rigor didáctico, se enseña que la pena no constituye una expiación de la culpa en sentido jurídico, dado que, en principio, no se castiga por haber delinquido, sino para que no se lo haga más; es decir, que en teoría no se reprime la acción pasada, sino que se previene para que la acción humana futura no vuelva a acontecer. Ello se alcanzaría por dos vías: la de la prevención “especial”, readaptando socialmente al individuo mediante el cumplimiento efectivo de la pena, y la de la prevención “general”, previniendo a la sociedad o a los que no delinquieron, sobre las consecuencias del delito, expresado lo primero con la coacción penal, y lo segundo, con la prevención general ²⁴.

Así descripto sintéticamente el problema, no pareciera presentar más complicaciones, cuando menos *teóricas*). Bastaría, entonces, con constatar en una sociedad y momento histórico dados si esos fines se cumplen, para determinar si el sistema punitivo cumple con sus fines. En caso de estar por la negativa, la cuestión consistiría en *repensar todo el sistema*, replanteando las bases mismas de la dogmática penal y, en especial, los límites (si es que debe tenerlos, y tan *estrechos*) del derecho que la contiene, tal como se está desarrollando la problemática en la actualidad.

Pero también queda la opción de un camino más corto, dejando a penalistas, sociólogos y constitucionalistas la discusión (cada cual haciendo pie en *su terreno*), la cual, liberada de asumir una cosmovisión del problema, lo conduciría (o *resolvería provisoriamente*, como viene sucediendo) por alguna de las vertientes reduccionistas propias del siglo XIX y también del XX. Por caso, en la línea positivista originaria, se puede desentrañar la cuestión con una adecuada política carcelaria, o mediante formas más “prácticas” de ejecución de la pena, cuya eficacia radicaría en un punto de encuentro entre los requerimientos sociales más inmediatos y el voluntarismo legislativo al que hiéramos referencia.

²⁴ NÚÑEZ, R., *Manual de derecho penal*, Córdoba, Lerner, 1986, p. 330.

Sin embargo, nuestro orden de ideas no admite tal prescindencia: la *retribución* sólo se puede sustentar en la filosofía y, dentro de ella, en la antropología, a partir de la cual se debe discernir su naturaleza y justificación, asumiendo que se trata de un *problema irresuelto* y que, por lo dicho en un comienzo, no basta con adherir a *una* de las perspectivas filosóficas que tratan de fundarla, acompañando sectorialmente a la dogmática penal. De hecho, ideas como la comentada, junto a la de *proporción* entre la acción penalmente reprochable y su castigo, si bien fueron revolucionarias hace poco más de dos siglos para cercenar la arbitrariedad de las concepciones monárquicas, *no bastan por sí mismas para legitimar en la actualidad -y menos aún dentro del marco del discurso jurídico tradicional- una justificación aceptable de la punición*, necesitando por lo expuesto de un análisis más totalizante y abarcador.

V. Los discursos sobre la punición

1. Por lo hasta ahora dicho, no basta una mera reseña histórica del problema de la pena y de las variantes jurídicas que se han seguido, pues ello resulta indiferente para un enfoque dentro -o desde- la filosofía. Por el contrario, al asumir un tema que consideramos irresuelto, lo que importa es su presentación mediante la exposición de sus lineamientos sustantivos, e intentar hacerlo venciendo al escepticismo que lo merodea en esta actualidad. Al respecto, se ha dicho que “... desde hace más de dos mil años se ha intentado responder a la pregunta sobre la naturaleza de la pena con un gran número de puntos de vista, razón por la cual apenas resulta pensable que pueden existir nuevas respuestas...”²⁵. Sin embargo, ya desde fines del siglo pasado (particularmente tras la obra de Michael

²⁵ MAYER, H., *Strafrecht*, A.T., 1967, p. 24; cit. por BACIGALUPO en *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis-Ilanud, 1984, p.12.

Foucault y su “microfísica del poder”), resulta de prioritario interés volver sobre los serios interrogantes que se plantean en función de las respuestas que la realidad social demanda.

Entre los primeros que observamos, son los relativos al problema de la pena, desde que éste no se refiere a un instituto jurídico “aislado” (como lo estudia la *dogmática*), sino íntimamente ligado e integrado a un sistema punitivo determinado. La idea misma de *sistema penal* ha evolucionado de igual manera que la realidad histórica y política de los pueblos, aunque de hecho muchos no lo identifiquen así, por lo cual existen caracteres y crudos contrastes entre lo que resulta de tal evolución y lo que surge del discurso jurídico en general, en tanto se atiende a una visión *formal-legalista* de lo que debe entenderse como tutelado por el derecho positivo, para lo cual siempre les conviene resaltar las cualidades que a éste el garantismo tradicional le otorga, descuidando que la cuestión, en este punto, la constituye precisamente el equívoco en esta visualización parcial del sistema.

Esto es como una estructura donde cada estamento cumple un rol “institucional”, y donde se satisface aparentemente la función del Estado cuando se armonizan los sectores preventivos, judiciales y ejecutivo (poder político), y esa actividad se muestra externamente congruente en orden a su mayor o menor eficacia, según sea la especie del delito de que se trate y el segmento socioeconómico involucrado. Sin embargo, de buscar otra perspectiva de análisis para profundizar sobre la oscuridad del sistema penal, y concebirlo como un “*control social punitivo institucionalizado*”, veremos que aquél no sólo se retroalimenta ideológicamente (y no se somete a tamiz filosófico alguno), sino que existe una verdadera *pluralidad de ideologías del sistema penal*, que fundan una práctica de éste y producen efectos sociales concretos ²⁶.

²⁶ ZAFFARONI, E., *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 12 y ss..

2. En este contexto, la misión punitiva del Estado pareciera no ser otra que la *sancionatoria* (ocasionar una cierta cuota de dolor justificada por un derecho penal basado en la culpabilidad del autor), sin atender a la posible existencia de un derecho penal *premio* (Jiménez de Asúa, o.c.), o de aquel cuya operatividad sea precedida por una real actividad estatal de *prevención*. Sin embargo, nos referimos en particular, a las penas privativas de la libertad, no sólo porque las restantes merecen otra valoración cualitativa en orden al efecto que producen, sino porque “... Nuestros sistemas penales tienen como columna vertebral las penas privativas de libertad...”²⁷.

En este orden, corresponde acotar que decimos que el sistema punitivo *pretende* sancionar, no porque de hecho no lo haga, sino “... porque en la realidad pueden darse fenómenos de ‘punición’ sin la conducta previa que pretende sancionar y porque el ‘filtro’ del sistema penal frecuentemente da la impresión de que éste recae con preferencia sobre calidades personales y no sobre calidades de acciones (...) Si bien a nivel de discurso jurídico se puede decir que se dirige a penar, a nivel real no siempre pena acciones ni lo hace respecto de todos los que la realizan, lo que importaría la penalización de toda la población...”²⁸, y respecto de lo cual es lícito razonar, en nuestro menester, la endeblez sobre la cual muchas veces se entroniza la arquitectura jurídica de Occidente desde hace más de dos siglos hasta nuestros días.

Ahora bien, de lo expuesto no se sigue necesariamente la invalidez de preceptos legales básicos que imperan en la actualidad (v.gr., los arts. 18 y 19 C.N.), sino que sobresale la renuncia a su discusión profunda, acaso por la prevalencia del destacable pero autosuficiente espacio jurídico del derecho constitucional, que sin mayores disonancias invoca la ideología del Preámbulo, como si en esta vieja cuestión nada tuviese que ver la filo-

²⁷ ZAFFARONI, E., *Políticas penales latinoamericanas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982, p. 75.

²⁸ ZAFFARONI, E., *Sistemas penales...* cit..

sofía, más aún en la historia del pensamiento político. Lo central consiste en la necesidad de *repensar* los fundamentos de la punición desde una perspectiva tal, que sin ser prejuiciosos del ámbito estricto de lo jurídico y de las escuelas en que este espectro se fuera expresando, permita ampliar el horizonte en el plano del *discurso real*, con el alcance, el fundamento y la amplitud de un conocimiento filosófico *adecuado*, aunque no necesariamente *ilustrado*.

VI. La pena como problema de la filosofía del derecho

Advertimos por otra parte, que en cierto punto de las discusiones sobre temas como el presente, se suele arribar a un alto grado de descreimiento de todo lo anterior, actitud nada disonante con ciertos *purismos* filosóficos. En este sentido, en nuestro país significaron un notable avance enfoques como el de Soler (consecuente con su ideario filosófico), que atribuyó a los '*puros anarquistas*' la identificación del problema de la pena con la problemática más general de la coacción jurídica, avizorando que la gran mayoría no cree que la afirmación vaya tan lejos: "*Se da por sentada la necesidad del orden jurídico, de manera que, aun planteada la cuestión en un plano filosófico-jurídico, no se trata de fundar la necesidad del derecho como orden coactivo, sino la de esa especial forma de sanciones que el derecho contiene. La teoría es, pues, propiamente, una teoría de la pena y no una justificación del derecho penal, ya que éste difiere, en modo específico, del restante derecho, precisamente por las sanciones que lo caracterizan*"²⁹, razón por la cual, el jurista le concede al tema una ubicación sistemática y no como un apéndice introductorio al derecho penal. Compartimos esta valora-

²⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1983, t. II, ps. 319-320.

ción en principio metodológica (con la observación que se hará *infra*), a la vez que destacamos que la obra citada fue publicada en 1940, tiempos en los que “... *era casi una herejía mezclar el derecho penal con la filosofía...*”³⁰.

No obstante, y cualquiera sea el ángulo desde el que se aborde el problema de la pena y de lo que por ella se entienda, a la par de ser un elemento integrativo del derecho penal como ciencia (y de las llamadas ‘Ciencias Penales’ en general), *constituye un problema específico de la filosofía del derecho*, en tanto se interroga por su naturaleza y esencia con prescindencia de *un* derecho en particular, por más que sea el vértice de él; es decir, algo distinto a lo que sugiere Soler. Tampoco parece acertada la categoría que concede a la sanción, la cual, aun siendo indiscutida característica de aquel derecho, su justificación o no permitiría concluir en que el derecho en cuanto a tal no necesita una justificación. Nos preguntamos, entonces: ¿Cuál es la función de la filosofía jurídica a la que el tratadista alude? Ello así, por cuanto, si bien la particular naturaleza de la pena hace menester la mentada justificación, ésta no excluye al derecho penal de quedar sometido a igual proceder, que no es otro que el del más elemental cuestionamiento filosófico. A poco que se repare en el inicio histórico del asunto, se advertirá a lo que nos estamos refiriendo. Además, la necesidad de construir una “teoría” de la pena, o de optar por una de las existentes (sobre lo que volveremos *infra*), *no obliga a dar por sentada la necesidad del derecho como orden coactivo*.

Sucede que la “sanción” (en concepciones provenientes del positivismo jurídico como la de Soler), no es otra que la de cuño kelseniano, lo que explica el posible yerro originario de la filosofía del derecho introducida en los razonamientos de la dog-

³⁰ FRÍAS-CABALLERO, *Imputabilidad penal*, Buenos Aires, Ediar, 1981, p. 52. El Capítulo II -al que corresponde la cita- tiene un título sugerente: “Presupuestos filosóficos de la imputación penal”.

mática penal. Así se entiende que no se admita que la sanción no sea minimizada (sino todo lo contrario), por el riesgo de que pueda perder sustento.

Más razonable nos resulta que el derecho en cuanto tal y dentro de él la pena, deban ser justificados, con prescindencia de la necesidad de construir una “teoría”, o de adherir -por lo dicho- a alguna en particular. La *perentoriedad de una justificación* estriba, entre otras razones, por ese mal que acarrea: el *sufrimiento*, pues es “... *este sufrimiento implícito en la pena lo que ha motivado a filósofos y juristas a buscar una justificación moral de ella que sea suficientemente convincente. Siendo la pena, y la coacción en general, un elemento esencial del derecho, la justificación moral de la pena es una condición necesaria de la justificación moral del derecho*”³¹, siendo este tema -como indica el autor- el que llevara al radical enfrentamiento entre dos de las grandes concepciones morales dominantes en el pensamiento occidental con incidencia directa en el derecho: el kantismo y el utilitarismo.

VII. Aproximación a los grandes sistemas

Así también, en el desarrollo de un apartado anterior (*supra*, 4.1.) decíamos que no nos proponíamos reseñar históricamente el problema que nos ocupa. Sin embargo, no podemos soslayar una mención prevaeciente sobre quienes recorrieron los confines del derecho penal en un sólido intento de no “subalternarlo” a la filosofía³². El mayor exponente de tal derecho fue Francesco Carrara, quien en la parte introductoria a su

³¹ NINO, C., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª reimp., Buenos Aires, Astrea, ps. 427-428.

³² “Yo no me ocupo en cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo como aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y como asentada sobre

famoso Programa, sostenía: “No ha habido pueblo, por más inculto que haya sido, ni ha habido intervalo transitorio de tiempo, por más que haya estado desprovisto de todo freno moral, en que la humanidad no se haya mostrado informada por la idea de la irrogación de un mal al individuo que haya conculcado los derechos de un semejante...”, distinguiendo entre el *origen histórico* de la pena, nacida en las más antiguas tradiciones de la raza humana a partir de la idea de venganza, y observando que, aun entonces, “... no faltaron filósofos que buscaran para el castigo una razón más alta y más valedera...”.

Este fue uno de los primeros destellos que culminaron con la sistematización del derecho penal, asumiendo una *importancia preponderante en las ciencias filosóficas* (y no a la inversa: v. nota al pie), no obstante la tenacidad de los cultores de la naciente *dogmática* para intentar, con férrea voluntad, mantener la autonomía de su especialidad, tarea iniciada durante el siglo XVIII, para seguirle, según el maestro pisano, al origen histórico el *origen filosófico* de la sanción penal.

En este aspecto cabe acotar, sin embargo, que con anterioridad y a diferencia de Carrara (constructor de una *teoría pura* del derecho penal), Paul A. Feuerbach -considerado el fundador de la moderna ciencia penal- imbuído de la filosofía kantiana y del liberalismo penal de comienzos del siglo XIX, había exigido, en contra de la Ilustración, la sujeción del juez a la ley y *libertad* para su interpretación *científica*. La prioridad a la *técnica* resultaba, de este modo, el precio a pagar por abandonar el antiguo régimen y en ese contexto se desarrolla nuestro razonamiento.

Pero a este momento no se llegó espontáneamente: ya Hugo Grocio, al elaborar la considerada *primera teoría independiente del derecho penal*, la fundó sobre una base *contractual*: quien delinque se encuentra obligado a sufrir una pena, argumento racional básico que tendría decisiva influencia en el devenir poste-

esa base la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquella” (CARRARA, Programa de derecho criminal, Bogotá, Temis, 1977, vol. I, p. 32) (nota al pie).

rior. Aun sobre su discrepancia con el holandés, Hobbes fundaba las penas (a partir del estado natural, *todos contra todos* y su búsqueda en un ‘derecho natural’), al modo en que estructura su sistema filosófico, esforzándose para hacerlo lo suficientemente amplio como para explicar, “*a base de principios científicos, todos los derechos naturales, incluyendo la conducta humana tanto en sus aspectos individuales como en los sociales...*”³³.

Tras anunciar su definición de la pena, se interroga, antes de deducción alguna de ésta: “*... por qué puerta penetra el derecho o autoridad de castigar, en cada caso...*”. Pues bien, al instituirse el Estado, es sabido que en la tesis hobbesiana cada uno renuncia al derecho de ofender a otro, pero no a sí mismo; así, se pacta la asistencia a quien ostenta la soberanía, por lo cual, *el derecho que el Estado tiene para castigar no está fundado en ninguna concesión o donación de los súbditos.*

*“En esto estriba el fundamento del derecho de castigar que es ejercido en cada Estado. En efecto, los súbditos no dan al soberano este derecho, sino que, solamente, el despojarse de los suyos, le robustecen para que use su derecho propio como le parezca adecuado para la conservación de todos ellos: Así que **no fue un derecho dado, sino dejado a él**, y a él solamente; y con excepción de los límites que le han sido puestos por la ley natural, tan enteramente como en la condición de mera naturaleza y de guerra de cada uno contra su vecino...”*³⁴.

Sobre el particular, hoy puede afirmarse que la propia concepción del Estado de Hobbes es un discurso en favor del absolutismo y de un positivismo jurídico (con él naciente), lo cual, a nuestro modo de ver, resulta francamente atacable, tanto como pueden serlo otras posiciones que *parecieran* haber perdido vigencia. El propio principio utilitarista merece ser tajantemente

³³ SABINE, G.H., *Historia de la teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 338.

³⁴ HOBBS, T., *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, Pte. II, Cap. XXVIII, ps. 254-256.

descartado para concebir sanamente cualquier sistema penal. Sin embargo, creemos necesario, en lo que atañe a nuestro tema, rescatar dos aspectos:

a) Antes de Hobbes, los tratados de filosofía política -como bien señala Bobbio- se apoyaban monótonamente sobre dos pilares: la política de Aristóteles y el derecho romano, ambos impostergables por cierto, pero sin una visión concreta de la vinculación entre el derecho público y el privado. “Hobbes hace tabla rasa de todas las opiniones precedentes y construye su teoría sobre bases sólidas, indestructibles del estudio de la naturaleza humana y de las necesidades que manifiesta esa naturaleza...”³⁵.

b) Por otra parte, y a propósito de ese *derecho natural* donde el Estado resulta del miedo del hombre por su prójimo, bien se ha dicho que “Tácitamente esta ideología sobrevive hasta hoy en el fondo de pronunciamientos judiciales frecuentes entre nosotros, que renuncian a una sana interpretación racional de las leyes enmarcadas en el principio republicano de gobierno invocando una nebulosa ‘seguridad jurídica’. Quizá pueda irse más lejos y afirmar que, separando un tanto el velo de aparente objetividad que cubre cualquier positivismo jurídico, no sea difícil llegar a la conclusión de que todo positivismo es también un jusnaturalismo, sólo desarrollado con lógica férrea por Hobbes, que por pudor ideológico ningún positivista de cierto nivel intelectual se anima a desarrollar en nuestros días, aunque con envidiable ingenuidad lo hagan algunos magistrados penales...”³⁶.

(También expuso el autor del *Leviatán*, conclusiones relevantes para los derechos individuales y sociales, que por razón de brevedad omitimos describir, pero que también resultaban innovadores en la época: por ejemplo, el rechazo a la venganza privada, la necesidad de audiencias públicas y la proporcionali-

³⁵ BOBBIO, N. y BOBERO, M., *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, ps. 51-52.

³⁶ ZAFFARONI, E., *Tratado...* cit., ps. 73-74.

dad del castigo, entre otras cuestiones retomadas en el siglo subsiguiente).

Desde este punto de partida, fueron numerosas las proposiciones que sobre la pena se hicieron, aunque los presupuestos filosóficos son los de los grandes sistemas de fines de las edades Moderna y Contemporánea. Así, a la claridad de ideas como las expuestas por Hobbes y seguidas en líneas generales (dicho ello sólo a los fines de nuestro trabajo) por Rousseau, inmediatezadas en su filosofía política, no le siguió necesariamente el surgimiento de concepciones penales congruentes; menos aún, el surgimiento de un “sistema penal” legitimante del castigo en forma integral, en la medida en que, por una parte, la discusión era el resultado del tema central, el fundamento del poder, y no el inicio “racional” de un discurso justificante de la punición.

En el ámbito jurídico, un ejemplo básico lo constituye Beccaría y su famosa obra (*Dei delitti e delle pene*), donde desde el “contrato” como supremo justificante de la coerción penal, descartaba cualquier posible interpretación judicial de la ley, en su afán de oponerse a la arbitrariedad en la administración de justicia. Como atinadamente se ha sostenido, ello obedecería a la oposición del noble lombardo a la interpretación sociológica que de la ley hacía Montesquieu, en defensa de la claridad y racionalidad de las leyes penales “... *En definitiva, el fundamento para la proscripción de la interpretación judicial se deriva de un rechazo a un ilimitado sociologismo jurídico o realismo social, lo que tiene valor en nuestros días...*”³⁷.

Y, por otra parte, hasta el siglo que transcurre estuvo ausente el gran tema de la fundamentación antropológica del derecho penal. Las construcciones teóricas del “delito” y de la “pena” iban constituyendo el afianzamiento de la dogmática, sin advertir que “... *No es la dogmática la que nos dará el concepto de hombre,*

³⁷ *Ídem*, p. 423.

pero el método dogmático presupone que se lo maneje partiendo de un concepto de hombre, que no es la ley la que lo da, sino la realidad misma del ente 'hombre'...”, al que no se llegaría por la vía del racionalismo penal y, menos aún, del Iluminismo, pese a su búsqueda de un fundamento antropológico, tras la escisión cartesiana y su posición ante el empirismo inglés.

Tampoco en este tópico pudo Kant -según comenta Martin Buber³⁸- resolver la cuestión. La conocida afirmación de Voltaire (*“De hecho: ¿qué es ser libre? es conocer los derechos del hombre y entonces se defienden sin más”*), implica la vigencia de normas inmutables, siendo el derecho mismo una estructura objetiva reconocible como las matemáticas. Allí reside y según señala el autor citado, *la falla en la búsqueda de la referida fundamentación antropológica por parte del derecho penal liberal, inserto en un jusnaturalismo de origen platónico, al cual acceden sólo los “iluminados”* (expresión cabal del despotismo ilustrado). En definitiva, sostenían *la existencia de un orden objetivo de valores de los que deriva la legislación penal y el concepto mismo de pena, el cual no tiene más límites que el sistema mismo en que fue fundado.*

Más impedido estuvo el positivismo para avizorar una auténtica antropología: entendiendo al hombre en sentido biológico -mecanicista- en abierta contraposición con el individualismo político fruto de la Revolución Francesa, y reconociéndolo como una parte pequeña del reino de los vertebrados³⁹, concluyó en un positivismo jurídico (el sociológico y evolucionista merecen verse por separado), donde hay un culto al “hecho”, *“... sólo que el ‘hecho’ allí es la ley (...) El derecho que se agota en la coerción institucionalizada ha decidido que el valor proviene de la coerción, es objetivo y se reconoce en la ley. Todos los valores jurídico-penales*

³⁸ *¿Qué es el hombre?*, México, Fondo de Cultura Económica, ps. 13-14.

³⁹ SCHELER, M., *El puesto del hombre en el cosmos*, ob. cit., p. 25.

serían valores legales, pero todos ellos dependerían de uno previo a la ley penal: la fuerza que otorga la capacidad de coerción..."⁴⁰.

Esta concepción en nada difiere de la que ve en el hombre a una "máquina complicada" movida por la fuerza y que puede autolimitarse en función de cualquier principio, siempre que lo crea conveniente. En consecuencia, coincidimos en que sucede algo parecido a la valoración platónica liberal: si Platón reconoce los valores por la *razón* en una sociedad regida por una minoría de filósofos, el positivismo los reconoce por la *ciencia* como patrimonio de la minoría de científicos positivistas. Recordar las perimidas concepciones de Lombroso, a su "Hombre delincuente" con caracteres somáticos que lo hacen ser tal, y formando una "raza aparte" destinada a atentar (delinquir) contra una "idea" de humanidad, basta para identificar las graves consecuencias jurídicas y filosóficas emergentes de esta línea de pensamiento.

VIII. Kantismo y hegelianismo

1. Con independencia del número de escuelas penales que, basadas en los sistemas filosóficos mencionados, pretendieron una respuesta unívoca al problema de la pena, lo cierto es que no pueden hacerse clasificaciones estrictas y tampoco corresponde atribuirle a las ya existentes un valor absoluto, pues, como apunta Soler, se pueden agrupar pensadores que no siempre han constituido una escuela, a la vez que esas escuelas son menos que las teorías existentes, citando por caso las fuertes discrepancias dentro de la escuela positivista.

El propio Carrara, acaso por no ser filósofo y por el tiempo que le tocara vivir, entre las numerosas fórmulas que enumera

⁴⁰ ZAFFARONI, E., ob. cit., t. II, p. 191.

para explicar el fundamento de la pena, incurre en un reduccionismo al afirmar que “... *los sistemas filosóficos son sólo dos, y no pueden ser más que dos: o bien la legitimidad del castigo del culpable procede del derecho del individuo, o bien de la sociedad, y por ello es preciso llegar a uno o a otro de estos dos principios...*”⁴¹. Su confesa adhesión a la filosofía de Locke lo lleva a pronunciarse, de modo absoluto y en abono de su refutación a Puffendorf, por la primera hipótesis, la cual, así entendida, en nuestro tiempo resulta cuestionable.

Por nuestra parte, creemos -en coincidencia con Bacigalupo- que las respuestas presentadas como “teorías de la pena”, merecen ser discutidas con más amplitud que la que la ciencia penal concede. En este sentido, es de destacar que en la realidad no se trata de teorías, “... *sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Por tanto, las ‘teorías’ no responden a la pregunta ¿Qué es la pena?, dado que el ‘ser’ de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿Bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?’*”.

Como consecuencia de ello es que no nos propusimos la enunciación taxativa de las escuelas y teorías, salvo las que creemos relevantes para avanzar sobre un tema que a lo largo del tiempo, se ha presentado con diversos matices pero en dos direcciones fundamentales: la pena como un *fin en sí*, y la pena como *medio* para procurar otros fines. A lo primero se lo asocia con el valor *justicia*, y a lo segundo con el valor *utilidad*, en igual medida que se vincula la justicia con la moral y la utilidad con la política social.

Las concepciones de la pena en el primer sentido, han sido -no sin discusiones que aún perduran- encuadradas en las llamadas “Teorías absolutas”, y encuentran su expresión excluyente en

⁴¹ *Programa...* cit., nota al par. 601.

Kant y en Hegel, quienes se ocuparon del problema dentro de la homogénea profundidad de sus sistemas filosóficos. En consecuencia, y dadas las limitaciones de nuestro trabajo, hemos de dar por presupuesto el conocimiento de sus aspectos centrales, sin perjuicio de acentuar los que hagan a su especificidad.

Dijimos anteriormente que la pena como sanción se explica acudiendo al controvertido concepto de *retribución*, que veremos aquí en una de sus manifestaciones. En Kant se encuentra la llamada “retribución moral” como fundamento de la pena, entendida la moral como la que funda la metafísica y no a la inversa; se trata de una “moral del deber”, y no la moral que hasta entonces se había fundado en la idea de bien.

El ámbito de la moralidad se encuentra en la razón práctica y ya no es, como en la primera *Crítica*, una pregunta por el *saber* sino por el *hacer*; pues no es conocimiento sino *valoración* que hace a la actuación: “Por tanto, no es posible fundar la moralidad de un acto sobre su objeto o, como dice Kant, sobre su ‘materia’. La moralidad de un acto depende de su ‘forma’, es decir, de la intención que lo anima, si es conforme al deber dictado por la razón...”⁴², demostrando el autor su tesis en la famosa frase inicial de la *Metafísica de las costumbres*: “De todo lo que es posible concebir en el mundo, e incluso fuera del mundo, no hay nada que pueda ser considerado sin restricción alguna como bueno, sino la buena voluntad”.

Así, lo bueno y lo malo no son predicados de las cosas, sino predicado de la conducta humana. Adviértase, en particular por lo que concierne a su concepto de ley penal, que para Kant el deber fundante de la moral es un *a priori* de la Razón, que no puede extraerse de un principio superior, y que se traduce en la conciencia por el imperativo categórico, cuya enunciación es suficientemente conocida, y sería “... el que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente nece-

⁴² VERNEAUX, R., *Historia de la filosofía moderna*, Barcelona, Herder, 1968, p. 188.

saria”; esto es, que obramos moralmente bien, cuando lo hacemos por obediencia a ese deber incondicionado de conciencia.

La autonomía de esta moral presupone la autodeterminación, “... pues todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a los demás, nunca como simple medio, sino como fin en sí mismo y al mismo tiempo...”, explícito en ello su criterio de *libertad* como presupuesto de toda moral. En ella la voluntad (como una especie de causalidad de los seres vivos) resulta esencial, pues la *Metafísica de las costumbres* se ocupa del hombre libre, no sometido al mundo de la naturaleza y a las leyes que le son propias. Como vemos, su preocupación relativa a la relación *derecho-moral* va en vía de ser resuelta: la *legislación moral* es la que tiene un fin en sí misma, ordenando las acciones sólo por su propia bondad, y por ello obedecida.

En cuanto a la *legislación jurídica*, es la que admite un impulso distinto de la idea de un *deber por sí*, o sea que ordena una acción que no sólo tiene en cuenta al motivo interno del autor, sino también el externo ⁴³. Así concebidos -y muy sucintamente expuestos- la *moral* y el *derecho*, y en tanto la legalidad se satisface mientras el hombre no viole el mandato legal sin que importe la motivación para no hacerlo -imperativo categórico o hipotético-, Kant inicia un arduo problema filosófico, el cual, al no separar el derecho de la moral y para sostener su principio talional, se ve el pensador de Königsberg necesitado de acudir a distinciones empíricas ante situaciones de evidente injusticia. En lo que al *liberalismo* respecta, se ve patentizado en la no injerencia del Estado en el ámbito interno, aporte del cual hoy se nutren los argumentos centrales legitimantes de las acciones privadas de los hombres (art. 19 C.N.). Sin embargo, algunos creyeron

⁴³ *Metafísica de las costumbres*, Introducción, III-IV, p. 219. Entre los estudios más recientes sobre esta parte de la obra de Kant, puede consultarse *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Roberto R. ARAMAYO, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

ver en el esquema kantiano vestigios totalitarios, aun cuando se reconoce que estas teorías limitaron al poder absoluto del Estado. Es oportuno lo comentado por Zaffaroni a propósito de Nietzsche y su declarado desdén por las ideas kanteanas, para quien este mundo de conceptos morales, *nunca perdió del todo “cierto olor a sangre y tortura... ni siquiera en el viejo Kant: el imperativo categórico huele a crueldad”* (o.c., p. 74).

No hay que hacer mayor esfuerzo para colegir qué entiende Kant, en la *Metafísica de las costumbres*, por *ley penal*: “*La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquél que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que se puede obtener, descargase al culpable en todo o en parte, de las penas que merece según el proverbio farisaico: ‘Mas vale la muerte de un solo hombre que la pérdida de todo el pueblo’, porque cuando la justicia perece, carece ya de cualquier valor el que los hombres moren sobre la tierra... Si el criminal ha cometido un homicidio, también él debe morir...*”.

(Hoy el tema llevaría a otra discusión: Laplanche, iniciando su diálogo con Foucault en *Saber y verdad* -p. 107- afirma que la pena de muerte es una pena absoluta, que *suprime al criminal al mismo tiempo que al crimen*. Por nuestra parte, de momento nos interrogamos: Quienes preconizan “sentimentalmente” la pena capital; ¿añoran acaso una “vuelta” al imperativo categórico?).

2. Continúa Kant su clásica fundamentación: “*Aun en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esta sanción: porque éste podría ser considerado copartícipe en esta lesión pública de la justicia*”⁴⁴. De este modo, el Estado no castiga a fin de que exista justicia en el mundo, sino para que haya juridicidad en la vida de la comunidad (es decir, en razón

⁴⁴ WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, 11ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969, par. 32, ps. 328-329.

de su validez y de la observancia de su orden jurídico) ⁴⁵. Como no podía ser de otra forma, Kant refutó severamente a César Bonesana, Marqués de Beccaría.

Textos como el transcripto, sostiene Donna, sólo pueden entenderse con las consideraciones que hiciéramos sobre su teoría ética y jurídica: “*Sólo si se entiende la teoría kantiana del Estado, su concepto liberal, se puede luego sin trastornos mayores opinar sobre la teoría de la pena y si se quiere criticarla. Toda idea paternalista del Estado, idea que está en las teorías de la resocialización, no tiene cabida en Kant*” ⁴⁶.

Por otra parte, esta teoría, al igual que la hegeliana, deben entenderse como posiciones contrarias a las teorías relativas de la pena (esto es, basadas en el concepto de utilidad) desarrolladas por el derecho natural *profano* y en el período de la Ilustración y, por esa razón, sólo pueden ser explicadas desde este trasfondo y desde la comprensión del sistema respectivo, pues una exposición que prescindiera de ello no es científica, según la autorizada palabra de Welzel (ob. cit.), y que compartimos por la perspectiva histórica que contienen, en la medida en que se entienda o al menos se intente una aproximación, a la compleja trama de los fundamentos de una filosofía moderna que, en tanto no abdicaba en favor de las ciencias *empíricas* y su método excluyente para resolver los problemas de ese tiempo, parecía un “... *campo de batalla donde luchan indefinidamente sombras irreconciliables: El pensamiento contra la extensión, el sujeto contra el objeto, el individuo contra la sociedad, todos ellos fragmentos desintegrados de lo real por el análisis disolvente del pensamiento, que en vano se esfuerza por reintegrarlos...*” ⁴⁷.

En ese complejo contexto deben resaltarse las ideas del viejo pensador; fueron un aporte inigualable para su época revo-

⁴⁵ WELZEL, H., *ídem*.

⁴⁶ DONNA, E., ob. cit., p.19.

⁴⁷ GILSON, E., *El realismo metódico*, 4^a ed., Madrid, Rialp, 1974, p. 78.

lucionaria y hasta la actualidad, aun cuando resulte notable que Kant extraiga de sus conceptos morales (extraídos no obstante de la *moralidad kantiana*) una justificación de la pena que contrasta con las ideas del iusnaturalismo ilustrado, al justificarse de conformidad con lo dicho, la imposición de la pena en virtud de un imperativo categórico: se castiga al reo porque ha delinquido, mas no porque ello le sea útil o a la sociedad, puesto que sería contrario a la dignidad del hombre, toda vez que nunca puede ser tenido como un medio ⁴⁸.

3. El otro destacado exponente de las llamadas “teorías absolutas” de la pena es Hegel, quien aparece en los tratados de derecho penal bajo el subtítulo de la “*retribución jurídica*”. En ellos prevalece la necesidad de mostrar una cierta continuidad con el pensamiento filosófico anterior (incluidos los contemporáneos del propio Hegel), en el ya comentado afán “dogmático” por simplificar lo que de hecho no puede serlo, pues se trata de interpretar una vasta red de relaciones que *aparentan* versar sobre la misma materia o en ocasiones participar del mismo enfoque; es decir, el asunto es colegir de un sistema filosófico de todo lo involucrado en él, alguna o algunas ideas que nos interesan en particular, atendiendo así a lo que el filósofo advertía en el prólogo de su *Fenomenología del espíritu*: “... la determinación de las relaciones que una obra filosófica cree guardar con otros intentos al mismo tema suscita un interés extraño y oscurece aquello que importa en el conocimiento de la verdad...” ⁴⁹.

A nuestro entender, tal oscurecimiento sobrevino inserto en los pliegues de las explicaciones abordadas dentro de la ciencia penal, a partir de la excesiva simplificación intentada. La

⁴⁸ TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la filosofía del derecho y del Estado - II*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975, p. 310.

⁴⁹ México, Fondo de Cultura Económica, 5ª reimp., 1982, p. 7.

misma observación podríamos hacer respecto de Kant, pero en el caso de Hegel el orden lógico y particularmente metodológico empleado en sus obras, nos pueden dejar a salvo de equívocos fundamentales.

Ejemplo de ello es la certera afirmación de Soler: *“El fundamento de la pena como institución jurídica ha sido dado por Hegel en conformidad perfecta con su sistema filosófico”*, aseveración que se apoya con una cita al pie, donde califica de “especialmente notable” el parágrafo 101 de la *Filosofía*: *“Retribución es, conceptualmente, lesión de la lesión”*, lo cual no es incorrecto, sino incompleto en la medida que se intenta un acercamiento al sistema filosófico del que se extrae la conceptualización. Pero encontramos matices en el punto de partida de otros autores.

En la actualidad, Zaffaroni intuye desde el comienzo el alcance de la cuestión (*“Al infinito por la dialéctica idealista: Hegel”*), observando que *“No debe creerse que la razón es para Hegel lo mismo que Kant entendió por razón”*, sintetizando con detenimiento en las páginas subsiguientes lo sustancial del tema que nos ocupa, el cual se suele considerar “acabado” en la obra de Hegel citada. Sobre el particular, debiera saberse que *“La ‘Filosofía del derecho’ es un libro que no puede resumirse fácilmente. Se debe esto, en parte, a la elaboración técnica de su aparato lógico, pero sobre todo, desde un punto de vista empírico, a que está fundamentalmente mal construido. No se debe a confusión o descuido por parte de Hegel, sino precisamente al aparato mismo”*⁵⁰.

En cuanto a la estructura, Sabine la entiende directamente surgida del contraste entre el *conocimiento* y la *razón* y, tras indicar algunas “distorsiones” del tratado, incluye un párrafo que colabora en hacernos retomar nuestro tema principal: *“Esta distorsión de los temas en favor de un desarrollo lógico dictado por la noción de desarrollo dialéctico tendía a oscurecer una de las ideas más fructífe-*

⁵⁰ SABINE, ob. cit., p. 466 y ss..

ras de la filosofía de Hegel, es decir, que las instituciones económicas, políticas, legales y morales son en realidad socialmente independientes. Al mismo tiempo, hay que reconocer que el desarrollo de la Filosofía del derecho representaba con precisión una de las más importantes conclusiones políticas de Hegel, es decir, que el Estado es moralmente superior a la sociedad civil...”, lo que marca una diferencia clara con el pensamiento iluminista.

Además, ya no se trata -como en Kant- de fundar una teoría del conocimiento, sino de llegar a las “cosas en sí” intento en el que debatía el concepto del hombre. “Aparece aquí también el concepto la ‘astucia de la razón’, el cual quiere decir esto: que los individuos se proponen fines particulares y no reparan generalmente en actuar una razón superior a ellos...”⁵¹.

De este modo, en el sistema hegeliano el hombre no es el hombre kantiano -y, por lo tanto, finito-; ahora, con Hegel se “supera” tal finitud, desde que la razón misma es un principio infinito y activo, donde a su vez toda finitud se pierde en la infinitud de la Razón. Del mismo modo, mientras para Kant la naturaleza, subordinada al espíritu (o a un sujeto cognoscente), sólo tenía sentido si es conocida por el espíritu, Hegel las contrapone en el absoluto y sin dificultad empírica alguna, pues se mueve en el campo estricto del pensamiento. El hombre resulta secundario, por así decirlo: “El individuo es, en general, sólo una variante accidental de la cultura que lo ha creado y, en tanto sea distinto, su individualidad tiende a ser más caprichosa que significativa...”⁵². Los individuos son *medios* (diferencia sustantiva con Kant), porque las causas de la historia son fuerzas impersonales y generales, donde no cuentan los acontecimientos individuales.

Más aun, el individuo, como materialización parcial e imperfecta de las fuerzas sociales, supone una ética donde “... el

⁵¹ FABRO, C., *Historia de la filosofía*, Madrid-México, Rialp, 1965, t. II, p. 222.

⁵² KAUFMANN, W., *Hegel*, 3ª ed., Alianza, 1982, p. 260.

valor de una persona depende de la labor que realiza y del papel que desempeña en el drama social...” (o.c.). El hombre, así, se pierde en el Estado y éste en la historia, en un espíritu activo desenvuelto en tres fases, y entendido como fuerza constitutiva de todo lo real: la *subjetiva* es la del espíritu considerado “en sí” mismo (Alma, conciencia y razón); la del *espíritu objetivo* (fuera de sí), resulta de la liberación de la inmediatez de la naturaleza, reconociéndose a sí mismo como ordenado a un bien universal. Es un fuera de sí pero “por sí”, momento en el cual el espíritu se da a conocer y se objetiva en sus costumbres, instituciones, moralidades y (fundamentalmente) en su historia y en el derecho, para concluir en el *espíritu absoluto*, elevado sobre el mundo, objetivándose en el arte, la religión y la filosofía.

Volvamos, empero, al concepto de *derecho*: éste pertenece al *espíritu objetivo*, y nace de la persona libre e inescindiblemente vinculada al Estado: “*Así pues, el Estado es el objeto determinado con más precisión de toda la historia universal en el que la libertad recibe su objetividad*”. Agrega Kaufmann: “... *dejando atrás los apuntes de clase*”, y volviendo al manuscrito de Hegel. En él toma nota de que “... *lo directamente opuesto a nuestro concepto de Estado es la realización de la libertad: a saber, la tesis de que el hombre sería libre por naturaleza... Esto de que el hombre sea libre por naturaleza tiene toda la razón en el sentido de que lo es de acuerdo con su concepto, mas, precisamente por eso, sólo de acuerdo con su destino, esto es, sólo en sí...*”. Además, el derecho que se manifiesta en la convivencia de autoconciencias, es el derecho de la persona que “... *no se vincula ni a un ser allí más rico o más poderoso del individuo como tal ni tampoco a un espíritu universal, sino más bien el puro uno de su realidad abstracta o a este uno como autoconciencia en general...*”⁵³.

En este orden, de existir un dilema real o aparente entre autonomía y vinculación de la conciencia, Hegel lo resuelve por

⁵³ HEGEL, F., *Fenomenología del espíritu*, 5ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 284.

vía de la objetivación vinculante, de la cual el Estado es depositario. Ahora bien, el *delito*, según el pensador alemán, representa la negación del derecho y la violación del contrato; mientras que la *pena* a su vez y al negar el delito, que es negación del derecho, es la afirmación del derecho, porque la negación de la negación es la afirmación. Así lo sintetiza Zaffaroni: “... *De allí que la pena se justifique por sí misma, sin que deba reconocer - ni pueda reconocer otro fundamento racional que su necesidad, evidenciada por la razón, que ordena la afirmación del derecho*”⁵⁴.

De esto no se sigue que Hegel sea contractualista respecto del origen del Estado, pues la pena sólo constituye un remedio a una violación contractual, en tanto los delitos son del derecho privado y no del derecho público. Lo que hace pública a la pena, según Hegel, es el hecho de que en manos de particulares no sería más que venganza, y no tendría carácter moral al no ser parte de su constitutivo interno, el fin de reparar el derecho con la negación de la negación de éste: “*La exigencia de resolver esta contradicción que se presenta en la manera de eliminar la injusticia es la exigencia de una justicia no vengativa sino punitiva. Se tiene aquí, en primer lugar, la existencia de una voluntad que, en cuanto voluntad subjetiva particular, quiere lo universal como tal...*”⁵⁵.

Del sustancioso parágrafo subsiguiente (104 con citas, entre otros, de Feuerbach y Beccaría), que Hegel titula “*Tránsito del derecho a la moralidad*”, se extrae su imperiosa necesidad de legitimar moralmente la pena, en la medida en que esté en manos del Estado, por lo cual corresponde advertir que *el fundamento de aquella coincide con los de todo el sistema hegeliano de esta manera considerado*: “*De este modo se pone en primer lugar en la oposición de la voluntad universal en sí y de la voluntad individual que*

⁵⁴ *Tratado...ob. cit.*, t. II, p. 168.

⁵⁵ HEGEL, F., *Principios de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Sudamericana, 1975, par. 103.

existe por sí, para luego, por la eliminación de esta oposición, por la negación de la negación, determinarse, en cuanto negación que se refiere a sí misma, como voluntad en su existencia, de manera de ser no sólo voluntad libre en sí, sino por sí misma...". Finaliza el agregado al pie, sosteniendo que *"La inmediatez eliminada por el delito conduce así, por medio de la pena, es decir a la nulidad de ese nulidad, a la afirmación de la moralidad"*, objetivada ésta en el Estado; es decir, se trata de la *"eticidad"* sostenida como el grado más alto de la moralidad.

Sin embargo, al advertir Hegel que *"... En las diversas teorías sobre la pena - de la prevención, intimidación, amenaza, corrección, etcétera -este carácter superficial de perjuicio es supuesto como elemento primordial, y lo que, por el contrario, debe resultar se determina de manera igualmente superficial como un bien..."* (observación al par. 99), agregando que no se trata de este o aquel perjuicio o bien, sino *"... de un modo determinado, de lo injusto y lo justo"*.

Es por ello que *"... se convierte en esencial al punto de vista moral, el lado subjetivo del delito, mezclado con triviales representaciones psicológicas sobre la fuerza y atracción de los estímulos sensibles en contra de la razón, y sobre la violencia psicológica y su influencia en la representación..."*. Admite que las consideraciones sobre la pena y su relación con la conciencia particular que se refieren a la 'representación' (intimidar, corregir, etcétera), cobran importancia sólo respecto de la *modalidad* de la pena. Hasta aquí, podríamos aceptar con reservas lo afirmado por el ilustre pensador, dicho ello en la medida que no son para nada "triviales" las representaciones que menciona, más aún si observamos a la *persona* desde el derecho natural.

No obstante y como añade seguidamente, aquellas consideraciones suponen la fundamentación de que la pena sea *"en y por sí justa"*: *"En esta discusión lo único que importa es que el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho cuanto derecho. A partir de allí se debe averiguar cuál es la existencia que tiene el delito y que debe ser eliminada"*.

Como puede advertirse, la concepción hegeliana sobre la pena que nos ocupa (esbozada en la parte final de la vida de Hegel), si bien lejos estuvo de posicionarla en la filosofía prácti-

ca, estableció un disparador dentro de su monumental sistema, proyectado en las implicancias actuales que esta concepción trae aparejada dentro del derecho y de la iusfilosofía. En efecto: “*Al considerar que la pena tiene su propio derecho, se honra al delincuente como ser racional. No se le concedería este honor si el concepto y la medida de la pena no se tomaran del hecho mismo, si se lo considera como un animal dañino que hay que hacer inofensivo, o si se toma la finalidad de la pena como intimidación*” (obs. par. 100). En el agregado subsiguiente, no sin ironía alude a Beccaría y a su idea de que el hombre tiene que dar su consentimiento para el castigo, respecto de lo cual Hegel considera que es “*totalmente correcto, pero el delincuente lo otorga ya por su hecho*” (el par. 101 es por demás ilustrativo, y al cual remitimos dada su extensión).

Este orden de ideas, innovador sin dudas en un momento histórico dado, careció obviamente de un fundamento empírico que lo hiciera defendible, a la vez que contribuyó a la deshumanización del castigo y a su agravamiento, a poco que reparemos que no hay un mal que por él se suprima sino que, por el contrario, *al mal del delito debe sumarse el mal de la pena*. En la actualidad, y en algunas de las legislaciones penales más avanzadas, “*... sólo pertenecen a la comunidad jurídica quienes comparten cierto sistema de valores, pero pierden esa garantía jurídica quienes con su conducta evidencian una notoria desvinculación de ese sistema (...)* En el fondo, se trata de la imagen hegeliana del hombre, que no puede actuar con relevancia jurídica - que se hace merecedor de pena porque no ha alcanzado la ‘autoconciencia- la capacidad de relacionarse con otro semejante, sino se halla en una etapa dialéctica inferior, digna sólo de la ‘medida’ para peligrosos”⁵⁶.

Finalmente, y a modo de conclusión, nos remitimos al propósito enunciado en un comienzo; es decir, dejar enunciados los grandes lineamientos de la problemática tratada y sus principales implicancias filosóficas y jurídicas, que seguramente no

⁵⁶ ZAFFARONI, E., *Política criminal...* cit., ps. 34-35.

satisfarán a los cultores de las respectivas disciplinas, más aún al no concluir en una toma de posición sobre soluciones jurídicas específicas. Quedamos, en tal sentido, en deuda con ellos y con nuestras propias inquietudes.

EL JUICIO POR JURADOS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA Y LA OBLIGACIÓN DE FUNDAR LÓGICA Y LEGALMENTE LA SENTENCIA

RAÚL E. FERNÁNDEZ

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Las normas constitucionales nacionales. **III.** Facultad legisferante nacional o provincial. **IV.** Las normas constitucionales locales. **V.** La ley reglamentaria (9182). **VI.** La motivación de la sentencia y el principio de inocencia. **VII.** Un *obiter dicta* de la C.S.J.N.. **VIII.** Las cuestiones de hecho y de derecho. **IX.** Conclusiones.

I. Introducción

La institución del “juicio por jurados” tiene larga prosapia en el ámbito de la República Argentina, tanto que constituyó una preocupación de los constituyentes de 1853 al incluirla en el texto constitucional. Su tésis subyacente apunta a la *participación ciudadana* en la administración de justicia, de modo que en materia penal, se asegure la voz del pueblo en las decisiones jurisdiccionales que involucren delitos de alta trascendencia pública. Existe, pues, una desconfianza en la tarea que cumplen los jueces técnicos.

Sin embargo, mucho tiempo pasó para que se concretara el mandato constitucional, habiéndose producido en nuestra provincia una primera aproximación a través de la reglamentación de los “escabinos”, para pasar ahora a un sistema más próximo al

de los sistemas del *common law*, donde la preponderancia resolutive de los jueces no técnicos no puede ser desconocida.

A la par, está largamente afianzada la garantía para los justiciables y en el caso particular para el imputado, de obtener una sentencia fundada en la ley y motivada racionalmente.

Sin embargo, la interactuación de ambas cuestiones da lugar a posturas diversas; unas que sostienen la inconstitucionalidad del sistema actualmente vigente y otras que lo apoyan.

En particular, algún pronunciamiento declaró la inconstitucionalidad *in totum* del sistema normativo, por diversas razones, entre las que se destacan: a) la inexistencia de facultad legisferante de las provincias para reglar lo atinente al juicio por jurados; b) obligatoriedad del sistema conforme las hipótesis legalmente previstas; c) inobservancia del deber de fundamentación lógica y legal ¹.

Otro, en cambio, señaló, en apretada síntesis, que el sistema devenía inconstitucional porque: a) conforme el art. 162 Const. Pcial. los jurados deben integrar de manera subsidiaria el tribunal, de modo que su decisión no sea determinante; b) imponer al presidente del tribunal, en caso de decisión mayoritario de los jurados, para que fundamente la decisión, no se compadece con la norma constitucional antes citada; c) luce incoherente que el juez que juró respetar las normas constitucionales, deba dar apariencia de legalidad a lo que considera ilegal; d) no se entiende cómo a una persona cuya idoneidad no ha sido probada más que por sorteo para designarla, pueda atribuírsele la función de juzgar a sus conciudadanos sin estar técnicamente capacitada para ello ².

¹ Cámara 2ª Crim. Cba., *in re* "Monje, Jorge Gonzalo y otros p.ss.aa. robo, violación de domicilio, robo calificado, etc.", A. N° 96 del 8/9/06, Zeus Córdoba, t. 9, 2006, p. 449 y ss..

² Cámara 3ª Crim. Cba., *in re* "Pérez, Andrés Darío, p.s.a. homicidio en ocasión de robo", Auto N° 75 del 9/10/06, del voto de la mayoría.

A la consideración de algunos de tales argumentos tiende el presente trabajo.

II. Las normas constitucionales nacionales

Tres normas contemplan la institución en estudio. El art. 24 C.N. dispone que “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”. El art. 75 inc. 12, *in fine*, establece que corresponde al Congreso de la Nación “Dictar... las leyes generales para toda la Nación... que requiera el establecimiento del juicio por jurados”. Por fin, el art. 118 de la Ley Fundamental de la Nación dispone que “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

Varias son las cuestiones a que han dado lugar a las normas en cuestión, entre las que sólo mencionaremos las que siguen: si se trata de reglas operativas o programáticas, aunque de tratarse de estas últimas, serían de carácter obligatorio ³; si el largo

³ La CNPenal Económico, Sala II, *in re* “Martellos, Gino A.”, del 30/4/91, L.L. 1991-E, 216 y ss., con nota de D’Albora, Francisco J., convalidó la intervención del juez jurisdiccional en desmedro del planteo del impugnante, tendiente a lograr la aplicabilidad del juicio por jurados. A tal fin, la mayoría señaló que la Constitución no impuso al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, y menos en un término perentorio (Dres. Repetto y Riggi). El vocal disidente, por el contrario, entendió que como se trata de cláusulas programáticas pero obligatorias,

tiempo transcurrido desde su dictado produjo su desuetudo ⁴ y si, en definitiva, se acepta a nivel constitucional que coexistan resoluciones jurisdiccionales debidamente fundadas con otras asentadas en la íntima convicción propia del actuar de los jurados.

Lo cierto es que a la fecha y a nivel nacional, el instituto en cuestión no se encuentra reglamentado.

III. Facultad legisferante nacional o provincial

Entiendo que como a nivel nacional el Congreso no ha dictado la ley respectiva, es lícito sostener la competencia provincial al respecto ^{5 6}.

el art. 25 del C.P.P. que fija la extensión de la jurisdicción criminal ordinaria de los tribunales de la Capital y el decr. ley 4933/63 que asigna competencia a los jueces en lo penal económico para decidir el delito en debate, se tornan inconstitucionales (Dr. Hendler).

⁴ Contrariando tal postura se predica que la reforma constitucional de 1994 no derogó los artículos en cuestión. Pero ése es un argumento falso, pues la ley 24.309, declarando la necesidad de reforma y los puntos sobre los que ésta debía recaer, no habilitaba a la Convención Constituyente a pronunciarse al respecto (conf. PADILLA, Miguel M., "No al juicio por jurados", E.D., *El derecho constitucional*, 2004, serie especial, p. 378).

⁵ Conf. CABALLERO, Ricardo J. - HENDLER, Edmundo S., *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, Universidad, 1988, p. 55.

⁶ En tal sentido, se ha dicho que "... el juicio por jurados existe a nivel nacional como posibilidad e inclusive como exhortación constitucional, mantenida además, con la reforma de 1994. Es el Congreso nacional el que se ha mostrado reticente al respecto. Y en cuanto a las provincias, el mismo no aparece como prohibido a las mismas, ni tampoco como delegado, de modo que el Poder Constituyente provincial puede incluir entre sus cláusulas la posibilidad del juicio por jurados, lo cual ha sucedido en varias constituciones de provincia, como las de Córdoba, San Luis, Jujuy, Misiones, San Juan y Corrientes" (BACRÉ, Aldo, *Recursos ordinarios y extraordinarios. Teoría y práctica*, Buenos Aires, La Rocca, 1999, p. 96).

No desconozco que conforme el art. 126 C.N., las provincias no pueden ejercer el poder delegado a la Nación, y que históricamente podían dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, hasta tanto el Congreso no los hubiere dictado.

Pero de tal norma no se deriva, necesariamente, que la reglamentación en estudio deba derivar, de manera necesaria y *primigenia*, del ámbito federal.

En efecto, cuadra destacar que se trata de una cuestión atinente al derecho formal, que ha sido establecida constitucionalmente como de competencia nacional, para asegurar la efectividad de la institución.

Sin embargo, la inercia legislativa a nivel nacional no puede conducir a retacear las facultades provinciales, en tanto conforme el art. 5º de la C.N., las provincias conservan su poder legisferante en materia de administración de justicia.

Además de lo dicho, resulta de particular interés recordar que el art. 126 C.N. contiene una *norma prohibitiva específica* con relación a las facultades legisferantes provinciales que no incluyen al juicio por jurados. En lo pertinente, dispone que “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden... dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado...”.

Nuevamente el retaceo al dictado de leyes alude al ámbito sustancial, sin mencionar al juicio por jurados. Si la intención del constituyente hubiere sido que *sólo* el Congreso de la Nación puede legislar sobre el tema en debate, lo habría explicitado concretamente en esta norma, lo que no ha ocurrido ⁷.

Por lo demás, reitero, se trata de materia formal, condicionada en cuanto a la posibilidad provincial, a que se dicte la ley nacional. No existiendo esta última, la conclusión es que las provincias pueden reglamentar el instituto en cuestión.

⁷ En contra: ARBONÉS, Mariano, “El problema de la constitucionalidad del juicio por jurados”, Zeus Córdoba, t. 9, 2006, p. 458 y ss..

IV. Las normas constitucionales locales

En nuestra provincia, desde 1987 rigen dos prescripciones relativas al tema en estudio. Así es bien conocido que el art. 155 de la Const. Pcial. dispone que “Los magistrados... deben resolver las causas...con fundamentación lógica y legal” y que el art. 162 establece que “La ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados”.

En una interpretación literal de los textos transcritos podría sostenerse que la obligación de resolver lógica y fundadamente tiene como destinatarios a los *magistrados*, esto es, a los jueces técnicos que integran los distintos estamentos del Poder Judicial en tanto que ésta no regiría para los *jurados*, dado que ellos aparecen como una posible “adición” a la actuación de los “tribunales colegiados”.

En esta primera aproximación debería sostenerse que no sería inconstitucional la figura de los jurados en el ámbito local, desde la perspectiva constitucional.

Sin embargo, otras pautas hermenéuticas convergen para sostener la opinión contraria, conforme se desarrolla más abajo.

V. La ley reglamentaria (9182)

La normativa aludida fue sancionada en 2004 (B.O., 9/11/04), para entrar a regir el 1º de enero de 2005, y contiene previsiones concretas sobre los casos en los cuales las cámaras en lo Criminal deben integrarse con “jurados populares”, estableciéndose que lo será cuando se trate de juzgar los delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción administrativa (art. 7º ley 9181) y los delitos de homicidio agravado (art. 80 C.P.), delitos contra la integridad sexual de la que resultare la muerte de la persona ofendida (art. 124 C.P.), secuestro extorsivo seguido de muerte (art. 142 bis, *in fine*, C.P.), homi-

dio con motivo u ocasión de tortura (art. 144, tercero, inc. 2, C.P.) y homicidio con motivo u ocasión de robo (art. 165 C.P.)⁸.

A los fines de este estudio interesa destacar el *modo* de intervención de los denominados “jurados populares”. En ese orden, cuadra destacar que debe producirse un sorteo de veinticuatro jurados (por mitades de cada sexo), de los cuales los primeros doce que acepten el cargo integran el tribunal, ocho como titulares y cuatro como suplentes, a los fines de participar en la oportunidad del debate a realizarse ante la cámara respectiva⁹.

Abierto el debate, se procede a dar lectura a la acusación y las partes y los defensores pueden presentar el caso brevemente al jurado, explicando lo que pretenden probar (art. 33 ley cit.). En este punto debe destacarse que los “jurados populares”

⁸ Se ha destacado que “... en definitiva, el ámbito de aplicación de la ley 9182 comprende básicamente dos categorías de delitos: a) los comprendidos en el art. 7º de la ley 9181, que representan buena parte de los incluidos dentro del fuero penal económico y anticorrupción administrativa... y b) otros delitos enumerados expresamente que tienen de común la significativa gravedad de las conductas conminadas (todas comprensivas de atentados a la vida), y la particular alarma social que normalmente provocan (por su modalidad o contexto), por lo que se los refiere vulgarmente -sin ninguna pretensión dogmática- como delitos aberrantes” (FERRER, Carlos F. - GRUNDY, Celia A., *El nuevo juicio penal con jurados en la Provincia de Córdoba. Ley Nº 9182. Comentada*, Córdoba, Mediterránea, 2005, p. 20).

⁹ El número establecido, en tanto impone mayoría de los jurados populares, resulta un ingrediente más de la inconstitucionalidad del sistema. Con claridad, y apoyado en las palabras del convencional constituyente provincial, Dr. José I. Cafferata Nores, el vocal Dr. Alejandro Weiss destacó, en la causa citada en nota 2 que “... es absolutamente indispensable hacer presente que esta solución que proyectamos parte de la base del juez oficial y técnico, cuyas atribuciones y características hemos aprobado en esta sesión. La intervención popular la pensamos como subsidiaria, porque creemos que sólo el técnico en derecho puede cumplir las funciones que la administración de justicia exige a un juez... Las ventajas del sistema propuesto tratan de superar tanto la deformación profesional y la burocratización del tribunal totalmente técnico, como la incongruencia que puede derivarse de la ignorancia del derecho por parte de los jurados” (Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1987, t. I, párr. 859).

no pueden conocer las constancias de la investigación penal preparatoria, de modo que sólo tienen acceso a la prueba que se produzca o se incorpore durante la audiencia de debate, estándoles vedado, además, interrogar al imputado, testigos o peritos (art. 34 ley cit.).

Rendida la prueba, corresponde que las partes aleguen, siendo el orden establecido el siguiente: el actor civil, el Ministerio Público, el querellante particular, los defensores del imputado y del demandado civil, otorgándose la palabra a la víctima y, por fin, al imputado (art. 36).

Luego de que se cumpla tal actividad, los jueces técnicos y el jurado popular (titulares o suplentes reemplazantes) pasarán a deliberar en sesión secreta, oportunidad en la cual se fijarán las *cuestiones* que en sustancia son: 1) las incidentales que hubiesen sido diferidas; 2) las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; 3) la participación del imputado; 4) la calificación legal y la sanción aplicable; 5) la restitución o indemnización demandadas; 6) la imposición de costas.

En tal oportunidad, los jurados y dos jueces técnicos (exceptuado el presidente de la Cámara) ¹⁰ votarán lo atinente a la *existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes y la participación del imputado*, en tanto que con relación a las restantes lo harán los miembros técnicos del tribunal.

La decisión se asume por *mayoría de votos*, de modo que con relación a las dos cuestiones destacadas en el párrafo anterior se requerirá el voto de seis opiniones coincidentes (ocho son los jurados y dos los jueces técnicos que las deben decidir). De este

¹⁰ Como lo destaca el vocal Mario Della Vedova, en la causa “Pérez...” cit. en nota 2, el presidente participa de la deliberación y, sin embargo, no tiene voto (art. 29, 2º párrafo, ley 9182). “Extraño caso, éste, de participación de un juez en una deliberación en la que no puede votar”.

modo, y como hipótesis, *la ley se aviene a que a la decisión mayoritaria la tomen sólo los jurados populares*, aun cuando los dos jueces (excluido el presidente) voten en sentido contrario.

Sólo si existiere empate (cinco votos contra cinco), el presidente deberá desempatar. En caso de que alguno de los jueces técnicos integre la mayoría, a él le corresponderá fundamentar la decisión en el punto, a la que podrán adherir los jurados populares ¹¹.

Pero en caso de que ello no ocurra, y los vocales representaren la minoría, atento que la ley 9182 reitera la necesidad de respetar la fundamentación lógica y legal (art. 44), ya contenida en el art. 155 Const. Pcial., la ley reglamentaria le impone al presidente de la Cámara, fundar “lógica y legalmente” la decisión mayoritaria (art. 44 cit.), *aun cuando no participe del criterio que sustenta la mayoría* ¹².

En otros términos, si hay unanimidad, a la fundamentación la hará un juez técnico con posible adhesión del restante y de los jurados; si uno de los jueces técnicos participa de la mayoría, éste la fundará con la adhesión de los jurados respectivos; pero si la mayoría está representada sólo por los jurados populares, será uno solo de los jueces técnicos (el presidente de la Cáma-

¹¹ De donde, hipotéticamente cada uno, o todos en conjunto, de los jurados populares podrían exponer su propia fundamentación que constituiría el *dictum* del fallo.

¹² Sobre el punto, se destacó con acierto que “... el hecho que se imponga al Presidente de la Cámara elaborar el voto de los legos -sin compartir su posición- en nada se compadece con la integración diseñada a la hora de redactar el art. 162. Es más, resulta cuestionable desde la misma lógica elemental, que el idóneo que advierte los errores en la valoración de la prueba por parte de los legos -que fallan conforme a la íntima convicción- se vea obligado a ‘darle forma’ a un razonamiento que choca contra la sana crítica racional exigida por la propia ley adjetiva local (C.P.P., art. 193). O sea que el técnico idóneo en derecho -presidente en el caso- no tiene voz ni voto, sino simplemente, está obligado a darle visos de legalidad a lo ilegal” (del voto del Dr. Weiss, en fallo citado en nota 2).

ra) quien deberá cumplir con la obligación constitucional de fundamentar la decisión.

De tal modo, puede acontecer el caso extremo en que ninguno de los jueces técnicos comparta el criterio de los jurados y, sin embargo, el presidente deba explicar las razones de la decisión, esto es, *¡justificar aquello con lo que está en desacuerdo!*^{13 14}.

Lo mismo sucederá (aunque sin trascendencia a los fines impugnativos) si sólo los jurados representan la minoría. En tal caso, el presidente debe acometer la tarea de justificar la decisión, aun en el caso de no compartirla.

A esta altura cuadra repetir que “... una de las cuestiones más controvertidas de la ley 9182 consiste en la forma de fundamentar la sentencia. En virtud de que los jueces legos no conocen en plenitud el derecho vigente”¹⁵.

¹³ En sentido concordante se ha dicho que “Es curioso el contenido del art. 44, creemos que va a ser todo un desafío para el juez el tratar de fundamentar con contenido lógico y legal, una resolución que carece de ellos. En este orden de ideas se puede apreciar una contradicción con el sistema tradicional de juicio por jurados, teniendo como esencia el mismo la ausencia del deber de fundamentar la misma. En este caso se está tratando de adaptar a cualquier costo un instituto que no guarda armonía respecto de nuestra estructura de juzgamiento. Ni qué decir de los casos en que la opinión del juez es contraria a la que debe fundar, estaría coaccionado a ‘pensar’ de un modo contrario al suyo. ¿Cómo es posible trabajar con profesionalidad sabiendo que en definitiva no lo está haciendo conforme a sus íntimas convicciones sino a las de otro” (ROJO, Javier, “Algunas consideraciones sobre el juicio por jurados y la nueva ley 9182”, L.L.C., 2005, p. 253 y ss.).

¹⁴ Aunque no se explicitara la personal percepción de la causa, resulta ilustrativo recordar las palabras del presidente de la primera cámara que intervino en un juicio bajo las normas de la ley 9182, al fundar el parecer de los jurados. Dijo el magistrado que “... a continuación, analizará la prueba colectada en el debate, *tratando* de reflejar las observaciones efectuadas por los Jurados Populares, cuyo pensamiento *debo fundar*” (Cámara Crim. Correc. de San Francisco, *in re* “Luna, Víctor Fernando p.s.a. homicidio agravado por uso de arma de fuego cometido con alevosía”, Sent. N° 106, 6/9/05, Zeus Córdoba, t. 7, 2005, p. 373, los destacados me pertenecen).

¹⁵ BASSO, Gonzalo J., “El modelo anglosajón de jurados en la provincia de Córdoba”, Zeus Córdoba, t. 8, 2006, p. 235.

Si fundamentar lógicamente y legalmente la decisión (aun cuando referido a la existencia del hecho y la participación del imputado) supone exponer las razones por las cuales se ha arribado a tal decisión, y la propia ley reconoce el desconocimiento del ordenamiento normativo por los jurados populares (art. 50, ley cit.) y aunque la lógica se considere un *prius* a todo conocimiento, ¿es posible decir que se cumple la manda constitucional, cuando los jurados asumen la decisión sin obligación de conocer el derecho y, en el caso extremo antes señalado, sin que sea compartido por los jueces técnicos? ¿Existe fundamentación lógica y legal porque el presidente (aun en contra de su propia convicción) exponga los motivos de la resolución?...

Cuadra recordar una decisión anulatoria emanada de la C.S.J.N., en el caso en el cual en un proceso, el primer vocal propició la anulación parcial de la sentencia de primer grado; el segundo, la nulidad total, y el tercero, la desestimación de la apertura de la competencia de segundo grado, no obstante lo cual, para formar "mayoría" adhirió al criterio del primer opinante, contrariando su propia opinión.

En tal caso, el alto tribunal sentenció que "... Es cierto que el tercer voto aclara en su párrafo final que, teniendo el tribunal obligación de pronunciarse, presta su adhesión al primer voto por encontrarse más próximo a sus conclusiones. Pero es evidente que esta manifestación carece de virtualidad para constituir mayoría, toda vez que aparece como una afirmación producto de la mera voluntad del magistrado, contraria, por lo demás, a su propio convencimiento y a la conclusión razonada a que antes había llegado. No subsana el vicio el hecho de que el tercer voto adhiera al primero por hallarse más próximo a las conclusiones de éste y frente a la obligación que tiene el tribunal de pronunciarse. La referida proximidad aparece sólo como una mayor cercanía de grado o de medida cuantitativa hacia el primer voto frente a la nulidad total que propicia el segundo y a la ausencia de nulidad a que arriba el tercero, situación ésta carente de eficacia y razonable fuerza de convicción para configurar mayoría válida. Ello así, *porque toda sentencia constituye una*

unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria, por derivación razonada, del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación. No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia; estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento”¹⁶.

Si esa es la vara utilizada para anular la decisión, podría predicarse un resultado análogo en el caso extremo en análisis, esto es, si el presidente expuso su punto de vista, distinto del de los jurados y, no obstante cumplió con su obligación legal de fundar las conclusiones que no comparte...

Como se ve, la regulación legal, comienza a aparecer contraria a los cánones mínimos requeridos para la validez de una sentencia judicial.

Pero, aun cuando no nos situemos en ese caso extremo, debemos preguntarnos si existiendo unanimidad, es posible validar la actuación de los “jurados populares”.

VI. La motivación de la sentencia y el principio de inocencia

A fin de esclarecer la cuestión se torna necesario recordar que ya en el propio texto originario de la Constitución se preveía (aunque de manera implícita) la obligación de los tribunales de fundar adecuadamente sus resoluciones, como modo de alejar el fantasma de la arbitrariedad (arg. arts. 14, 17, 18, 33 y conc. C.N.). De igual modo, el estado de inocencia se derivaba del art. 18 de la C.N..

¹⁶ C.S.J.N., *in re* “Etchevehere. Dato c/ Izaguirre s/ querrela” del 4/5/82, Fallos 304:590 y ss. (los destacados me pertenecen).

Por ende, es posible señalar que la cuestión no se entroniza en el país recién a partir de 1994, con motivo de la recepción de los pactos internacionales, sino que ya estaba situada en el sistema jurídico argentino con anterioridad.

De allí que se torne necesario establecer si ante los preceptos relativos al juicio por jurados y los relativos al principio de inocencia y, consiguientemente, la necesaria motivación de la sentencia (en particular la condenatoria), existe coherencia normativa o si, por el contrario, se está ante una *antinomía* que es necesario superar.

VII. Un *obiter dicta* de la C.S.J.N.

Resulta conveniente recordar lo obvio: la fundamentación de las resoluciones judiciales, en su función endoprocesal, tiene dos destinatarios concretos: el vencido y los tribunales de alzada. El primero tiene derecho a saber por qué su postulación no fue acogida y el segundo debe encontrar en la sentencia recurrida las razones que la sostienen.

Situados en la hipótesis de condena obtenida por la mayoría de la opinión de los jurados populares y “explicada” por el presidente del tribunal, debemos recordar aquello de si la fundamentación constituye un proceso de asunción de la decisión o una justificación de ella.

Si la fundamentación debe mostrar el iter racional recorrido por el tribunal para asumir la decisión, se supone que tal actividad existió. En otros términos, que no basta que un tercero explique los motivos o razones, sino que ellas debieron estar presentes al tiempo de decidir, que la decisión no fue arbitraria, aunque luego se la colorea “lógica y legalmente”, sino que se arribó a ella sin incurrir en errores *in cogitando* y con pleno respeto al ordenamiento jurídico vigente.

No resulta baladí recordar los orígenes de la inclusión del actual art. 155 Const. Pcial.. Así, se explicó que “... exigir la

motivación de una resolución, es pedir que se explique por qué se ha tomado tal o cual decisión, la que presupone, porque en la motivación se encuentra ínsito que la decisión ha sido *precedida* por una deliberación”.

“La motivación es entonces, y sin querer buscar definiciones, el saber mostrar adecuada y formalmente y demostrar críticamente, por qué la decisión jurisdiccional ha sido tomada de un modo y no de otro distinto”¹⁷.

Si eso es así, ¿puede afirmarse, sin ruborizarse, que en todos los casos como el descripto se cumplió con tal *métier*?...

Y en el punto, reasumimos la referencia a la *actividad impugnativa* del condenado, que puede recurrir la sentencia a fin de demostrar la incorrección de la valoración probatoria, cuestión de hecho que, hoy por hoy, no es ajena al sistema procesal penal.

Así, recordamos el importante viraje jurisprudencial operado por la C.S.J.N. a partir del caso “Casal...”¹⁸, en el cual se afirmó la necesidad de respetar el “doble conforme”, en virtud del cual, el condenado tiene derecho a recurrir la sentencia condenatoria ante un tribunal superior, mediante un recurso sencillo del que *no pueden excluirse las cuestiones de hecho*

¹⁷ Del proyecto del convencional constituyente Armando S. Andruet, reproducido en: GHIRARDI, Olsen A., *Lógica del proceso judicial (Dialógica del derecho)*, Córdoba, Lerner, 1992, p. 265.

¹⁸ Sobre el tema, el análisis de RUEDA, Luis Roberto, “La interpretación de la ley y un nuevo diseño de la casación penal” en GHIRARDI, Olsen A. (director), *Formas y evolución del razonar judicial*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 2006, p.127 y ss., y el mío, “Las cuestiones de hecho y prueba son ajenas a la casación (¿Un tópico que debe abandonarse?)”, en igual sitio, p. 95 y ss., el del Dr. Cafferata Nores, José I., “¿Un nuevo recurso de casación? Reflexiones sobre el caso ‘Casal’ de la Corte Suprema”, Suplemento Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, N° 9 del 2006, p. 1669 y ss., entre muchos otros trabajos recientes.

sobre las cuales la decisión de los jurados populares pudo haber sido determinante ¹⁹.

Y fue, precisamente, al sentenciar esa causa, en la que un *obiter dicta* de la Corte dejó abierto un interrogante que, en nuestra opinión, preanuncia una nueva visión sobre el instituto del jurado.

Dijo el tribunal nacional que "... el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público".

"Posiblemente sea necesaria -aquí sí- una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. *Habría que determinar si el jurado que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme a los modelos de su época, o si debe ser redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular.* Pero cualquiera sea el resultado de esta interpretación, lo cierto es que desde 1853 la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograr la publicidad. La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio" ²⁰.

¹⁹ Sobre la influencia de derecho comunitario en la interpretación constitucional, por todos: VIGO, Rodolfo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 181 y ss..

²⁰ C.S.J.N., *in re* "Casal, Matías E. y otro" del 20/9/05, L.L. Suplemento Penal y Procesal Penal, octubre 2005, p. 32 (cons. 15, segundo y tercer párrafos).

De tal modo, la Corte apunta a la consolidación del sistema acusatorio, público, pero deja abierto un importante interrogante: ¿el jurado anglosajón, tenido en cuenta por los constituyentes de 1853, como modo de asegurar la publicidad del proceso penal, es el mismo al que debe seguirse actualmente?

En otros términos: ¿el jurado del “culpable o inocente” sin dar razones (que es lo mismo que obligar a un tercero -el presidente de la Cámara- a expresarlas-) es compatible con la Constitución, que también contempla la fundamentación de las decisiones jurisdiccionales para proscribir la arbitrariedad? La respuesta negativa, insinuada por la Corte, constituye, a nuestro juicio, la respuesta al interrogante.

VIII. Cuestiones de hecho y de derecho

Podría argumentarse, en sentido contrario a lo dicho, que como la labor de los juicios por jurados se limita a la cuestión fáctica, no existiría un lacerante apartamiento de la regla de fundamentación lógica y legal.

Sin embargo, cuadra recordar a esta altura que la labor de los jurados se extiende a las cuestiones relativas a la *existencia* del hecho delictuoso, con discriminación de las *circunstancias jurídicamente relevantes*. Esto es, no sólo si el hecho existió y lo cometió el imputado, sino también establecer aquellos aspectos *jurídicos* que inciden en el tipo penal.

Es cierto que la “calificación legal” es tarea de los jueces técnicos. Pero ¿qué margen les quedará ante la fijación concreta del hecho establecida por los jurados populares?

Como lo destacó doctrinariamente quien actuó como fiscal de la causa en comentario, “... *los hechos gobiernan la solución jurídica, pues si tenemos en cuenta la estructura de la norma jurídica (penal) vemos que se descompone en dos tramos: hechos y consecuencia jurídica, lo cual nos muestra que los hechos constituyen el antecedente que determina el consecuente que es el derecho aplicable. De ello se sigue que*

ha de extremarse el cuidado en la interpretación y valoración de la prueba de los hechos, y de su acierto dependerá el éxito o no de la labor en la aplicación del derecho”²¹.

Viene a cuento traer, nuevamente, la palabra de la C.S. en el caso “Casal...” al destacar que “... 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”.

Desde la perspectiva procesal ello obedece que “... no sólo a 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. 26º).

De tal modo, la labor de meritación fáctico-jurídica de los jurados tiene clara incidencia en la decisión del caso.

Y si eso es así, nuevamente debemos insistir: ¿puede asegurarse que los jurados populares practicaron tal valoración y arribaron a su decisión conforme las reglas de la lógica y de la ley aplicables?

²¹ GUALDA, Raúl Alejandro, “Juicio por jurados. Fundamentación y motivación de la sentencia”, en Revista de derecho penal integrado, año V, Nº 9, 2004, p. 110 y ss..

Así, cabría preguntarse si en todos los casos la deliberación de los jurados populares respeta, v.gr., el principio lógico de razón suficiente (en su doble vertiente lógica y ontológica) o si no podría estar imbuida -por sólo citar alguna- de una falacia no formal de atinencia, tal la de falsa causa, entendida como la que se comete cuando se toma por causa de un efecto algo que no es su causa real, o cuando se establece que un acontecimiento es causa simplemente por ser cronológicamente anterior.

Ni qué decir si de lo que se trata es de establecer las “circunstancias jurídicamente relevantes”.

IX. Conclusiones

La institución de los “jurados populares” obedece a una imprevista de la hora, en la cual la presión popular y de los medios (recuérdese el caso “Blumberg”) ha impuesto al legislador a dar vida al instituto en cuestión.

En la ley reglamentaria se trata de sortear la mácula relativa a la falta de fundamentación lógica y legal, circunscribiendo la tarea del jurado a las relativas a la existencia del hecho delictuoso, pero le impone discriminar las circunstancias jurídicamente relevantes, a más de tener en cuenta la participación del imputado.

Si se trata de legos, ¿es posible exigirles una fundamentación lógica y legal (en la asunción de la decisión y no sólo en su exposición, a cargo de los jueces técnicos)?

Cuadra repetir que desde la dogmática penal, “... se formula el concepto de delito y se lo disecciona en sus elementos, analizando, a su vez, en la acción, si el comportamiento es voluntario y guarda relación de causalidad con su resultado; si dicha acción se adecua a un tipo penal, contrariando al derecho y ofendiendo a un bien jurídico, sin causa de permisión que lo justifique; y si ha sido llevada a cabo por una persona imputable y con una actitud subjetiva, dolosa o culposa, jurídicamente reprochable. Cada elemento no debe ser excluido por sus causales específicas, sin remanente por exceso; y también se deben cumplir las condiciones

objetivas de la figura y de punibilidad, para arribar a la efectiva imposición de una pena”.

“La actuación de esta teoría a través de la norma y la práctica procesal implica también innumerables conceptos técnicos, atinentes a los derechos de las partes, sus cargas, la valoración de la prueba testimonial, pericial, límites jurídicos, límites emocionales, etcétera”.

“Todo ello parece indicar la necesidad de formación, capacitación, experiencia, y oficio del operador”.

“Sin embargo, pareciera que se busca lo contrario, que la ignorancia es superadora del conocimiento; garantiza sabiduría, equidad, independencia e imparcialidad” ²².

Los dos fallos citados en este trabajo se pronunciaron por la inconstitucionalidad, el fiscal general de la provincia ha expedido una instrucción a fin de que sus subordinados defiendan su constitucionalidad. Habrá que esperar la voz de la casación local ²³ que, a su vez, no constituye la última palabra, pues la

²² RODRÍGUEZ SEIN, Luis Martín, “Juicio por jurado: el fin de la dogmática jurídica o el principio del populismo jurídico”, D.J. 1998-2, p. 10.

²³ Cuadra destacar que en la causa “Navarro, Mauricio Orlando p.s.a. homicidio en ocasión de robo - Recurso de inconstitucionalidad”, Sent N° 124, 12/10/06, aunque sosteniendo la constitucionalidad de la aplicación del sistema de juicio por jurados aun a hechos anteriores a la vigencia de ley, deslizó lo siguiente: “... Tampoco se observa infición constitucional alguna en tanto en el juicio integrado por un tribunal con jurados populares, las partes gozan de las mismas garantías que cuando el tribunal está formado por jueces técnicos. No obstante la composición mayoritaria por jueces legos, la regulación legal a los fines del dictado de la sentencia, mantiene la exigencia de la fundamentación lógica y legal (arts. 155 Const. Pcial., 41 y 44 ley 9182). La fundamentación de la sentencia permite a las partes el uso de los recursos pertinentes para procurar la revisión de la misma por un tribunal de mayor grado (C.N., 75, 22º y Conv. Americana sobre Derechos Humanos, 8, 2.h)” (del voto conjunto de los Dres. Rubio, Tarditti, Cafure de Battistelli, Blanc de Arabel y Sesin). Lo dicho presagia la tesis sustentadora de la constitucionalidad del instituto con relación a la obligación de fundamentación lógica y legal.

cuestión puede ser llevada a la más alta magistratura nacional, la cual, sin embargo, tampoco puede pacificar definitivamente la cuestión. Adviértase que se trata del alcance de las garantías procesales del imputado, y desde la faz de los derechos humanos, le corresponderá, en su caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretar definitivamente la cuestión.

Sobre el punto es dable recordar que al portal de esta última (la Comisión de Derechos Humanos) no le es desconocido el “control de logicidad” que ejerció en un caso, precisamente, derivado de la actuaciones de tribunales nacionales, en el cual dejó sentado que la “motivación aparente” no satisface los recaudos de motivación exigidos en la actividad sentencial ²⁴.

²⁴ Mi “Derechos humanos, razonabilidad jurisdiccional y control de logicidad” en GHIRARDI, Olsen A. (director), *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 2000, p. 143 y ss., recordando el Informe 30/97, Caso 10.087; CARRANZA, Gustavo, Argentina, 30 de setiembre de 1997, publicado en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, p. 259 y ss..

EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

(Factores que intervienen en la determinación de lo justo concreto en los sistemas de jueces técnicos y en los sistemas de juicios por jurados)

ROLANDO OSCAR GUADAGNA

Sumario: **I.** El sistema de juicios por jurados. **II.** El sistema de jueces técnicos. **III.** Factores que influyen en la determinación de lo justo concreto en cada sistema. **III.1.** Sujetos juzgadores. **III.2.** Formas de conocimientos que utilizan. **III.3.** Procedimientos seguidos para arribar a las decisiones definitivas. **IV.** Fortalezas y debilidades de cada modelo. **V.** Conclusiones: algunas propuestas para mejorar el funcionamiento de cada sistema.

Ya desde la época de Aristóteles se concibe que distintos sujetos -dotados de diferentes aptitudes y conocimientos- se encarguen de las dos funciones esenciales que dan vida al aspecto dinámico del derecho: la creación de normas jurídicas generales y el juzgamiento de casos concretos.

Esta última función es asignada en la actualidad y según la organización institucional de cada sociedad a: a) jueces técnicos, b) personas del pueblo, y c) tribunales integrados por ambas clases de juzgadores.

Cualquiera sea el modelo, la tarea de quienes tienen a su cargo la función de juzgar (en adelante “juzgadores”) es la de establecer (y luego ordenar o mandar) cuál es la conducta con-

creta debida en una situación determinada (es decir, con relación a sujetos individualizados, en un tiempo y lugar dados).

Para quienes consideramos que el derecho es un orden normativo coactivo orientado a lo justo (es decir, que procura organizar la sociedad de acuerdo con valores) esa conducta será prescripta como debida cuando constituya lo justo concreto, según el juicio efectuado por el juzgador con base en los hechos del caso concreto y de acuerdo con las normas válidas (reglas y principios, ambos con sus cargas valorativas) vigentes en el ordenamiento jurídico.

Es en este sentido que la función de los juzgadores consiste en determinar lo justo concreto.

En este trabajo procuraré averiguar cuáles son los factores (por lo menos algunos) que intervienen en esa determinación de lo justo concreto, según que los juzgadores sean jueces técnicos o personas del pueblo ¹, para poder comparar si dichos factores son constantes o cambian de un sistema a otro. Luego intentaré señalar cuáles son las ventajas y riesgos de cada sistema, para finalmente proponer algunas medidas destinadas a reducir estos últimos.

I. El sistema de juicios por jurados

Aunque los jurados no están regulados de la misma manera en todos los lugares donde funcionan, podemos utilizar como punto de partida la definición de Escriche ²: *“Entiéndese por jura-*

¹ No me ocuparé aquí del modelo mixto, porque son posibles diferentes combinaciones de juzgadores técnicos y legos y su análisis excedería los límites de tiempo y espacio que me he autoimpuesto para elaborar este trabajo.

² Ver otros modelos en: CARAMUTTI, Carlos Santiago, “El jurado frente a las exigencias constitucionales de motivación de la sentencia y el derecho al recurso contra la sentencia condenatoria”, L.L. N.O.A. 2006-225.

do la reunión o junta de cierto número de ciudadanos que, sin tener carácter público de magistrados, son elegidos por sorteo y llamados ante el tribunal o juez de derecho para declarar, según su conciencia, si un hecho está justificado, a fin que aquel pronuncie su sentencia o condena- ción y aplique en este caso la pena con arreglo a las leyes”³.

Las principales características del sistema de juicio por jurados en su versión tradicional, son las siguientes:

a) Se trata de un conjunto de personas que conforman un grupo.

b) Esas personas no son profesionales del derecho y son seleccionadas por azar.

c) El jurado se pronuncia sobre las cuestiones de hecho y acerca de si el acusado es culpable o no (en algunos casos también sobre el importe de las indemnizaciones).

d) A través de la preselección y de las recusaciones se procura que esas personas no tengan ningún compromiso o relación con las partes del proceso o con el tema en discusión que afecten su imparcialidad⁴.

e) Se pretende que la decisión sea tomada por el grupo, luego de deliberar, intercambiando razones, el tiempo que sea necesario para llegar -como grupo- al convencimiento de que los hechos sucedieron de determinada manera, si corresponde declarar culpable al imputado (y, en su caso, cuál es la indemnización adecuada).

f) Las deliberaciones son secretas y una vez que el grupo llegó a una conclusión, no necesita justificarla (el jurado se limita a dar su veredicto sin que se le exija que exteriorice las razones que llevaron a esa decisión).

³ ESCRICHE, *Diccionario de la legislación*, citado por Alfredo MOONEY en “El juicio por jurados en el sistema constitucional argentino”, L.L. 1986-C, 858.

⁴ MORELLO, Augusto M., “Crónica de una experiencia judicial [el jurado] en Miami”, L.L. 1997-F, 1418.

Según mi parecer, no se puede comprender el funcionamiento del sistema de juicios por jurados (y, por lo tanto, no se pueden descubrir sus fortalezas y debilidades) si se lo enfoca exclusivamente desde un punto de vista jurídico-político, sin tener en cuenta los aportes de la psicología social sobre el funcionamiento de los grupos.

Sin embargo, entre nosotros es usual destacar los presupuestos políticos y jurídicos del sistema de juicio por jurados ⁵, pero -en cambio- no son tan comunes los análisis basados en enfoques propios de la psicología social.

Como consecuencia de las investigaciones desarrolladas por los cultores de esta disciplina, es hoy sabido -aun por quienes no somos especialistas en psicología social- que *“el grupo es una realidad nueva y distinta de la simple suma de los individuos que lo forman...; que el grupo tiene una dinámica distinta a la suma de las fuerzas individuales... (y que) con esto se quiere decir que el grupo, como consecuencia de la interacción entre sus miembros, se convierte en una fuente de energía y capacidad desconocidas para los individuos aislados...”*⁶.

Es por esto que las decisiones que se toman luego de un proceso de interacción grupal no pueden ser explicadas describiendo exclusivamente el comportamiento de cada uno de los individuos que forman el grupo.

⁵ Por ejemplo: participación popular y legitimación democrática; garantía de libertad frente al Estado al ser juzgado por personas del pueblo -pares en sus orígenes- y no por funcionarios públicos; garantía de mayor independencia de la administración de justicia respecto al Poder Ejecutivo -robustecimiento de la división de poderes y mayor imparcialidad-; *“acercamiento de la justicia y el derecho al pueblo y viceversa”*, evitándose el funcionamiento corporativo de la justicia, atada a los valores, prejuicios, experiencias, concepciones, etc., de los hombres de derecho (provenientes en su mayoría de los mismos sectores de la sociedad) (conf. CARAMUTTI, Carlos Santiago, ob. cit.).

⁶ AGUILAR, María José, *Técnicas de animación grupal*, Buenos Aires, Espacio, 1989, p. 4; en el mismo sentido: CRIGLIANO, Gustavo F. J. y VILLAVERDE, Aníbal, *Dinámica de grupos y educación*, Buenos Aires, Humanitas, 1966, p. 65).

Por lo tanto, para comprender (y poder explicar) el funcionamiento del sistema de juicios por jurados, en relación con la manera en que se conoce y evalúa el asunto sometido a decisión para determinar lo justo concreto, es preciso considerar los individuos que lo integran, los razonamientos o formas de conocimiento que cada uno de ellos utilizan y la dinámica propia de la acción grupal.

II. El sistema de jueces técnicos

Al igual que hice al tratar el sistema de juicios por jurados, comenzaré por utilizar una definición de lo que se entiende por “juez técnico”, aun cuando su regulación no es uniforme en todos los Estados que adoptan este sistema.

Siguiendo el concepto elaborado por Enrique M. Falcón, pero completándolo, incluyendo algunos aspectos relevantes para este trabajo, podemos elaborar la siguiente definición de juez técnico: profesional del derecho que como *magistrado, investido del poder jurisdiccional del Estado, se encuentra encargado de dirimir*, con adecuados fundamentos fácticos y jurídicos ⁷, *los conflictos de derecho que se presentan a su conocimiento... y de resolver*, de la misma forma (es decir, con suficiente fundamentación) *todas las demás situaciones jurídicas que le encomienda la legislación, ya sea de modo personal o emitiendo su opinión en un colegio* ⁸.

Las principales características del sistema de juicio a través de jueces técnicos (en esta versión que -según entiendo- responde bastante fielmente a nuestra organización institucional) son las siguientes:

⁷ GHIRADI, Olsen A., *Introducción al razonamiento forense*, Buenos Aires, Dunken, 2003.

⁸ Lo escrito en cursiva es textual de FALCÓN, Enrique M., *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. I, p. 178.

a) Se trata de personas que actúan individualmente o formando un cuerpo, pero que pertenecen -en ambos casos- a una determinada estructura (el Poder Judicial).

b) Esas personas son profesionales del derecho y son seleccionadas (deberían serlo) en base al principio de idoneidad.

c) Los jueces se pronuncian tanto sobre las cuestiones de hecho como acerca de las de derecho, resolviendo íntegramente las causas sometidas a su competencia.

d) A través de una serie de garantías (inamovilidad, intangibilidad de las remuneraciones, inmunidad de arresto, procedimiento de selección) y de incompatibilidades (prohibición de realizar actividades políticas, profesionales, comerciales o industriales) se procura asegurar la imparcialidad de los magistrados.

e) La resolución definitiva es la conclusión de un proceso dialéctico argumentativo ⁹, integrado por una o varias decisiones, tomadas algunas en forma individual, otras por unanimidad o por mayoría.

f) Las sentencias son públicas y deben contener los fundamentos fácticos y jurídicos que justifican cada decisión.

Así como en el sistema de juicios por jurados es necesario advertir la importancia de la dinámica de grupos (que también influye, aunque de manera atenuada, en los cuerpos colegiados de magistrados profesionales), en el caso del sistema de jueces técnicos es preciso percatarse de la trascendencia del método dialéctico-deliberativo, como procedimiento reglado que permite exponer y refutar argumentos racionales, en la búsqueda de la mejor solución posible en asuntos contingentes ¹⁰.

⁹ ANDRUET, Armando S., *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001 (especialmente Capítulo VI) y "La sentencia judicial", en: GHIRADI, Olsen A. y otros, *El razonamiento judicial*, Córdoba, Advocatus, 2001.

¹⁰ GHIRADI, Olsen A., *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Marcos Lerner, 1987; MASSINI CORREAS, Carlos I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2006.

Por lo tanto, para comprender (y poder explicar) el funcionamiento del sistema de juicios a través de jueces técnicos, en relación con la manera en que se conoce y evalúa el asunto sometido a decisión para determinar lo justo concreto, es preciso considerar los individuos que lo integran, los razonamientos o formas de conocimiento que cada uno de ellos utilizan y la dinámica propia del procedimiento dialéctico-deliberativo.

III. Factores que influyen en la determinación de lo justo concreto en cada sistema

De los dos últimos párrafos de los apartados que anteceden -redactados intencionalmente de forma similar- se desprende que los factores que influyen en la determinación de lo justo concreto de los que voy a ocuparme en este trabajo son los siguientes: a) sujetos juzgadores; b) razonamientos o formas de conocimientos que utilizan; y c) procedimientos seguidos en cada caso para arribar a las decisiones definitivas.

III.1. Sujetos juzgadores

En el *sistema de juicios por jurados*, los juzgadores son ciudadanos sin formación jurídica profesional, que provienen de diferentes clases sociales y de distintos sectores de la comunidad. Como son seleccionados por sorteo, no se encuentran predeterminados su sexo, edad (a partir de aquella en que la ley considera que tiene suficiente discernimiento como para cumplir la función de juzgar), ocupación, orientación religiosa, raza, etcétera. Se supone que en la conformación de cada jurado se encuentran representadas tanto las mayorías como las minorías y que cada miembro concurre con su caudal de valores, prejuicios, creencias, formas de pensar, estilos de vida, etc., representativos de todos aquellos con los que comparte su visión del

mundo y su actitud frente al mismo, aun cuando estudios empíricos han demostrado que, tanto en Inglaterra como en EE.UU., se confirma la afirmación de Lord Devlin, quien sostuvo que los miembros del jurado son “*hombres de edad media, mentalidad media y clase media*” y que, por lo tanto, “*ciertas categorías de personas aún están subrepresentadas en los jurados*”¹¹.

En el *sistema de jueces técnicos*, los juzgadores conforman un grupo mucho más homogéneo: son todos profesionales, lo que implica que en general pertenecen a las clases medias y medias altas; comparten ideas que son producto de su prolongada formación común y de similares lecturas; el estatus social de los magistrados es elevado y perciben una retribución que los aleja de las privaciones y de las incertidumbres económicas.

III.2. *Formas de conocimientos que utilizan*

Los *jurados* utilizan preponderantemente el *conocimiento intuitivo*, que “*consiste en un acto del espíritu que de pronto, súbitamente, se lanza sobre el objeto, lo aprehende, lo fija, lo determina por una sola visión del alma*”; en tanto que los *jueces técnicos* combinan el método intuitivo con el discursivo, entendido este último, como “*el conocimiento que llega al término apetecido mediante una serie de esfuerzos sucesivos que consisten en ir fijando, por aproximaciones sucesivas, unas tesis que luego son contradichas, discutidas por uno consigo mismo, mejoradas, sustituidas por otras nuevas tesis o afirmaciones, y así hasta llegar a abrazar por completo la realidad del objeto y por consiguiente obtener, de esa manera, el concepto*”¹².

¹¹ NEMETH, Charlan J., “Procesos de grupo y jurados: Estados Unidos y Francia”, en: MOSCOVICI, Serge y otros, *Psicología social*, Barcelona, Paidós, 1983, t. II, p. 284.

¹² OBLIGADO, Daniel H., “Juicio por jurados: el veredicto”, L.L. 1998-B,1169. Este autor explica que en este punto ha recurrido a las enseñanzas de don Manuel García Morente.

III.3. Procedimientos seguidos para arribar a las decisiones definitivas

En ambos sistemas se pretende obtener una decisión racional ¹³, pero en cada uno de ellos se aplican distintos procedimientos, que derivan de diferentes especies (o concepciones) de racionalidad dentro de un género que las comprende y que podemos denominar: “racionalidad argumentativa, dialéctico-deliberativa”.

En el *sistema de juicios por jurados* lo más importante para lograr una solución racional es el intercambio de razones -diálogo informal pero intenso- que desarrollan sus miembros cuando deliberan y cuya finalidad es llegar a una decisión consensuada, que es racional porque en ella han coincidido todos los seres imparciales y dotados de razón que participaron de la deliberación.

El fundamento teórico que permite sostener la racionalidad de la decisión dentro de este modelo sería el siguiente: un cierto número de personas -con historias individuales, prejuicios, necesidades y sentimientos diferentes- que no tienen ningún interés directo en el asunto (son imparciales), llegan a una decisión común (se ponen de acuerdo), en el contexto de una interacción grupal libre de presiones, cuando esa decisión es la más racional posible ¹⁴ (la verdad -especulativa o práctica- se

¹³ Sobre las distintas dimensiones y manifestaciones de la racionalidad ver: GONZÁLEZ, Carlos Manuel, *Racionalidad científica y discursos prácticos*, Río Cuarto, Universidad Nacional de Río Cuarto, 2002.

¹⁴ En ese sentido Chaim Perelman y Louis Olbretchs-Tyteca sostienen: “Porque se afirma lo que es conforme a un hecho objetivo, lo que constituye una aserción verdadera e incluso necesaria se cuenta con la adhesión de quienes se someten a los datos de la experiencia o a las luces de la razón”, y luego citan a Dumas: “La certeza es la creencia plena, que excluye por completo la duda; es afirmación necesaria y universal..., es el estado en el que tenemos conciencia de estar ante la verdad, que es justamente esta coacción universal, esta obligación mental; la subjetividad desaparece, el hombre piensa como inteligencia, como hombre y no como individuo” (PERELMAN, Chaim, y OLBRECHTS-TYTECA, Louis, *Tratado de la argumentación*, 2ª reimp., Madrid, Gredos, 2000, ps. 72

impone a la razón por sobre los sentimientos y prejuicios de los individuos que componen el jurado). En síntesis, este modelo se basa en la convicción de que si un número suficientemente grande y variado de personas coincide unánimemente en una solución, esa es la solución más racional.

Como lo que garantiza la racionalidad de la decisión es el hecho de que todos los miembros del jurado se convencen, libre e imparcialmente, que la decisión debe ser una y no otra u otras, no es necesario expresar para otro auditorio (potencial controlador) los fundamentos que llevan a adoptar esa decisión. En este modelo lo que se debe controlar no es el contenido de los argumentos (que prueban su fortaleza al convencer a todos los miembros del jurado) sino que el proceso deliberativo se cumple bajo condiciones que aseguran el diálogo racional (ausencia de interés y de parcialidad en los miembros del jurado; composición del jurado representativa de todos los sectores y clases sociales; discusión libre y abierta; decisión por unanimidad, de manera tal que se garantice que se han escuchado y analizado los argumentos -razones- de la minoría inicial; instrucciones precisas del juez técnico; cumplimiento de mecanismos destinados a contrarrestar los efectos nocivos para el diálogo amplio y libre de las diferencias de estatus entre los miembros del jurado, etc.¹⁵).

En este sistema y para los asuntos que resuelve el jurado, las condiciones en las cuales se toman las decisiones (ámbito de descubrimiento) garantizan que la respuesta sea racional y, por lo tanto, pierde importancia la expresión formal y para afuera

y 73). Conf. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1999 y *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*, Buenos Aires, Paidós, 2003; RAWLS, John, *La justicia como equidad*, Barcelona, Paidós, 2002; SQUILLARI, Rosana Beatriz, *Legitimación de la democracia*, Río Cuarto, ICALA, 2002 (especialmente Segunda Parte).

¹⁵ Ver NEMETH, obra citada.

del jurado (exteriorización) de los fundamentos que justifican esas decisiones (ámbito de justificación).

En el *sistema de jueces técnicos*, por el contrario, se coloca el acento en la fundamentación de la decisión, que debe cumplir determinados requisitos para que la resolución pueda considerarse racional.

En general, dentro de este sistema se asigna menor importancia a la forma en que los jueces arriban a sus decisiones que a la manera en que deben justificarlas ante las partes, ante los tribunales de superior jerarquía, ante la comunidad jurídica y ante la sociedad toda.

El fundamento teórico que permite sostener la racionalidad de la decisión dentro de este modelo sería el siguiente: los sucesivos controles, efectuados a partir de las críticas de que son objeto las fundamentaciones de las resoluciones pronunciadas por jueces técnicos ¹⁶ (formados y entrenados -se supone- para tomar decisiones racionalmente y para justificarlas, exteriorizando correctamente las razones que las sustentan), aseguran que el resultado final sea racional, por el efecto combinado de los siguientes factores:

a) los jueces, que saben que sus decisiones van a ser criticadas y eventualmente reformadas o invalidadas si no contienen fundamentaciones que demuestren que sus resoluciones son derivación razonada del derecho vigente conforme a los hechos acreditados en la causa, se esfuerzan por fundamentar lógicamente y legalmente sus decisiones;

¹⁶ Por cuestiones de tiempo y espacio he circunscrito el análisis a una etapa del proceso total, que comienza con la formación de las leyes y finaliza con la decisión judicial de última instancia y que sólo puede ser adecuadamente comprendido si se lo observa íntegramente (la decisión del juez es racional cuando relaciona correctamente la premisa fáctica con la premisa normativa, siempre y cuando la primera sea razonablemente cierta y la segunda forme parte de un sistema que regula razonablemente bien -con equidad, justicia y eficacia, cuanto menos- la vida en sociedad.

b) a través de las críticas y de las sucesivas evaluaciones (según criterios lógicos ¹⁷ y jurídicos) de que son objeto las fundamentaciones de esas resoluciones, se las va depurando de apreciaciones meramente subjetivas, de manera que la decisión final se supone dotada de un alto grado de racionalidad técnica-jurídica (la resolución final es el resultado, en alto grado, de la aplicación racional de una norma general al caso concreto).

Como lo que garantiza la racionalidad de la decisión es el control (y eventual corrección) de los fundamentos con los que se justifican las decisiones, es necesario exteriorizar los fundamentos que llevan a adoptar cada decisión. En este modelo -por lo tanto- es importante controlar el contenido de los argumentos y la estructura formal de la argumentación.

En consecuencia, en este sistema los motivos que llevan a tomar las decisiones (ámbito de descubrimiento) no son tan importantes como la corrección formal y sustancial de las argumentaciones a través de las cuales se las justifican (ámbito de justificación).

IV. Fortalezas y debilidades de cada modelo

Estudios empíricos demostrarían que ambos sistemas producen resultados similares: en una investigación (Kalven y Zeisel, 1966) que comparaba los veredictos de los jueces con los de los jurados, se constató una tasa de acuerdo del 78%, similar a la

¹⁷ Estos criterios lógicos se refieren -a mi entender- tanto a los principios lógicos formales (identidad, no contradicción, razón suficiente, tercero excluido) que se ocupan de la corrección formal de la argumentación, como a los criterios que ha desarrollado la lógica informal para evaluar su contenido (en este último aspecto, ver: COMESAÑA, Juan Manuel, *Lógica informal*, Buenos Aires, Eudeba, 2001).

que en otro estudio (Diamond y Zeisel, 1975) se determinó para los jueces entre sí (80%)¹⁸.

Sin embargo, es posible detectar cuáles son, en el aspecto cognoscitivo, las fortalezas y debilidades de cada sistema y uno se siente tentado a pensar que, identificadas unas y otras, se podrían mejorar ambos sistemas, incorporando los factores positivos (fortalezas) del otro que no sean incompatibles ni desnaturalicen el funcionamiento de aquel al cual se introducen.

Algunas de las fortalezas del *juicio por jurado* tradicional, en que las decisiones se toman por unanimidad, son que permite que la deliberación cuente con un elevado recuerdo de los hechos¹⁹; se encuentre enriquecida por múltiples puntos de vista, provenientes de personas heterogéneas entre sí y asegura que se escuchen y analicen las opiniones de las minorías, lo que induce a una exhaustiva “*búsqueda de información, al tratamiento objetivo de esta información, al examen de todas las posibilidades existentes, etc.*”²⁰, cumpliendo así la función de la deliberación, que no es otra que “*garantizar que la decisión tomada sea la mejor posible, la que tenga mayores probabilidades de ser correcta*”²¹.

Algunas de las debilidades que se adjudican a este sistema son las siguientes: como conocimiento vulgar adolece del rigor que confiere credibilidad al conocimiento técnico; la ausencia de fundamentación “*descarta toda posibilidad de control sobre la*

¹⁸ Datos tomados de: NEMETH, ob. cit., p. 294.

¹⁹ “*También disponemos de datos según los cuales un grupo más numeroso generalmente recuerda mejor los hechos (Kelley y Thibaut, 1969), gracias a sus mayores recursos (a condición que los utilice), y tiende a realizar una mejor corrección de las actitudes parciales o los errores (Shaw, 1932)*” (NEMETH, ob. cit., p. 297).

²⁰ NEMETH, ob. cit., p. 287.

²¹ NEMETH, ob. cit., p. 293. Este autor señala también: “*En resumen, constatamos que los grupos de doce personas o, en general, los grupos de mayor importancia, favorecen una mejor rememoración de los hechos, una mejor corrección de los errores, una mejor representación de la población, la presencia de puntos de vistas minoritarios y la persistencia de los puntos de vista disidentes*” (idem, p. 298).

administración de justicia”²²; la falta de formación y de entrenamiento de los miembros del jurado posibilita que se los persuade a través de argumentos emocionales y de falacias, cuando no de amenazas o presiones ²³ (más difíciles de ejercer sobre los jueces técnicos), que serían rápidamente advertidas, rechazadas o neutralizadas por estos últimos.

En general se atribuye al *sistema de jueces técnicos* los atributos positivos que le faltan al sistema de juicios por jurados y se le critica la ausencia de las ventajas que son características de aquél.

En ese sentido, se considera que el conocimiento al que arriban los jueces técnicos, siguiendo un razonamiento formal y sustancialmente correcto, del que tienen que dejar suficiente constancia en la fundamentación de sus sentencias, es más confiable que el conocimiento intuitivo de los miembros del jurado. La revisión de las decisiones en otras instancias del proceso judicial y la necesidad de fundamentarlas, permiten evitar y/o corregir los errores y el control sobre la administración de justicia. Por otra parte, se piensa que los jueces técnicos, entrenados y con vasta experiencia para valorar los argumentos contradictorios de las partes, no se dejan engañar tan fácilmente con argumentos persuasivos y falacias. Finalmente, se sostiene que gozan de ciertas garantías que tornan más difícil ejercer influencia sobre ellos a través del temor o de promesas de gratificaciones.

Sus debilidades provendrían de la homogeneidad de pensamiento que caracterizaría a la judicatura técnica ²⁴; del re-

²² OBLIGADO, Daniel H. “Juicio por jurados: e veredicto”, L.L. 998-B, 1169. Conf. IBARLUCÍA, Miguel, “Juicios por jurados: el mito y su función”, en L.L. 2005-F, 1089.

²³ ROJO, Javier, “Algunas consideraciones sobre el juicio por jurados y la nueva ley 9182”, L.L.C. 2005, 253.

²⁴ Ver en relación a nuestro país: BERGALLI, Roberto, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

ducido número de jueces que integran los tribunales colegiados (en nuestro país, siempre menos que 12) y de la posibilidad de tomar las decisiones por simple mayoría, todo lo que lleva a rápidos consensos, que no se encuentran enriquecidos por puntos de vista variados y que, por lo tanto, son obtenidos sin analizar suficientemente todas las posibilidades existentes y no reflejan las diferentes formas de pensar de los distintos sectores y clases sociales.

V. Conclusiones: algunas propuestas para mejorar el funcionamiento de cada sistema

La primera conclusión que se deriva de los desarrollos hasta aquí efectuados, es que no resulta conveniente -por lo menos en el aspecto cognoscitivo, que es del que me he propuesto ocuparme en este trabajo- introducir en nuestro país un sistema híbrido, en el que se combinen a-críticamente elementos de los dos modelos, con el riesgo de mantener lo peor de ambos.

En ese sentido no parece acertada la tendencia que se evidencia en materia penal, de agregar algunos jurados legos al tribunal integrado por jueces técnicos pero manteniendo la dirección de las deliberaciones en cabeza de alguno de estos últimos; permitiendo que las resoluciones se tomen por simple mayoría y exigiendo la misma clase de fundamentación para todas las decisiones (sobre los hechos, sobre la culpabilidad, sobre la interpretación de las normas y el encuadramiento jurídico, sobre la pena, etcétera).

Esa mixtura anula lo positivo de cada sistema.

En efecto, neutraliza las ventajas del sistema de juicios por jurados, porque como las decisiones pueden adoptarse por simple mayoría, no garantiza que se escuchen y analicen profundamente las opiniones de las minorías, las que -además- difícilmente lleguen a aparecer y manifestarse, especialmente si son contrarias (o diferentes) a las sostenidas por los jueces técnicos,

como efecto de la influencia nociva que en las deliberaciones ejercen las diferencias de status.

Como todas las decisiones, aun aquellas que son resueltas por mayoría en contra de la opinión de todos los jueces técnicos, deben estar exhaustivamente fundamentadas siguiendo las pautas que rigen en el sistema de jueces técnicos, la redacción de la justificación de la sentencia se encomienda a un juez técnico, que ha participado en las deliberaciones, quien deberá fundamentar una decisión cuyos fundamentos no comparte. No parece que este sea un mecanismo eficaz para que la fundamentación cumpla su doble función de contralor -interno²⁵ y externo²⁶- de la razonabilidad y objetividad de las decisiones (por el contrario, una herramienta importante para una buena toma de decisión dentro del sistema de jueces técnicos, se convierte en esta mescolanza en un artilugio meramente formal destinado a cumplir un ritualismo cuya función se ignora o desprecia).

Una segunda conclusión es que para que el sistema de juicios por jurados aporte todas sus ventajas, debería establecerse que los jurados funcionen con 12 miembros (como mínimo), representativos -dentro de lo posible- de los diferentes sectores y clases de la sociedad, ninguno de los cuales debería tener *ab initio* un status superior (a cuyo fin resulta conveniente que ninguno sea un profesional del derecho); que los jueces técnicos no deben participar de las deliberaciones del jurado; que las decisiones del jurado deben tomarse por unanimidad; que cada jurado debe llevar a las deliberaciones un memorando en el que conste su impresión inicial sobre el asunto, con una breve explicación de los motivos que la respaldan (a fin de disminuir

²⁵ Efectuado por el propio sujeto que decide.

²⁶ Efectuado por otro sujeto distinto al que decide, por ejemplo, el tribunal que revisa la sentencia que ha sido recurrida.

los peligros de la conformidad) ²⁷, sin que ello implique limitar o condicionar cambios de opiniones y que las resoluciones sobre los puntos sometidos a decisión del jurado deben considerarse debidamente fundamentadas si se han adoptado por unanimidad (es producto de la sabiduría del grupo y de la racionalidad comunicativa) y si no surge que han sido consecuencias de prejuicios de sexo, raza, religión, clase, etc., a cuyo fin deberán incluirse en la sentencia las respuestas que los jurados brinden a las preguntas que sobre el particular y sobre los temas sometidos a su decisión les formule el presidente del tribunal, de oficio o a petición de partes.

La tercera conclusión es que el sistema de jueces técnicos mejoraría su procedimiento de toma de decisiones si en la estructura judicial se incluyeran jueces provenientes de diferentes clases y sectores de la sociedad o que, por lo menos, tuvieran ideologías y creencias diferentes y fueran conscientes de sus prejuicios de sexo, clase, etc. y si -además- quienes conforman los votos mayoritarios en los tribunales colegiados se preocuparan seriamente por hacerse cargo de los argumentos de la minoría, explicando las razones por las cuales no les resultan convincentes.

Una cuarta conclusión es que no debe evaluarse uno de los sistemas analizándolo desde los presupuestos del otro; cada uno responde a una especie diferente de racionalidad dentro del género “argumentativo, dialéctico-deliberativo”, sin que -a mi entender- sea posible establecer a uno como modelo a partir del cual se evalúa al otro.

²⁷NEMETH, ob. cit., ps. 287 y ss., 299.

JUECES DE LA SOCIEDAD Y EN LA SOCIEDAD

Patricia Elena Messio

Sumario: **I.** Introducción: recordatorio al profesor Alfredo Fragueiro. **II.** Nuevas necesidades en el ejercicio de la judicatura. 1. El juez y la administración de justicia. 2. La tensión generada. 3. Un cambio de actitud. 4. La responsabilidad social. 5. La imparcialidad. 6. La falacia de la inmediatez. 7. El grupo de trabajo. 8. Desviaciones graves. 9. La confianza en la justicia. 10. La nueva formación judicial. 11. Poner las cosas sobre el tapete. **III.** La administración de justicia y los medios informativos. 1. Los medios y el derecho a la información. 2. La información disfuncional. 3. Justicia y medios. a. Las ventajas de una sociedad informada. b. La justicia periodística, ¿mera trivialidad? c. La indiscutible necesidad de conciliar la justicia y el periodismo. **IV.** Conclusión. **V.** Bibliografía.

I. Introducción: recordatorio al profesor Alfredo Fragueiro

De singular manera sostenía el eminente profesor de filosofía Alfredo Fragueiro: *“el régimen democrático de gobierno resultó algo definitivo, la fórmula acabada, perfecta, que no admite enmiendas de ningún género: el Estado como esencia no tiene ni puede tener otra expresión de gobierno que aquella del pueblo y para el pueblo, y no admitimos otra posibilidad de reformas, dentro de este régimen, sino la que*

puede mejorar las prácticas democráticas, pero jamás la que puede sustituirla por otra"¹.

Los principios del constitucionalismo democrático, que inspiraron la organización de nuestro Poder Judicial, han perdido vigencia por los efectos propios de la crisis que afecta todo el sistema institucional. Corresponde actuar sobre las causas de la desjudicialización, revirtiendo la situación antecedente, a fin de reintegrarlo a su auténtico rol institucional². No obstante, es importante no perder de vista una visión macro de nuestra realidad; es decir, la crisis a la que nos referimos no debe ser entendida como un fenómeno aislado sino inscrita en un contexto socio-político junto con otras instituciones republicanas.

Ciertamente, muchas son las causas que provocan esta situación, pero su análisis excede el objeto de nuestra exposición. Queremos llamar la atención a la particular responsabilidad social de los magistrados.

Nuestra preocupación sólo va a encontrar un camino de satisfacción, cuando nos posicionemos en lo que Cotterrell ha denominado *jurista sociólogo*³, que inscribe el estudio del derecho en el contexto de sus presupuestos sociales. El citado autor presenta esta imagen como una alternativa al modelo del *jurista dogmático*, que centra su labor en el conocimiento y elaboración de normas formales y conceptos técnicos. De esta manera, se pretende eludir la dogmática jurídica tradicional y su incapacidad para explicar el comportamiento efectivo de los operado-

¹ FRAGUEIRO, Alfredo, *Libertad y Autoridad*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1933, p. 67.

² Confr. DROMI, José R., *El Poder Judicial: en la Constitución, en la crisis, en la democracia*, UNSTA, Tucumán, 1982, p. 244.

³ COTTERRELL, Roger, *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 7.

res jurídicos, con lo que a la postre oculta o distorsiona la realidad práctica del derecho y su conocimiento teórico ⁴.

Muchos son quienes se han preocupado por responsabilizar y señalar culpables de esta crisis institucional. Sin embargo, todas aquellas imputaciones resultan de efímera eficacia si no van acompañadas de propuestas serias de cambio estructural. Por ello, y siguiendo la atención a la citada tesis de Roger Cotterrell, es que exhortamos a la adopción de un nuevo perfil que implique una efectiva captación de la conciencia social. Este perfil no va a ser únicamente dirigido hacia nuestros magistrados, sino también a los medios de comunicación, que tan esencial rol cumplen en el proceso de socialización. A estos últimos haremos especial referencia en el presente, a fin de requerirles mayor responsabilidad y compromiso con el accionar de la justicia y las mandas constitucionales.

II. Nuevas necesidades en el ejercicio de la judicatura

1. *El juez y la administración de justicia*

Desde que la administración de justicia se constituyó como función autónoma, la figura del juzgador adquirió gran relevancia social. En nuestro tiempo, el juez no es un actor social más, es la persona sobre cuya espalda pesa la protección de los derechos individuales y colectivos, es la última garantía de cohesión social, el sostenedor del Estado social de derecho.

En efecto, la profesión judicial es de las más excelsas que existen. El magistrado se erige como un vivificador del derecho ⁵,

⁴ Confr. COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 8.

⁵ ORGAZ, Arturo, *Introducción enciclopédica al derecho y las ciencias sociales*, Córdoba, Assandri, 1959, p. 119.

la persona que lo hace posible. Al respecto se ha dicho que el juez es el protector, intérprete y portavoz del ciudadano, no siendo ya la *boca de la ley*, sino del *propio pueblo soberano*⁶.

Semejantes funciones importan responsabilidades del mismo tenor. A tal fin, los ordenamientos jurídicos rodearon la función jurisdiccional con un conjunto de garantías, pues se entendió que protegiendo a los jueces se protegía, en realidad, el sistema. Se pensó en un juez imparcial y probo, con independencia, estabilidad e intangibilidad en su remuneración, con el objetivo de lograr la justicia, y sin duda, la seguridad en las relaciones jurídicas.

Sin embargo, la dogmática ha idealizado tanto al sujeto en cuestión que, en la inevitable confrontación con la realidad, nos vemos obligados a concluir ya en el fracaso del sistema, ya en el fracaso de los operadores jurídicos.

Se ha dicho que la buena justicia debe ser independiente, competente (cualificada), accesible, imparcial, diligente y rápida⁷, cuando en verdad todos los integrantes del aparato judicial deben reunir, dentro de parámetros exigibles, dichas cualidades. La justicia es un ente abstracto; los jueces, como cabezas de una repartición pública, son la realidad concreta; y en el camino de lo abstracto a lo concreto se pierde mucho del sentido que se ha querido conceder.

Aun más, cuando se pone en tela de juicio la actuación de un juez, se está cuestionando toda la administración de justicia. No obstante, no debemos caer en el abismo de institucionalizar a los sujetos vivientes que ejercen la función. Este error ha llevado a muchos críticos a conclusiones devastadoras, tales como la supresión de la institución en cuanto tal. Sin embargo, no por ello debemos cegarnos y negar que a

⁶ TOHARIA, José J., "La independencia judicial y la buena justicia", en *Justicia y Sociedad* N° 3, España, 1999, p. 22.

⁷ Confr. TOHARIA, José J., *op. cit.*, ps. 12-14.

los ojos de la sociedad, los jueces y el aparato judicial sean dos caras de la misma realidad. Cualquier deficiencia en uno de ellos implica una carencia en el otro, y es precisamente por ello que debemos preocuparnos.

2. *La tensión generada*

Recordaba Pound que existen ocasiones en que el juez cree haber aplicado el derecho y el pueblo entiende que lo ha desvirtuado ⁸. El incumplimiento de tales expectativas genera un verdadero estado de tensión social, cuyo principal afectado es el sistema jurídico en tanto se atenta contra su credibilidad.

Una consecuencia de ello es la consideración actual del derecho como un instrumento de eficacia limitada como factor de control social, y de importancia relativa para solucionar distintos tipos de conflicto ⁹.

Es cierto que la tarea de decir el derecho en el caso concreto se hace cada vez más ardua, también es correcto afirmar que nunca las legítimas expectativas de cada litigante van a ser satisfechas, en tanto la posición de uno siempre va a resultar más favorecida; pero aún más complicado es apaciguar los intereses de quienes no se ven directamente afectados por la situación, y que sin embargo sienten que sus derechos han sido actual o potencialmente menospreciados. Esta circunstancia da origen al más peligroso estado de tensión social.

El juez es uno de los actores centrales de la sociedad. Sin certeza en el derecho y sin seguridad en su aplicación, no hay

⁸ Confr. VES LOZADA, Alfredo E., *Sociedad, conocimiento y derecho*, ed. del autor, La Plata, 2002, p. 160.

⁹ Confr. MARTÍNEZ PAZ, Fernando y CARRERA, Daniel Pablo, *El mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Advocatus, 1998, p. 12.

estabilidad social posible ni transición, ni progreso, mucho menos convivencia garantizada. El juez tiene ante sí el drama social y debe actuar para que la sociedad funcione armónicamente ¹⁰.

De hecho, el papel social del juez no parte de una sociedad amorfa o de gente anónima, los portadores de las expectativas son seres concretos. Son personas y grupos que tienen una opinión de cómo debe comportarse un juez en su posición y emiten esta opinión, es decir, la transmiten con una cierta presión al juez. Para quien detenta la posición, los emisores de papeles sociales se convierten en personas de referencia, a cuyas expectativas debe orientar el comportamiento de su papel social ¹¹.

3. Un cambio de actitud

Es complicado proponer una salida a tal situación. Lo cierto es que la anomia, el descrimiento, la falta de confianza que el derecho vive, exigen un cambio de actitud.

El tema no es reciente. Ya en 1906 Pound se adentró en las causas del descontento popular con la administración de justicia, lo que conllevó a la reforma del sistema jurídico norteamericano. En dicho discurso, expresó que algunas causas radican en las leyes y son el precio que debe pagarse por la uniformidad; otras residen en las instituciones políticas, y son el precio que se paga por la autonomía local; y otras en las circunstancias de una época de transición, y son la consecuencia de la libertad de enseñanza y la educación universal; pero todas estas siempre

¹⁰ Palabras del rector Juan Ramón de la Fuente, al inaugurar el ciclo de mesas redondas por el octavo aniversario del Consejo de la Judicatura Federal. Instituto de Investigación Jurídica. UNAM DGCS – 019.

¹¹ MESSIO, Patricia E., “Efectos mediáticos en las decisiones judiciales”, en *El fenómeno jurídico*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003, ps. 121-122.

existirán. Ahora bien, mucho del descontento actual se origina en la organización y el procedimiento judicial, y son éstas las causas que deben ser tenidas en cuenta ¹².

Consideramos que las mismas razones que determinan la necesidad de reforma del Poder Judicial nos sitúan en la condición de evaluar y proponer una modificación en el ejercicio de la magistratura. Se ha dicho que la reestructuración del Poder Judicial se torna imprescindible por la percepción negativa que la falta de respuesta eficaz por incumplimiento de la función específica genera en la sociedad, lo que ocasiona la insatisfacción de la ciudadanía ¹³.

Fernando Martínez Paz identifica cuatro claves referidas a las condiciones de la sociedad y la cultura contemporánea con influencia en el derecho, una de ellas es la incertidumbre. *El derecho se vivía hasta no hace mucho tiempo como dispensador de certezas impregnado de certidumbre, y se lo enseñaba como un encadenamiento de certidumbres. Pero hoy el derecho duda de sí mismo, y el hombre común duda del derecho* ¹⁴.

Ahora bien, el cambio debe necesariamente comenzar por los implicados. La sociedad se presenta cada vez más escéptica y descreída, y, como expresa Gerlero "... se requiere un paradigma de juez... que sólo coadyuvará de resultas a marcar las profundas diferencias con la propia realidad... Está en sus manos hacer que la justicia sea independiente, eficaz, accesible y confiable. Es quien deberá implementar

¹² Confr. POUND, ROSCOE, *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, Reports of the American Bar Association, vol. XXIX, 1906.

¹³ Confr. FEDERICO, Cecilia, "Hacia la reforma judicial. Normas ISO, generar hacia la calidad", en *Gestión social de calidad en la justicia*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 8.

¹⁴ MARTÍNEZ PAZ, Fernando, "Cuestiones que plantea la enseñanza del derecho hoy", en *La educación, política de Estado*, Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Academia Nacional de Ciencias, Córdoba, 2000, p. 57.

todas y cada una de las mejoras a su alcance, que permitirán recuperar la confianza de la población en el sistema"¹⁵. En efecto, hoy "ya no se trata de mesurar si el mandato judicial coincide o no con la pauta legal, sino de comprobar hasta qué punto satisface las legítimas expectativas que la sociedad en general depositó en el juez"¹⁶.

Aún más, "no se trata de no tener "amigos", ni ser puntual ni concurrir todos los días a trabajar, pues ello es un deber, ni de la extensión o brevedad de sus fallos, ni la erudición, ... la ilustración, por sí sola puede ser inútil y el talento a veces puede resultar desubicado"¹⁷.

4. La responsabilidad social

Es objeto de estudio la responsabilidad social del magistrado. En su oportunidad dijimos, siguiendo a Alfredo Orgaz, que frente a la ley debe colocarse el juez en actitud de servidor social, a quien se le otorga un delicado instrumento para pesar, medir y valorar los intereses con vista a decisiones que mantengan y perfeccionen el equilibrio colectivo¹⁸.

Para muchos, el derecho se presenta aislado de otros aspectos de la vida. Los juristas parecen en general aceptar esa situación. De esta manera, la experiencia jurídica existiría en un mundo distinto del de la experiencia social; "cree el pueblo que los jueces se caracterizan por su limitado conocimiento de lo que ocurre fuera de los tribunales, y su maestría en lo que sucede dentro de ellos"¹⁹.

¹⁵ GERLERO, Mario S., *Introducción a la sociología jurídica*, Buenos Aires, David Grinberg, 2006, p. 379.

¹⁶ SÁINZ DE ROBLES Y ALBACAR, citado por TOHARIA, José J., op. cit., p. 22.

¹⁷ FEDERICO, Cecilia, op. cit., p. 12.

¹⁸ MESSIO, Patricia E., "Efectos mediáticos..." cit., p. 125.

¹⁹ COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 31.

El juez debe ser el verdadero ministro de la ley como portador del derecho para la realización de la justicia. Sólo a él corresponde la interpretación normativa para conciliar la rigidez legal con la variabilidad de la realidad social.

Al respecto, ha escrito Mario Gerlero que “... *En la responsabilidad social se trata de detectar la vigencia del principio de solidaridad relacionado con las expectativas formales e informales de los actores sociales (internos y externos a la unidad de trabajo); las consecuencias de las acciones de los funcionarios públicos sobre los distintos grupos o sectores sociales (el impacto social); las capacidades necesarias para crear y mantener, en la sociedad, la cohesión social y la legitimación de la instituciones; y la competencia necesaria para el cumplimiento de la responsabilidad social como la habilidad del funcionario público para responder, para actuar y para que los demás le respondan. Sin esta relación mutua que favorece la comunicación, los problemas sociales se agudizan*”²⁰.

En similar línea de ideas, Cotterrell nos lleva, citando al jurista norteamericano Lawrence Friedman, a la expresión de “cultura jurídica”. Con ella se refiere al conjunto de ideas sobre el derecho y su situación en el orden social presentes en sociedades particulares, y que varía de una sociedad a otra, ideas que informan la práctica legal, las actitudes de los ciudadanos acerca del derecho, su mayor o menor aceptación, etc.²¹.

5. La imparcialidad

Las garantías que rodean la función jurisdiccional han sido establecidas en miras a la imparcialidad. Tradicionalmente era entendida como la aptitud para quedar al margen de la red de

²⁰ GERLERO, Mario S., op. cit., p. 497.

²¹ COTTERRELL, Roger, op. cit., p. 37.

relaciones circundantes, constituyendo al magistrado como un extranjero dentro de la relación, llegando Montesquieu al extremo de vedarle incluso la interpretación de la ley.

Sin embargo, hoy no es posible alcanzar tal exceso. Despersonalizar al juzgador no soluciona las cosas, es sólo un recurso teórico para satisfacer ideales del mismo tenor. Se dijo que la función judicial parecía pensada a prueba de personas “... ante la cuestión de qué hacer con los valores, ideas, creencias -en suma, con la ideología de los jueces- tales sistemas han [optado] por hacer como si no existieran”²².

La imparcialidad debe ser entendida desde un nuevo punto de vista, es la falta de prejuicios, pero no la indiferencia hacia la causa. Se logra no sólo a través del régimen de incompatibilidades, o del sistema de recusaciones y excusaciones, sino que implica una actitud más profunda que emana del propio ser del juez.

Muchas veces es vista como una garantía formal no del sistema, sino del juzgador: es la forma de abstraerse de los cuestionamientos sociales, la excusa perfecta. De hecho, como las expectativas acerca de la conducta del ocupante de la posición social pueden ser contradictorias, “una manera frecuente con la que el juez elimina el conflicto resultante es reducirse al aspecto formal de su papel”²³.

A menudo se expresa que el juez sólo habla por sus sentencias. No es cierto, el juez habla con su persona. Es una actividad de tiempo completo. El magistrado es responsable socialmente, en tanto encarna la función de socializador jurídico. La actitud pasiva del juzgador sólo puede satisfacer a un sistema teórico, pero no cumple con los intereses de la colectividad.

Para una persona con formación jurídica esto puede resultar difícil de entender, ya que quiebra los esquemas de la ense-

²² TOHARIA, José J., op. cit., p. 28.

²³ MADILE, Juan A., citado por GERLERO, Mario S., op. cit., p. 468.

ñanza tradicional. Al respecto, me permito hacer un parangón con el estudio de los textos legales, puesto que muchas veces la dogmática jurídica tiene en miras intereses propios, de justificación interna, que buscan sólo coherencia en el sistema y obvian todo sesgo de realidad. En efecto, en tanto la legislación más reciente es menos apreciada que la tradicional, aquélla es tenida en un nivel más alto de consideración técnica y profesional. Los eruditos prefieren divagar en torno del derecho romano o de la magnificencia de los códigos napoleónicos, antes que en torno de los problemas del derecho que surgen de los imperativos de la cotidianidad. La paradoja reside en que, sin embargo, es la legislación nueva la más relacionada con la realidad social y la que recibe constante y amplia aplicación ²⁴.

Hoy se exige al juez un rol activo, y eso no lo torna menos imparcial. No se trata solamente de mayor actividad dentro de la causa, sino de la asunción de su responsabilidad social, del compromiso con los problemas actuales. Es cierto que el régimen constitucional fija una serie de requisitos como cúmulo infranqueable y que su violación genera responsabilidad al magistrado, pero ello no es óbice para que actúe abstraído de su contexto social.

6. La falacia de la inmediatez

El principio de intermediación existe para acercar al juez con las partes en un proceso, a la vez que le permite un acercamiento con los medios de prueba empleados. Es, a pequeña escala,

²⁴ JANS, Sebastián, *El derecho, la administración de justicia y el cambio social*, Santiago de Chile, 2001. En <http://www.geocities.com/sebastianjans/derecho.htm>.

un reflejo de su responsabilidad solidaria, puesto que se le exige un conocimiento acabado del asunto en estudio ²⁵.

En este estado del análisis quizás resulte utópico pretender un grado mayor de compromiso, cuando es sabido “*que los jueces se ven compelidos a delinquir diariamente. Si bien el encabezamiento y pie de páginas de la mayoría de los actos procesales registran la presencia del juez, resulta imposible e impensable, que estuvieran en todos ellos al mismo tiempo*” ²⁶.

No obstante el estado actual de la organización judicial impide que su figura paradigmática satisfaga la exigencia de inmediatez, la enseñanza tradicional aún la postula como exigencia de determinados sistemas procesales. Será pues tarea de los juristas transparentar los actos procesales y no una obligación impuesta al justiciable la comprensión de las situaciones que importan un quebrantamiento entre la verdad formal y la verdad real en la administración de justicia.

La distorsión fundamentalmente opera cuando impera una justicia ajustada al procedimiento escrito, en el que las palabras pronunciadas por testigos y partes registradas en actas y la decisión del juez se efectúa sobre un montón de papeles, generando una deshumanización de la justicia y donde el magistrado o

²⁵ El principio de inmediación consiste en que el juez está en relación directa, personal, inmediata, con los justiciables, escucha sus alegaciones, recibe y pide sus explicaciones, aclara sus dudas, recibe las pruebas, ve los lugares y las cosas sobre las que versa el litigio, recibe entonces una fuente de convencimiento y evidencia muy superior a la que brinda cualquier otro medio de conocimiento. Clemente Aníbal Díaz explicaba que “*la regla de la inmediación procesal postula la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso*”. BEADE, Jorge E., “Reconocimiento judicial”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional; N° 37/38 (número doble), Santa Fe, 2005, p. 205.

²⁶ NEUMAN, Elías, *Los que viven del delito y los otros*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1991, p. 121.

tribunal acaban por decidir expedientes y no causas como señala nuestra Constitución ²⁷.

7. El grupo de trabajo

Llegados a este punto, no es indiferente advertir que el magistrado no se encuentra desamparado en el ejercicio de la judicatura. Sólo él tiene el imperio, y sobre él pesa el grueso de la responsabilidad, pero junto a él se encuentra todo un grupo de trabajo, los funcionarios y empleados del Poder Judicial.

Ahora bien, llevada nuestra propuesta a su máxima expresión, buen juez es no sólo quien se ocupa de dictar buenos fallos, sino que debe contar con un equipo de trabajo que mantenga en orden y al día su juzgado. Debe fiscalizar lo que hacen sus subalternos, impartir órdenes justas, efectivas y vigilar que se cumplan. Debe capacitarse en forma constante, y fomentar a sus empleados que también lo hagan ²⁸.

Al decir de Gerlero se está en presencia de un nuevo tipo de juez. En el exterior se personifica con un poder discrecional alto pero no absoluto ²⁹, en el interior (en su despacho), aparece como el gran administrador. La distinción entre juez autoridad (identificado con el conformismo y obediencia a las normas) y el juez líder (cuestionador de los sistemas normativos) se torna anacrónica con base en la aparición de un nuevo sujeto

²⁷ Confr. VES LOZADA, Alfredo E., op. cit., p. 160.

²⁸ Confr. GERLERO, Mario S., op. cit., p. 380.

²⁹ Gerlero lo llama juez Hermes, en oposición al juez Hércules y Jupiteriano. Lo conceptúa como el mediador universal, el gran comunicador, que pone en práctica nuevas ideas, tiene un contacto fluido con sus colegas, escucha opiniones y aprende de las experiencias ajenas. Sólo está limitado por las garantías constitucionales y los principios procesales. GERLERO, Mario S., op. cit., p. 381.

procesal, de “perfil público bajo”, con gran capacidad de negociación en lo referente a la administración, que trata de controlar tensiones y disminuir los conflictos organizacionales ³⁰.

El ritualismo, el papeleo y la falta de trato adecuado son disfunciones claramente identificables en el aparato judicial. El ritualismo es la conversión de una norma instrumental en una regla final. Merton lo hace radicar en el carácter supersocializado del empleado judicial (como el niño sobreeducado, que de tanto condicionarlo por temor para que cumpla todas las normas, lo hace a rajatabla), pero Crozier lo conceptúa como una expresión de poder del funcionario. El papeleo, si bien se justifica por la seguridad, llega al extremo de inseguro cuando de tantos escritos nada se puede encontrar y poco se puede leer. Finalmente, la falta de trato adecuado con frecuencia se explica porque, por parte de la administración, la respuesta adecuada es subsumir los hechos presentados en las normas reglamentarias, dando respuestas similares a casos semejantes, pero por el lado del que pide, suele creer que sus demandas son únicas y que su caso es especial ³¹.

En la actualidad existe un importante movimiento por imponer las normas de gestión de calidad ISO 9000 en la administración de justicia. Estas están orientadas a la presteza en la función desempeñada. Se trata de un elogiado empeño, no obstante las dificultades que su aplicación encuentran en la práctica, sobre todo en relación con los costos de implementación y mantenimiento.

³⁰ Confr. GERLERO, Mario S., op. cit., p. 469.

³¹ Confr. FUCITO, Felipe, *¿Podrá cambiar la justicia en la Argentina?*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 113 y ss.

8. Desviaciones graves

La desviación implica un desajuste de conductas. Para los sociólogos funcionalistas es lo contrario a lo que es debido, o al menos tolerado. En este punto, tanto la sociedad como la dogmática coinciden en un modelo de magistrado, con deberes perfectamente delineados, y cuyo incumplimiento genera una verdadera reacción social. Tan importante es el tema de la desviación, que si fuese materialmente imposible (situación obviamente ideal), las instituciones sociales cumplirían un papel de estrictísimo control social; o dicho de otro modo, no sería necesario control social alguno, puesto que todo estaría ajustado a lo debido.

En efecto, hay desviaciones totalmente tolerables, zonas grises, que conllevan al debate, pero no necesariamente al repudio. Fucito, en una investigación realizada en los años 1995-1996 concluyó que el perfil de juez que los abogados observaban era el de un juez más cercano a la legalidad (y ajeno a las circunstancias sociales del caso); pero el perfil deseado era el de un juez menos formalista, alejado de las abstracciones y tecnicismos, pero sin llegar a ser un cuestionador del sistema legal (1995-1996, 2:138 y ss.).

Ahora bien, hay desviaciones extremas, que generan el verdadero rechazo social. *“El caso del fiscal nombrado con dieciséis materias, que había falsificado su título pero cuya madre era amiga del presidente; el de la jueza joven e inexperta que contrató un abogado para hacer las sentencias porque no sabía cómo redactarlas, y el de varios jueces que desembozadamente incurrieron en actos de corrupción solicitando directamente prebendas o dádivas, o dictando sentencias de altos montos para favorecer organizaciones ilícitas que integraban o dirigen”*³².

Estos son los motivos que obligaron a la consagración constitucional del Consejo de la Magistratura, y que nos obligan a

³² FUCITO, Felipe, *¿Podrá cambiar la justicia...*, cit., p. 65.

pensar, junto con Junyent Bas, en la importancia de la formación ética para magistrados y funcionarios, como directriz central de todo quehacer humano ³³.

9. La confianza en la justicia

Sin duda, uno de los puntos centrales en la crisis institucional es la falta de confianza en la justicia. Como se verá, no sólo es atribuible a la ligereza con que la prensa aborda los asuntos en cuestión, aunque tampoco es posible deslindar toda la responsabilidad.

Lo cierto es que no muchos saben cómo efectivamente opera el aparato juzgador, y lo desconocido, o lo mal conocido, genera desconfianza.

En nuestro país, la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (Fores) y la Fundación Libertad, elaboran de manera cuatrimestral el índice de confianza en la justicia (ICJ), a partir de dos subíndices: uno conductual, que muestra el comportamiento que los encuestados manifiestan que tendrían ante conflictos jurídicos en materia patrimonial, familiar y laboral; y otro perceptual, que mide la opinión de las personas con relación a los atributos de imparcialidad, eficiencia y honestidad de los magistrados.

Desde su comienzo, el índice, que varía de 0 a 100, ha oscilado entre 46,3 y 50,1 puntos, siendo la última medición en julio de 2006, con 49,3 puntos. Los bajos resultados perceptuales

³³ Confr. JUNYENT BAS, Francisco, op. cit., p. 5.

evidencian la falta de imagen positiva en el aparato administrador de justicia ³⁴.

Ahora bien, muchas veces, además de falta de confianza hay falta de interés, lo que convierte al servicio de justicia en algo aburrido y a la satisfacción de los derechos y las leyes en algo secundario, privilegiando el conflicto y haciendo hincapié en los gastos involucrados ³⁵.

10. La nueva formación judicial

Se hace imprescindible la formación de un nuevo perfil de juez, la consagración práctica de la figura del jurista sociólogo. La escuela judicial aparece, de este modo, como el necesario eslabón de una cadena reformista, en tanto se afirma que “... *la burocracia suele enseñar burocracia... Para erradicar esta mentalidad se requiere de esfuerzos continuados en manos de capacitadores entrenados*” ³⁶.

La escuela deberá estar dotada de suficiente autonomía académica en la enseñanza del derecho judicial ³⁷, y servir no sólo para la integración de normas, sino para los casos en que la solución legal apareciera como inapropiada, cuando las cuestiones de hecho superaran lo fácilmente accesible y comprensible ³⁸.

³⁴ Para conocer acerca de la evolución del ICJ y de los datos técnicos consultar el sitio web del Fores www.foresjusticia.org.ar. En julio de 2006, el índice perceptual fue de 28,5 puntos, mientras que el conductual de 69,7. El índice general se ubica entre ambos subíndices.

³⁵ Confr. POUND, Roscoe, op. cit.

³⁶ FUCITO, Felipe, *¿Podrá cambiar la justicia...*, cit., p. 140.

³⁷ Confr. JUNYENT BAS, FRANCISCO, “La eticidad del derecho, el perfil del jurista y la función judicial”, E.D. N° 11510, Buenos Aires, 16 de mayo de 2006, p. 5.

³⁸ Confr. FUCITO, Felipe, *¿Podrá cambiar la justicia...*, cit., p. 138.

Ahora bien, ya expresamos que los magistrados son la cabeza de una repartición pública, por lo que será menester integrar al grupo de trabajo en la formación judicial, porque es el “semillero” de donde posiblemente surjan los otros magistrados ³⁹.

Esta deberá ser garante del verdadero equilibrio exigido en la actualidad, descartando tanto al juez dogmático como al pretoriano, formando a jueces equilibrados, prudentes, con criterio libre e inteligencia en la operación del derecho ⁴⁰.

11. Poner las cosas sobre el tapete

Luego de este breve análisis resta decir que tampoco es correcto cargar a los tribunales con todas las deficiencias del sistema. Buenos jueces hay muchos, y se puede reunir al grupo más eficiente de trabajo que seguramente se va a sentir sofocado por la cantidad de causas pendientes que existen en su juzgado. Como expresó el Dr. Oyhanarte, “*la peor presión que puede tener un juez no es otra que la pila de expedientes*” ⁴¹.

Tampoco su tarea es de las más sencillas, en primer lugar por la falta de medios materiales, pero principalmente porque existen grandes intereses en juego, y por definición, las legítimas expectativas de alguien siempre van a ser relegadas. Máximo es el desprestigio cuando todo el grupo social se ve involucrado, especialmente a partir de la masificación de los medios comunicacionales ⁴².

³⁹ Confr. JUNVENT BAS, Francisco, op. cit., p. 5.

⁴⁰ Confr. FUCITO, Felipe, *¿Podrá cambiar la justicia...*, cit., p. 139.

⁴¹ BEADE, Jorge E., op. cit., p. 210.

⁴² Este tema fue tratado en mi trabajo “Efectos mediáticos en las decisiones judiciales”.

Más aún, el principio de publicidad de los actos de gobierno está tomando un nuevo perfil, y exige un juez comunicador, que rinda cuentas a la sociedad, que informe los casos que a ésta más le preocupan, pero que falle conforme a derecho y conciencia, según las pautas de la sana crítica racional. Se trata de un juez más activo, que abandone lo acogedor del despacho y se embeba de la necesidad actual de información, ya que en el estado actual de las cosas, lo desconocido genera desconfianza. Es precisamente esta idea la que expresa el centro neurálgico de nuestra propuesta.

La sociedad tiene necesidad y derecho a conocer. Además, la publicidad es el mejor remedio para paliar la crisis institucional. Será requisito indispensable arbitrar los medios y concientizar a nuestros jueces del compromiso de comunicar lo que es *res público*.

Los medios de comunicación masivos aumentan la visibilidad de la justicia en una medida mucho mayor que la que pueda lograr la vivencia inmediata del juez en su trabajo. Un alto grado de visibilidad tiene consecuencias importantes para todos los participantes⁴³. De este tema nos ocuparemos a continuación.

III. La administración de justicia y los medios informativos

1. Los medios y el derecho a la información

Hoy en día los medios de comunicación constituyen una herramienta persuasiva que nos permite mantenernos en continua comunicación con los distintos sucesos sociales, políticos y económicos tanto a nivel nacional como internacional. Reflejan

⁴³ Messio, Patricia E., "Efectos mediáticos..." cit., p. 133.

la transformación cultural de nuestro tiempo. Los nuevos medios de comunicación proporcionan nuevas maneras de seleccionar, componer y compartir las perspectivas. Nuevas pautas de información animan las sociedades y las máquinas ⁴⁴.

Sin duda, en el actual estado de la sociedad encarnan un papel fundamental. Viabilizan el postulado republicano de la “publicidad de los actos de gobierno”, y contribuyen a la satisfacción de los derechos de audiencia e información, esto es, de ser escuchado y de ser informado, entendidos en el sentido más amplio posible, al punto de hablarse de un “cuarto poder” ⁴⁵, capaz de revertir las más firmes decisiones gubernamentales.

Se ha sostenido que su poder es un hecho inalterable, al extremo de afirmar que “*nos guste o no, debemos aprender a aceptarlo*” ⁴⁶. Aun más, en el devenir democrático, los medios ya no sólo tienen un derecho a informar, sino que están obligados a hacerlo.

Damián Loretti atribuye a los medios informativos un cúmulo de facultades: el derecho a no ser censurado, ni explícita ni implícitamente; el derecho a investigar, difundir y publicar o emitir informaciones u opiniones; la facultad de contar con los instrumentos técnicos adecuados; a no ser interferido; el acceso a las fuentes de información y su reserva; y el derecho a la cláusula de conciencia ⁴⁷.

Si bien ha sido necesario el uso de una hermenéutica constitucional ampliatoria, este derecho ha sido consagrado en los arts. 14 y 32 de la Carta Fundamental, junto con el art. 13 de la

⁴⁴ MESSIO, Patricia E., “Efectos mediáticos...” cit., p. 102.

⁴⁵ Confr. GRENNI, Lucas, *La influencia de los medios de comunicación en el proceso penal*, Buenos Aires, La Ley, 30 de agosto de 2005, p. 3

⁴⁶ Juez Federal de Estados Unidos Learned Hand, citado por HENGSTLER, Gary A., *la función de los medios en el aspecto cambiante de los tribunales de Estados Unidos*, en <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0503/ijds/hengstler.htm>

⁴⁷ LORETTI, Damián, *El derecho a la información. Relación entre medios, público y periodistas*, Buenos Aires, Paidós, 1995.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, sólo una evolución político-filosófica permitió la transformación de la noción individualista y liberal de la libertad de prensa o expresión, cuyo titular era el individuo concreto, al concepto más amplio de derecho a la información, que presupone la interacción del hombre con la sociedad política ⁴⁸.

No es un producto de la democracia, sino una condición indispensable para su existencia ⁴⁹, por lo que encuentra como corolario al derecho a la protección frente a la información disfuncional, ya que todo periodista tiene un deber de veracidad, de honestidad intelectual, de buena fe en la búsqueda y exposición de la materia noticiosa ⁵⁰.

2. La información disfuncional

Se ha llamado bizantina la puja que existe entre las nociones de objetividad y subjetividad en el informe periodístico, pero cierto es que los medios tienen oportunidad de formular interpretaciones y privilegiar diversas cuestiones. En efecto, “... *los medios de comunicación influyen en la sociedad de manera generalizada, haciéndolo a través de la forma en que los hechos son presentados, las fuentes de información utilizadas, la selección de hechos informados, el modo en que se informa y el planteo dicotómico, simplista, de bandos opuestos, de buenos y malos*” ⁵¹.

En tal punto, se ha asegurado que la estructura de los medios es incompatible con la estructura de la democracia, puesto

⁴⁸ Confr. HERRÁN, María T.; RESTREPO, Javier D., *Ética para periodistas*, Bogotá, Tercer Mundo, 1995, ps. 114 y ss..

⁴⁹ Confr. HERRÁN, María T.; RESTREPO, Javier D., op. cit., p. 118.

⁵⁰ Confr. HERRÁN, María T.; RESTREPO, Javier D., op. cit., p. 163 y ss..

⁵¹ GRENNI, Lucas, op. cit., p. 3

que no tienen verdadera representación, y que muchas veces distorsionan las voces de la ciudadanía antes que reproducirlas fielmente ⁵².

Y aun cuando valoremos el hecho de estar informados, los medios no nos garantizan la comprensión de las cosas, sino que sólo nos dan nociones. Si bien el saber nocional no debe ser menospreciado, tampoco debemos sobrevalorarlo, puesto que a menudo se está informadísimo de muchas cuestiones y aún no se comprenden ⁵³.

Otro problema ha sido la actitud mercantilista asumida por numerosos medios que han incrementado el sensacionalismo y el espectáculo noticioso ⁵⁴. Esto se ha visto favorecido por la falta de garantías para el ejercicio profesional, la concentración de medios, el inmediatez, y la obsesión por competir por el rating de sintonía ⁵⁵.

Una de las mayores ironías de la revolución de la información es que si se quiere que la información sea libre, también se debe lograr que los medios digan la verdad, y todavía no se ha avanzado en este punto ⁵⁶.

3. Justicia y medios

Entendidos en su correcto sentido, tanto los medios como la administración de justicia cumplen una función loable. En efec-

⁵² GREEN, Philip, citado por STEIN VELASCO, José Luis F., *Democracia y medios de comunicación*, México, UNAM, p. 104.

⁵³ SARTORI, Giovanni, citado por STEIN VELASCO, José Luis F., op. cit., ps. 102-103.

⁵⁴ Confr. STEIN VELASCO, José Luis F., op. cit., p. 107.

⁵⁵ Confr. HERRÁN, María T.; RESTREPO, Javier D., op. cit., p. 178 y ss..

⁵⁶ KATZ, John, citado por STEIN, VELASCO, José Luis F., op. cit., p. 116.

to, se dijo que “*lo que distingue verdaderamente a una sociedad libre de todas las otras es un Poder Judicial independiente y una prensa libre*”⁵⁷.

El inconveniente surge cuando la libertad de información es llevada al punto de violar derechos de las personas sometidas a un proceso, o de crear tal presión social que conlleven a un descreimiento infundado y generalizado en las instituciones democráticas. Los medios encarnan un mecanismo de control social de carácter difuso⁵⁸ y como tal ejercen presión, incluso sobre el más perfecto de los medios de control: el derecho y los tribunales que lo efectivizan.

Por lo tanto, es necesario compatibilizar la apetencia de información que la gente posee, con la independencia que los magistrados necesitan.

Es necesario enfatizar que los periodistas no son jueces, ni fiscales, ni funcionarios judiciales de ningún tipo, sino son periodistas⁵⁹. Ciertamente gozan de credibilidad, y posiblemente sea acertada la afirmación de Biasatti de que en las sociedades los espacios no quedan vacantes, por lo que ante la falta de respuesta de la justicia, la gente debió acudir a los medios de comunicación. Pero también lo es que en América Latina se tiende a creer en los medios y a desconfiar de las instituciones⁶⁰.

⁵⁷ MURROW, Edward R, citado por HENGSTLER, Gary A, op. cit..

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1990, p. 30. El tema de los medios de comunicación como mecanismo de control social fue tratado en mi obra “¿Es posible una mirada antropológica del control social?”, en *Alfredo Poviña (in memoriam)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004.

⁵⁹ Confr. BIASATTI, Santo, “Hacer prensa, ¿es hacer justicia?”, en *Legislatura Abierta*, Ciclo de conferencias 1996-1998, Legislatura de la Provincia de Córdoba, Dirección de Extensión Legislativa, Subdirección de Prensa, p. 556

⁶⁰ Confr. BID (Banco Interamericano de Desarrollo), *El costo del silencio: violencia doméstica en las Américas*, editorial del BID, 1999, p. 195. Agrega que “... en Europa y Estados Unidos, en cambio, los televidentes confían más en la policía, la justicia y las fuerzas armadas, y ven con más escepticismo a los medios de comunicación”.

Los medios se convierten en fuentes formadoras de opinión ⁶¹. Al punto de sostenerse que “... *puesto que la mayoría de la gente no va a los tribunales asiduamente, la percepción de la calidad de la justicia proviene en gran medida de los informes de los medios sobre la labor judicial*” ⁶².

a. Las ventajas de una sociedad informada

Sin duda, aspectos sumamente rescatables aparecen en la vertigine informativa. Hoy más que nunca es factible cierto grado de socialización jurídica, ya que los ciudadanos tienen más conocimiento que sus antepasados de la ley y de su impacto. Es posible el conocimiento de los derechos constitucionales, y las personas están más familiarizadas con los métodos de la policía para investigar los delitos y la manera en que los tribunales juzgan los casos para determinar culpabilidad o inocencia ⁶³.

A su vez, han ayudado a alentar un mayor sentido de apertura por parte de los tribunales para que el público pueda ver por sí mismo cómo sirven a la gente; al mismo tiempo de concentrarse también en las actividades de los jueces individuales, algunas veces en detrimento de la función judicial en sí misma ⁶⁴.

b. La justicia periodística, ¿mera trivialidad?

Con frecuencia la exageración mediática lleva a verdaderos juicios populares, con inevitables resultados de estigmatización para quienes están siendo juzgados, y para el propio Poder Judicial, que es tachado de corrupto y débil.

Asimismo, las doctrinas jurídicas son a menudo fuertemente cuestionadas por meramente académicas, lo que no es

⁶¹ Confr. BID (Banco Interamericano de Desarrollo), *Op. Cit.*, p. 195.

⁶² HENGSTLER, Gary A., *op. cit.*

⁶³ Confr. HENGSTLER, Gary A., *op. cit.*

⁶⁴ Confr. HENGSTLER, Gary A., *op. cit.*

objetable, salvo por la ligereza de los comentarios efectuados.

Frente a una noticia adversa al Poder Judicial, a nadie le interesa de qué jueces se trata y con qué competencia, y qué porcentaje representan en el total de la magistratura. Si es posible atacar al poder, bienvenidos sean las causas o los pretextos ⁶⁵.

Ahora bien, los magistrados son la última garantía de la cohesión social, pero no la única. El pueblo tiene verdadero anhelo de justicia, y la función jurisdiccional es la vía más excelsa para lograrla, pero no debe obviarse la función que otros institutos sociales cumplen. *“Es cierto que la Justicia está en los tribunales, en los magistrados y en el control de la ciudadanía;..., eso sí cumple el periodismo de manera muy fuerte, y cada día va a ser más”* ⁶⁶. El periodismo *“... es una posibilidad que tiene la sociedad en su conjunto de arribar a esta verdad, de buscarla, con errores, con defectos, con límites”* ⁶⁷.

La justicia periodística, en sus justos límites, es acertada, ya que satisface las legítimas exigencias de información que la ciudadanía requiere, pero no debe olvidarse que no es verdadera justicia, y en ello debería hacerse énfasis.

Es imperioso que el periodismo asuma una actitud no tan reñida con la ética. En efecto, las autoridades judiciales frecuentemente elevan sus críticas a los medios informativos, puesto que se pierde el sentido de servicio a la comunidad y al bien común. Se les reprocha la atribución del papel de juez; la publicación de datos que se encuentran bajo reserva sumarial; y el descuido en la utilización del lenguaje jurídico ⁶⁸.

Cabe parafrasear a María Teresa Herrán y Javier Restrepo cuando afirman que *“... en un país como el nuestro, en el que las instituciones judiciales presentan tantas deficiencias, el deber ético del periodista no es reforzar en el público la impresión de que la justicia no*

⁶⁵ Confr. FUCITO, Felipe FUCITO, Felipe, *¿Podrá cambiar la justicia...*, cit., p. 65.

⁶⁶ BIASATTI, Santo, op. cit., p. 567.

⁶⁷ BIASATTI, Santo, op. cit., p. 558.

⁶⁸ Confr. HERRÁN, María T.; RESTREPO, Javier D., op. cit., p. 197.

existe, ni pasar por alto el tema, sino contribuir al análisis de las fallas, de las causas de la impunidad, así como, sobre todo, propiciar la búsqueda de posibles soluciones”⁶⁹.

c. La indiscutible necesidad de conciliar la justicia y el periodismo

No es predecible que alguna de estas instituciones pierda, ni siquiera a largo plazo, su campo de influencia. Ambas se perfilan como indispensables, por lo que el mecanismo conciliador necesariamente deberá servir para fortalecerlas. El intento de ensalzar a alguna en detrimento de la otra conllevaría a verdaderas tensiones irresolubles.

Uno de los principales inconvenientes radica en que las nuevas demandas de los medios de información pueden llegar a crear conflictos internos a los jueces cuando tratan de reconciliar dos obligaciones aparentemente contradictorias. *“Por ejemplo, se requiere a los jueces que no comenten públicamente acerca de los casos planteados ante el tribunal. La prohibición de esos comentarios está dirigida a asegurar que el juez no diga nada que pueda hacer que el público cuestione su imparcialidad. La mayor parte de las preguntas que se le hacen a un juez, sin embargo, se refieren a un caso pendiente específico debido a que es noticia del momento. Consecuentemente los jueces tienen que aprender a tratar con los medios. Tienen que encontrar maneras de ayudar a los reporteros a conseguir su noticia a la vez que permanecen dentro de los límites de las normas éticas sobre comentarios del público”⁷⁰.*

El esquema tradicional de un tribunal peca de insuficiente para satisfacer las demandas actuales. Por ejemplo, algunos tribunales de Estados Unidos cuentan con oficiales de información pública, que son especialistas contratados para que trabajen con los medios. Hengstler les atribuye una triple ventaja:

⁶⁹ HERRÁN, María T.; RESTREPO, Javier D., op. cit., p. 197.

⁷⁰ HENGSTLER, Gary A., op. cit..

son un recurso para que los reporteros corroboren los hechos y ayuden a asegurar una cobertura periodística preciso de la labor del tribunal; proveen al tribunal un portavoz que puede responder a las preguntas de los medios, protegiendo de esa manera al juez de hacer algún comentario inadvertido que pueda violar las normas éticas; y lo proveen también de un especialista que sabe cómo promover con los medios las buenas noticias de la labor del tribunal ⁷¹.

Es remarcable la importante y productiva labor realizada en esta temática por la Conferencia Nacional de Jueces y Sociedad llevada a cabo en la provincia de Santa Fe en los meses de marzo y abril del corriente año. Concluyeron en que es imperioso implementar un centro de prensa de información judicial, integrado por las máximas autoridades de gobierno de cada Poder Judicial, con la participación de representantes de las organizaciones de jueces, tanto en la jurisdicción nacional como en cada jurisdicción provincial. El centro a crearse se encargará de recolectar y comunicar toda la información judicial e institucional relevante para la sociedad y los magistrados, logrando así una mejor comprensión del quehacer jurisdiccional por parte de la población.

“Con relación a la comunicación hacia la sociedad se encargará: 1) de promover la difusión de las decisiones judiciales, resoluciones institucionales y educación jurídico legal a fin de procurar una mejor comprensión del quehacer jurisdiccional por parte de la población; 2) de crear un cuerpo de profesionales en comunicación, con el propósito de establecer relaciones comunicacionales con la prensa (...); 3) de planificar una mejor difusión de las decisiones judiciales y del quehacer del Poder Judicial” ⁷².

⁷¹ Confr. HENGSTLER, Gary A., op. cit..

⁷² Conferencia Nacional de Jueces y Sociedad, Santa Fe, 30, 31 de marzo y 1 de abril de 2006, Zeus Online.

Asimismo, consideraron importante el dictado de cursos de capacitación sobre comunicación y medios periodísticos, foros de discusión sobre temas comunes y mejoramiento de la información disponible en las páginas web.

Por nuestra parte, creemos de gran avance el reconocimiento del derecho de nuestra sociedad a ser informada, pero no debe basarse la solución en la creación de centros determinados para difundir e informar.

La realidad actual, que conlleva un proceso de legitimación y credibilidad de la administración de justicia, nos impone pensar en una relación más inmediata entre los magistrados con la sociedad a la que pertenecen. Muchas objeciones se ciernen basadas en el peligro de vedetismo de los jueces, pero si creemos que nuestros jueces sólo son capaces de generar esa actitud debemos reflexionar muy profundamente.

Nuestros jueces deben caminar la sociedad, implicarse y complicarse con los fenómenos sociales y las necesidades del hombre en sociedad.

En cuanto a la sistemática generación de descontento popular hacia el Poder Judicial resta decir lo siguiente: si se debe a verdaderas deficiencias, es un problema de la administración de justicia, y deben ser corregidas; si se fundan en sensacionalismos injustificados, es necesario hacer valer la responsabilidad de los medios de información y de los periodistas. Ya es hora de que un Código de Ética periodística sea operativo.

IV. Conclusión

Una vez más dejamos expuesta la insuficiencia de la dogmática jurídica tradicional para la satisfacción de las necesidades actuales. La consagración de un nuevo tipo de juez aparece como necesaria. El juez iluminista debe ser reemplazado por un verdadero jurista sociólogo, con un perfil psicológico equili-

brado, ética fortalecida, gran capacidad de gestión organizacional ⁷³, y por sobre todo un profundo conocimiento de la realidad social. Aparece ineludible la concientización de nuestros magistrados como socializadores jurídicos en el marco de la responsabilidad social. Es esta responsabilidad la que expresa la esencia de un sistema democrático que debe alcanzar toda la órbita de la organización societaria. Y, a la vez, la que exige un posicionamiento de parte de los jueces, que sea idóneo para cumplir dicha tarea.

Quizá estas palabras sean insuficientes para expresar la suprema relevancia que ocupa adoptar un giro en la concepción del proceder de los magistrados. La actitud optada hasta el momento por algunos magistrados ya no es compatible, si es que en algún momento lo fue, con nuestra realidad.

A tal fin, es imperiosa la creación de una verdadera escuela judicial, que garantice la correcta formación profesional de quienes accedan a la administración de justicia.

Con anterioridad habíamos dicho que se debe prestar atención permanente al restablecimiento de los lazos entre justicia y sociedad, generar ese sentimiento colectivo de credibilidad que, en definitiva, es aquel que permite dar el valor a la dignidad de la vida en sociedad. Y es de magnífica contribución la convicción social de que los pronunciamientos judiciales se tiñen siempre de una apreciación prudente del juzgador en la consideración del caso concreto, caso que involucra personas que viven en sociedad y cuyas problemáticas jurídicas requieren el respeto de todos los sujetos que trabajan para operativizar el derecho. La praxis de la prudencia jurídica se nos presenta como la vía propicia e imprescindible para el logro de estos fines ⁷⁴.

⁷³ Confr. FUCITO, Felipe, *¿Podrá cambiar la justicia...*, cit., p. 67 y ss..

⁷⁴ MESSIO, Patricia E., "La praxis de la prudencia jurídica", en *Actitudes y planos en el razonamiento forense*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, p. 134.

Los medios de comunicación son importantísimos en tanto coadyuvan a la exigencia republicana de la publicidad de los actos de gobierno. Ahora bien, no sólo tienen derecho a informar, sino que están obligados a hacerlo, por lo que la operatividad de un código de ética profesional se vislumbra como necesaria. Además, es exigible una actitud crítica de la ciudadanía ante la información suministrada, puesto que estar informado no implica comprender la información.

Por lo tanto, el superior derecho de todo ciudadano de ser informado, ha de conjugarse con aquél de ser oído. ¿Cómo debería ocurrir? A través de leyes respetuosas de las necesidades sociales; de una administración correcta y austera; de un Poder Judicial eficiente y probo; y de información veraz y desinteresada. ¿Para qué? Para que cada cual, apelando a su propia razón, saque las conclusiones necesarias que, como instrumento de decisión política y legítimo portavoz de su grupo social, necesita.

Presión mediática, presión política, presión económica, presión de status social, pueden presentarse como peligros en el desempeño de la función judicial. Estos peligros se diluyen ante la fortaleza de un juez valiente y honorable que concibe su función como la de servidor social, comprometido de manera inescindible con cumplir la excelsa misión de administrar justicia.

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: ayudantes alumnos Emiliano Blangero, Romina Morello y Florencia Santi Feulliade.

V. Bibliografía

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *El costo del silencio: violencia doméstica en las Américas.*, editorial del BID, 1999.

- BIASATTI, Santo, "Hacer prensa, ¿es hacer justicia?", en *Legislatura Abierta*, Ciclo de conferencias 1996-1998, Legislatura de la Provincia de Córdoba, Dirección de Extensión Legislativa, Subdirección de Prensa.
- COTTERRELL, Roger, *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991.
- CONFERENCIA NACIONAL DE JUECES Y SOCIEDAD, Santa Fe, 30, 31 de marzo y 1 de abril de 2006, Zeus Online.
- DROMI, José R., *El Poder Judicial: en la Constitución, en la crisis, en la democracia*, UNSTA, Tucumán, 1982.
- FEDERICO, Cecilia, "Hacia la reforma judicial. Normas ISO, generar hacia la calidad", en *Gestión social de calidad en la justicia*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- FORES (Foro de Estudio sobre la Administración de Justicia) www.foresjusticia.org.ar
- FRAGUEIRO, Alfredo, *Libertad y Autoridad*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1933.
- FUCITO, Felipe, *¿Podrá cambiar la justicia en la Argentina?*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- *Sociología del derecho*, Buenos Aires, Universidad, 2003.
- GERLERO, Mario S., *Introducción a la sociología jurídica*, Buenos Aires, David Grinberg, 2006.
- GRENNI, Lucas, *La influencia de los medios de comunicación en el proceso penal*, Buenos Aires, La Ley, 30 de agosto de 2005.
- HENGSTLER, Gary A., *La función de los medios en el aspecto cambiante de los tribunales de Estados Unidos*, en <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0503/ijds/hengstler.htm>
- HERRÁN, María T.; RESTREPO, Javier D., *Ética para periodistas*, Bogotá, Tercer Mundo, 1995.
- JANS, Sebastián, *El derecho, la administración de justicia y el cambio social*, Santiago de Chile, 2001. En <http://www.geocities.com/sebastianjans/derecho.htm>.
- JUNYENT BAS, Francisco, "La eticidad del derecho, el perfil del jurista y la función judicial", E.D. N° 11510, Buenos Aires, 16 de mayo de 2006.

- LORETTI, Damián. *El derecho a la información. Relación entre medios, público y periodistas*, Buenos Aires, Paidós, 1995.
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando, “Cuestiones que plantea la enseñanza del derecho hoy”, en *La educación, política de Estado*, Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Academia Nacional de Ciencias, Córdoba, 2000.
- *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003.
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando y CARRERA, Daniel Pablo, *El mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Advocatus, 1998.
- MESSIO, Patricia E., “Efectos mediáticos en las decisiones judiciales”, en *El fenómeno jurídico*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003.
- “¿Es posible una mirada antropológica del control social?”, en *Alfredo Poviña (in memoriam)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004.
- “La praxis de la prudencia jurídica”, en *Actitudes y planos en el razonamiento forense*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002.
- NEUMAN, Elías, *Los que viven del delito y los otros*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1991.
- ORGAZ, Arturo, *Introducción enciclopédica al derecho y las ciencias sociales*, Córdoba, Assandri, 1959.
- POUND, Roscoe, *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, Reports of the American Bar Association, vol. XXIX, 1906.
- STEIN VELASCO, José Luis F., *Democracia y medios de comunicación*, México, UNAM, 2005.
- TOHARIA, José J., “La independencia judicial y la buena justicia”, en *Justicia y Sociedad* N° 3, España, 1999.
- VES LOZADA, Alfredo E., *Sociedad, conocimiento y derecho*, ed. del autor, La Plata, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1990.

REFLEXIONES EN TORNO A LA EQUIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL ACTUAL

MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Equivocidad de la noción equidad. **III.** El significado de equidad asumido como auténtico en este trabajo. **IV.** Validez y legitimidad del recurso a la equidad. **V.** Lo que no es equidad, aunque sí haga a la consecución de una sentencia justa y razonada. **V.1.** Control de constitucionalidad. **V.2.** Integración del sistema normativo. Lagunas legales. **V.3.** Interpretación de la ley. **VI.** El desarrollo de la equidad en el ámbito del derecho sustancial. **VI.1.** Derecho civil. **VI.2.** Derecho penal. **VI.3.** Derecho previsional. **VI.4.** Derecho laboral. **VII.** El auge actual de la equidad en el ámbito del derecho procesal civil y comercial. **VII.1.** La concepción en el derecho procesal civil tradicional. **VII.2.** Cambio de mentalidad. **VII.3.** Reticencia a la utilización de la voz equidad. **VII.4.** Figuras que evidencian la aplicación constante de la equidad. A. Verdad jurídica objetiva. Exceso rigor formal. B. Flexibilización del principio de congruencia. C. Revisión de la cosa juzgada írrita. D. Los denominados “procesos urgentes” no cautelares. **VIII.** Conclusiones.

I. Introducción

Resulta de absoluta honestidad intelectual, anticipar que el presente trabajo adolece de un desarrollo teórico profundizado sobre el concepto, naturaleza y validez de la equidad.

Existen para la consulta de tales cuestiones, enjundiosos trabajos elaborados desde la iusfilosofía más prestigiosa, cuya lectura recomendamos ¹.

Así, la aspiración de lo escrito se centra en lo pragmático, y su propósito -humildemente- se limitará a demostrar cómo es que el uso de la equidad (en el sentido que entendemos auténtico) se ha incrementado notablemente en el ámbito del proceso civil y comercial, convirtiéndose en -quizás- uno de los pilares fundamentales del nuevo derecho procesal.

Con tales prevenciones, es que nos adentraremos en el análisis de las nuevas posiciones y soluciones jurisdiccionales que evidencian el reinado indubitable de la equidad en el proceso, y patentizan la inquietud permanente de nuestros tribunales por adaptar la ley adjetiva a las exigencias de justicia que reclama la composición del caso concreto.

Es que, tal como se verá a continuación, el contenido del proceso civil moderno pone de manifiesto el auge contemporáneo de distintas soluciones de equidad no sólo en lo atinente al derecho de fondo (donde el propio legislador ha contemplado, en muchos casos, su empleo), sino también en el propio derecho de forma, generándose nuevas figuras e instituciones que implican -al decir de Peyrano y Chiappini- una verdadera elevación "*del pendón de la equidad*" ².

¹ Vide, entre muchos otros, ANDRUET, Armando S. (h), "La equidad (Jurisprudencia Acumulada)", E.D., 118-119; ANDRUET, Armando S. (h), "El nombre 'equidad' en la Corte Suprema (Investigación de Jurisprudencia)", E.D., 138-677; ANDRUET, Armando S. (h), *Estudios de filosofía del derecho*, Córdoba, Alveroni, 1993; RABBE-BALDI CABANILLAS, Renato, "Actualidad sobre la jurisprudencia 'de equidad' en la Corte Suprema de Justicia", L.L., 1999-F-1148; MASSINI CORREAS, Carlos I., *La justicia*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

² PEYRANO, Jorge W. - CHIAPPINI, Julio, "La jurisdicción de equidad o la vuelta del pretor", L.L., 1980-B-937.

II. Equivocidad de la noción equidad

Distintos han sido y son los significados que se atribuyen a la noción de equidad ³.

Así, ésta suele ser equiparada a nociones tales como la “igualdad” ⁴, la “misericordia”, el bienestar general ⁵, los “principios generales del derecho”, el “derecho natural”; e incluso -denostada por el positivismo- asimilada a la “subjetividad” o “discrecionalidad arbitraria” del juzgador ⁶.

Desde la dogmática se han intentado explicar tales confusiones conceptuales en distintas circunstancias. Así, se ha sostenido que la preeminencia que en cierta época se atribuyó al derecho positivo y al poder omnímodo del legislador provocó una reacción difamatoria de la equidad proscribiendo su recurso por parte del tribunal que debía limitar su labor a la mecánica aplicación de la ley.

De igual manera se ha considerado que la influencia ejercida por las ideas morales provenientes de la tradición judeo cristiana implicó un enaltecimiento social de virtudes tales como la *humanitas* ⁷, la *pietas* y la *benignitas* mutando el contenido propio

³ Para la consulta de los múltiples sentidos que -desde la jurisprudencia- se ha dado a la voz equidad, recomendamos la lectura de ANDRUET, Armando S. (h), “La equidad ...” cit., E.D., 118-119 y ANDRUET, Armando S. (h), “El nombre ‘equidad’...” cit., E.D., 138-677.

⁴ Puede verse, en esta línea, por ejemplo, RAWLS, John, “Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia (recop.)”, traducción de Miguel Angel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986.

⁵ Conforme a este punto de vista se habla de equidad como sinónimo de solidaridad y progreso, erigiéndose en una herramienta útil para paliar problemas mundiales tales como la pobreza, el hambre, la discriminación racial, etc..

⁶ Desde esta perspectiva la epiqueya viene a confundirse con el mero arbitrio judicial, es decir, con la llamada “equidad cerebrina”.

⁷ Asumiendo como real tal acepción de la equidad Orgaz cuestiona su validez afirmando que la equidad no puede ser enfrentada a la ley, porque no

de la equidad y convirtiéndola en “una atemperación del *ius*, en función de las reglas provenientes de la moral judeo cristiana”⁸.

Por su parte, Rabbi-Baldi Cabanillas considera que la causa de la equivocidad se encuentra en los diferentes alcances dados por las distintas tradiciones jurídicas que concurren en la configuración del concepto. Desde esta perspectiva, el autor se refiere a cuatro concepciones, a saber: la griega, la romana “clásica” (correspondiente a la época del nacimiento y apogeo del derecho romano)⁹, la romana “posclásica” (influenciada por la moral de matriz cristiana) y una cuarta que se origina con la declaración de inconstitucionalidad de la ley en los sistemas judiciales que la tienen prevista, bien sea en forma concentrada, difusa o mixta¹⁰.

Sin desconocer la agudeza de tales observaciones, y ateniéndonos a la pauta metodológica pragmática anticipada, es que omitiremos profundizar en esta cuestión, y nos contentaremos con indicar que -a nuestro juicio- la auténtica noción de “equidad” es la gestada por la filosofía jurídica griega (*epikeia*), plasmada, con particular claridad, por Aristóteles en su obra *Ética a Nicómaco*¹¹.

es fuente de derecho en el ordenamiento jurídico argentino. Recuerda el ilustre jurista cordobés las “razones del corazón” que movían la actuación del famoso juez Magnaud, sustituyendo la ley por los dictados de su sentimiento de justicia: juez grande y noble, como ejemplar humano, pero verdaderamente subversivo del orden jurídico y modelo peligrosísimo de seguir (ORGAZ, Alfredo, “Los jueces y las leyes injustas”, E.D., t. 75, p. 757).

⁸ SABELLI, Héctor E., “Equidad y control de constitucionalidad”, L.L., 2001-D-453.

⁹ Según el autor, la diferencia entre la “aequitas” romana y la “epiqueya” griega radicaría en el enfoque con el que se implementa el uso de la equidad. Así, mientras en la concepción griega lo determinante es la mirada jurisprudencial del caso concreto, en la romana, lo prevaeciente es el estudio del derecho (entendido como *ius*), en su conjunto.

¹⁰ RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, ob. cit., L.L., 1999-F-1148.

¹¹ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Libro V, 10, 1137b 10. La edición utilizada es la editada por Gredos, traducción de Julio Pallí Bonet, Madrid, 1993.

III. Breve explicitación del sentido de equidad asumido como auténtico en este trabajo

Efectuadas tales disquisiciones previas, y centrando ya el análisis en el concepto de equidad que utilizaremos a lo largo del presente trabajo, resulta útil memorar que, para Aristóteles, la equidad es una especie de la justicia, no mejor que la justicia en sí misma como género, pero sí mejor que otros tipos de justicia en el caso concreto.

*“Lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia [pero] no que la justicia absoluta”*¹², afirma el pensador.

Para justificar tal inicial aseveración, el Estagirita explicita que las leyes están redactadas en forma general, asegurando que es correcto que así sea pues -por su naturaleza- están destinadas a abarcar la mayoría de los casos posibles.

Sin embargo -se afirma- la conducta humana es contingente e infinitas las posibilidades de casos concretos que pueden presentarse en la vida cotidiana.

Por tal razón, asegura que la propia ley es consciente que en algún caso singular puede llegar a disponer una solución injusta¹³; situación ésta que es inevitable y que no obedece a una inconsecuencia del legislador *“porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador; sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es la índole de las cosas prácticas”*¹⁴.

Sobre el tópico, explicita Massini que *“es preciso dejar bien en claro que la ‘no aplicación’ de la ley de que se habla en el caso de equidad, no significa un juicio de valor acerca de la justicia de la ley considerada en sí misma, sino una estimación acerca de su aplicabilidad al caso controvertido (...) La ley puede ordenarse genéricamente al bien co-*

¹² ARISTÓTELES, ob. cit., 1137b 25.

¹³ ARISTÓTELES, ob. cit., 1137b 17.

¹⁴ ARISTÓTELES, ob. cit., 1137b 21.

*mún y ser, por lo tanto, justa y verdadera ley; no obstante, si de su aplicación a una situación determinada, resulta un positivo mandato de injusticia, que contradice la razón de bien público que determinó su promulgación, dicha ley resulta inaplicable, no por ser injusta en sí, sino por no ser la norma jurídicamente adecuada al caso que debe juzgarse”*¹⁵.

Mas, argumenta el filósofo griego, tal contrariedad entre la generalidad de la ley y la singularidad del hecho a resolver no es insoluble, pues aplicando la *epikeia* se llegará a realizar la justicia en ese caso concreto en el que la ley se presenta como inocua.

Es decir, para Aristóteles en el ámbito de las cuestiones prácticas (en el que obviamente se incluye al derecho) *“la ley es siempre un enunciado general”*, por lo que *“sólo toma en consideración los casos que suceden con más frecuencia, sin ignorar, empero, los posibles errores que ello pueda entrañar”*.

Atento, pues, a que *“toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal”*¹⁶ (por ser situaciones que por sus circunstancias quedan fuera de la fórmula universal de la ley), debe corregirse esta omisión, *“pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido”*¹⁷.

Consecuentemente, la ley justa implicaría la justicia genérica y abstracta mientras que la equidad implicaría la justicia específica y concreta cuando falla la regla general.

De lo expuesto, queda claro entonces el contenido y la función primordial de la equidad: el ser *“... una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta”*¹⁸, es decir, *“la*

¹⁵ MASSINI CORREAS, Carlos, “El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino”, E.D., t. 83, p. 844.

¹⁶ ARISTÓTELES, ob. cit., 1137b 15.

¹⁷ ARISTÓTELES, ob. cit., 1137b 24.

¹⁸ ARISTÓTELES, ob. cit., 1137b 15.

*naturaleza de la equidad está en corregir la ley en la medida en que ésta resulta insuficiente, a causa de su generalidad*¹⁹.

Significa, entonces, una morigeración, una rectificación del imperativo del derecho positivo estricto a los fines de lograr que la solución que se dé al caso concreto -que por sus singularidades no se subsume en la regla universal- resulte verdaderamente justa²⁰.

Dicho de otro modo, cuando el caso que se resuelva imponga -por su excepcionalidad y peculiaridad- alguna modalización del enunciado normativo dado en la ley, se recurre a la equidad a fin de lograr la justicia singular.

IV. Validez y legitimidad del recurso a la equidad

Con tal alcance, y partiendo de la idea de que la función del juez no se reduce a la mecánica aplicación de la ley, estimamos también importante resaltar que -a nuestro juicio- el recurso a la equidad se erige no sólo como una “potestad” del tribunal, sino también como un verdadero “deber”, cuando de la simple aplicación de la norma se deriva un resultado contrario al más elemental sentido de justicia.

Recordemos, en esta línea, que según el iuspositivismo tradicional, la aplicación del derecho en la sentencia sólo consiste en subsumir el caso concreto bajo el precepto legal y,

¹⁹ ARISTÓTELES, ob. cit., 1137b 15.

²⁰ Sobre el punto, resulta interesante lo planteado al respecto por De la Fuente cuanto sostiene que a partir de estos conceptos podría analizarse la noción de equidad desde dos perspectivas: la equidad en cuanto a su “fin” definiéndola como la justicia en el caso particular, y la equidad considerada desde los medios utilizados para alcanzar aquel fin, conceptualizándola como la corrección de la ley (conf. DE LA FUENTE, Horacio, “Principios generales de la equidad”, J.A., 1983-III-720).

silogísticamente, aplicarle la solución prevista en él. Para tal tesitura, la sentencia no agrega nada al orden jurídico, sólo implica la afirmación jurisdiccional de lo sancionado por el legislador, sin que el juez pueda de ninguna manera corregir o moderar el imperativo positivizado ²¹.

Por nuestra parte, consideramos que tal posición resulta aceptable sólo en el reducido ámbito dogmático/académico, ajeno al acontecer cierto y concreto de las cosas.

Es que nadie que ejerza la profesión de abogado (ya litigando, ya en el Poder Judicial) puede afirmar -sin contradecir la contundente realidad- que la sentencia implica sólo un silogismo formal donde se efectúa una fría y ciega aplicación del enunciado normativo.

En la elaboración de la decisión jurisdiccional interviene, a más de la letra despojada de la ley, una serie de factores “extrapositivos” que aspira a la búsqueda de una solución que -a más de legal- sea también equitativa, razonable y aceptable ²².

En otras palabras, el juzgador no limita su labor a la mecánica aplicación de la norma positiva (si eso fuera de tal modo, podría válidamente instrumentarse un Poder Judicial de máquinas y no de personas), sino que al resolver la controversia busca una solución que sea -a la vez- justa y conciliable con el derecho en vigor, una respuesta que no sólo pueda ser inserta-

²¹ Gráficas de esta posición son las palabras de Radbruch cuando afirma que “*la sentencia del juez no debe contener nunca más que el texto exacto de la ley; el funcionario judicial no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado sin capacidad de atenuar su vigencia ni su vigor*” (RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del derecho*, México, FCE, 1965, p. 121).

²² Así lo ha sostenido autorizada doctrina, señalando que: “... *el discurso jurídico -para lograr su fin- necesariamente debe contemplar otros valores acerca de lo que es justo. Eso, naturalmente no puede darlo la lógica clásica formal, porque es algo ajeno a su fin instrumental*” (GHIRARDI, Olsen A., “Cuestiones iusfilosóficas. Lógica. ‘Insuficiencias’ y derecho”, *Zeus Córdoba* N° 204 del 4/7/06, p. 2).

da en el sistema, sino también revelarse como social y moralmente aceptable para las partes y para la sociedad ²³.

Coincidente a ello se ha propugnado que “... *la justicia, como valor, es el norte al que deben tender las resoluciones jurisdiccionales; la lógica judicial es sólo un instrumento (aunque de indudable valía) para tratar de arribar a ese puerto*” ²⁴.

Y en el cumplimiento de dicha tarea de administrar justicia (con la amplitud apuntada) es que los jueces se ven compelidos a profundizar el análisis del caso sometido a juzgamiento y a verificar si la solución dada desde la ley resulta ajustada a él, o si -en cambio- su aplicación deriva en una respuesta injusta.

Si así fuera, es decir, si un supuesto de hecho concreto -por sus circunstancias excepcionales- no admite el tratamiento generalizado de los casos contemplados normativamente, cabe hacer una corrección de la ley mediante el mecanismo de la equidad, siendo absolutamente legítimo y válido su recurso.

Por ello, cuando la aplicación de una norma legal, en principio, justa, conduce a un resultado írrito, la equidad actúa como “filtro” o “válvula de seguridad” obligando al juez a corregir el rigor del texto normativo y a adecuar la solución al caso concreto.

Y no se diga que ello carece de basamento jurídico en nuestro Estado de derecho ²⁵, porque como bien lo explicita Andruet, del juego armónico de lo postulado en el Preámbulo de la Constitución Nacional y del art. 31 del mismo cuerpo legal “*el ‘afian-*

²³ PERELMAN, Chain, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. Diez Picazo, Madrid, Civitas, p. 178.

²⁴ FERNÁNDEZ, Raúl E., “Las cuestiones extralógicas en la fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales”, en GHIRARDI, Olsen A., Dir., *El razonamiento judicial*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 2001, p. 158.

²⁵ Como pareciera afirmar Brebbia cuando sostiene que la posibilidad de morigerar o corregir la ley “... *carece de sustento jurídico en un Estado de derecho, caracterizado por el principio de la división de los poderes*” (conf. BREBBIA, Roberto, “La equidad en el derecho de daños”, L.L., 1997-B-1140).

zar la justicia' es un imperativo ineludible en toda la función legislativa y judicial; en el primer caso no dictándose leyes sustancialmente injustas y en el segundo caso, no despreciando el juzgador la equidad, como si fuera un elemento espúreo al sistema normativo" ²⁶.

En la misma tesitura se enrola nuestra Corte nacional, que se ha ocupado por destacar que: *"Si bien el juez no puede, en principio, juzgar de la equidad de la ley no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho y conduciría, a menudo, al absurdo, que ya previeron los romanos: 'summum jus, summa injuria'. Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo 'in concreto', y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos, del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia"* ²⁷.

En suma, si bien el legislador es soberano en la aplicación de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y ponderación de los hechos singulares, y si bien no puede éste -en principio- juzgar de la equidad de la ley, no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión.

V. Lo que no es equidad, aunque sí haga a la consecución de una sentencia justa y razonada

Conforme con lo hasta aquí desarrollado, queda claro entonces que en la solución de un litigio judicial el juzgador no

²⁶ ANDRUET, Armando S., "Equidad y sistema normativo", E.D., 119-884.

²⁷ C.S.J.N., *in re*: "Oilher, Juan C. c/ Arenillas, Oscar N.", 23/12/1980, L.L., 1981-C-68.

sólo se limita a aplicar el derecho positivo, sino a “administrar justicia”.

Para lograr tal misión puede ocurrir que el solo texto de la ley que se entiende aplicable se presente insuficiente.

Es que, tal como lo enseña la doctrina, “... *del hecho que la norma general sea justa no se desprende necesariamente que la sentencia particular también lo sea; precisamente se requiere que ese paso de lo general a lo individual no se vuelva traumático e injusto que el juez cuente con las herramientas adecuadas*”²⁸.

Ello así, al momento de fallar, los jueces cuentan con herramientas distintas a la propia letra o literalidad de la ley positiva que resultan de gran utilidad para establecer lo justo concreto.

Y, hemos señalado que, entre tales recursos, la equidad se erige como uno de los más importantes.

Sin embargo, cabe destacar que la epiqueya no es la única a la que puede acudirse a los fines de resolver con justicia un caso concreto, sino que el juzgador cuenta con otros instrumentos de igual provecho.

Con el propósito de diferenciar la figura de la equidad de tales otros recursos, es que a continuación puntualizamos brevemente algunas figuras propias de la tarea del sentenciar con justicia que si bien implican desplazamiento o modalización de la ley, no son equidad.

V.1. Control de constitucionalidad

Conforme con nuestro ordenamiento jurídico vigente, un juez puede inaplicar una norma jurídica vigente cuando -mediante el mecanismo del control de constitucionalidad- advier-

²⁸ ANDRUET, Armando S., “Equidad y...” cit., E.D., 119-882.

ta que la regla de derecho deviene irrazonable o injusta, por contradecir los principios, derechos y garantías consagrados en la Ley Suprema.

Desde esta perspectiva podría pensarse que la invalidación (y consecuente inaplicación) de la ley opugnada obedece a un juicio de equidad.

De hecho, algún autor así lo ha entendido, afirmando que *“... cuando un juez realiza una declaración de inconstitucionalidad, utiliza mecanismos que, históricamente, se generaron para explicar cómo se resuelve un caso de forma ‘equitativa’ (...) Si observamos el proceso mental que realiza el juez -explicitado en la sentencia- cuando declara en un caso que la interpretación de una norma hecha por el tribunal inferior en grado, es inconstitucional, y procede a buscar otra interpretación de la norma que sea acorde con la Carta Magna, veremos que realiza las mismas operaciones mentales que las que realizaba un juez de la antigua Grecia cuando resolvía un conflicto aplicando la epikeia”*²⁹.

Por nuestra parte, no coincidimos totalmente con la posición transcripta, desde que -por regla- aparece una diferencia sustancial que distingue a la declaración de inconstitucionalidad con la aplicación de la equidad.

Efectivamente, en el caso de inconstitucionalidad -en principio- la norma es en sí misma injusta, toda vez que existe (intrínsecamente) una falla o irregularidad en la propia justicia legal³⁰. Por ello se dice que -en estos casos- la solución prevista por el legislador -*ab initio*- está viciada por contradecir los principios que informan nuestro ordenamiento constitucional.

²⁹ SABELLI, Héctor E., ob. cit., L.L., 2001-D-453.

³⁰ Grafican tales hipótesis los casos en los que la ley es dictada por autoridad incompetente (por ejemplo, la vivienda única regulada por el art. 58 Const. Pcial.) y los supuestos en los que -objetivamente- las normas establecen condiciones o recaudos repulsivos al propio sentido común (v.gr., la sucesión interminable y por más de tres décadas de leyes de emergencia pública que consolidan indeterminablemente los pasivos fiscales).

En el supuesto de la equidad, en cambio -tal como se anticipó- no se emite un juicio de valor acerca de la justicia o injusticia de la ley considerada en sí misma, sino que la mirada se asienta en el caso singular y en la posibilidad de aplicar o no la norma que lo regula. La ley es justa y orientada al bien común; no obstante, si de su aplicación a una situación determinada, resulta un mandato de injusticia dicha ley resulta inaplicable, no por ser injusta en sí, sino por no ser la norma jurídicamente adecuada al supuesto que debe juzgarse.

Así lo predica Santo Tomás, señalando que: *“Aunque acontezca que en algunos casos haya una falta por parte de la ley, con todo la ley es recta, porque aquella falta no se origina de parte de la ley, pues fue propuesta racionalmente, ni por parte del legislador que habló conforme a la condición de la materia, sino que la falta proviene de la naturaleza del asunto. Pues tal es la materia de las cosas operables humanas, que no guardan universalmente el mismo modo, sino que en algunos pocos casos cambian; como devolver lo depositado en sí es justo y bueno la mayoría de los casos; con todo, en algún caso puede ser malo, por ejemplo, si se devuelve la espada a un loco”*³¹.

No obstante lo dicho, adelantamos que la falta de coincidencia con la posición de Sabelli era sólo parcial.

Y es que, aun cuando -a nuestro juicio- en general pueden diferenciarse el control de constitucionalidad y la equidad, en algunos supuestos la utilización de sendos recursos se confunde, borrándose la línea divisoria antes marcada.

Referimos a las hipótesis en las cuales la declaración de inconstitucionalidad obedece, más que a la invalidez intrínseca de la norma, a la irrazonabilidad de su aplicación a determinadas hipótesis fácticas.

De tal modo, por ejemplo, la tarifación de las indemnización por despido incausado puede ser un sistema positivo ple-

³¹ Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, 2^a, 2^a, q. 120, art. 1^o.

namente constitucional si se lo analiza genéricamente, sin embargo, devenir inválido cuando -por las circunstancias concretas del caso- tal tope implique una merma confiscatoria de la reparación que le corresponde al trabajador ³².

Igualmente, y sin intención de agotar los casos, una legislación de emergencia (que, por ejemplo, consolide el pasivo fiscal) podría considerarse constitucional *in genere* al respetar las reglas del derecho de emergencia, y no obstante inválida en supuestos excepcionales donde, en función de la edad o el estado de salud del acreedor, el término previsto para la consolidación se torne irrazonable ³³.

³² Así lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case*: “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A.”, en la inteligencia de que: “*Si bien es constitucionalmente válido el régimen tarifario de indemnizaciones por despido sin justa causa -que resigna la puntual estimación del daño en pos de la celeridad, la certeza y previsibilidad de la cuantía del resarcimiento- la modalidad que se adopte debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación*”, por ello se estableció que la limitación a la base salarial de la indemnización por despido, según art. 245, párrs. 2º y 3º, ley 20.744 devenía irrazonable e inconstitucionalidad en el caso por cuanto superaba el 33% de la indemnización, no logrando la ley logre su finalidad reparadora (conf. C.S.J.N., en el caso citado, 14/9/04, L.L. del 4/10/04, 5, con nota de Mario Ackerman).

³³ Esto ha sido, precisamente, lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que, siguiendo la doctrina ya sentada sobre el particular por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N., autos: “Iachement, María L. c/ Armada Argentina”, 23/4/93, J.A., 1993-III-59), declaró que -pese a considerar constitucional la ley provincial de emergencia (ley 8836)- cuando -como en el caso- el acreedor de la obligación fiscal adolece de una grave enfermedad que pone en peligro su vida o cuando el particular cuenta con una avanzada edad la norma se torna irrazonable, inconstitucional y, por lo tanto, inaplicable. Así se ha decidido que “... *las circunstancias fácticas que particularizan la presente causa permiten encuadrarla como un supuesto de excepcionalidad, merced al cual la normativa de emergencia trasciende el mero diferimiento temporal del goce del derecho sustantivo del particular, para convertirse en una sustancial violación a los derechos constitucionales, en condiciones que no compatibilizan con las directrices en función de las cuales es dable admitir la validez constitucional del régimen de emergencia (...) la aplica-*

En estos casos ³⁴, decíamos, los dos recursos se confunden, y es que -en rigor- en ellos, la declaración de inconstitucionalidad

ción del régimen emergencial afectaría seriamente el derecho de propiedad del letrado, pues atendiendo a su considerable edad (64 años) y a su delicado estado de salud, darle a su crédito el tratamiento de consolidación allí establecido, implicaría en los hechos, no una modificación del modo de cumplimiento de la sentencia sino el incumplimiento de la consecuencia jurídica que en ella se declare. En otras palabras, sería inconstitucional aplicar las disposiciones de consolidación previstas en el decreto 2656/01 con relación al crédito arancelario de marras, desde que en función de las particulares circunstancias apuntadas resulta virtualmente imposible que Aliaga llegue a percibir la totalidad del crédito arancelario” si debe aguardar el extenso plazo de 16 años (T.S.J. en pleno, a través de la Sec. CyC, *in re*: “Cuerpo II de ejecución de sentencia en: Rabaglino, Raquel María c/ Superior Gobierno de la Pcia. de Córdoba - Ordinario - Recurso de inconstitucionalidad”, A.I. N° 213 del 15/9/04).

³⁴ En la misma línea, podemos señalar otro precedente que encuadraría en esta clase de supuestos. En el caso concreto se discutía la validez constitucional del art. 505 C.C., introducida mediante ley 24.432 (que limita la responsabilidad del deudor por el pago de las costas causadas en el juicio). El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba señala que la normativa opugnada resulta constitucional y legítima, dando las razones que justifican tal tesis. Sin embargo, el alto cuerpo local asegura que *“analizadas las constancias de autos, se advierte que la aplicación del art. 1º, ley 24.432, ha generado en el presente caso consecuencias que riñen contra el más elemental sentido de justicia”*. Así se establece que: *“Efectuados los cálculos aritméticos que incumben en virtud de tal dispositivo, se advierte que el porcentaje de costas del cual debería hacerse cargo el ganancioso, traería como consecuencia la absorción de una parte substancial del crédito que motivó el pleito, lo cual, en definitiva, elevaría la onerosidad de la gestión, a un monto que casi despojaría de utilidad práctica al reclamo judicial, por lo cercano del gasto al ‘quantum’ del beneficio obtenido”*. Plasmados en el fallo los guarismos matemáticos que derivarían de la aplicación de la norma al caso concreto se expresa que *“Los efectos descriptos, demuestran por sí solos la inequidad que provocan, resultando, sin hesitación alguna, palmariamente contradictorios con la finalidad que nuestro sistema jurídico pretende del proceso judicial, cual es, el de ‘afianzar la justicia’, para una efectiva contribución al logro de la ‘paz social’”*. De todo ello se concluye que: *“en el presente, sólo resta como alternativa asumir la inconstitucionalidad de la limitación a la condena en costas establecida en los arts. 1º y 8º de la ley 24.432, y poner todo el costo del litigio íntegramente a cargo del vencido”* (conf. T.S.J., Sala Civil y Comercial, *in re*: “Montoya Jaramillo, Nelson c/ Federación Agraria Arg. - Soc. Coop. de seguros Ltda. - Ejecutivo especial - Rec. de inconstitucionalidad”, Sent. N° 151, 29/12/99).

obedece precisamente al análisis del caso concreto sometido a juzgamiento más que a la valoración de la norma *in abstracto*. En tales hipótesis, el objetivo buscado con la invalidación de la ley al declararse su inconstitucionalidad, es al igual que el aspirado por la equidad, esto es lograr la justicia en el caso concreto, corrigiendo la insuficiencia de la justicia legal. Y, además, los medios utilizados son también idénticos, toda vez que lo que se busca es desplazar el imperativo de derecho y corregirlo adecuándolo al caso concreto.

V.2. Integración del sistema normativo. Lagunas legales

Tampoco consideramos que la equidad pueda ser equiparada a la tarea que realizan los jueces cuando -frente a un vacío normativo- resuelven la litis aplicando los principios generales del derecho ³⁵.

Tal labor, denominada de “integración” del derecho (dirigida a llenar las lagunas del sistema jurídico), no implica -a nuestro modo de ver- la utilización de la epiqueya, sino el cumplimiento de un mandato legal (arts. 15 y 16 C.C., para el orden sustancial patrimonial, y art. 887 C.P.C.C., para el ámbito procesal civil) que compele a los jueces a resolver la controversia conforme los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso, si la cuestión no puede re-

³⁵ En una posición contraria pareciera enrolarse Noguera Laborde quien sostiene que la equidad debe intervenir “*Cuando la situación que se examina no ha sido prevista por la ley, es decir, cuando la legislación presenta una laguna, un vacío (...) como el caso no puede dejarse sin solución con el pretexto de que no hay ley aplicable, procederá a llenar el vacío de la legislación...*” (conf. NOGUERA LABORDE, Rodrigo, *Elementos de filosofía del derecho*, Bogotá, Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 1997, ps. 258-259).

solverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, ni por los principios de leyes análogas.

Es cierto que ambas figuras (integración y equidad) se asemejan en cuanto al fundamento de su validez y utilización: esto es, la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo para contemplar la singularidad irrepetible del obrar concreto. Así, en sendos casos, la necesidad de recurrir a tales herramientas radica en el hecho incontestable de que el legislador no ha podido regular todas las conductas del hombre, que por su contingencia e infinitud resultan inabarcables por la ley positiva.

Sin embargo, hay una nota que los diferencia ontológicamente. En el supuesto de la integración “no” hay norma positiva que regule el caso, el legislador ha guardado silencio sobre el punto. Luego, mal puede entenderse que lo que no exista pueda ser corregido o atemperado ³⁶.

En la hipótesis de los juicios de equidad, en cambio, el imperativo normativo que rige esa clase genérica de actos sí existe y está vigente. Lo que ocurre es que su aplicación al caso concreto que cuenta con ciertas particularidades (caso complejo, atípico, extraordinario) conduce a un resultado injusto.

De otro costado, es dable destacar que en el caso de lagunas legales, el juzgador debe recurrir a los principios generales del derecho, y la equidad no es uno de ellos.

³⁶ En posición opuesta se enrolan Bertoldi de Fourcade y Bergoglio cuando clasifican a la equidad en: 1) Sustitutiva (de aplicación estricta y excepcional sólo cuando existe una autorización legal para que el juzgador sustituya la aplicación de la ley por la equidad); 2) Supletoria (que operaría en los casos de laguna de la ley); 3) Integrativa (caso en el cual la equidad vendría a “*precisar el contenido de fórmulas flexibles y elásticas en las normas según las circunstancias particulares*”) y 4) Interpretativa (consistente en “*reducir el texto literal al ‘espíritu legis’ y declarar inaplicable la norma que aparentemente comprende al caso el que, sin embargo, no fue previsto por el legislador al formular el texto legal*”) (conf. BERTOLDI DE FOURCADE, María V. - BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, María T., “Equidad: interpretación de la ley y un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Sem. Jur. N° 538, p. 1 y ss.).

Ello así por cuanto la epiqueya carece de la nota de generalidad propia de tales axiomas. La equidad es la norma individual, la justicia singular. Ergo, no puede considerársela un principio general cuya característica esencial es la pretensión de universalidad.

En sentido concordante, expresa Vigo que: *“La equidad no se identifica ni se incluye precisamente entre los principios generales del derecho (...) La equidad es solución prudente judicial, justicia concretada en una norma jurídica individual, y si bien la justicia constituye uno de los dos principios generales teleológicos, o sea los criterios generales, más allá de la singularidad de los casos a los que debe tender el derecho en su creación, otra cosa diferente es esa justicia amoldada al problema concreto que se soluciona. La equidad entra en una casuística de la justicia...”*³⁷.

Además, la equidad no tiene un contenido predeterminado, por ello es que resulta aplicable a cualquier ámbito del saber práctico. La equidad se refiere -genéricamente- a la conducta del hombre, sin discriminar ni especificar un elenco temático que le sea propio. Y desde esta perspectiva también se diferencia de los principios generales toda vez que éstos sí ostentan un contenido especial.

Así, la doctrina especializada afirma con contundencia que la epiqueya no constituye *“un principio del derecho porque carece (...) de un contenido determinado”*³⁸.

V.3. Interpretación de la ley

Finalmente, estimamos que la equidad tampoco puede ser confundida con un “método” de la hermenéutica jurídica.

³⁷ VIGO, Rodolfo, *Integración de la ley*, Buenos Aires, Astrea, 1978, ps. 112-113.

³⁸ DE LOS MOZOS, José L., *Metodología y ciencia en el derecho privado moderno*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 342.

Sabido es que en todo proceso de aplicación o concreción del derecho, existe un inevitable momento interpretativo.

También es un lugar común que -atento a su propia naturaleza- la interpretación jurídica debe siempre orientarse a la consecución de la solución más justa del caso de que se trate ³⁹. En efecto, atendiendo al carácter práctico propio de la interpretación jurídica, deviene lógico pensar que la finalidad a la que se ordena sea a la concreción de una solución justa del caso concreto en cuyo contexto esa hermenéutica se lleva a cabo.

Por ello es que numerosos criterios y métodos de interpretación tienen por objeto -precisamente- coadyuvar a que la norma general y abstracta sea adaptada al caso particular, singularizando el alcance de la preceptiva para poder así realizar la justicia que genéricamente se halla implícita en ella.

Para graficar esto, y sin pretensiones de efectuar un análisis de la teoría de la interpretación (que excedería los límites de este artículo), es útil al menos hacer notar que métodos tales como el teleológico, histórico, o sistemático frecuentemente son utilizados a los efectos de encontrar una solución justa que atempere el rigor legal y se oriente a lograr la justicia del caso.

Empero, tal finalidad estrechamente vinculada a la justicia no asimila la interpretación jurídica con la equidad ⁴⁰.

³⁹ MASSINI CORREAS, Carlos, "Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica", en L.L., 2004, n. LXVIII-49, p. 3.

⁴⁰ En contra se expide Brebbia, para quien la equidad cumple sólo una función ordenadora o interpretativa, consistente en: "*La función ordenadora que cumple la equidad dentro del proceso hermenéutico, cuando el resultado por se obtendría de la aplicación la ley aparece como aberrante y notoriamente no querido por el legislador, no puede llevarse a cabo sino mediante una interpretación sistemática del sistema normativo aplicable al caso, evitando una hermenéutica aislada de una norma singular, ya que el verdadero sentido de ésta no se encuentra en sí misma, sino que surge de su confrontación con las demás que tiene referencia con el caso*" (BREBBIA, Roberto, ob. cit., L.L., 1997-B-1140) y BERTOLDI - BERGOGLIO (en BERTOLDI DE FOURCADE, María V. - BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, María T., "Equidad: interpretación..." cit.).

La interpretación del derecho positivo presupone que el juzgador -para realizar la justicia- no excede el margen de libertad que la propia norma positiva deja al intérprete en la formulación genérica de su preceptiva. Es decir, no corrige ni morigera la regla legislada, sino que se limita a establecer su auténtico sentido y alcance.

Pareciera asumir una posición distinta Ciuro Caldani cuando -pese a reconocer que se trataría del sentido “débil”⁴¹ de la equidad- afirma que la equidad puede “*orientar a la interpretación para que, superando la literalidad y la intención, llegue al fin del autor de la norma*”⁴².

Por nuestra parte, insistimos, no compartimos tal identificación entre interpretación y equidad.

La equidad, supone “... *una corrección de la ley*”⁴³. Una modificación o apartamiento de la regla en ella contenida, y -desde esta perspectiva- se distingue de la hermenéutica jurídica.

En la misma dirección, se ha sostenido que “*la equidad no se trata de la justicia que se logra en la solución de un caso concreto a partir de la simple aplicación de la solución prevista por el ordenamiento jurídico positivo para tal caso. Cuando ello ocurre, o sea, cuando la sola subsunción del caso en alguna o algunas normas del derecho positivo existentes permite arribar a una solución justa del mismo no será necesario echar mano a la equidad para resolver la situación planteada (...) sólo tendrá sentido hablar de equidad cuando el logro de la justicia se haya obtenido a partir de una morigeración de las soluciones previstas en los textos legales*”⁴⁴.

⁴¹ El sentido “fuerte”, para el autor estaría dado en los casos en los que la equidad “*supone una ‘suptlantación’ total de la ley positiva*” (CIURO CALDANI, Miguel, “Comprensión jusfilosófica de la equidad”, E.D., 155-694).

⁴² CIURO CALDANI, Miguel, “Comprensión...” cit., E.D., 155-693, 694.

⁴³ ARISTÓTELES, ob. cit., Libro V, 1137b 15 ss..

⁴⁴ BARBARÁ, Jorge, *La justicia*, en BARBARÁ, Jorge - ANDRUET, Armando S. (h) - HIRUELA DE FERNÁNDEZ, María del Pilar, *Introducción filosófica al derecho*, Córdoba, Alveroni, 2003, p. 82.

VI. El desarrollo de la equidad en el ámbito del derecho sustancial

La equidad -como justicia del caso concreto- tiene aplicación plena en la totalidad de las ramas de la ciencia jurídica; por ello se ha dicho que ésta “... *es un hilo conductor que atraviesa toda la trama de la experiencia jurídica*”⁴⁵.

Así, la importancia de su uso debería ser reconocida en los distintos fueros y especialidades del derecho.

Sin embargo, una rápida consulta de los diferentes cuerpos normativos y anales jurisprudenciales evidencia que -hasta hace poco tiempo- su recepción ha sido mayor en el ámbito del derecho sustancial (sea éste privado o público), y mucho menor cuando se trataba del derecho adjetivo o de forma.

En efecto, en el ámbito del derecho de fondo, la validez del recurso de la equidad ha tenido desde antaño una gran aceptación.

Ciertamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido contestes en la necesidad de acudir a juicios de equidad para resolver los casos que atañen al derecho sustancial.

De hecho, tal aceptabilidad se constata empíricamente en el hecho de que las propias normas positivas concernientes a este derecho remiten expresamente a la observación de la equidad⁴⁶.

Para justificar ello, consideramos beneficioso memorar -brevemente- las principales normas, doctrina autoral y *leading cases*

⁴⁵ CIURO CALDANI, Miguel, “Comprensión...” cit., E.D., 155-695.

⁴⁶ En el punto, no resulta ocioso recordar que el hecho de que esté prescripto el uso de la equidad en algunas normas no implica que al no haberse positivizado ella en otras disposiciones impide acudir a la equidad. Las soluciones equitativas son -reiteramos- un imperativo de la administración de justicia, con independencia de que el recurso a la equidad esté o no previsto expresamente en la letra de la ley. Es que, como recuerda Andruet, el hecho de que la equidad esté requerida por el derecho positivo implica sólo una “*profundización de la equidad en ciertos institutos jurídicos*”, lo que no invalida su utilización en otros casos (ANDRUET, Armando S., “Equidad y sistema...” cit., E.D., 119-881).

-de algunas ramas del derecho fonal⁴⁷- que explícitamente refieren a la equidad como herramienta válida y legítima para el juzgamiento del caso concreto:

VI.1. Derecho civil

El Código velezano contenía algunas pocas referencias de la equidad⁴⁸. Sin embargo, la reforma civil de 1968 (ley 17.711) abrió camino a la antigua brecha y puso el acento en el principio de equidad, proporcionando a los jueces los medios adecuados para evitar un apego desmesurado a las fórmulas legales y evitar la consolidación de soluciones de irritante injusticia.

Así, pueden mencionarse entre otros, los arts. 656 (posibilidad de morigeración de la cláusula penal), 907 (fijación de un resarcimiento en favor de la víctima en los casos de responsabilidad civil por hechos involuntarios), 954 (reajuste del convenio en caso de lesión), 1069 (posibilidad de los jueces de fijar la indemnización por daños considerando la situación patrimonial del deudor y atenuarla “si fuere equitativo”), 1071 bis (determinación de la indemnización para el supuesto de violación al derecho de intimidad), 1198 (posibilidad de ofrecer mejora del contrato en el caso de imprevisión), 1316 bis (que prevé la

⁴⁷ Dejando siempre a salvo que la nómina a efectuar será sólo ejemplificativa toda vez que en todos los ámbitos del derecho sustancial la equidad se manifiesta presente y reconocida por el propio legislador.

⁴⁸ Por ejemplo, el art. 515 C.C. que define a los obligaciones naturales como las “fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad”; el art. 1825 que alude a la posibilidad de considerar a las donaciones remuneratorias como actos a título oneroso “mientras no excedan una equitativa remuneración de servicios recibidos”; el art. 3754 cuando al regular los legados dispone que: “Si la cosa ajena legada hubiese sido adquirida por el legatario, antes del testamento, no se deberá su precio sino cuando la adquisición hubiese sido a título oneroso, y a precio equitativo”.

posibilidad de que los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinen reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso), 1638 (facultad de reducción de la indemnización del locador en la locación de obras).

De otro costado, abundantes y conocidos son los precedentes jurisprudenciales que -aun cuando la ley no efectúe una remisión expresa al criterio de equidad- echaron mano a las soluciones de este tipo.

Ello así, resultan ilustrativas las recomposiciones judiciales que se llevaron a cabo de las relaciones patrimoniales originariamente pactadas en el contrato cuando éstas se vieron desniveladas en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (proceso inflacionario, devaluación monetaria, etc.) ocurridos después del acto, aun antes de la introducción de la institución de la imprevisión en el texto del Código Civil.

VI.2. Derecho penal

También en el derecho penal, la equidad ha tenido gran recepción.

Así, la remisión a ésta se encuentra explícitamente prevista en el texto del Código Penal.

En efecto, el art. 132 del texto citado dispone que en los casos de delitos de acción privada la víctima, si fuere mayor de dieciséis años, podrá proponer un avenimiento con el imputado y *“El tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso, la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 ter y 76 quater del Código Penal”*.

Además, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que principios de gran envergadura, tales como el efecto retroactivo de la ley penal más benigna ⁴⁹ encuentra sus fundamentos en razones de equidad ⁵⁰.

Resulta -finalmente- ilustrativo en este acápite recordar el pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Priebke” ⁵¹ donde se ratificó la doctrina de la imprescriptibilidad de la acción penal cuando lo que se juzga es un delito calificado como de lesa humanidad. Así, aun cuando los plazos hubiesen vencido de acuerdo con el art. 62 C.P., el Tribunal federal entendió que debía tratarse el pedido de extradición por las circunstancias concretas del hecho sometido a juzgamiento.

VI.3. Derecho previsional

El art. 55 de la Constitución de la Provincia de Córdoba expresamente dispone que el cumplimiento y aplicación del régimen de seguridad social que proteja a todas las personas de las contingencias sociales debe llevarse a cabo “... *en base a los principios de solidaridad contributiva, equidad distributiva, accesibilidad, integralidad e irrenunciabilidad de beneficios y prestaciones*”.

Consecuentemente, la remisión a la epiqueya en este ámbito del derecho fondal no sólo es expreso, sino que -además- tiene rango constitucional.

⁴⁹ Que consiste en sostener que desde el momento de la comisión del delito hasta el agotamiento de la pena y en el supuesto de que se produzca una sucesión de leyes durante ese lapso, deberá aplicarse siempre la más benévola para el imputado.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1987, t. I, p. 460.

⁵¹ Caso “Priebke...”, Fallos 318:2148 (L.L., 1998-E-768, 40.813-S; D.J., 1998-3-1159).

Igualmente son numerosos los pronunciamientos de los diversos tribunales especializados en los cuales el tema de la equidad aparece.

Ello no resulta sorprendente, habida cuenta de que de la naturaleza de los bienes y valores involucrados (problemas familiares y personales con singular connotación de necesidad por edad, carencia de medios económicos, incapacidad física, etc.) y de la situación de contexto social y económico (caracterizada por severas limitaciones de recursos para hacer frente a la creciente demanda de protección de los interesados) emerge un ámbito particularmente fecundo para la introducción de este tópico.

Así, por ejemplo, resulta útil recordar el ejemplo paradigmático de la causa “Vera Barros”, resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁵², en la cual se decidió reconocer el derecho a pensión de la hija de un personal de las Fuerzas Armadas fallecido, pese a que la peticionante no contaba con la edad requerida por la ley ⁵³.

En dicha oportunidad, el alto cuerpo federal consideró que existían circunstancias especiales que caracterizaban la cuestión juzgada (cuidado de su padre durante toda su vida, imposibilidad de acceso al mercado laboral por no haber ejercido nunca tareas remuneradas ni contar con preparación alguna que le

⁵² C.S.J.N., Fallos 316-3:1045.

⁵³ La ley 19.101, reconocía en el inc. 5 de su art. 82, el derecho a pensión sólo a las hijas solteras que “hubiesen convivido con el causante en forma habitual y continuada durante los diez años inmediatos anteriores a su deceso o baja”, siempre que al momento de peticionar el beneficio previsional “*tuvieran cumplida la edad de cincuenta años*”, y la peticionante contaba a esa fecha con la edad de 48 años. La fría aplicación de la norma hubiera determinado el rechazo de la demanda. Sin embargo, la Corte dio a la cuestión una solución de equidad, y suavizó el sentido y alcance de la ley atendiendo a las circunstancias del caso.

facilitase el acceso al mercado laboral) lo que ameritaba a conceder el beneficio, aun cuando la actora tuviera una edad inferior a la exigida legalmente.

Igual solución de equidad, por mencionar otro supuesto entre muchos otros, fue la dada por la Cámara Contencioso Administrativa de 1ª Nominación de Córdoba cuando resolvió otorgar la jubilación por invalidez a una persona que, pese a no adolecer de una incapacidad igual o superior al 66%⁵⁴, se encontraba en peculiares circunstancias (tales como el adolecer de una enfermedad psiquiátrica seria, encontrarse sin trabajo y en estado de indigencia) que exigía una respuesta jurisdiccional distinta a la dispuesta por el legislador⁵⁵.

VI.4. Derecho laboral

En este ámbito también nos encontramos con normas constitucionales de derecho positivo que imperativamente ordenan tanto al Poder Legislativo como al Judicial recurrir a la equidad.

En efecto, tanto la Ley Suprema Nacional como la local prevén que el trabajo y sus implicancias sean protegidos bajo el prisma de la equidad.

Así, el art. 14 bis C.N. establece que: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: *condiciones dignas y equitativas de labor*; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; par-

⁵⁴ El art. 30 de la ley 8024 de la provincia de Córdoba impone que para el otorgamiento de la jubilación por invalidez debe cumplirse con el recaudo de que se presente una incapacidad igual o superior al 66% de la TO.

⁵⁵ Cámara 1ª Cont. Adm., *in re*. “Perea, Domingo M. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba - Plena jurisdicción”, 14/9/05, L.L.C., 2006-74-sínt..

ticipación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

Igualmente, la Ley Suprema cordobesa dispone en su art. 23 que: “Todas la personas en la Provincia tienen derecho: 1. A la libre elección de su trabajo y a *condiciones laborales equitativas, dignas, seguras, salubres y morales...*”.

Luego, no habría más por acotar en el punto, salvo resaltar que la lectura de los diversos pronunciamientos de nuestros tribunales laborales evidencia que la equidad está presente, ya sea temáticamente considerada, ya como telón de fondo implícito en el contenido de la decisión.

VII. El auge actual de la equidad en el ámbito del derecho procesal civil y comercial

VII.1. La concepción en el derecho procesal tradicional

Si algo ha caracterizado al derecho procesal civil tradicional o clásico ha sido su apego al derecho positivo y su rechazo sistemático de soluciones que implicaran un apartamiento de los rigurosos términos que informaban el texto de la ley adjetiva.

Tal perspectiva puede haber obedecido, a distintas causas.

Entre ellas podemos, sintetizar los dos factores que -a nuestro juicio- coadyuvaron a la consolidación de tal tradición:

- *Formación jurídica. Tradición racionalista y positivista*

Hasta la primera mitad del siglo XX (con claros resabios en la actualidad) reinó en nuestro país una concepción jusfilosófica que veía en el derecho, un sistema de normas completo, acaba-

do y axiomático, cuyo conocimiento y aplicación se lograba sólo mediante procedimientos lógicos deductivos y ajustados a la literalidad del texto de la ley.

Así, remarcando que la concepción iusfilosófica imperante en cada época, proyectada sobre la noción de ordenamiento jurídico, condiciona fuertemente la idea y el rol adjudicado a la equidad, se sostiene que *“la iusfilosofía normativista de los siglos XVIII y XIX, reeditada en las posiciones neopositivistas del siglo XX, se construye una noción cerrada de ordenamiento normativo, campeando en plenitud la idea de la completitud de la ley y una rígida comprensión de la división de poderes, que acota el margen de la creación judicial”*⁵⁶.

Conforme tal corriente de pensamiento, a *“las normas jurídicas las daban los legisladores y los constituyentes por un acto de sus respectivas voluntades. Los súbditos debían obedecerlas porque eran la expresión de la voluntad de los representantes del pueblo. No les estaba permitido ignorarlas bajo la alegación de su injusticia (...) Jueces, abogados y juristas debían limitarse a lo significado por los textos expresos. No les estaba dado ir más allá”*⁵⁷.

Para esta concepción, entonces, el derecho es sinónimo de ley, todo lo jurídico queda reducido al Código. Consecuentemente, lo que importa es la subsunción hecha por el juez, ciego a toda otra cosa que no sea la norma, importando poco la solución singular a la que se arribara en tal mecánica labor.

La sentencia es así, la conclusión de una premisa mayor universal, y el proceso una serie de etapas aisladas, desvinculadas de cualquier consideración finalista, donde el tribunal se limita a “responder con las palabras de la ley”.

⁵⁶ CALDERÓN, Maximiliano R. - RIBA, Marina A., “Equidad y contrato”, Zeus Córdoba N° 113.

⁵⁷ CUETO RÚA, Julio - COSSIO, Carlos, “El golpe de timón”, L.L., 1999-B-869.

Dos testimonios, citados por Sanz⁵⁸ ilustran acabadamente tal forma de pensamiento. El de Mourlon⁵⁹ que enseña que: *“Un buen magistrado humilla su razón delante de la ley; pues él está instituido para juzgar según ella y no para juzgarla. Nada hay por encima de la ley y es prevaricar eludir sus disposiciones, bajo pretexto de resistencia de la equidad natural. En jurisprudencia, no hay ni puede haber razón más razonable, ni equidad más equitativa, que la razón o equidad de la ley”,* y el de Ferdinand Buisson⁶⁰ que sostiene que: *“Obedecer la ley, es inclinarse ante la decisión de la unanimidad o de la mayoría de los representantes libremente elegidos por la Nación. Es someterse a la voluntad nacional, en otros términos a la justicia. ¿Qué más justo que someterse al criterio de todos o al del mayor número?”.*

Indudablemente que reinando tal concepción, las soluciones de equidad no tuvieron mayor cabida.

- Predominio del principio de legalidad de las formas en el proceso civil y comercial

Durante mucho tiempo, el principio de legalidad, también denominado “formalismo”, fue considerado como uno de los pilares básicos del proceso civil y comercial, declarándose que

⁵⁸ SANZ, Carlos R., “Sobre el derecho y el proceso”, L.L., 1983-B-875.

⁵⁹ MOURLON, Frédéric, “Répétitions écrites sur le Code Civil”, II^{ème}. édition, revue et mise au courant par Ch. Demangeot, núms. 84 y ss. especial núm. 85, París, Garnier, 1880, p. 61 del t. I, citado por SANZ, Carlos, “Sobre el...” cit..

⁶⁰ BUISSON, Ferdinand, “Leçons de morale á l’usage de l’enseignement primaire”, 36^º lec. -sobre los deberes hacia la patria, ps. 174/5- 4^ª ed., París, Hachete, 1931, citado por HUSSON, León, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, París, Dalloz, 1974, p. 184, nota 1, quien señala de qué manera el eje de la enseñanza de este autor fue el principio de que no existe ninguna autoridad en Francia superior a la ley, con justificaciones pragmáticas y empíricas. Fue director de enseñanza primaria en Francia por más de 17 años -1879 y 1896- y el principal artífice del plan escolar de Jules Ferry, de allí el interés de Buisson, citado por SANZ, Carlos, ob. cit..

éste debía ser entendido como “*el antemural de la arbitrariedad del individuo o del Estado*”⁶¹ que da estabilidad y seguridad jurídica al proceso judicial

El principio aludido, formulado con el objeto de reducir a la máxima expresión la discrecionalidad judicial, imponiendo reglas que limiten la libre actividad del juez, parte de la idea de que las formas son necesarias para superar todo riesgo de inseguridad y consolidar, consecuentemente, el orden que el proceso reclama⁶².

Así, se asegura que las formas procesales han sido predisuestas en la ley ritual y que los actos que se efectivicen en un litigio (tanto de las partes como del juez) deben resultar adecuados y respetuosos a tales formas, so pena de nulidad.

La aplicación rigurosa de este axioma ha obstaculizado también en gran medida el recurso de la equidad en el derecho procesal.

VII.2. *Cambio de mentalidad*

En la actualidad asistimos a un cambio radical de concepción.

A partir de la dramática historia que nos tocó vivir luego del régimen nazi y de lo consensuado en los Tribunales de Nüremberg, nuestros tribunales se encuentran cada vez más dispuestos a ponderar las circunstancias particulares de cada caso concreto sometido a su juzgamiento, y aspiran a dar soluciones ajustadas a él. Así, más que ocupados por efectuar silogismos per-

⁶¹ PODETTI, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1963, p. 116.

⁶² Sobre el tema puede verse, con amplias referencias, CHIOVENDA, “Las formas en la defensa judicial de los derechos”, en *Ensayos de derecho procesal civil*, t. I, p. 123 y ss..

fectos que encuadren perfectamente con la norma aplicada, aspiran a decidir el caso de una manera justa y equitativa ⁶³.

Con este nuevo enfoque, la doctrina especializada se ha ocupado por destacar que *“El proceso supone la lógica objetiva de la vida y de la acción, consiste en una búsqueda de la verdad, a través de la lógica objetiva de la acción, en cuanto manifestación de la vida, y de la ley. El proceso no es un conjunto de formas vacías susceptibles de ser llenadas de cualquier contenido y, por tanto, susceptibles de ser utilizadas para cualquier tipo de fines, incluso para instrumentalizar la vida humana. Las formas procesales poseen una verdad que les da un valor propio que es el que las predispone en función de los objetivos básicos de la vida humana”* ⁶⁴.

Tal ha sido el radical cambio, que incluso alguna doctrina ha reformulado la clásica garantía constitucional del “debido proceso legal”, augurando que ella sea entendida auténticamente más como un derecho fundamental a un “proceso justo” cuyo ejercicio garantice a todo sujeto un *“proceso o procedimiento, donde su inicio, desarrollo, y conclusión, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean justos”* ⁶⁵.

Peyrano y Chiappini ⁶⁶ enuncian tres posibles razones por las cuales la equidad influye cada vez más en las decisiones jurisdiccionales y en la concepción del derecho procesal.

⁶³ En el mismo sentido expresa Peyrano que *“Vivimos la época del caso. Nuestros jueces - y enhorabuena que así ocurra se muestran cada vez más inclinados por ponderar adecuadamente las circunstancias del caso (...) el juez actual pareciera mucho más interesado por resolver el caso de manera justa y equitativa que por practicar estériles disecciones de textos legales que -a la postre y por arte de birlibirloque- arrojan una solución incua pero legal”* (conf. PEYRANO, Jorge W., “El proceso civil no es una física de los actos procesales”, en J.A. del 24/10/1959).

⁶⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 85.

⁶⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima, Ara Editores, 2001, p. 343.

⁶⁶ PEYRANO, Jorge W. - CHIAPPINI, Julio, “La jurisdicción de equidad o la vuelta del pretor”, L.L., 1980-B-937.

Tales tres causas, que indudablemente compartimos, pueden ser compendiadas del siguiente modo:

- *Visión acorde a la realidad. Conciencia de la insuficiencia de la ley positiva para contemplar la casuística del acontecer humano*

Los juristas rosarinos aseguran que actualmente, todos los sujetos o agentes del derecho que participan de alguna manera en el proceso tienen plena conciencia de que el valor justicia no puede ser garantizado sólo con las reglas del rito sino que *“una serie de factores determina que en muchos casos el ceñirse rigurosamente a las resultas del juego dialéctico del proceso implicaría un feroz escarnio (de allí la vieja cautela: **summum ius, summa iniuria**) al valor justicia”*.

- Preeminencia del valor “justicia” en la escala axiológica de la sociedad contemporánea

Aseguran, igualmente, que otra de las causas del auge actual de las soluciones de equidad residiría en el *“desusado apetito de justicia del hombre de hoy”*.

Al respecto se afirma que los justiciables contemporáneos ya no se contentan con una justicia puramente formal o con resoluciones judiciales rigurosamente ajustadas a la ley positiva, sino que evidencian una apetencia inusitada de justicia real y auténtica.

En esta línea, es que los autores citados sostienen que resulta ser un *“hecho inconcuso de que actualmente el valor justicia ha obtenido un puesto tan empujado en la escala axiológica que Cotta llega a calificarlo como valor subordinante: ‘Un dato de la actual situación -por así llamarla- de la justicia nos parece impone una atención: la circunstancia de que a ella se le atribuye un escaño de primacía en la escala axiológica -en el sentido más amplio del giro- de hoy. Y en efecto: en la opinión generalizada del hombre de nuestros días la justicia sobrepasa a todos los otros valores que podríamos llamar inspiradores, a todos los otros principios que guían la acción, a todas las otras virtudes; ni la libertad o el desarrollo, ni el orden o*

*la legalidad, ni la paz o siquiera la caridad cristiana obtienen ahora el favor del cual goza la justicia. Y tales valores o principios -los mencionados- le vienen subordinados en el sentido que si no son coronados por la justicia no aparecen suficientes incluso para lograr su fin específico propio, en cuanto abandonados a sí mismos se desnaturalizarían”*⁶⁷.

- Mayor confianza depositada por el poder administrador en el Poder Judicial. Cambio de cosmovisión iusfilosófica

Finalmente, consignan el cambio de mentalidad operado con relación a la misión que corresponde encomendar al juez.

De esta manera, aducen que -diversamente a lo antes ocurrido- el hombre común ha abandonado la idea de asignar a nuestros tribunales de Justicia funciones puramente “mecánicas” o equiparlos -a decir de Montesquieu- a seres inanimados sujetos a repetir las palabras de la ley y sin aptitud para suavizar su fuerza o rigor.

Por fortuna, afirman que *“la situación de hoy es muy distinta, y la confianza en la mesura y sabiduría de nuestros jueces puede llamarse plena”*.

VII.3. Reticencia a la utilización de la voz equidad

Aun cuando la simple consulta de las nuevas obras doctrinarias y de los últimos fallos publicados evidencian el cambio de mentalidad antes apuntado, es dable destacar que -dentro del ámbito del derecho procesal civil- se prefiere retacear la utilización de la voz “equidad”, encubriéndola de tecnicismos o

⁶⁷ COTTA, Sergio, “¿Primacía o complementariedad de la justicia?, traducción de J.O. Chiappini, en *Juris*, t. 50, p. D 33, citado por PEYRANO, Jorge W. - CHIAPPINI, Julio, “La jurisdicción...” cit..

neologismos, para no enfrentar el trance de confesar que simplemente se ha hecho uso de ella.

Es que -al decir de Peyrano⁶⁸- en nuestro medio jurídico hasta fechas recientes, *“la más ligera defensa de esa ‘dichosa rectificación de la justicia legal’ hacía recaer sobre la cabeza de su autor comentarios nada halagüeños sobre su seriedad y rigor científico. Era la época del juez, geómetra condenado a contentarse con la combinación de los elementos ya conocidos (las normas legales sancionadas), aunque manifiestamente tal trabajo no fuera apto en la especie para dirimir adecuada y justamente la contienda”*⁶⁹.

Muestra acabada de tal reticencia es que, salvo en lo que hace al juicio arbitral⁷⁰, el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba ninguna referencia -siquiera tangencial- efectúa del término equidad. En efecto, aún cuando se utilizan otras nociones extrapositivas emparentadas íntimamente con la epiqueya⁷¹, el término es ignorado en el texto del rito.

⁶⁸ PEYRANO, Jorge W., “Fuerza expansiva de la ‘jurisdicción de equidad’”, L.L., 1980-C-860.

⁶⁹ DÍAZ COUSELO, José M., *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, p. 84.

⁷⁰ Nótese que, incluso en este punto, tampoco se menciona la voz equidad sino que se dispone en el art. 633 que “El arbitraje forzoso es por su naturaleza de amigable composición y los árbitros deben fallar las causas *ex aequo et bono* moderando, según las circunstancias, el rigor de las leyes y dando a los elementos de prueba mayor o menor eficacia de las que les corresponda por derecho”.

⁷¹ Así, por ejemplo, en el art. 132 C.P.C.C. se establece que: “Si el resultado del pleito fuese parcialmente favorable a ambas partes, las costas se impondrán prudencialmente en relación con el éxito obtenido por cada una de ellas”, de igual manera en el art. 335 del rito establece que: “El tribunal podrá fijar prudencialmente el monto de la obligación cuyo pago se reclama, mediando las siguientes circunstancias: 1. Que la existencia de la obligación y su exigibilidad hayan sido demostradas. 2. Que la duda del tribunal recaiga sólo sobre el número, el valor de las cosas o la cuantía de los daños y perjuicios que se reclamen. 3. Que no haya sido posible determinar los extremos a que se refiere el inciso

Sin embargo, y pese a tal escamoteo, más de una construcción doctrinaria y jurisprudencial especializada tiene como fuente esencial la equidad, aun cuando no se la invoque explícitamente ⁷².

Y al identificar tales nuevas instituciones procesales dedicaremos las próximas líneas, procurando explicitar cómo es que éstas parten de nítidos juicios de equidad, que progresivamente han transformado el anterior proceso formal y puramente ritual, en uno más justo y humano.

VII.4. Figuras que evidencian la aplicación constante de la equidad

Como dijimos, un fenómeno que caracteriza al derecho procesal de nuestros tiempos es una concepción del derecho adjetivo menos formalista y más preocupada por asegurar el dictado de decisiones justas ⁷³.

anterior, pese a la diligencia puesta por aquél a quien incumbe la carga. La determinación del monto de la condena deberá responder a lo que es habitual en circunstancias análogas a las demostradas en autos, optando por la más moderada”, asimismo, en el art. 542 se postula que: “Cuando se tratare de ejecución de créditos por alimentos o litis-expensas, la proporción será fijada prudencialmente por el tribunal en cada caso”. Adviértase que en estas normas la referencia al “juicio prudencial” está ligada -siempre- a la ponderación que el tribunal efectúe de las circunstancias particulares del caso concreto, con lo cual -en rigor- no se estaría sino aludiendo a la posibilidad de que en estos supuestos el juzgador recurra a la equidad como filtro de la ley.

⁷² Incluso, como afirma Podetti, más de una norma procesal vigente encuentra su fundamento último en la equidad, dando como ejemplo la disposición que niega la declaración de nulidad de formas cuando quien la pretende no invoca un interés legítimo en su declaración, o cuando el acto -pese a ser irregular- logra su finalidad (conf. PODETTI, Ramiro, *Tratado de la competencia*, Buenos Aires, Ediar, 1954, t. I, p. 122).

⁷³ No obstante verificarse tal cambio de actitud con tendencia mayoritaria, no resulta ocioso señalar que todavía alguna doctrina -prestigiosa y autorizada- sigue aferrada a la concepción tradicional, cuestionando severamente

Y en la consecución de tal objetivo, la equidad ha cumplido una función esencial, corrigiendo o atemperando el rigor de la norma procesal a los fines de lograr la justicia en el caso concreto.

Acto seguido nos ocuparemos de enunciar las principales manifestaciones de la realidad expuesta.

A. Verdad jurídica objetiva. Exceso rigor formal

En nuestro ordenamiento procesal se ha sostenido desde antaño que -atento los principios de legalidad, dispositivo y de preclusión que rigen en el ámbito civil y comercial- el juez debe contentarse con buscar y declarar la “verdad formal” ⁷⁴.

esta nueva mentalidad de un juez más preocupado por lo “justo” que por la aplicación férrea de la ley. Así se ha sostenido que: “En los últimos años, y al socaire de una afirmada defensa de la Constitución, algunos jueces con vocación de protagonismo mediático han comenzado a intervenir en toda suerte de asuntos, propios de la competencia constitucional exclusiva de otros poderes del Estado, interfiriendo con ello en la tarea de gobernar al asumir el cumplimiento de funciones que son privativas de otras autoridades. Y, de tal forma, han abandonado el juicioso acatamiento de la ley para entrar al campo del cogobierno: el de una suerte de increíble desgobierno, ya imposible de controlar (...) Si bien se mira, quien así actúa no cumple una tarea propiamente judicial, en razón de que con ello no se resuelven conflictos intersubjetivos de intereses, que es la esencia de la tarea de otorgar justicia conmutativa. Antes bien, practica justicia distributiva sin tener los elementos para poder hacerlo” (conf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Rosario, Zeus, 2003, ps. 220-221).

⁷⁴ Cabe aclarar que, desde la doctrina, este concepto de “verdad formal” (como distinto al de “verdad real”) ha sido acertadamente objetado, en la inteligencia de que la verdad es una sola y no admite clasificación alguna. Al respecto señala Carnelutti que “la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad (...) La verdad es como el agua: o es pura, o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo que ésta no pueda ser conocida en todo caso y por cualquier medio, el resultado, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el de que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos. En efecto, siempre es posible que en determinado caso el límite actúe en el sentido de impedir el conocimiento de la verdad material y de sustituir ésta con una verdad jurídica o judicial; ahora bien: esta eventualidad es suficiente para que no se pueda asignar el conocimiento de la realidad de los hechos como resultado del proceso de fijación. No se puede buscar la verdad sólo en parte: o se la busca del todo, es decir, se la busca hasta

Es decir aquella que fluye, únicamente, de los antecedentes acumulados en el expediente, sea que hayan sido introducidos a la litis por las partes o por el tribunal. En la misma dirección es que reiteradamente se ha puntualizado que el legislador procesal, se encargó de establecer normas rígidas que regulan los plazos, la oportunidad de introducir los distintos actos de postulación, prueba e impugnación, el tiempo para hacer valer los medios probatorios tempestivamente agregados al expediente, etc., debiendo tales reglas ser debidamente observadas en el litigio, resultando indiferente si la verdad formal comprobada coincide o no con la verdad real.

Así, el apego a las normas adjetivas vigentes y la imposibilidad de ponderar cuestiones o circunstancias diversas a lo impuesto por el legislador fueron -por regla- la metodología seguida en el arte de sentenciar.

Este era el modo usual mediante el cual se resolvían en nuestros tribunales de justicia los litigios y problemas de los ciudadanos. Las personas y sus derechos se subordinaban a las formas procesales, olvidándose que -en general- el derecho procesal es una herramienta destinada a realizar el derecho de fondo.

De la más diversa índole son las numerosas manifestaciones de este criterio apegado a la legalidad, y es muy común que se relacionen no sólo con las grandes decisiones del litigio sino también con pequeñas vicisitudes procesales tales como pedidos de fotocopias, notificaciones, etc., que no por pequeñas son menos importantes para el regular ejercicio de los derechos constitucionales.

Contra tal manera de encarar las cosas reaccionó el moderno derecho procesal civil, privilegiando cada vez más la justicia material por sobre los formalismos sin sentido. Así, comprendiéndose que si todo proceso debe satisfacer el requi-

que se la encuentra, o lo que se busca no es la verdad" (CARNELUTTI, *La prueba civil*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 25).

sito del “debido proceso”, tanto el adecuado servicio de justicia por parte de los órganos judiciales, como el derecho de acceso a la justicia, condenan las extralimitaciones formales incursas en ritualismo excesivo

Efectivamente, de un modo progresivo, la doctrina y la jurisprudencia han ido reconociendo que tal limitación o contenido con la verdad formal no puede ser llevada a límites que resulten irritantes al más elemental sentido de justicia.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido diseñando la denominada doctrina del exceso ritual manifiesto que -en fórmula breve- puede compendiarse estableciéndose que una sentencia es arbitraria si incurre en ritualismos excesivos, o en abusos de forma, en desmedro de la verdad jurídica objetiva.

Incluso, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que *“El sistema procesal es un medio para realizar la justicia, la cual no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos pueden ser dispensados si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica”*⁷⁵.

Y no sólo la jurisprudencia tiene incorporada tal figura, sino también la doctrina viene mostrándonos hace tiempo lo valioso de tal teoría, en la medida que descalifica toda decisión judicial incursa en excesivo rigor formal⁷⁶.

Atendiendo, entonces, a su contenido, no caben dudas de que la doctrina del exceso rigor formal antes explicitada, hunde sus raíces en la equidad, que -aun sin ser nombrada- es la que viene a corregir la ley positiva adjetiva en pos de

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30/1/96, “Castillo Páez, Ernesto R.”.

⁷⁶ Pueden consultarse, sobre el punto, diversos trabajos entre los que mencionamos: BERTOLINO, Pedro Juan, *El exceso ritual manifiesto*, 2ª ed., La Plata, Platense, 2003.

privilegiar la verdad jurídica real y así garantizar la justicia en el caso concreto.

Finalmente, para graficar brevemente la utilización de esta figura por la jurisprudencia, compendiamos cuatro casos ⁷⁷ en los cuales -utilizando de la equidad (bajo la denominación de exceso rigor formal)- se corrige el enunciado normativo del derecho procesal estricto a los fines de lograr que lo singular sea decidido con justicia.

En el primer supuesto traído a colación, la sentencia recurrida había hecho lugar a una excepción de falta de acción en la inteligencia de que la letrada (apoderada de la parte) había enunciado que demandaba “en derecho propio”, cuando en realidad lo hacía en representación de su cliente. La Corte Suprema anuló tal pronunciamiento decidiendo que: “... *En el caso (...) debido a un evidente error material la apoderada de la actora expresó que demandaba por su derecho propio, pues resulta manifiesto que en todo momento lo hizo en nombre y representación de su demandante por lo cual atenerse a dicho error, reconociendo como tal y hacer lugar a la excepción de falta de legitimación para obrar importa una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva que no se compadece con el adecuado servicio de justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, debe dejarse sin efecto la sentencia*” ⁷⁸.

El segundo caso comentado se relaciona con la posibilidad de revisar jurisdiccionalmente una liquidación desorbitada numéricamente, pese a que la interesada no la había impugnado. Sobre el tópico el Tribunal federal sostuvo: “*El hecho de que la liquidación haya sido consentida por las partes no obliga al magistrado a obrar en un sentido determinado. Ello así, no cabe argumentar sobre la*

⁷⁷ Los tres ejemplos buscados pertenecen a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por considerar que la doctrina de ese tribunal resulta señera en la materia.

⁷⁸ C.S.J.N., *in re*: “De la Cruz Aquino, María c/ Passante, José”, 11/3/1982, Fallos 304:326 - E.D., 100-183.

*percusión del derecho a impugnar la liquidación, frente al deber de los jueces de otorgar primacía a la verdad jurídica objetiva, toda vez que la aprobación de las liquidaciones sólo procede en cuanto hubiere lugar por derecho, excediendo los límites de la razonabilidad pretender extender el resultado de una liquidación obtenida sobre la base de operaciones matemáticamente equivocadas, a pesar de encontrarse dicha situación puntualmente evidenciada durante el trámite de ejecución”*⁷⁹.

La tercera referencia se vincula con un tema paradigmático: el relacionado con la admisibilidad formal de los recursos extraordinarios. Sabido es que el acceso a cualquier instancia impugnativa extraordinaria se encuentra subordinada -por regla- al cumplimiento de rigurosos recaudos formales.

Sin embargo, flexibilizando tales formas, y procurando la justicia, en el caso concreto, la Corte Nacional descalificó por arbitrario un pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos que había inadmitido el recurso de inaplicabilidad de ley deducido por ante su sede con el argumento de que el depósito previo impuesto por la ley local había sido hecho a la orden del presidente del tribunal, en lugar de haberse efectuado -según correspondía- en favor de la sala interviniente⁸⁰. Asimismo, y ante un caso en el cual se había rechazado por extemporánea una queja presentada un minuto después de las dos primeras horas del día hábil inmediato

⁷⁹ C.S.J.N., *in re*: “Iglesias, Germán H. c/ Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia”, 20/12/1994, L.L., 1995-B-249 - D.J., 1995-2-274.

⁸⁰ C.S.J.N., *in re*: “Alfonso c/ Transportes General Urquiza”, 15/4/1993, D.J., 1993-2-805, Fallo N° 7833 y L.L., 1993-C-388. Otro caso paradigmático es el que se registra en Fallos 310:934 donde la Corte Nacional destituyó con severos términos -ciego ritualismo fue su calificativo- la decisión de la Corte Suprema bonaerense por la que declaró mal concedidos los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley porque en lugar de haberse efectuado el depósito previo “a disposición del tribunal que dictó la resolución impugnada”, se lo hizo a la orden de la Corte provincial

posterior al vencimiento del plazo de cinco días, la Corte sostuvo que en función de las razones de fuerza mayor expresadas por la peticionaria para justificar el retardo de un minuto en la presentación del recurso de hecho ante este tribunal *“autorizaban a hacer excepción a los principios de perentoriedad de los plazos procesales y a aplicar lo dispuesto por el art. 157 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (...) ello es así pues (...) una conclusión diferente importaría dejar de lado los evidentes motivos de justicia y equidad que median en autos y que hacen que deba darse prioridad al derecho de defensa”*⁸¹.

Finalmente, no podemos dejar de señalar un caso en el cual pese al incumplimiento de las formalidades previstas por el rito para la admisibilidad de los actos de postulación (ausencia de asistencia letrada), la Corte admitió la pretensión -formulada *in pauperis*- a los fines de lograr lo justo concreto.

En el caso que comentamos, efectivamente, el alto cuerpo resolvió que era *“de equidad y aun de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor (...). La petición informal que corre a fs. 1350 vta. y que fue calificada por los jueces intervinientes como apelación interpuesta in forma pauperis, debió haber sido interpretada como expresión de la voluntad de interponer un recurso de hecho y, en consecuencia, elevada al tribunal para imprimirle el trámite de ley. Que, sentado ello, y puesto que la falta de asistencia letrada efectiva ha impedido al procesado fundar debidamente sus agravios, corresponde que esta Corte, con el fin de no ocasionar una lesión al derecho constitucional a ser oído de acuerdo con las formas previstas en la ley, dé intervención al señor defensor oficial ante este tribunal con el fin de que se expida acerca de la apelación in forma pauperis deducida”*⁸².

⁸¹ C.S.J.N., *in re*: “Cantera Timoteo S.A. c/ Mybis Sierra Chica S.A. y otros”, 3/3/05.

⁸² C.S.J.N., *in re*: “García, Carlos Horacio s/ Su pedido en causa N° 65 s/ Infracción a la ley N° 23.737”, 21/8/1997.

En conclusión, aun cuando se reconoce que el acatamiento de las formas procesales (al igual que la observancia de toda ley) es la garantía más eficaz para resguardar y preservar de manera efectiva la seguridad jurídica, no puede perderse de vista que transformar en fórmulas puramente estereotipadas esas formas, con olvido de la justicia del caso concreto, es desvirtuar la esencia que las informa y -como alguna vez lo dijo acertadamente Couture- convertir el proceso en una verdadera misa judicial.

La equidad cobra plena vida en esta institución del exceso rigor formal procurando evitar descender del formalismo edificante al formulismo aniquilante, obligando a nuestros jueces a valorar las circunstancias particulares que tipifican el caso concreto y ponderar si la aplicación lisa y llana de la ley procesal no conduce a una solución inequitativa.

B. Flexibilización del principio de congruencia

El principio de congruencia se ha definido como aquel “... que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes...”⁸³.

Su preeminencia en el derecho procesal civil y comercial (e incluso, en el propio derecho procesal constitucional) ha sido desde siempre defendida encarnecidamente, e incluso plasmada normativamente en los distintos códigos rituales vigentes⁸⁴.

Así, se ha sostenido que -aun cuando estén en juego derechos fundamentales o se verifique una solución contraria al sentido de justicia- el juzgador debe insoslayablemente atenerse a

⁸³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Universidad, 1984, t. I, p. 49.

⁸⁴ En la provincia de Córdoba, el mencionado principio se encuentra consagrado expresamente en el art. 326 C.P.C.C..

lo expresamente peticionado por las partes, no pudiendo condenar a algo distinto o mayor que lo demandado. En otras palabras, se ha entendido que el pronunciamiento jurisdiccional debe observar estrictamente el principio de congruencia, y que -en su defecto- la sentencia será nula por violación a las formas y solemnidades previstas para su dictado ⁸⁵.

Es claro que ello debe ser así, en general, pues está en juego el derecho de defensa de las partes litigantes, que conducen su argumentación dialéctica y su esfuerzo probatorio en función de la forma cómo se trabó la litis.

Empero, frente a un caso excepcional, con peculiaridades o circunstancias que lo distinguan del resto, un ciego y rígido apego a la congruencia puede derivar en una solución injusta.

Así se ha pronunciado la ciencia procesal actual, enseñando que *“este principio que procura frenar eventuales excesos de autoridad, en la práctica se ha constituido, muchas veces, en una falla para resolver con eficacia y celeridad un conflicto, frustrando precisamente valores de mayor jerarquía como la justicia, la eficacia y, por vía de implicancia, la misma seguridad jurídica”* ⁸⁶.

En tales supuestos, consideramos, la equidad, impone la flexibilización o ductilización del principio de congruencia.

Hemos tenido oportunidad -antes que ahora- de expedirnos en este sentido, asegurando que *“... el tribunal estaría autorizado a disponer medidas instrumentales de ejecución de la condena aun cuando éstas no hubieran sido así peticionadas por el amparista a los*

⁸⁵ En esta posición pareciera enrolarse el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, quien se ha pronunciado por la imposibilidad de juzgamiento de apartarse de lo que concretamente había sido materia de debate y resolución en la primera instancia (conf. T.S.J., Sala Civil y Comercial, *in re*: “Gavier, Enrique y ot. c/ Provincia de Córdoba - Amparo”, A.I. N° 88, 26/3/97).

⁸⁶ DE LOS SANTOS, Mabel, “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, J.A., 2000-I-752.

*finés de garantizar la efectivización de la tutela constitucional”*⁸⁷. Así también lo ha considerado la doctrina especializada, en la inteligencia de que: “... *la férrea limitación que proviene del principio de congruencia ne eat iudex ultra petita partium puede colisionar, de hecho, con ciertos derechos legalmente irrenunciables estatuidos por reglas imperativas de orden público, derechos sociales en general, cuando por ... estado de necesidad... son renunciados bajo presión de las circunstancias la excesiva duración del proceso... una cierta flexibilización del principio de congruencia debería excepcionalmente ser admitida para dar lugar a un mayor arbitrio judicial, cuando esté acreditado... la abdicación del derecho en estado de necesidad...*”⁸⁸.

Aunque escasos, existen algunos precedentes jurisprudenciales paradigmáticos en los que nuestros tribunales -comprometidos con su función de “administrar justicia” en el caso concreto- han morigerado el principio de congruencia arribando a verdaderas soluciones de equidad.

Por caso, puede mencionarse un fallo dictado por la Sala 3^a de la Cámara Federal de La Plata⁸⁹ en el cual lo sometido a decisión se vinculaba a una pretensión indemnizatoria derivada de la muerte de un menor ahogado en una acumulación artificial de aguas formada en terrenos del Ejército Argentino. La parte actora se había limitado a reclamar la reparación de los daños y perjuicios efectivamente padecidos. Sin embargo, el tribunal oficiosamente, a más de hacer lugar a las pretensiones de la demandante, dispuso -advertido de la grave situación de peligro existente para la comunidad por la posibilidad cierta de que se repitieran accidentes análogos- la construcción de una

⁸⁷ HIRUELA DE FERNÁNDEZ, María, *El amparo en la provincia de Córdoba. Ley 4915*, Córdoba, Alveroni, 2002, p. 227; HIRUELA DE FERNÁNDEZ, María, “La acción de amparo y el principio de congruencia”, *Zeus Córdoba* N° 37, p. 1.018.

⁸⁸ BERIZONCE, Roberto O., *Derecho procesal civil actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, 17. *El activismo de los jueces*, t. II.5, p. 378.

⁸⁹ J.A., 1988-III-96.

cerca que aislara las excavaciones inundadas, la colocación de carteles bien visibles que indicaran el riesgo y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en el lugar; todo bajo apercibimiento de ser efectuado por la Municipalidad de Quilmes y a costa de la demandada.

Asimismo, la cuestión relativa a la necesidad de flexibilizar el principio de congruencia se planteó en la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 4ª Nominación de Córdoba. La parte actora demandó a la Municipalidad de Córdoba para que ésta reitere o suprima un canal de desagüe pluvial que acarreaba aguas colectadas en calles públicas aledañas a su propiedad y que pasaba por dentro de su terreno, encuadrando su pretensión en el acción de daño temido. El tribunal de alzada -a partir de la ponderación de las pruebas rendidas en la causa, principalmente la pericial (de la que surgía que *“de eliminarse el canal se pondría en riesgo a las personas, edificaciones y bienes ubicados en el sector, ya que las aguas al no poder escurrir por este cauce canalizado, escurrirán en forma errática (...) produciendo erosiones y/o anegamientos”*)- resuelve no sólo ordenar la clausura del canal peticionada en la demanda, sino también la *“realización de obras tendientes a que las consecuencias de tal clausura no perjudiquen a terceros”*⁹⁰.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar un último pronunciamiento ejemplificativo de la morigeración de la congruencia anunciada. En la ciudad de Rosario, una mujer que padecía una enfermedad crónica (esclerosis múltiple) enfrenta la negativa de su mutual a la entrega de los medicamentos indispensables para el tratamiento de su dolencia. En oportunidad de

⁹⁰ Cámara 4ª C.yC., *in re* “Milanta, Marisa c/ Municipalidad de Córdoba - Abreviado - Fijación de plazo”, Sent. N° 197, 29/12/05, Sem. Jur., t. 93, 2006-A-238 y ss. síntesis y en J.S. N° 70, p. 53 y ss., con nota laudatoria de RAMBALDO, Juan A., *La actuación preventiva de oficio*.

resolver la causa sometida a juzgamiento, con voto del Dr. Jorge W. Peyrano, se indican las razones que justificaban la inaplicabilidad a la causa de las leyes 23.661 y 24.754. Ello evidenciaba que la mutual demandada no podía verse atrapada por el Sistema Nacional de Seguro de Salud ni compelida a entregar tales medicamentos no contemplados en su vademécum. Sin embargo, por aplicación clara de la equidad (flexibilizando la congruencia) y atendiendo a las circunstancias particulares del caso (afiliación antigua, contribución de la amparista por larga data a la mutual, enfermedad de baja incidencia, carencia de recursos en la enferma para afrontar por sí la enfermedad, etc.) la Cámara rosarina resolvió condenar a la mutual demandada a que -durante un tiempo razonable (el necesario para lograr la afiliación a una prepaga y cubrir el plazo de carencia, u obtener del Estado la asistencia)- entregara a la actora los fármacos solicitados ⁹¹.

En todos los casos comentados no ha habido sino un claro recurso a la equidad, toda vez que -atemperándose el rigor excesivo de las normas rituales que imponen el apego a la congruencia- los tribunales han resuelto las causas sometidas a su juzgamiento procurando lograr la justicia en el caso concreto a través de la corrección de la justicia legal que devenía en un resultado singular injusto atento su generalidad.

C. Revisión de la cosa juzgada írrita

Uno de los grandes pilares del derecho procesal civil -desde siempre- ha sido el de la inmutabilidad e inimpugnabilidad de la cosa juzgada

En efecto, desde antaño se ha sostenido que se trata de un principio rígido e incólume, que sólo en casos excepcionales y

⁹¹ C.C.C. de Rosario, Sala 4ª, *in re*: “Piu de Carolli, Eleonor c/ Centro Unión Dependientes - Acción de amparo”, Acuerdo N° 55 del 13/8/02, publicado en Zeus Córdoba N° 37, p. 1.016.

previstos taxativamente por el legislador procesal puede ceder en pos de otros valores.

Así, se le ha rendido pleno honor a la *res judicata*, erigiéndosela en uno de los postulados fundamentales del Estado de derecho. Tal actitud estribaba en la concepción de que la “cosa juzgada” *per se* constituye una herramienta para poner fin al conflicto y garantizar la seguridad jurídica

Ejemplifican tal aserto las palabras de Bielsa, quien enfatiza que la cosa juzgada es el corolario lógico de la función jurisdiccional, pues si ésta tiene por objeto restablecer la paz social alterada por la violación del derecho, la decisión final debe poner término a esa alteración, dando a lo que ella decide una fuerza de “verdad legal”. Si no tuviese ese efecto, se perpetuarían las cuestiones o controversias, o los procedimientos contenciosos, que por sí solos alteran ese orden, si bien para restablecerlo definitivamente en punto a cada caso juzgado. Esa “verdad legal” la establece la ley, y le da cierta autoridad estable, fundada en una presunción que impide volver a reabrir la discusión ⁹².

Conforme tal tesis, y toda vez que el recurso de revisión se encuentra contemplado con causas taxativas en nuestro ordenamiento procesal ⁹³, es que los tribunales locales venían

⁹² PARRY, Adolfo, “La cosa juzgada írrita”, L.L., 82-743; con cita BIELSA, R., “La cuestión de las jurisdicciones especiales”, L.L., 75-797.

⁹³ Nuestro C.P.C.C. local -aún cuando no tiene una regulación sistemática y unificada de la cosa juzgada- contiene diversas disposiciones relativas a su eficacia y valor dentro del proceso. Así el art. 141 prevé que “La cosa juzgada puede ser alegada por las partes o declarada de oficio, en cualquier estado y grado del juicio”. Por su parte, el art. 383 contempla a la violación de la cosa juzgada como una causal de casación (inc. 2), y el art. 547 la enuncia como excepción admisible en el juicio ejecutivo. El art. 395 y ss. del rito reglamentan el denominado recurso de revisión que tiene por efecto precisamente la revisión de la *res iudicata*. En dichas disposiciones se enuncian taxativamente los motivos por los que procede la impugnación (art. 395: “El recurso de revisión

entendiendo que no era posible el ataque contra la cosa juzgada, al margen de los supuestos previstos por la ley positiva⁹⁴ y se descartaba su procedencia cuando lo invocado era la injusticia del fallo.

Sin embargo, como en el resto de casos mencionados, la doctrina⁹⁵ y jurisprudencia procesal moderna han reaccionado contra tal rígida solución legalista, propugnando que la regla *res judicata pro veritate habetur* debe ceder cuando la solución dada en la providencia deviene írrita y choca decididamente contra el principio de justicia.

Así, se ha considerado que cuando se traspasa el umbral de la extrema injusticia, las normas rituales relacionadas a la cosa juzgada pierden su carácter jurídico, ingresando la equidad en su corrección.

procederá por los siguientes motivos: 1. Cuando la sentencia haya recaído en virtud de documentos: a. Que al tiempo de dictarse aquélla, ignorase una de las partes que estuvieran reconocidos o declarados falsos. b. Que se reconocieran o declarasen falsos después de la sentencia. En ambos supuestos en fallo irrevocable. 2. Cuando la sentencia se hubiere obtenido en virtud de testimonios declarados falsos en fallo posterior irrevocable. 3. Cuando después de pronunciada la sentencia, se obtuviesen documentos decisivos ignorados hasta entonces, extraviados o detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiere dictado aquélla. 4. Cuando la sentencia se hubiere obtenido en virtud de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta”) no previéndose como causal propia la injusticia o inequidad de la decisión.

⁹⁴ Cámara C., C. y del Trab. de Bell Ville, 6/4/84, L.L.C., 1984-1129, con nota en contra de FERRER, Adán, “Revisión de la cosa juzgada”. En favor de este fallo y censurando el comentario, FONTAINE, Julio, “Casación y revisión en el proceso civil”, Foro de Córdoba, N° 2, p. 79.

⁹⁵ Ejemplificativo de ello es un agudo trabajo del Dr. Arbonés donde se sostiene la revocabilidad de la cosa juzgada por inequidad. Así, el maestro cordobés, luego de distinguir entre “cosa juzgada” y cosa “mal juzgada”, asegura que: “*En la opción entre afianzamiento de la justicia y estabilidad de las relaciones jurídicas (...) debe prevalecer el primero*” (ARBONÉS, Mariano, “Reflexiones en torno a la cosa juzgada y su impugnabilidad”, en *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal*, N° 1, Córdoba, U.N.C, 1996, p. 33).

Ejemplo paradigmático de lo dicho es el pronunciamiento dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la causa “Ruiz y Mierez...”.

En dicha oportunidad, la Sala Civil del alto cuerpo anuló una resolución firme, pasada en autoridad de cosa juzgada, que facultaba a dos abogados a percibir del Banco Central de la República Argentina una suma millonaria en retribución a su labor profesional, como patrocinantes de la sindicatura, en un incidente de verificación de crédito promovido por dicha institución, en el proceso de liquidación de una entidad financiera. Sostuvo el tribunal que cobrar más de cincuenta millones de pesos por la tarea cumplida por los letrados, es moralmente intolerable, dejando a salvo que *“tal afirmación importa no tanto un reproche ético a la conducta personal de los acreedores, cuanto advertir que el cobro de esa suma desborda claramente los standards valorativos a que alude la parte final del art. 1071 del Cód. Civil (la moral y las buenas costumbres)”*⁹⁶.

De tal guisa, consideramos que también la posibilidad de revisión de la cosa juzgada en aquellos casos concretos donde la decisión jurisdiccional firme se ha tornado notoriamente injusta, no es sino un apartamiento del rigor de las normas procesales que reglamentan minuciosamente las vías e hipótesis de revisión de la *res iudicata* y la consecución de lo justo concreto a través de la equidad.

D. Los denominados “procesos urgentes” no cautelares

Desde siempre el principio de bilateralidad, también denominado contradictorio, ha sido el que ha primado en el ámbito

⁹⁶ T.S.J., Sala Civil y Comercial, *in re*: “Incidente de revocatoria de cosa juzgada írrita en autos: Ruiz, Daniel y Mierez, Jorge Alberto - Solicitan regulación de los honorarios en autos: Banco Ctral. de la Rep. Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera - Incid. de verificación tardía - Rec. de inconstitucionalidad y recurso directo”, Sent. N° 32, 13/4/99.

procesal, asegurándose que constituye el basamento de todo proceso y que su respeto riguroso se encuentra impuesto por el propio texto constitucional.

Así, conforme al tradicional brocárdico *audiatur et altera pars* se asegura que una decisión jurisdiccional sólo puede ser válida cuando se ha dejado oportunidad suficiente a ambas partes de ser oídas o de producir sus pruebas, salvo -claro está- los supuestos excepcionales contemplados por el legislador (como v.gr., las medidas cautelares que se ordenan *inaudita pars*).

Sin embargo, en la actualidad ha quedado desnuda la insuficiencia de tal tesis general para ciertos casos donde se exige el rápido dictado de una resolución judicial sin la previa audiencia de la parte a quien afectan.

Así, en algunos supuestos excepcionales, tanto razones de urgencia como obvios imperativos de justicia, imponen una solución correctiva y equitativa aunque ésta implique una “morigeración del principio de contradicción”, o -al menos- un “diferimento temporal del mismo”.

En esta línea, podemos señalar que -mayoritariamente- nuestra doctrina ha ido incorporando estas nuevas ideas, concibiendo nuevas herramientas procesales “urgentes” como la medida autosatisfactiva ⁹⁷, o la sentencia anticipatoria ⁹⁸ (también de-

⁹⁷ MORELLO, Augusto, “La cautela autosatisfactiva”, J.A., 1995-IV-414; GALDÓS, Jorge M., “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, L.L., 1997-F-482; DE LOS SANTOS, Mabel, “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, J.A., 1997-IV-800; SAGARNA, Fernando, “El proceso autosatisfactivo. Un destello en la oscuridad”, J.A. del 29/4/98; PEYRANO, Jorge W., “Lo urgente y lo cautelar”, J.A., 1995-I-99; PEYRANO, Jorge W., “Vademécum de las medidas autosatisfactivas”, J.A., 1996-II-709; PEYRANO, Jorge W., “Informe sobre la medida autosatisfactiva”, L.L., 1996-A-1002; PEYRANO, Jorge W., “Régimen de las medidas autosatisfactivas: nuevas propuestas”, L.L., 1998-A-968; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Las medidas autosatisfactivas” en *Derecho de daños y en la tutela del consumidor*, L.L., 1997-E-1440, por citar algunos trabajos al respecto.

⁹⁸ Con este nombre se la conoce mayormente dentro del proceso civil brasileño.

nominada “tutela anticipatoria”⁹⁹ o “despacho interino de fondo”¹⁰⁰), esta última no sólo aceptada mayoritariamente por la doctrina nacional y el derecho comparado, sino consagrada en un importante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰¹.

En todos estos casos, pese a que la norma procesal no autoriza flexibilizar el contradictorio más que en los supuestos cautelares, la equidad ha venido a atemperar el rigor de la ley positiva en pos de lograr lo justo concreto.

VIII. Conclusiones

A más de las expuestas, existen a nuestro juicio otras tantas figuras e instituciones del derecho procesal civil moderno que evidencian la presencia de la equidad en la aplicación de las normas adjetivas.

Baste para justificar ello mencionar -como añadidura- doctrinas como las de las cargas probatorias dinámicas¹⁰², el recurso extraordinario federal por inequidad de la sentencia,

⁹⁹ Así, por ejemplo, BERIZONCE, Roberto O., “La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)”, J.A. del 10/6/98.

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, CARBONE, Carlos A., “Los despachos interinos de fondo”, Zeus, del 25/9/98.

¹⁰¹ C.S.J.N., *in re*: “Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf S.R.L. y otros”, 7/8/97, L.L., 1997-E-653.

¹⁰² En sentido coincidente se ha sostenido que “*la justicia aplicada al caso concreto, es decir, la equidad, resulta entonces (...) el principal fundamento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*” (LÉPORI WHITE, Inés, “Cargas probatorias dinámicas”, en Lexis Nexis - J.A., N° especial, J.A., 2003-II-fasc. N° 11, p. 20). En igual tesitura puede consultarse ATRASCA, Ivana M., “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas” en PEYRANO, Jorge W., Dir., *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 141.

el control oficioso de constitucionalidad, la extensión de los efectos de la cosa juzgada en los casos de intereses difusos, todas ellas que omitimos desarrollar por razones de extensión pero que -en todos los casos- implican la corrección o morigeración de la ley positiva procesal en pos de conseguir la justicia en el caso concreto.

Es que tal como lo señala la doctrina: *“En verdad tantas son las herramientas procesales de fecha reciente, que bien se puede hablar de un derecho procesal civil ‘diferente’ (...) El grueso de las invenciones procesales recientemente acuñadas no respeta estrictamente los lineamientos de un sistema dado o inevitablemente se conforman a un molde teórico previo. No son, muchas veces, la derivación racional de un a priori constituido por tal o cual armazón intelectual de conceptos, principios y valores, sino más bien respuestas puntuales -frecuentemente desconectadas entre sí y de difícil inserción en algún sistema procesal conocido- a necesidades acuciantes y rebeldes a una discusión morosa y de cariz meramente teórico”*¹⁰³.

Así, aunque sin nombrarla, la equidad ha vuelto a tener su lugar de privilegio.

La necesidad de que el juez sea el verdadero artífice de una justicia realista, flexible, de resultados justos es el imperativo contemporáneo y nos congratulamos con que así sea.

¹⁰³ PEYRANO, Jorge W., “El derecho procesal civil de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas”, J.A., 1998-I-835.

ACERCA DEL RAZONAMIENTO POR ANALOGÍA

JORGE BARBARÁ

Sumario: **I.** Introducción. **II.** El “razonamiento por analogía” conforme su ubicación en alguna de las etapas de la actividad que lleva a cabo el jurista cuando trabaja con normas. **II.A.** La analogía como “interpretación”. **II.B.** La analogía como “sistematización”. **III.C.** La analogía como “integración”. **III.** Las ventajas de concebir al razonamiento por analogía como actividad integradora. **IV.** Posibles razones para el rechazo del razonamiento por analogía como actividad integradora.

I. Introducción

En el ámbito de la teoría del derecho ¹, no se asigna un único significado a la expresión “razonamiento por analogía”.

¹ No desconocemos las diferentes y múltiples acepciones que pueden brindarse a las expresiones *teoría del derecho*, *ciencia del derecho* y *filosofía del derecho*. Tampoco desconocemos las numerosas discusiones y desacuerdos subyacentes a la utilización de tales expresiones, ni que tales desacuerdos son susceptibles de generar críticas a cualquier trabajo que utilice una de ellas en -a su vez- alguno de sus múltiples significados, en detrimento de las otras expresiones y significados. Sin embargo, el abordaje de dicha problemática excede por completo las posibilidades y objetivos del presente trabajo. En consecuencia, cuando empleemos algunas de las expresiones en cuestión, simplemente pretendemos

Se trata, pues, de una expresión ambigua ².

Esa ambigüedad no es el producto de una simple homonimia accidental sino, antes bien, la resultante de la aplicación de la expresión a situaciones diferentes pero que, en muchos casos, guardan una estrecha conexión entre sí ³.

Como consecuencia de la mencionada ambigüedad, las diferentes discusiones en torno de la problemática inherente al razonamiento por analogía en el mundo del derecho, se parecen, en muchos de sus aspectos, a diálogos entre sordos.

Esto provoca que entre los autores que se han ocupado del tema, existan afirmaciones que son aparentemente contradictorias entre sí, pero que, bien miradas, constituyan todas o por lo menos muchas de ellas, descripciones plausibles de diferentes aspectos de la problemática jurídica y, por esto, no oponibles verdaderamente unas a otras.

Así, nos encontramos con que hay quienes niegan que el razonamiento por analogía constituya una inferencia válida desde el punto de vista lógico. Hay quienes, en cambio, afirman que sí se trata de una inferencia lógicamente válida. Hay quienes, a partir de sostener la invalidez lógica del razonamiento

estar haciendo una referencia genérica a la disciplina que se ocupa de estudiar y sistematizar los fenómenos jurídicos de una manera racional, prescindiendo de otro tipo de disquisiciones al respecto. Y, cuando empleemos las palabras *ciencia o teoría* o alguno de sus respectivos derivados lingüísticos, no estaremos excluyendo la posibilidad de que la temática tratada se corresponda al ámbito de la filosofía.

² No debe extrañar que exista ambigüedad en las expresiones correspondientes a un lenguaje técnico ya que sólo los lenguajes formales excluyen la posibilidad de ambigüedad. Al respecto, puede verse: GUIBOURG, Ricardo A., GHIGLIANI, Alejandro M. y GUARINONI, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, 3ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1998, 4ª reimp. (2004), ps. 20/22.

³ Respecto de los diferentes tipos de ambigüedad, puede verse: CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, 1ª reimp. (1994), ps. 28/31; GUIBOURG, GHIGLIANI, GUARINONI, ob. cit., ps. 49/51.

por analogía, afirman que éste no puede ser empleado en el ámbito del derecho. Hay quienes, a partir de sostener la invalidez lógica del razonamiento por analogía, no niegan su aplicabilidad en el ámbito jurídico, sino que esa circunstancia los lleva a negar la aplicabilidad de las inferencias correspondientes a la lógica deductiva en este ámbito. Hay quienes entienden al razonamiento por analogía como un mecanismo interpretativo del derecho vigente. Hay quienes, por el contrario, lo entienden como un mecanismo modificador o integrador del derecho vigente. Y, de esta manera, podríamos seguir con una larga lista de diferencias y semejanzas, de puntos de acuerdo y de desacuerdo, entre los distintos autores que han abordado el tema del razonamiento por analogía.

Ahora bien, como dijimos, podría sostenerse que la mayoría de las diferencias arriba enunciadas tienen origen en simples desacuerdos verbales respecto del significado o del mejor uso que puede darse a expresiones lingüísticas tales como “razonamiento por analogía”, “argumento por analogía”, “analogía”, etcétera. Si ello fuese así, podría afirmarse que este tipo de diferencias acerca de la concepción del razonamiento por analogía no constituyen verdaderos desacuerdos conceptuales sino tan sólo terminológicos. Sin embargo, conforme surge de lo que veremos *infra*, muchos de esos desacuerdos son sólo “aparentemente terminológicos”, porque suelen encontrar origen en desacuerdos valorativos subyacentes a la discusión o, como diría Genaro Carrió, “*encubiertos*” en la controversia que se produce en la superficie, la cual es sólo aparentemente o parcialmente teórica⁴. De allí la importancia práctica del intento de echar luz sobre la problemática en cuestión que aquí intentamos.

En lo que sigue, describiremos algunas de las principales posiciones que han sido asumidas en la descripción y el análisis del razonamiento por analogía en la ciencia del derecho, a par-

⁴CARRIÓ, G., ob. cit., ps. 103/105.

tir de un criterio clasificatorio de éstas que nos ayude a mostrar las diferentes consecuencias teóricas a que cada una de ellas nos conduce. De esta manera, estaremos en mejores condiciones de apreciar y, eventualmente, decidir respecto de cuál es la acepción teóricamente más fecunda y prácticamente más aceptable, en la que puede aplicarse la expresión “razonamiento por analogía” o sus equivalentes “argumento por analogía”, “analogía”, “argumento *a simile*”, “razonamiento *a pari*”, etcétera.

II. El “razonamiento por analogía” conforme su ubicación en alguna de las etapas de la actividad que lleva a cabo el jurista cuando trabaja con normas.

Eugenio Bulygin refiere la existencia de, al menos, tres etapas distintas dentro de la actividad correspondiente a la dogmática jurídica:

- 1) La identificación de las normas jurídicas;
- 2) La sistematización de tales normas; y
- 3) La modificación o transformación de los sistemas jurídicos ⁵.

Desde el punto de vista lógico y conceptual, estas tres etapas son diferentes entre sí y, además, la mencionada en tercer lugar supone la existencia de las dos anteriores y la mencionada en segundo lugar la existencia de la primera ⁶.

Desde el punto de vista psicológico, en cambio, estas etapas pueden presentarse entremezcladas entre sí y sin un orden cronológico en nuestra mente que suponga haber agotado la

⁵ BULYGIN, Eugenio, “Dogmática jurídica y sistematización del derecho” en *Análisis lógico y derecho* de ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN E., Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 466 y ss.

⁶ BULYGIN, E., “Dogmática jurídica y...” cit., p. 480.

primera de las etapas para adentrarnos en la segunda y haber agotado ésta para recién adentrarnos en la tercera.

El propio Bulygin se encarga de destacar esta circunstancia cuando expresa que “... *La distinción entre identificación, sistematización y modificación del derecho es puramente conceptual, en la práctica las tres tareas son a menudo realizadas al mismo tiempo, de manera que resulta extremadamente difícil separarlas. ...*”⁷.

Es que, como es bien sabido, la posible prioridad temporal psicológica no afecta la prioridad lógica porque se trata de disciplinas que aun coincidiendo parcialmente en su objeto material de estudio, presentan un diferente objeto formal⁸: “... *Cuando los psicólogos examinan el proceso de razonamiento lo encuentran sumamente complejo, emocional en alto grado y consistente en desmañados procedimientos de ensayo y error iluminados por repentinos chispazos de comprensión, a veces inconexos en apariencia. Ellos son de la mayor importancia para la psicología. Pero estos oscuros caminos por los cuales la mente llega a sus conclusiones durante los procesos reales de razonamiento, no son en absoluto de la incumbencia del lógico. A él sólo le interesa la corrección del proceso, una vez terminado. Su problema es siempre el siguiente: la conclusión a que se ha llegado, ¿deriva de las premisas usadas o afirmadas?...*”⁹.

La distinción precedente entre la perspectiva de análisis lógico y psicológica será de utilidad en el presente trabajo dado que sólo la perspectiva de análisis lógico permitirá diferenciar las tres etapas que el razonamiento del jurista atraviesa cuando trabaja con el material normativo, y es esa diferenciación entre las tres etapas a la que echaremos mano para intentar exponer de

⁷ BULYGIN, E., “Dogmática jurídica y...” cit., p. 480.

⁸ Respecto de las categorías de objeto formal y material como criterio distintivo de la actividad cognoscitiva racional, puede verse: GHIRARDI, Olsen, *Lecciones de introducción a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

⁹ COP, Irving M., *Introducción a la lógica*, 3ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1995, 1ª reimp. (1997), p. 5.

una manera metódica las distintas concepciones acerca del razonamiento por analogía que han sido utilizadas por la doctrina.

El criterio clasificatorio del razonamiento por analogía que a continuación ensayaremos estará dado, entonces, por la ubicación que a éste pueda darse en alguna de las tres etapas de la dogmática jurídica mencionadas, según el concepto que de él brinda cada autor.

Sin embargo, previo a adentrarnos de lleno en la propuesta clasificatoria expresada, debemos ocuparnos de formular algunas aclaraciones terminológicas y conceptuales, para que la clasificación a ser ensayada pueda ser correctamente comprendida.

Así, lo primero que debemos aclarar es que a la actividad que Bulygin denomina “*identificación*” de las normas jurídicas, aquí la denominaremos “*interpretación*” de las formulaciones normativas.

El motivo de este cambio de nominación obedece a que la expresión “*interpretación*” es de uso más habitual entre los juristas para designar a la actividad que pretendemos señalar con el empleo de esta palabra ¹⁰.

Por “*interpretación*” de uno o varios textos legales, entenderemos aquí a la actividad consistente en *descubrir* o *describir* el significado de una o varias formulaciones normativas o en *asignarle* un significado de entre las alternativas posibles, para el

¹⁰ El mismo Bulygin expresa, en relación con la “*identificación*”, que “... Otro nombre más usual pero por eso mismo más ambiguo para esta actividad es “*interpretación*”...” (ob. cit., p. 466). Sin embargo, Bulygin no da las razones por las que el nombre de “*interpretación*” es más ambiguo que el de “*identificación*” (en todo caso, ambos nombres presentan una buena dosis de ambigüedad si prescindimos de la definición estipulativa que Bulygin efectúa de la expresión “*identificación* de normas jurídicas”). Además, el solo hecho de que sea más usado el término “*interpretación*”, no constituye una “*razón*” para que éste sea más ambiguo. Pero sí es una razón para que nosotros optemos por utilizarlo, prefiriéndolo al término “*identificación*”.

caso en que el significado de esa formulación normativa no pueda ser simplemente “descubierto” o “descripto”.

Por “formulación normativa” entendemos la expresión lingüística -generalmente una oración, aunque puede ser más de una- contenida en un texto legal que expresa una norma.

El significado de la formulación normativa es, precisamente, la norma.

Este significado (norma) es descripto, a su vez, en una formulación lingüística que denominaremos proposición normativa cuya pretensión es la de ser una expresión unívoca, esto es, carente de ambigüedad actual (la ambigüedad potencial es inevitable).

La noción de *descubrimiento* o *descripción* de significado supone que la actividad interpretativa puede dar cuenta del significado de un uso lingüístico determinado que es aquél empleado en la formulación normativa.

Para ubicarnos dentro de este tipo de actividad interpretativa, no importa si se pretende dar cuenta del significado del uso lingüístico del legislador histórico que dictó la norma o, en cambio, se pretende dar cuenta del significado correspondiente al uso lingüístico de la sociedad actual.

Lo que sí importa es que, de este tipo de actividad interpretativa correspondiente a un contexto de descubrimiento o descripción de significado, se puede predicar verdad o falsedad desde una perspectiva que es empírica porque consiste en la descripción de hechos, a saber: o cómo usó ciertas expresiones lingüísticas el legislador; o cómo las usa determinado grupo social.

La noción de *asignación* de un significado entre las alternativas de significaciones posibles, supone un tratamiento de los casos comprendidos en la denominada zona de penumbra del lenguaje (producto de la vaguedad inherente a todo lenguaje no simbólico), a partir de una actividad interpretativa que es sólo hasta cierto punto empírica para luego pasar a ser conceptual o volitiva -de acuerdo con la posición iusfilosófica que se posea, se sostendrá que es conceptual o que es meramente volitiva-

Decimos que es empírica hasta un cierto punto en tanto, si bien es cierto que una expresión lingüística puede recibir más de un significado cuando nos ubicamos en su zona de penumbra, no es cierto que esta misma expresión pueda recibir “cualquier” significado. Los límites a las significaciones posibles, es decir, los casos claros que quedan fuera o dentro de la zona de significado de la expresión lingüística, están marcados por un criterio empírico. Este criterio empírico está dado por el uso del lenguaje, en un tiempo histórico, por parte de una persona, de un grupo de personas o de una sociedad determinada.

Pero, marcados esos límites empíricos a la zona de penumbra, será posible “asignar” un significado para los casos incluidos dentro de ésta.

De este significado asignado no se podrá predicar verdad o falsedad en un sentido empírico. La asignación de significado habrá dependido, como ya señalamos, de criterios conceptuales o volitivos.

Ahora bien, la proposición normativa que obtenemos luego de la interpretación del significado de la formulación normativa, puede -o no- ser lingüísticamente idéntica a esta última.

Si la proposición normativa es lingüísticamente idéntica a la formulación normativa, ello será porque el significado de esta última no resulta dudoso o controvertido ¹¹.

Consecuentemente, afirmar, como hemos hecho, que la proposición normativa puede ser lingüísticamente idéntica a la

¹¹ Respecto de la noción de interpretación así concebida, puede verse: MENDONCA, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, ps. 152/157; NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, 10ª reimp. (2000), ps. 245/248; ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, ps. 465/471; ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., “Norma jurídica” en *El derecho y la justicia*, edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Madrid, Trotta, 1996, ps. 133/147.

formulación normativa, importa admitir una acepción “amplia” de la noción de interpretación, pues estamos empleando el término “interpretación” para referirnos a “... *la determinación del significado de cualquier formulación normativa, con independencia de toda duda o controversia en cuanto a su campo de aplicación...*”¹².

La acepción amplia de la noción de interpretación no es unánimemente aceptada, pues suele afirmarse que una formulación normativa sólo requiere interpretación cuando su significado es dudoso o controvertido¹³. Esta es una acepción “restringida” de la noción de interpretación, tiene por efecto inmediato excluir del ámbito de lo que se considera “interpretación” a la denominada “interpretación literal” del texto de la ley. Y, como ideología subyacente, suele trasuntarse el ideal de lograr un mayor apego a los postulados de la dogmática jurídica tradicional, en cuanto ésta concibe al Poder Judicial como un mero aplicador de las normas emanadas del Poder Legislativo y no como una fuente del derecho o en ejercicio de una actividad cocreadora de normas de derecho.

Hemos optado por la acepción “amplia” de la noción de interpretación porque ésta resulta coincidente con el uso que generalmente se da a la palabra “interpretación”, tanto en el ámbito forense cuanto por la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema.

Refiriéndonos ahora a la segunda de las etapas de la actividad del jurista, diremos que cuando hablemos de “*sistematización*” de normas jurídicas, nos referiremos a la actividad consistente en “... *la solución de los casos genéricos por medio de la derivación de las consecuencias del conjunto de normas jurídicas...*”¹⁴. Para

¹² MENDONCA, Daniel, ob. cit., p. 152.

¹³ Al respecto, puede verse: MENDONCA, ob. cit., ps. 151/152; GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, UNAM, 1999, ps. 3/10.

¹⁴ BULYGIN, E., “Dogmática jurídica y...” cit., p. 472. El razonamiento por analogía no se corresponde, al menos no en principio, con aquella actividad de

esta “derivación” únicamente se utilizan las inferencias correspondientes a la lógica deóntica de naturaleza puramente deductiva.

Finalmente, refiriéndonos a la tercera de las etapas de la actividad de la dogmática, mencionaremos que no utilizaremos la denominación “*modificación*” o “*transformación*” de los sistemas jurídicos, sino la de “*integración*”.

Preferimos esta nomenclatura porque lo que aquí entenderemos por “integración” es una noción menos abarcativa y, por ello, más precisa que la noción correspondiente a la actividad de “modificación” de los sistemas jurídicos.

Esto, ya que el uso del razonamiento por analogía, conforme veremos, sólo puede corresponderse a una actividad de “expansión” de un sistema jurídico (o sea, de adición de normas a éste). En cambio, las nociones de “modificación” o de “transformación” pueden hacer referencia tanto a actos de expansión cuanto a actos de contracción del sistema (o sea, de substracción de normas).

Además, la expresión “integración” de un sistema normativo es de uso más difundido entre los juristas que la de “modificación” o “transformación” como actividad correspondiente para identificar la actividad de “expansión” de un sistema jurídico y genera menos oposición para su uso, ya que muchos juristas están dispuestos a aceptar que “integran” el sistema jurídico aunque no que lo “modifican” o “transforman” -aunque, en muchos casos, la distinción sea sólo terminológica-

Hechas las aclaraciones precedentes, podemos pasar a ocuparnos específicamente del asunto que nos interesa.

la sistematización correspondiente a lo que Bulygin denomina la “reformulación” del sistema jurídico, la cual consiste en “*encontrar una base axiomática nueva, pero equivalente a la anterior*” (ob. cit., p. 472). Por este motivo, no nos interesa aquí analizar si la noción de sistematización conviene o no ser entendida también en este sentido.

Como podremos apreciar en lo que sigue, la situación conceptual del razonamiento por analogía dentro del mundo jurídico es un tanto particular, toda vez que de acuerdo con el autor que consultemos, éste podrá ser incluido en cualquiera de las tres etapas en que se desenvuelve la actividad de la dogmática: o bien dentro de la actividad interpretativa; o bien dentro de la etapa de sistematización de las normas jurídicas; o bien dentro de la etapa de integración de los sistemas jurídicos positivos.

Es más, los autores suelen describir como operaciones correspondientes al razonamiento por analogía, a actividades que estrictamente corresponden a dos o a las tres etapas en que se desenvuelve la tarea de la ciencia del derecho, lo cual, evidentemente, es conceptualmente equivocado.

II.A. La analogía como “interpretación”

A.i. Chaim Perelman¹⁵ caracteriza al razonamiento por analogía de la siguiente manera: “... se podría razonar a simili o por analogía, diciendo que, dada una proposición jurídica que afirma una obligación jurídica relativa a un sujeto o a una clase de sujetos, esta misma obligación existe respecto de cualquier otro sujeto o clase de sujetos que tenga con el primer sujeto o clase de sujetos una analogía bastante para que la razón que determinó la regla relativa al primer sujeto (o clase de sujetos) sea válida respecto del segundo sujeto (o clase de sujetos)”¹⁶.

Asimismo, Perelman, tomando como fuente al profesor Tarello, entiende al razonamiento por analogía como un tipo de razonamiento jurídico que permite “interpretar los textos en función de la intención que se atribuye al legislador”, ya sea ésta la

¹⁵ PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, 1ª reimp. (1988).

¹⁶ PERELMAN, C., ob. cit., p. 79.

intención histórica o real del legislador, ya sea una intención ficticia atribuida a un legislador que sería susceptible de ser calificado como “razonable” por parte del intérprete de la ley ¹⁷.

Ahora bien, entendemos que la conceptualización que efectúa Perelman del razonamiento por analogía resulta, por un lado, algo imprecisa, y, por otro lado, poco útil.

Es algo imprecisa por las siguientes razones:

1) En primer lugar, porque el centro explicativo de la definición está dado por la posesión de una “*analogía bastante*” por parte de la clase de sujetos no prevista en la proposición jurídica a partir de la cual se razona, en relación a la clase de sujetos sí prevista en esa proposición jurídica.

Se vulnera, así, aquella regla para la elaboración de una buena definición connotativa que impone no incluir el *definiendum* en el *definiens* ¹⁸ y, en consecuencia, la definición no cumple con su objetivo de ser explicativa del significado del *definiendum*.

2) En segundo lugar, porque pareciera que lo que quiere decir Perelman es que dada una proposición jurídica (es decir, la descripción de una norma) que prevé una determinada solución para un caso genérico, obtenemos, razonando por analogía, otra proposición jurídica (es decir, la descripción de otra norma) que prevé la misma solución para otro caso genérico diferente -he preferido la noción de “caso” porque es lógicamente inclusiva de la noción de “clase de sujetos” o de “sujeto” que utiliza Perelman- ¹⁹.

¹⁷ PERELMAN, C., ob. cit., p. 77.

¹⁸ Al respecto, puede verse: COPI, Irving M., ob. cit., ps. 151/160.

¹⁹ Digo que “pareciera” que eso es lo que quiere decir Perelman, ya que éste no lo afirma expresamente. Sin embargo, bajo el supuesto de que sólo puedo determinar la existencia de una obligación en un determinado caso si ésta es establecida por una norma, no encuentro posible entender de otra manera la conceptualización de Perelman del razonamiento por analogía.

Ahora bien, si esto fuese así, no podría calificarse al razonamiento por analogía como una actividad “interpretativa” de los textos emanados del legislador.

Ello, en tanto, así concebido, el razonamiento por analogía sólo puede emplearse una vez que ya hemos interpretado el significado de los textos legislativos, dado que sólo puede recurrirse a él una vez que poseemos una determinada proposición normativa de la que partimos. Únicamente a partir de una formulación normativa ya interpretada, es decir, a partir de una proposición normativa, podríamos llegar a establecer, razonando por analogía, otra proposición normativa diferente de aquélla.

Para entender esto, debemos recordar que una proposición normativa es la descripción lingüística del significado de una formulación normativa (o, si se quiere, del texto legislativo). Es la descripción lingüística de la norma misma y no el texto legislativo cuyo significado se interpreta.

Como la obtención de la proposición normativa supone ya haber interpretado la formulación normativa correspondiente, no resulta posible que se hable de una actividad “interpretativa” a efectuarse sobre la propia proposición normativa.

3) En tercer lugar, porque no explicita la razón por la que limita la aplicación del “razonamiento por analogía” a casos en los que se razona sobre la base de normas que fijan conductas deónticamente calificadas como obligatorias.

Esta limitación, si se quiere ser coherente, generaría que el razonamiento por analogía no pudiese ser aplicado a casos en los que se razone sobre la base de normas que fijasen conductas deónticamente calificadas como facultativas, es decir, que cuentan con una expresa autorización tanto para su realización como para su no realización.

Ello, dado que el operador deóntico “obligatorio”, si bien es interdefinible con los operadores deónticos “prohibido” y “permitido”, y esto permitiría utilizar la analogía para casos de normas permisivas y prohibitivas, no lo es con el operador deóntico “facultado”, lo cual impediría utilizar la analogía para casos en los que se razone sobre la base de normas facultativas.

No obstante lo expresado anteriormente, podríamos entender que cuando Perelman se refirió a “proposición jurídica”, en realidad se estaba refiriendo a lo que aquí hemos denominado “formulación normativa” y no a lo que hemos denominado “proposición normativa”.

Así interpretado, lo que Perelman estaría explicando es que cuando hablamos de razonamiento por analogía estamos haciendo referencia a una actividad interpretativa de la formulación normativa que encuentra sustento en la “*intención que se atribuye al legislador*”.

Esta descripción respecto del uso de la expresión “razonamiento por analogía” en el mundo jurídico, puede resultar correcta en tanto puede ser verdadero que, en numerosas ocasiones, la única reconstrucción racionalmente plausible de lo que los juristas identifican como “razonamiento por analogía” sea la efectuada por Perelman.

No obstante, me permito sugerir que tal reconstrucción de la noción de analogía si bien puede dar cuenta de un determinado uso lingüístico de la expresión, no resulta de utilidad teórica²⁰.

En efecto, si “razonamiento por analogía” es una noción equivalente a “interpretación teleológica” de los textos de derecho positivo, hablar del “razonamiento por analogía” importa incurrir en una infructífera duplicidad terminológica que todo lenguaje técnico debe intentar evitar, mucho más, cuando, a su vez, la expresión “razonamiento por analogía” es susceptible de ser entendida en varios sentidos diferentes, circunstancia que es susceptible de generar todavía más dudas y confusión entre los juristas.

²⁰ Respecto de la utilidad teórica como criterio de evaluación de la validez o de la conveniencia científica en la reconstrucción de un concepto, puede verse Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (título del original: *Normative Systems*, 1971), Buenos Aires, Astrea, 1975, 3ª reimp. (1998), ps. 29/30; CARRIÓ, ob. cit.; GUIBOURG, GHIGLIANI y GUARINONI, ob. cit., ps. 91/94.

Es cierto que existen numerosas objeciones que se pueden plantear a la utilización de la expresión “interpretación teleológica” (además del hecho de que esta expresión también plantea problemas de ambigüedad). Entre otras cosas, puede decirse que la palabra “interpretación” generalmente es asociada a la idea de desentrañar o descubrir el verdadero sentido de una formulación normativa, en tanto que lo que en realidad se hace cuando se “interpreta” teleológicamente una formulación normativa es asignarle un sentido que ciertamente no poseía y no descubrir un significado que ésta poseyó al formularse. Siendo ello así, el empleo de la palabra “interpretación” para un contexto que no es de descubrimiento de un significado sino de asignación de un significado resultaría engañosa y tendría por finalidad encubrir -por razones de ideología jurídica- lo que verdaderamente ocurre cuando se echa mano a la denominada “interpretación teleológica”, haciendo aparecer situaciones de “creación” de nuevas normas como situaciones de “aplicación” de normas ya existentes.

Este tipo de objeciones a la “interpretación teleológica” forma parte de una vasta discusión, central a toda la filosofía del derecho, acerca de la función y el valor del ordenamiento jurídico positivo en una comunidad política y, también, acerca de la actividad de los juristas.

No obstante, críticas de esta naturaleza pueden dirigirse también contra el razonamiento por analogía concebido a la manera de Perelman, por lo que, de hecho, éstas no aportan nada respecto de la problemática relativa a la conveniencia o inconveniencia de usar la expresión “razonamiento por analogía” en el sentido que le da el antedicho autor.

Lo que interesa, en todo caso, es fijar alguna o algunas ventajas comparativas que el uso de una u otra expresión puede tener. En este sentido, entendemos que la expresión “interpretación teleológica” resulta menos encriptada en cuanto a su significado ya que de la misma expresión surge que lo que determina el “significado” de la norma es el “fin” buscado por la ley (suele hablarse de la *ratio legis*), siendo la hipótesis prevista en la

formulación normativa sólo un caso normal o paradigmático en el que se busca el logro de ese fin. Por ello es que, cuando echa mano a la “interpretación teleológica”, el intérprete se ve obligado a describir una proposición normativa cuyo significado es el del fin perseguido por el texto legal interpretado. Esta descripción supone una explicitación de una proposición normativa. Y esta explicitación hace que la discusión normativa pueda plantearse en su verdadero ámbito: el de la validez o invalidez de la proposición normativa propuesta por el intérprete en base a lo que él entiende es la finalidad de la ley dictada.

La expresión “razonamiento por analogía”, por el contrario, es más encriptada, incluso quizás más ambigua, y, por tal motivo, tiende a favorecer ciertas confusiones conceptuales. Por lo pronto, no favorece que el intérprete del texto legal se vea obligado a explicitar la proposición normativa que él entiende aplicable (es decir, la correspondiente al fin de la formulación normativa), ya que éste puede apelar genéricamente a la “analogía” entre una situación y otra y proceder sin mayores explicaciones -o sea: sin explicitar la *ratio*- a aplicar la solución normativa de la norma de que se parte en el razonamiento a un supuesto diferente. Con ello, se favorece que la discusión se mueva de su verdadero ámbito que es el de la interpretación de una formulación normativa -esto para la concepción de Perelman, claro está- y pase al ámbito de la aplicabilidad de una solución legal a hipótesis para las que ella no está prevista -con lo que habría dejado de ser una actividad “interpretativa” de una formulación normativa-²¹. Y no parece que esta confusión entre los conceptos de aplicación e interpretación y el favorecimiento de argumentaciones con premisas no explicitadas aporte claridad a la problemática jurídica sino, antes bien, todo lo contrario.

²¹ Respecto de la diferencia entre interpretación y aplicación, puede verse: GUASTINI, Ricardo, ob. cit., ps. 9/10.

A.ii. Georges Kalinowski²² caracteriza de la siguiente manera al razonamiento por analogía:

“Argumentum a simili ad simile (per analogiam)

Este argumento ha sido estudiado muy recientemente por Heller en la obra titulada Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung. El autor muestra allí con razón... que el argumento por analogía que se utiliza en la interpretación del derecho, no es, contrariamente a lo que se podría creer por su nombre, una aplicación de la regla del raciocinio por analogía. Ésta permite atribuir,... con una probabilidad mayor o menor según el caso, el predicado dado a tal o cual sujeto concreto, porque anteriormente se ha atribuido, de acuerdo con la realidad, el mismo predicado a otro u otros sujetos, con el (los) que el sujeto en cuestión tiene una semejanza que se juzga que puede ser esencial a la especie a la que parecen pertenecer los individuos a los que se refieren las premisas y la conclusión del raciocinio analógico. Se puede evidentemente razonar por analogía en la interpretación del derecho. Tomemos dos casos semejantes, de los cuales uno está regido expressis verbis por el legislador y el otro no. Basándose en el carácter supuestamente esencial de la semejanza de los dos casos en cuestión, se puede concluir de acuerdo a la regla del raciocinio por analogía, que si el primer caso está regido por el legislador, el segundo probablemente también (no alteraría en nada la cuestión que éste esté sólo implícitamente regido, mientras que aquél lo está expresamente). Esta conclusión, por lógicamente correcta que sea, no tendría sin embargo valor práctico para el jurista, quien no sabría qué hacer con una proposición probable, aunque su grado de probabilidad estuviera determinado con la mayor precisión posible. Porque tiene necesidad de saber con certeza que es esa la regla que se aplica al caso en cuestión, y no otra. Este raciocinio no carece sin embargo de valor para la interpretación del derecho, porque señala las semejanzas que justifican la aplicación de una misma norma, según el principio de Heller, enunciado en estos términos: “Los hechos que tie-

²²KALINOWSKI, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.

nen desde el punto de vista jurídico el mismo valor implican las mismas consecuencias jurídicas”. El nervio del argumento por analogía se encuentra en el juicio de valor acerca de la igualdad del valor jurídico de los hechos comparados. Si se reconoce que son de igual valor, el intérprete del derecho razona deductivamente:

“Los hechos que desde el punto de vista jurídico tienen igual valor, implican las mismas consecuencias jurídicas.

“Mas los hechos A y B tienen igual valor jurídico.

“Luego, uno y otro implican las mismas consecuencias jurídicas.

... La regla extra-lógica que rige el raciocinio por analogía sería quizá enunciada de una manera más exacta, si... precisara: ‘Cuando el conjunto de las reglas de interpretación del derecho lo exigen (por la naturaleza de los hechos en cuestión), el intérprete del derecho debe admitir que el legislador, que ha legislado expresamente un determinado caso concreto, ha legislado, en realidad, tácitamente todos los demás casos de la misma especie’”²³.

Más adelante abordaré la problemática inherente a la comparación entre el razonamiento por analogía que se utiliza en el ámbito de las ciencias empíricas y el razonamiento por analogía que se utiliza en el mundo del derecho.

Por ahora, plantearé las siguientes objeciones a la concepción de Kalinowski:

1) Los legisladores no legislan “casos concretos”, como afirma Kalinowski, sino casos genéricos. La legislación de un Estado moderno está compuesta por normas genéricas, no individuales. Las normas genéricas no se ocupan de individuos, sino de clases de individuos conformadas por determinadas características o propiedades definatorias de éstas.

La interpretación de una formulación normativa da como resultado una proposición normativa que, como descripción del sig-

²³ KALINOWSKI, G., ob. cit., ps. 173/175.

nificado de una norma jurídica que es, debe prever una solución normativa para un caso genérico, no para un caso individual.

Si un caso pertenece a la misma clase o especie que otro es porque estos casos son idénticos entre sí y no semejantes -el caso se define por las propiedades relevantes establecidas por la norma-. En rigor, no se trata de “dos” casos, sino de “un” único y mismo caso genérico.

Si se trata de un único caso, no puede admitirse que este caso esté legislado por una misma norma de dos formas diferentes -tanto expresa cuanto tácitamente-. Puede sí existir una formulación normativa que favorezca la visualización de ciertos individuos como comprendidos dentro del caso previsto en la norma y que arroje dudas respecto de la inclusión de otros individuos dentro del caso previsto en la norma. O sea, la formulación normativa puede arrojar dificultades o dudas respecto de la caracterización del caso genérico regulado. Pero, una vez interpretada la formulación normativa, es decir, una vez que se obtiene la proposición normativa, habremos obtenido y enunciado expresamente el caso previsto en la norma, por lo que, en rigor, no corresponde hablar de una legislación tácita de un caso si por legislación entendemos a la norma misma y no a la formulación lingüística a través de la cual el legislador se ha expresado.

2) ¿Qué puede significar que dos hechos tienen “igual valor jurídico” sino que son “idénticos” jurídicamente, es decir, que son individuos de un mismo “caso genérico” que, como tal, encuentra una misma solución dentro de un sistema jurídico determinado? Si ello es así, ¿en qué consiste el razonamiento por analogía?, ¿acaso se trata de una pauta de valoración de los hechos que conforman el caso individual? Siendo que el caso individual se incorpora al mundo jurídico sólo a través de la prueba producida en un proceso judicial o administrativo, ¿acaso la analogía es una de las reglas de la sana crítica racional que se emplea para la valoración de la prueba? La confusa definición del razonamiento por analogía de Kalinowski es susceptible de provocar este tipo de consideraciones que nos llevan al absurdo.

3) Además, si la aplicación del razonamiento se produce “*Cuando el conjunto de las reglas de interpretación del derecho lo exigen*” y el razonamiento por analogía nos lleva a “interpretar” la formulación normativa (la premisa mayor) de una determinada manera, ¿no sería más correcto decir que el razonamiento por analogía es equivalente, lisa y llanamente, a la aplicación del conjunto de reglas de interpretación del derecho, en lugar de ser una de las reglas que componen ese conjunto?

4) Por otro lado, ¿qué criterio tenemos para conocer cuándo es aplicable el razonamiento por analogía si no se explica ningún criterio para conocer cuándo aparece la exigencia de su aplicación por parte del “*conjunto de las reglas de interpretación del derecho*”? No parece que la sola respuesta referida a “*la naturaleza de los hechos en cuestión*” satisfaga este interrogante.

Los puntos oscuros de la concepción de Kalinowski que acabamos de exponer se deben, en buena medida, a la falta de distinción entre las nociones de “interpretación” y de “elaboración” del derecho por parte del autor mencionado ²⁴, por un lado, y, por otro lado, a la falta de distinción entre el plano de análisis lógico correspondiente al contexto de justificación y el plano de análisis psicológico correspondiente al contexto de descubrimiento ²⁵.

Esta falta de distinción entre planos conceptualmente diferenciables unos de los otros, lleva a Kalinowski a pretender describir a todos ellos simultáneamente, bajo una misma noción abarcativa de éstos, produciéndose, en consecuencia, las oscuridades conceptuales referidas.

²⁴ Al respecto, véase KALINOWSKI, G., ob. cit., p. 164.

²⁵ Sobre la distinción entre estos contextos puede verse: KLIMOVSKY, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico*, 4ª ed., Buenos Aires, A-Z, 1999, ps. 29/30.

H.B. La analogía como “sistematización”

B.i. Jorge L. Rodríguez ²⁶ describe la posición asumida por Carlos Alchourrón respecto del razonamiento por analogía. Allí nos dice: *“En uno de sus primeros trabajos Carlos Alchourrón evaluó las críticas dirigidas contra la utilización de la lógica formal para el esclarecimiento de los problemas jurídicos. En particular, concentró su atención en aquellas críticas que se apoyaban en la utilización de las diversas especies del llamado argumento por analogía, uno de los más claros ejemplos de reglas de inferencia deductivamente inválidas de muy extendida utilización en el discurso jurídico. Tales críticas podrían resumirse de la siguiente manera: los argumentos jurídicos a fortiori y a pari o bien constituyen formas de argumentación válidas desde la perspectiva de la lógica formal, o bien son lógicamente inválidas. En el primer caso -si son válidas para la lógica-, el hecho de que muchas veces conduzcan a resultados diferentes e incluso contradictorios pone de manifiesto que los criterios de la lógica formal no sirven para evaluar las argumentaciones jurídicas. Por tal motivo, no sería posible transportar al campo jurídico las rígidas demostraciones que caracterizan a la lógica formal. En el segundo caso, si este tipo de argumentaciones no son lógicamente válidas, ¿cómo se explica que a pesar de ello presten buenos servicios a los juristas? Muchas veces este tipo de argumentos son utilizados provechosamente, y tales ventajas no pueden ser apreciadas por la lógica formal, por cuanto ésta los descarta como lógicamente inválidos. ...*

... La estrategia de Alchourrón para desbaratar este supuesto dilema consiste en asumir su segundo cuerno, considerando que los argumentos a fortiori y a pari, tal como se los utiliza en el discurso jurídico, no son lógicamente válidos. No obstante, la lógica de relaciones permitiría dar cuenta de que, en ciertas circunstancias, tales argumentos pueden conducir a conclusiones perfectamente justificadas. Para ello sería preciso, sin embargo, poner de manifiesto cuáles son los presupuestos ne-

²⁶ RODRÍGUEZ, Jorge L., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

*cesarios y suficientes para que constituyan formas válidas de argumentación. Esto permitiría explicar por qué se los utiliza en muchos casos satisfactoriamente y demostraría lo fructífero de la aplicación de los parámetros de la lógica formal al material jurídico”*²⁷.

Dado que numerosos autores -como Perelman, Kalinowski, Klug- no consideran los argumentos *a fortiori* como una de las variantes o especies del argumento por analogía, en lo que sigue, no incluiré las apreciaciones vertidas respecto de éstos por Alchourrón, limitando la descripción relativa a las consideraciones formuladas por éste respecto de los argumentos *a pari*, dejando de lado, en este trabajo, el tratamiento de los argumentos *a fortiori*.

Previo a continuar, se debe aclarar que la invalidez lógica del razonamiento por analogía se debe a que éste, según el esquema más simple de la lógica tradicional, responde a la siguiente forma: Todo A es B; Todo C es semejante a A; *ergo*: Todo C es probablemente B. Como la noción de probabilidad se encuentra excluida del campo de la lógica deductiva porque ésta no puede dar cuenta de ella ya que trabaja con un valor de verdad bivalente (Verdad o Falsedad), el razonamiento por analogía queda excluido, *ex definitione*, de las formas lógicamente válidas de razonar²⁸. Es precisamente por ello que las lógicas clásicas formulan un desarrollo por separado de la silogística que responde al razonamiento deductivo y de los razonamientos de naturaleza inductiva.

Pues bien, conforme lo describe Rodríguez, Alchourrón entiende que en los razonamientos por analogía *a pari*, funcionan de la siguiente manera:

²⁷ RODRÍGUEZ, Jorge L., ob. cit., p. 281.

²⁸ Hasta el momento, los sistemas de lógicas polivalentes propuestos no han gozado de consenso en la comunidad científica. Respecto de las razones de ello, puede verse PIAGET, Jean, *Ensayo de lógica operatoria*, Buenos Aires, Guadalupe, 1977, Capítulo VIII.

Un razonamiento por analogía *a pari*, sería el siguiente: como los préstamos de un 12 % anual están permitidos, con igual razón (*a pari*) lo estarán los préstamos con un interés de un 1 % mensual.

Aquí, la norma de la que se parte es la que permite los préstamos de un 12 % anual y la norma a la que se llega a manera de conclusión en el razonamiento por analogía es la que permite los préstamos con un interés de un 1 % mensual.

“Una inferencia de este tipo... consta de dos proposiciones, una como premisa y la otra como conclusión, afirmándose en cada una que cierta conducta está permitida. Sin embargo, resulta obvio que en ella se toma en consideración alguna relación especial entre las dos acciones para poder afirmar, a partir de la permisión de la primera conducta, la permisión de la segunda. De tal manera, el razonamiento opera con una premisa implícita, cuya verdad se da por sobreentendida...”²⁹. En el caso, la premisa sobreentendida consistiría en la afirmación de que los préstamos al 1 % de interés mensual son igualmente onerosos que los préstamos al 12 % de interés anual. Esta relación es transitiva, simétrica y reflexiva.

Pero, además, “Para que este razonamiento sea lógicamente válido, se requiere de una tercera premisa: una que afirme que la propiedad “permitido” es hereditaria con respecto a la relación en cuestión...”³⁰. En el ejemplo que hemos tomado, esta premisa diría que “están permitidos los préstamos tan onerosos como los préstamos permitidos”³¹.

Sólo en base a esas tres premisas podría concluirse válidamente que están permitidos los préstamos al 1% de interés mensual.

Ahora bien, tal como señala Rodríguez, “Imprescindible es precisar, empero, que la tercera premisa no es verdadera por razones lógicas:

²⁹ RODRÍGUEZ, Jorge L., ob. cit., p. 282.

³⁰ RODRÍGUEZ, Jorge L., ob. cit., p. 282.

³¹ RODRÍGUEZ, Jorge L., ob. cit., p. 284.

se trata de una pauta valorativa contingente que puede variar de un sistema jurídico a otro y también dentro de un mismo sistema jurídico en distintas situaciones o contextos”³².

“Alchourrón presupone que la razón por la cual los razonamientos jurídicos a fortiori y a pari continúan siendo utilizados, pese a las críticas, es que algunas de sus aplicaciones resultan lógicamente válidas - cuando son verdaderos todos sus presupuestos implícitos. ...

... si en los razonamientos a fortiori y a pari la premisa que establece el carácter hereditario de la calificación deóntica de una conducta respecto de una cierta relación entre dos situaciones es verdadera con respecto a un cierto sistema jurídico,..., no se estará de ninguna manera ampliando el ámbito de aplicación de las normas del sistema con el empleo de estas estructuras de razonamiento. Cuando se extiende el ámbito de aplicación de una norma, el sistema se modifica. Pero no habría modificación alguna si uno se limitara a formular un razonamiento deductivamente válido, en el cual una de las premisas expresara con verdad que el sistema:

a) reputa relevante la semejanza existente entre dos situaciones para asignar a la segunda la misma solución normativa prevista para la primera -en un razonamiento a pari-; ...

... Los razonamientos jurídicos a fortiori, a pari y a contrario son lógicamente inválidos, pero tienen algunos casos de aplicación correcta: aquéllos en los cuales resulta verdadera una premisa implícita. La verdad de tal premisa puede resultar del propio sistema jurídico o no. Si es verdadera en el sistema considerado, el razonamiento en cuestión será válido, pero no permitirá extender el ámbito de aplicación de sus normas. Si en cambio la verdad de tal premisa no surge del sistema, el razonamiento sí permitirá ampliar el ámbito de aplicación de las normas del sistema, pero la corrección de la inferencia dependerá ahora, no del sistema jurídico, sino del sistema axiológico a partir del cual quien formula el razonamiento haya derivado tal premisa. ...

³² RODRÍGUEZ, Jorge L., ob. cit., p. 283.

... *¿En cuál de estas dos situaciones se dirá que el jurista ha empleado ventajosa o provechosamente estos esquemas argumentativos? En la interpretación de Alchourrón, sólo en el primer caso, esto es, cuando en el sistema jurídico es verdadera la premisa adicional, de modo que la conclusión podrá derivarse del sistema a través de un razonamiento lógicamente válido, sin recurrir a ninguna consideración extrasistemática...*³³.

Respecto de esta concepción del razonamiento por analogía se pueden formular las siguientes objeciones:

1) El razonamiento por analogía así entendido constituye un entimema.

Pero ocurre que un entimema es un razonamiento incorrecto desde el punto de vista de la lógica deductiva ya que la verdad de las premisas no garantiza la verdad de la conclusión.

Si ello es así, ¿cuál sería la “utilidad” que se supone brinda el razonamiento por analogía?, ¿por qué habría que calificar como un instrumento “útil”, “provechoso” o “ventajoso” a un modo de argumentar que debe ser reconstruido en un silogismo válido a partir de la explicitación de sus premisas implícitas, para recién conocer si la conclusión se corresponde o no con las previsiones del derecho positivo vigente y si, en consecuencia, se ha razonado correctamente?

Pareciera que, al menos desde una perspectiva lógica, no debiera calificarse como “útil” ni como “ventajoso” a un razonamiento lógicamente inválido. Antes que justificar el uso de argumentaciones lógicamente inválidas, se debiera intentar desterrar su uso de entre los juristas por ser, precisamente, “desventajosas” en tanto favorecen a comisión de errores en el acto de razonar.

A los efectos de no ser malentendidos, debemos dejar en claro que, desde cierta perspectiva, puede afirmarse que no necesariamente un entimema constituye un razonamiento in-

³³ RODRÍGUEZ, Jorge L., ob. cit., ps. 289/291.

válido. Sólo resultaría inválido si la premisa implícita transforma a la conclusión en formalmente inadecuada. Por ejemplo, sea el siguiente razonamiento práctico: “Está lloviendo, por ende, abriré mi paraguas”; si la premisa implícita es “deseo mojarme”, entonces el entimema es inválido; pero no lo es si la premisa implícita es la contraria de la anterior: “no deseo mojarme”. Sin embargo, la estrategia que sugiere Alchourrón excluye de antemano cualquier posibilidad de formular razonamientos analógicos -entimemáticos- fructíferos o útiles, pues las premisas implícitas deben ser, por definición, enunciados del sistema. Esto importa concebir los sistemas jurídicos como sistemas monotónicos de enunciados, esto es, sistemas cuyos enunciados, una vez que son aceptados, se reconocen con fuerza de axiomas inmodificables y de validez excluyente.

2) Por otro lado, debemos recordar que, en la actividad de sistematización de las normas, nos encontramos trabajando a nivel de casos genéricos.

En consecuencia, la conclusión del razonamiento por analogía no es una norma que contiene una solución para un caso individual, sino una norma que contiene una solución para un caso genérico.

La norma que se manifiesta en la conclusión del razonamiento por analogía, es una norma que se expresa mediante una proposición normativa que, obviamente, no es idéntica lingüísticamente a ninguna formulación normativa.

Si fuese idéntica no sería necesario echar mano al razonamiento por analogía, ya que a los juristas les bastaría leer la formulación normativa expresada en el texto legal para reconocer el caso bajo análisis y conocer su respectiva solución normativa.

Ahora bien, si se quiere sostener que la conclusión del razonamiento por analogía se sigue necesariamente de las premisas, habrá que aceptar que ésta se encuentra ya contenida en ellas.

Y, si se debe aceptar que la conclusión se encuentra contenida en las premisas, habrá que aceptar que el caso genérico de la conclusión es sólo una clase de una familia de clases a que se

hace referencia en alguna de las normas que, a manera de premisas, componen el razonamiento deductivamente válido (o sea, el razonamiento por analogía “reconstruido”).

En el ejemplo, si decimos que razonando por analogía llegamos a la norma que nos dice: “están permitidos los préstamos de un 1 % mensual”; eso sólo será posible si consideramos que los préstamos de un 1 % mensual constituyen una clase del conjunto de clases -familia- que prevé la norma que constituye la premisa mayor del razonamiento. Esta deberá ser una norma que podrá expresarse mediante la siguiente proposición normativa: “están permitidos los préstamos de un 12 % anual y todos aquéllos que sean igualmente onerosos a éstos”. Esta proposición normativa es la que debe distinguirse de la formulación normativa enunciada en el ejemplo de Alchourrón (“están permitidos los préstamos del 12 % de interés anual”), a partir de la cual, en conjunción con otras formulaciones normativas del sistema jurídico, se obtiene la proposición normativa que funciona como premisa mayor en el razonamiento por analogía “reconstruido” en una forma de razonamiento válida. La premisa menor, claro está, será la afirmación de que los préstamos de un 1 % mensual forman parte del conjunto de clases de aquellos préstamos que son tan onerosos como los de un 12 % anual, o sea, que son una clase de esa familia de clases.

Así las cosas, una reconstrucción válida del razonamiento por analogía consistiría en interpretar de una determinada manera la/s formulación/es normativa/s a partir de la/s cual/es se va a obtener -interpretación mediante- la norma que se expresa en la premisa mayor; y luego, presentar el razonamiento por analogía bajo la forma de un *modus ponens*.

Presentada de esta forma la problemática relativa al razonamiento por analogía, ésta se desplaza desde la actividad de sistematización a la de interpretación, dado que el verdadero núcleo de la cuestión será dilucidar si es correcta o incorrecta, a la luz del derecho vigente, la interpretación que se debe asignar a la/s formulación/es normativa/s que constituida/s en una nor-

ma, debe funcionar como la premisa mayor del razonamiento práctico que se presenta bajo la forma de *modus ponens*.

Y, si la problemática se centra en la actividad “interpretativa”, la lógica deóntica deductiva, nada podrá aportarle por cuanto ésta sólo puede sernos de utilidad para la solución de problemas que se presentan a nivel de normas y no a nivel de formulaciones normativas.

3) Un tercer tipo de objeción que se puede efectuar a la conceptualización del razonamiento por analogía a la manera de Alchourrón, es expresado por Jorge Rodríguez de la siguiente manera: “... *Se podría sostener que, en realidad, lo que constituye una utilización provechosa o ventajosa de los razonamientos a fortiori, a pari y a contrario es la posibilidad que brindan para extender la aplicación de las soluciones del sistema a situaciones no regladas, mediante el apoyo en premisas externas al sistema. Y es justamente en estos casos en los que la lógica descarta a este tipo de argumentos porque operan con premisas extrasistémicas encubiertas. Ergo, la lógica formal debe ser desterrada del derecho. De manera que estamos otra vez como en el comienzo*”.

En definitiva, la noción de razonamiento por analogía que propone Alchourrón será:

a) o bien trivial, dado que aún admitiéndola como correcta -si entendemos que cualquier razonamiento para ser válido debe poder ser reconstruido desde la lógica deductiva-, no aporta nada en relación al foco del problema que es “interpretativo” y no “lógico”;

b) o bien incorrecta, si entendemos que ésta no se corresponde con lo que en la realidad los juristas identifican como el razonamiento por analogía;

c) o bien inconveniente, si es susceptible de favorecer la utilización de razonamientos inválidos (entimemas).

En ninguno de los tres casos parece plausible desde el punto de vista teórico adoptar la noción de razonamiento por analogía propuesta por Alchourrón.

H.C. La analogía como “integración”.

C.i. Ulrich Klug³⁴ realiza un prolijo e ilustrativo análisis respecto del razonamiento por analogía.

En primer lugar, se ocupa de exponer lo que a su entender son las ideas más importantes que, hasta ese entonces, se habían desenvuelto en la ciencia del derecho con respecto a la teoría de la analogía.

Así, citando a Bevensiepen, refiere que “... *Tradicionalmente se habla de aplicación analógica de enunciados jurídicos cuando uno de éstos, que se ha formulado para un supuesto determinado, se aplica a un supuesto distinto, que coincide con el primero “en los aspectos esenciales”...*”³⁵.

Asimismo, en este orden de exposición, distingue entre la analogía y la llamada “interpretación extensiva”: “... *Esta última -en referencia a la interpretación extensiva- se limita a poner en claro la idea de la ley, ante una expresión legal demasiado restringida; la analogía, por el contrario, prosigue el desarrollo de esas ideas, es un desenvolvimiento del derecho en la dirección emprendida por la ley*”³⁶.

También distingue entre la “analogía legal”, en la que se parte de una sola proposición jurídica, y la “analogía jurídica”, en la que se parte de varias proposiciones jurídicas (comúnmente se habla de analogía *legis* y analogía *juris*, respectivamente).

Luego, previo a ingresar al tratamiento del razonamiento por analogía en el campo jurídico, Klug se encarga de exponer algunas de las que él entiende son las teorías más importantes desarrolladas sobre el razonamiento por analogía dentro de la Lógica clásica de enunciados. Al respecto, se ocupa de destacar

³⁴ KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 2004.

³⁵ KLUG, Ulrich, ob. cit., p. 139.

³⁶ KLUG, Ulrich, ob. cit., p. 140.

aquellos puntos de acuerdo que existen entre las teorías de lógica clásica, destacando los siguientes:

1) Se trata de un razonamiento mediato.

2) Se trata de un razonamiento que permanece siempre en un mismo nivel, es decir, va de lo individual a lo individual, de lo particular a lo particular o de lo universal a lo universal. En esto se diferencia de los razonamientos deductivos que, conforme la lógica clásica, van de lo universal a lo particular o individual y, también, de los razonamientos inductivos que toman el camino inverso a los deductivos.

3) Se trata de un razonamiento que sólo permite obtener conclusiones problemáticas, es decir, no certeras, sino meramente probables.

Klug formula una prolija descripción en relación a esta última característica del razonamiento por analogía dentro de la lógica clásica. Aquí sólo mencionaremos que la noción lógica de semejanza que se utiliza para la conexión de los términos de las premisas empleadas en el razonamiento por analogía en la lógica clásica (incluso en la inducción) excluye la noción de identidad propiamente dicha y, por lo tanto, excluye la posibilidad de aplicación de una lógica bivalente que es la que otorga certeza a las conclusiones de los razonamientos. A esto se agrega la falta de una definición estricta de la noción de “semejanza” dentro de la lógica clásica que nos permita conocer cuándo se puede predicar una semejanza entre dos objetos o dos clases de objetos que posibilite razonar analógicamente. De allí la problematicidad o falta de certeza correspondiente a las conclusiones a que hicimos referencia.

Klug también se ocupa de analizar el razonamiento por analogía desde la perspectiva de la lógica proposicional moderna. Y se encuentra con el mismo problema respecto de la noción de semejanza que el que encontraba en el campo de la lógica clásica. Con el agravante de que la lógica proposicional moderna excluye la validez lógica de un razonamiento que sólo puede arrojar conclusiones meramente probables, supuesto que sí admiten ciertas lógicas clásicas.

Klug se encuentra, entonces, frente al mismo dilema en que se encontró Alchourrón y que fuera anteriormente descripto: o bien se desecha al razonamiento por analogía como forma de razonamiento válida, lo que va a contramano de la práctica jurídica y nos lleva a eliminar del mundo del derecho formas de argumentar respecto de cuya validez poseemos una fuerte intuición; o bien desechamos la omnipotencia argumentativa de las inferencias correspondientes a la lógica deductiva.

Y, con algunas variantes en cuanto a la lógica proposicional empleada, resuelve el dilema en un mismo sentido: reconstruye la premisa mayor del razonamiento por analogía, ampliando la extensión de la norma respecto de lo que parecía sugerirnos la formulación normativa de la cual se parte si ésta fuese interpretada literalmente. Es decir, reconstruye el razonamiento por analogía en términos de lógica proposicional deductiva, en un razonamiento de la forma *modus ponens*.

Tomando como ejemplo al razonamiento por analogía desarrollado por los juristas alemanes en torno de las disposiciones del art. 433 y ss. C.C. alemán sobre el contrato de compraventa que, de por sí sólo regulan la transmisión onerosa de la propiedad de cosas, son aplicadas, analogía mediante, a la regulación de la transmisión onerosa de negocios comerciales en su totalidad, incluida la clientela y demás bienes que no son cosas, formula las siguientes consideraciones: “... establezcamos que α designa la clase de los contratos que tienen como objeto la transmisión onerosa de negocios comerciales, β la clase de los contratos análogos a la compraventa, γ la clase de los contratos de compraventa, y δ la clase de aquellos contratos con respecto a los cuales los arts. 433 y ss. del Código Civil alemán son aplicables.

Para poder llegar a una fórmula con validez universal, hay que transformar la premisa $\gamma < \beta$ (“los arts. 433 y ss. del Código Civil alemán son aplicables a contratos de compraventa”) y en lugar de la misma formular la siguiente: $(\gamma \vee \beta) < \delta$ (“los arts. 433 y ss. del Código Civil alemán son aplicables a contratos que o son contratos de compraventa o son análogos a los mismos”). En consecuencia, hay que formar

la unión de las clases β y γ , y hay que establecer que ésta es una clase parcial de δ . El esquema de la analogía recibe entonces la forma que incida la fórmula siguiente, que, como se ve de inmediato, tiene validez universal:

$$((\alpha < \beta) \& \beta \vee \gamma < \delta) \longrightarrow (\alpha < \delta)$$

... La clase unión β y γ de que aquí se trata, puede definirse ahora como un círculo de semejanza...”, agregando que ‘... Un análisis más profundo del procedimiento de analogía debiera iniciarse investigando esos “círculos de semejanza” que establecen cuál es el perímetro de los casos “jurídicamente semejantes”’³⁷.

Sin embargo, la gran diferencia que presenta Klug respecto a Alchourrón es que no limita la validez del razonamiento por analogía en el ámbito jurídico a la verificación de que la premisa mayor del silogismo se corresponda efectivamente con una norma del derecho positivo, sino que, siendo coherente con su diferenciación inicial entre analogía e interpretación extensiva, estima que los criterios de admisibilidad del círculo de semejanza son “teleológicos”, sin dar mayores especificaciones al respecto.

Frente a esto, podría decirse que el razonamiento por analogía según Klug puede reducirse a la interpretación teleológica, tal como lo ha hecho Perelman. Sin embargo, esta afirmación no sería correcta desde que en ningún momento Klug pretende que mediante la analogía se “desentraña” o se “asigna” un significado a una formulación normativa, sino que, expresamente, ubica a la analogía como una actividad productora o creadora de normas, esto es, como una actividad que aquí hemos identificado como de “integración”.

Es decir, el “círculo de semejanza” no se deriva de la normativa jurídica positiva vigente, sino de otro tipo de pautas, de naturaleza teleológica.

³⁷ KLUG, Ulrich, ob. cit., ps. 170/171.

No obstante que la no limitación al orden jurídico positivo vigente hace que la concepción del razonamiento por analogía de Klug sea potencialmente más fecunda desde el punto de vista teórico (por lo pronto, no se confunde con ningún criterio de “interpretación” del derecho), debemos reiterar aquello que ya dijimos anteriormente: la reconstrucción del razonamiento por analogía en formas lógicamente válidas desde el punto de vista de las inferencias deductivas, se logra a costa de pasar por alto todas aquellas características del razonamiento por analogía que son las que lo constituyen en un esquema de razonamiento útil para los juristas.

Al respecto, entendemos que podemos o no apoyar la utilización del razonamiento por analogía en el ámbito jurídico, pero lo primero que debemos hacer es no disimular el centro del problema, intentando disfrazar el razonamiento por analogía utilizado por los juristas bajo un ropaje de razonamiento deductivo.

C.ii. Werner Goldschmidt ³⁸ concibe a la analogía como un método de “elaboración” de normas.

Entiende que la analogía se corresponde al ámbito de lo que denomina la “justicia formal” cuyo valor es la preservación de la igualdad en el tratamiento de los casos, la concibe como un mecanismo “autointegrativo” del derecho en tanto la utilización de la misma esté prevista en los propios textos legales, y la caracteriza de la siguientes manera: “*Si un caso no está previsto en la fuente formal, pero la fuente formal aborda otro caso que ofrece las mismas características esenciales, la reglamentación del último debe darse igualmente al primero (analogía legal en sentido estricto)*” ³⁹, especificando también que “... *En otros supuestos se aplican materias enteras*

³⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho. La teoría tripartita del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1996.

³⁹ GOLDSCHMIDT, Werner, ob. cit., ps. 294/295.

*analógicamente a otras no reguladas (analogía de derecho, o analogía en sentido amplio)”*⁴⁰.

Además, Goldschmidt explica lo siguiente: “*La analogía y los principios generales positivos tienen un estrecho parentesco. La analogía entre dos casos sólo se justifica si ambos estriban en un principio común. ... Lo que pasa es que algunas veces hallamos una disposición que contiene una aplicación del principio, y otras nos encontramos con una formulación del principio. En el primer caso acudimos a la analogía y en el segundo al principio general positivo para buscar en la justicia formal solución del caso no previsto o injustamente reglamentado. ... En ambas hipótesis, tanto en la de la analogía como en la de los principios generales positivos, se trata de un recurso a la justicia formal. ... En el fondo, el recurso a la justicia formal actúa bajo una condición: bajo la condición de que el precepto o el principio fuesen justos, sería igualmente justo solucionar el caso actual conforme al uno o al otro”*⁴¹.

Con algunas variantes, también enmarcan la analogía dentro de la actividad integradora, Norberto Bobbio⁴², Fernando Martínez Paz⁴³, Armando S. Andruet (h)⁴⁴, Ricardo Guastini⁴⁵ y Daniel Mendonca⁴⁶.

Todos estos autores, de una manera u otra, destacan que la nota distintiva del razonamiento por analogía es que la noción de “semejanza” entre el caso correspondiente al supuesto legal del que se parte y el caso correspondiente al supuesto no previsto

⁴⁰ GOLDSCHMIDT, Werner, ob. cit., p. 296.

⁴¹ GOLDSCHMIDT, Werner, ob. cit., ps. 298/299.

⁴² BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá-Colombia, Temis, 1997, ps. 233/238.

⁴³ MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1984, ps. 387/393.

⁴⁴ ANDRUET (H), Armando S., *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, ps. 282/284.

⁴⁵ GUASTINI, R., ob. cit., ps. 57/73.

⁴⁶ MENDONCA, Daniel, ob. cit., ps. 183/186.

legislativamente al cual se le aplica la misma solución normativa que la prevista en el caso legislado, no es de naturaleza lógico-deductiva.

Por esta razón, resultaría absurdo pretender de los razonamientos por analogía demostraciones concluyentes como si se tratase de formas de razonamiento deductivamente válidas.

III. Las ventajas de concebir al razonamiento por analogía como actividad “integradora”

Por nuestra parte, entendemos que concebir a la analogía como un mecanismo integrador del derecho, presenta las siguientes ventajas teóricas respecto de considerarlo como un mecanismo interpretativo o de simple sistematización de los sistemas jurídicos:

1. Impide que se confunda al razonamiento por analogía con determinados criterios interpretativos del derecho que ya se encuentran nominados dentro de la ciencia jurídica, y cuyas nominaciones resultan más descriptivas en relación al procedimiento interpretativo a que las mismas hacen referencia.

Esto, a su vez, impide adoptar una inútil duplicidad expresiva que todo lenguaje científico debe evitar.

2. Excluye la problemática del razonamiento por analogía del ámbito de justificación correspondiente a la lógica deductiva -sea ésta formal o de enunciados-, para incluirla dentro del ámbito de la justificación correspondiente a la lógica inductiva, entendida ésta en su sentido amplio, es decir, como aquélla que se ocupa de estudiar “... aquellos razonamientos que, si bien son incorrectos desde el punto de vista de la lógica formal, resultan sin embargo útiles en el siguiente sentido: garantizan cierto éxito en cuanto a la conservación de la verdad, o bien, aunque no permitan arribar a la verdad, permiten obtener números probabilísticos a partir de las premisas”⁴⁷.

⁴⁷ KLIMOVSKY, G., ob. cit., p. 95.

Esta exclusión impide presentar al razonamiento por analogía como un simple entimema, y así no se favorece la aceptación de formas de inferencia inválidas desde el punto de vista de la lógica deductiva en el campo del derecho.

También impide que se traslade el centro del problema al ámbito interpretativo, ámbito en el cual, como dijimos, hablar de “razonamiento por analogía” importa asumir innecesarias duplicidades expresivas.

3. Asimismo, se presenta como un mecanismo argumentativo racional, provechoso para resolver casos que se encuentran en zonas de lagunas o vacíos legislativos, que evita tener que recurrir a “forzar” la “interpretación” de los textos legales, extendiendo su significado a casos que difícilmente podrían entenderse como regulados por éstos a partir del lenguaje empleado por el legislador.

Es decir, la aceptación del razonamiento por analogía como actividad integradora constituye un modelo teórico que, a nuestro entender, es más sincero en relación con el tratamiento de los problemas normativos. La nota de sinceridad se encuentra referida a que en las ocasiones en que se apela al razonamiento por analogía, no se disimula el hecho de que el legislador no ha previsto la solución del caso bajo análisis, aunque sí se admite que puede haber dado indicios o razones que favorezcan -no que impongan- resolverlo en un sentido determinado.

Las dos últimas ventajas indicadas, obviamente, sólo serán aceptables si se deja de lado una concepción de la racionalidad lógica que se circunscriba a la correspondiente a la lógica deductiva.

En definitiva, si es que resulta conveniente utilizar la noción de razonamiento por analogía en el ámbito de la teoría del derecho, estimamos que será entendiéndola como una argumentación justificatoria correspondiente al ámbito de la integración del derecho y no como una actividad interpretativa o sistematizadora.

IV. Posibles razones para el rechazo del razonamiento por analogía como actividad integradora

Situado como actividad “integradora”, el razonamiento por analogía es susceptible de ser el blanco de una serie de objeciones hacia su aceptación.

Intentaremos sintetizar las que consideramos centrales:

1. La primera de ellas se corresponde con ciertos problemas lógicos que es susceptible de generar la aceptación de razonamientos que son inválidos como inferencia correspondientes a la lógica deductiva.

Esta problemática es descrita por Jorge L. Rodríguez como sigue: “... cuando jueces y juristas utilizan de hecho reglas de inferencia lógicamente inválidas, pueden llegar a derivarse contradicciones incluso a partir de conjuntos consistentes de enunciados jurídicos, con lo cual toda solución podrá correlacionarse con cualquier caso. En otras palabras, la introducción de tales reglas agrava los problemas que se pretenden evitar con ellas. Planteando hipotéticamente lo dicho: un juez trata de decidir todos los casos que caen bajo su competencia derivando sus soluciones de las normas generales dictadas por el legislador. Se encuentra con un caso para el cual no existe pauta decisoria preestablecida y, para no violar su obligación de resolver todos los casos que se le sometan a juzgamiento, amplía su repertorio de reglas de inferencia de modo tal que le permitan obtener a partir del sistema alguna solución para el caso problemático (en otras palabras, le hace decir al sistema algo que el sistema no dice). Pero ahora el juez deberá hacerse cargo de las consecuencias de la admisión de tales reglas de inferencia y si ellas posibilitan la derivación de soluciones contradictorias a partir del sistema, cualquier nuevo caso que se le presente podrá recibir cualquier solución. Para dar solución a un caso problemático nuestro juez ha vuelto problemáticos todos los casos”⁴⁸.

⁴⁸ RODRÍGUEZ, R., ob. cit., p. 296.

“Con ello se habrá pasado de un sistema relativamente imperfecto, por cuanto no consignaba solución para ciertos casos pero sí para otros, a un sistema absolutamente inservible” ⁴⁹.

Estimamos que esta posible objeción a la utilización del razonamiento por analogía es injustificada.

Ello, por cuanto no entendemos por qué motivos la ciencia del derecho no podría admitir formas de argumentación inválidas desde la lógica deductiva sólo para los casos no previstos en las normas legales, pero no admitirlas para los casos expresamente previstos en ellas.

Es sabido que en el Estado de derecho actual, los casos individuales que no encuentran una previsión legal deben igualmente ser resueltos por los jueces. Esta obligación responde a una necesidad de tipo jurídico-político, no lógico, pero se encuentra en la base del funcionamiento de los actuales estados de derecho.

Sin embargo, en tales casos, no hay una norma jurídica de la cual partir a manera de premisa que por vía de inferencia deductiva nos lleve a una conclusión que permita solucionarlos. Cae, entonces, la posibilidad de aplicación de una inferencia deductiva para resolverlos.

Llegados a este punto en el que la lógica deductiva nada puede aportar para la solución del caso no regulado, bien podemos admitir la aplicación de otro tipo de razonamientos o argumentaciones para colmar estos vacíos legales, sin que debamos recurrir a la mera arbitrariedad del decisor. Este tipo de argumentaciones permitirán algún control de validez sobre las argumentaciones de los juristas. Aunque, desde luego, este control será menos preciso y estricto que el que podemos realizar en las argumentaciones de forma deductiva, por lo menos será algún tipo de control racional.

⁴⁹ RODRÍGUEZ, R., ob. cit., p. 300.

La objeción bajo análisis nos pone frente al falso dilema de aceptar argumentaciones sin control racional para todos los casos o sólo aceptarlas para algunos (los no regulados), cuando, en verdad, no hay motivo para que no podamos admitir grados de racionalidad exigibles de acuerdo con el contexto en que se desarrolle la argumentación jurídica.

2. El rechazo del razonamiento por analogía significa, automáticamente, la aceptación del argumento *a contrario*, si es que se quiere resolver el caso individual no regulado.

Se ha dicho al respecto, que “... *en todos los supuestos en que cabe razonar por analogía también cabe la posibilidad de hacerlo ‘a contrario’ y viceversa. Se ha señalado, asimismo, que no cabe emplear ambos argumentos simultáneamente con respecto a un mismo supuesto. La razón es muy sencilla: por medio del argumento ‘a contrario’ se entiende que el legislador no ha querido extender al caso no regulado la solución asignada al caso regulado, es decir, que cuando la ley prevé y da una solución a un caso determinado, se debe entender que el legislador ha pretendido regular de modo diferente cualquier otro caso distinto al contemplado. Así, aunque el argumento a contrario exige casi las mismas condiciones que el argumento analógico, justifica correlacionar el caso de laguna con la solución opuesta a la asignada al caso regulado*”⁵⁰.

“*A decir verdad, también el argumento a contrario, al igual que el argumento analógico, es una técnica de integración del derecho que, como tal, presupone la existencia de lagunas. ...*”⁵¹.

Cabe remarcar que el razonamiento *a contrario* tampoco es una inferencia deductivamente válida⁵².

⁵⁰ MENDONCA, D., ob. cit., p. 185.

⁵¹ GUASTINI, R. ob. cit., ps. 58/59.

⁵² Al respecto puede verse: ALCHOURRÓN C. y BULYGIN, E., ob. cit., ps. 223/224; KLUG, U., ob. cit., ps. 176/184; SCHREIBER, Rupert, *Lógica del derecho*, Buenos Aires, Sur S.A., 1967, ps. 70/74.

Ahora bien, desde una concepción imperativista del derecho podría sostenerse que el razonamiento *a contrario* es un presupuesto pragmático del funcionamiento de los ordenamientos jurídicos modernos.

El razonamiento *a contrario* funciona, según esta concepción, a la manera de un principio de permisión de todo aquello que no se encuentra prohibido por una norma legal.

Como este principio de permisión es un presupuesto pragmático o de utilidad de los sistemas jurídicos⁵³, sin el cual éstos perderían razón de ser, podría llegar a sostenerse que, en todos los casos, deberá preferirse el razonamiento *a contrario* por sobre el analógico.

Dicho presupuesto de utilidad está dado por el hecho de que el derecho, según esta concepción, sólo sirve para ordenar conductas -prohibiendo su realización- que previamente -antes de su prohibición- se encontraban desordenadas por encontrarse en una zona de permisión correspondiente al “estado de naturaleza”.

Según Guastini, es, precisamente por esta concepción imperativista del derecho, que el argumento *a contrario* suele considerarse -sin razón para ello- como un instrumento puramente interpretativo del derecho y no como un mecanismo de integración de éste -es decir, de creación de normas-⁵⁴.

Esta posición frente al derecho nos lleva a un campo amplísimo de discusión que, en buena medida, se corresponde con la filosofía política.

Sin embargo, sin ingresar en tan vasta discusión, podemos decir aquí que el propio derecho positivo se encarga de rebatir

⁵³ Respecto de esta posición, aunque no refiriéndose estrictamente a la problemática que aquí abordamos, puede verse: ECHAVE, Delia Teresa - URQUIJO, María Eugenia - GUIBOURG, Ricardo A., *Lógica, proposición y norma*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, 6ª reimp. (2002), ps. 153/158; también GUASTINI, R., ob. cit., ps. 58/59.

⁵⁴ GUASTINI, R., ob. cit., p. 59.

la tesis imperativista -al menos en su versión extrema- cuando admite la apelación a la analogía como una forma de colmar las lagunas legales (p. ej., en el derecho argentino, el art. 16 C.C.).

De ello se derivaría que la ordenación de conductas no es un objetivo excluyente de los sistemas jurídicos, sino que, en determinadas situaciones, también existirían otros objetivos de ellos que se encontrarían avalando el empleo de ciertas formas argumentativas deductivamente inválidas, tales como el razonamiento por analogía.

3. Una tercera objeción, no ya a la utilización, sino al concepto mismo de razonamiento por analogía, es la formulada por Rodolfo L. Vigo (h), quien niega la existencia de la analogía⁵⁵.

Vigo entiende que, en realidad, *“no habría aplicación analógica como procedimiento esencialmente diferente de los principios generales del derecho, pues al darse una determinada solución a un caso no regulado fundándose en la semejanza que guarda con otro caso regulado, se aplica esta norma porque contiene principios reguladores que comprenden ambos casos, de los cuales se deduce, según justicia, la disposición ausente en el ordenamiento jurídico”*⁵⁶.

Esta apreciación de Vigo se funda en un modelo teórico que sólo admite como construcción plausible de los razonamientos de los juristas aquellas formas argumentativas correspondientes a las figuras de la lógica deductiva. Vigo entiende que en el razonamiento por analogía hay que apelar a los principios porque sólo en ellos, siendo reglas de mayor generalidad que las normas, podrá subsumirse el caso bajo análisis que no encuentra una regulación normativa específica para, a partir de esa subsunción, poder obtener una conclusión justificada.

⁵⁵ VIGO (H), Rodolfo L., *Integración de la ley. Artículo 16 del Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

⁵⁶ VIGO (H), Rodolfo L., ob. cit., ps. 184/185.

Ya nos hemos referido a las objeciones de que es posible este modelo teórico, principalmente, al analizar las posiciones de Alchourrón y de Klug. No seremos reiterativos.

Simplemente, debemos agregar aquí que Vigo, siguiendo a Maritain ⁵⁷, argumenta sobre los mismos presupuestos que éste en su concepción de los razonamientos inductivos. Ambos, para otorgar el mismo valor como instrumento de obtención de la verdad a los razonamientos inductivos -dentro de los cuales encontramos al razonamiento por analogía- que el que poseen los razonamientos deductivos, incluyen la exigencia de la presencia de algún concepto de pretendida validez universal dentro de las premisas del razonamiento inductivo, a partir del cual pueda derivarse, con garantía de certeza, la conclusión. De esta manera, lo que hacen tanto Vigo cuanto Maritain, es desnaturalizar los razonamientos de tipo inductivo, transformándolos en la única forma válida de razonamiento que ellos han aceptado previamente: los razonamientos de forma deductiva.

Es decir, a diferencia de autores como Klug, extienden el requisito de deducibilidad también a las formas de razonamiento que se desarrollan fuera del ámbito normativo.

4. Una cuarta objeción podría derivar del hecho de que los razonamientos por analogía en el campo jurídico no sólo no poseen la certeza de los razonamientos deductivos, sino que ni siquiera poseen un valor de verdad de tipo probabilístico, tal como el que tienen las conclusiones a que se arriba mediante este tipo de razonamientos cuando son utilizados en el campo empírico.

Es que en el campo empírico, las conclusiones de este tipo de razonamientos buscarán establecer relaciones causales entre fenómenos físicos, las cuales, al menos por hipótesis, resul-

⁵⁷ MARITAIN, Jacques, *El orden de los conceptos*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1963, ps. 331/366.

tan susceptibles de ser verificadas o refutadas mediante la experimentación.

Dicho de otro modo, si bien las formas de los razonamientos inductivos no garantizan la verdad de la conclusión, ésta es susceptible de ser reafirmada o refutada con posterioridad, mediante la apelación a la experiencia empírica. Será la experiencia, entonces, la que confirmará o no, si la propiedad de la que se afirmó semejanza entre dos fenómenos físicos y que se consideró relevante a los efectos de arribar a la explicación causal expresada en la conclusión, efectivamente es “relevante” -es decir, efectivamente es una causa física- o si, por el contrario, era meramente “accidental”.

Pero esto no ocurre en el ámbito jurídico. Ni siquiera en la hipótesis extrema de admitir la existencia de “hechos morales”.

Admitiendo la existencia de “hechos morales”, podremos llegar a partir de un supuesto que permita avalar la utilización de razonamientos inductivos en el campo del derecho, ya que esos “hechos morales” permitirán que se afirme la existencia de semejanzas reales y objetivas entre los fenómenos morales analizados. Pero esto será sólo en un plano teórico meramente conceptual, dado que no existirá posibilidad de que la posterior constatación empírica refuerce o elimine el valor probabilístico de verdad de la conclusión de los razonamientos de forma inductiva.

En consecuencia, al déficit que en general presenta el razonamiento de tipo inductivo, agregamos en el ámbito jurídico la imposibilidad de recurrir a la experiencia como último tribunal de la verdad.

Seguramente es por ello que Andruet, al analizar el razonamiento por analogía, menciona el siguiente riesgo a que lleva la utilización de este tipo de argumentación en el ámbito jurídico: *“... el uso del mismo argumento se torna un tanto más delicado cuando se afinan los criterios para la determinación de qué tipo de semejanza es la requerida para la invocación de la nombrada analogía, ello porque por defecto no está prevista la manera de cuantificar dicha circunstancia, permitiendo entonces que por vía analógica se alcancen su-*

*puestos de hecho que en rigor de verdad ninguna semejanza guardan con aquel del cual se aplican las mismas consecuencias jurídicas”*⁵⁸.

La objeción bajo análisis nos parece sumamente plausible.

Sin embargo, sin pretender responder de manera directa a la misma, insistiremos en que si el rechazo del razonamiento por analogía nos lleva invariablemente al razonamiento *a contrario*, y la aceptación de éste sería pasible de similares críticas que las formuladas en relación al razonamiento por analogía, habría que conceder que, en numerosas ocasiones, los razonamientos por analogía satisfacen de una mejor manera las pautas de racionalidad axiológica de una comunidad jurídicamente organizada que los razonamientos *a contrario*. Y, como hemos dicho, consideramos que esto es una buena razón para avalar el mantenimiento del razonamiento por analogía como una forma argumentativa válida, conforme ciertas pautas de racionalidad.

Por último, quisiéramos expresar que si bien la doctrina ha insistido en remarcar las diferencias que existen entre el razonamiento por analogía correspondiente a la lógica clásica y el razonamiento por analogía utilizado por los juristas, nosotros, por el contrario, pensamos que tales diferencias no afectan a la forma del razonamiento mismo, sino al valor de verdad de las conclusiones -por las razones *supra* expresadas referentes a la imposibilidad empírica de verificar la veracidad de las conclusiones prácticas-.

En consecuencia, el valor de verdad -problemático, por cierto- que arroje un razonamiento por analogía formulado en el ámbito del derecho, dependerá, especialmente, de:

- a) la relevancia de las características de las que se afirma semejanza;
- b) la cantidad de características que puedan ser consideradas semejantes (mientras más sean éstas, más plausible será la utilización del razonamiento); y

⁵⁸ ANDRUET (H), Armando S., ob. cit., p. 283.

c) en el caso de la analogía *juris*, la cantidad de casos previstos en las normas legales que -presentando características de las que se predique semejanza relevante respecto de las características del caso a resolver- posean soluciones normativas equivalentes entre sí.

Esta última afirmación, evidentemente, presupone la aceptación de una determinada deontología moral sin la cual difícilmente pueda aceptarse la racionalidad del razonamiento por analogía entendido como actividad integradora.

INDICE

Prólogo	9
La pervivencia de la persona	
<i>por</i> OLSEN A. GHIRARDI	11
Integración de las reglas de la argumentación y su aplicación en la jurisprudencia	
<i>por</i> ARMANDO S. ANDRUET (H)	39
La problemática de la pena en la filosofía y en el derecho	
<i>por</i> LUIS ROBERTO RUEDA	123
El juicio por jurados en la provincia de Córdoba y la obligación de fundar lógica y legalmente la sentencia	
<i>por</i> RAÚL E. FERNÁNDEZ	171
El razonamiento judicial	
(Factores que intervienen en la determinación de lo justo concreto en los sistemas de jueces técnicos y en los sistemas de juicios por jurados)	
<i>por</i> ROLANDO OSCAR GUADAGNA	191

Jueces de la sociedad y en la sociedad

por PATRICIA ELENA MESSIO 209

Reflexiones en torno a la equidad y su aplicación en el derecho procesal civil y comercial actual

por MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ 241

Acerca del razonamiento por analogía

por JORGE BARBARÁ 293

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes febrero de 2007

