

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

OLSEN A. GHIRARDI
DIRECTOR

DISCUSIONES EN TORNO DEL DERECHO JUDICIAL

ACERCA DEL JUDICIALISMO O AUTORITARISMO JUDICIAL
ARMANDO S. ANDRUET (H)

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA
responsabilidad civil: ¿un concepto descriptivo o valorativo?
JORGE AUGUSTO BARBARÁ

A PROPÓSITO DEL CASO "KIMEL" Y SUS IMPLICANCIAS EN LA
hermenéutica constitucional
RAÚL E. FERNÁNDEZ

EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS PREMISAS FÁCTICAS EN EL
RAZONAMIENTO JUDICIAL
ROLANDO OSCAR GUADAGNA

LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS LÓGICO-CLÁSICOS EN LA
argumentación del resto de sujetos, distintos del juez,
que participan del proceso civil y comercial
MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ

LA PERSONA EN SU CONSTITUCIÓN INDIVIDUAL Y PROYECCIÓN
social. El derecho a participar en las instituciones socio-jurídicas
PATRICIA ELENA MESSIO

SOBRE EL FUNDAMENTO ANTROPOLÓGICO DEL SISTEMA PENAL
LUIS ROBERTO RUEDA

Córdoba
2008

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Filosofía del Derecho de la
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Volumen 11*

Discusiones en torno del derecho judicial / Armando Segundo Andruet(h) ... [et.al.]; adaptado por Olsen Antonio Ghirardi. - 1a ed.

Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.
274 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-1123-54-4

1. Filosofía del Derecho. I. Andruet(h), Armando Segundo II. Ghirardi, Olsen Antonio, adapt.

CDD 340.1

Fecha de catalogación: 19/05/2009

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: secretaria@acaderc.org.ar
www.acaderc.org.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

Jorge BARBARÁ

José D'ANTONA

Raúl Eduardo FERNÁNDEZ

Rolando GUADAGNA

María del Pilar HIRUELA

Mariana KORENBLIT

Patricia Elena MESSIO

Marina RIBA

Luis Roberto RUEDA

PRÓLOGO

I. La inesperada y entristecedora afectación a la salud de nuestro director del Instituto, Dr. Olsen A. Ghirardi en el mes de octubre del año 2008, nos impuso que en modo práctico y también urgente, asumiéramos la responsabilidad de continuar con las actividades previstas oportunamente y hasta tanto su estado le permitiera volver a la dirección.

A comienzos del año 2009, la Academia Nacional de Derecho de Córdoba le concedió licencia por razones de salud al Dr. Ghirardi -a su propio pedido- y en dicho marco, nuestros pares académicos nos confiaron la dirección del Instituto de Filosofía del Derecho. Dichas circunstancias indudablemente que han sido en parte, las causantes de una demora imprevista para la aparición del presente volumen N° 11 del Instituto y que hemos creído conveniente denominar "*Discusiones en torno del Derecho Judicial*" y hemos mantenido la dirección de Olsen Ghirardi, porque en realidad es gestión de su misma conducción.

II. El título de la obra colectiva que en la ocasión es presentada, en rigor intenta reflejar una temática que ha sido suficientemente atendida en cada uno de los trabajos presentados y claro está, desde las parcelas epistemológicas que cada uno de los autores como tal, profesa. Desde el mismo comienzo del Instituto de Filosofía del Derecho, la cuestión referida con el "hacer" del juez ha sido la materia de preocupación; con el tiempo el "hacer" se fue proyectando en las diferentes maneras en que las cosas son hechas y las también distintas formas en que son presentadas. Así lo ontológico-sustantivo, lo procesal-retórico, lo metodológico-instrumental y lo consecuencial-mediático, entre otras realizaciones; fueron siendo parte de las contribuciones que se muestran en los diez tomos anteriores.

En este caso, los trabajos tampoco escapan a dicho sesgo a tales efectos basta con advertir que el aporte de Luis R. Rueda está otorgando los anclajes desde el primero de los binomios indicados, pues para ello hace un desarrollo explicativo y también aplicativo del derecho penal del enemigo, para con ese marco, ingresar en la búsqueda del asiento antropológico que pueda ser, al final del cuentas, el punto sobre el cual el derecho penal resuelva su objeto de ser, esto es: punir los delitos cometidos. Cuestión que finalmente no es lograda en su totalidad, pero ha sido mostrado un intento extenuante para ello, a cuyo efecto ha repasado y discutido tesis de filósofos que proporcionan los elementos primarios para dichos temas.

Desde el binomio procesal-retórico se advierten tres aportes de una consistencia indiscutible y que sin duda, habrán de ser materia de no menores consultas por los aspectos prácticos que ellos delatan, en el orden alfabético que corresponde, Jorge A. Barbará, se ocupa de fondear críticamente en el tema nuclear de la responsabilidad civil como es la misma relación de causalidad, proponiendo las entradas al mismo por desfiladeros de una inusitada problematicidad, como es, discutirlo desde una óptica valorativa o descriptiva. La distinción tiene consecuencias importantes para la vida judicial -a veces no advertidas-, y se agrava porque cada vez que los abogados -y jueces- formulan una narrativa acerca de la responsabilidad a los fines de dar sostenimiento a sus tesis, resulta obvio

que están ideologizando dicho discurso, puesto que la pretensión, argumentación e interés es una misma línea de acción con las interfaces de secuencias de labores especulativas e instrumentales.

Por su parte, Raúl E. Fernández hace una nueva contribución que vincula al sentenciante con su dimensión extraterritorial y afectado por el principio de convencionalidad. Su punto de asiento, ha sido la resolución del caso "Rimel" por la C.I.D.H., señalando que en dicho precedente se ha dado una verdadera mutación respecto de los criterios dominantes en la materia específica. En el caso, se ha tensionado el derecho al honor y la libertad de expresión, lo cual lleva al autor, a introducirse en la abierta discusión respecto a la existencia o no, de las categorías jerárquicas de derechos *-balancing test* formulado *ex ante-* o si por el contrario, las lecturas deben ser realizadas desde una formulación específica del mencionado método, nombrado como el *balancing test ad hoc*, en el cual, la ponderación judicial es completa. El autor pondera el modo de razonamiento de la C.I.D.H., a quien le atribuye un sesgo práctico prudencial en la siempre compleja tarea de ponderar en forma justificada sus personales preferencias.

Completa el binomio indicado, María del Pilar Hiruela, quien con una nutrida batería jurisprudencial, particularmente del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, formula una excelente síntesis de los aportes que al razonamiento forense hace la lógica del derecho y en particular, los principios que son comunes a todo pensar. En función de ello, es que ha recordado la afectación que hacen los abogados y jueces a los principios de razón suficiente, autocontradicción e identidad; indicando en dicha sintonía fina, que la mayor importancia que se ha brindado a dichos tópicos ha sido juzgándolos desde la realización judicial, por lo cual y en ello su absoluto y personal aporte, en mostrar como éstos se entifican en los restantes operadores jurídicos, particularmente en los abogados. A tales efectos, diferencia las etapas del juicio civil y en cada una de ellas, formula una explicación de las diversas maneras en que los principios en cuestión se están realizando y las exigencias legales que a ello orientan.

El trabajo de Patricia E. Messio se orienta en el binomio consecuencial-mediático, continuando con aportes anteriores en la misma línea. En la ocasión, indaga sobre los perfiles y proyecciones de la persona social como protagonista de la sociología jurídica; siendo la persona quien actúa teniendo en cuenta las conductas de los demás. Desde ese marco se postulan las relaciones dinámicas que se generan recíprocamente entre la persona, la sociedad y la cultura. Se advierte en la contribución, un destacado interés por señalar los perfiles de influencia que los medios masivos tienen en la generación y dinámica de los procesos participativos.

En lo que corresponde al binomio metodológico-instrumental se ubican los dos trabajos restantes. Así es como Rolando O. Guadagna se introduce al tema del razonamiento forense mostrando las diferencias entre el contexto de descubrimiento y de justificación. Del primero de los indicados derivará la pregunta acerca de la manera o procedimiento de cómo se conocen los hechos, por lo cual se indican diferentes clases de razonamientos que los jueces cumplen, a la sazón: enunciados de intermediación e inferenciales. Luego se ocupará de explicar la manera en que resulta justificada dicha premisa fáctica, y en tal lugar recordará y explicará la importancia de la fundamentación de las resoluciones y su complemento natural de la argumentación.

Por último y en el mismo binomio, el ensayo que nos pertenece, en el nombrado, se ha intentado hacer una aproximación al reconocimiento de

una cierta tipología judicial que a la luz de un conjunto importante de informaciones periodísticas, puede llegar a ser considerado autoritario. A tales efectos, se han brindado los aportes teóricos del problema de la autoridad, se ha indicado el universo de casos utilizados y formulado las tablas métricas, como así también, las conductas que podrían estar señalando un determinado perfil judicial, que se nombra como judicialismo.

III. En síntesis, de la totalidad de los trabajos que han sido presentados, se advierte que la preocupación en todos ellos, sea por los fundamentos antropológicos o por las consecuencias mediáticas que las resoluciones pueden tener, que el centro de atención es la realización del juez y por ello, lo del derecho judicial. Los aportes -porque son sólo eso- aspiran a que construyamos una sociedad civil y profesional más comprometida, puesto que ella habrá de promover mejores jueces; mas para que ello sea posible es que la labor de la *paideia* debe ser recíproca y la función y rol del academicismo es por lo tanto insustituible. Aquí entonces, el aporte de la parte que nos corresponde.

Armando S. Andruet (h)
Director

ACERCA DEL JUDICIALISMO O AUTORITARISMO JUDICIAL ¹

ARMANDO S. ANDRUET (H) ²

Sumario: I. Prolegómenos. II. Analítica de la autoridad. III. Aplicaciones periodísticas de la analítica autoritaria. IV. Indizado del judicialismo con resultados socio-mediáticos. La búsqueda de una tipología autoritaria. V. Aproximación al judicialismo o autoritarismo judicial. VI. Conclusión provisoria.

I. Prolegómenos

Inicialmente no podemos abrir un tema como el que señala el epígrafe, sin antes superar la aparente *contradictio in adjectus* que parece que en él existe, puesto que pensar un modelo de juez que a la vez resulte autoritario, es precisamente hacerlo en un sentido contraintuitivo; toda vez que desde Aristóteles hasta nuestro días, se ha ido solidificando la imagen proteica de que el juez es como la misma imagen de la justicia andante ³.

De cualquier manera, a todos nosotros nos cuesta menos, expresar que hemos conocido realmente más “jueces justos” antes que la realización misma de la “justicia” en el caso concreto; es decir, que el testimonio de la justicia administrada y cumplida aun por los hombres justos, resulta en muchos casos precario, difuso, al fin de cuentas: no prístino ⁴.

De todas maneras volvemos a señalar que el presente abordaje no es corriente, sino por el contrario, puede ser juzgado de cierta heterodoxia y con ello contener una cuota de precariedad en sus conclusiones las que al menos podrán ser consideradas válidas *in fieri* y, por lo tanto, sujetas a toda ulterior revisión. Mas de lo que no tenemos casi ninguna duda, es que pocas veces se ha intentado la presente vía de investigación centralizada en la figura del propio juez.

Que conocemos y desgraciadamente en manera más frecuente de lo que desearíamos, casos de jueces que por distintas razones conforman una paleta variopinta de conductas que quedan sintetizadas en la urdimbre de la corrupción judicial ⁵ y que muchos de ellos han merecido el juicio de destitución, también es cierto ⁶. Igualmente conocemos que ello tiene una vieja tradición, la que se remonta hasta la misma Atenas del siglo V a.C. y que seguramente fuera buena causa material para la conocida obra politológica de Aristóteles: *Constitución de los atenienses* ⁷, donde se proponían los medios necesarios para hacer las correcciones en tales aspectos. Aunque cueste aceptarlo, la historia de la administración de justicia, ha estado traspasada por la indecencia y desmesura de todo tipo por parte de los jueces ⁸.

Sin embargo, la indecencia y corrupción de los jueces, no es lo mismo que el autoritarismo de ellos; como tampoco debe ser equiparado el juez autoritario con quien muestra perfiles meramente arbitrarios, caprichosos, subjetivos, iracundos o extravagantes. En todo caso, podrán ser los mencionados modos y otros más, componentes idiosincráticos que operan en la misma personalidad del juez y que puedan coadyuvar a la definición de un perfil autoritario ulteriormente, ello es cierto. Mas cuando hablamos

de autoritarismo judicial, nos referimos a la demostración de un componente integrativo de la realización operativa del juez que permite calificarlo de esa manera y que se vincula sólo secundariamente con un dato de la personalidad o de la psicología del juez -sin perjuicio de que en casos patológicos pueda ser de esa manera en manera primaria-; sino que por el contrario, fenoménicamente se relaciona con el mismo ejercicio que hace del “poder”⁹ dicho juez y que a la consideración de la mayoría de las personas aparece como ilegítimo, sea por las consecuencias que resultan por las personas sobre las cuales se aplica o por el modo en que se hace valer¹⁰.

Todos hemos conocido jueces extravagantes¹¹, y posiblemente hemos ponderado en forma negativa su manera de conducirse y dudado también -quizás más movidos por la apariencia que por la realidad¹²-, acerca del equilibrio jurídico de esas personas para resolver cuestiones. Y si bien ambos campos -su aspecto y su formación técnica- no son precisamente dignas de enumerar *prima facie* como virtudes judiciales, sin duda que ellas pueden ser rectificadas por los caminos deontológicos la primera y procesales la restante; pero lo que resulta evidente también es que no permiten atribuirle al mencionado juez “extravagante” un calificativo tan severo como el de ser “autoritario”. Podremos predicar que siendo extravagante en todo caso, se trata de una persona insolente, indigna, provocadora, hasta inmoral, pero no más que ello. Ese solo capítulo no lo transforma en autoritario.

El perfil del juez autoritario se espiga sobre los contornos del poder que legítimamente tiene asignado el mismo, y que los abogados conocen bajo la función jurisdiccional¹³ o simplemente la *iurisdictio*¹⁴. Pues la jurisdicción es lo que revela el ámbito de poder legítimo y efectivo que cada juez tiene para decir (*rectius*: hacer¹⁵) el derecho, el que a su vez, según hemos dicho se organiza acorde a diferentes criterios de asignación de competencias que el mismo tiene.

Quien aun siendo juez pero careciendo de la jurisdicción correspondiente, decide como tal, sólo en dicho caso puede llegar a ser considerado metafóricamente autoritario, se trata sin más de un usurpador y por lo tanto, más grave que ser autoritario. En estricto sentido sólo el juez que tiene su *iurisdictio* habilitada, porque la competencia de la cuestión así se lo permite es quien puede de resultas comportarse en un modo que pueda predicarse como autoritario. De tal guisa que sin un poder legítimo no se puede ser autoritario porque lo que no hay antes, es un adecuado asiento de la autoridad; sólo puede ser autoritario quien ejerce una autoridad legítima y no quien la detenta¹⁶, este último es un usurpador judicial sin más. Obvio resulta destacar que nada impide que el usurpador, fácticamente también se convierta en un autoritario, mas la designación será por defecto, puesto que le está reservada dicha denominación sólo a quien antes de ser tal, es una autoridad legítima¹⁷.

II. Analítica de la autoridad

1. Se impone entonces revisar algunos aspectos constitutivos de dicha noción¹⁸, los que a su vez nos habrán de permitir luego, poder hacer algunas referencias con precisión a dichos componentes para mostrar con

ello, el paso a veces sutil que ocurre en el ámbito judicial, cuando existe pérdida de autoridad y una correlativa ganancia de autoritarismo; lo cual no tiene la estridencia que se advierte en el espacio político cuando ello ocurre.

En términos generales en la dinámica judicial, los jueces puede que sean una vez o varias veces autoritarios, mas que lo hayan sido alguna vez, no autoriza a pensar que lo puedan volver a ser. Son pocos los casos en donde existe una suerte de reiteración en el autoritarismo y a pesar de ello, continúen ejerciendo la magistratura, generalmente en dichos supuestos¹⁹ quedan excluidos a partir de la promoción de los juries de enjuiciamiento en función de la amplia causal de mal desempeño en el cargo²⁰; por todo ello lo más correcto -aunque nosotros no lo asumamos operativamente ahora- sería hablar de un "juez autoritario" en tal o cual causa antes que "autoritarismo judicial".

Sin duda que existe un fuerte prejuicio en la sociedad en general y que en la circunstancia favorece al colectivo judicial, en virtud del cual, se plasma un *a priori* de respeto y estimativa a los jueces -aun cuando las encuestas de confianza en el sistema sean alarmantes- y que funciona como una suerte de mecanismo de defensa social: si la confianza no está depositada en los jueces -aun cuando éstos hayan violado el contrato de fiducia en varias ocasiones²¹, sólo queda el estado de naturaleza y la lucha personal por la sobrevivencia, lo cual a todas luces es una hipótesis más perjudicial que cualquier otra. Bajo estas prevenciones, haremos el abordaje del problema en estudio.

Inicialmente afirmamos que pocos autores se han ocupado de estudiar la estructura vertebral de la autoridad; han sido más, los que han orientado su búsqueda intelectual por establecer modelos de autoridad y señalar los caracteres que acompañan a cada una de dichas tipologías. Así nos resulta familiar la distinción de Max Weber²² en diferentes modos de dominación legítima, a saber: dominación legal con administración burocrática, dominación tradicional y dominación carismática. Menos conocida pero igualmente importante, es la taxonomía propuesta por Alexandre Kòjeve²³ de los tipos puros de autoridad, así: la autoridad del padre, la autoridad del amo sobre el esclavo, la autoridad del jefe y la autoridad del juez. Tampoco han faltado autores que desde la politología nos han dejado a la vista el universo más o menos integral de cómo a lo largo de la historia de la civilización, la autoridad ha sido comprendida y también vivida por los hombres²⁴.

Por otra parte, lo referido al autoritarismo ha sido tendencia de los estudiosos del problema, considerarlo en líneas generales como una suerte degenerativa de la autoridad y por lo tanto, como una realización del poder que generalmente se inicia legítimo y luego por los actos concretos se deslegitima y se convierte en poder ilegítimo. Lo cierto es que cuando se estudia el fenómeno del autoritarismo, se ha buscado su anclaje intelectual desde la personalidad o del carácter autoritario, antes de los abordajes que desde la filosofía política o jurídica se pueden realizar. Así se advierte al menos en obras clásicas de la materia, por caso Theodoro Adorno²⁵, Hannah Arendt²⁶, Erich Fromm²⁷; sólo secundariamente se ha puesto la mirada más sociológica del mismo fenómeno, tal como lo propusieran Seymour Lipset²⁸ y Bertrand Russell²⁹, o concretamente de la sociología del poder como fuera Richard Schermerhorn³⁰. Desde la filosofía política hemos

podido consultar con interés la obra de Giuseppe Renzi ³¹.

De todas maneras y volviendo a lo que fuera nuestro disparador en la reflexión, nos ha interesado indagar acerca del contenido de una matriz lo más universal posible de lo que es la autoridad y que por lo tanto, pueda ella ser predicable tanto de quien la realiza política como judicialmente ³² -sin perjuicio de las adaptaciones correspondientes a la última clase-, a quien la ejerce en el ámbito público y social como quien la ejercita en el espacio privado ³³, como finalmente del que la ejercita en un agregado social contrario a la misma legislación civil, pero acorde con alguna otra codificación *ad hoc* ³⁴.

Dicha cartografía básica la hemos encontrado -y por ello seguiremos- en la obra de Józef Bochenski ³⁵ que precisamente por ser un reconocido estudioso en lógica -continuador de la obra de Jan Lukasiewicz- ha podido presentar un trabajo impoluto desde lo político y predicable en todo ámbito donde exista una triple relación binaria; que supone tres términos: 1) Aquel que tiene la autoridad y que se nombra como “**portador de la autoridad**”, 2) La persona para quien el portador tiene esa autoridad y que se denomina “**sujeto de la autoridad**” y 3) El campo o ámbito en donde se cumple la anterior situación y que se nombra como “**ámbito de la autoridad**” ³⁶. Haciendo las adecuaciones correspondientes, el juez es quien resulta portador, los ciudadanos son los sujetos y el ámbito de tal autoridad, está limitado por aquello que integra el mundo de lo jurídico -que cada vez es más amplio- y por lo cual, las acciones que están fuera de él, no están sujetas a dicha autoridad ³⁷, sin perjuicio de que sean atrapadas por otras de un tipo no-jurídico ³⁸.

De cualquier manera el aspecto que calificará la relación de autoridad todavía no está presente, pues se trata de la “**comunicación**” como una condición necesaria para la existencia de autoridad. Dicha comunicabilidad sin duda que ha tomado estereotipos diferentes, a saber: 1) respecto al tipo de precepto que la constituye que va desde la proposición o aserción -indicativa de una situación- hasta una orden -preceptiva fuerte-, pudiendo también formularse bajo el ropaje de súplica -preceptiva débil-; 2) como al modo que se puede utilizar: del solemne hasta otro jocoso y con evidentes variaciones en su contenido. Lo que corresponde destacar es que el sujeto deberá tener una posibilidad efectiva de captar los signos comunicados por el portador, además de ello se habrá de sumar que el vehículo que transporta los nombrados signos sea el adecuado y además que estén ellos correctamente utilizados. El vehículo transportador de lo comunicable, podrá ser la vía escrita, verbal, gestual, expresa o implícita. De esta manera queda asimilado el ámbito, con la fortaleza de la comunicación y por lo tanto, no es ello el mismo pensamiento del portador, sino el contenido de dicho pensar. Hasta aquí una breve referencia de lo que podríamos considerar los *elementos* de la autoridad.

Respecto de las *propiedades* que cabe asignar a la autoridad, la que primeramente se apunta es que nadie puede ocupar simultáneamente el rol de portador y sujeto de ella. Lo cual no excluye que una persona pueda ser portadora de la autoridad para otra y que esta otra, sea también portadora de la autoridad para la anterior, siempre que ello ocurra en campos distintos. Otra de las propiedades que se puede enunciar está vinculada con la **transitividad** que puede existir en la relación de la autoridad, esto es si X tiene autoridad para B y B la tiene sobre C, X la tendrá sobre C, todo ello en cuanto los ámbitos de cada una de esas relaciones sea el mismo ³⁹.

Otro de los capítulos sobre el cual debemos reparar en el análisis de Bochenski se vincula con las *especies* de autoridad. Para explicar dicha diferencia corresponde volver a atender lo dicho más arriba, en torno de la comunicabilidad que hace el portador al sujeto de la autoridad, la que puede tratarse de una proposición o de una orden. La primera se refiere siempre a un “estado de cosas” y por ello se vincula con la realidad existente y por tal razón, es que dicha aserción será “verdadera o falsa”. Mientras que una orden carece de dichas propiedades, y no se vincula con lo que es, sino con “lo que debe ser” y por ello tampoco se puede predicar veracidad o falsedad, sino “justeza, rectitud o moralidad”. La autoridad según cual sea la forma comunicacional que utilice -proposición u orden- estará alistándose en una autoridad del saber y que bien puede ser nombrada como **autoridad epistemológica** si es el primer supuesto, o una autoridad superior o también **autoridad deontológica** si es lo segundo. Una es la autoridad del que sabe y la otra del que preside.

La autoridad es epistemológica o deontológica, o ambas cuestiones a la vez pueden coincidir en el mismo portador, lo cual sería el ideal a encontrar; pero sin embargo son independientes una de otra y quien resulta portador de la autoridad deontológica puede que no sea también portador de una autoridad epistemológica. La mencionada indicación de que puedan existir separadamente, es lo que ha llevado a otros autores, por caso a Richard Friedman, a diferenciar lo que es *reconocer en alguien autoridad* de lo que es *reconocer que alguien está en autoridad*, obviamente que la primera de las indicadas se constataría cuando existe alguno de los componentes epistemológicos o deontológicos que adornan la figura de la autoridad, en cambio sin ninguno de ellos, simplemente se “está en la autoridad”⁴⁰.

2. Corresponde en este apartado hacer algunas otras consideraciones al tema, no ya de la mirada *ad intra* de la autoridad sino de una consideración *ad extra* y por lo cual, el tópico nos reenvía a dos consideraciones básicas. La primera de ellas, poder ubicar en los márgenes más o menos convencionales de los modelos de dominación a cuál de los tipos existentes, corresponde la que ejercita el juez; y en segundo lugar y terminado ello, hacer una profundización para encontrar sub tipos judiciales que puedan también ser descriptos a partir de ciertas realizaciones que puedan ser suficientemente verificables. Este último aspecto, nos proporcionará particular interés para la ilustración de modelos autoritarios judiciales.

De todas maneras no se nos escapa la debilidad que puede llegar a tener dicha empresa, toda vez que siempre ha existido una resistencia a la generación de las tipologías humanas. Dicho prejuicio indudablemente que se afina en la incuestionada evidencia de que la naturaleza humana tiene una fuerte ductibilidad, y que está predispuesta a modificaciones que se generan por los diversos factores históricos y sociales y que por lo tanto, toda tipología tiene una existencia efímera.

De cualquier manera entendemos que se trata de un camino que, al menos provisoriamente, puede ser colaborativo de un resultado mayor para una heurística completa acerca de la cual vemos también orientadas algunas otras labores investigativas concretas en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia, particularmente en su Centro de Perfeccionamiento⁴¹; aspirando a desnudar con ellas la matriz profunda de la personalidad de los jueces que integran dicho poder y así intentar otorgar adecuado marco a una auténtica ‘teoría del comportamiento judicial’⁴² que en rigor de verdad es parte de una deuda que desde la sociología del derecho existe⁴³, para

con ello a la vista, no sólo poder comprender ciertas respuestas que son tomadas por los mismos, sino en realidad lo que es más importante, el conocer -por una vía de indagación no meramente etológica- como podrán ser de futuro sus respuestas jurisdiccionales frente a un determinado escenario social, político y existencial; así las cosas, la búsqueda no sigue siendo una distinta a la que históricamente ha existido: la certidumbre acerca del derecho dicho por los jueces ⁴⁴. De esta manera se podrán brindar los aportes y esclarecimientos correspondientes si dicha respuesta, aparece comprometida con un ideario profesional que resulta refractario a criterios comúnmente aceptados como bondadosos.

También queremos agregar, que la formulación de tipologías de jueces que poseen ciertos parámetros que hemos considerado como natos de comportamientos autoritarios, definitivamente no significa que sean unas malas personas moralmente hablando o que debamos formarnos sobre ellos un criterio negativo o denostativo; en todo caso, dicha conclusión habrá que dejarla como atributiva sólo para los pocos jueces en los cuales dichos rasgos se hacen una habitualidad en su personalidad y son por lo tanto, dominantes en ella.

Con ello también queremos apuntar que estamos frente a un tema que se ubica dentro de las enfermedades de la sociedad, y que se potencia en su visualización cuando se hace foco del mismo, en personas que como tal, ejercen poder en concreto como son los jueces ⁴⁵ y esto es lo que impone necesariamente, aun a riesgo del exceso que podemos cometer, el tener que generar clasificaciones respecto a los jueces. La primera y más obvia, entre quienes no tienen rasgos autoritarios o de judicialismo y quienes sí los poseen ⁴⁶.

Siguiendo una adecuada pauta metodológica también destacamos que los tipos y sub tipos de magistratura y de magistrados que se indicarán, se constituyen al menos en esta primera ocasión, desde la primaria constatación empírica periodística y secundariamente mediante aportes jurisprudenciales, puesto que no ha sido nuestro objeto hacer un digesto de resoluciones que puedan juzgarse con perfiles autoritarios. Lo adecuado sería que esta visión se integrara -como hemos dicho- con otro conjunto de referencias que se afirmen en la misma psicología profunda de los magistrados; desde ese punto de vista, sin duda alguna que el presente aporte es inconcluso. Mas lo que tampoco se puede negar, es que la realidad mediatizada comunicacionalmente por este tiempo, es el gran aparato productor no sólo de información para todos, sino de formación también para algunos, y por ello, es que aun parcialmente resulta válido el esfuerzo acorde a las fuentes que primariamente utilizamos.

Resulta incuestionable que el estudio consagrado por excelencia al tema de la autoridad y orientativo a nuestros fines, como es el de Max Weber, en apretada síntesis resume el concepto de autoridad en el de dominación y que si bien es cierto que está íntimamente relacionado con el poder, aunque no se identifica plenamente con él ⁴⁷, puesto que los motivos por los cuales se produce la sumisión de quienes obedecen, puede deberse a una muy variada gama de circunstancias mas ello no excluye a que tenga que existir un mínimo de voluntad de obediencia en los mismos, lo cual torna a la aquiescencia en un dato esencial a toda relación de autoridad ⁴⁸.

Hemos dicho que las razones para la sumisión pueden tener heterogeneidad, a tal punto que se podrán inventariar situaciones tanto reales como ideales, presentes o futuras -incluso pretéritas-, materiales,

morales o espirituales, vinculada ellas a los fines o a los modos. Huelga señalar que para que se puedan concretar las razones de la sumisión, se precisa que quien tiene la capacidad de mandar o ejercer el poder sin más, tenga la legitimación necesaria para ello y al menos exista en quienes obedecen, la creencia en dicha legitimidad⁴⁹ y que por lo tanto, habrán de poder alcanzar los mencionados fines, de esta manera, a la *potestas*⁵⁰ -poder basado en la fuerza coercitiva- se le agrega la *auctoritas*⁵¹ -poder legitimado y confianza de los subordinados-⁵².

Vale aclarar también, porque se trata de un tema central en cualquier análisis de la autoridad, el destacar que existe una relación importante entre la legitimidad y la legalidad. La primera es el título del poder (por ejemplo el carisma⁵³ que genera eventualmente un tipo de legitimidad carismática) y la legalidad, que se vincula con el ejercicio que se hace de aquel poder con título legítimo; este último aspecto se refiere a que el uso del poder sea cumplido de acuerdo con ciertas pautas racionales y previsibles y no de una manera abusiva, caprichosa, estrambótica, estafalaria y que en el ámbito de lo judicial -afirmado como veremos en el marco de la legitimidad racional- dichos procederés podrían llegar a tornarla anómala y eventualmente juzgar de autoritaria a la resolución que así se dicte. En dichos supuestos el defecto aparece materializado en la misma legalidad con la cual se comporta dicho juez.

De allí se puede formular una distinción en la manera de ejercitar dicha dominación o de hacer valer el poder que resulta como la causa formal de dicha autoridad; y que es formulando un tipo de “dominación persuasiva” antes que meramente dominación “a secas” y en donde el único argumento existente, es la fuerza de mandar y la inclinación del otro por obedecer en orden a la representación mental que se puede hacer por el cumplimiento de los logros o fines que entiende que quien domina, habrá de asegurar por ello⁵⁴.

Rápidamente corresponde advertir y más allá de la clasificación que se habrá de proponer, que lo indudablemente cierto, es que los jueces a lo largo de la historia reciente han pasado por los dos momentos antitéticos de la manera de ejercitar la mencionada dominación social: sin persuasión y con persuasión. En líneas generales y antes de la Revolución Francesa, cuando el ámbito judicial estaba fuertemente vinculado con el mismo poder del rey, los mandatos de los jueces: las resoluciones judiciales, antes que dictadas por un juez como poder del Estado, eran vistas como la misma voluntad del jefe o del rey y por ello, se ejercitaba dicho poder según veremos, desde una dominación del tipo carismática o tradicional respectivamente y por ello, no correspondía abundar en fundamentos o razones de la decisión que se tomaba⁵⁵. Por el contrario, desvinculada la actividad judicial de los marcos de dicha dominación regia y surgiendo entonces la legitimación no en aquellas personas sino en las razones jurídico legales que le habían dado origen, también devenía como auspicioso que se dieran las razones que sustentaban el acto jurisdiccional y con ello, generando los niveles de persuasión de carácter necesario a la vez, que fortaleciendo los niveles de legalidad también.

El capítulo que se inaugura de la fundamentación de las resoluciones por aquel tiempo⁵⁶, es la explicación necesaria a la búsqueda de una fuente de legitimidad -porque el obedecimiento se supone que deviene con mayor naturalidad cuando es posible indicar las razones que sostienen tal

definición ⁵⁷ - y su respectiva legalidad que los jueces habrían perdido al salir de un modelo de dominación legítima tradicional o carismática con bajos niveles de legalidad y pasar a un modelo de dominación de tipo racional burocrático con una legalidad presuntamente fortalecida.

En la actualidad, consolidado ya el modelo de dominación de la magistratura en el tipo racional o legal, no se debe pensar que resulte innecesario que los jueces sean persuasivos, por el contrario ahora lo deben seguir siendo al menos por dos razones: la primera, porque siempre una resolución judicial impone un mandato y la obediencia al mismo tenderá a ser mayor, cuanto más importantes se hayan mostrado las razones de la decisión y la segunda, porque de esta manera se está promoviendo un principio de justificación moral de los jueces en la estructura burocrática del estado que se nombra como Poder Judicial.

Según Weber los tipos puros de dominación legítima son los siguientes: 1) De carácter racional, 2) De carácter tradicional y 3) De carácter carismático. La primera reposa sobre la creencia en la legalidad de las ordenaciones de quien ejerce la autoridad, la cual a su vez se encuentra estatuida en una forma racional. Entre otras características dicha autoridad está sujeta a la ley, tiene competencias previstas para ello, está dotada de una jerarquía administrativa, en principio no existe en la estructura apropiación de los cargos por parte de quienes los ocupan y la dinámica organizacional de la estructura para dicha dominación, es la burocrática ⁵⁸. La segunda de las nombradas, descansa en la santidad de las ordenaciones y poderes de mando heredados de tiempos lejanos y creyéndose en ellos, por los méritos de su santidad ⁵⁹. La última dominación legítima es la carismática, la cual descansa en la legitimidad que se recuesta sobre la misma figura del caudillo, guía, jefe o líder, a quien: por razones de confianza personal, por la heroicidad o por la ejemplariedad, los otros lo hacen merecedor de dicho respeto. O sea entonces, que por el reconocimiento de los propios dominados se produce la legitimación en cuestión y se extiende ella, mientras tanto haya suficiente vigencia del carisma ⁶⁰. Obviamente los niveles de legalidad en dicho modelo aparecen totalmente exigüos, puesto que el caudillo no se limita por la tradición, puesto que en gran parte ella empezará con él y tampoco hay un orden positivo pre-asignado ⁶¹.

Con los mencionados modelos a la vista se puede aprovechar para formular la matriz dominativa de los jueces, en razón de que todos ellos están sujetos a un mismo esquema disciplinar y se ubican bajo los mismos parámetros de exigencia laboral y en todos los casos, la jurisdicción de cada uno se encuentra acotada por razones de la competencia y que el modo primario por el cual se cumple dicho tipo de autoridad es mediante un perfil dominativo racional ⁶²; toda vez que se trata de un caso típico de dominación legal y que por ello requiere del amparo de una estructura administrativa burocrática que la sostenga y que los modos de legalidad que ella presume están fuertemente instalados; a tal punto es así que a lo único que están sometidos los jueces es a la ley misma ⁶³.

Sin embargo, no se puede dejar de advertir que no faltan jueces, que ejercen su magistratura con criterios a veces de: (a) mayor excentricidad desde lo personal e individual sino también, en otros casos o simultáneamente, (b) adscriben a tesis de corte claramente vanguardista y por lo tanto, exorbitan en no pocas ocasiones al modelo administrativo legal, el cual es considerado por ellos de corte pasivo y verdaderamente

poco comprometido con los roles que contemporáneamente se asignan al Poder Judicial ⁶⁴. Ambos jueces descriptos, estarían permitiendo reconocer un Sub Tipo de Dominación Legítima de Corte Carismático (a) y (b), atento a que fortalecen mediante las nombradas actitudes otros lazos de intervencionalidad con el agregado social en los cuales, bajando la densidad de la presión legislativa se ve acrecentada la propia dinámica volitiva del magistrado.

Por otra parte, no se puede desconocer que todavía existen muchos jueces (c) que adscriben en manera definida a que los poderes judiciales deben ser claramente socio-estamentales y en virtud de ello, no deben estar abiertos a ser receptivos a cualquier abogado que cumpla con las exigencias académicas y morales que sean dispuestas por los estatutos en rigor y aspiren a integrarlo; sino que según este pensamiento, ellos habrán de poseer ciertas condiciones personales que se ordenan en otra dimensión a la apuntada, y que se hunden en la misma tradición socio-cultural de la región o lugar donde se cumple el rol profesional. De allí entonces, que no caben dudas que mientras menos condiciones de apertura pública al ingreso al Poder Judicial existan, mejor será; con lo cual habrá una mayor tendencia a la endogamia profesional de lo judicial en virtud de la cual se habrán de privilegiar algunos de los siguientes criterios de selección de candidatos, para constituir así la pléyade de jueces tradicionalistas: por una parte el linaje o abolengo familiar y por la otra, las naturales relaciones personales de confianza que puedan existir con quien ejerce el poder tradicional en mayor grado o plenitud; este último supuesto sería una suerte de cooptación amical y la anterior por la estirpe.

Motivo por el cual, aquellos que siendo jueces -por alguna razón acaso azarosa- y que están fuera de tales parámetros, no serán en el mejor de los casos los representantes nativos de la mencionada magistratura local, sino sólo un deformado reflejo de ella.

Corresponde agregar que los grupos tradicionales tienden a tener una mayor vitalidad en las comunidades o ámbitos sociales reducidos, en los cuales el ejercicio de poder dominativo judicial, se viene a relacionar en manera notable con grupos de auto-reconocidos iluminados y que resultan por ello, estar abonados a una suerte de criterio jurídico que pretende descansar en cierta infalibilidad jurídica, cosa de por sí inaceptable en el mundo jurídico. Con dichos aspectos a la vista se advierte de modo evidente, el carácter conservador y reiterativo que generalmente en las respuestas estos jueces suelen brindar.

Finalmente no se puede desconocer que existirá también, una población mayoritaria de jueces que establecerán la relación de autoridad y dominación social desde el mismo marco que el principio *iura novit curia* les permite y ordenando dicho apotegma en línea con el axiomático principio procesal de que lo resuelto no puede ser sino sobre aquello que fuera alegado y probado por las partes. En este supuesto, y que primariamente parecería ser, en el cual por definición recalca la actividad ordinaria y corriente del juez, es que veremos que también se pueden producir comportamientos que resultan autoritarios ⁶⁵.

De cualquier manera hay que destacar que los mencionados modelos, en rigor de verdad también hay que decirlo, no son perceptibles en una manera rápida y corriente sino que en definitiva, se evidencian y patentizan cuando existe algún grado de exceso asiduo en ellos y que bien pueden ser asimilados dichos comportamientos a lo que juzgamos como de autoritarismo judicial, precisamente porque se dan cita metaformoseándose

constantemente alguno de los perfiles dominativos que han sido señalados. Haciendo nosotros la salvedad una vez más, de que todos ellos en realidad participan en modo originario del modelo weberiano de dominación racional en base a la estructura legal.

De esta manera queda precisado y con particular interés para definiciones ulteriores, que el tipo de dominación que los jueces realizan en la sociedad y que a tenor del estado de situación real es cada vez más implicativa biográficamente a los ciudadanos, puesto que son cada vez menos los ámbitos que quedan sin la penetrante mirada de lo judicial y por lo cual, se puede hablar de una explosión de la judicialización de lo social⁶⁶; es que resulta conveniente insistir en que la causa de dicha dominación judicial y por ello su misma legitimación, está asentada en el principio de legalidad. Debiendo comprenderse en éste, no meramente la legitimidad formal sino también aquella que es sustancial o material⁶⁷ y que será en la proyección, esta última, la que generará actos jurídicos que discutiremos acerca de su autoritarismo⁶⁸.

Clarificadas un poco las cosas con la descripción, parece importante sumar algunas otras características a cada uno de los Sub Tipos 'A' de Magistrados que hemos descrito⁶⁹, particularmente para que con ellas a la vista, se advierta la normalidad de lo que estamos considerando; aunque corresponde también agregar, que muchas de las notas ahora por enunciar, son sólo consecuencias mediatas de las conductas que principalmente habremos de anotar en la Tabla N° 1, más abajo.

Resultan rasgos comunes para los jueces que ideológicamente adscriben al Sub Tipo 'A' de Magistrados que hemos nombrado como Tradicionales al menos las siguientes: 1) Fuerte apego a las formas procesales, 2) Evitan utilizar criterios difusos procesalmente hablando, tales como equidad, principios y directrices, 3) Se sienten dichos jueces más impuestos de resolver la pretensión deducida, sólo por las piezas procesales obrantes en la causa, antes que por las consecuencias que de la sentencia puedan resultar, 4) Hay una preferencia en ellos por la ética de la convicción antes que la ética de la responsabilidad, 5) El ejercicio de la magistratura que realizan es fuertemente burocrático y rayano a veces en el legalismo extremo, 6) Sus sentencias aparecen claramente previsibles en términos generales, 7) Ordinariamente suelen hacer invocación en sus resoluciones a los argumentos de autoridad junto a un envoltorio discursivo fuertemente erudito, 8) La verdad jurídica objetiva para este modelo, queda limitada en gran parte al propio expediente.

Por otra parte, el Sub Tipo 'A' de Magistrados que hemos destacado como Carismáticos, tienen las siguientes características: 1) El principio de independencia judicial para ellos, está mucho más consustanciado en su ejercicio corriente y por lo cual, se descubren como auténticos conductores políticos de la república, 2) Comprenden que la tarea de juzgamiento impone respuestas orientadas desde la equidad y por ello, tienen una visión creativa de la misma realidad juzgada, 3) Ponderan estos jueces los resultados obtenidos en la sentencia y por ello evitan los criterios antifuncionales, 4) Socialmente suelen generar posiciones antitéticas: así de admiración o desprecio, 5) Ejercen el poder de la *iurisdictio* en manera fuerte y hasta combativa, 6) Utilizan junto a la letra de la ley, a la jurisprudencia para lograr con ella resultados más provechosos, 7) Tienen por todo ello una cuota de razonable imprevisibilidad, 8) Sus resoluciones tienden a ser breves y pragmáticas y claramente aborrecen de erudición

ostentosa, 9) Movilizan un fuerte activismo judicial que los orienta como auténticos ingenieros sociales, 10) Ocupan y hacen presencia efectiva en los espacios públicos y comunicacionales con fuerte asiduidad.

Es posible anexar todavía otra clasificación y que podríamos nombrar como Sub Tipos B de Magistrados, entre los cuales anotamos los categorizados como jueces: Funcionarios y Burócratas para el Sub Tipo 'A' Tradicionalistas y por otra parte, los jueces Vedettes⁷⁰ y Justicieros, que integran el Sub Tipo 'A' Carismáticos⁷¹.

Proponemos la siguiente Tabla Nº 1, que resume los conceptos que hemos brindado:

TIPO PURO - MAGISTRATURA - DOMINACION RACIONAL

Sub Tipo 'A' de Magistrados	Conductas	Coficiente de Legalidad (1-3)	Sub Tipo 'B' de Magistrados
Carismáticos	- Excentricidades - Vanguardistas	1	Vedette Justicieros
Tradicionalistas	-Presumida infalibilidad - Conservadores	3	Funcionario Burócrata

Hasta aquí entonces, hemos realizado una presentación teórica de lo que en nuestra impresión resultaba necesario a los fines de orientar la investigación en el ámbito del comportamiento autoritario que pueden llegar a tener los jueces.

Ahora y a los efectos de brindar un asidero real al ensayo especulativo, nos valdremos de una serie de informaciones periodísticas que hemos seleccionado de los principales periódicos y en donde se advierte que la noticia publicada, ha superado el necesario marco de ser un acontecimiento susceptible de ser tal, sino que ha importado en alguna medida una "atención especial" a dichos informadores sociales y en realidad, también a nosotros.

Y por tal motivo, es que nos ha permitido que ensayemos sobre ellas un cierto diseño próximo o quizás propio, de lo que puede ser considerado autoritario, que como podremos decir más adelante, requiere además de la existencia del hecho mismo, la reiteración en tales conductas por parte del sujeto juez; pero que, en una mirada macro del problema puede llegar a permitir postular la existencia de ciertos rasgos autoritarios en la judicatura en general. En rigor la pregunta de todo el presente ensayo sería de saber si ¿es posible el autoritarismo judicial individualmente hablando?

III. Aplicaciones periodísticas de la analítica autoritaria

1. Hasta este momento nos hemos ocupado de pocas cosas, hemos

dicho en síntesis la dificultad de la temática propuesta en la literatura doctrinal en general sobre el tema, habiendo optado nosotros por una vía de indagación que se asienta sobre un modelo suministrado por un autor, con base principalmente lógica y no política.

Ahora queremos agregar otros conceptos y que pretendemos ilustrarlos hasta donde nos resulte posible ⁷², y que vienen a colaborar en el desarrollo teórico propuesto. Así es como se impone destacar, que si bien es cierto que el tema de la autoridad y del autoritarismo resultan ser tópicos fundamentalmente considerados por quienes cultivan la filosofía política o la ciencia política, en razón de que está de por medio la vinculación necesaria que existe con el mismo ejercicio del poder y la legitimación que invoca por ello quien lo realiza ⁷³; nuestra perspectiva de análisis será desde la filosofía jurídica y en particular en cuanto se entifica ella en el mismo derecho judicial. De tal guisa aparece que la cuestión de la autoridad, establece una relación de correspondencia -o no- y circulación -o no- entre la judicatura, la política y la ética.

Los ámbitos de vanguardia de análisis de la filosofía del derecho, han cedido un espacio a estas nuevas relaciones, habiendo perdido interés tanto la sempiterna pregunta acerca de la esencia del derecho y por lo tanto, terminando en una cuestión de metafísica del derecho, como la relacionada con las problemáticas que se siguen del estudio de la norma y del ordenamiento jurídico, que casi en manera irremediable, concluyen en algún tipo de positivismo jurídico. Subyace para sintetizar en nuestra perspectiva de análisis, el tópico de la politicidad del derecho ⁷⁴.

No hay judicatura que no sea política en tanto que tiene naturalmente una ordenación al bien común ⁷⁵, y desde dicha perspectiva resulta conveniente conocer la manera en que se ejerce la autoridad y acorde a como ella sea cumplida, podremos predicar autoritarismo o no por parte de quien resulte su portador. Cuando existe un exceso o un defecto de la autoridad el resultado es autoritarismo, el cual a su vez, se convierte antes que un problema atendido desde la ciencia política o desde la patología jurídica, en uno de evidente naturaleza ética.

Resulta más asimilable rápidamente la situación del exceso de autoridad, por estar ella más generalizada que la por defecto. Aparece infrecuente el autoritarismo por defecto y que según lo tipificaremos, sería el supuesto de la propia subestimación de la autoridad por parte de quien es el portador de ella. Y si bien es paradójico lo descrito, por diversas razones individuales que exceden nuestro análisis considerar, pueden darse situaciones **[74]** de hacer mostraciones o **signos de no-autoridad** por quien efectivamente la posee; lo cual puede permitir colegir o un encubierto autoritarismo o definitivamente el sentimiento de un hombre plenamente virtuoso que bajo aspecto alguno quiere presentar los atributos de su autoridad que en modo alguno puede ser confundido con la "falsa modestia" que es la propia del primer supuesto y defecto connatural al autoritario ⁷⁶. Lo que estamos considerando como autoritarismo por defecto, se origina en base a una suerte de constatación empírica de que los autoritarismos a los efectos de perpetuarse el mayor tiempo posible en el poder, están impuestos de tener que exhibir logros aceptables que como tal justifican el uso del poder autoritario; es decir que se realiza una suerte de puesta en escena de resultados a los fines de conformar a la opinión pública.

Desde este punto de vista, ciertas actitudes judiciales que se advierten

notoriamente próximas a la demagogia política, como es por caso **[63]** hacer una excluyente red de información pública para **difundir resoluciones jurisdiccionales** que tienen un claro componente social o cuando en modo ostensible se transmiten privilegiadamente lo que podríamos decir que son buenas noticias jurisprudenciales a la sociedad; pueden llegar a convertirse en comportamientos autoritarios en tanto que con ellos se afecte colateralmente el propio equilibrio de poderes que dentro del Estado existe, y que ninguno de ellos está autorizado a perturbar al solo efecto de lograr una posición de preferencia social comparativamente a cualquiera de los restantes poderes.

2.1. Hemos señalado en un capítulo anterior la existencia de ciertos modelos de autoridad según la concepción de M. Weber por considerar dicho desarrollo compatible con la explicación analítica que hemos también ya descrito. Ahora habremos de señalar algunas actuaciones concretas judiciales que nos permitirán visualizar el exceso o defecto de la autoridad y que tal como venimos indicando, podrán ser ellos muestras suficientes del rasgo que hace predicable en dicha autoridad el sesgo autoritario.

Señalamos en el apartado II.1, que la relación de autoridad entre quien es su portador y el sujeto de ella, presupone una comunicación que deviene tan esencial como cualquiera de los elementos anteriores. A tales efectos, el primer aspecto que a veces resulta notorio es que si bien las resoluciones judiciales están escritas en el idioma nacional y por lo tanto, no se podría dudar en su comprensión, no se puede desconocer que existen resoluciones judiciales que son verdaderas galimatías y por ello incomprensibles en cuanto a su razón de ser, pero exigibles en cuanto a su ordenación o imperio. Ello tiene una evidencia que resulta inocultable y ha merecido en muchas ocasiones las críticas más autorizadas.

De todo ello, la pregunta que se puede formular con total franqueza un ciudadano no letrado -y aun el letrado-, es la de si una resolución que deviene poco o nada comprensible ¿otorga el estado de confianza y tranquilidad, que para litigantes en primer lugar y para terceros a ella secundariamente, debe procurar? La respuesta necesariamente es negativa; y con ello, el crédito que a dicha autoridad se le brinda es también depreciado.

Indudablemente que cuando ello alcanza niveles de persistencia en la reiteración, y la cuestión no es achacable a un simple estado de ánimo del magistrado, sino a un **[75] estilo discursivo** que no se compadece con la función pública que cumple, donde el objetivo de la comprensión por parte del litigante y del ciudadano tiene claras connotaciones pedagógicas además de tutelar el principio de defensa en juicio; bien se puede decir que estamos frente a una realización autoritaria por parte del magistrado. Para el litigante, no comprender lo que dice una decisión judicial que le ha sido resuelta, es una manera de cercenar su legítimo derecho de defensa en juicio; mientras que para un ciudadano no poder hacer lo propio, es verse privado de consustanciarse con la definición de un problema que resulta de su interés social o personal conocer, con lo cual, su derecho al acceso a una información esclarecida en temas públicos se ha visto afectada.

Resulta también una variable suficientemente perceptible de esta falla comunicacional por los jueces y que puede juzgarse luego como autoritaria, no ya cuando el juez no habla claro; sino **[76]** cuando la construcción de su discurso argumentativo sentencial resulta **profusamente entimemático**. Cabe recordar que en el lenguaje natural y del cual lo jurídico hace un

aprovechamiento completo, es corriente que las personas no expongan la totalidad de las premisas que conforman su pensamiento; por diversas razones hay una omisión de enunciarlo todo, lo cual generalmente se soluciona porque al interlocutor la pragmática y el contexto le ayudan para comprender adecuadamente lo que no fuera dicho ⁷⁷.

Los jueces con más voluntad que sin ella, es frecuente que tampoco brinden su discurso justificatorio completo; precisamente porque aspiran a dejar en algún ámbito de reserva sus mismas creencias ⁷⁸ sobre tal cuestión, pero que al no ser explicitadas debidamente, lo justificatorio en rigor no es tal o por lo menos es muy incompleto. Dicho encubrimiento que los jueces realizan ⁷⁹, muchas veces deliberado como hemos dicho, porque existe cierta preocupación en ellos de cómo podrá ser juzgada social, moral o culturalmente una determinada definición, es también un signo de autoritarismo judicial, pues las razones profundas de por qué se decide de una manera determinada el asunto, no son las que están a la vista sino aquellas otras que están reservadas al fuero íntimo del sentenciante ⁸⁰.

2.2. Otro de los aspectos que parece importante describir en forma particular a partir del esquema de Bochenski se relaciona con las propiedades de la autoridad y el supuesto de que una misma persona pueda ser portadora de la autoridad para otra y que esa otra, sea también portadora de la autoridad para la anterior, siempre que ocurran dichas relaciones en campos distintos.

Bajo esa consideración destacamos que en el ámbito de lo judicial, la relación está definida de la siguiente manera: 1) Portador de la autoridad es el juez, 2) Sujeto de la autoridad, primariamente es el litigante aunque subsidiariamente la comunidad toda, 3) El ámbito de dicha relación es la trabazón que queda establecida entre la *iurisdictio* ⁸¹ que tiene el portador y la pretensión que es hecha valer por el sujeto.

De tal manera que el juez es portador de autoridad en cuanto tiene la *iurisdictio* y por lo tanto sentencia a quien es sujeto de dicha autoridad, quien a la vez se ha sometido a dicha potestad legítima jurisdiccional. A tales efectos y como hemos indicado, habrá de desarrollar un discurso técnico justificatorio que sea comunicado con éxito y del cual resulta que ha ponderado correctamente los hechos alegados por el sujeto de la autoridad -litigantes- y acorde a la prueba colectada en la causa. Dicha relación de autoridad, la nombramos como relación(1).

Sin embargo corresponde agregar, que la mencionada relación(1) en realidad está precedida por otra anterior y que es la que opera a modo de causa material-formal de aquélla, y que nombraremos como relación(2). Esta última está sostenida en los hechos fácticos que habrán de permitir la promoción de una determinada demanda judicial y por ello, son anteriores en el tiempo a la relación(1) que como es sabido resulta *ex post facto*. Lo cierto es que en la relación(2) no son los hechos fácticos sin más los que otorgan sustento, sino en todo caso se fundamentará en ellos y que son validados, mediante la respectiva demanda judicial y cuando ello sucede, el juez que es portador de autoridad en la relación(1), ocupa el lugar de sujeto de autoridad -en la relación(2)- y el portador de ella es el mismo demandante. La evidencia del carácter de autoridad del demandante queda patentizada en razón de que el juez, sujeto de autoridad en esta relación(2), no podrá modificar los hechos en la relación(1) que le han sido determinados en la relación(2), puesto que sólo le estará permitido

calificarlos jurídicamente ⁸² y si se aparta de lo comunicado en la relación(2), su comportamiento en la relación(1) se torna autoritaria.

Cabe agregar que en esta curiosa circunstancia, la filigrana que se realiza a fines de sostener el modelo de Bochenski puede ser considerada excesiva; toda vez, que parecería por un momento que el juez se comporta como portador y sujeto de la autoridad en razón de que existe una obvia continuidad entre lo pretendido y lo resuelto; sin embargo se puede argumentar para mostrar lo contrario, que los ámbitos no son idénticos en la relación(1) y en la relación(2). En la primera opera fundamentalmente la *iurisdictio* y la calificación de los hechos que ha sido realizado por el juez en tanto portador de autoridad, en la restante, relación(2), es sujeto de autoridad en tanto que los hechos al ser ellos pre-procesales aun cuando al juez le conste personalmente que no son tales como la demanda describe, no los podrá modificar y por ello, debe someterse al portador de la autoridad. En **[62]** la relación(1) el comportamiento del juez se torna autoritario cuando éste hace una **recalificación de la base fáctica** de la demanda, con ello también habrá de generar una violación a la congruencia del pronunciamiento ⁸³.

Otra variable que creemos que se puede construir a partir de la mencionada propiedad de la autoridad, es que si bien en la relación que tiene el juez con la sociedad en general y con los litigantes en particular es la de ser portador de autoridad, tan pronto se han vencido los plazos que razonable o expresamente tiene el nombrado para cumplir con un determinado acto procesal; sin perjuicio de la existencia de facultades procesales de requerir el sujeto de la autoridad que cumplimente el acto correspondiente el portador, el no hacerlo así, genera una actuación antifuncional al sistema de administración de justicia. En síntesis, **[73]** la **morosidad** indebida en la resolución de las causas es asimilable a un comportamiento autoritario por parte del juez.

2.3. Otra de las propiedades de la autoridad es su transitividad. En lo jurídico la cuestión podrá estar dada bajo el siguiente supuesto, si B está promoviendo una demanda con similares características a la que fuera iniciada con antelación por A y ante el mismo juez que resolvió el caso de B; el portador de la autoridad -juez- que se ha establecido en la relación(1) con el sujeto A, hace previsible para el sujeto B, que siendo el mismo ámbito -semejantes hechos- la respuesta jurisdiccional igualmente comunicada en dicha relación(2) será la misma. Cuando ello no ocurre, existe una desviación en el portador -juez- para la relación(2) y que por lo tanto, es equiparable a un modelo autoritario ⁸⁴ por **[72:16]** afectación en términos generales a lo que habitualmente conocemos como la **seguridad jurídica** ⁸⁵.

2.4. Formula el autor también el estudio del abuso de autoridad, tópico que es resumido en su proposición 3.9 que reza: “El portador de una autoridad abusa de la misma cuando pretende ejercerla sobre un sujeto determinado y en un ámbito para los que su autoridad es infundada” ⁸⁶. Inicialmente cabe señalar que el nombrado abuso de autoridad, si bien es lo más próximo al comportamiento autoritario del juez en rigor no siempre es tal; aunque sea dicho comportamiento uno grave desde el ejercicio legítimo de la autoridad judicial.

Además, cabe diferenciar que de las dos especies de abusos de

autoridad que clasificamos, esto es: de ámbito y de sujeto; la primera de las nombradas por lo general se produce en una realización extrajudicial por el juez, en cuanto [77] pretende hacer valer el nombrado juez, su carácter de portador de autoridad judicial *-iurisdictio-* **en un espacio en donde resulta totalmente inane** ella -por caso en la fila de una boletería de cine donde aspira adelantarse algunos lugares (nombrando su investidura judicial) para encontrar una mejor ubicación- y por tal motivo, su realización queda inmediatamente asimilada a una falta de autoridad deontológica, precisamente porque el sujeto de autoridad -conjunto de ciudadanos que están haciendo la fila junto a él- advierten en dicho comportamiento, uno que al menos resulta desdoloroso para un juez.

Cabe agregar que también puede ocurrir dicho abuso de autoridad de ámbito, la cual genera una afectación a la autoridad epistemológica, en una situación en donde el juez, quien tiene su autoridad legítima para decir el derecho *-iurisdictio-*, porque está supuesta en él su autoridad epistemológica por ser quien conoce el derecho -como lo hace presumir el apotegma *iura novit curia-* se entienda por ello [78] que se puede referir -aun dentro de una causa judicial- a cualquier **materia no jurídica**, o que puede [71] traer en su auxilio todo tipo de **argumentos de autoridad o fuentes** para ilustrar una consideración en tal contexto sentencial. Dichos abusos en realidad son autoritarismo judicial en cuanto que no puedan ser considerados meramente como una realización puramente pasajera e inocua; cuando no tiene dicho carácter transitorio es indudable que se estará frente a una realización autoritaria.

Destacamos el calificativo de la falta de intencionalidad y que se reconoce por el contexto del discurso, también, para atribuir consecuencias autoritarias al abuso que el juez puede realizar de los llamados *obiter dicta*⁸⁷, porque de no serlo y su existencia ser deliberadamente una manera de argumentar acerca de una cuestión sin trascendencia en la misma causa, pero sin duda con notables connotaciones colaterales jurídicas o no hace que el [79] **obiter dicta en sentido fuerte**, sea un signo de un comportamiento también autoritario.

En cuanto corresponde al abuso de autoridad del sujeto, destacamos que generalmente son afectaciones de tipo endoprocesales y en cuanto no exista una intencionalidad deliberada en su cometido y por lo tanto mute el abuso a la categoría de autoritarismo, son acumuladas como una afectación a la autoridad epistemológica del juez y que también resultan corregibles por las vías recursivas adecuadas. Ello es así, porque se trata de [80] la realización de **afectaciones al razonamiento**, particularmente en cuanto se cometen sofismas en virtud de los cuales se obtienen determinadas conclusiones y donde el vicio ha estado justamente en realizar predicaciones indebidas. Son de esta naturaleza las aplicaciones del sofisma *ab uno disce omnes* -por uno se aprenden todos- o también la conocida de generalización precipitada; otras falacias que acompañan a las generalizaciones son: conclusión desmesurada, falacia casuística, falacia del embudo, falacia del *secundum quid*⁸⁸.

2.5. Un capítulo de particular interés para lo judicial, se vincula con las nombradas por Bochenski como especies de autoridad, para lo cual diferencia el autor, entre la autoridad epistemológica y la deontológica. Con la primera se hace referencia a la autoridad del saber y con la restante a la autoridad del que preside. En un caso el signo está puesto en lo gnoseológico y en la restante, en lo estimativo moralmente. El autor

destaca como el plus de la situación, que ambas condiciones estén centradas en la misma autoridad.

Inicialmente lo que primero corresponde precisar desde este análisis, es conocer en el juez como portador de autoridad que es; pues a cuál de las dos especies indicadas debiera otorgarse preferencia a la hora de hacerse la respectiva selección de magistrados ⁸⁹. Indudablemente que la respuesta que a tal respecto se pueda brindar, no es meramente una cuestión de gusto sino de una estricta razón de estado.

De todas maneras nos parece interesante el apuntar, que haciendo foco de análisis desde una perspectiva diferente, como es por caso, en ámbitos en donde el ingreso a la magistratura no se hace cumpliendo ninguna prueba de capacitación anterior y por lo tanto, no apareciendo *prima facie* validada la competencia epistemológica en concreto, dichos jueces en realidad sólo *estarían en autoridad*, porque *ser autoridad*, al menos en los marcos burocráticos administrativos como es sin duda un Poder Judicial, presupone haber podido demostrar objetivamente la suficiencia epistemológica que refleje la idoneidad suficiente de la persona.

La formación técnica para la judicatura como en cualquier otra disciplina, se puede decir que es el resultado de una persistencia en el estudio sobre una plataforma naturalmente apta para ello y por lo tanto, adquirible -en modo aceptable- por la mayoría de las personas que demuestren firmeza en el hábito intelectual. Por el contrario el perfil moral de las personas, la estimativa de ellas por los valores, el tener una inclinación natural a la bondad y honestidad; son aspectos que presuponen una formación en valores que resulta necesariamente anterior a cualquier vocación profesional; por lo cual se hace de una severa dificultad el pretender educar en valores morales a las personas después de cierta edad ⁹⁰, como sería el caso de las personas que aspiran ocupar un cargo en la judicatura.

Como corolario de ambas situaciones es claro, que un buen técnico no formado moralmente no será por ello una mala persona, pero sus respuestas no saldrán del marco disciplinar del que se trate. En oposición, una sólida formación en valores morales, permitirá una apertura más crítica y una problematización ⁹¹ adecuada y superior a la de quien sólo dispone, en el más completo de los casos de una concienzuda, pero solitaria formación técnica. Del juez en las sociedades modernas y en las clásicas también, se espera algo más que la sola administración de justicia en el caso -lo cual por otro costado requiere para ser logrado de un adecuado instrumental técnico-, pues se aspira a una completitud de liderazgo social ⁹² y para ello, su disposición moral es de incuestionable necesidad. Huelga finalmente indicar y en coincidencia con Bochenski, que lo ideal en la autoridad es la acumulación de ambas especies.

Definido ello, no implicará mayores esfuerzos el realizar una constatación empírica por los textos jurisdiccionales para conocer en particular si existe alguna defección en los jueces, en alguna de las especies indicadas. A tales efectos se puede teorizar, que la ausencia de autoridad epistemológica en el sujeto juez de la relación y por lo tanto, según ponderamos constitutiva también de un desvío de dicha relación y en consecuencia nombrable como autoritarismo judicial por defecto, será cuando el juez carezca de la formación jurídica técnica necesaria que resulta indispensable para poder cumplir con dicha práctica profesional con idoneidad suficiente.

Dicha falta de autoridad epistemológica que deslegitima al sentenciante podrá ser originaria o derivada, lo primero **[81]** en cuanto no se hayan cumplido correctamente los **procedimientos formales por los cuales accede a la magistratura**, y lo segundo, **[72]** cuando pese al haber sido exitoso en dicha instancia formal, fácticamente el resultado de su labor profesional deviene cuestionable por una **insuficiente o deficiente formación jurídico-técnica**. Por definición, los segundos casos son más perceptibles que los primeros, porque su mostración aparece de público acceso, como son las mismas resoluciones judiciales y que pueden ser compendiadas en modo general en dos grandes bloques causales. Por un lado, cuando la orden que del portador de la autoridad dimana, resulta inviable porque no tiene **[72:1] competencia** para ello o sea el defecto está en la utilización de la *iurisdictio* de origen por el juez que no debe ser confundida con la legitimidad de origen en su cargo, **[72:2]** cuando la **resolución dictada no resulta congruente** con lo que fuera reclamado oportunamente, **[72:11]** cuando deviene la resolución francamente **arbitraria**, **[72:4]** cuando la resolución resulta **incomprensible comunicacionalmente**, **[72:12]** aparece ella **lacerante** al sentido común, **[72:13] extravagante**, **[72:14]** innecesariamente **reñida con elementos atávicos** de la sociedad en la cual se dicta, **[72:15]** también perturbatoria y/o **afectatoria del usus foris** consumado, **[72:17]** provocadora al menos de una inequívoca **sorpresa social**, **[72:18]** cuando resulta propiamente **autoritaria**, **[72:19]** cuando **no se atiende a las normas procesales** previstas formalmente o **[72:20]** no se cumplen determinados actos procesales con el **principio de bilateralidad** y con ello se afecta a la misma garantía de defensa en juicio.

Tampoco se puede desconocer que en los tiempos que corren, a los jueces no sólo se les pide adecuada formación en habilidades técnicas en lo positivo-legal y que según lo dicho, sostendrían la autoridad epistemológica; sino que también se les reclama que **[90]** tengan dicha autoridad para una adecuada **conducción, organización y funcionamiento de su propio tribunal** -respecto a terceros y dependientes- y también **[91]** aunque con una mayor importancia a que sus **comportamientos morales** sean acordes a la función que cumplen. En ambos casos se trata de la autoridad deontológica la que está comprometida, sea porque lo que se formula es una orden propiamente o porque en rigor, sólo desde una posición moral de fortaleza y reconocida por los justiciables como tal, existe la posibilidad de generar un espacio de confianza efectiva en la sociedad.

Se puede agregar en torno al autoritarismo judicial por deficiencia en la autoridad epistemológica del juez, que se puede diferenciar también acorde a: 1) al modo en que se expande socialmente la resolución, esto es, el efecto consecuencial de ella y por lo tanto reconociendo el lugar donde habrá de tener repercusión primaria, o 2) en atención al propio instrumento sentencial en donde se origina. La ausencia de autoridad epistemológica 1 se denomina: *in re* -en las cosas o personas donde impacta- o la ausencia epistemológica 2 será: *in actis*, atendiendo al ámbito en donde ella se plasma -en la resolución judicial o en el procedimiento que le ha resultado previo-. Ejemplos de lo primero, en los marcados como **[72:11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18]** mientras que de lo segundo, los anotados bajo los números **[72:1, 2, 4 y 19]**.

Respecto del supuesto de la deficiencia de autoridad deontológica se puede mantener un esquema semejante: *in re* y también *in actis*. El primer supuesto aparece ostensible **[91: 21]** cuando existe una objetiva representación social de la **falta de idoneidad ética** en el magistrado o

[91:22] existe un claro **exceso verbal** del magistrado -fuera o dentro de la causa-, mientras que la falla *in actis* estaría conformada cuando los modos o la propia prescripción que impone una orden **[91:31]** se encuentra **controvertida por una anterior, [91:32]** no existe suficiente **claridad en la orden o dictum, [91:33]** cuando no existe **suficiente autoridad moral** -o al menos no se vislumbra claramente- para poder dictar la orden en cuestión con determinado alcance de personas, lugares o cosas, **[91:34]** desde una **moral media** la resolución aparece como cuestionable o cuando se **[91:35]** evidencia con dicha resolución un desconocimiento de una sociedad civil que comparte una **ética de mínimos**.

2.6. Analizando por fuera la propuesta teórica de Bochenski y considerando algunos aspectos que calan en la breve aunque muy medulosa monografía de Kòjeve, se puede concluir que el nombrado autor precisa, que una de las características que tiene el acto de autoridad es que no encuentra oposición por parte del sujeto de dicha relación. La conceptualización es así: *“la Autoridad es la posibilidad que tiene un agente de actuar sobre los demás (o sobre otro), sin que esos otros reaccionen contra él, siendo totalmente capaces de hacerlo”*⁹³. De tal forma que la autoridad supone que el portador es quien cambia el dato exterior -en el sujeto- no sólo sin tener una reacción por ello por parte de éste, sino también que lo hace, sin cambiar el mismo portador⁹⁴.

Así las cosas, es posible teorizar respecto a que el ejercicio de la autoridad del juez en cuanto cumple el acto primario que hace a su misma razón de ser, como es dictar sentencias, al estar ellas abiertas a un espacio de recurribilidad en varias instancias, pues quedaría demostrado que cuando ello ocurre, existe efectivamente la reacción mediante la cual el carácter de autoridad se vería afectado lo cual en rigor es absolutamente cierto: una sentencia sujeta a revisión por un tribunal superior, es un pronunciamiento que no tiene autoridad sobre los litigantes en la cuestión.

De tal forma que, concluido el proceso recursivo, cabrán dos posibilidades: 1) que la resolución haya sido modificada parcial o totalmente, 2) que la resolución resulte confirmada en su integralidad. Si ocurre lo primero, la autoridad del anterior juez en rigor ha desaparecido y ha quedado subrogada en la del tribunal revisor, el cual, al no existir posibilidad de modificación alguna del pronunciamiento, imparte la orden sentencial la cual no genera reacción de tipo alguno en el sujeto de la relación; si es lo segundo, la autoridad del primer juez supera el *lapsus* en que objetivamente quedó ella en suspenso y sujeta a una condición resolutoria y por lo cual, la autoridad se convierte definitivamente en plena.

2.7. Otro de los capítulos que corresponde agregar en este apartado, se vincula con el funcionamiento de la autoridad epistemológica en los tribunales colegiados -en primer lugar los conformados por tres miembros o eventualmente más, cuando la instancia es superior-. Inicialmente cabe preguntar si la autoridad radica en el tribunal como una suerte de entidad autónoma constituida por tres jueces o por el contrario, si es la de cada uno de los jueces individualmente considerados y que agrupados constituyen al nombrado tribunal.

Por de pronto hay que decir que una resolución que corresponde obtener de un tribunal colegiado, en donde no haya participado del acuerdo y de la ulterior votación alguno de sus integrantes sin existir una razón jurídico procesal que a ello lo explique, sin duda hace que el acto

jurisdiccional que así resulte, no sea procesalmente apto para producir ningún efecto. Motivo por el cual, no existe allí un acto de autoridad alguna, puesto que ha habido una reacción severa por parte del sujeto de la autoridad que ha desbaratado la orden dispuesta por el portador. Así las cosas, la autoridad no parece estar asociada a la figura del tribunal, sino a los integrantes del mismo.

Sin embargo, también conocemos sobradamente que la mirada que los jueces tienen sobre los mismos problemas, en modo alguno es una que se pueda predicar como uniforme. Es frecuente que tengan diversidades más o menos graves, todo lo cual, trae las construcciones de mayorías y minorías en los pronunciamientos y que bien puede ser asimilado dicho proceso, a un funcionamiento orgánico de la democracia deliberativa⁹⁵: cada juez tiene no más de un voto y todos equivalen a una unidad, pero las razones brindadas en el voto minoritario pueden ser largamente superiores a las expuestas en el voto mayoritario y en función de ello, en el tiempo transformarse la minoría en posición mayoritaria⁹⁶.

Salvando el hecho de que las mayorías estén numéricamente cumplidas y por lo tanto, no exista una dificultad procesal en la resolución de que se trate; a ningún observador atento se le escapa, **[51]** que hay **mayorías que promocionan resultados jurídicos** disfuncionales y que suman sus votos retahílas de críticas, frente a un voto minoritario que aparece acompañado por la mejor y autorizada doctrina y sentir jurídico corriente.

En dicho cuadro y suponiendo la firmeza de dicha resolución, se advierte hacia dentro de la resolución que existe al menos una tensión respecto a ¿dónde está depositada la autoridad epistemológica?, toda vez que las opiniones que conforman la mayoría y que en realidad es el asiento del portador de la autoridad y por lo tanto, generadora de la obediencia para el sujeto, ha visto desmejorada dicha autoridad epistemológica por una opinión cuantitativamente menor aunque cualitativamente mayor, pero que para el sujeto de la autoridad, resulta totalmente intrascendente porque el poder de obligarlo está en la mayoría. Aun siendo ostensible la debilidad de la autoridad epistemológica de la mayoría, la obediencia se impone y por ello, es que se puede considerar un resultado también autoritario.

En estos casos hay que decir entonces, que el triunfo de la autoridad epistemológica obedece a un mero carácter numérico y es suficientemente conocido, que cuando una idea o creencia -jurídica o no- se impone sobre otra por la mera sumatoria cuantitativa, la desafiante proposición de Caliclés no puede dejar de ser recordada⁹⁷. De tal manera que cuando ello no es meramente circunstancial sino que tiene una persistencia absoluta y particularmente enraizada cuando la discusión judicial tiene algún grado de connotación de evidente trascendencia política, se advierte un comportamiento autoritario no del tribunal en cuestión, sino de quienes constituyen su mayoría.

3. Ejemplificamos los numerados entre corchetes más arriba, mediante la presente Tabla N° 2:

Nº	COPETE DE DIARIO Y BAJADA	FUENTE
71	Causa Río Tercero: apartan al conjuetz Estévez - Descartan que la referencia a la página www.elrincondelvago.com tenga entidad como para desplazarlo del caso	Comercio y Justicia; 28.12.06

71	Ante el Inadi - Denuncia wichi contra la Corte salteña - Es por una niña indígena violada.	La Nación; 24.1.07.
71	Le atenúan la pena por ser analfabeta - Un tribunal rebajó la condena a una mujer 'sin educación sexual' que mató a su beba.	La Nación; 14.11.08.
72	El caso de Eldorado. Jury a un juez por una polémica ablación - Había atribuido a ella (la ablación) una muerte.	La Nación; 6.12.06.
72: 1	Apartado Estévez, el caso Río Tercero pasó a la jueza Curtino - La Cámara Federal entendió que el investigador se extralimitó en sus atribuciones. Había imputado a dos testigos por falso testimonio.	La Voz del Interior; 28.12.06.
72: 1	Procesan al juez Gallardo por abuso de autoridad - Por la clausura del casino del puerto.	La Nación; 26.9.06.
72: 4	Justicia, sociedad y sentido común - Elementales criterios sociales y de sentido común deberían primar sobre cualquier fundamentalismo en las decisiones judiciales sobre las políticas públicas de salud sexual y reproductiva.	La Voz del Interior; 11.8.08.
72: 11	Revuelo por un fallo sobre bolivianos - Llueven quejas contra el juez Oyarbide por su presunta justificación del trabajo esclavizante en talleres.	La Voz del Interior; 17.5.08.
72: 12	Polémico fallo en Neuquén - Un embarazo no es prueba de violación - Es el caso de una menor que tuvo un bebe.	La Nación; 15.1.08.
72: 12	En Puerto Madryn - Controversia por la libertad de un menor que cometió un robo - El juez dijo que debe volver a la escuela.	La Nación; 7.11.08.
72: 12	Decisión de la Cámara del Crimen - Revocan un fallo contra D'Elia en el caso por la agresión en el Obelisco - El piquetero estaba procesado por dar una trompada a un manifestante del campo.	La Nación; 21.10.08.
72: 13	Toda una comunidad analiza pedir el jury de un tribunal - Fue comparado el pueblo con un mitológico bosque griego propicio para las francachelas sexuales.	Comercio y Justicia; 14.12.07.
72: 14	Denuncian a una jueza por hablar despectivamente de los inmigrantes - Es la jueza de instrucción S. Ramond. En una entrevista había afirmado que 'los peruanos manejan la cocaína en las villas y los paraguayos la marihuana'. La denuncian por no actuar con imparcialidad e idoneidad.	Clarín; 25.11.01.
72:	Inédito fallo. Debe pagar alimentos a un hijo	La Nación;

15	que no nació - Medida cautelar de un juez santafecino.	20.8.08
72: 15	Polémico fallo de la Cámara del Crimen porteña - Sancionado por esposar a un preso - Un juez fue apartado de una causa por indagar así a un acusado de robo.	La Nación; 25.5.08.
72: 16	Polémica por fallos judiciales sobre delitos sexuales- Violó a su hija de 8 años y lo benefició - Un tribunal permitió a un acusado salir de la cárcel y cumplir arresto domiciliario porque abusó de la niña 'por única vez'.	La Nación; 6.7.08.
72: 17	Amplitud de criterios en la justicia. Inquietud en la Justicia y en embajadas. Preocupa la acción de un juez en el tráfico de drogas - Dejó en libertad a 19 detenidos en Ezeiza.	La Nación; 18.3.07.
72: 17	Después de 35 años - Reabren la causa por el crimen de Rucci - Un juez aceptó el reclamo familiar.	La Nación; 28.9.08.
72: 17	Fallo para la polémica - Disponen la libertad de un abogado procesado por violar a una nena - Lo resolvió la Cámara Nacional de Casación Penal en un caso de "abuso sexual agravado en concurso ideal con promoción de la corrupción".	La Voz del Interior; 15.10.08.
72: 18	Insólito pedido de un fiscal - Propuso públicamente enviar delincuentes y presos a campos de concentración. Lo dijo A. Mútolu, fiscal general de Trenque Lauquen.	La Nación; 22.6.02.
72: 18	Denuncia de Juana Ramírez - Testigos dicen que Marchetti hizo desnudar a la ex jueza - El fiscal de Villa Carlos Paz quedó muy comprometido por dos testimonios.	La Voz del Interior; 19.10.08
72: 18	Piquetes en la ciudad: veredicto de la justicia porteña - Gremialistas sin castigo por cortar calles - Los juzgaban por haber interrumpido en cinco oportunidades; a la salida del tribunal, festejaron impidiendo el paso.	La Nación; 21.10.08.
72: 19	Fallo de Cámara - Polémica por un caso contra Jorge Yoma.	La Nación; 14.8.08.
72: 19	Otro informe complica al juez Schiavo - El magistrado benefició a Fernández pese a que era negativo el resultado del estudio socioambiental.	La Nación; 7.8.08.
72: 19	Excarcelaciones cuestionadas: otro ladrón violó el sistema de las pulseras electrónicas. Debían estar presos y salían a robar - Uno de ellos asesinó a un policía y había sido liberado por el mismo juez que benefició al	La Nación; 21.8.08.

	autor de la matanza de Campana.	
72: 20	El abuso sexual, ante la Justicia: un caso que involucró a tres niñas de entre 8 y 12 años. Anulan una condena por violaciones - Fue porque el defensor no participó del interrogatorio a las menores víctimas; abre así un precedente para otras causas.	La Nación; 22.8.08.
72: 20	Frustrada requisitoria fiscal - Anulan pedido de juicio por violarse el derecho de defensa.	La Voz del Interior; 27.9.08
73	Justicia Federal Demoras. El drama de los Piccón lleva 17 años sin una respuesta judicial- Los padres del ex cadete V. Piccón, quien quedó cuadripléjico luego de ser obligado a hacer 'movimientos vivos' en el Liceo General Paz, advirtieron que su hijo es víctima de una 'interna' entre los miembros de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba.	La Voz del Interior; 15.1.08.
73	Aceleran los juicios por la represión - La Corte estudia cómo agilizar el trámite de las causas; la Procuración ordenó a los fiscales impulsar los juicios orales.	La Nación; 5.3.08.
74	En Sarmiento, Chubut. Un juez cometió un error y se impuso pagar los honorarios - Dijo que equivocó un procedimiento; abonará \$ 7.000 a la abogada del Estado.	La Nación; 29.11.07.
75	Iniciativa de 500 funcionarios judiciales. Piden a los jueces que redacten los fallos en un lenguaje más claro - Se busca acercar las sentencias a la gente.	La Nación; 26.11.06.
78	El juez y El rincón del vago.	La Nación; 28.12.06.
91	Crece el escándalo por pelea entre jueces: camaristas denuncian a colega.	Diario Jurídico; 15.9.06
91: 21	En mayo próximo comenzará el juicio político en Neuquén. Denunciaron a un defensor por abusar de jóvenes - Es Oscar Temis; ocho de sus defendidos lo acusaron de haberlos manoseado.	La Nación; 1.4.07.
91: 21	Sobreseen a magistrado que resistió a la autoridad.	Comercio y Justicia; 22.11.01
91: 21	Suspenden a un funcionario judicial por una presunta estafa - Es un defensor oficial, sospechado de cambiar los códigos de barras en un supermercado para pagar menos por un juguete. Fue en diciembre de 2000 y ahora un Jury lo suspendió y le embargó	Clarín; 30.3.01.

	parte del sueldo.	
91: 21	Un caso que llegó al Consejo de la Magistratura - Denuncian a una jueza por mentir sobre la cantidad de fallos que dictaba.	Clarín; 12.8.01.
91: 22	Bisordi: 'El Presidente es el enemigo número uno mío' - Dijo que se siente 'absolutamente indignado con esta canallada', al referirse a la ofensiva de Néstor Kirchner.	La Mañana de Córdoba; 26.4.07.
91: 31	Años de Plomo. Giro en la justicia - Declaran imprescriptible crimen del ERP - Se trata del asesinato del coronel Larrabure. La medida marcaría jurisprudencia sobre el accionar de grupos guerrilleros.	La Voz del Interior; 23.8.08
91: 32	Amparo Masivo- Obligan a la Nación a dar trabajo para contrarrestar el narcotráfico- La jueza federal N° 3 dio lugar a una medida cautelar presentada por los vecinos en mayo último.	La Voz del Interior; 13.8.08.
91: 34	Controversia en un colegio de Bariloche - La Justicia admitió que apruebe el año un alumno que repitió.	La Nación; 27.3.06
91: 35	Transexual podrá cambiar de nombre sin operación de sexo - Es el primer caso en América latina. La CHA presentará un proyecto de ley	La Voz del Interior; 23.9.08.
51	'El Pelado' García vuelve a sentarse en el banquillo - El Tribunal Superior anuló la polémica resolución que, a fines de 2005, lo absolvió del crimen de la prostituta Rosa Machado. Se viene otro juicio.	Día a Día; 7.6.07
51	La absolución, un triste recuerdo.	La Voz del Interior; 8.4.08

IV. Indizado del judicialismo con resultados socio-mediáticos. La búsqueda de una tipología autoritaria

En el presente apartado proponemos la Tabla N° 3 que recoge las diferentes conductas presumidamente autoritarias que son cometidas por los jueces y que han sido recogidas por los diferentes medios de comunicación social, acorde a lo que ha sido especificado en la Tabla N° 2.

De todas maneras resulta conveniente efectuar algunas precisiones que ayuden a la comprensión de los parámetros utilizados. En primer lugar hay que destacar que los registros que tenemos a la vista en la Tabla N° 2, permiten obtener una conclusión definitiva acerca del problema; obviamente que ello es una conclusión que no pretendemos instalar. Ya

hemos señalado, que hay una deuda en el trabajo que se extiende a un estudio de campo sobre los propios jueces, y que integra otra labor investigativa.

Por ahora lo que hemos querido hacer, es sólo reflejar desde el mismo acceso que efectivamente cualquier ciudadano puede tener al ámbito jurisdiccional como es a través de los medios de comunicación social, de un conjunto de comportamientos que allí se difunden y que por las razones que han sido brindadas en dichas noticias y de las cuales hemos utilizado en forma textual los copetes y bajadas usados por los diarios, es que nos han permitido construir enunciados que -según nuestro ensayo- pueden ser considerados -al menos provisoriamente- dignos de ser ubicados en el campo del autoritarismo judicial⁹⁸. O si se prefiere, por parecer demasiado severo el nombrado concepto, se puedan evocar con ellos la existencia de “comportamientos judicialistas” -de los jueces- o si se prefiere “judicialismo” sin más.

Con la noción de judicialismo que no la hemos encontrado utilizada por los autores, al menos con el sentido que ahora consideramos⁹⁹, en realidad nos estamos refiriendo a una dimensión del ejercicio de la judicatura en donde ella se advierte claramente absolutizada. Tal como conocemos, la aparición del sufijo “ismo” aplicado a ciertas prácticas o doctrinas, resulta indicativo de un ensanchamiento del concepto de que se trata. En el caso que nos ocupa, la práctica corriente es lo “judicial” y su amplificación resulta ser el “judicialismo” y aparece previsible que en dicho proceder se puedan cometer actos o conductas por los jueces, que sean un reflejo de esa misma representación del ejercicio profesional cumplido con un sesgo de corte totalizador o imperialista y que justamente, por el carácter no corriente o habitual de lo que se decide; alguna parte importante de la sociedad lo considera al menos suficiente para ser aislado y analizado ponderativamente, ya sea desde lo positivo o negativo.

Esto último también explica, por qué aún con un poco más de una treintena de publicaciones periodísticas (Tabla Nº 2), hemos encontrado base suficiente -aunque siempre provisoria- para obtener las conclusiones que hemos extraído de ellas. La respuesta está fincada en que por este tiempo, en gran medida, la percepción que socialmente existe de la administración de justicia se corresponde con el tratamiento informativo que de ella se haya brindado mediáticamente¹⁰⁰; a tal punto es así, que bien se ha podido afirmar que *“La existencia o no existencia social de determinados asuntos judiciales depende de su pública proyección a través de los mass media”*¹⁰¹; ello también explica por qué algunos autores han podido considerar que son los medios de comunicación los instrumentos de mayor presión que recibe la magistratura¹⁰², si son capaces de producir construcciones de la realidad ¿cómo no habrán de ejercer pretensiones de definiciones en los jueces?, no asentir a ello, es una verdadera negación de lo real¹⁰³.

Una pequeña comprobación empírica que cualquiera realice en los diarios importantes de casi cualquier lugar del mundo, terminará siendo hartamente elocuente en que se ha instalado lo que bien puede nombrarse como la “judicialización informativa”, sea ella tanto en los medios escritos, orales, como visuales. Y si bien no dudamos de la diversidad de lógicas que indudablemente acompañan al ámbito judicial y al comunicacional¹⁰⁴ y en virtud de los cuales, es posible que se produzca hasta una cierta deformación forzada por los medios, para hacer aparecer de una manera

diferente cierta decisión o resolución; la gravedad se instala cuando son los propios jueces cuando juzgan la información publicada, quienes la califican a ella al menos como no corriente o habitual, tal como ocurre con la que hemos consignado en la Tabla N^o 2. La cuestión es naturalmente preocupante, porque no parece que se trate meramente de una situación interesada por los medios, sino que en ella misma está el interés.

De cualquier manera y pese al universo fragmentado de casos y la omisión del estudio de campo concreto para indagar la matriz psico-social de los jueces; advertimos en los supuestos fácticos incorporados, una vía legítima de observación de ciertos comportamientos de los jueces que reflejan comportamientos autoritarios en cuanto que la relación de mando-obediencia concluye o se produce con algunos componentes que no se perciben inmediatamente claros, conformes, constructivos o coherentes a lo que parece ser una práctica profesional judicial esperable.

Que tales comportamientos judiciales concluyan siendo benéficos para la sociedad y hasta si se quiere, cabalmente justos, no es una cuestión que interfiera sobre la propia noción de judicialismo; es más, gran parte de los progresos que jurisprudencialmente se han producido es posible que encuentren una génesis en sucesos de este tipo, pero en definitiva será el tiempo y la comunidad jurídica crítica la que habrá de ir asimilado dichas decisiones y otorgándoles la forma definitiva, hasta lograr un resultado cabalmente aceptado. Sin embargo ello es en una tesis de proyección y no de lo que está ocurriendo en el *hic et nunc* y que es el lugar desde el cual, formulamos ahora el análisis respectivo.

En realidad a lo único que estamos apelando con la consideración, es que según creemos resulta conveniente -al menos en este estudio, que no intenta en modo alguno ser evolutivo de nada, sino sólo reflejar un estado concreto- pues el de asegurar los límites del contexto y por lo tanto, otorgar pleno respeto a la estructura situacional de la acción y en ella, advertir o no elementos de un comportamiento autoritario en los márgenes que hemos dicho. Por otra parte también se debe advertir, que generalmente cuando se estudian los comportamientos humanos se señalan en dicha tarea tres ejes tópicos: 1) El mundo sociocultural, 2) La fase subjetiva o motivacional y 3) La definición de situación¹⁰⁵. Adviértase que en la ocasión, sólo estamos trabajando con la última de las variables, en tanto confrontamos nuestros casos de la Tabla N^o 2, con lo que resulta ser el modelo ortodoxo que está suministrado como respuesta habitual o general; y que a su vez nos puede ayudar a tomar una aproximación difusa al primero de los ejes propuestos. Nada más.

Corresponde también advertir, que deliberadamente junto a la indización de las conductas que hemos considerado judicialistas, no hemos querido acumular a qué tipología de magistrado ellas corresponderían, sea ello en el Sub Tipo 'A' o 'B'. Creemos que haberlo desarrollado así, resultaría todavía por demás azaroso, porque no hemos explorado adecuadamente aún, los restantes componentes que fueran indicados más arriba, esto es, los que llevan los N^o 1 y 2.

Por otra parte, los Tipos 'A' y 'B', tampoco son ideales y perfectamente separables uno de otro y por ello, es que creemos que además del componente individual que anexaríamos involuntariamente en la selección, tenemos a la fecha, ausencia de registros que nos impiden avanzar en estudios y proyecciones sociométricas de diversos estamentos judiciales; por ello con modestia destacamos, que con los registros que contamos y según nuestro objetivo acotado al presente estudio, las conclusiones que

resultan reflejadas devienen suficientemente sustentadas ¹⁰⁶.

Creemos de todas maneras que los perfiles propuestos como Sub Tipo 'A', tienen características suficientemente precisas que permiten tenerlos por aceptados a la luz de los propios criterios sostenidos por T. Adorno en la obra más completa que en materia de estudio de la personalidad autoritaria hayamos podido consultar ¹⁰⁷; pues dicho autor proponía los siguientes: 1) Cada uno de los tipos se justifican no por su idealidad, sino en cuanto permiten agrupar organizadamente un conjunto de rasgos que en un contexto muestren alguna identidad de sentido. En el caso que nos ocupa los magistrados Sub Tipo 'A' Carismáticos, además de las características que hemos señalado en la página 40, tienen como conductas comunes la de ser ellos excéntricos en sus comportamientos tanto personales como morales y tener una tendencia a la promoción de proyectos jurídico-doctrinarios y aplicaciones práctico-profesionales de vanguardia, las que por lo general imponen corrientes de encanto o desencanto en otros, con la misma intensidad.

En cuanto concierne al Sub Tipo 'A' Tradicionalistas, en igual manera sus características están apuntadas en la página 40 y resultan rasgos comunes de ellos, el tener una cierta confianza en que sus criterios y definiciones aparecen como encarnación del mejor derecho y por lo tanto de cierta indiscutibilidad su decisión. Desde este punto de vista hay una cierta tendencia al mesianismo judicial; además, su sesgo es por definición el de considerar que el modelo jurídico normativo judicial existente, es un resultado de tanta excelencia y bondad que hace que tenga que ser preservado de cualquier pretensión de intromisión o cambio.

2) T. Adorno requiere que la tipología esté orientada por un espíritu crítico en el sentido que abarque la tipificación del hombre en su calidad de función social. Indudablemente que siendo tipificaciones de actos judiciales que según venimos apuntando importan algún grado de desmarque, son un patrón ortodoxo de medida para dicha realización práctica que incuestionablemente importa a toda la ciudadanía porque las prácticas profesionales son las judiciales, lo que torna indiscutible que vayan dejando ellas un sello o marca en la sociedad. Dichas huellas del Sub Tipo 'A' Carismático, serán principalmente las de poder visualizar en sus comportamientos el síndrome del activismo judicial con todas las consecuencias que ello como tal puede tener ¹⁰⁸. En lo que concierne al Sub Tipo 'A' Tradicionalistas, sus huellas sociales quedan consumadas en su incuestionado originalismo jurídico.

3) Por último, señala el autor ya citado que los tipos deben ser útiles en el aspecto pragmático, de tal forma que lo pretendido con ellos es conocer no un mero capítulo especulativo, sino de que haya un aprovechamiento concreto de tales referencias. En el ámbito de las ciencias jurídicas y particularmente cuando nos internamos en el ámbito del derecho judicial, la totalidad de los comportamientos que puedan ser previsibles de los jueces en realidad resultan provechosos, justamente para poder hacer una cartografía proyectiva de lo que la sociedad puede esperar de dichos componentes del poder del Estado, como es el Poder Judicial.

Huelga ponderar que una comunidad judicial que se encuentre mayormente conformada con jueces del Sub Tipo 'A' Carismáticos, tenderá a ser más dinámica y flexible a los cambios; como que también, un Poder

Judicial sólo conformado por jueces de dicho perfil, al poco tiempo se convertirá en una realización anárquica. Como que si la mayor parte de ellos, fueran quienes integran el Sub Tipo 'A' Tradicionales, el mismo será un Poder Judicial refractario a cambios y con una previsibilidad absoluta, donde seguramente el imperio de la justicia se vería trocado por el de la seguridad jurídica y nada más. Ahora un modelo de derecho judicial sin jueces tradicionales, importaría un espacio judicial en permanente nacimiento y por ello, sin mucha perspectiva de afianzamiento en el tiempo.

Efectuadas estas consideraciones, dejamos lugar a la anunciada Tabla Nº 3:

Nº Orden	Conducta - Judicialismo	Carácter
74	Hacer mostraciones de no-autoridad cuando ella existe	
63	Realizar una profusa información pública de resoluciones judiciales cuando tienen un notable contenido social	
75	No hablar claramente en las resoluciones	<i>In actis</i>
76	Hablar con esquemas profusamente entimemáticos	<i>In actis</i>
62	Recalificar los hechos fácticos de la demanda	<i>In actis</i>
73	Promover una morosidad indebida	
72:16	Afectar en la resolución la seguridad jurídica	<i>In re</i>
77	Invocar la <i>iurisdictio</i> en ámbitos no jurídicos	
78	Referirse el juez apodícticamente a materia no jurídica	<i>In actis</i>
71	Utilizar de argumentos de autoridad tomados de cualquier fuente	<i>In actis</i>
79	Realización de <i>obiter dicta</i> fuertes	<i>In actis</i>
80	Cometer vicios lógicos por sofismas y cuestiones endoprocesales del razonamiento	<i>In actis</i>
81	Juez careciente de formación técnica-Deslegitimación originaria, no haber sido nombrado adecuadamente	
72	Juez careciente de formación técnica-Deslegitimación derivada	
72:1	Juez sin competencia	<i>In actis</i>
72:2	Resolución con falla en congruencia con lo reclamado	<i>In actis</i>
72:11	Resolución que deviene arbitraria	<i>In re</i>
72:4	Resolución incomprensible comunicacionalmente	<i>In actis</i>
72:12	Resolución lacerante al sentido común	<i>In re</i>
72:13	Resolución extravagante	<i>In re</i>
72:14	Resolución reñida con elementos socialmente atávicos	<i>In re</i>
72:15	Resolución perturbatoria o afectatoria del <i>usus fori</i>	<i>In re</i>
72:17	Resolución provocadora de sorpresa social	<i>In re</i>

72:18	Resolución propiamente autoritaria	<i>In re</i>
72:19	Resolución que no atiende las normas procesales previstas	<i>In actis</i>
72:20	Actos procesales que no respetan el principio de bilateralidad y afectan la defensa en juicio	<i>In actis</i>
90	Incapacidad del juez para conducir y organizar un tribunal	
91	Ausencia de comportamientos morales acordes a la función judicial	
91:21	Objetiva falta de idoneidad moral del magistrado	<i>In re</i>
91:22	Excesos verbales del juez	<i>In re</i>
91:31	El <i>dictum</i> de la resolución controvierte una resolución anterior	<i>In actis</i>
91:32	No existe suficiente claridad en la orden o <i>dictum</i>	<i>In actis</i>
91:33	No existe suficiente autoridad moral para el <i>dictum</i>	<i>In actis</i>
91:34	Desde una moral social media, la resolución aparece cuestionable	<i>In actis</i>
91:35	Desconocimiento de la ética de mínimos socialmente aceptada	<i>In actis</i>
51	Resolución donde la mayoría es fuertemente criticada y la minoría goza de aceptación y ponderación	<i>In re</i>

V. Aproximación al judicialismo o autoritarismo judicial

1. Siguiendo el esquema que hemos adoptado, nos vemos impuestos metodológicamente de hacer algunas precisiones en particular sobre el autoritarismo judicial o judicialismo y si bien, no estamos en condiciones de formular una analítica semejante y completa como fuera lo concerniente al concepto de la autoridad, al menos algunas precisiones serán de utilidad para poder justificar las consideraciones que venimos sosteniendo.

Ya destacamos que la manera correcta de referirse al fenómeno que venimos invocando como “autoritarismo judicial” es el de “judicialismo”, a lo dicho agregamos que es debido en razón de que en tanto se escarba en el mismo concepto proporcionado generalmente para el autoritarismo político y luego, se quieren trasladar para el ámbito judicial dichas conclusiones, con lo cual se obtiene que dichas correlaciones encuentran fuertes y necesarias asimetrías entre el espacio disciplinar político y el que corresponde a las ciencias jurídicas. Por ello el concepto de “judicialismo” reflejaría una conducta propia mediante la cual los jueces comenten actos autoritarios; pero que no tienen que ser asociados derechamente con el concepto político de autoritarismo; pues por definición de esta connotación disciplinar, difícilmente se puede obtener un resultado que resulte bondadoso para el bien común sin perjuicio que lo pueda ser, para una

pequeña cantidad de integrantes de ella. Mientras que en el judicialismo no necesariamente el efecto que se causa socialmente habrá de ser negativo, en algunos supuestos éste podrá importar positividad social, sea ella actual o futura.

Por otra parte y sin ánimo de reiterarnos en lo dicho, y sólo como síntesis, destacamos que el autoritarismo judicial habitualmente no se presenta en una forma constante, es más, en algunos supuestos ni siquiera existe alguna intencionalidad por parte del juez de ejecutar dichos actos y mucho menos se puede consignar que como consecuencia de ellos, se pueda continuar algún tipo de beneficio personal para el magistrado. Tal como se puede advertir, dichas variables muestran claramente la no homologación con el autoritarismo político, que por definición no se puede comprender sin una reconocida y proclamada intencionalidad de serlo y, generalmente, está asociado a un grado de beneficio personal y cuantificable, de tal manera que entre el antes de ser autoritario y el después de serlo, éstos se advierten en modo incuestionable; lo cual como hemos dicho, no se materializa en el judicialismo.

Lo cierto es que se trata de una patología relativamente severa de la práctica profesional y que como habitualmente termina siendo cumplida en un marco de tan poca asiduidad por el mismo magistrado, es que a veces se ve muy dificultoso el proceso reconstructivo de ello. Justamente el carácter esporádico del judicialismo, hace que la mirada no atentamente dispuesta en ello no lo pueda percibir con alguna claridad y por lo tanto, sea en términos generales un capítulo acerca del cual, no corresponde ocuparse; salvo que ya tenga una entidad tan considerable o una reiteración de tales comportamientos que la única terapéutica que se encuentra posible de aplicar a la desviación para el supuesto de tener un efecto negativo, sea la misma exclusión del sistema judicial del magistrado, para lo cual será incorporando el mencionado comportamiento dentro de la genérica causal del mal desempeño en el cargo ¹⁰⁹.

De todas maneras no se puede dejar de considerar, que ambos extremos que acaban de ser indicados, esto es: la inadvertencia o la exclusión, no resultan *grosso modo* adecuados para una política socialmente suficiente. En realidad, no se compadecen dichos proceder con un estado de derecho en donde lo que resulte tener intrínsecamente un efecto negativo pueda llegar a quedar al margen de una política rectificatoria correspondiente por el solo hecho de que sea el acto de judicialismo de naturaleza esporádica. En todo caso, dicho resultado de inadvertencias lo único que demuestra es la falta de controles adecuados para el seguimiento de la actividad jurisdiccional por parte de quien tiene competencia material para ello y que está claro que en modo alguno, pueden ser, los medios de comunicación masivos.

Como tampoco resulta aceptable, que la reacción socio-política sea espasmódica promoviendo sin más la exclusión del sistema al magistrado que cometiera el acto jurisdiccional autoritario aislado en la medida que no quede ostensiblemente demostrada la misma causal de destitución. Entendemos que seguir el mencionado mecanismo puede resultar desmesurado, y la relación costo judicial/beneficio societario no se advierte equiparada. Y más aun, atento a la inmediatez del acto de judicialismo y el efecto espasmódico de la promoción del enjuiciamiento, resulta que todavía no se han podido decantar claramente los efectos positivos o negativos del acto. En este punto no se puede desconocer que las lecturas que desde la ética de la convicción o de la responsabilidad a un mismo supuesto, pueden

ofrecer perspectivas y por ello juzgamientos muy diversos ¹¹⁰.

Además, cabe agregar que resulta más costoso al sistema judicial el destituir un juez a buscar un tránsito por los caminos intermedios de solución y que pasan ellos, no sólo por intensificar las labores educativas y formativas de los mismos jueces sino también, por la aplicación de las sanciones correspondientes que tanto desde el ámbito de lo disciplinar como del moral existen, pero que no utilizados en su tiempo adecuado y en su densidad correspondiente muestran un panorama de inercia incorrectiva ante realizaciones disfuncionales.

A la luz de las mencionadas consideraciones y en orden a la búsqueda de la etiología del judicialismo, la primera cuestión que parece adecuada resolver es si dicho fenómeno puede ser debido a algún tipo de debilidad en la misma estructura del sistema de administración judicial o si por el contrario, queda reservado exclusivamente a los perfiles emergentes de la personalidad de cada uno de los jueces ¹¹¹.

Indudablemente que no estamos en condiciones de poder brindar una respuesta definitiva a ello, porque la argumentación desborda en campos epistemológicos involucrados que superan nuestra propia competencia y tampoco contamos en lo inmediato, con los estudios de campo que nos permitirán orientar una demarcatoria con un valor estadístico suficiente de la personalidad judicial estándar y luego a partir de ella, intentar establecer los rangos por encima y por debajo que deben aceptarse de tolerancia judicial por supuestos doctrinales, jurisprudenciales y consecuenciales innovativos. Dichos rangos de tolerancia judicial a su vez, se establecen tomando parámetros de diferentes variables que un mapa sociológico específico acorde a condiciones de tiempo, lugar y personas se puede construir *ad hoc*, para lo cual resultará de indudable valor, conocer los niveles de confianza pública en la justicia como así también, el grado de expectativa social colmada por el sistema de administración de justicia.

Es decir que una sociedad civil determinada, podrá tener mayor o menor tolerancia judicial en razón de la misma idea colectiva que ella tenga del Poder Judicial la cual a su vez, se ha reforzado a la luz de los propios éxitos y fracasos que le ha finalmente deparado; como así también por la incidencia positiva o negativa que hayan podido ejercer los medios de convicción en el propio agregado social, habiendo de alguna manera, mutado con ello el viejo objetivo kantiano del buen uso público de la razón que inicialmente aspiraba y se reducía a hacer pleno el ejercicio de la libertad de informar y recibir información y que con el tiempo, fuera modificándose en su tésis hasta convertirse en el hacedor de las mismas preferencias de los informados y por lo tanto a manipular sus mismas elecciones ¹¹².

A tal efecto cabe señalar que la gimnasia efectiva y que genera aspectos inmutarios en la sociedad civil a dichos procesos de concientización social, es la generación de un espíritu tan crítico como reflexivo, lo cual supone un ejercicio de ciudadanía que a veces los integrantes de la sociedad no están dispuestos a brindar ¹¹³, mas ello también les debería llevar a ser conscientes de la limitación que importa para los futuros juzgamientos de los diferentes funcionarios públicos que ejercen algún grado de dominación sobre ellos, por caso la de los jueces.

Un Poder Judicial debilitado en el imaginario colectivo de lo social, difícilmente pueda ser tolerado mucho tiempo en sus reiterados desaciertos de jueces autoritarios; mientras que a otro que goce de una alta valencia de

tolerancia cívica, difícilmente dejen pasar sin cuestionar un gesto de autoritarismo jurisdiccional pero en función de dicha confianza en el sistema, tampoco pondrán al magistrado en cuestión en un grado de extrema preocupación y por ello de inocultable evidencia de remoción.

Indudablemente que los aspectos que se hunden en la psicología individual de cada magistrado, estudiados en su profundidad, no sólo permitirán conocer una matriz psico-social de la magistratura sino, además, que ayudarán en grado máximo a tomar estado de las razones profundas de por qué los jueces definen las decisiones como lo hacen y realizan las elecciones en tal o cual sentido; todo ello más allá de la aún excelente fundamentación que exista en el nombrado pronunciamiento¹¹⁴. En este nivel de análisis, la justificación de la resolución si bien no se puede considerar una cosmética de ella, está claro que no refleja siempre y nunca completamente, el auténtico fundamento de la decisión¹¹⁵.

Seguramente que estudios confiables de fenotipos y genotipos psicológicos de jueces, habrán de deparar respuestas que hoy desconocemos y seguramente mucho sorprenderían y moverían a cambios profundos en la manera de hacer las selecciones de los magistrados o de comprender que la propia esencia de la función judicial tiene un plus que se ubica extramuros de la sola realización de dictar resoluciones. El componente humano en nuestro parecer, es sin duda el dato que singulariza en modo notable el fenómeno del autoritarismo judicial o no¹¹⁶. Se puede afirmar que éste es siempre una cuestión de carácter o personalidad autoritaria a lo cual colabora en manera notable, la existencia de ciertas condiciones socio-culturales, que en última instancia son propiciadoras de lo que ha sido nombrado, justamente por tales aspectos, como el autoritarismo cognitivo¹¹⁷.

En esta línea, el libro ya citado de T. Adorno y el resto de colaboradores así lo demuestra; mas lo nuestro hoy no es indagar en la psicología de los jueces para saber si existe una patología que por alguna razón se desencadena y produce un resultado que jurisdiccionalmente puede ser nombrado como autoritario. Por lo que y abortado el mencionado camino y del cual sólo podemos conocer su silueta por algunos aspectos reflejos, fragmentarios e indiciarios; no nos queda otra vía de acceso que avanzar por lo que estamos en condiciones de auscultar de una manera directa como son las propias condiciones estructurales, administrativas y políticas en donde se cumple la jurisdicción para con ellas a la vista, poder conocer condiciones que permitan describir, analizar y rectificar si correspondieran comportamientos autoritarios o judicialistas.

En el sentido indicado no se puede dejar de considerar que por regla general, un comportamiento autoritario está vinculado con una cierta realización que la mayoría de las "personas neutrales" que conforman una sociedad determinada habrán de reprobar con clara firmeza argumentativa. De esta forma es que aparece que los comportamientos así realizados, devienen reñidos *-prima facie* al menos- con una estimativa deliberada democráticamente, sin perjuicio de reconocer que el juez en muchas ocasiones, tiene que cumplir con actos jurisdiccionales que son propiamente contramayoritarios, pero que están orientados a realizar la defensa de minorías excluidas que no pueden ser reparadas por ninguna otra propuesta.

Lo democrático deliberativo entonces, como genuino antídoto al autoritarismo político y al judicialismo sin más, viene de la mano de al

menos la existencia de un control parlamentario efectivo, de un esquema político pluripartidario y una adecuada periodicidad en la elección de autoridades. Al menos con las indicadas variables en ejecución, se podrá inferir, que los comportamientos autoritarios tienen la gráfica de un segmento esto es con un inicio y un final, lo cual no es lo mismo a su inexistencia, sino sólo de un ejercicio de control suficiente. En un régimen democrático, un autoritarismo político *sine die* es una evidente incompatibilidad, como también lo sería un judicialismo incontrovertido y falto de respuesta por quienes tienen el deber de estar atento al mismo.

Profundizando en el ámbito de lo judicial, es sabido que no se trata el Poder Judicial de una estructura que pueda ser considerada políticamente democrática, en todo caso es más monárquica que otra cosa, dicho ello desde el punto de vista que los jueces no son elegidos mediante ningún ejercicio popular de votación ¹¹⁸, pues tampoco tienen periodicidad en sus cargos sino que lo conservarán mientras su conducta profesional sea social y políticamente admitida y no quede incurso en alguna causal de destitución, como tampoco pueden ser objeto de persecución por el contenido de sus resoluciones ¹¹⁹. Sin embargo, en los últimos años hemos visto este último aspecto seriamente dañado y posiblemente en el futuro se encuentre totalmente destruido con el pesar que ello significa, porque entrará en crisis el mismo paradigma de la independencia judicial ¹²⁰.

Tales aspectos -reiteramos- están dispuestos en función del aseguramiento de la propia independencia judicial y es una garantía del justiciable y no una prerrogativa del juez, y que es bueno que sea promovida y protegida; porque su debilitamiento es indudable que generará tendencias que faciliten espacios para el crecimiento de semillas de autoritarismo judicial. De la misma manera que es grave cuando dichas garantías constitucionales son interpretadas por los jueces en clave de beneficios particulares y correspondidas por el solo hecho de integrar el mencionado estamento profesional.

Cuando el último supuesto se advierte vigente, es una vez más la sociedad civil quien debe operar sobre el Poder Judicial para que éste fortalezca los espacios endógenos de control judicial y para lo cual, los códigos de ética judicial y un adecuado funcionamiento de un tribunal deontológico puede resultar de una máxima eficacia y gran ayuda para que con ello a la vista realice un adecuado discernimiento moral el magistrado, como también sirva para orientarlo en orden a tratamientos sociales en concreto ¹²¹.

Dentro de la misma gama de soluciones internas al Poder Judicial y que se orientan en la generación de prácticas de frenaje respecto de comportamientos autoritarios, los centros de capacitación judicial deberán ordenar parte de sus agendas de capacitación, perfeccionamiento y actualización a las áreas vinculadas con tópicos que pueden tener mayores grados predisponentes a comportamientos autoritarios por los jueces, a cuyo fin, la generación de talleres y el mismo emplazamiento de un observatorio de seguimiento permanente de tales conductas judiciales, serán elementos que colaborarán activamente para una mejor respuesta jurisdiccional y posiblemente con menores sesgos de judicialismo. De esta manera, no dudamos tampoco que se cubrirán las dos especies de autoridad que han sido consideradas -epistemológica y deontológica- y por ello de sus excesos. Y si bien no están contenidas en dichas especies, la totalidad de actitudes autoritarias que desde la judicatura se pueden

cometer tal como se demuestra en la Tabla N^o 3, al menos se trata de una franja importante de cobertura.

Ello se comprende mejor, al menos desde lo que concierne a la autoridad epistemológica toda vez en que si entendemos que el término "autoritarismo" connota aquellas situaciones en donde las decisiones son tomadas por quien ejerce el poder sin la participación o el consentimiento de los subordinados ¹²² y lo traspolamos al ámbito judicial en el cual es cierto, que no se precisa de la aquiescencia de las partes para el dictado de la resolución; es obvio que mientras más razones sean brindadas y la autoridad se ejerza con mayores aportes de persuasión resultará en dicho ejercicio de autoridad más lejana, la posibilidad de ser ella una concreción autoritaria o judicialista.

2. Acorde a lo que fuera señalado en el apartado anterior, de los diferentes modelos de dominaciones legítimas que han sido clasificados por Max Weber advertíamos que al mundo judicial le corresponde en manera incuestionada la que se nombra como legal. Puesto ahora el foco de análisis en la clasificación de los excesos de la autoridad judicial, esto es judicialismo; se puede reconocer una taxonomía que sobre dicho patrón mayúsculo de dominación legal se subdivide en: 1) racional propiamente, 2) carismática y 3) tradicional.

Existen jueces cuyo único desvelo es cumplir sólo con la norma y están dispuestos a realizarlo a cualquier costo. Esto significa, magistrados formados en una cultura normativista que vinculan en manera casi excluyente el mundo judicial con el modelo normativo; de allí entonces que tampoco se haya generado en ellos ninguna inquietud por los comportamientos que trascienden la positividad. De esta forma, el perfil del juez y su realización judicial, se reduce al puro cumplimiento de su actividad pública profesional y sus actos privados con trascendencia pública al no ser atrapados por norma alguna, quedan -en su ideario- a la sazón de lo que se sienta inspirado profesionalmente. En función de ello, estos jueces del Modelo Legal - Sub Tipo Racional, son proclives a tener actos jurisdiccionales autoritarios por afectaciones a la autoridad deontológica propiamente.

Están aquellos otros, que sin dejar de reconocer lo vertebral del sistema judicial en cuanto que es reglado y formal; no ignoran que es la misma realidad socio-cultural la que impone en ciertas ocasiones de roles protagónicos de la magistratura y que no están suficientemente diagramados o contenidos en las normas por lo cual la apelación que a ella se pueda hacer, deja un ámbito de insatisfacción e injusticia. Todo lo cual impone que el rol del juez, deba ser activo para poner la jurisdicción en el lugar que corresponde y por lo tanto, generándose con ello, los movimientos de lo que ha dado en llamarse como el "activismo judicial" ¹²³.

Activismo que en una realización excesiva y personal, convierte al juez en el centro de tal actuación debilitándose el resultado de ella, con la cual se advierte que ha mutado el centro de interés de la realización judicial que estaba orientado por aquello que la norma no contemplaba y que por ello, debió ser asumida como una realización por hacer por parte del propio magistrado; a ser el mismo juez el foco de toda atención y no los emplazamientos mismos que por el activismo se realizan. Puede ocurrir entonces, que jueces del Modelo Legal - Sub Tipo Carismático tengan comportamientos potenciados referidos al activismo judicial y que con ellos realicen actos jurisdiccionales autoritarios.

Finalmente, quedaría por destacar una tercera categoría de jueces que si bien responden también al modelo de dominación legítima legal, tienden a potenciar en sus actos profesionales un predominio no ya meramente por su legalidad, sino por la conservación de los resultados jurisprudenciales existentes. Esto es, son cultivadores de un modelo anglosajón llamado de los originalistas ¹²⁴, con lo cual cierran los caminos exploratorios a nuevos espacios de la realidad y que desde la ley no tienen una adecuada acogida y que por lo tanto, sólo podrían ser atendidos, bajo una interpretación dinámica de las normas. El no hacerlo de esta manera, termina convirtiendo al resultado jurisdiccional en cuestión en autoritario porque en realidad el defecto está, en que no realiza el magistrado un acompañamiento de una determinada realidad social, cuando en rigor estuvo ello a su alcance de ser efectuado. Estos jueces integran el Modelo Legal - Sub Tipo Tradicional.

Proponemos un resumen más o menos completo de lo que hemos indicado en la siguiente Tabla N° 4:

JUDICIALISMO

CAUSALIDAD	MODELO DE DOMINACION LEGAL	HUELLA SOCIAL NEGATIVA/POSITIVA I
Deslegitimación Epistemológica	Sub Tipo Carismático	Activismo judicial
Deslegitimación Deontológica	Sub Tipo Racional	Separatismo moral
Autoritarismo Cognitivo	Sub Tipo Tradicional	Originalismo jurídico
	Personalidad del Juez	

HUELLA SOCIAL NEGATIVA/POSITIVA II

Por la función judicial	Causalidad en estructura del sistema judicial
Por el resultado de la Resolución	- Causalidad en ideologías políticas del juez - Causalidad asentada en la pretensión de cambio
Por la personalidad del juez	Causalidad en la confusión en el manejo de las relaciones con el poder

VI. Conclusión provisoria

Proponemos para cerrar la propuesta ensayística que nos ha ocupado, el destacar que nos hemos preocupado de acompañar al marco teórico una suficiente presentación de casos judiciales que han sido motivo de noticias en principales diarios de la República Argentina. En realidad hay que destacar, porque sólo ha sido dicho en forma tangencial antes, que las noticias -periodísticamente hablando- han dejado hace ya tiempo de ser un espejo de la realidad, sino que en realidad es la noticia la que está definiendo y redefiniendo en modo permanente a los fenómenos sociales¹²⁵ y por ello, la consideración que del mundo jurídico se pueda hacer a partir de ellas, no es un dato que pueda ser soslayado en el análisis completo de un fenómeno concreto, como es el que hemos intentado considerar del judicialismo.

Hemos dicho más arriba, que las informaciones periodísticas en cuestión, por la entidad de lo considerado en ellas, judicialmente hablando, han causado en un nivel de ortodoxia media y tal como corresponde a un auditorio universal y razonable, al menos una "atención significativa" y es a partir de dicho dato, que se puede llegar a colegir la existencia de un comportamiento autoritario en cuanto exista reiteración en el mismo.

Estamos ahora en condiciones de amplificar aquella definición puesto que en realidad, sería esa connotación la menos elaborada del efecto psicológico de la nombrada información periodística. Luego en una escala de mayor penetración filosófica se pueden predicar dichos acontecimientos reflejados periodísticamente como naturalmente productores de lo que, la filosofía griega nombró bajo el concepto del "asombro", pues se trata de una realización que activa el espíritu y que invita a ser indagada en sus causas, reconocer sus segmentos morfológicos investigar por sus consecuencias.

Volviendo entonces a la medida de nuestra ensayística: atención significativa, resultará conveniente tener presente una definición de lo que es noticia, para que con ello a la vista resulte más simple nuestra explicación. Pues se entiende por tal, "*la representación social de la realidad cotidiana producida institucionalmente que se manifiesta en la construcción de un mundo posible*"¹²⁶. Lo cual nos lleva a sostener que la atención significativa ha sido generada en las informaciones que hemos registrado a lo largo de los 44 copetes periodísticos indicados en la Tabla Nº 2, ha sido porque, justamente dicha información incuestionablemente real -constructora de un *mundo real*-, porque como tal ha existido y existen personas que con ellas se han favorecido o perjudicado, pues que han venido a quedar desacopladas de un marco referencial que socio-culturalmente ha sido construido y aceptado y que por ello, goza en términos generales de una aceptación mayoritaria -se trata entonces del *mundo referencial*-, lo que tampoco quiere en modo alguno decir, que sean sus conclusiones siempre acertadas o razonables, son simplemente las que permiten encontrar las diferencias cuando son espejadas en ellas, los acontecimientos reales.

De la mencionada mirada confrontatoria que hemos realizado del mundo real con el mundo referencial, es que se obtiene no a manera de conclusión deductiva sino de inferencia posible, la construcción de un escenario futuro

diferente donde lo real termine imponiéndose sobre lo referencial; y es dentro de ese ámbito de lo que bien podría ser nombrado como el *mundo posible*, en donde tiene cabida el debate del análisis del judicialismo y que hemos explicitado en una serie de prácticas autoritarias judiciales que han quedado reflejadas en la Tabla N° 3 y bajo un total de 37 comportamientos.

De todas maneras no se puede dejar de señalar que nada obsta que los desacoples que hemos indicado como existentes entre el mundo real y referencial; en poco tiempo se vean totalmente superados y por lo tanto, la hipótesis judicialista del mundo posible pierda toda relevancia; ello es absolutamente posible en tanto se aprecie que las consecuencias socio-jurídicas y también judiciales que existen en el mundo real son siempre un resultado cultural -el derecho en viejas palabras del maestro Olsen Ghirardi es un fenómeno psico-socio-cultural¹²⁷- y por lo tanto, sólo el tiempo podrá denunciar hasta qué punto los valores referenciales siguen siendo un cartabón suficiente para establecer parámetros de comportamientos judiciales no tachables de judicialismo.

Hasta tanto las cosas se puedan modificar, es indudable que la detallada información periodística ha generado perspicazmente la mirada del asombro y la explicación no casual sino hasta dónde resulta posible causal de ello; y que si bien otrora fuera el admirarse¹²⁸ de la naturaleza lo que llevó a buscar sus explicaciones profundas¹²⁹, en una mayúscula menor escala, ha sido la misma admiración de lo publicado, la que nos ha permitido describir los comportamientos judicialistas enumerados.

Por otra parte, hemos significado que con independencia de cualquiera de las taxonomías referidas a jueces y que han sido formuladas más arriba en la Tabla N° 1, y acerca de las cuales también hemos dicho que existen niveles todavía no suficientemente investigados en ellas, como son los vinculados propiamente con la personalidad de los magistrados; los comportamientos judiciales autoritarios o de judicialismo sin más, son cometidos por jueces independientemente de la localización en los parámetros taxonómicos que fueran brindados más arriba. Así las cosas, si cualquier juez -carismáticos o tradicionalistas- puede llegar a tener comportamientos intoxicados de autoritarismo, el verdadero esfuerzo que los poderes judiciales deben hacer, estará en potenciar los esquemas inunitarios institucionales para evitar que la enfermedad aparezca o en el caso de ser existente, poder rectificar los rumbos con los menores desgastes posibles.

No conocemos definitivamente si los jueces son conscientes de que la sociedad advierte en ciertas resoluciones que ellos dictan y por lo tanto, conformando el mundo real, aspectos que rompen la continuidad de lo corriente y que así resulta a la luz comparativa de un mundo referencial suficientemente conocido y del cual, en algunas ocasiones deliberadamente otorgan razones por las cuales son dejados de lado dichos señalamientos y que cuando ello ocurre con cierta habitualidad e intencionalidad, resulta un comportamiento al que bien puede calificarse como autoritario, puesto que en muchos de los mencionados casos la misma obediencia que es natural al ejercicio de la autoridad, de alguna forma se advierte opacada, por esta suerte de dificultad en la inteligibilidad de la resolución por su falta de adecuación al mundo referencialmente aceptado como tal.

Siguiendo en cierta medida el mismo pensamiento de Carl Friedrich, se podría decir que tiene una alta valencia para la construcción de la autoridad y por lo tanto, para la aceptación de los pronunciamientos autoritativos, la existencia de buenas razones en una decisión antes incluso, que el mismo

prestigio de la persona que emite la orden. Diciéndolo de otro modo, el autor citado no duda en considerar -lo cual juzgamos exagerado- que la fuente de la autoridad, antes de residir en el emisor de la orden habría que colocarlo en la comunicación misma: *“Es la comunicación antes que el comunicador, la que posee el estricto sentido de autoridad”*¹³⁰. De todas maneras, la autoridad se desluce y su comportamiento es defectuoso, cuando dicha razonabilidad, que podemos juzgar bajo el prisma de mundo real-mundo referencial, no supera un test de suficiente concordancia.

Mas lo cierto y a la luz de la muestra que ha sido obtenida, es que estamos en condiciones de poder otorgar al menos una respuesta provisoriamente afirmativa a la misma hipótesis del presente ensayo, como es la aceptación de la existencia de comportamientos autoritarios en la judicatura de la República Argentina.

NOTAS

¹ No podemos dejar de mostrar nuestro público agradecimiento a los profesores María del Pilar Hiruela y José D’Antona, quienes leyeron la evolución de este trabajo y sin duda, que nos ilustraron con sus confiables aportes para su mejoramiento, en la misma manera el licenciado en Ciencias de la Información, Leonardo Altamirano, nos asistió en aspectos técnicos que sin duda, excedían y exceden nuestra preparación. Por último, debemos señalar que al trabajo, en una versión mucho más reducida, lo pudimos presentar a su discusión en la pasada Reunión de la Asociación Mundial de Decanos de Facultades de Derecho Jesuíticas “Francisco Suárez”, realizada en Córdoba, octubre de 2008 y donde también, encontramos aspectos que lo ordenaron mejor a lo previsto originalmente.

² Académico de número. Secretario del Instituto de Filosofía del Derecho, Director de Publicaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

³ Anota Aristóteles: *“Cuando están de desacuerdo, los hombres recurren al juez, pues ir al juez es ir a la justicia; y el juez quiere ser la justicia animada”* (Ética a Nicómaco, 1132a 19-22. A tal respecto ilustra Eduardo García Máynez que *“Si tomamos en cuenta estas palabras, no podemos dudar de que, para el Estagirita, ser justo es la virtud esencial del juzgador. Este no ignora lo que de él se espera; por ello aspira a que las partes lo vean como una encarnación de la justicia”* (“Imagen aristotélica del buen juez” en *Ensayos Filosófico-Jurídicos*, México, U.N.A.M., 1984, p. 389).

⁴ La mencionada tesis la hemos podido desarrollar en nuestro artículo “Justicia postergada igual a memoria herida” en *Victimología*, H. Marchiori (dir.), Córdoba, Grupo Editor, 2008, p. 13 y ss. Quizás uno de los casos más emblemáticos de jueces justos enfrentados con el sistema judicial que impide dicha realización sea el del juez Magnaud, presidente del Tribunal francés de Chateau Thierry a finales del siglo XIX; vide H. LEYNET, *Las sentencias del magistrado Magnaud - Reunidas y comentadas*, Madrid, Reus, 1909.

⁵ Un estado del arte en dicha cuestión en la República Argentina, puede ser consultado en E. CÁRDENAS y H. CHAYER, *Corrupción judicial - Mecanismos para prevenirla y erradicarla*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 48 y ss.

⁶ Para un estudio específico sobre el tema, se puede consultar A. SANTIAGO, “Régimen constitucional de la responsabilidad política de los magistrados” en A. SANTIAGO (dir.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Buenos Aires, Depalma, 2006, t. I, p. 33 y ss.

⁷ Con provecho se puede leer la edición crítica a cargo de Manuel García Valdés en *Aristóteles, Constitución de los atenienses*, Madrid, Gredos, 1984. Vide O. GHIRARDI, “La constitución de los atenienses - Los obstáculos contra la corrupción” en *Cuadernos de Historia* Nº 7 (1997), Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 29 y ss.

⁸ Entre algunas obras que ayudan a comprender dicho fenómeno, pueden citarse: A. NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, Barcelona, Trotta, 2007.

⁹ Siguiendo autores desde la sociología del poder, lo definen *“como la relación procesal entre dos partícipes modalmente caracterizada por (1) la influencia asimétrica, en la cual una perceptible probabilidad de decisión depende de uno de los dos partícipes, incluso a pesar de la resistencia del otro, y (2) por el predominio de las sanciones negativas (reales o en cuanto*

amenaza) como característica de la conducta del partícipe dominante” (R. SCHERMERHORN, *El poder y la sociedad*, Buenos Aires, Paidós, 1963, p. 29).

¹⁰ “Por lo tanto, tiende a establecerse una situación de autoritarismo siempre que los que detentan el poder lo consideran legítimo, pero no es reconocido como tal por parte de los subordinados. Y esta situación se acentúa cuando el detentador del poder recurre a la fuerza, o a otros instrumentos de poder, para lograr la obediencia incondicional que ya no logra conseguir con la creencia de legitimidad” (N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, *Diccionario de política*, Madrid, Siglo XXI, 1998, t. I, p. 124).

¹¹ Nos estamos refiriendo por ejemplo, a jueces con hábitos que no parecen los que el buen pensar aspira para que sean encarnados por un juez. En una sociedad de una textura cultural media, sin importar el continente, mucho sorprendería que siendo el juez varón, llevara una cabellera hasta la cintura totalmente desprolija, vistiera en manera ostensiblemente impropia -rayana en la mendacidad- y recibiera las audiencias, bebiendo una cerveza acompañada de un portentoso emparedado.

¹² En el fondo aquí subyace la no menor cuestión y propia de la deontología jurídica, que habla de la relación que debe existir entre el ser y el aparecer del juez. A tal efecto una buena orientación puede advertirse en la regla 4.3 del Código de Ética para Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Córdoba.

¹³ Se la ha definido como “el poder-deber del Estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico” (C. DÍAZ, *Instituciones de derecho procesal - Teoría de la jurisdicción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, t. II-A, p. 17).

¹⁴ Tres son las características de la jurisdicción: es inderogable, o sea que las partes no pueden disponer de ella; es indelegable, el Estado inviste a una persona para su ejercicio y ello es intransferible absolutamente; finalmente su unidad, esto significa que se trata de una función única e indivisible, por lo tanto todos los que tienen jurisdicción la tienen completa y no fragmentada. Este último carácter no se pierde, en tanto que por razones de organización y/o especialización se determinen competencias diversas, tanto vertical como horizontalmente.

¹⁵ En esta pequeña consideración del juez “haciendo el derecho”, se asienta el núcleo central de lo que hoy se ha venido a nominar como “derecho judicial”. Desde una aproximación instrumental si se quiere, se puede decir que el derecho judicial es el conjunto de prácticas profesionales que se cumplen -estatutariamente previstas en la mayoría de los casos- en el ámbito del espacio judicial y que por ello, quedan legitimadas como tales. Dichas prácticas se realizan acorde a ciertas rutinas institucionalizadas que las hacen previsibles, sin perjuicio de que queda en manos de los jueces, un amplio margen de discrecionalidad también.

Desde una perspectiva más sustancial hay que decir que los modelos normativistas están siendo desplazados por modelos judiciales más flexibles y ajustados a la realidad y que se generan en el mismo acontecer de la razón práctica que busca por encima de la letra de la ley, la respuesta que en el caso sea la más equitativa y que genere la menor cantidad de consecuencias y colaterales dañosos o afectatorios al bien común.

Aparece en esa consideración la construcción de que el derecho no ha quedado terminado con la sanción de la ley, sino que se convierte en una obra colectiva tal como diría Michel Villey que precisa del juez, como último colaborador constructivo para que el mismo pueda ser, efectivamente aplicado. El nombrado autor, apuntando nuestra afirmación, postula que es propiamente con el juez cuando nació el derecho y sin él no hay derecho, sentencia “No puede haber derecho sin juez” (*Compendio de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1979, t. I, p. 99).

Los ciudadanos, desde esta perspectiva, se deben preocupar más por la forma en que los jueces comprenden las leyes, que por la manera en que las sancionan los legisladores, tal como Ronald Dworkin promoviera. El derecho judicial no es el derecho creado por los jueces, en todo caso es el derecho conclusivo en la obra del juez y por lo tanto, la matriz fundamental sigue estando fuera del Poder Judicial pero en su concretización no puede estar fuera de los mismos designios de justicia concreta que el caso impone y que la razón práctica ilumina intelectivamente.

¹⁶ “Detentar (...) Retener alguien lo que manifiestamente no le pertenece. 2. Retener y ejercer ilegítimamente algún poder o cargo público” (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, p. 520, 3ª col.).

¹⁷ En realidad, la distinción se percibe con claridad si se advierte que la legitimidad es el principio que tiene la facultad de transformar una relación de fuerza como puede ser entendida la autoridad, en una relación de derecho. Estando el usurpador no munido de

ningún principio de legitimidad, su autoridad se condiciona por la fuerza y no por el derecho, en virtud de ello es que el sesgo de autoritario no le corresponde: toda su entidad es sólo fuerza.

Aclaremos también que la consideración efectuada en el párrafo, sería sólo aplicable al caso del autoritarismo judicial y quizás a ningún otro. No se nos escapa que en el ámbito político, el autoritario no resulta sólo como consecuencia de haber sido antes investido de un poder legítimo, bien pudo acceder a ese carácter de autoridad por un acontecimiento revolucionario y por ello no legalizado.

¹⁸ Sin perjuicio de otros desarrollos ulteriores, destacamos que “... la esencia de la autoridad es la conciencia social misma, en cuanto es permanente, activa, unificadora y responsable (...) La autoridad no es algo sobre impuesto a la sociedad, ni un factor extraño a la conciencia social. Es la misma conciencia social que afirma la exigencia de orden, pues sociedad es orden. La autoridad es la conciencia activa del orden” (L. STURZO, *Leyes internas de la sociedad - Una nueva sociología*, Buenos Aires, Difusión, 1946, p. 90).

¹⁹ Tal como se podrá advertir más adelante, existe una suerte de “autoritarismo aceptable” y otro siempre “rechazable”. La referencia de la exclusión del sistema es siempre por el segundo caso, el primero admite una tolerancia diferente en función de la misma dinámica de la ciencia jurídica y la jurisprudencia que va orientando en muchos supuestos la misma dogmática jurídica.

²⁰ Se ha profundizado el estudio de dicha causal con importantes consecuencias prácticas en la obra de A. SANTIAGO, *Grandezas y miserias en la vida judicial - El mal desempeño como causal de remoción de los magistrados judiciales*, Buenos Aires, El Derecho, 2003.

²¹ Lo cual queda constatado por los diferentes índices de confianza en los poderes judiciales que son altamente negativos.

²² M. WEBER, *Economía y sociedad*, México, F.C.E., 2004, p. 170 y ss.

²³ A. KÓJEVE, *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2005, p. 41 y ss.

²⁴ G. PRETEROSI, *Autoridad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2002.

²⁵ Th. ADORNO, E. FRENKEL-BRUNSWIK, D. LEVINSON y R. SANFORD, *La personalidad autoritaria*, Buenos Aires, Proyección, 1965.

²⁶ H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza, 1987. Conocemos por referencia bibliográfica otra obra de la autora y que parecería estar más en línea a la presente temática así: “Qu’est-ce que l’autorité?” en *La crise de la culture*, trad. de Patrik Lévy, Gallimard, ‘Idées’, 1972, ps. 121-185.

²⁷ E. FROMM, *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1998.

²⁸ S. LIPSET, *El hombre político*, Buenos Aires, Eudeba, 1960.

²⁹ B. RUSSELL, *Autoridad e individuo*, México, F.C.E., 1961.

³⁰ R. SCHERMERHORN, *El poder y la sociedad*, Buenos Aires, Paidós, 1963.

³¹ G. RENZI, *Filosofía de la autoridad*, Buenos Aires, Deucalion, 1957.

³² Tiene autoridad un gobernador o un juez, quienes han accedido a dicho cargo después de cumplirse los requisitos jurídico-legales que a ello lo disponen formalmente.

³³ Un gobernador o un juez tienen una autoridad pública y legalmente dispuesta. El padre de familia que si bien tiene una autoridad impuesta por la ley sobre sus hijos en función de la patria potestad que ejerce juntamente con el restante progenitor, en su dimensión doméstica está investido de una autoridad de naturaleza patriarcal y por ello, no jurídico-legal. Al respecto señala J. Locke -que fuera uno de los primeros en dar forma a dicha idea- que “la autoridad que poseen los padres sobre los hijos se deriva de la obligación en que están de cuidar de ellos mientras se encuentran en el estado imperfecto, propio de la niñez” (*Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1960, Cap. VI del Poder Paternal, p. 79).

³⁴ En el clásico pasaje de San Agustín cuando indica que una banda de ladrones se compone de hombres que están mandados por un jefe, que están ligados entre sí por un pacto de asociación y que se reparten el despojo de sus latrocinios por el principio del consentimiento; pues sin duda que en el jefe está depositada la autoridad -acorde a los códigos internos de dicha banda- y si bien, no podemos decir que en ella hay derecho porque precisamente lo que falta es justicia (vide San Agustín, *La ciudad de Dios*, Libro XIX, Cap. XXI, 1), lo que resulta inocultable es la existencia de una autoridad que *ad intra* funciona claramente como legítima, aunque sea pasible de todo desconocimiento jurídico y por lo cual los maleantes no podrán invocar una acción de regreso sobre otro integrante, frente a una mala distribución de lo obtenido en un botín.

³⁵ J. BOCHENSKI, *¿Qué es autoridad?*, Barcelona, Herder, 1979.

³⁶ Define el autor citado -y luego de desarrollos que evitaremos- “que la autoridad es una relación lógica no unitaria, que media entre dos individuos reales y una clase de formaciones ideales” (J. BOCHENSKI, ob. cit., p. 40).

³⁷ De futuro nos habremos de referir a portador, sujeto y ámbito con la mencionada extensión.

³⁸ Una buena síntesis de dicho problema en K. ENGISCH, *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba, U.N.C., 1960.

³⁹ Ejemplifica nuestro autor de la siguiente manera: “Así, cuando el profesor de literatura inglesa es una autoridad para una de sus estudiantes, y ésta lo es a su vez para los niños de su escuela, en la que también enseña inglés, síguese que el profesor será asimismo una autoridad para los niños de la escuela” (J. BOCHENSKI, op. cit., p. 46).

⁴⁰ “Reconocer a alguien como una autoridad significa reconocer una superioridad inherente a dar un asentimiento incondicional, y creer que lo que la autoridad dice debe ser lo justo o correcto. Reconocer que alguien esta en autoridad implica desconocer una superioridad innata; puede involucrar un acatamiento a afirmaciones autoritarias y no requiere el creer en la justicia o adecuación de cada orden, aun cuando la obediencia sea obligatoria” (citado por A. CARTER, *Autoridad y democracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1980, p. 18).

⁴¹ Cabe destacar que hemos encontrado aportes muy sugerentes en esta línea de trabajo, en el artículo de J. TOHARIA, “¿De qué se quejan los españoles cuando hablan de su administración de justicia?” en *Ética del juez y garantías procesales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 99 y ss.

⁴² La mencionada “teoría del comportamiento judicial”, tal como nos encontramos orientando su estudio, presupone diferentes niveles de análisis, entre ellos: 1) el reconocimiento de la matriz psico-sociológica de los jueces, 2) modos de relacionarse con el acto sentencial: sentimiento y razonamiento, predisposiciones y prejuicios sobre cosas o personas, estructuración psicológica de la resolución y formato lógico de ella, 3) distancias o cercanías entre el acto de justicia interno y el externo, 4) maneras de ejercer el poder autoritario judicial, 5) construcción de muestras, perfiles y tipos en cada uno de los mencionados agregados.

⁴³ La doctrina alemana principalmente se ha interesado por dichos temas en la década del sesenta y fundamentalmente mediante dos líneas de estudio, una de ellas asentada en trabajos del campo empírico como son los de Wolfgang Kaupens quien desbarató la tesis en boga por dicha época de que el juez llevaba una imagen socialmente neutral y que se había consolidado de alguna manera, los estudios de Kaupens en su libro *El guardián del derecho y del orden. Procedencia social, educación y formación de los juristas alemanes. Un análisis sociológico*.

Recientemente se han comenzado a advertir dichos desarrollos en España y generados por la preocupación de los psicólogos, así hay interesantes consideraciones para la teoría del comportamiento judicial por parte de Miguel Soria quien intentando demostrar la importancia de la personalidad del juez ha indicado que “la relación de una persona con el sistema legal no se produce en el vacío sino que se trata de un proceso social, es decir, depende tanto de su conducta como del entorno en donde se desenvuelve. Para el psicólogo Kurt Lewin, esto puede expresarse en la siguiente fórmula: $C = f(p, e)$, esto es, la conducta se halla en función de la persona y del entorno (...) [el juez] es un profesional de la justicia pero también una persona con un sistema de valores y creencias que le permiten comprender, explicar y actuar en el mundo que le rodea” (M. SORIA, *Psicología y práctica jurídica*, Barcelona, Ariel, 1998, ps. 9 y 64 respec.).

Algunos estudios con aproximación a lo que aspiramos, pueden ser advertidos en F. FUCITO, *¿Podrá cambiar la justicia en Argentina?*, Buenos Aires, F.C.E., 2002; H. LYNCH, E. DEL CARRIL, J. MAZZINGHI, S. STANGA y A. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *La educación legal y la formación de abogados en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 1988. En ambos casos los estudios están más orientados a los abogados y la abogacía y no a los jueces y la sociedad.

⁴⁴ Un inmejorable repaso histórico por dicha búsqueda en F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del derecho*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1953.

⁴⁵ Ayuda a la comprensión del problema la siguiente consideración de Enrique Zuleta Puceiro cuando afirma que “Como saber de autoridad, la ciencia jurídica reproduce en su estructura interna las exigencias propias de su función en la sociedad. Su dimensión esencialmente práctica, dirigida al control social, la integración de conflictos o la distribución de autoridad se refleja internamente en su fortalecimiento de la función autoritaria de su paradigma y matrices disciplinares. Los resultados de la ciencia jurídica son, además de productos de la comunidad científica, instancias portadoras de una pretensión de vinculatoriedad respecto a la comunidad política” (“Teoría jurídica y crisis de legitimidad” en

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Nº 5 (1982), Madrid, p. 90).

⁴⁶ Ha señalado T. Adorno que *“Tenemos razones para buscar tipos psicológicos porque el mundo en que vivimos está tipificado y ‘produce’ diferentes ‘tipos’ de personas. Sólo mediante la identificación de los rasgos estereotipados del hombre moderno, y no negando su existencia, puede contrarrestarse la perniciosa tendencia a la clasificación y agrupación generales”* (Th. ADORNO, E. FRENKEL-BRUNSWIK, D. LEVINSON y R. SANFORD, *La personalidad autoritaria*, Buenos Aires, Proyección, 1965, p. 698).

⁴⁷ *“Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad. Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato determinado contenido entre personas dadas (...). La situación de dominación está unida a la presencia actual de alguien mandando eficazmente a otro, pero no está unida incondicionalmente ni a la existencia de un cuadro administrativo ni a la de una asociación; por el contrario, sí lo está ciertamente -por lo menos en todos los casos normales- a una de ambas”* (M. WEBER, op. cit., p. 43). Otros autores prefieren profundizar en paralelo con la noción de poder la de que éste sea legítimo. Así se escribe que *“no todo poder estabilizado en el que la disposición a la obediencia de manera incondicional se funda en la creencia en la legitimidad del poder. La autoridad (...), es el tipo de poder estabilizado al que llamamos poder legítimo”* (N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, op. cit., p. 120).

⁴⁸ *“Ha sido considerado críticamente la llamada voluntad de ser obediente en la relación de autoridad, puesto que, de aceptarse ella en manera definitiva, la desobediencia habitual o la inobservancia general de las normas, constituirán para quien ejerce la autoridad una razón para la pérdida de su legitimidad; lo cual si bien no es completamente cierto, no hay duda que genera un menoscabo a ella”* (N. BOBBIO, y M. BOVERO, *Origen y fundamentos del poder político*, México, Grijalbo, 1984, p. 28).

⁴⁹ Con la autoridad que caracteriza la opinión de Luigi Sturzo indica que *“La necesidad psicológica de la legitimidad de la autoridad, es tal que, donde falta un título adecuado, se hacen todos los intentos posibles para hallar un sustituto, dado que autoridad ilegítima sería una contradicción en los términos (...) Donde falla la tradición o el derecho, los hombres intentan nuevos títulos de legitimación (...) El modo de legitimación varía; pero la búsqueda de legitimidad, es necesaria si ha de subsistir el estado político”* (L. STURZO, *Leyes internas de la sociedad - Una nueva sociología*, Buenos Aires, Difusión, 1946, p. 199).

⁵⁰ La noción de *potestas* se vincula directamente con un poder de coacción, con la capacidad de imponer una voluntad que tiene una persona o un grupo. Cicerón al tiempo de predicar los componentes de la República romana se refiere precisamente a los tres conceptos que básicamente constituyen la misma matriz de estudio de este ensayo, así dice que dicha República es un *“equilibramiento de los derechos, de los deberes y de las funciones, tal que haya suficiente potestad (potestas) en los magistrados, autoridad (auctoritas) en el consejo de los primeros ciudadanos, y libertad en el pueblo”* (*Sobre la República*, 2,57).

⁵¹ La etimología del concepto *auctoritas* deriva del verbo *augere*: aumentar (vide E. BENVENISTE, *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*, Madrid, Taurus, 1983, voz *autoridad*). De allí se debe colegir que la autoridad es lo que otorga un “aumento” que resulta necesario para la validez de un acto emanado de una persona o grupo que no pueden por sí solos validarlo. Bien se ha indicado que *“La auctoritas es, por tanto, en primer lugar, un modo de acción política principalmente reservado al Senado. Pero hay que recordar que no se ejerce solamente en el ámbito político: importa al máximo en el campo religioso (la auctoritas de los pontífices o de los augures), en el del derecho (la auctoritas de los jurisconsultos) y en el de la familia (la auctoritas del padre de familia). Sin embargo, en ninguno de estos aspectos se presenta como un poder de mando. La auctoritas no ordena. Es la antítesis del imperium y de la potestas. Propone o rectifica. Ser auctor es tanto proponer como confirmar y garantizar”* (M. REVAULT D’ALLONNES, *El poder de los comienzos - Ensayos sobre la autoridad*, Buenos Aires, Amorrortu, 2008). Con mayor detalle y en la evolución histórica se puede ver en G. PRETEROSI, *Autoridad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2002, p. 5 y ss).

Son complejas las formas de explicar lo que conlleva la idea clásica de *auctoritas* y que los romanistas indican que resulta como “más que un consejo y menos que un mandato”, y que autores como Carl Friedrich refiere como *“la clase de consejo que no puede propiamente desatender, tal como el que experto da al profano, el presidente del parlamento a sus partidarios”* (*La filosofía del derecho*, México, F.C.E., 1964, p. 289). Contemporáneamente se ha entendido, que *auctoritas* implica *“la habilidad de ordenar respeto y acatamiento voluntario, tanto por gozar de una posición autoritaria como por gozar de calificación para dar un consejo autoritario”* (A. CARTER, op. cit., p. 21).

⁵² *“Obediencia significa que la acción del que obedece transcurre como si el contenido*

del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso únicamente en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal" (M. WEBER, op. cit., p. 172).

⁵³ El líder carismático "Atrae a su seguidor o seguidores no sólo por tener el así llamado magnetismo personal, sino porque corporiza, a menudo de manera original, los valores bien establecidos (o acreditados). Otro rasgo del líder carismático consiste en que su influencia se extiende, por lo regular, a un amplio círculo de individuos y se convierte en una fuerza social" (R. SCHERMERHORN, *El poder y la sociedad*, Buenos Aires, Paidós, 1963, p. 22).

⁵⁴ Anota a este respecto Norberto Bobbio que "En la relación de persuasión R adopta la conducta sugerida por C porque acepta los argumentos presentados por C en su favor; en la relación de autoridad, en cambio, R adopta la conducta indicada por C independiente de cualquier razón que pueda eventualmente aconsejarla o desaconsejarla" (N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, op. cit., p. 118).

⁵⁵ Vide E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El derecho, la ley y el juez- Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997, p. 38.

⁵⁶ Vide Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979; también J. DE ASIS, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

⁵⁷ T. Weldon ayuda a este concepto cuando indica que "el ejercicio de la fuerza o la capacidad de ser ejercitada con la aprobación general de los interesados es lo que normalmente ese entiende por legitimidad" (citado por A. CARTER, op. cit., p. 69). En un sentido semejante ha sido Carl Friedrich quien ha dicho que "la autoridad de una comunicación, ya se trate de un mandato, de un consejo, de una idea, se basa en la capacidad del comunicante para proceder a una exposición razonada. Toda genuina autoridad se basa en esa racionalidad de las expresiones de las que se dice que tienen autoridad" (*La filosofía del derecho*, México, F.C.E., 1964, p. 293).

⁵⁸ Vide M. WEBER, op. cit., p. 173.

⁵⁹ Vide M. WEBER, M., op. cit., p. 180.

⁶⁰ Cabe recordar que en el sistema napoleónico de organización judicial, se hacía radicar la garantía de la jurisdicción en que el juez es formalmente legitimado por razón de su investidura y del carisma. Indica De Miguel Garcilópez que se hablaba literalmente de "unción carismática"; vide "Ley penal y Ministerio Público" en *Estado de Derecho: Anuario de Derecho Penal* (1963), p. 266, citado por A. IBÁÑEZ, "Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción" en *Garantismo - Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Carbonell, M. y Salazar, P. (ed.), Madrid, Trotta/UNAM, 2005, p. 69).

⁶¹ Modernamente los autores señalan que se ha pasado de formas de "autoridad-dominación" (tradicional y carismática) a los modelos de "autoridad-oficio" (racional) y más contemporáneamente se habla de "autoridad-función" por la cual la autoridad, es entendida como "ascendencia en la conducta de los demás, depende de la competencia controlable y sometida a crítica" (vide K. HILLMANN, *Diccionario enciclopédico de sociología*, Barcelona, Herder, 2001, p. 63).

⁶² Se puede aprovechar una reflexión de Ferrajoli en la ocasión, cuando destaca que la jurisdicción como función judicial es una combinación de conocimiento -*veritas*- y de decisión -*auctoritas*-; la gestión del juez importará hacer que prevalezca el primero de estos aspectos como condición de legitimidad del segundo. De esta manera "la calidad de verdadero del saber judicial sobre el caso deja de darse por supuesta, y se hace pesar sobre el que juzga la carga de la justificación de esa propiedad de su actuación. Y, con ella, el presupuesto básico de la legitimidad del poder así ejercido, que dependerá de la corrección del *modus operandi*" (A. IBÁÑEZ, "Garantismo: una teoría crítica...", cit., p. 66).

⁶³ Vide I. DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 67 y ss.

⁶⁴ Generalmente quienes adscriben a dicha tesis, también alientan un modelo de garantismo que excede los marcos del derecho penal y de una mera garantía individual y lo colocan como una forma adecuada de aseguramiento de los derechos y de los correspondientes espacios hábiles para su ejercicio. Se habla entonces de un "garantismo dinámico" (confr. A. IBÁÑEZ, "Garantismo: una teoría crítica...", cit., p. 60).

⁶⁵ Tal aspecto ha sido ya evidenciado por diferentes procesalistas, en particular se ha dicho que "el diálogo judicial se transforma en una auténtica garantía de democratización del proceso, al impedir que el poder del órgano judicial y la aplicación de la regla *iura novit curia* redunde en instrumento de opresión y autoritarismo, sirviendo a veces a un mal explicado tecnicismo, con obstrucción a la efectiva y correcta aplicación del derecho del caso" (C. ALVARADO DE OLIVEIRA, "A garantía do contraditório" en *Do Formalismo no Processo Civil*, San Pablo, Saraiva, 2003, p. 237).

⁶⁶ Con dicha noción se quiere significar un proceso a través del cual, todo conflicto que se produce en el orden societario concluye con una pretensión judicial, en particular puede consultarse a G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Turín, Giappichelli, 1988, p. 144.

⁶⁷ Sobre este punto y siguiendo los aportes de Ferrajoli, se puede consultar a C. GARCÍA PASCUAL, *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Valencia, Edicions Alfons El Magnànim, 1997, p. 177.

⁶⁸ En este sentido puede ser vista con especial interés la consideración que ha hecho el procesalista Mauro Cappelletti en donde a la mencionada legitimación sustancial o material le promueve elementos de naturaleza procesal con lo cual, queda de alguna manera contenida o limitada. Señala el profesor italiano que hay que sumar las "virtudes pasivas de los jueces" y que son un conjunto de reglas procesales; en ellas en rigor hace radicar la esencia y legitimidad de la actividad jurisdiccional. Obviamente que debidamente atendidas ellas, se verían menos casos de autoritarismo judicial por exceso de la legitimidad sustancial de los jueces (vide *Giudici legislatori?*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 66).

⁶⁹ En modo sintético ha dicho Alejandro Nieto que "*Un juez conservador -nosotros en la nominación diríamos tradicionalista- estará siempre, en principio, a favor de la ley y el orden, de la vida y la propiedad; mientras que uno progresista -para nosotros carismático-relativizará la importancia de todos estos valores cuando esté en juego la libertad o la dignidad de la persona*" (*El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 423).

⁷⁰ También son conocidos como "jueces estrellas"; así se predica que "*Cuando el juez es más famoso que la justicia algo no funciona: cuando la justicia se convierte en espectáculo que tiene al juez como protagonista y supervedette, hay que echarse a temblar. La única explicación posible a la existencia del juez estrella es la necesidad que tiene la sociedad española de confiar en el gran líder político, que lleva a veces a considerarlo como una suerte de 'padrecito', se ha proyectado sobre la justicia*" (J. NAVARRO, *La judicatura*, Madrid, Acento, 1994, p. 23).

⁷¹ Vide A. NIETO, *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2004, p. 77. Otros modelos pueden considerarse en C. GUARNIERI y P. PEDERZOLI, *Los jueces y la política- Poder Judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999, p. 66 y ss., dichos autores proponen una relación de tensión entre la autonomía política y la creatividad jurisprudencial, sus designaciones son: juez ejecutor, juez guardián, juez delegado y juez político. También A. IBÁÑEZ, "Ética de la función de juzgar" en *Jueces para la Democracia*, Nº 40 (2001), p. 21; dicho autor indica el juez del poder y por otra parte el juez de los derechos. Otros autores prefieren modelos ideales únicos, por caso R. ASIS, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 150; su propuesta es la de juez razonable y en dicha persona sintetiza el plano de validez y de corrección del mismo.

⁷² Cuando decimos "ilustrarlos" a los tópicos a ser considerados, nos referimos no a la utilización de la jurisprudencia que será motivo de otro apartado particular; sino a la utilización de una fuente no jurídica sino claramente periodística, la cual se justifica en tanto el estudio iusfilosófico de la autoridad de los jueces, no puede quedar ceñido al ámbito disciplinar puro, sino también debe atender a la manera en que la función judicial repercute en la sociedad civil la que se encuentra mediatizada por el funcionamiento de los medios de comunicación. La mencionada aplicación consignamos al final del apartado bajo una tabla de referencia, a su vez en el texto individualizamos el supuesto con un número -no correlativo- que está escrito entre corchetes. Vide por las razones que acreditan el carácter de fuente histórica suficiente de los periódicos, G. BAUER, *Introducción al estudio de la historia*, Barcelona, Bosch, 1944, p. 455 y ss.

⁷³ Vide N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, op. cit., p. 118 y ss..

⁷⁴ Nos hemos referido al mencionado tema en particular en nuestro artículo "La politicidad de la judicatura" en Revista Jurídica Paraguaya, Asunción, La Ley, Nº 6, 2006, p. 633 y ss. Un estudio clásico del problema es el de F. OLGIATI, *El concepto de juricidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977. En el presente contexto nos parece muy atinado el párrafo que transcribimos de Carlos Cárcova, "*La función judicial es la función propia de un poder de Estado, esto es, una función política por antonomasia (...) La circunstancia de que ésta sea una tarea especializada, estilizada, basada en un complejo conjunto de conocimientos, técnicas y procedimientos que son parte de una muy larga tradición cultural, no le resta aquel carácter. Un paradigma jurídico definitivamente en crisis, de orientación formalista e instrumental, ha contribuido a mostrar sólo las dimensiones 'tecnológicas' del derecho y a escamotear, correlativamente, esas otras en las que este discurso social se despliega en su función de legitimación y organización del poder, es decir, en su función política*" (*Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996, p. 106).

⁷⁵ Vide G. SOAJE RAMOS, "Sobre la politicidad del derecho" en Boletín de Estudios Políticos, Nº 9 (1958), Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, ps. 70-116. También L. PEREÑA, *Hacia*

una sociología del bien común, Madrid, A.C.N. de P., s/f.

⁷⁶ “No se puede ejercer el autoritarismo en forma prolongada sin mostrar logros aceptables, es por eso que estos sistemas desarrollan generalmente una acción tendiente a conformar a la opinión pública. Al mismo tiempo recurren a mitos expresados en forma de enemigos públicos, como fue el caso de los juicios en la Alemania nazi, con el fin de que la sociedad se ampare bajo su autoridad en busca de seguridad” (J. DE LA VEGA, *Diccionario consultor político*, Buenos Aires, Librograf Editora S.R.L., 1991, p. 34).

⁷⁷ “Aplicado al discurso, el enfoque pragmático trata la cuestión de cómo se produce e interpreta el discurso en una situación específica” (J. RENKENA, *Introducción a los estudios sobre el discurso*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 36).

⁷⁸ Deliberadamente hemos querido significar la conceptualización de creencia y no de ideas, para ajustarnos a un aporte orteguiano de indudable valía. Dicho autor diferencia: ideas y creencias; las segundas no son siquiera el resultado de una labor intelectual previa, sino que “... constituyen la base de nuestra vida, el terreno sobre el que acontece (...) Toda nuestra conducta, incluso la intelectual, depende de cuál sea el sistema de nuestras creencias auténticas. En ellas ‘vivimos, nos movemos y somos’”. Mientras que las ideas, ideas-ocurrencias dice el autor, “podemos decir que las producimos, las sostenemos, las discutimos, las propagamos, combatimos en su pro y hasta somos capaces de morir por ellas. Lo que no podemos es vivir de ellas (...) En la creencia se está, y la ocurrencia se tiene y se sostiene. Pero la creencia es quien nos tiene y sostiene a nosotros” (J. ORTEGA y GASSET, *Ideas y creencias*, Madrid, Revista de Occidente, 1970, p. 17 y ss).

⁷⁹ Nos hemos referido a tales aspectos en nuestro trabajo “Aportes para una teoría fenomenológica de la decisión jurisprudencial”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, 2002, p. 35 y ss.

⁸⁰ Recuerda Alejandro Nieto el siguiente párrafo de Esser, quien dijera que el juez tiende “a ocultar la motivación real de su comportamiento, hasta tal punto que esos motivos, impulsos y objetivos primarios se niegan en buena conciencia y se rechazan con indignación (...) es fácil camuflar profesionalmente la motivación real con los motivos que se llaman jurídicos” (*El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 411).

⁸¹ “Así, la jurisdicción es identificada con el decir irrevocable del derecho en el caso concreto en cuanto función consustancial a todo ordenamiento, que requiere definir el derecho de forma irrevocable. Un poder judicial que está sometido a la ley y al derecho pero al que, además, se le vincula a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico, lo que configura un papel específico del juez que trasciende la vieja caracterización. Esta concepción estructural va acompañada de la visión funcional basada en la definición constitucional de las atribuciones que sirven para establecer los límites competenciales que acotan su núcleo integral, lo protegen respecto a injerencias externas y determinan, en negativo, los contenidos que no pueden superarse” (M. GARCÍA HERRERA, “Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional” en *Corrupción y Estado de derecho - El papel de la jurisdicción*, Andrés Ibáñez, P. (ed.), Barcelona, Trotta, 1996, p. 62).

⁸² “La operación procesal y decisional en la que más claramente se pone de manifiesto la interrelación entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo es la ‘calificación jurídica’ de los primeros, en definitiva su subsunción en una norma jurídica. Esta operación consiste en determinar si los hechos del caso coinciden con los definidos en el supuesto de hecho normativo” (F. EZQUIAGA GANUZAS, *lura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 81).

⁸³ Dejamos a salvo situaciones en donde la doctrina más autorizada ha señalado la existencia de la necesidad procesal de la flexibilización de la congruencia aunque no la recalificación de los hechos. Al respecto se puede consultar el estudio de R. FERNÁNDEZ, “La sentencia como órgano del control social del derecho en el pensamiento de Alfredo Poviña (Especial referencia al principio de congruencia)”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, 2004, p. 79 y ss).

⁸⁴ Obviamente que queda fuera del marco autoritario, cuando el juez otorga las razones suficientes acerca de la modificación de su criterio jurisdiccional. Allí torna justificado la no continuidad de una relación y de otra y por lo tanto, no se produce autoritarismo de tipo alguno.

⁸⁵ Son muchas las conceptualizaciones que acerca de ella se han brindado, orientamos nuestra elección por aquella que sostiene que se trata de un “estado psicológico de satisfacción, bienestar y tranquilidad que siente la persona al ser garantizados y realizados una serie de valores jurídicos” (L. MARTÍNEZ ROLDÁN, “La seguridad jurídica: realidad o ilusión” en *Jornada de Estudios sobre el Título Preliminar de la Constitución Española*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, p. 3352). También se ha dicho que “la seguridad jurídica en cuanto a las normas se manifiesta en la exigencia de conocer cuáles han de ser las consecuencias

jurídicas de una determinada actuación” (J. PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Madrid, C.E.P. y C., 1997, p. 38).

⁸⁶ J. BOCHENSKI, *¿Qué es autoridad?*, Barcelona, Herder, 1979, p. 53.

⁸⁷ Textualmente “dichos ocasionales”, “afirmaciones de pasada”. Destaca Víctor Herrero Llorente que “Suele referirse a la advertencia de un juez que, por no formar parte de un proceso, no está ligado” (*Diccionario de expresiones y frases latinas*, Madrid, Gredos, 1995, p. 316).

⁸⁸ Vide R. GARCÍA DAMBORENA, *Uso de razón - Diccionario de falacias*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, p. 247 y ss.

⁸⁹ La experiencia en la República Argentina, tanto en el orden federal como en el provincial, a la luz de lo que ha constituido los diferentes temarios formulados por los Consejos de la Magistratura para cubrir vacantes de tribunales en variadas instancias es que siempre han tenido supremacía absoluta los aspectos jurídico-técnicos, tanto del derecho sustantivo como del adjetivo. Posiblemente nuevas miradas sobre este problema, puedan traer también de futuro, una mayor preocupación por los aspectos éticos y deontológicos, con lo cual los jueces logren inspirar una mayor confianza social de la cual hoy, existe una clara carencia.

⁹⁰ A tales efectos, las conclusiones que se obtienen en una obra clásica al respecto son terminantemente negativas. Vide L. KOHLBERG, F. POWER, A. HIGGINS, *La educación moral - Según Lawrence Kohlberg*, Barcelona, Gedisa, 1997. Con una mejor orientación a los temas de ciudadanía y democracia, pero siempre sobre el esquema de Kohlberg puede consultarse J. RUBIO CARRACEDO, *Educación moral, postmodernidad y democracia*, Madrid, Trotta, 1996.

⁹¹ El concepto en la comprensión de Foucault -y que hacemos propio ahora- se explica del siguiente modo: “Problematización no quiere decir representación de un objeto preexistente ni tampoco creación por el discurso de un objeto que no existe. Es el conjunto de las prácticas, discursivas o no, que hace que algo entre en el juego de lo verdadero y de lo falso, constituyéndolo como objeto para el pensamiento (ya sea bajo la forma de la reflexión moral, del conocimiento científico, del análisis político, etc.)” (“Le souci de la vérité” en *Dits et écrits*, t. IV, p. 668 y ss. citado por R. CHARTIER, *Escribir las prácticas - Foucault, de Certeau, Marin*, Buenos Aires, Manantial, 1996, p. 121).

⁹² Nos hemos referido recientemente al punto en nuestro libro *Códigos de ética judicial - Discusión, realización y perspectiva*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 61 y ss.

⁹³ A. KØJEVE, *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2005, p. 36.

⁹⁴ Ejemplificando sería el supuesto en que A es portador de autoridad y le ordena a B -sujeto- que se retire de tal lugar, quien en vez de hacerlo, le pide una explicación acerca de tal orden para que la modifique. En tal caso, no sólo que no hay actuación debida por el portador, sino que el mismo sujeto se ha visto impuesto de cambiar su posición, puesto que ha tenido que explicar el contenido de la orden.

⁹⁵ La virtud fundamental de la democracia deliberativa -en conceptos de Carlos Nino- es la capacidad para transformar los intereses y preferencias de las personas a través de mecanismos de deliberación colectiva. También señala el autor citado, que a más diálogo deliberativo existen más posibilidades a lograr soluciones más imparciales que las que se pueden obtener mediante otro método (vide *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003).

⁹⁶ Vide J. WALDRON, “Deliberación, desacuerdo y votación” en *Democracia deliberativa y derechos Humanos*, Koh, H. y Slye, R. (comp.), Barcelona, Gedisa, 2004. Un estudio meticoloso respecto a mayorías y minorías en los últimos años en la C.S.J.N. se puede consultar en J. BERCHOLC y S. SANCARI, *La Corte Suprema en el sistema político*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 75 y ss.

⁹⁷ Dicho sofista sostenía que la ley y la aplicación de ella, era el resultado de la voluntad de los más fuertes sobre los débiles. Vide PLATÓN, *Gorgias*, 482-484.

⁹⁸ Obviamente que no se nos escapa en momento alguno, que la evaluación de la llamada “noticiabilidad” que los acontecimientos pueden o no tener y con independencia de los criterios que objetivamente la delimitan (vide a tal respecto F. BOCKELMANN, *Formación y funciones sociales de la opinión pública*, Barcelona, Gili, 1983, p. 65 y ss.); no puede soslayar la existencia de una lógica de un negocio rentable como es un diario y por lo tanto, no se escapa en modo alguno, el telos utilitario que pueda existir en él. Sin embargo, existen situaciones en donde los acontecimientos se imponen sobre la burocracia periodística y que estaría ello evidenciado, cuando a un cierto grupo de personas de quienes se supone cierta experticia en la materia de la cual la noticia está hecha, se conmueven y movilizan por ella. En pequeña síntesis, eso es lo que nos ha ocurrido con tales informaciones; en la lectura ampliada de las notas periodísticas y que no hemos puesto deliberadamente a la discusión

ahora, porque hacerlo, implicaría entrar en un rango superior del análisis y no el que ahora queremos trabajar, otorga más elementos todavía, para autorizar el estado de admiración por la noticia y que ponderado en su universo lleva a la conclusión provisoria que al final se apunta.

⁹⁹ Por caso, el Prof. Juan Cassagne se refiere al sistema judicialista como una característica propia de ciertos regímenes jurídicos. Así indica el autor que *“Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista comparado es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los estados y/o provincias, según los diferentes modelos constitucionales en litigio”* (“Las fuentes de la Constitución Nacional y el derecho administrativo” en L.L. t. 2007-E, diario del 6/9/07, p. 8).

¹⁰⁰ Acerca de la construcción de la realidad social por los mass media se puede consultar a E. VERÓN, *Construire l'événement. Les médias et l'accident de threee mile Island*, Minuit, París, 1981.

¹⁰¹ J. BUSQUET y L. SÁEZ, “Los ciudadanos y la justicia - Percepción y expectativas sociales ante el mundo de la justicia” en *Los roles de la justicia en el siglo XXI*, Barcelona, Artes Gráficas Torres, 2000, p. 158.

¹⁰² P. FERNÁNDEZ VIAGAS, *El juez imparcial*, Granada, Comares, 1997, p. 115 y ss.

¹⁰³ Ha señalado Miquel Alsina que *“la actividad periodística como un rol socialmente legitimado para producir construcciones de la realidad públicamente relevantes. Así pues, podemos establecer que los periodistas tienen un rol socialmente legitimado e institucionalizado para construir la realidad social como realidad pública y socialmente relevante”* (*La construcción de la noticia*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 30).

¹⁰⁴ Nos hemos referido en particular a ellas en nuestro artículo “Poder Judicial y medios de comunicación social - Torsiones permanentes”, La Ley, Buenos Aires, t. 2007-B.

¹⁰⁵ Vide E. COLOMBO, en *Prólogo* a la edición española de la *Personalidad autoritaria*, Th. ADORNO, E. FRENKEL-BRUNSWIK, D. LEVINSON y R. SANFORD, Buenos Aires, Proyección, 1965, p. 6).

¹⁰⁶ Ilustrativo resulta el siguiente párrafo en el cual, un especialista en temas de sociología jurídica desmiente el prejuicio a la categorización social, como también algunos cortes estamentales de jueces que sus resultados empíricos le han proporcionado; y si bien es cierto que ellos no están en la línea del autoritarismo judicial sino simplemente de actitudes de los jueces es igualmente disparador para otros estudios, por caso el nuestro.

Relata Alejandro Nieto que *“Schubert (The Judicial Mind, 3ª ed., 1965, 114) es perfectamente consciente de la relatividad de sus categorizaciones tipificantes por ello advierte con cautela que ‘claro está que ha de aceptarse que ningún hombre maduro puede ser descrito completamente mediante un puñado de características bautizadas, de variables ‘atributivas’ y de ‘actitud’. Sin embargo, es posible que cuando nos preguntemos por qué vota y sólo lo hace en un caso específico o en una serie de casos, un pequeño número de variables pueden servir para establecer aproximadamente lo que para él es importante, con precisión suficiente como para ser útil en el análisis del proceso o de adopción de decisiones”*. Con esta advertencia previa el autor hace cuadros de jueces con las siguientes características: experiencia principal política y jurídica, presidente que lo ha designado, afiliación a partido, orientación de actitudes política y económica. Los análisis sociométricos de actitudes los establece recurriendo a escalas lineares acumulativas y luego utilizando el análisis factorial y las escalas multidimensionales. Así es como termina identificando tres actitudes principales: el liberalismo y conservadurismo políticos, el liberalismo y conservadurismo económicos y el liberalismo y conservadurismo sociales. A partir de aquí, las investigaciones concretas fueron estableciendo y afinando posteriormente una serie de técnicas analíticas de base estadística: el estudio de lo ques (Pritschett), escalogramas (Spaeth, Grossman), cuantificación objetiva y predicción matemática (Kort, Nagel) y, en fin, análisis de trasfondos (A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 428).

¹⁰⁷ Th. ADORNO, E. FRENKEL-BRUNSWIK, D. LEVINSON y R. SANFORD, *La personalidad...* cit., p. 689 y ss.

¹⁰⁸ Elías Díaz indica que el activismo judicial es un resultado no querido de un fenómeno anterior y loable, mediante el cual, los jueces particularmente a partir de la mitad de la centuria pasada han puesto en realización el “movimiento de liberación de los jueces” a partir del cual, han entrado en interconexión e interdependencia con los demás factores sociales, políticos y económicos (en escrito preliminar al libro de R. TREVES, *El juez y la sociedad*, Madrid, Edicusa, 1974, p. 11). Acontecido dicho suceso se ha producido -se ha dicho- *“la pérdida de la inocencia política por parte de la magistratura [la que] ha llevado en muchas situaciones a una actitud de los jueces más comprometida con la voluntad de la sociedad y con los fines y fundamentos de la democracia, pero en otras situaciones ha constituido la plataforma sobre la cual justificar cierta arbitrariedad amparada en un peligroso activismo judicial”* (C. GARCÍA PASCUAL, *Legitimidad democrática y Poder Judicial*,

Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1996, p. 157).

¹⁰⁹ En nuestra Tabla Nº 2 nos hemos referido en el número 72:19 a dos casos producidos por el mismo juez y publicados en el diario La Nación con fechas 7 y 21 de agosto de 2008, en este segundo informe periodístico se agrega la siguiente información bajo el título “Avanza el juicio a Schiavo. La Plata. El jury de enjuiciamiento contra el juez de garantías de San Martín Nicolás Schiavo avanza y ya comenzó a constituirse el tribunal que deberá decidir si corresponde iniciar un proceso para su remoción. Por un lado, el Senado provincial sorteó a los integrantes de ese cuerpo que integrarán el jurado (...) El trámite se inició hace dos semanas con la denuncia del diputado (...), que consideró que Schiavo es responsable de haber beneficiado con prisión domiciliaria a Angel Fernández, uno de los acusados del múltiple homicidio del matrimonio Mansilla y sus pequeños hijos en Campana, ocurrido hace casi un mes”.

¹¹⁰ Conviene recordar en la propia lectura de Max Weber el problema de cada una de las éticas indicadas, así ha sostenido “... Tenemos que ver con claridad que toda acción éticamente orientada puede ajustarse a dos máximas fundamentalmente distintas entre sí e irremediamente opuestas: puede orientarse conforme a la ética de la convicción o conforme a la ética de la responsabilidad. No es que la ética de la convicción sea idéntica a la falta de responsabilidad o la ética de la responsabilidad a la falta de convicción. No se trata en absoluto de esto. Pero sí hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, tal como la que ordena (religiosamente hablando) ‘el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios’ o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción” (El político y el científico, Madrid, Alianza, 1981, p. 163 y ss).

Muchos autores han tratado en un esfuerzo de sincretismo encontrar las mixturas que parecen difíciles de poner en práctica entre ellas, más allá de la posibilidad de ser enunciadas teóricamente, por caso Eusebio Fernández ha dicho que “... el político debe actuar moralmente tanto según la ética de la convicción, flexible, racional y crítica, como según una ética de la responsabilidad que cuente siempre con razones que justifiquen moralmente los medios utilizados como la propia moralidad de las consecuencias” (Estudios de ética jurídica, Madrid, Debate, 1990, p. 130).

¹¹¹ Dice Norberto Bobbio que “En sentido psicológico, se habla de personalidad autoritaria para indicar un tipo de personalidad forjada por diversos rasgos característicos y centrada en la unión de dos actitudes íntimamente relacionadas entre sí: por una parte, la disposición a la obediencia celosa a los superiores y al respeto y a la adulación de todos los que detentan la fuerza o el poder; por la otra, la disposición a tratar con arrogancia y desprecio a los inferiores jerárquicos y, en general, a todos los que están privados de fuerza o de poder” (N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, op. cit., p. 125). También se ha dicho que “el autoritarismo, desde el punto de vista psicológico, es una tendencia general a colocarse en situaciones de dominación o sumisión frente a los otros como consecuencia de una básica inseguridad del yo. El sujeto autoritario ‘está dominado por el miedo de ser débil’, y por el sentimiento de culpa; ...” (E. COLOMBO, en Prólogo a la edición española de la Personalidad autoritaria, Th. ADORNO, E. FRENKEL-BRUNSWIK, D. LEVINSON y R. SANFORD, Buenos Aires, Proyección, 1965, p. 5).

¹¹² Una buena perspectiva del problema puede ser advertida en J. Gavalda, J. Bernardo y N. Pellisser (eds.), Justicia y representación mediática, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.

¹¹³ Con mucha definición se ha dicho, en particular considerando este aspecto, que la formación de ciudadanos en una sociedad mediática como es la nuestra, pasa en gran medida por hacerlos a ellos verdaderos sujetos éticos y que en orden a su relación con los medios, en convertirlos en consumidores éticos. Sin ello, se habrá de potenciar un vacío en donde “no hay protagonistas, sino vasallos de cualquier señor que tenga oportunidad de ejercer su poder, en este caso, a través de los medios de comunicación” (A. CORTINA, “Ciudadanía activa en una sociedad mediática” en Ética de los Medios, Conill, J. y González, V. (coords.), Barcelona, Gedisa, 2004, p. 30).

¹¹⁴ Estudios que trabajan en dicha preocupación aunque no necesariamente desde la perspectiva jurisdiccional y acerca de lo cual no tenemos referencias concretas, puede verse en F. SCHICH, Hacer elecciones - Una reconstrucción de la teoría de la decisión, Barcelona, Gedisa, 2000; J. SEARLE, Razones para actuar - Una teoría del libre albedrío, Oviedo, Nobel, 2000.

¹¹⁵ Se puede achacar que la mencionada consideración está realizada sin verdadero sustento empírico que le otorgue mayor consistencia. Ello no sólo que es cierto, sino que existen algunos estudios que parecerían desmentir nuestra apreciación, por caso los realizados por el juez Harry Edwards, quien presidió la Corte de Columbia en EE.UU. quien destaca que, “... a pesar de las grandes diferencias existentes en los antecedentes políticos y la filosofía personal de los jueces en su Corte, el 94% de los casos en el año que revisó fueron

resueltos sin disidencias (...) En menos del 10% de esos casos, el juez que se encontraba dentro de una minoría política hizo una disidencia. El juez Edwards escribe que aun en los casos que considera “muy difíciles” de decidir, casos que inevitablemente se vieron influenciados por la mirada del juez, sus creencias políticas, sociales y morales, la mayoría de los jueces se sintieron comprometidos a resolver el caso de una manera que se denomina *Principled fashion*, es decir, con el resultado determinado por reglas” (A. RUBIN, “¿Importa la ley? La respuesta de un juez al movimiento de la escuela crítica del Derecho” en *Academia*, Revista sobre Enseñanza del Derecho, Nº 4 (2006), Buenos Aires, p. 189).

¹¹⁶ Por caso, resulta útil traer a colación un estudio de similares características a las que venimos proclamando nosotros para el elenco de los jueces, el que ha sido descrito por Claudia Hilb y Matías Sirczuk, cuando han buceado en las razones por las cuales el modelo de hombre hobbesiano requería de la existencia del Leviatán. En cada uno de los mencionados modelos autoritativos que son formulados, se advierten diferencias acerca de por qué se obedece al soberano, así: hombres temerosos, hombres vanagloriosos, hombres vanagloriosos 1, hombres buscadores de gloria, hombres sabios, hombres moralmente virtuosos y hombres irreductiblemente vanagloriosos (*Gloria, miedo y vanidad - El rostro plural del hombre hobbesiano*, Buenos Aires, Prometeo, 2007, p. 36). No puede dejar de advertirse, que si bien la taxonomía está dispuesta en función de las razones por las cuales se obedece y no por las que se ejerce la autoridad o se manda; muchos de los perfiles de los obedientes hombres, permitirían esbozar también algunos criterios de por qué algunos jueces quieren ser obedecidos o hacen desviación de su autoridad.

¹¹⁷ Se entiende por autoritarismo cognitivo a la tesis que sostiene que “los rasgos de la personalidad autoritaria se basan simplemente en ciertas concepciones de la realidad que predominan en una determinada cultura o subcultura, que son aprendidas por el individuo a través del proceso de socialización y que corresponden de una manera más o menos realista a las condiciones efectivas de ida dentro de dicho ambiente social” (N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, op. cit., p. 131).

¹¹⁸ Si bien creemos que la judicatura no puede ser ejercitada adecuadamente cuando ella resulta de una compulsión electiva; toda vez que el eventual candidato no puede promover un programa diferente de lo que tiene en realidad que hacer, esto es, dictar resoluciones; toda otra cuestión sería claramente fuera de contexto. De cualquier forma, nos ha parecido interesante una propuesta que hace Andrés Ibáñez quien promueve una suerte de “justicia elemental” con “dimensiones auténticamente humanas, por la vía de un procedimiento flexible, sin sofisticaciones y artificios tantas veces absurdos, que se oriente por la vía de la futura y definitiva reasunción de la función judicial por la sociedad a través de sus propias articulaciones”. Dicha justicia, electiva en sus ejecutores, sería atendida por representantes directos de la sociedad (vide *Justicia/Conflicto*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 107).

¹¹⁹ Por el primer tema una buena muestra de ello se puede consultar en el libro de A. GELLI y M. SANCINETTI, *Juicio político - Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 65 y ss.

¹²⁰ Un análisis en particular de tal paradigma puede ser consultado en J. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, C.E.C., 1989.

¹²¹ R. VIGO, *Ética y responsabilidad judicial*, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

¹²² Vide N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, op. cit., p. 124.

¹²³ Han sido indicados los rasgos de un ‘sano’ activismo judicial por Jorge Peyrano bajo las siguientes variables: 1) El activismo judicial confía en los magistrados; 2) El juez es creativo y aporta nuevos institutos procesales; 3) Generan eco legislativo las innovaciones efectuadas; 4) El activismo judicial parece involucrar una dinámica de sus propios conceptos; 5) Se preocupan los activistas por una justa solución del caso y no por erosionar el sistema procesal; 6) Presupone el activismo una lectura diferente de la Constitución Nacional y 7) Deposita en los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas (J. PEYRANO, “Sobre el activismo judicial” en *Activismo y garantismo procesal*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, 2008, p. 11 y ss).

¹²⁴ “Básicamente, el originalismo sostiene que lo único que ha de regir la interpretación de la Constitución es la voluntad o intención de los constituyentes (...). Al intérprete, la Constitución le viene dada por la historia; en palabras de Berger, ‘la Constitución representa elecciones fundamentales ya hechas por el pueblo, y la tarea de los tribunales consiste en hacerlas efectivas, no en construir nuevos derechos’” (M. BELTRÁN, *Originalismo e interpretación - Dworkin vs Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989). Corresponde agregar también, y que mucho invocan los que sostienen dicho modelo y trayendo la incuestionada opinión de Hannah Arendt, que en el reino de lo político la antigua consideración clásica de la *auctoritas*, tendría su equivalente más próximo en la

contemporaneidad en la misma Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., puesto que hace la interpretación final de los padres fundadores a la luz de los problemas contemporáneos. Obviamente podría ser extendido a cualquier máximo tribunal de la República.

¹²⁵ Apunta en concreto G. Tuchman que *“la noticia no espeja la sociedad. Ayuda a constituir la como fenómeno social compartido, puesto que en el proceso de describir un suceso la noticia define y da forma a ese suceso (...) La noticia está definiendo y redefiniendo, constituyendo y reconstituyendo permanentemente fenómenos sociales”* (*La producción de la noticia- Estudio sobre la construcción de la realidad*, Barcelona, Gustavo Gili, 1983, ps. 197-198).

¹²⁶ M. ALSINA, *La construcción de la noticia*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 185.

¹²⁷ O. GHIRARDI, *Lecciones de introducción a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 94.

¹²⁸ Los estudiosos de la filosofía antigua, también suelen traducir por “admirarse” el verbo “maravillarse”. Recuerda con su indiscutida autoridad Rodolfo Mondolfo que *“es característico del filósofo este estado de ánimo: el de maravilla (...) la maravilla ha sido siempre la causa por la cual los hombres comenzaron a filosofar (...) Quien percibe una dificultad y se admira, reconoce su propia ignorancia”* (*El pensamiento antiguo*, Buenos Aires, Losada, 1942, t. I, p. 15).

129

Dicho aspecto nos resulta familiar cuando hablamos del paso del mito a la ciencia en la filosofía presocrática (vide G. FRAILE, *Historia de la filosofía*, Madrid, BAC, 1982, t. I, p. 142 y ss.; T. GOMPERZ, *Pensadores griegos - Una historia de la filosofía antigua*, Asunción, Guaranía, 1951, t. I, p. 73 y ss.).

130. G. FRIEDRICH, *Tradition and Authority*, Londres, Pall Mall, 1972, p. 54 citado por A. CARTER, op. cit., p. 30.

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: ¿UN CONCEPTO DESCRIPTIVO O VALORATIVO?

Jorge Augusto Barbará

Sumario: I. El ámbito del problema. II. La noción de “causa”: su dependencia del contexto explicativo. III. Responsabilidad civil: la “causa” como concepto descriptivo. IV. Responsabilidad civil: la “causa” como concepto valorativo. V. La causalidad en la jurisprudencia. VI. El problema oculto detrás de la causalidad.

I. El ámbito del problema

Dentro de la teoría general de la responsabilidad civil, existe coincidencia generalizada en considerar a la denominada “relación de causalidad” como una condición necesaria para la adjudicación de responsabilidad civil a un sujeto de derecho.

En dicho marco, cuando se habla de “relación de causalidad”, se hace referencia a la existencia de un cierto tipo de vinculación que debe existir entre uno o más hechos o conductas humanas -que identificamos como la “causa”-¹ y la producción de un determinado daño -identificado como el “efecto”-, por el que alguien debe responder resarcido a la víctima de ese daño.

Ahora bien, esa coincidencia generalizada desaparece cuando se pretende establecer si la relación de causalidad constituye un concepto descriptivo o si, en cambio, constituye un concepto valorativo.

Es decir, se discute si, para determinar la existencia o la inexistencia de un vínculo de naturaleza causal entre un hecho (causa) y un resultado dañoso (efecto), se debe recurrir necesariamente a consideraciones de tipo axiológicas o si, por el contrario, podemos -y, eventualmente, debemos- prescindir de este tipo de consideraciones.

En el presente trabajo nos adentraremos en esa discusión intentando arrojar algo de luz sobre ella.

II. La noción de “causa”: su dependencia del contexto explicativo

La palabra “causa” -y, por ende, también la expresión “relación de causalidad”- tiene una significación variada.

Se trata, pues, de una expresión ambigua, tanto en el campo del lenguaje natural cuanto en el campo del lenguaje científico y técnico.

Así, en ciertos contextos explicativos, la palabra causa es empleada como sinónimo de condición necesaria de un acontecimiento (por ejemplo, si decimos que la presencia de oxígeno es una de las causas de la combustión); en otros, en cambio, como sinónimo de condición suficiente (por ejemplo, si decimos que la causa de la combustión es la existencia de un cierto nivel de temperatura en presencia de oxígeno).

En ciertos contextos, se emplea la palabra causa para hacer referencia a lo que suele calificarse como la causa “próxima” de un suceso,

distinguiéndola de lo que se ha calificado como la o las causas “remotas” del mismo (por ejemplo, si decimos que la causa del accidente automovilístico fue el exceso de velocidad y no lo fue la mano de obra barata no calificada que originó el desperfecto en el reloj despertador que provocó que el conductor del vehículo saliese fuera de horario de su domicilio y condujese en exceso de velocidad hacia su trabajo).

Muchas veces se utiliza la palabra causa para designar un acontecimiento que invariablemente -o sea: independientemente del tiempo y lugar en que se produzca- se encuentra acompañado por un determinado fenómeno al cual calificamos como el “efecto” de aquél (por ejemplo, cuando afirmamos que la ingesta de determinada cantidad de cianuro es causa de muerte).

Otras veces, en cambio, prescindimos de la invariabilidad o necesidad, y empleamos la palabra “causa” para designar una relación meramente posible entre un fenómeno y otro. En ocasiones, esa relación causal deriva de leyes o cálculos probabilísticos (por ejemplo, cuando decimos que el fumar tabaco es causa del cáncer de pulmón, nos basamos en tales tipos de leyes probabilísticas) y, en ocasiones diferentes, esa relación causal deriva de análisis que no son cuantificables matemáticamente en términos probabilísticos (por ejemplo, cuando decimos que la situación de penuria económica sufrida por las clases bajas en París en 1789, operó como causa de la Revolución Francesa o, si se entiende que el ejemplo que acabamos de dar es un caso correspondiente a una regla general de naturaleza social, cuando decimos que la insatisfacción económica de importantes sectores de la población opera como causa de las revoluciones políticas).

El listado de usos alternativos de la palabra “causa” podría, desde ya, ser mucho más refinado que el que acabamos de esbozar y, a su vez, continuar hasta provocar el hartazgo del lector.

Podríamos incluso debatir si es legítimo o útil desde el punto de vista teórico que empleemos la misma palabra para designar significaciones tan diferentes entre sí y, en su caso, podríamos discutir acerca de cuál o cuáles de todas esas significaciones sería la más apta para recibir el privilegio de ser identificada como la correspondiente el uso teórico más fecundo de la palabra “causa”².

Sin embargo, a los efectos del presente y por el momento, de lo anterior sólo nos interesa remarcar dos cosas:

En primer lugar, que no resulta posible brindar una definición única de la palabra “causa” que sea abarcativa y suficientemente descriptiva de la totalidad de usos³.

En efecto, como surge de la sola lectura de los diferentes significados que hemos referido, ciertos usos de la palabra “causa”, o bien se contradicen conceptualmente entre sí, o bien se contradicen en ciertas instancias de su aplicación.

A pesar de tales contradicciones, las distintas alternativas de uso de la palabra son aceptadas en diferentes contextos explicativos que funcionan de manera paralela en el seno de la sociedad en general y de las distintas comunidades científicas en particular, sin que la aceptación de alguna de esas alternativas en determinado contexto importe, por sí, que necesariamente se esté negando la eventual utilidad o corrección teórica que pueden tener los usos alternativos restantes en el marco de otros contextos explicativos.

De igual manera, entonces, ingresaremos al análisis del uso de las

expresiones “relación de causalidad” o, más sencillamente, de la “causa” en el campo jurídico de la responsabilidad civil, sin que entendamos que esto nos exige pronunciarnos respecto de la utilidad o conveniencia de otros usos alternativos de la palabra “causa” en los diferentes contextos explicativos.

En segundo lugar, nos interesa destacar que la razón de la polisemia de la expresión bajo análisis, está dada por el hecho de que toda explicación causal admite una multiplicidad de puntos de partida y de contextos explicativos de la causación, los cuales vendrán determinados por el alcance que pretenda darse a cada tipo de explicación causal.

Nos dicen Klimovsky e Hidalgo al respecto: “... Una explicación puede ir tan atrás como se desee. Eso depende del punto de partida o del contexto del cual se tomen los datos iniciales y las leyes, el que a su vez queda determinado por lo que estima relevante quien plantea la pregunta por qué, es decir, por quien pide la explicación...”⁴.

La pregunta acerca de qué es lo que se estima relevante se torna necesaria por la sencilla razón de que “... en el plano ontológico toda condición de un resultado ha de ser considerada causa de éste...”⁵ y que, en consecuencia, “... Todo estado de cosas puede describirse, en principio, de un modo infinitamente complejo. Para ello pueden incluirse también en la descripción del resultado, básicamente, todas las circunstancias del pasado, de modo que una descripción completa del resultado cuya explicación causal se requiere, comprendería no sólo el estado total del mundo en el momento del hecho a explicar, sino también la especificación de todos los sucesos y todas las condiciones y sus relaciones entre sí desde el origen del universo. De allí que una descripción completa de un estado de cosas en el sentido de una especificación de todos sus aspectos es imposible”⁶.

Si admitimos lo anterior, la pregunta que tendremos que responder en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil para identificar la naturaleza del vínculo causal será: ¿qué es lo que estima relevante el derecho como instancia explicativa de la relación de causalidad entendida como uno de los presupuestos constitutivos de la responsabilidad civil?

Si la respuesta a tal pregunta es que lo que se estima relevante son explicaciones que prescindan de elementos valorativos de naturaleza axiológica, tendremos que concluir que estamos en presencia de un concepto descriptivo.

Si, en lugar de ello, la respuesta consiste en que lo que se estima relevante son explicaciones que dependen de consideraciones axiológicas, tendremos que concluir que estamos en presencia de un concepto valorativo.

Para no ser mal entendidos, debemos formular una explicación adicional sobre lo que acabamos de expresar antes de continuar.

Si hemos aceptado que la pertinencia de toda explicación causal dependerá, en última instancia, del tipo de interés que subyace a dicha explicación, podríamos llegar a sostener que, como todo interés humano depende de una valoración humana, necesariamente, toda explicación causal dependerá, en última instancia, de esa valoración y será, por tanto, de naturaleza “valorativa” y no “descriptiva”.

No obstante que el razonamiento formulado en el párrafo precedente puede ser considerado, en algún sentido, como válido, no es menos cierto que cuando aquí nos estamos preguntando sobre la naturaleza de la

concepción causal en el ámbito jurídico de la responsabilidad civil y estamos planteando una dicotomía entre lo descriptivo y lo valorativo, estamos suponiendo la plausibilidad de afirmar la existencia de explicaciones de tipo causal que resulten independientes y diferentes de las explicaciones de tipo axiológico, a las cuales hemos calificado como “valorativas”. Si sostenemos que el agua hierve a los 100º de temperatura y mostramos las razones químicas por las que ello ocurre a través de una ley científica, tendremos elementos de naturaleza estrictamente empírica, independientes de toda voluntad o apreciación humana, para corroborar o refutar nuestra afirmación sobre el punto de hervor del agua y, a su vez, para confirmar o refutar la ley química con que pretendemos sustentar tal afirmación. Es verdad que estamos “interesados” en conocer la relación que existe entre la temperatura del agua y su estado y en describirla en términos de una ley científica, es cierto también que, por ende, “valoramos” dicho conocimiento, así como “valoramos” determinado tipo de explicación causal a través del cual describimos los procesos químicos⁷ y también que, en este sentido, la elección y pertinencia del tipo de explicación causal que aceptamos depende, en algún sentido, de nuestras “valoraciones”. Pero, en sí misma, la relación causal explicativa que establecemos entre el agua y la temperatura es confirmada o refutada por fenómenos que son independientes de nuestro interés y, por tanto, de nuestras valoraciones.

Es que, en definitiva, el ámbito del problema científico y de las muestras que son consideradas válidas en dicho ámbito, siempre dependen de una o más teorías subyacentes que se definen y adquieren sentido en base a criterios y objetivos estrictamente “humanos”, independientes de cualquier hecho externo a la voluntad del hombre.

Pero, en ciertas áreas del conocimiento, aceptadas esas teorías, esos criterios e intereses humanos por parte de la comunidad científica correspondiente, el resto del desarrollo científico se puede confirmar o refutar con un importante nivel de independencia de cualquier voluntad humana, sea ésta individual o colectiva.

La pregunta que, entonces, nos formulamos es la siguiente:

¿Ocurre algo semejante en el ámbito de la responsabilidad civil?

Es decir, estamos “interesados” y “valoramos” conocer cuál es la “causa” del daño que eventualmente deberá resarcirse. Esto, supongo, está fuera de toda duda.

Pero, si afirmamos una determinada relación causal entre un fenómeno y otro en un caso concreto, ¿estamos en condiciones de refutar o de confirmar esa afirmación de manera independiente de nuestras consideraciones axiológicas, tal como sucede en otras áreas del conocimiento?, ¿existe algún criterio de relevancia objetivo y avalorativo que nos permita sostener que el suceso X es la causa del daño D y no lo es el suceso Y, aunque ambos sucesos hayan existido y aunque ambos sucesos, ontológicamente considerados, hayan operado como condiciones necesarias de la producción del daño D?

Pues bien, de la respuesta a estas preguntas saldrá la solución a nuestro problema.

III. Responsabilidad civil: la “causa” como concepto descriptivo

En la doctrina civilista argentina, Ramón Daniel Pizarro sostiene

inequívocamente la naturaleza descriptiva de la relación de causalidad de la siguiente manera: “... Se trata de resolver si un resultado dañoso determinado puede ser materialmente atribuido a una persona. Adviértase que tal indagación es independiente de la juridicidad y antijuridicidad de la conducta del agente y del juicio de reproche subjetivo (culpabilidad) que, según los casos, pueda corresponder (...). ...

Estamos, de tal modo, frente a una cuestión fáctica y objetiva, que se circunscribe al enlace entre un hecho antecedente (causa) y otro consecuente o resultado (efecto).

El juicio que entraña la relación causal es neutro, en el sentido de que resulta ajeno a toda valoración axiológica acerca de la justicia o injusticia de la situación generada y, específicamente, a la mayor o menor reprobabilidad subjetiva que de ella pueda emerger”⁸.

En Argentina, podríamos identificar esta concepción como la concepción standard en la materia, ya que es la más aceptada tanto por la doctrina cuanto por los tribunales en las formulaciones argumentales vertidas en las sentencias cuando describen su propia interpretación del derecho nacional sobre este punto.

Para esta concepción, las consideraciones valorativas o axiológicas no son constitutivas del concepto de “relación de causalidad” sino que son constitutivas de los conceptos de “antijuridicidad” y de “factor de atribución”, los cuales, junto con el concepto de “daño”, son presentados como los cuatro presupuestos o, si se quiere, como las condiciones necesarias y, en conjunto, suficientes, para la atribución de responsabilidad civil a alguna persona física o jurídica⁹.

Aunque con algunas variantes, en sentido semejante a Pizarro, se pronuncian Llambías¹⁰, Zavala de González¹¹, Orgaz¹², Colombo¹³ y Buteler Cáceres¹⁴, entre tantos otros.

Es verdad que nuestra doctrina civilista, cuando se ha adentrado en la materia y se ha pronunciado por la supuesta neutralidad del juicio causal, lo ha hecho en el marco de la discusión relativa a si la afirmación causal conlleva un juicio de reproche de naturaleza individual, sea a manera de culpa sea a manera de dolo, hacia la persona que, en definitiva, se considera responsable del resarcimiento de la víctima del daño.

En dicho contexto de discusión, los precitados autores sostienen que la atribución de responsabilidad civil no necesariamente conlleva un juicio de reproche individual (ejemplo paradigmático de ello es la denominada responsabilidad objetiva) y, de tal premisa, se derivaría la supuesta “neutralidad” del juicio causal.

Ocurre que si el mismo juicio de atribución de responsabilidad no importa necesariamente una instancia de reproche individual a título de dolo o culpa, mal podrá importar de manera necesaria un juicio de reproche una de las condiciones o presupuestos de dicho juicio de responsabilidad, como lo es el presupuesto de la vinculación causal.

Sin embargo, lo que esta tendencia doctrinaria parece haber pasado por alto es que las valoraciones de naturaleza axiológica no se limitan a juicios de reproche respecto de las conductas que desarrollan las personas individualmente consideradas.

Las consideraciones axiológicas también pueden consistir en juicios relativos a estados de cosas que se consideran justos, injustos, preferibles a otros, etc., los cuales no importan una evaluación de alguna conducta individual en particular sino, antes bien, la merituación valorativa de

situaciones existentes (previa, actual o potencialmente) en la sociedad en general, la evaluación moral de sistemas institucionales considerados conforme sus implicancias sociales, etc.

Las valoraciones también pueden estar dirigidas hacia las conductas habidas entre los individuos, pero sin que necesariamente estas valoraciones se sustenten sobre la base exclusiva de un juicio de reproche individual hacia las acciones dañosas. Tal es el caso, por ejemplo, de las posibles instancias de aplicación de la denominada "justicia correctiva", de raigambre aristotélica, la cual puede ser vista como el justificativo moral, por ejemplo, de los supuestos de responsabilidad objetiva¹⁵.

En consecuencia, del hecho de que ciertas atribuciones de responsabilidad civil no contengan, de manera explícita o implícita, juicios de reproche de naturaleza individual, no se sigue necesariamente que tales atribuciones estén totalmente desvinculadas de consideraciones de tipo axiológico que puedan encontrarse presentes en cualquiera de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, incluido el presupuesto causal.

Sea lo que fuere en relación a lo anterior, la idea que subyace a esta concepción standard es que la explicación causal no puede ser parasitaria de una teoría valorativa en razón de que los principios de moralidad siempre hacen referencia a conductas humanas o a hechos que operan como causa de determinados resultados y sólo pueden calificar axiológicamente a tales conductas o hechos (como correctos, incorrectos, neutros, justos, injustos, etc.) una vez que ha sido posible identificar el vínculo causal entre los mismos y el daño.

Rosenkrantz lo expresa del siguiente modo: *"... creo que es implausible pensar que la causalidad sea una noción que depende de una teoría de la responsabilidad. La razón de esta imposibilidad es que no existen principios de responsabilidad a los que podamos recurrir para determinar la existencia de una relación causal entre una acción y un resultado que no presupongan, a su vez, la relación causal cuya existencia se pretende determinar.*

En efecto, todos los principios que conocemos, de algún modo u otro, se apoyan en la relación causal. En algunos esta dependencia es obvia. Por ejemplo, en el principio que establece que debemos hacernos cargo de los daños que causamos. En otros la dependencia es menos obvia, por ejemplo, en el principio que estipula que somos responsables si matamos a alguien o conducimos a más de 70 km. por hora. En estos últimos casos la relación causal se presupone cuando al describir la acción por la que seremos hechos responsables recurrimos a sus resultados causales: matar o conducir a más de 70 km. por hora.

Si todos los principios de la responsabilidad que conocemos presuponen la relación causal la idea de que para elucidar la relación causal debemos recurrir a dichos principios es circular, y como tal, no puede ser correcta..."

¹⁶

También, en una primera aproximación, pareciera ser ésta la concepción que subyace en el Código Civil argentino, si tenemos en cuenta el modo en que sus artículos 901 a 906 describen la relación de causalidad:

Art. 901.- Las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código *consecuencias inmediatas*. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman *consecuencias mediatas*. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llaman *consecuencias casuales*.

Art. 902.- Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia... mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

Art. 903.- Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.

Art. 904.- Las consecuencias mediatas son imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

Art. 905.- Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho.

Art. 906.- En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.

El articulado transcripto pareciera distinguir entre la relación de causalidad, por un lado, y, por otro lado, la imputabilidad de ese hecho a su autor, siendo esta última el presupuesto de la responsabilidad civil en donde intervendrían las consideraciones axiológicas.

Sin embargo, no debemos dejar de mencionar que, de una segunda lectura del articulado citado, también podría afirmarse que el Código Civil argentino no descarta que la conexión hecho-consecuencias sea establecida conforme criterios valorativos. Pareciera que la apelación a la "previsibilidad" de las consecuencias como criterio definitorio de la noción de "consecuencias mediatas" y de "consecuencias casuales" introduce un componente valorativo en el concepto mismo de esos tipos de consecuencias y, por ende, en el concepto de causa.

IV. Responsabilidad civil: la "causa" como concepto valorativo

Dentro de la doctrina civilista argentina no son muchos los que entienden la causalidad como un concepto estrictamente valorativo, aunque podemos mencionar a Carlos A. Echevesti como uno de ellos ¹⁷.

El precitado autor entiende que existe una identidad entre los conceptos de culpa (de indudable naturaleza valorativa) y de causa, siendo, además, sumamente crítico en relación a lo que *supra* hemos calificado como la concepción standard en la materia:

"La existencia de identidad entre los conceptos de culpa con el de causa, o superposición de ambos -como otras veces se la ha calificado-, es sumamente preocupante. Significa, ni más ni menos, efectuar una doble verbalización, realizar discursos tautológicos. La causa -definida desde la previsibilidad, condición adecuada, humana, etc.- repite, reitera, el mismo discurso que el de la culpa apreciada en abstracto.

Si el relato propuesto es el de la culpa, el de la causa es una tautología del mismo. Por ello debe suponerse lógicamente "inútil". El penetrante pensamiento de Alberto Bueres dice que el fenómeno de la causalidad tiene con el de la culpabilidad un elemento común: la previsibilidad. Pero sucede que en el primer caso se computa la previsibilidad in abstracto, mientras que en el segundo la previsibilidad se valora -al menos en parte- in concreto

¹⁸

Ante ello cabe preguntarse: ¿cuál fue el aporte de la doctrina de la causalidad adecuada al Derecho que no sea el de repetir el inveterado discurso de la culpa in abstracto?; y si la causalidad adecuada emplea la

previsibilidad del agente, ¿cuál otro que no sea la repetición del discurso de culpabilidad juzgada in concreto?

La teoría de la causalidad jurídica viene epistemológicamente afectada, pues entre otras cosas no es fructífera, es decir, no descubre nuevas relaciones previamente inadvertidas entre fenómenos ya conocidos¹⁹ ni fértil²⁰; y en consecuencia embreta a los interlocutores del Derecho (abogados, jueces y juristas) en extensos desarrollos -alegaciones, considerandos y títulos-, como si trataran una instancia diversa de la teoría de la culpa, cuando estos vocablos no refieren ni más ni menos que una misma realidad.

A la trama del lenguaje científico de la responsabilidad jurídica, de por sí complejo y sensible a los cambios impulsados desde las demandas de justicia de los damnificados, el discurso de la teoría de la condición adecuada agrega innecesariamente otra cuita, implica una superposición de lo que se denomina presupuesto o requisito de la reparación”²¹.

A pesar de las contundentes e inequívocas manifestaciones vertidas en los párrafos arriba transcritos, Echevesti da marcha atrás en la identificación plena entre los conceptos de culpa y causa para los casos de responsabilidad objetiva derivada del hecho de las cosas, consagrada legislativamente en el art. 1113 del Código Civil argentino.

Nos dice al respecto: *“El reconocimiento de la imputación material o física es una cuestión de interpretación lógica de la realidad que parte de este previo ajuste: la aceptación de que las cosas actúan per se. ... Este reconocimiento de la causalidad física en la responsabilidad lo es indirectamente en virtud del emplazamiento que las cosas actuantes tienen con las personas (dueño o guardián), y viene impuesta por profundas razones axiológicas. Esta causación física o material (no la adecuada), es la que se tiene en cuenta en la responsabilidad del hecho de las cosas (animadas o inanimadas)”²².*

De este modo, para el autor, la causa se identifica con la culpa sólo en las instancias de imputación culposa -o dolosa, claro está-, en tanto que en las instancias de responsabilidad objetiva la noción de causa resulta diferente a la de culpa. No especifica el autor si el presupuesto de relación causal sigue siendo, en este caso, también un concepto de naturaleza axiológica (en el párrafo que hemos transcrito nos dice que se “impone” la responsabilidad objetiva por “razones axiológicas”, pero no nos dice que el concepto mismo de causalidad correspondiente a la responsabilidad objetiva sea de esa índole).

A manera de avance, diremos que nos parece poco útil desde el punto de vista teórico la duplicidad de los conceptos de “causa” en que incurre Echevesti.

Si bien nosotros mismos entendemos que la noción de causa en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil es, inevitablemente, de índole valorativa, no la consideramos en modo alguno como un concepto idéntico al de culpa.

Ello así, toda vez que, como el propio Echevesti reconoce, existen instancias de aplicación de la noción de causalidad en los cuales ésta puede desvincularse de toda noción de culpa concebida como juicio de reproche individual, por caso las instancias de aplicación de la denominada responsabilidad objetiva.

Dentro del ámbito de la Filosofía del Derecho, es más fácil encontrar autores que adscriban a esta concepción de la causa como un concepto de

naturaleza valorativa.

Entre ellos, podemos citar a Carlos Santiago Nino, quien en su obra *Introducción a la filosofía de la acción humana*²³, analiza críticamente las principales teorías acerca de la naturaleza del vínculo causal entre acción y resultado que se han dado en el campo jurídico -especialmente en el campo del derecho penal, en donde dicho desarrollo ha sido más amplio-, a los efectos de fundar la responsabilidad del agente del daño.

Las teorías analizadas por Nino son: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad eficiente o próxima, la teoría de la causalidad adecuada, la teoría de la causa humana y la teoría de la causalidad típica.

Una vez descartada la plausibilidad de tales teorías, Nino intenta aproximarse al concepto de causa, conforme éste es empleado en el mundo jurídico para atribuir responsabilidad. Entiende que dicho concepto se corresponde, *prima facie*, con el concepto de causa que manejamos en el lenguaje ordinario y sostiene la naturaleza valorativa del vínculo causal cuando hacemos uso de esta idea en el marco de los discursos jurídicos.

De acuerdo con la descripción que ofrece Nino, según la teoría de la equivalencia de condiciones “... desde un punto de vista meramente fáctico no es posible discriminar entre todas las circunstancias o hechos que son condiciones necesarias de un suceso; la diferencia usual entre causas y condiciones de un resultado es científicamente infundada. Toda acción que constituye una condición necesaria de un cierto evento, ... , consiste en una causa de tal evento. Claro está que éste es un juicio puramente fáctico y no implica de por sí un juicio acerca de la responsabilidad del agente; éste dependerá también de consideraciones normativas acerca de la ilicitud o justificabilidad de la conducta ... del agente”²⁴.

La crítica que Nino formula a esta doctrina es que ésta nos lleva a una hipertrofia causal sin que tengamos un criterio de distinción entre las causas a tener en cuenta en materia jurídica. La red causal, como ya mencionamos en puntos anteriores, se extiende potencialmente al infinito.

Por su parte, la teoría de la causalidad eficiente o próxima, a los efectos de distinguir la causa del daño de entre todas las condiciones necesarias, apela a un intrínseco poder de causación de alguna de las causas necesarias, sea por cualidad, sea por proximidad temporal con el resultado, intentando encontrar el factor que rompe el equilibrio entre condiciones que favorecen y que impiden dicho resultado.

Refiere Nino que “La crítica general a la primera variante es que ella se apoya en una especie de concepción mágica del vínculo causal que fue definitivamente desacreditada por Hume. En cuanto a la idea de causa próxima parece basarse en una circunstancia irrelevante ya que ... en muchos casos el evento más inmediato al resultado no es algo que estemos dispuestos a considerar como su causa o por lo menos como su única causa”²⁵.

La teoría de la causalidad adecuada sostiene que no hay causalidad en el caso singular sino que dos fenómenos están en una conexión causal en la medida en que pertenezcan a clases genéricas de hechos que se suceden regularmente, en virtud de lo cual puede establecerse una ley general explicativa de la relación de causalidad. El juicio de que si uno de ellos no se hubiera dado el efecto tampoco se habría dado toma en cuenta tal regularidad.

La crítica que se formula a esta teoría es similar a la que se formula a la

de la equivalencia de condiciones porque *“... se da la regularidad requerida en todos los casos en que es justificado decir que una acción es condición necesaria de un evento...”* y la clase de casos en que esto ocurre es potencialmente infinita o, al menos, *“... mucho más amplia de lo conveniente...”*²⁶.

*“Para salvarse de esta objeción los partidarios de esta teoría introducen un nuevo elemento: el de la previsibilidad. Pero esto genera a su vez la crítica de que, en la medida en que se agrega algo distinto de la regularidad, se pasa... al plano normativo en que se discute la culpabilidad del agente”*²⁷.

Respecto de la denominada teoría de la causa humana, Nino refiere lo siguiente: *“Bajo este rubro deben mencionarse una serie de concepciones muy oscuras y vagas que se desarrollan en torno a la idea de que la acción humana es un caso especial de causa, gracias al poder del hombre de anticipar mentalmente el curso sucesivo de los hechos y de dirigir esos hechos hacia la consecución de un cierto objetivo final”*, agregando como crítica a la misma que *“... salvo por la posible confusión -como la teoría anterior²⁸ - con cuestiones normativas de culpabilidad al tomar en cuenta la previsibilidad del agente, el contenido de este tipo de concepciones es completamente vacuo: todo el aspecto del cálculo y del dominio del agente sobre posibles cursos alternativos, es, por supuesto, sumamente relevante para explicar la generación de una acción sin que quepa duda alguna de que esa generación es radicalmente distinguible de la producción de fenómenos como la caída de un rayo, pero una vez que una acción se ejecuta no se ve qué hay de especialmente distintivo en la relación entre los movimientos corporales que la constituyen y eventos sucesivos como la muerte de un hombre; se trata de una relación entre hechos describibles en términos puramente físicos, sin que la alusión a procesos mentales precedentes o concomitantes contribuya a esclarecerla”*²⁹.

Finalmente, describe la teoría de la causalidad típica diciendo que *“Según esta concepción, se comete un error cuando se pretende dar criterios a priori y universales para la adscripción de efectos causales; hay que atender en cada caso al significado empleado en la descripción relevante de la acción, como aquella contenida en las normas penales. Por ejemplo, el significado ordinario de “matar” nos puede guiar con seguridad frente a ejemplos problemáticos...: es claro que Pedro y Juan matan en el... caso en que sus balas ingresan al mismo tiempo al corazón de Roberto, y es también claro que, en cambio, Diego no mata cuando conduce a Roberto al bosque, cualquiera sea su intención, aunque ayude a matar”*, criticándola debido a que *“Esta tesis resulta prima facie atractiva; sin embargo, creo que la aparente sencillez con que resuelve engorrosos problemas es engañosa: la definición más plausible de “matar” es “causar la muerte de alguien” y en consecuencia, la aplicabilidad de aquel verbo depende de que pueda adscribirse causalmente a la acción el que alguien haya muerto; si hay casos en que nuestra respuesta espontánea es más o menos clara, ello es porque hay criterios subyacentes para la adscripción causal...”*³⁰.

Nino, por tanto, rechaza las doctrinas precedentemente referidas. Para él, el concepto de causa que se utiliza en el ámbito jurídico y moral no es diferente del concepto ordinario de causa proveniente del uso del lenguaje natural y este concepto ordinario de causa no es valorativamente neutral³¹.

Para Nino, el concepto ordinario de causa *“... recoge consideraciones valorativas y pragmáticas muy básicas y generales (diferentes en grado a*

las consideraciones específicas que se toman en cuenta ulteriormente para asignar responsabilidad). ...

*Creo que éste es un punto importante que explica el fracaso de las teorías tradicionales de la relación causal que pretenden prescindir de las consideraciones normativas que relegan a la apreciación de la antijuricidad de una conducta: esas consideraciones se han infiltrado en el concepto ordinario de causa con el que juzgamos el éxito de tales teorías ya que aquel concepto se ha ido moldeando no sólo en contextos explicativos sino también en contextos de atribución de responsabilidad. Por lo tanto no es que en el derecho y la moral se necesite un concepto especial de causa de índole normativa, como algunos autores proponen: el concepto ordinario de causa ya es de esa índole (...) ”*³².

También desde la Filosofía del Derecho, pero ya dentro del ámbito específico del análisis causal en el marco de la responsabilidad civil, Guido Calabresi también se pronuncia por la naturaleza sustancialmente valorativa de la relación causal considerada como presupuesto de la responsabilidad civil³³.

Según Calabresi, los “requisitos causales” deben ser justificados en términos funcionales, al igual que cualquier otro requisito legal.

En consecuencia, para este autor, muchas de las preguntas filosóficas acerca de la “causa” que aparentan ser significativas “... se tornan irrelevantes respecto del uso de tal término en el contexto del derecho”³⁴, dado que lo que, en definitiva, importa es que satisfagan en la mejor medida posible las necesidades humanas que el derecho debe servir.

Ejemplifica Calabresi que, en razón de lo expresado, “En lo que concierne al lenguaje legal, la “causa” de una enfermedad dependerá de cómo, en un momento dado, podrá ser más fácilmente controlada. Desde este punto de vista, en el siglo XIX hubiera sido apropiado hablar de la “causa” de la tuberculosis como la ausencia de sol y la presencia de malas condiciones de vida. Otros factores posibles, que eran causas sine qua non y vinculadas causalmente, no estaban sujetos al control humano, corriente o hipotético. Con la identificación del bacilo de Koch todo cambió. Primero potencialmente y luego en la práctica, los esfuerzos dirigidos hacia este elemento causalmente vinculado parecían capaces de controlar la enfermedad”³⁵.

Esta particularidad del concepto de causa es lo que provoca, a criterio del autor, que la definición práctica de causa en el ámbito del derecho varíe cuando varían los objetivos perseguidos por diferentes instituciones jurídicas o cuando varían las posibilidades prácticas de lograr esos objetivos.

Y esto, a su vez, es lo que explica que los tribunales apelen a diferentes conceptos de causa según el contexto decisional en que se encuentren.

Calabresi considera que, en ciertas ocasiones, el discurso jurídico parece presentarse como valorativamente neutro respecto de la noción de causa, pero que cuando adquiere esa apariencia lo hace únicamente porque en esas ocasiones la noción de causa es utilizada en contextos donde “los objetivos apropiados le requieren establecerse de modo casi universal”³⁶.

V. La causalidad en la jurisprudencia

El profesor de la Universidad de Yale, Jack M. Balkin, en su trabajo titulado “La retórica de la responsabilidad”³⁷, sostiene lo siguiente: “La mayoría de los abogados son conscientes de que los hechos pueden ser caracterizados de un modo u otro para sostener un punto de vista determinado en un juicio. Lo que resulta más notorio es que los diferentes estilos de caracterización recurren a formas legales relativamente estandarizadas y predecibles que se pueden catalogar y analizar. En este artículo, me referiré a dichos estilos de caracterización fáctica de la responsabilidad, es decir, a los medios retóricos recurrentes que la gente utiliza para describir el mismo suceso de modos diferentes.

*En mi opinión, el punto central en el estudio de la caracterización fáctica no es la racionalidad sino la ideología. Razonamos acerca de cuestiones legales, pero siempre lo hacemos dentro de un marco ideológico...”*³⁸.

Balkin nos habla de la existencia de dos modelos ideológicos contrapuestos para describir diferentes tendencias respecto de la responsabilidad civil extracontractual: “... marqué una distinción entre las reglas que restan importancia a la responsabilidad que una persona tiene en relación con los efectos que su comportamiento provoca a terceros y las reglas que ponen el énfasis en la responsabilidad. El primer término es entonces ‘individualismo’ y el segundo, ‘comunitarismo’”³⁹.

En consecuencia, nos dice que, por ejemplo, “... la responsabilidad objetiva es relativamente comunitaria, mientras que la responsabilidad por culpa es relativamente individualista”⁴⁰.

Concluye que “... La idea fundamental es la siguiente: las construcciones interpretativas de los hechos están sistemáticamente conectadas a argumentos individualistas o comunitarios respecto de la responsabilidad. ...”⁴¹.

Y, respecto de nuestra percepción psicológica de las descripciones judiciales, sugiere que “Resulta tentador pensar que los jueces utilizan estas caracterizaciones en estos casos porque los hechos realmente muestran un mayor grado de relación causal en Kirinch que en Grimstad”⁴². Pero puede que sea exactamente al revés: nos parece que los casos son correctamente solucionados por el modo en que fueron caracterizados”⁴³.

No describiremos aquí la totalidad de los casos judiciales analizados por Balkin ni, tampoco, la totalidad de las técnicas retóricas que el autor considera que se emplean característicamente en esos casos para definir el vínculo causal, las cuales resultan correspondientes a una u otra postura ideológica. Pero sí nos ocuparemos de algunas de esas técnicas retóricas, conforme éstas se presentan en algunos casos jurisprudenciales, a los efectos de ejemplificar lo sostenido por el autor.

La retórica correspondiente a la descripción fáctica, puede caracterizarse conforme se muestra en el siguiente cuadro comparativo, según la posición ideológica que se posea:

INDIVIDUALISMO	COMUNITARISMO
En favor del demandado: como recurso retórico se multiplican las posibles circunstancias bajo las que igualmente	En contra del demandado: se omiten las referencias a las posibles circunstancias bajo las que igualmente se habría producido

<p>se hubiera producido el daño.</p> <p>Ej: Caso New York Central Railroad Co. vs. Grimstad, Tribunal de Apelación (264 F. 334 2d. Cir.): “Obviamente, la causa próxima de la muerte del occiso fue su caída al agua, En la cuestión de si un salvavidas hubiera evitado que el occiso se ahogara ... No hay nada que pueda demostrar que el occiso no se ahogó por no saber nadar, ni nada que pueda demostrar que si hubiera habido un salvavidas a bordo la esposa del occiso lo hubiera podido tomar a tiempo (...) o que si así lo hubiera hecho su marido lo hubiera podido agarrar, o que si así lo hubiera hecho, hubiera podido evitar que el occiso se ahogara.” .</p> <p>Comenta Balkin que, en el argumento del Tribunal, <i>“Se identifican tantas brechas en la cadena causal que la culpa –acción- del demandado aparece remota e inconexa con el daño del causante.”</i>¹.</p>	<p>el daño.</p> <p>Ej: Caso Kirincich vs. Standard Dredging Co., Tribunal de Apelación (112 F. 2d. 163 3d. Cir.): “¿Se hubiera ahogado Kirinch si se le hubiera arrojado un salvavidas y no la soga, a una distancia de dos pies? Si podía nadar, aunque sea mal, no habría duda. ... Podemos tomar nota del instinto de autopreservación, que en principio compensa la falta de habilidad. Un hombre que se está ahogando sale a la superficie y se aferra a lo que allí encuentra –y de allí la importancia del tamaño y la capacidad de flotar del equipo salvavidas.” .</p> <p>A decir de Balkin, el Tribunal <i>“... derrumba las múltiples posibilidades y las conjuga en un solo y tajante hecho: “un hombre que se está ahogando sale a la superficie y se aferra a lo que allí encuentra”.</i>”².</p>
<p>En favor del demandado: Descripción específica: <i>“Cuanto más específicamente es descrita una situación, más imprevisible resulta que la cadena precisa de hechos hubiera de ocurrir.”</i>³.</p> <p>Ej: Novetly Co. vs. Daniels (42 So. 2d. 395): <i>“el demandado ordenó a un muchacho de 19 años que limpiara con gasolina una máquina tragamonedas. El muchacho trabajaba en una pequeña habitación que se calentaba con una estufa a gas de llama abierta. Mientras estaba limpiando la máquina tragamonedas con gasolina, saltó una rata desde el interior de la misma y fue a desembocar en la estufa, acarreando consigo las emanaciones de gasolina con la que se estaba limpiando la máquina. La rata, envuelta en llamas, regresó luego a la máquina, causando una fuerte explosión que mató al muchacho. Naturalmente, el demandado afirmó que no era causalmente responsable de tan extraño accidente. La explosión fue causada por los movimientos impredecibles de una rata y no por la negligencia del demandado. ... Cuando el muchacho comenzó a limpiar la máquina con</i></p>	<p>En contra del demandado: Descripción abstracta: <i>“... haciendo abstracciones a partir de hechos particulares y centrándose en las categorías generales del daño, puede resultar que el accidente aparezca más previsible de lo que de otra manera pudiera parecer.”</i>⁵.</p> <p>Ej: Novetly Co. vs. Daniels: <i>“Resulta completamente predecible que si uno ordena a alguien que trabaje en una habitación pequeña, llena de emanaciones de gases y con una llama abierta, lo somete a un inaceptable riesgo de explosión.”</i>⁶.</p>

1 Balkin, ob. ci., p. 131.

2 Balkin, ob. ci., p. 131.

3 Balkin, ob. ci., p. 132.

<p><i>gasolina, no se podía prever que iba a saltar una rata de la máquina, correr hacia la estufa y prenderse fuego, para luego volver al lugar preciso donde podía provocar el mayor daño.</i> ” 4</p>	
<p>Marco temporal: A favor del demandado: estrategia desarticuladora de los hechos. Se pretende tomar sólo en cuenta la conducta del demandante.</p> <p>Ej: Yania vs. Bigan (397 Pa. 316, 155 A 2d.): “... el demandado, Bigan, en el curso de sus operaciones mineras había cavado un foso de dieciocho pies con agua hasta la mitad. Bigan invitó a Yania, un minero vecino, a visitar su propiedad a fin de hablar de negocios. Bigan luego “incitó, indujo y sedujo” a Yania para que saltara al agua. Yania finalmente así lo hizo y se ahogó porque no pudo salir, mientras Bigan se quedó parado al lado y no hizo nada para ayudarlo. El tribunal rechazó el reclamo del demandante de que Bigan tenía el deber de rescatar a Yania argumentando que “la demanda no muestra ningún hecho que imponga a Bigan la responsabilidad legal por la peligrosa posición de Yania en el agua”. De la manera que el tribunal caracteriza la situación, Bigan simplemente se quedó parado al borde del foso y no hizo nada; ... El argumento del tribunal se vuelve más plausible cuanto más se centra en la conducta de Bigan en el momento en que Yania se metió en la fosa. Al hacerlo de ese modo, excluimos la historia previa que dio origen a esta situación: la invitación y la subsiguiente persuasión y el aliciente, que a fin de cuentas son actos verbales solamente atribuibles a Bigan.” 7.</p>	<p>Marco temporal: En contra del demandado: hay una descripción desde una perspectiva unificadora de los hechos.</p> <p>Ej: Yania Vs. Bigan: “... elegir un marco temporal estrecho separa el acto de la incitación a tirarse al agua de la omisión de rescatar a Yania, la estrategia del demandado es enfatizar una perspectiva desarticuladora de los hechos. Por el contrario, el uso de un marco temporal amplio por parte del demandante se basa implícitamente en una perspectiva unificadora de los hechos.” 8.</p>
<p>Libre albedrío y posibilidad de actuar:</p> <p>En favor del demandado:</p> <p>Se niega en el demandado. Se afirma en el demandante. La obviedad de la estrategia argumentativa nos exime de suministrar los ejemplos que da el autor.</p>	<p>Libre albedrío y posibilidad de actuar: En contra del demandado:</p> <p>Se afirma en el demandado. Se niega en el demandante.</p>

4 Balkin, ob. ci., p. 123-124.

6 Balkin, ob. ci., p. 124 (presentados como posibles argumentos del demandante).

5 Balkin, ob. ci., p. 133.

7 Balkin, ob. ci., p. 135-136.

8 Balkin, ob. ci., p. 136.

Si bien Balkin no hace afirmaciones tan contundentes, su trabajo sugiere que:

- a. el concepto de causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil es de índole valorativa dado que depende de criterios estrictamente humanos no contrastables -al menos no estrictamente- mediante datos de naturaleza empírica ni mediante criterios analíticos independientes de nuestros juicios axiológicos.

Es decir, si identificamos a lo descriptivo como aquello resulta ser de un modo u otro con independencia de un criterio humano en uno u otro sentido (p. ej. la descripción mediante leyes científicas de los sucesos naturales), y las descripciones fácticas mediante las que se determinan las relaciones de causalidad dependen de una ideología, o sea, de un criterio humano, indudablemente la noción de relación causal sugerida por el autor será valorativa.

Restaría establecer, de todos modos, qué tipo de valoraciones subyacen al concepto de "causa".

- b. que el concepto de causalidad es invariablemente manejado con una buena dosis de arbitrariedad por parte de los tribunales.

Entendemos como arbitrario a un juicio no sometible a un testeo racional respecto de su veracidad o corrección.

Esta temática podría llevarnos a la inacabable discusión respecto de las relaciones existentes entre derecho y moral, acerca de la objetividad o subjetividad moral, acerca de la relevancia o irrelevancia de la objetividad moral y, en general, acerca de tantas otras cuestiones que se encuentran contenidas en todo debate sobre la racionalidad correspondiente a los juicios que formulamos en materia ética.

Solamente diremos aquí que del hecho que los juicios causales en el ámbito de la responsabilidad civil sean de naturaleza axiológica, no se sigue necesariamente la arbitrariedad de éstos, ni siquiera para el caso en que no seamos objetivistas en materia moral o que consideremos irrelevante la discusión sobre la objetividad de la moral para la toma de decisiones jurídicas⁵².

Como hemos afirmado en otra oportunidad, en contra de las objeciones dirigidas a la discrecionalidad judicial, puede expresarse que el derecho posee criterios de corrección "internos" al mismo, como lo son las disposiciones legales y las decisiones institucionales del pasado, los cuales constituyen fenómenos sociales que, como tales, imponen límites a la pura voluntad del individuo -en este caso, al juez-. Tales límites no resultan absolutos o infranqueables, pero sí importantes. Es que, en todo discurso racional, debe partirse de presupuestos comunes y el juez, si pretende que su discurso sentencial sea calificado como racional y, por ello, como válido jurídicamente, deberá tomar como punto de partida esos presupuestos comunes que, en el caso del derecho, están constituidos por la legislación y por las decisiones institucionales del pasado⁵³.

En la jurisprudencia argentina también podemos detectar los esquemas argumentativos referidos por Balkin y su correspondencia con posiciones ideológicas -o, si se prefiere, axiológicas- en materia de responsabilidad civil que se encontrarían, en consecuencia, corroborando, de alguna manera, la naturaleza valorativa del presupuesto de la relación causal.

Citaremos como ejemplo el fallo de fecha 22/4/2008 de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación recaído en autos *“Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Ledesma María Leonor c/ Metrovías S.A.”*

54

En los precitados autos, la parte actora presenta recurso en contra de la sentencia de la Sala “E” de la Cámara nacional de Apelaciones en lo Civil que había revocado la sentencia de primera instancia y rechazado su pretensión resarcitoria.

La acción de daños y perjuicios estuvo fundada en los daños derivados de un accidente ocurrido a la demandante al descender de un vagón de un subterráneo de línea a cargo de la prestadora de servicios demandada, cuando, arrastrada por la excesiva cantidad de personas que viajaban, introdujo su pie izquierdo en el espacio comprendido ente el vagón y el andén.

Detengámonos en la descripción de la relación causal efectuada por la Cámara de Apelaciones (que, en terminología de Balkin, tuvo una decisión “individualista”), conforme ésta es detallada por la Procuración General de la Corte en su dictamen de fecha 21/08/2007:

“Para decidir como lo hicieron, los jueces de la alzada señalaron que el inferior destacó que en diversos horarios durante el día la gente debe viajar en el subte en muy deficientes condiciones de espacio, lo que lleva a empujarse, pisarse y golpearse de manera totalmente involuntaria. Advirtieron, sin embargo, que introducir el pie en el mencionado espacio, no es un hecho ordinario y frecuente, lo que se ve reforzado por la acreditación de su imposibilidad fortuita, con lo que entendieron que sólo puede obedecer a una incorrecta maniobra de la víctima. Indicaron que el peritaje de ingeniería rendido a fs. 179/190, da cuenta que el espacio entre vagón y andén, llamado “galibo”, en los tres tipos de formaciones que circulan por el lugar del hecho, se ajusta a las medidas que los usos y costumbres aconsejan.

Concluyeron por ello que, o bien el accidente se produjo en otras circunstancias y no por la introducción del pie en ese espacio, o bien por un hecho de la víctima que pone de relieve su propia impericia o negligencia a la salida del coche, lo que releva de responsabilidad a la transportista”.

La argumentación causal de la Cámara utiliza esa “estrategia desarticuladora de los hechos” de que nos habla Balkin, tomando en cuenta sólo la conducta de la demandante y no las conductas de los terceros que descendieron con ella ni las medidas precautorias que podría haber adoptado la demandada frente a esas circunstancias.

Asimismo, formula una “descripción específica” de los hechos, limitando la cadena causal, conforme indicaba Balkin. Es por ello que se centra el análisis en la probable “impericia” de la demandante a la salida del coche y se desacredita toda “descripción abstracta” referida a las mayores posibilidades de incorrectas maniobras corporales provocadas por las particulares características que presenta la salida del vagón de manera grupal.

A su vez, la Cámara afirma la “efectiva posibilidad de actuar” en el demandante cuando entiende que pudo evitar la maniobra de descenso y niega, aunque de manera implícita, la “efectiva posibilidad de actuar” en la demandada cuando considera que el galibo se ajusta a las medidas que los usos y costumbres aconsejan (el razonamiento implícito en favor del demandado es el siguiente: si el galibo es adecuado, ¿qué otra cosa podía hacer Metrovías S.A. al respecto?).

El fallo de la Corte hizo lugar a la queja esgrimida por la parte actora. Nos enfocaremos en algunas consideraciones vertidas respecto de la relación causal en el marco de un decisorio que, en categorías de Balkin, podemos calificar como “comunitarista”.

“El hecho de la víctima, consistente en poner el pie en el hueco del andén, es un acto que no tiene aptitud alguna para configurarse en una eximición de responsabilidad. No hay una imputación clara a la conducta de la propia víctima porque el descenso se produjo grupalmente y pudo haber sido empujada; Pero además, la sentencia omite examinar que la falta que se imputa a la víctima es una consecuencia de una omisión previa del prestador... .

... los prestadores de servicios públicos deben cumplir sus obligaciones de buena fe que, en el caso, exige un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte, entre las cuales está la de preparar el descenso de modo que nadie más sufra daños.

Desde esta perspectiva, aun cuando por la vía de hipótesis pudiera achacarse algún tipo de maniobra incorrecta a la actora cuando descendió del vagón, lo cierto es que en el sub examine, la alzada no ponderó la circunstancia de que la posibilidad de evitar la producción del accidente (...). Ello es así, porque la empresa debió adoptar las medidas necesarias para asegurar el ordenado ascenso y descenso de los pasajeros de los vagones; ya sea, por ejemplo, mejorando la frecuencia de las formaciones para evitar las aglomeraciones en los andenes o instruyendo a su personal para que el servicio se desarrolle principalmente en las “horas pico” sin tropiezos ni peligros; originados usualmente en empujones, golpes y pisotones por regla involuntarios entre los usuarios (...). No se puede soslayar, por otra parte, que dicho servicio es también utilizado por menores y personas de edad avanzada o con ciertas disminuciones físicas que, como consecuencia de los tumultos de pasajeros en determinadas horas del día, pueden ver seriamente comprometida su integridad física”.

Puede apreciarse, entonces, que la Corte formula una descripción que bien podemos calificar como “abstracta” cuando hace referencia al conjunto de medidas de seguridad omitidas por la empresa demandada que pudieron haber evitado el daño y al hecho de que sus servicios son utilizados por personas con disminuciones físicas, menores y ancianos que se encuentran expuestos en mayor medida frente a tales omisiones.

También utiliza un “marco temporal amplio” para describir los hechos ya que incluye en su descripción causal no sólo al hecho en sí de la víctima, sino también a la circunstancia de haber tenido que descender ésta en grupo -con todas las dificultades que ello acarrea- y a las medidas de seguridad omitidas que podrían haber evitado el evento dañoso.

Conforme lo que indica Balkin, la Corte, en su caracterización comunitarista, “omite” considerar las circunstancias en las cuales el accidente igual pudo haber ocurrido a pesar de que la demandada hubiese tomado las medidas de seguridad cuya omisión se le imputa.

Y, finalmente, se afirma la efectiva “posibilidad de actuar” en la demandada cuando se le imputa la omisión de las medidas de seguridad; en tanto que se niega la efectiva “posibilidad de actuar” en la actora cuando se admite como hipótesis que éste debió descender del vagón en el medio de empujones, golpes, pisotones y tropiezos que, para ella, resultaban inevitables, dado las características del descenso grupal.

Resulta difícil negar la plausibilidad de muchas afirmaciones causales

alternativas y contrapuestas que encontramos en la jurisprudencia, dado que las mismas suelen presentarse como similarmente razonables pese a su oposición. Resulta difícil negar que la preferencia entre una u otra de esas afirmaciones causales no se deriva de una ley física, de un principio matemático, de una ley social ni de nada que se le parezca. Por tanto, resulta difícil negar, a esta altura de nuestro análisis, la naturaleza valorativa de la relación de causalidad dentro del ámbito de la responsabilidad civil.

VI. El problema oculto detrás de la causalidad

En ciertas áreas científicas, la ambigüedad de la noción de causa se ve sensiblemente disminuida debido al elevado nivel de consenso logrado en la comunidad científica correspondiente.

En la Física, en la Medicina, en la Astronomía -por sólo citar algunas disciplinas-, existen parámetros bastante consensuados en el seno de las respectivas comunidades científicas, acerca de cuál es la muestra o cuál es el cálculo que son considerados suficientes para formular hipótesis, teorías o leyes, es decir, para establecer relaciones causales entre los fenómenos o las entidades abstractas estudiadas.

Es verdad, como ya hemos dicho, que el “problema” científico y la “muestra” siempre dependen de una o más “teorías” subyacentes que se definen y adquieren sentido en base a “objetivos” estrictamente “humanos”, que, en sí mismos, son independientes de cualquier hecho externo a la voluntad del hombre.

Pero, en aquellas áreas del conocimiento, al menos, esos objetivos se encuentran relativamente explicitados y, en consecuencia, explicitados que son los mismos, el resto del desarrollo científico se puede realizar con un importante nivel de independencia de consideraciones humanas no contrastables por hechos ajenos a la mera voluntad del investigador de turno.

El derecho, en el ámbito de la responsabilidad civil, parece haberse hecho cargo, *prima facie*, de todos los conceptos de causa posibles, o sea, de conceptos de “causa” que, en definitiva, responden a “objetivos” científicos diferentes.

Si, conforme a alguna disciplina científica, un hecho puede ser considerado “causa” de un daño sobre cuya resarcibilidad debemos decidir, ese hecho es potencialmente una “causa” en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil.

El problema con esto, al igual que en la teoría de la equivalencia de las condiciones, es cómo elegir un fenómeno (o algunos fenómenos) como “la” causa del resultado dañoso, de entre una inabarcable cantidad de sucesos, que pueden igualmente ser considerados como “causas” del resultado dañoso.

En el derecho de la responsabilidad civil no se ha definido -o, si se quiere, no se ha consensuado- cuál es el “objetivo” específico perseguido a los efectos de que éste funcione como criterio orientador de las decisiones causales (se discute si ese objetivo es reparador, preventivo, retributivo, optimizador de la eficiencia económica, etc.)⁵⁵.

Como el concepto mismo de causa depende del objetivo que se persiga a través de la descripción causal, no se cuenta con un criterio lo

suficientemente independiente de la voluntad de quien debe decidir sobre la causa del daño que nos permita elegir uno de entre los varios sucesos que pueden ser considerados alternativamente como la “causa” del daño. Y, ese problema, no puede ser resuelto ni por la prueba directa ni por la prueba indirecta que se aporta en el marco de un proceso judicial.

De lo anterior se deriva que son dos los pasos o requisitos que debe cumplir un hecho para ser considerado como “causa” en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil: primero, que sea verificable o acreditable directa o indirectamente por la prueba incorporada al proceso. Pero, como la prueba puede indicarnos la presencia de más de una “causa”, debemos dar un segundo paso: debe considerarse, con base a algún criterio axiológico, que ese hecho es “la” causa del daño desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Y esta definición, si no quiere ser meramente arbitraria, necesariamente obedecerá al cumplimiento de algún objetivo de naturaleza axiológica.

Es obvio, entonces, que en muchos de los casos que se presentan ante los tribunales, la decisión sobre la causación variará de acuerdo al “objetivo” que se entienda debe cumplir el instituto de la responsabilidad civil. Como consecuencia de ello, en virtud de que no tenemos criterios mínimamente consensuados sobre lo que es una explicación causal satisfactoria que nos permita resolver uniformemente las distintas situaciones en que podemos considerar como causa a uno o a otro suceso alternativamente, la decisión valorativa termina cayendo, en esos casos, en el magistrado a quien le compete resolver el caso concreto que es sometido a su conocimiento y decisión.

Ahora bien, en razón de que, por hipótesis de trabajo jurisdiccional, el magistrado no debe imponer “sus” criterios valorativos, sino que debe imponer los criterios valorativos “del derecho”. Y como el “derecho” nos remite vaga y confusamente a una ambigua noción de causa que se tiende a presentar como desvinculada de toda consideración axiológica, al juez no le queda más remedio que forzar su discurso, presentándolo como valorativamente neutro.

En definitiva, la argumentación respecto de la causalidad en ciertas decisiones judiciales se hace, pues, de tal modo que aparece como valorativamente neutral, aun cuando en verdad no lo es -sencillamente, no puede serlo-.

En qué medida sea ventajosa esta situación es algo sobre lo que no nos pronunciaremos aquí.

Simplemente, haremos referencia a que hay autores como Calabresi que la consideran ventajosa y minimizan el poder decisonal individual de los magistrados al respecto, a pesar de visualizar los peligros que esta situación acarrea:

“Si los conceptos causales pueden ser utilizados de manera flexible para identificar los puntos de presión más funcionales a nuestros objetivos sociales, el uso de tales conceptos tendrá enormes ventajas para la identificación explícita y la separación de los objetivos. ... Dado que, como casi todos los términos morales, los términos causales terminaron teniendo significados propios que no pueden ser cambiados como resultado de un análisis individual, éstos nos permiten resistir las presiones políticas que podrían resultar... en objetivos menos deseables. Finalmente, ..., permiten la introducción de metas que no fuimos capaces de identificar o analizar, pero que de todos modos, junto con las metas analizadas, forman parte de ese conjunto de relaciones que denominamos “justicia”.

Si, por otro lado, los conceptos causales llegaran a ser definidos y aplicados de un modo demasiado rígido, ... No podríamos introducir nuevas necesidades ni dejar de lado las antiguas sin romper la red conceptual. ...

Hay, por supuesto, un peligro en esto. Los conceptos flexibles y los objetivos no analizados pueden ocultar lo que realmente está en juego; quién pierde y quién gana y por qué. Pueden retener lo mejor de un pasado que no entendemos completamente, pero también pueden servir, lisa y llanamente, para explotar el pasado”⁵⁶.

Previo a concluir, debemos hacer una aclaración, a los fines de evitar confusiones. Hemos dicho que para poder identificar una “causa” en un contexto jurídico, necesariamente, apelamos a nociones valorativas.

No obstante esto, no queremos decir que sólo apelemos a juicios de reproche individuales para determinar cuál es la causa de un daño. Esto sólo lo hacemos en los casos en que encontramos culpabilidad en un agente que ha operado, en algún sentido, como causa del daño.

Para establecer la causación, paralelamente a los juicios de reproche individual, apelamos a juicios valorativos acerca de estados de cosas de naturaleza social que consideramos buenos, convenientes, razonables o preferibles, sin que ello importe emitir juicios de culpabilidad.

O sea, en muchos casos, las nociones de causa y culpa sí coinciden: cuando la acción en la generalidad de los casos es una acción que normalmente es idónea para provocar el daño con independencia de las circunstancias contextuales particulares y esa acción es la que se produjo en el caso particular (por ejemplo: si cruzo conscientemente con mi automóvil el semáforo en rojo).

Pero no coinciden cuando la acción es normalmente considerada como idónea para provocar el daño, pero no existe juicio de reproche en el caso particular (por ejemplo: si cruzo el semáforo en rojo porque fallan los frenos de mi automóvil, sin que haya habido negligencia culpable alguna de mi parte en el cuidado del correcto funcionamiento de ellos).

El componente valorativo de la definición acerca de la causa en el marco jurídico no está necesariamente en un juicio de reproche individual, sino que tal componente puede estar en juicios axiológicos acerca de estados de cosas que queremos lograr que no incluyen juicio de reproche alguno (si este componente se identifica plenamente con el presupuesto de la responsabilidad tradicionalmente identificado bajo el nombre de antijuridicidad, es algo de lo que no nos ocuparemos ahora). Así, por ejemplo, podríamos considerar a la madre del homicida mayor de edad una “causa” del homicidio por no haberlo educado correctamente e hipotéticamente el derecho podría resolver sancionarla en consecuencia. Seguramente, podríamos coincidir en que ciertas deficiencias educativas constituyen una “causa” de un homicidio desde el punto de vista de la Psicología. Sin embargo, en el ámbito jurídico, no tenemos en cuenta dicha explicación causal de naturaleza psicológica y, en consecuencia, prescindimos de considerar a la madre como causa del homicidio y, por tanto, prescindimos de la sanción a ella, sea por la manera en que ello afectaría el concepto de libre albedrío sobre el que se basa buena parte de nuestro derecho, sea porque ello generaría inseguridad jurídica para los padres (estado de cosas que no queremos generar), sea, sencillamente, porque consideramos que no sería una técnica que pueda arrojar resultados óptimos respecto de la prevención de los homicidios (lo cual importaría, claro está, haberse pronunciado por un fundamento preventivo y no retributivo de la sanción). Pero, sea el que fuere el motivo por el que hemos

adoptado esa decisión sobre el punto en que cortamos la red causal, ésta se toma a partir de valoraciones axiológicas que prescinden de un eventual juicio de reproche individual respecto del comportamiento educativo que los padres han tenido en relación a sus hijos.

En este sentido, es que decimos que la “causa” en el estado actual del derecho de la responsabilidad civil es un concepto valorativo: el punto en donde estemos dispuestos a hacer el corte en la red causal no es algo que dependa de estados de cosas que son independientes de nuestras preferencias, sino que, por el contrario, ello depende de los objetivos a que aspiramos conforme nuestras convicciones axiológicas. Y dado que estos objetivos no se encuentran consensuados, carecemos aún de criterios que nos permitan zanjar nuestras diferencias en términos descriptivos, como ocurre en otras disciplinas.

NOTAS

¹ En el marco teórico de la responsabilidad civil se incluyen, invariablemente, las omisiones dentro de la categoría de las conductas humanas y, por tanto, también las conductas omisivas son susceptibles de ser consideradas como uno de los elementos constitutivos del vínculo causal.

En consecuencia, a los efectos del presente trabajo y por razones estrictamente pragmáticas, tomaremos como teóricamente adecuada la afirmación que se hace en el ámbito jurídico respecto de la efectiva existencia de conductas omisivas, sin ingresar en el análisis sobre la plausibilidad de tal afirmación.

A su vez, si bien en la gran mayoría de los casos de responsabilidad civil la relación causal se establece entre una conducta humana y un resultado dañoso que es considerado consecuencia de dicha conducta, existen casos en donde la relación causal se establece entre hechos que pueden, desde ciertas perspectivas, no ser considerados el resultado de conductas humanas (el propio art. 1113 del Código Civil de la República Argentina, incluye dentro del ámbito de la responsabilidad, los daños causados “*por las cosas*”). Es por esto que en la noción de causa que esbozamos hablamos genéricamente de “hechos o conductas humanas” admitiendo, provisoriamente y por razones pragmáticas, ambas posibilidades de manera tal que no nos veamos obligados a pronunciarnos sobre el debate que se plantea acerca de si puede existir responsabilidad civil fundada sólo sobre la base de hechos desvinculados de conductas humanas.

² Al respecto, pueden consultarse, entre muchos otros, los siguientes textos que nos han servido de fuente: Gregorio KLIMOVSKY y Cecilia HIDALGO, *La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, A-Z Editora, 2001; Gregorio KLIMOVSKY, *Las desventuras del conocimiento científico - Una introducción a la epistemología*, Buenos Aires, A-Z Editora, 1999; Irving M. COPI, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, capítulos XI a XIV; Mario BUNGE, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1988; Ricardo A. GUIBOURG, Alejandro M. GHIGLIANI y Ricardo V. GUARINONI, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba, 2004, capítulos 2 y 3.

³ “... Debe quedar claro que no existe ninguna definición única de “causa” que se ajuste a todos los usos diferentes de esta palabra. ...” (sic, COPI, ob. cit., ps. 419-420).

⁴ KLIMOVSKI - HIDALGO, ob. cit., p. 36.

⁵ Gabriel PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 26.

⁶ E. HILGENDORF, *Zur Lehre vom ‘Erfolg in seiner konkreten Gestalt’*, GA, 1995, p. 520; cita tomada de Pérez Barberá, ob. cit., p. 29.

⁷ En realidad, podríamos discutir si estamos ante un ejemplo de explicación causal o, por el contrario, de explicación de tipo funcional, pero, a los efectos del presente no tiene sentido introducirnos en tal problemática. Quien tenga interés en el punto, puede encontrar interesantes planteos en KLIMOVSKY - HIDALGO, ob. cit., ps. 43/47.

⁸ Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa - Contractual y extracontractual - Parte General*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, p. 88.

⁹ PIZARRO, ob. cit., p. 11.

¹⁰ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, comentario al art. 901 del C.C., t. II, p. 22 y ss.

¹¹ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 4 - "Presupuestos y funciones del derecho de daños", Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

¹² Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, Buenos Aires, Depalma, 1967, Capítulo 3. El mismo autor en *La culpa*, Buenos Aires, Lerner, 1970, p. 163.

¹³ Leonardo A. COLOMBO, *Culpa aquiliana - Cuasidelitos*, La Ley, Buenos Aires, 1965, t. I, ps. 117-125.

¹⁴ José A. BUTELER CÁCERES, *Manual de Derecho Civil*, Córdoba, Advocatus, 2005, ps. 213-219.

¹⁵ Al respecto, puede verse Carlos F. Rosenkrantz, "Introducción. La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran" en *La responsabilidad extracontractual*, Rosenkrantz, Carlos F. (compilador), Barcelona, Gedisa, 2005, Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos.

¹⁶ Carlos F. ROSENKRANTZ, "Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual", en *Lecciones y Ensayos*, Nº 67/68, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, ps. 176-177.

Ahora bien, cabe acotar que, en el mismo trabajo, Rosenkrantz formula las siguientes consideraciones que, a nuestro juicio, presentan alguna tensión con los dichos previamente transcritos: "Mi sugerencia es que la noción de causa está asociada con lo que en una comunidad determinada se espera que evitemos en casos paradigmáticos, lo que a su vez dependerá de la moral positiva de esa comunidad y esto, a su vez, de la forma en que en ella se establezca, para las personas de cualidades mentales promedio, lo que deben evitar, entre todo aquello que pueden prever y controlar, dado el impacto de sus acciones en el bienestar de otros.

El hecho de que esta concepción recurra a la moral positiva de una comunidad determinada no la convierte en parasitaria de una teoría de la responsabilidad. La moral positiva es un hecho cuya existencia no depende de que afirmemos la existencia de ciertos valores sino de que la comunidad relevante crea, aun cuando no tenga razones para hacerlo, que cierta consecuencia que se encuentra dentro del conjunto de consecuencias sobre las cuales el agente tiene control, debieron haberse previsto y evitado por el propio agente".

El problema con estas apreciaciones es que si quieren resultar coherentes, debieran llevarlo a sostener que una explicación causal delimitada por un marco teórico cuyas pautas provienen de la moral positiva no es una explicación causal de naturaleza axiológica -sino descriptiva-, por el solo hecho de que la existencia de la moral positiva puede ser constatada fácticamente.

Pero esta idea obliga a asumir algunas ideas demasiado problemáticas: en primer lugar, que únicamente la moral crítica funda juicios de naturaleza axiológica y no así la moral positiva. Y, en segundo lugar, que la moral positiva suministra criterios de corrección moral que, de alguna manera, pueden ser considerados como "objetivos", es decir, independientes de las apreciaciones humanas.

¹⁷ Sí, en cambio, es más común encontrar autores que analizan la cuestión sin pronunciarse decididamente sobre el punto en uno u otro sentido. Tal es el caso, por ejemplo, de Guillermo A. BORDA, en *Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones I*, Buenos Aires, Perrot, 1971, ps. 141-143; también el caso de Jorge MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Buenos Aires, Ediar, 1988, ps. 350-354.

¹⁸ Se cita como nota en el texto transcripto: Alberto BUERES, *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994, t. 1, p. 300.

¹⁹ Se cita como nota en el texto transcripto: Thomas S. KUHN, "Objetividad, juicios de valor y elección de teorías", en *The essential tension*, Chicago University Press, 1977.

²⁰ Se cita como nota en el texto transcripto: NEWTON-SMITH, *La racionalidad de la ciencia*, Buenos Aires, Paidós, 1987, ps. 245-249.

²¹ Carlos A. ECHEVESTI, *La culpa*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, ps. 143-144.

²² ECHEVESTI, ob. cit., p. 179.

²³ Carlos S. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, Capítulo VII.

²⁴ NINO, ob. cit., p. 89.

²⁵ NINO, ob. cit., p. 89.

²⁶ NINO, ob. cit., ps. 89-90.

²⁷ NINO, ob. cit., p. 90.

²⁸ En referencia a la teoría de la causalidad adecuada.

²⁹ NINO, ob. cit., p. 90.

³⁰ NINO, ob. cit., p. 90.

³¹ NINO, en esta posición sigue, por un lado, a H.L.A. HART - A. M. HONORE en *Caution in the law*, London, Oxford University Press, 1959 y, por otro lado, a J. L. MACKIE, en *The Cement of the Universe*, Oxford, 1974.

³² NINO, ob. cit., p. 92.

³³ Guido CALABRESI, "Acerca de la causa y el derecho de la responsabilidad extracontractual. Un ensayo en honor de Harry Kalven, Jr.", publicado en *La responsabilidad extracontractual*, Carlos F. Rosenkrantz (compilador), Barcelona, Gedisa, Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, 2005.

³⁴ CALABRESI, ob. cit., p. 165.

³⁵ CALABRESI, ob. cit., p. 165.

³⁶ CALABRESI, ob. cit., p. 166.

³⁷ Publicado en *La responsabilidad extracontractual*, Carlos F. Rosenkrantz (compilador), Barcelona, Gedisa, Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, 2005.

³⁸ BALKIN, ob. cit., ps. 124-125.

³⁹ BALKIN, ob. cit., ps. 126-127.

⁴⁰ BALKIN, ob. cit., p. 127.

⁴¹ BALKIN, ob. cit., p. 128.

⁴² Se trata de dos casos judiciales que analiza en su trabajo, tal como veremos.

⁴³ BALKIN, ob. cit., p. 132.

⁴⁴ BALKIN, ob. cit., p. 131.

⁴⁵ BALKIN, ob. cit., p. 131.

⁴⁶ BALKIN, ob. cit., p. 132.

⁴⁷ BALKIN, ob. cit., ps. 123-124.

⁴⁸ BALKIN, ob. cit., p. 133.

⁴⁹ BALKIN, ob. cit., p. 124 (presentados como posibles argumentos del demandante).

⁵⁰ BALKIN, ob. cit., p. 136.

⁵¹ BALKIN, ob. cit., ps. 135-136.

⁵² Tal como sostiene, por ejemplo, Jeremy WALDRON, en *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

⁵³ Conf. Jorge Augusto BARBARÁ, "Principio de igualdad ante la ley. Opciones que plantea para la solución de casos", en *Diez Años*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007, p. 113.

⁵⁴ Puede consultarse en www.microjuris.com (Microjuris Argentina).

⁵⁵ Al respecto, pueden verse las discusiones presentes en los artículos que componen la ya citada obra *La responsabilidad extracontractual*, Carlos F. Rosenkrantz (compilador), Barcelona, Gedisa, 2005, Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos.

⁵⁶ CALABRESI, ob. cit., ps. 166-167.

A PROPÓSITO DEL CASO “KIMEL” Y SUS IMPLICANCIAS EN LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

Raúl E. Fernández

Sumario: I. Introducción. II. Honra e información. Tensiones. III. Las pautas interpretativas. IV. Métodos de interpretación. a. Categorización de derechos. b. *Balancing test* cerrado o *ad hoc balancing*. c. *Balancing* abierto o *definitional balancing*. V. El método empleado por la C.I.D.H. en el caso “Kimel”. VI. La armonización de los derechos. VII. Conclusiones.

I. Introducción

No es de ahora que venimos insistiendo sobre la importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) en el ámbito nacional. La evolución jurisprudencial doméstica muestra cómo, desde la asignación de un valor meramente referencial a los fallos de tal tribunal, pasando por considerarla como una pauta de interpretación que debe ser tenida en cuenta, se llega a aquella otra que señala que los tribunales locales deben adecuar su interpretación a la del organismo interamericano. De tal modo, está señalando que los jueces locales (y demás repartos de poder) no pueden hacer oídos sordos a las decisiones internacionales.

Y en este andarivel se inscribe el reciente caso “Kimel”¹, que nos sirve de base para destacar una ***mutación en las pautas interpretativas*** en materia de derechos humanos.

Tal el objetivo de este trabajo.

II. Honra e información. Tensiones

El Pacto de San José de Costa Rica contempla los derechos aludidos en el título, del siguiente modo:

“Art. 11.- Protección de la honra y la dignidad.

- Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

- ...

- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

“Art. 13.- Libertad de pensamiento y de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede

estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

1. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, ...”.

La tensión existente entre el derecho al honor y la libertad de pensamiento y de expresión se manifestó claramente en el caso “Kimel”, cuyos principales ribetes fueron claramente sintetizados por el tribunal internacional, del siguiente modo:

“41. Eduardo Kimel es un historiador graduado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Se ha desempeñado además como periodista, escritor e investigador histórico. En noviembre de 1989 publicó un libro titulado “La masacre de San Patricio”. Este libro analiza el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la Orden Palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar

42. En dicho libro, el señor Kimel analizó, *inter alia*, las actuaciones judiciales dirigidas a investigar la masacre. En relación con una decisión judicial adoptada el 7 de octubre de 1977 señaló que el juez federal que conocía la causa realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el [J]uez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto”.

Así las cosas, el juez involucrado denunció al señor Kimel, como autor responsable del delito de calumnia, y si no se compartiere tal calificación petitionó se lo condenara por el delito de injurias. Esto último fue lo que decidió el Juzgado Criminal y Correccional interviniente, condenándolo a un año de prisión en suspenso y al pago de una indemnización de \$ 20.000.

Apelada la sentencia, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional revocó la sentencia, por lo que el querellante llevó la causa a la C.S.J.N., la cual el 22 de diciembre de 1998 revocó la absolución y reenvió la causa para una nueva decisión.

Al año siguiente, otra Sala de la Cámara de Apelaciones condenó a Kimel por calumnias, y contra esa decisión, Kimel dedujo recurso extraordinario federal, el que fue declarado improcedente, deduciendo recurso de queja, el que fuera rechazado *in limine*, con lo cual la condena quedó firme.

Llevada la cuestión al ámbito internacional, y previos los trámites de ley, el Estado Argentino se **allanó** a la petición, asumiendo su responsabilidad internacional por violación de los arts. 13 y 8 (1) del Pacto de San José.

Ante ello, la Corte Interamericana recordó que “el texto íntegro del artículo 55 del Reglamento, indica que estos actos no son, por sí mismos, vinculantes para el Tribunal. Dado que los procesos ante esta Corte se refieren a la tutela de los derechos humanos, cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, la Corte debe velar

porque tales actos resulten aceptables para los fines que busca cumplir el Sistema Interamericano. En esta tarea el Tribunal no se limita únicamente a verificar las condiciones formales de los mencionados actos, sino que los debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes” (considerando 24).

Añadió además que “La Corte observa que a pesar de la confesión de hechos y de la admisión de diversas pretensiones por parte del Estado, subsiste la necesidad de precisar la entidad y gravedad de las violaciones ocurridas, así como los alcances de las normas sancionatorias persistentes en el orden interno y que pueden ser aplicadas para restringir la libertad de expresión. Estas precisiones contribuirán al desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y a la correspondiente tutela de derechos humanos” (considerando 40).

En definitiva, la Corte dispuso que la República Argentina debía dejar sin efecto la condena penal y todas las consecuencias que de ella se derivan, acogió el reclamo resarcitorio de daño material, inmaterial y reintegro de costas, y ordenó que el Estado adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de formal tal que las imprecisiones en las descripciones del tipo penal no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Para resolver de tal modo, dejó de lado reglas que antes habían constituido base de su anterior jurisprudencia y señaló la necesidad de tener en cuenta la **concreta proporcionalidad** de la protección de los derechos en juego. Ello constituye el eje de esta colaboración.

III. Las pautas interpretativas

No puede dudarse que la existencia de un método de interpretación tiene importantes resultados prácticos, máxime cuando de lo que se trata es de la interpretación constitucional (que incluye a los tratados internacionales).

Desde tal perspectiva, constituye un paradigma actualmente vigente, que estamos inmersos en un “**Estado constitucional de derecho**” que ha dado lugar al reconocimiento del “neoconstitucionalismo”.

Así, es innegable la fuerza de la interpretación constitucional en las decisiones jurisdiccionales, al punto que se postula comenzar el camino desde la Constitución, para proyectarlo hacia las normas inferiores.

Por ende, “... en el Estado constitucional la decisión judicial debe **concretar** las exigencias constitucionales. En virtud de ello, el control de constitucionalidad ya no se presenta como (mera) ausencia de contradicción con las normas constitucionales sino que, además, impone una ‘razonable’ determinación de los derechos que emanan de la constitución”²³.

Sin embargo, como el eje se desplaza desde la órbita de los órganos políticos al Poder Judicial, no son pocas las voces que alertan del peligro que ello puede ocasionar, porque en términos exageradamente absolutistas, la decisión dependerá, no tanto de la solución predeterminada por la ley, sino de la forma en el juez interprete los derechos constitucionales en juego⁴.

Cedemos la palabra a un experto: “A los derechos humanos no les basta

un saber meramente científico: el paradigma del saber jurídico según el modelo decimonónico era el científico en tanto un saber objetivo, descriptivo, sistemático y aséptico procurando en todo momento ser fiel a la voluntad del legislador que para cada caso brindó una indiscutible determinada solución... Una comprensión exhaustiva y completa del contenido de los derechos humanos nos impone recurrir a un saber que necesariamente será raigal y atento teleológicamente a lo que es el hombre y la sociedad”⁵.

Claro que, y a eso responde el largo camino seguido por la escuela del razonamiento judicial de Córdoba, para evitar tal anarquía de soluciones, y garantizar la vigencia de la previsibilidad del derecho, la decisión judicial debe ser fundamentada. El juez debe explicitar por qué, en cada caso concreto, acuerda preeminencia a un derecho con relación a otro, conforme los cánones motivacionales que correspondan⁶.

IV. Métodos de interpretación

Cuando es necesario referirse a la interpretación en materia constitucional (y ahora convencional), cuando se está en presencia de derechos aparentemente contrapuestos, cuadra recordar las diversas orientaciones que existen al respecto, y así es posible hablar de:

a. Categorización de derechos

Casi siguiendo el modelo del legislador decimonónico, se afirma que una mirada sobre el contenido de los derechos en la Constitución, permite afirmar, en abstracto, una categorización de ellos.

De tal modo, es posible, *a priori*, señalar la preferencia del legislador constituyente, de unos sobre otros⁷.

b. Balancing test amplio

Desde esta perspectiva y pretendiendo superar la visión anterior, se sitúa la interpretación conforme el sistema del *balancing*, que se basa, esencialmente, en el reconocimiento de intereses contrapuestos entre los derechos en pugna.

Y así, una primera versión del *balancing* la constituye el denominado *balancing* amplio, que se parece al sistema de categorización de derechos, en tanto existe una estimación, *a priori*, de la ubicación de ellos.

Sin embargo, se diferencia en que a tal categorización la realiza un juez, frente a un caso concreto, pero lo hace en abstracto⁸.

c. Ad hoc balancing

En este caso, a la ponderación necesaria para establecer la preeminencia de los derechos la realiza el juez, en el caso concreto y teniendo en cuenta, de manera esencial, cuál de tales derechos que, en abstracto, poseerían el mismo rango, debe ser preferido, en función de las circunstancias particulares del caso⁹.

Para ello debe ponderar la proporcionalidad existente entre la satisfacción de un derecho en detrimento del otro, conforme un juicio de necesidad o indispensabilidad y teniendo en cuenta, de manera esencial, la razonabilidad entre el medio y el fin^{10 11}.

d. Definitional balancing

Por fin, se alude al *balancing* definitorio, como aquél que se deriva de las reglas jurisprudenciales derivadas de casos jurisprudenciales, que van estableciendo los grados de preferencia entre los derechos.

Es claro que desde esta perspectiva, se rinde tributo a la seguridad jurídica, pero, paralelamente, puede importar un anquilosamiento del derecho.

Y es claro, además, que para que éste sea aplicado, será preciso la preexistencia de tales decisiones jurisprudenciales que hayan establecido la regla de derecho aplicable al nuevo caso singular.

V. El método empleado por la C.I.D.H. en el caso “Kimel”

Es posible dar respuesta al tema del título recordando que en el caso “Kimel”, la Corte Interamericana declaró que “Para el caso que nos ocupa, la restricción (a la libertad de expresión) tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer negatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. **En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra**”¹².

De estas últimas expresiones queda claro que la Corte admitió la posibilidad de que la interpretación realizada en el caso “Kimel” no sea trasladable, sin más, a otros supuestos. Esto así, pues es preciso establecer una ponderación en concreto, en vista de los hechos de la causa.

En otros términos, la regla de derecho contenida en el caso (preeminencia del derecho de expresión por sobre el del honor) puede no ser aplicada en casos similares, sin que por ello se pueda señalar la alteración de la jurisprudencia del Tribunal internacional. Se trata, en suma, del reconocimiento de la importante labor del juez de cada caso, quien deberá ponderar en concreto si la restricción de un derecho sobre otro se adecua al esquema de la Convención Americana de Derechos Humanos¹³.

Estas afirmaciones son claramente expuestas en el voto concurrente del juez García Sayán, al afirmar que “... No se trata de categorizar estos derechos ya que ello colisionaría con la Convención. El carácter unitario e interdependiente de los derechos se vería confrontado con el intento de establecer derechos de ‘primera’ y de ‘segunda’ categoría. De lo que se trata es de que se definan los límites de cada cual buscando armonizar ambos derechos. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse, así, con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización, como se dice en la

sentencia, le cabe un papel medular al Estado buscando establecer, a través de las vías judiciales adecuadas, las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito”¹⁴.

La doctrina no se ha mostrado conforme con esta forma de establecer las pautas hermenéuticas del caso, sosteniendo que la sentencia produce “una sensación de vacío al reiterar conceptos vertidos en otros pronunciamientos y en la opinión consultiva OC-5/1985. No nos ofrece reglas, relativamente objetivas, para determinar los límites del derecho a la libertad de expresión, como lo hizo nuestro alto tribunal cuando formuló la doctrina ‘Campillay’, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos cuando, al declarar la inconstitucionalidad del *common law*, fijó las reglas de la ‘real malicia’. Reglas que fueron aceptadas por nuestra Corte Suprema, algunas de las cuales son aceptadas implícitamente por la Corte Interamericana, aunque sin hacer mención expresa de ellas”¹⁵.

De lo dicho hasta aquí se desprende, entonces, que la Corte Interamericana ha hecho uso del *ad hoc balancing*, insistiendo en la necesidad de adecuar la interpretación convencional a los hechos de la causa.

Y así, siguiendo las pautas explicitadas por alguna doctrina, el tribunal internacional habría incurrido en “terrorismo judicial”¹⁶.

No creemos que ello sea así, pues de lo que se trata es de que el juez aplique el derecho vigente, pero lo haga en función de las circunstancias particulares de la causa. Entenderlo de otro modo es prohijar el “academicismo judicial”, donde los casos se resuelven en abstracto, como si se tratara de escribir un artículo sobre el intríngulis jurídico planteado, con desatención de las constancias de la causa.

Y en este punto cuadra insistir en que dado que el Derecho regula conductas humanas, el razonamiento del tribunal asume el carácter de “práctico prudencial”.

Así, en el caso “Kimel”, la Corte Interamericana asume “... *un balance ‘no cerrado’ , que mejor se parece a la tesis de la protección armónica de derechos que esboza cierta doctrina argentina... En suma, habría de resolverse la aparente colisión mirando a cada derecho desde adentro, en su llamado ‘núcleo pétreo’ y con vistas a la razonabilidad de su ejercicio, criterio éste que, como lo indica la misma doctrina ‘incluye múltiples baremos de control...’, entre ellos la proporcionalidad entre medios y fines y el respeto al contenido esencial’ de cada derecho*”¹⁷.

VI. La armonización de los derechos

Antes de ahora se ha propuesto, con toda claridad, la tesis receptada en la sentencia comentada. Así, se destacó que “... *es incorrecto -y quizá muy perjudicial- analizar estos problemas partiendo de unos ‘derechos armados’ en lucha permanente entre sí, fagocitándose unos a otros, necesariamente inconciliables. Se trata, en definitiva, de una suerte de darwinismo jurídico, en donde se busca que prevalezca el derecho más fuerte en cada caso judicial. En verdad, los derechos constitucionales no son gallos de riña. La necesaria colisión no deja de ser un ‘mito’, pues es posible una visión distinta. Y lo es porque los derechos fundamentales -y los deberes que engendran- están armónicamente interrelacionados o correlacionados*”^{18 19}.

De tal modo, y como lo propone la Corte Interamericana, habría que estarse al contenido esencial de cada derecho, a fin de establecer si éste no resulta totalmente desvirtuado en el caso, por la preponderancia que se reconoce al otro.

VII. Conclusiones

Hace algún tiempo se insistió con tesón, sobre la importancia de la teoría de la argumentación²⁰. Y es claro que en el ámbito que nos ocupa, ésta ocupa un papel preponderante. Ello porque el método interpretativo utilizado por la Corte de San José pone al juez en la necesidad de ponderar justificadamente sus preferencias en los casos concretos²¹.

El papel del juez es, entonces, superlativo. Pero también debe ser comprometido. Ayudar a cumplir ese compromiso es una de las tareas en las que seguirá abocado este instituto.

NOTA

¹ “Kimel, vs. Argentina”, sentencia del 2/5/08.

² Mario E. CHAUMET - Andrea A. MEROI, “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, L.L. 2008-D, 718.

³ Control de constitucional que no importa desconocimiento del “control de convencionalidad” (vid. nuestro: “A propósito del control de convencionalidad” en: Olsen A. GHIRARDI (director), *Diez Años*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007, p. 157 y ss.). Para algunos, ambos no presentan diferencias esenciales (Rolando E. GIALDINO, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos”, L.L. 2008-C, 1296). Claro que coincidirán cuando el derecho, la garantía en juego, se encuentre contemplada en la Constitución Nacional, en cambio podría apreciarse cierta diferenciación cuando el enclave normativo provenga originariamente de los tratados internacionales. Además, en el control de constitucionalidad (nacional) en sentido estricto, el último intérprete es la C.S.J.N., en cambio en el de “convencionalidad” tal papel es representado por los organismos internacionales competentes.

⁴ Esto nos recuerda que hace un tiempo se escribió que *“En la actualidad, hay una corriente de pensamiento que considera que, como el Derecho constituye una disciplina que pertenece a las ciencias sociales es materia opinable; que tratándose de la interpretación de la ley, siempre existen dos bibliotecas para apoyar posturas disímiles acerca de una misma cuestión; que las leyes son marcos generales que ofrecen un conjunto de interpretaciones posibles, todas lícitas por igual, que pueden ser escogidas por el juez a su antojo; quien al dictar la sentencia se convierte en una especie de creador de una lex specialis, que se inspira no sólo en lo que dispone la ley, sino en cuestiones económicas, sociológicas, axiológicas, entendiéndose que el juez debe tener muy en cuenta al tiempo de fallar, las consecuencias sociales que traerá aparejada la interpretación realizada en la sentencia. Quienes piensan de esta forma, entienden que el juez debe dictar una sentencia justa y equitativa, aun por encima de lo que prescribe la ley. En síntesis, según este criterio: la Constitución y las leyes es lo que los jueces dicen que es”*. También se agregó que *“Detrás de todo esto subyace la idea de que el juez puede interpretar a su antojo y según su leal saber y entender el sistema jurídico, haciendo abstracción de las normas dictadas por el constituyente y por el legislador. El Derecho pasa a ser lo que a cada uno le parece que es. Esta forma de ver las cosas se reduce a un nihilismo jurídico. Entendiéndose por nihilismo a la posición filosófica que niega en forma radical la posibilidad del conocimiento”* (Mario C. PERRACHIONE, Columna de opinión, L.L. del 12/3/03, p. 1).

⁵ Rodolfo L. VIGO, “Los derechos humanos y la actividad jurisdiccional interpretativa”, en Olsen A. GHIRARDI (director), *Diez Años*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007, p. 513.

⁶ Sobre la importancia del contradictorio en la adecuada motivación sentencial, el

excelente trabajo citado en nota 2.

⁷ Con vehemente defensa de la posibilidad de categorización: Miguel Angel EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 475 y ss. El autor propone, aunque de manera provisoria, el siguiente orden en los derechos civiles: 1) derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, prohibición de vejámenes y humillaciones, torturas, mutilaciones, etc.); 2) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la preservación de la salud, a la integridad física y psicológica, etc.); 3) derecho a la libertad física; 4) derecho al honor; 5) los restantes derechos personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etc.); 6) derecho a la información; 7) derecho de asociación; 8) los restantes derechos personales, primero, los “derechos fines” y luego los “derechos medios”; 9) los derechos patrimoniales.

⁸ Victoria BOULIN, Ignacio A. BERTELSEN, Soledad SIMONETTI, L.L. on line.

⁹ Refiriéndose a la interactuación de la libertad de prensa y el derecho al honor, se destaca que “... no cabe establecer ningún tipo de jerarquía a priori entre estos derechos, pues, más allá de lo esencial que resulta la libertad de prensa -en tanto bien colectivo para el sistema democrático, si hay algo que caracteriza definitivamente a una democracia es, entre otras cosas, el hecho de ser un sistema garantizador de derechos individuales, consagrados constitucionalmente, entre los que se encuentra el honor. De allí que, en tanto derechos fundamentales que ambos -libertad de prensa y honor- son, deben ser considerados, a priori, equivalentes. Si en algún momento ellos confluyen en la misma situación de hecho tendrá lugar un verdadero conflicto de derechos o, mejor, una colisión entre principios, y la determinación de cuál ha de primar sobre el otro (ponderación) deberá realizarse en cada caso en concreto, conforme a unas pautas empíricas y normativas generales...” (Gabriel E. PÉREZ BARBERÁ, *Libertad de prensa y derecho al honor. Repercusiones dogmático-penales de la doctrina constitucional de la “real malicia”*, Córdoba, Alveroni, 1999, p. 22).

¹⁰ Así lo explicó el tribunal internacional, en el caso en comentario: “Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte: i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer negatorio el derecho de éste a manifestar su opinión”. (considerando 58).

¹¹ Con particular referencia a las tensiones entre la libertad de información y el derecho al honor, escribía una lúcida jurista cordobesa que “... no existe un orden jerárquico abstracto entre los derechos esenciales de la persona, y éstos deben armonizarse. Las hipótesis de conflicto deben resolverse acorde con pautas de razonabilidad, en función de las circunstancias concretas del caso. Dentro de la teoría tridimensional del derecho, que sustentamos, no son suficientes las normas y los valores: a la luz de ellos deben examinarse los hechos, que también son parte de la realidad jurídica. Es decir, es imposible formular una jerarquización a priori, que pudiera trazarse a modo de una escalera. Los problemas eventuales deben decidirse en cada supuesto particular, acudiendo a parámetros axiológicos que no son abstractos sino muy específicos” (Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños, Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, t. 2, d, p. 223).

¹² Considerando 84, el destacado es nuestro.

¹³ Destacando, en general, la necesidad de fundamentar la ponderación de los bienes y valores en juego por los jueces: Horacio DE LA FUENTE, “Los principios generales del derecho”, J.A. Fascículo 6, 2008. III, p. 17.

¹⁴ Considerando 18 del voto concurrente razonado.

¹⁵ Gregorio BADENI, “La libertad de expresión en el siglo XXI y el caso ‘Kimel’”, J.A. 2008-II, p. 260 y ss.

¹⁶ Mario C. PERRACHIONE, op. cit., nota 4.

¹⁷ Asdrúbal AGUIAR, “La libertad de expresión ¿Piedra angular de la democracia?” L.L. 2008-D, p. 493 y ss., citando a Fernando M. TOLLER, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 420.

¹⁸ Fernando M. TOLLER, “Hacia el ocaso del darwinismo jurídico. Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales”, E.D. 180-1429.

19

Aceptando la pauta hermenéutica en cuestión: José W. TOBIAS, "Derechos personalísimos y libertad de información", L.L. 2008-A, 620 y ss. También: Marina Andrea RIBA, "Un test filosófico a la teoría del conflicto de derechos", en Olsen A. GHIRARDI, *Diez Años*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007, p. 403 y ss.

20

Armando S. ANDRUET (H), *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2003, passim.

21

Se ha dicho, en manifestaciones que compartimos que "*... el anhelable aggiornamento de la estructura de pensamiento del magistrado judicial y de su posicionamiento frente a ciertas causas dilemáticas, es tan imprescindible como dificultoso. En tal menester, la teoría de la argumentación puede proporcionar un útil servicio desde que se encarama como un elemento relevante de la interpretación constitucional, justamente porque... existen hipótesis (por ejemplo, ante cláusulas de contenido abierto, normas de principio y conceptos indeterminados) en las que el fundamento de legitimidad de la actuación judicial se transfiere al proceso argumentativo, pues el magistrado judicial debe demostrar racionalmente que la solución propuesta es la que realiza más adecuadamente la voluntad constitucional*" (Víctor BAZÁN, "El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en el escenario argentino: convergencias y desencuentros", E.D.C.O., 2007, p. 505).

EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS PREMISAS FÁCTICAS EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Rolando Oscar Guadagna

Sumario: I. Introducción. II. El conocimiento de los hechos. III. El conocimiento judicial de los hechos. IV. Formas de adquirir el conocimiento judicial de los hechos. V. La justificación de la premisa fáctica. VI. Relaciones entre las actividades desarrolladas por los jueces en los ámbitos de descubrimiento y de justificación. VII. Importancia de conocer los tipos de razonamientos que los jueces realizan para establecer y justificar las premisas fácticas.

I. Introducción

Las inquietudes intelectuales que me llevaron a reflexionar sobre este tema tienen su origen lejano en el libro *Lógica del Proceso Judicial*, del Dr. Olsen A. Ghirardi.

Luego de leerlo comencé a entender por qué el razonamiento judicial, exteriorizado en la sentencia, es algo más complejo que el mero silogismo deductivo, que sólo tiene lugar cuando las premisas fácticas y normativas que lo componen ya han sido establecidas.

En las páginas 60 y 61 del mencionado libro ¹, el Dr. Ghirardi explica: *“Pese a lo antiguo y discutido del tema, cuando leemos una sentencia judicial, no podemos evitar pensar en una estructura silogística, de naturaleza muy compleja, que podría ser llamada silogismo práctico-prudencial. Pero, a medida que calamos más hondo, observamos que, en el proceso del razonamiento del juez, se utilizan **todos** los métodos que nos enseña la Lógica. De ahí que nos parezca más correcto denominarlo simplemente razonamiento jurisprudencial. A la par de las valoraciones, hay deducciones, inducciones, inferencias, razonamientos por analogía, etc. Toda esta carne está insertada en una columna vertebral que da la forma y cuya estructura idealizada es silogística. Pero para llegar a ella es preciso primero fijar las premisas, siendo esta tarea la que realmente es ardua y que consume las energías del juez”*.

En un trabajo anterior -incentivado también por las enseñanzas del querido Maestro y por el enriquecedor ambiente intelectual del Instituto de Filosofía de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba- me ocupé de la actividad de interpretar la ley dentro del marco del razonamiento práctico prudencial ². Ahora trataré la otra ardua tarea del juez, previa a la etapa de elaboración del silogismo, con el que concluye su razonamiento. En ambos casos he recibido importantes aportes, ideas y sugerencias, de mis compañeros en la cátedra de “Problemas del conocimiento y formas del razonamiento jurídico” de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Cuarto.

Me propongo exponer aquí algunas reflexiones iniciales y provisorias sobre los siguientes aspectos del razonamiento judicial:

- 1º) La manera en que los jueces razonan para adquirir conocimientos sobre los hechos relevantes para resolver los casos concretos sometidos a sus decisiones (ámbito de descubrimiento);

2º) La forma en que los magistrados intentan justificar sus pretensiones de verdad relativas a sus conocimientos sobre dichos hechos (ámbito de justificación);

3º) Las relaciones entre ambos ámbitos de la actividad judicial; y

4º) La importancia de conocer qué clases de razonamientos utilizan en cada uno de esos contextos.

Es frecuente, entre quienes se ocupan del razonamiento jurídico, distinguir -al igual que lo hacen los teóricos del conocimiento en general- entre “ámbito (o contexto) de descubrimiento o decisión”, por un lado y “ámbito (o contexto) de justificación”, por otro.

Esta distinción es tomada de la literatura epistemológica, en la que se distinguen:

“1. procedimientos para obtener un conocimiento que aún no se tiene (ámbito de descubrimiento), o

2. *procedimientos para validar o justificar un conocimiento que ya se tiene*” (ámbito de justificación) ³.

Cuando en el mundo jurídico mencionamos al *contexto de descubrimiento (o de decisión)* hacemos referencia a los mecanismos y procedimientos que se siguen para tomar una decisión jurídica, sea sobre los hechos, sobre el derecho, o sobre la solución con la que se pretende resolver el caso y a los factores que influyen en la misma. En tanto que hablamos de *contexto de justificación* cuando nos referimos a los procedimientos que se utilizan para validar esa decisión, es decir, para convencer a los interlocutores de que las pretensiones de conocimientos (sobre los hechos o sobre el derecho) o la propuesta de solución que se formula para resolver el caso, son verdaderas, válidas o correctas.

La distinción entre estos dos “ámbitos” o “contextos” se encuentra actualmente bajo discusión. Gregorio Klimosvky explica que “*en la actualidad son muchos los filósofos de la ciencia que afirman que la frontera entre los dos contextos no es nítida ni legítima, pues habría estrechas conexiones entre el problema de justificación de una teoría (y de sus cualidades lógicas) y la manera en que se la ha construido en la oportunidad en que ella surgió*” ⁴.

Personalmente considero que, por lo menos en el ámbito del razonamiento judicial, las actividades que los jueces desarrollan en los denominados contextos de descubrimiento y de justificación deben encontrarse íntimamente relacionadas y deben influirse recíprocamente.

El objeto de este trabajo es, pues, intentar una aproximación a las formas en que los jueces razonan sobre los hechos en los ámbitos de descubrimiento y de justificación, para luego esbozar una respuesta a la pregunta sobre el alcance de la distinción entre ambos contextos. Finalmente procuraré señalar algunos beneficios de importancia que se pueden obtener a partir de conocer la forma en que los jueces razonan en cada uno de esos ámbitos.

II. El conocimiento de los hechos

Doy por aceptado -aunque es materia de discusión entre los filósofos de las ciencias, epistemólogos, científicos, etc.- que existe una realidad externa al sujeto y que éste de alguna manera puede conocerla, aunque no como un

reflejo exacto de ella, sino captándola desde su propia conformación bio-psico-social.

Con palabras de Ezequiel Ander-Egg: *“Partimos del supuesto de que existe un mundo objetivo, independiente del sujeto, pero esa realidad del mundo objetivo debe ser captada y aprehendida por alguien, un sujeto cognoscente que percibe a través de mediaciones (teorías, conceptos, categorías, modelos, etc.) y a través de predisposiciones (elementos que están subyaciendo en nuestro modo de pensar y de hacer, y de los cuales no siempre somos conscientes, como son los paradigmas, las cosmovisiones, etc.). Decimos que existe una realidad independiente del sujeto cognoscente, pero el conocimiento que tiene el sujeto está enraizado vitalmente en la constitución física, biológica, psicológica y neurológica del ser humano que conoce”*⁵.

No puedo, en consecuencia, sino adherir a una **“epistemología moderadamente realista”**, para la cual tiene sentido la aspiración a conocer los hechos realmente acontecidos (lo que no sería así para una epistemología subjetivista o constructivista, que impugna la idea del conocimiento objetivo), pero sin ignorar la relatividad de la verdad alcanzada⁶.

Esta es la conclusión de considerar: 1º) que existe algo que denominamos realidad (o mundo); 2º) que ese algo es objetivo y tiene existencia independientemente del sujeto que lo conoce; y 3º) que nuestros conocimientos sobre esa realidad son producto, no sólo de la configuración de esa realidad, sino también de las condiciones biológicas, psicológicas y sociales del sujeto que conoce.

Para esta concepción, un enunciado de hecho es una proposición asertiva con pretensiones de verdad. Dicho enunciado será, en teoría, verdadero cuando se adecue a la realidad, es decir, cuando se corresponda con los hechos que describa (concepción semántica de la verdad). Pero, consciente de la relatividad del conocimiento del mundo que el ser humano puede adquirir⁷, se reconoce que las pretensiones de verdad que enuncian las proposiciones fácticas concretas son relativas (el conocimiento empírico es sólo probable, razón por la cual sólo puede aspirarse, como máximo, a una convicción sobre la realidad de los hechos intersubjetivamente aceptable).

III. El conocimiento judicial de los hechos

Consecuente con lo anterior, también sostengo como presupuestos, aun cuando son tesis discutibles, que dentro del proceso judicial es posible conocer los hechos jurídicamente relevantes, logrando una convicción intersubjetivamente aceptable sobre ellos, que es condición necesaria para que podamos afirmar que la decisión judicial es racional aplicación del derecho a un caso determinado.

Sin embargo, es preciso advertir que el conocimiento judicial de los hechos se da dentro de un proceso regulado por normas jurídicas que procuran que el procedimiento judicial se oriente a alcanzar distintos objetivos: la paz social y la seguridad jurídica con la rápida y definitiva finalización de los conflictos; la determinación de los hechos que es más probable que hayan sucedido; evitar que por averiguar lo realmente sucedido se causen daños significativos a las personas (a su vida, a su

dignidad o a su integridad), se afecten instituciones importantes de la sociedad o relaciones intersubjetivas calificadas (por ejemplo entre parientes cercanos); etc.

En consecuencia, a las limitaciones propias del conocimiento humano en general, en el marco del conocimiento judicial de los hechos se agregan otras derivadas de la regulación del proceso judicial (que varía según los países y, dentro del nuestro, según las provincias y los tipos de procesos -civiles, de familia, laborales, penales, contencioso-administrativos, etc.-).

No obstante ello, tanto la aspiración como la posibilidad de reconstruir con un alto grado de probabilidad los hechos relevantes constituyen presupuestos necesarios del “debido proceso legal”⁸ y, por lo tanto, las limitaciones procesales a la actividad cognoscitiva del juez deben encontrarse adecuadamente justificadas.

IV. Formas de adquirir el conocimiento judicial de los hechos

Cuando reflexionamos sobre el contexto de descubrimiento en el que razona el juez para establecer los hechos, cabe que nos preguntemos: ¿cómo conoce los hechos relevantes, la mayoría de los cuales no suceden en su presencia? ¿Conoce todos los hechos de la misma forma o utiliza distintos procedimientos según la clase de hecho de que se trate? Y, en su caso, ¿cuáles son esos diferentes procedimientos y cómo funcionan?

El conocimiento de los hechos es, en el ámbito jurídico (al igual que en cualquier otro), un fenómeno complejo en el que intervienen diversos factores. El sujeto cognoscente en general, y el hombre de derecho en particular, no conoce la realidad tal cual es, sino como la percibe, conceptúa y organiza de acuerdo con su propia configuración biológica y psicosocial. Aun en el conocimiento directo de un hecho no se produce una interrelación absoluta entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido: la mente no registra una copia exacta de lo sucedido, sino que los sentidos captan algunos de los muchos estímulos que provienen del exterior del sujeto, los que son organizados por la mente de acuerdo con las experiencias anteriores y es esa “imagen” construida por el sujeto a partir de los estímulos percibidos, la que es parcialmente registrada en la memoria. En este proceso se producen una serie de recortes del entorno que rodea al sujeto (sólo recibimos algunos estímulos de los infinitos que produce el mundo exterior; del número ya reducido de estímulos recibidos somos conscientes sólo de algunos y finalmente registramos en la memoria una cantidad aún menor) y con esos “datos” parciales el sujeto va construyendo su imagen de la realidad que, por cierto, no coincide exactamente con ésta. Además de las limitaciones propias del aparato perceptivo, que incluso varía de persona a persona (algunas tienen mayor “sensibilidad” visual, olfativa, auditiva, gustativa o táctil que otros), también influyen en el conocimiento que se obtiene como resultado de la actividad de conocer otros factores: psicológicos, ideológicos, culturales, históricos, etc.

Estos factores son estudiados por diferentes disciplinas (psicología, sociología, historia, antropología, biología, etc.), de las cuales el hombre de derecho debe tener, por lo menos, conocimientos elementales, aunque más no sea para saber cuáles son sus posibilidades y limitaciones. Pero aquí no me ocuparé de ellas, sino que circunscribiré mi atención a las diferentes clases de razonamientos que usamos los hombres de derecho para conocer los hechos.

El juez tiene dos formas, intersubjetivamente controlables, de establecer los hechos relevantes, con pretensiones de verdad: la percepción directa en el marco del proceso o a través de algún razonamiento ⁹.

La captación a través de los sentidos (intuición sensible) de los hechos que suceden en su presencia durante el proceso, configuran la percepción directa, que da lugar a los denominados “enunciados de inmediación”.

Los jueces sólo pueden tener un conocimiento directo del presente, ya que el estado actual de las cosas es lo que se percibe a través de los sentidos. Al conocimiento del pasado y del futuro sólo pueden acceder a través de inferencias.

Estas distintas formas de conocer los hechos, según que sean actuales, pasados o futuros, nos permite clasificar a las proposiciones que forman los razonamientos sobre los hechos en: a) enunciados de inmediación y b) enunciados inferenciales.

“Enunciados de inmediación... son los que derivan de una relación sujeto-mundo. Un enunciado de inmediación no se apoya en otros enunciados, sino en percepciones sensoriales respecto del entorno empírico...Por eso decimos que los enunciados de inmediación son auténticos enunciados ‘últimos’, pues antes de ellos no hay otros enunciados, sino directamente una percepción sensorial” ¹⁰. Como son enunciados últimos dentro del razonamiento ocupan el lugar de las premisas y nunca de las conclusiones.

“Enunciados inferenciales son aquellos que derivan de otros enunciados...” a los que denominamos premisas y éstas pueden ser expresas o estar implícitas (*“un argumento o razonamiento cuya conclusión se apoya en premisas implícitas es un entimema”*) ¹¹.

El presente puede ser descrito a través de enunciados de inmediación. Por ejemplo, el juez que realiza una inspección ocular sobre el lugar del accidente de tránsito afirma que él ve que en esa esquina no hay semáforos.

Al pasado los conocemos por los signos que los hechos ocurridos han dejado “impresos” en cosas (por ejemplo huellas de frenadas en el pavimento y roturas en los vehículos) o por las impresiones fijadas en las mentes de las personas (por ejemplo en la mente de los testigos que presenciaron del accidente de tránsito) ¹².

Los jueces no pueden volver al pasado y, por lo tanto, no pueden obtener un conocimiento directo de lo sucedido. Para reconstruirlo tienen que realizar inferencias a partir de los datos que les provee el presente.

En general para descubrir los hechos pasados se utilizan **razonamientos abductivos** ¹³, que algunos autores consideran como especie dentro de los **razonamientos indirectos** y que otros denominan **“pruebas indirectas”**.

Esta clase de razonamientos consiste en elaborar hipótesis sobre las posibles causas de efectos o consecuencias conocidas. Según Juan Samaja, *“la inferencia de hipótesis [abductiva] puede ser llamada razonamiento desde el consecuente al antecedente”* ¹⁴ (teniendo en cuenta la longitud de la frenada, el peso del vehículo que transitaba por la calle donde quedaron las marcas sobre el pavimento y el lugar del impacto en ambos automóviles, el juez -con ayuda de los peritos- infiere que aquél transitaba a exceso de velocidad y que su conductor, pese a aplicar los frenos, no pudo evitar chocar al otro rodado).

Estas inferencias no son seguras, ya que nada garantiza que los hechos no hayan sucedido de otra manera (las huellas de frenada pueden haber sido dejadas por otro vehículo media hora antes del accidente y el conductor del automóvil embestido pudo haber acelerado y logrado, mediante una maniobra de sobre adelantamiento, colocarse en situación de ser chocado por el otro automóvil que transitaba a reducida velocidad y cuyo conductor se vio sorprendido por esa antirreglamentaria maniobra).

Según Samaja, la inferencia abductiva no lleva a un conocimiento necesario, sino que sólo brinda buenas razones para creer que los hechos sucedieron así ¹⁵. Peirce -citado por el propio Samaja- agrega que es un silogismo cuya validez depende en parte de la no existencia de algún otro conocimiento; es un silogismo probable ¹⁶.

Dependerá de la cantidad y calidad de los conocimientos actuales, de la confiabilidad y variedad de los medios de prueba con los que han sido obtenidos y de la existencia o no de otros conocimientos que lo refuten o debiliten, que el resultado de la abducción ofrezca mayor o menor certeza. En todo caso se trata de un tipo de razonamiento débil ¹⁷ y que, por lo tanto, necesita ser reforzado, apuntalado a través de una argumentación convincente.

En algunos casos, los menos, los hechos del pasado pueden probarse a través de un **razonamiento de tipo deductivo** ¹⁸, en el que a partir de una premisa general que se tiene por verdadera (por ejemplo, un enunciado general aceptado por la comunidad científica) y de un hecho comprendido en esa premisa general que se tiene por suficientemente probado, arribamos por mera deducción a una conclusión, que es el hecho que necesitamos probar. Podemos mencionar los casos de las pruebas por signos (*“por ejemplo, la fundada en la regla: el parto es signo de embarazo previo”*, o de las pruebas científicas biológicas (a través de estudios de ADN se puede probar el vínculo biológico entre 2 personas), y el de la coartada (*“fundada en la regla: nadie puede estar simultáneamente en dos sitios distintos al mismo tiempo”*) ¹⁹.

En esos ejemplos, los razonamientos deductivos estarían formados por los siguientes elementos:

a) Las reglas generales: 1) El parto siempre y necesariamente es precedido por el embarazo; 2) Dadas las características a, b, c, d... comunes en los resultados de los estudios de ADN realizados entre 2 personas existe un 99,99 de posibilidades que sean padre e hijo; y 3º) Es imposible siempre, en todo lugar y para cualquier persona, animal o cosa estar simultáneamente en dos sitios distintos al mismo tiempo;

b) Los hechos individuales actuales que se consideran suficientemente probados: 1´) María tuvo un parto; 2´) Las características a, b, c, d... de los resultados de los estudios de ADN realizados a Juan y Juancito son iguales; y 3º) El 25 de mayo de 2005, a las 11:00 hs. Pedro estaba en el *tedium* en la Catedral de la ciudad de Buenos Aires;

Conclusiones que se derivan deductivamente de esas premisas: 1´´) María estuvo embarazada; 2´´) Juan y Juancito son padre e hijo biológicos; 3´´´) Pedro no fue quien mató a Mario que fue asesino a puñaladas en Córdoba el 25 de mayo de 2005, a las 11:00 hs.

También se utilizan razonamientos de tipo deductivo cuando una norma jurídica impone obligatoriamente que dado determinado hecho debe necesariamente presumirse otro (presunciones *jure et de jure*).

La debilidad o fortaleza de los razonamientos de tipo deductivo

dependen de la debilidad o fortaleza de sus premisas. En casos como los de los ejemplos, en los que las premisas generales son altamente confiables, la parte crítica de los razonamientos van a estar en las premisas individuales: si ellas son verdaderas (si es real que María tuvo un parto, que los estudios de ADN de Juan y de Juancito arrojan características idénticas y que Pedro estuvo en Buenos Aires el día y hora en que se cometió el asesinato de Mario) las conclusiones serán verdaderas; en cambio si ellas son falsas, las conclusiones pueden ser también falsas.

La *“determinación de los “hechos” a suceder, es decir los llamados hechos futuros, se hace tomando en cuenta regímenes probabilísticos que demuestran que los mismos pueden ser tan altamente probables como los hechos del pasado”*²⁰.

Para establecer cómo será el futuro, el juez puede realizar razonamientos de tipo deductivo, basándose en principios generales suministrados por las ciencias (obtenidos por los investigadores través de razonamiento inductivos) o puede proceder de manera menos rigurosa, elaborando su hipótesis sobre el futuro empleando con profusión nociones y reglas de sentido común y basándose en gran parte en conceptos vagos²¹, en reglas de la experiencia y en valoraciones acerca de cuál debe ser una solución justa. Estamos nuevamente en presencia de razonamientos débiles que necesitan ser fortalecidos en el curso del procedimiento deliberativo-dialéctico-retórico.

V. La justificación de la premisa fáctica

Una vez que se ha convencido de que los hechos han sido, son o serán, de determinada manera, el juez decide tenerlos por probados; es decir, darlos por ciertos y verdaderos, aun cuando es consciente de que no puede afirmar categóricamente que realmente lo sean, pues no tiene forma de demostrar exhaustivamente y sin margen de error o de duda, que efectivamente los hechos sean como él cree fundadamente que son (ya manifesté que a lo más que el juez puede aspirar es a lograr una convicción sobre los hechos intersubjetivamente aceptable).

En definitiva, el juez tiene una pretensión de conocimiento sobre los hechos. Parafraseando a Stephen Toulmin: el juez *“presenta una proposición, con la pretensión de saber que es verdad”*²².

Para que esa convicción que el juez tiene sobre el conocimiento de los hechos sea intersubjetivamente aceptable, aquél debe brindar todas las razones que estime necesarias para convencer a sus interlocutores reales y potenciales que los hechos son como él cree que son.

Como explica Toulmin: *“Alguien que presenta una proposición, con pretensiones de saber que es verdad, está implicando que las razones que podría exponer en apoyo de la proposición son de gran relevancia y fuerza”*²³ y, por lo tanto, *“se expone a que le sea reclamada una justificación de dicha pretensión... [y] para responder a esa exigencia de justificación, la persona debe presentar todas las razones o argumentos que considere suficientes para establecer la justeza de su pretensión”*²⁴.

La exigencia al juez para que justifique su pretensión de conocimiento está establecida legalmente. La naturaleza dialéctica-retórica del proceso judicial exige que cada uno de los sujetos que actúan en un juicio justifique

sus pretensiones de conocimiento y, respecto de las decisiones judiciales, es exigencia constitucional (reiterada en los códigos de procedimientos) que, para ser válidas, deben encontrarse debidamente fundadas ²⁵.

Esta fundamentación debe remontarse y extenderse hasta donde el juez estime necesario para lograr la adhesión de las partes y demás sujetos que intervienen en el proceso, así como de los tribunales que revisan sus resoluciones, de la comunidad jurídica y de la sociedad en general.

Los argumentos que utilice deben satisfacer exigencias cognoscitivas (especialmente las que establecen los criterios de verdad o los estándares de aceptabilidad de las proposiciones fácticas ²⁶) y respetar las prescripciones normativas que regulan la producción y evaluación de las pruebas.

La finalidad de la actividad justificadora del juez no es demostrar exhaustivamente al auditorio universal la absoluta verdad de sus enunciados. Él debe resolver los casos sometidos a su decisión dentro de determinados plazos, en el marco del proceso judicial (con sus propias limitaciones) y con elementos de convicción muchas veces escasos o insuficientes. No obstante ello no puede negarse a resolver, aun cuando considere que no ha podido obtener un conocimiento acabado del tema en discusión ("*non liquet*" ²⁷).

Su esfuerzo argumental debe ser el necesario (y, en lo posible, nada más que el necesario ²⁸) para que -tal como proponía Santo Tomás- las partes intervinientes en el juicio puedan lograr una convicción razonable sobre la cosa juzgada, basada en un convencimiento sobre los hechos juzgados suficientemente convincente para todos ²⁹.

Desde dónde debe comenzar la argumentación y la medida de ésta son cuestiones que el juez debe resolver de acuerdo con la naturaleza y complejidad del conflicto; la clase de proceso (civil, laboral, penal, de familia, etc.); la extensión del desacuerdo entre las partes y los puntos sobre los cuales versan las diferencias; el estado de las cuestiones en la comunidad jurídica y científica; el tipo, la cantidad y la fuerza de convicción de las pruebas encontradas; etc.

En todo caso, el juez que pretende lograr la adhesión de las partes y de los miembros de los tribunales que examinarán su resolución, así como de la comunidad jurídica y de la sociedad en general, se remontará hasta encontrar los acuerdos básicos que él entiende que son compartidos por todos quienes conforman su auditorio (que pueden ser situaciones de hecho reconocidas, opiniones admitidas, criterios de verdad aceptados, teorías reconocidas, etc.) y a partir de allí desarrollará su discurso (exponiendo razones, realizando inferencias, comparaciones, etc.) para intentar convencer de que su creencia sobre los hechos es una convicción intersubjetivamente aceptable.

El juez no necesariamente debe explicar la forma en que obtuvo los conocimientos (qué tipos de enunciados utilizó, qué inferencias realizó para obtener su convicción sobre los hechos, qué mecanismos psicológicos, etc., lo llevaron a tomar su decisión sobre los hechos), sino que debe exponer las razones por las cuales entiende que sus creencias sobre los hechos se encuentran justificadas. De cualquier manera y como veremos en el apartado siguiente, sería deseable que arribara a su decisión sobre los hechos por procedimientos intersubjetivamente aceptables, en cuyo caso, la descripción de esos procedimientos pasaría a constituir una parte importante de la fundamentación de su decisión al respecto.

VI. Relaciones entre las actividades desarrolladas por los jueces en los ámbitos de descubrimiento y de justificación

Como en el ámbito de descubrimiento los jueces procuran lograr una convicción intersubjetivamente aceptable, al deliberar para decidir cuáles hechos consideran probados y cuáles no, entre los factores que condicionan sus decisiones (contexto de descubrimiento o de decisión) se encuentra la posibilidad de fundamentar convincentemente los enunciados descriptivos de los hechos que piensan tener por acreditados (y esta actividad de fundamentación es la que se desarrolla en el contexto de justificación).

Por otra parte, los jueces que, guiados por la virtud de la prudencia, procuran obtener conocimientos confiables sobre los hechos relevantes, no se dejan engañar por sus primeras impresiones sobre aquéllos. Tampoco se conforman con sus creencias íntimas y subjetivas sobre el particular. Conscientes de sus condicionamientos bio-psico-sociales y de las trampas que pueden tenderles sus prejuicios, ideologías, emociones, etc., procuran descubrir los nuevos conocimientos a partir de los aceptados o evidentes, a través de razonamientos intersubjetivamente controlables. Estos razonamientos, realizados en el ámbito de descubrimiento para decidir sobre la premisa fáctica, le sirven luego, en el ámbito de justificación, como argumentos para fundamentar su decisión sobre los hechos.

VII. Importancia de conocer los tipos de razonamientos que los jueces realizan para establecer y justificar las premisas fácticas

Para concluir me interesa señalar tres beneficios que, a mi entender, se pueden obtener al conocer los distintos tipos de razonamientos que los jueces realizan para establecer y justificar las premisas fácticas.

Primero: Conocer la forma en que razonan sobre los hechos, permite a los jueces reflexionar en la acción, someter sus convicciones sobre los hechos a sus propias evaluaciones críticas y convertirse en profesionales reflexivos³⁰, que amplían su conciencia sobre lo que hacen y por qué lo hacen, enriqueciendo y tornando más confiable el proceso racional deliberativo a través del cual toman y justifican sus decisiones.

Segundo: Conocer los distintos tipos de razonamientos que utilizan los jueces para establecer y justificar las premisas fácticas, con sus características, fortalezas y debilidades, facilita tanto la labor crítica de los abogados (también de la comunidad jurídica y de la sociedad en general), como el análisis y la evaluación que los tribunales de superior jerarquía funcional deben efectuar de las sentencias recurridas.

Tercero: Al posibilitar una mejor actuación de cada uno de los protagonistas del método deliberativo-dialéctico-retórico, a través del que se establece la convicción intersubjetivamente aceptada sobre la premisa fáctica, se perfecciona su funcionamiento, tornando más probable que las decisiones sobre los enunciados fácticos se correspondan con los hechos, lo que contribuye a dotar de mayor confiabilidad al sistema.

NOTA

¹ Córdoba, Marcos Lerner, 1987.

² Rolando Oscar GUADAGNA, "La interpretación legal", en Olsen GHIRARDI (director), *Formas y evolución del razonar judicial*, Córdoba, Advocatus, 2001.

³ Juan SAMAJA, "Aportes de la metodología a la reflexión epistemológica", en Esther DÍAZ, *La posciencia*, 2ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2003, p. 153.

⁴ Gregorio KLIMOVSKY, *Las desventuras del conocimiento científico - Una introducción a la epistemología*, 5ª ed., Buenos Aires, A-Z Editores, 2001, p. 29.

⁵ Ezequiel ANDER-EGG, *Métodos y técnicas de investigación social I - Acerca del conocimiento y del pensar científico*, Buenos Aires, Lumen, 2001.

⁶ Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho - Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2004, ps. 42 a 53.

⁷ Luego de mencionar las enseñanzas que nos brinda la biología sobre la forma decisiva en que la conformación de cada organismo vivo influye sobre los sectores de la realidad que puede captar, Martín Laclau se refiere específicamente al ser humano diciendo: "El hombre no es un ente ubicuo, sino que, por el contrario, siempre se halla en una determinada situación, que impone su peculiar perspectiva a la captación de la realidad. Ésta es inagotable: sólo ofrece, a cada uno de nosotros, determinadas facetas. Resulta imposible pretender la captación integral de un objeto. El mundo se nos exhibe siempre desde determinada perspectiva: ciertos aspectos se nos hacen patentes; pero otros permanecen encubiertos" (Martín LACLAU, *La razón en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, p. 14)

⁸ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1998, ps. 36 y 37.

⁹ Utilizo aquí "razonamiento" con el significado de actividad u operación mental que permite obtener nuevos conocimientos a partir de otros anteriores (conf.: Jaime M. MANS PUIGARNAU, *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 78). También se usa "razonamiento" para hacer referencia al resultado de esa actividad mental que utilizamos para lograr nuevos conocimientos y para designar al argumento (o al conjunto de argumentos) "encaminado a mostrar que cierta pretensión o decisión está -o no- justificada..." (Juan Carlos BAYÓN, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", en Juan Carlos BAYÓN y Jorge RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Argentina, Universidad Externado de Colombia, reimpresión, 2005, Cap. Sexto, p. 270).

¹⁰ Gabriel PÉREZ BARBERÁ, "La casación penal y la llamada 'capacidad de rendimiento' - Con motivo del caso Casal", en Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, septiembre de 2006, p. 19).

¹¹ Autor, obra y lugar mencionados en cita anterior.

¹² En ese mismo sentido, Enrique M. Falcón dice, refiriéndose al pasado, que "...los hechos, por ser pasados, sólo existen en los registros que dejan en los objetos. Y desde el punto de vista del hombre existen dos tipos de objetos relacionados con los hechos: los materiales y los mentales. Es decir modificaciones de objetos, incluso el propio cuerpo y cerebro físico del hombre y la impresión que dejaron en la mente del mismo" (Enrique M. FALCÓN, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, t. II, p. 550).

¹³ Perfecto Andrés Ibáñez, sostiene que "en el caso del juez del enjuiciamiento... en el punto de partida, existe ya una hipótesis (la hipótesis acusatoria) que avanza una propuesta de interpretación del hecho motivador de la apertura del proceso. Y, desde luego, la indagación judicial no lleva a la construcción de teorías". En consecuencia, para él (al igual que para FERRAJOLI -obra citada, p. 51 y siguientes), el razonamiento del juez sobre los hechos no es abductivo, sino inductivo ("Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *Doxa*-12 (1992), ps. 276, 277 y ss.).

¹⁴ Juan SAMAJA, "El proceso de investigación como marco para discutir diferentes estrategias metodológicas", material entregado con motivo del curso dictado en la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Río Cuarto, los días 1, 2 y 3 de julio de 2004, p. 124, nota 7.

¹⁵ Idem, p. 126.

¹⁶ Charles PEIRCE, *El hombre, un signo*, Crítica, Barcelona, 1988, citado por Samaja, en el material mencionado en las notas anteriores, p. 126.

¹⁷ Perfecto Andrés Ibáñez afirma que "cualquiera que fuera la relación que llegue a

establecerse entre inducción y abducción, ambas serían siempre formas de inferencia ajenas al modelo deductivo, es decir, sintéticas, cuyo resultado es innovador con respecto al contenido de las premisas y, por eso, siempre arriesgado” (artículo citado, p. 276).

¹⁸ Digo “razonamiento de tipo deductivo” y no lisa y llanamente “razonamiento deductivo”, porque este último, como especie de los razonamientos analíticos, sólo puede contener premisas verdaderas de las que cabe extraer conclusiones necesariamente verdaderas.

¹⁹ Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho - Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, ps. 98 y 99.

²⁰ Enrique M. FALCÓN, ob. cit., p. 553.

²¹ Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 193.

²² Stephen TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Ediciones Península, 2007, p. 276.

²³ Obra y lugar mencionados en la cita anterior.

²⁴ Idem, p. 275.

²⁵ Arts. 17, 18 de la Constitución Nacional; 18, 41 y 155 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

²⁶ Según Marina Gascón Abellán, “en los planteamientos más reflexivos de la actualidad, se aprecia una tendencia a concebir el juicio de hecho como ‘la elección de la hipótesis racionalmente más atendible entre las distintas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa; en consecuencia, la ‘verdad de los hechos’ nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable, o sostenida por mayores elementos de confirmación” (M. TARUFFO, “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, p. 444) (ob. cit., p. 45).

²⁷ En nuestro sistema jurídico (por ej. art. 15 C.C.) no se admite la posición intermedia -que puede considerarse contraria al principio lógico de tercero excluido- entre la negativa y la aprobación. Según Guillermo Cabanellas de Torres la frase “*Non liquet*” significa: “No está claro. A más de señalar lo que no se comprende, la expresión se utiliza para expresar que una razón o argumento no ha convencido. En las votaciones de las asambleas romanas era una posición intermedia entre la negativa y la aprobación. En juicios y causas, fórmula indicativa de no estar suficientemente probado el caso, con la consiguiente absolución para el demandado o el acusado” (*Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*, Buenos Aires, Heliasta, 2007).

²⁸ Por razones de eficiencia judicial y para evitar la desmesurada extensión de las sentencias, que dificultan su lectura y comprensión. De esa manera se respetan las máximas lingüístico-conversacionales de eficacia (o de relevancia) y de la cantidad (Armando S. ANDRUET (H), *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, ps. 127 a 129).

²⁹ José SAN MARTÍN, en Notas de Cátedra de la materia “Problemas del Conocimiento y Razonamiento Jurídico”, de la Carrera de Abogacía, de la Universidad Nacional de Río Cuarto, 2008.

³⁰ Donald SCHÖN, *La formación de profesionales reflexivos*, Barcelona, Paidós, 1992.

LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS LÓGICO-CLÁSICOS EN LA ARGUMENTACIÓN DEL RESTO DE SUJETOS, DISTINTOS DEL JUEZ, QUE PARTICIPAN DEL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL

María del Pilar Hiruela de Fernández

Sumario: I. Introducción. II. Los principios de la lógica clásica. 1. Principio de identidad. 2. Principio de no contradicción. 3. Principio de tercero excluido. 4. Principio de razón suficiente. III. La particularidad de los primeros principios en el razonamiento jurídico en general. IV. Los primeros principios en la argumentación de las partes y en la de los sujetos procesales distintos del juez. V. Etapa introductoria del juicio. 1. Principio de razón suficiente. A. Demanda fundada. B. Contestación de la demanda. Alegación de las razones de la negativa. C. Demandas incidentales y demás postulaciones procesales. 2. Principios de identidad y tercero excluido. A. Imposibilidad de modificar la demanda. B. Ampliación o moderación de la demanda. 3. Principio de no contradicción. A. El uso de la fórmula “y/o” respecto de los accionados en la demanda. B. Contradicciones en la formulación de las pretensiones demandadas. C. Contradicciones en la contestación de la demandada o en la oposición de excepciones. VI. Etapa probatoria del juicio. 1. Principio de razón suficiente. A. Requerimiento de prueba anticipada. B. Requerimiento de prueba en la segunda instancia. C. Redargución de falsedad del instrumento público. D. Prueba pericial. Dictamen fundado. E. Prueba de testigos. Respuesta fundada. 2. Principio de no contradicción. A. La conducta procesal contradictoria como prueba. VII. Etapa recursiva. 1. Principio de razón suficiente. A. Crítica recursiva. 2. Principios de identidad y de tercero excluido. A. Recurso directo. Imposibilidad de modificar, mejorar o ampliar el recurso principal denegado B. Alcances del recurso impetrado. Principio de personalidad el recurso. 3. Principio de no contradicción. A. Actos propios. Alteración defensa frente a una decisión adversa. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

La Escuela cordobesa de Filosofía del Derecho, cuyos máximos exponentes actuales son -sin dudas- los Dres. Olsen A. Ghirardi ¹ y Armando S. Andruet (h), viene desde hace tiempo resaltando la importancia que ostentan los principios lógicos en la formulación del razonamiento judicial.

Así, con la claridad y agudeza a la que nos tiene acostumbrados, el maestro cordobés sostiene que *“toda sentencia judicial debe ser fundada y debe ser correcta desde el punto de vista lógico; es decir, los razonamientos en que ella se funda, con respecto a los sujetos, normas, razones o hechos, deben ser exteriorizados en forma lógicamente correcta. La violación del principio de no contradicción o del principio de razón suficiente (o cualquier otro principio lógico), en cuestiones fundamentales, entraña la consiguiente impugnabilidad de la sentencia...”* ².

En el mismo sentido, el prestigioso vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia tiene dicho que *“Entre las diversas normas que regulan la actividad cognitiva-valorativa del juzgador, las de mayor trascendencia no sólo por su vinculación inmediata con los intereses en litigio sino también por la trascendencia moral que para la sociedad toda ello importa, se encuentran aquéllas que imponen la exigencia de fundamentar lógicamente y legalmente las decisiones jurisdiccionales; pues con ello, no sólo que se atiende a otorgar satisfacción a lo vinculado con la ordenación normativa,*

sino que también se cumple con un postulado natural y corriente como es el de elaborar los juicios de conocimiento jurisdiccional a partir de la lógica y no al margen de ella. Porque si bien la lógica no supe al derecho, lo que no puede ocurrir, es un derecho: sentencia por caso, fuera de ella. Todo lo cual se explica por la misma conceptualización de la lógica como la ciencia de los pensamientos en cuanto tales, siendo lo jurídico un particular tipo de razonamiento práctico, la exigencia de la fundamentación lógica es en verdad connatural a lo jurídico. Tal obligación ha sido incluida por el legislador en el elenco de derechos y garantías constitucionales (art. 155, Const. Prov.), y asegurada mediante sanción expresa de nulidad para el caso de incumplimiento (art. 326 del CPC.)”³.

Siguiendo tales enseñanzas, la jurisprudencia casatoria local se ha ocupado -desde antaño- por insistir con que la sentencia que no expone las razones causantes de la convicción del juez respecto de las argumentaciones esenciales y computables a las partes, o que resulta contradictoria, o que no observa el principio de congruencia, no encuentra justificación y, por ende, no sirve para dar por cumplida la exigencia de fundamentación lógica impuesta por el art. 155 de la Constitución Provincial.

De tal manera, se han anulado resoluciones judiciales por desatención del principio de razón suficiente⁴, por autocontradicción⁵ o por falta de identidad⁶.

Algo similar se colige de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, particularmente de la denominada doctrina de la “arbitrariedad” donde uno de los supuestos específicos de impugnación extraordinaria es, precisamente, la violación de las reglas del buen pensar. Así, puede destacarse que el máximo tribunal federal ha invalidado pronunciamientos cuyas fundamentaciones adolecen de razón suficiente o devienen en autocontradictorias.

Finalmente, también se ha puesto énfasis en la necesidad de que la motivación sentencial observe los principios de la lógica clásica en el orden internacional. Ejemplo de ello es el caso citado por Fernández en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dispuso que para que exista tutela judicial efectiva se requiere no sólo el acceso formal a la jurisdicción sino también que la decisión que dirima la cuestión sea motivada o razonada⁷, “y esto no existe (...) cuando no se respetan las reglas de la lógica formal”⁸.

La somera reseña efectuada *supra* resulta harto elocuente del importante desarrollo teórico y casuístico que la cuestión lógica formal ha tenido en el ámbito del razonamiento del juez.

Sin embargo, creemos que el énfasis de tal desarrollo se ha centrado -casi con exclusividad- en el ámbito de la construcción de la sentencia judicial (esto es, en la fundamentación de los actos procesales de decisión), cuando -en rigor- la necesidad de observar las reglas de la lógica clásica formal es también una exigencia insoslayable del discurso jurídico que desarrollan el resto de operadores que intervienen en el proceso judicial.

Es decir, el resto de protagonistas que se desenvuelven en el juicio están igualmente compelidos a razonar de conformidad con las reglas del buen pensar, ello así so pena de considerar su actuación procesal ineficaz y -por tanto- inválida o inaudible.

Efectivamente, el quebrantamiento de tales máximas en la argumentación jurídica de las partes o del resto de sujetos procesales -en la

mayoría de los casos- tendrá consecuencias específicas adversas para el derecho de los litigantes y de allí la utilidad práctica de su estudio.

Es que, como enseña Ghirardi, *“Toda argumentación, en la medida en que se vale de conceptos, juicios y razonamientos, no puede ser ajena a las reglas lógicas”*⁹.

Por ello, estamos persuadidos de que resulta provechoso analizar en el presente trabajo la especial aplicación que los principios de la lógica tienen en el ámbito de la argumentación jurídico-procesal del resto de operadores distintos del juez. Aclarando que no desconocemos que -en rigor- la apelación a los primeros principios se da siempre y en todo razonamiento (porque no es posible razonar sin aplicar -consciente o inconscientemente- tales reglas), nos ocuparemos por desarrollar ciertos supuestos en los cuales la necesidad de atender a alguna de tales máximas aparece como requisito inevitable de eficacia o validez de la actuación procesal.

A lo expuesto, sólo resta añadir -a modo de aclaración metodológica- que el estudio que a continuación se aborda se centrará en el análisis de la argumentación jurídica en el ámbito del proceso civil y comercial, donde impera el principio procesal dispositivo y donde los derechos comprometidos son -por regla- de índole estrictamente patrimonial¹⁰. No obstante ello, creemos que muchas de las nociones que se postularán serán también útiles en los otros fueros).

II. Los principios de la lógica clásica

Como cuestión preliminar, y sin pretensiones de agotar el tema, parece conveniente reseñar someramente qué se entiende por principios de la lógica clásica y cuáles son tales reglas.

Por principios lógicos, hay que entender aquellos que gobiernan el entendimiento humano, cualesquiera que sean los objetos a los que aplica su actividad. Efectivamente, siguiendo la doctrina aristotélica, la ciencia y el conocimiento mismo parte de ciertos principios fundamentales o “puntos de partida”, sin los cuales no sería posible pensar con orden, con sentido y rigor lógico.

En esta línea, Dann Obregón explicita que: *“Llamaremos axiomas lógicos o principios universales lógicos a ciertas proposiciones inmediatamente y en sí mismas conocidas, íntimamente ligadas con los problemas del pensar, con la teoría del conocimiento como tal (...) estos principios ni tienen ni necesitan demostración. Por lo que a su naturaleza toca, pues, son conocidos en sí y no necesitan demostración. Por lo que toca al edificio lógico son origen o principio del conocer, en cuanto de ellos sacará la mente validez en sus juicios”*¹¹.

1. Principio de identidad

El primero de estos principios lógicos es el de identidad, que metafísicamente afirma la identidad esencial que pertenece al ser y, lógicamente se enuncia como: *“lo que es, es”* o *“una cosa es lo que ella es”*.

Este principio está implicado en cada uno de nuestros juicios y su primera condición es -precisamente- que la cosa de la que hablamos sea y permanezca idéntica a sí misma, al menos con respecto al atributo que afirmamos le conviene, sin lo cual no sería posible decir de ella nada que

fuese verdadero.

Graficando tal aserto, enseña Ghirardi que: *“Yo, salvo que esté demente, no puedo negar el principio de identidad. Salvo que yo diga que soy yo y que no soy yo, que diga como Cratilo: ‘no me puedo bañar ni una sola vez en el mismo río’, salvo que sostenga eso, y entonces ya no podría hablar para ser consecuente conmigo mismo, haría como Cratilo que se limita a hacer señales con el dedo -superándolo a Heráclito- y cuando empezaba la señal y luego la terminaba, ya era otra persona, de manera que ni eso tenía sentido”*¹².

2. Principio de no contradicción

Es, en cierto modo, el principio inverso o el aspecto negativo del principio de identidad.

Leibniz -con fundamento en Aristóteles- formula el principio de no contradicción -en su faz ontológica- del modo siguiente: *“una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y desde el mismo punto de vista”*. Lógicamente, el principio bajo la lupa puede enunciarse del siguiente modo: *“No se puede negar y afirmar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto”*.

En la vida cotidiana y el discurrir usual, la violación del principio de contradicción es más evidente o notable que la desatención del principio de identidad. Ello así por cuanto, por la ausencia de contradicción se define la posibilidad lógica.

3. Principio de tercero excluido

También llamado “del término medio excluido” puede enunciarse ontológicamente como: *“una cosa es o no es, no hay término medio”*, o -más brevemente- como *“toda cosa o es o no es”*.

Desde una perspectiva lógica el principio *sub examine* importa que no puede predicarse del mismo sujeto predicados contradictorios, es indispensable escoger uno de los dos términos antagónicos ya que no es posible encontrar un término medio entre ambos (imposibilidad de un “tercer término”).

Este principio, de uso menos frecuente, se presenta como una combinación de los dos anteriores ya que pone especialmente en evidencia la idea de necesidad lógica. No obstante ello, algunos ejemplos concretos de su aplicación lo podemos hallar en aquellos razonamientos en los cuales se presenta una alternativa.

4. Principio de razón suficiente

Este principio satisface la necesidad de un motivo determinante que justifique la existencia de los objetos; por ello, puede enunciarse ontológicamente como *“todo lo que es exige una razón suficiente para que sea de esa manera y no de otra”* o *“nada hay sin una razón suficiente”*.

En este sentido Leibniz -que es quien formula por primera vez con

precisión el principio ¹³ - afirmaba: *“Ningún hecho puede ser verdadero o existente, y ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente, para que sea así y no de otro modo”* ¹⁴.

Siguiendo tal línea de pensamiento, y casi un siglo después, Schopenhauer ¹⁵, precisa que en los distintos sectores de la realidad (ser, conocer, obrar y devenir) se aplica necesariamente este principio y que nada existe sin una razón de ser convirtiéndose la razón suficiente en el fundamento de todas las ciencias. Explicitando tal pensamiento, el maestro cordobés enseña que *“hay cuatro tipos de necesidades: física, lógica, matemática y moral. En el primer caso, el principio de razón suficiente se refiere al ser real; en el segundo al ser ideal lógico; en el tercero, al ser ideal matemático; y en el cuarto, al obrar humano”* ¹⁶.

Por aplicación de tales pautas, el principio de razón suficiente -en su faz lógica- se formula de la siguiente manera: *“todo juicio tiene una razón necesaria y suficiente que ordena la relación entre el concepto-sujeto y el concepto-predicado, de una determinada manera y no de otra”*.

Aclarando los alcances del principio entendido en el ámbito de la lógica y de los conceptos, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha precisado: *“En puridad hay que señalar, que el principio de razón suficiente no es la verdad del juicio sino precisamente su fundamento; como que la verdad o la ontologitud del mismo por una parte y la justificación de ello por otro; sólo son equivalentes en su validez, mas no son la misma cuestión. El principio de razón suficiente tiene como sentido propio declarar de un modo general qué es lo que necesita un juicio para que su pretensión de verdad no sea una pretensión vacía, sino completa. Mas la búsqueda por lo ontológico de la pretensión, es una indagación de otra especie y que en ciertas ocasiones ha sido considerada como ‘principio ontológico de razón suficiente’, y dicha distinción es la que permite explicar sin más, que si el juicio carece de razón suficiente, en rigor lo que ocurre es que la pretensión que en el mismo se sostiene no se justifica, pero ello no obsta a su misma existencia (Pfänder, A., ob. cit., pág. 269 y ss.)”* ¹⁷.

III. La particularidad de los primeros principios en el razonamiento jurídico en general

Previo a ingresar de lleno a la temática que ahora nos convoca, creemos que todavía falta efectuar una última aclaración preliminar.

Referimos al hecho incontestable de que la realidad circundante no se compone sólo de cosas o de objetos sino también, y particularmente, de acciones.

Cuando los principios antes reseñados se aplican a las cosas inanimadas y externas a la persona la visualización de la identidad o la contradicción aparece en su máximo esplendor.

Es que las cosas y los objetos pueden ser percibidos sensorialmente (tocados, vistos) y -por su propia inmutabilidad relativa- descriptos y cotejados con precisión.

En cambio, en el ámbito del saber práctico (donde ineludiblemente se encuentra ubicada la ciencia jurídica), la cuestión se torna mucho más compleja desde que la praxis (su objeto material) es -por esencia- contingente, mutable e innata al propio sujeto.

Por ello, en este ámbito la formulación de los principios antes vistos se torna más dificultosa y engorrosa.

Así lo tiene dicho Ghirardi, quien -en oportunidad de explicitar el principio de identidad- aclara: *“Hay diferentes clases de identidad, y esto se debe a que en la naturaleza hay multitud de cosas, objetos. Y -lo que es más importante para un jurista- también hay acciones (...) Yo digo, por ejemplo, manzana (...) Y cuando hablamos de identidad -pareciera una cosa muy natural hablar de la identidad de la manzana”, pero -agrega- “tenemos que reubicarnos en el mundo de la praxis. Hablar de identidad de un proceso con otro proceso, de una acción con otra acción, es más complicado, es más difícil, hay matices mucho más sutiles”*¹⁸.

El razonamiento jurídico es -por esencia- un razonamiento práctico por cuanto no aspira conocer por el solo afán de conocer, sino que busca conocer para regular la acción.

Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en las ciencias especulativas, su objeto material no es el “ser” (los objetos o las cosas) sino el “acontecer” del ser, la acción, la praxis.

De tal manera, la corrección del razonamiento jurídico -y la consecuente observancia de los principios de la lógica- deberá adecuarse a la naturaleza de su objeto, y -seguramente- importará una tarea racional más profunda la indagación y verificación del respeto de las reglas del buen pensar.

Por lo demás, no puede dejar de resaltarse que el razonamiento jurídico trabaja siempre con conceptos también jurídicos que -por esencia- son “complejos”.

Sobre el tópico, enseña Andruet que los conceptos jurídicos son *“la expresión que cristaliza un conjunto de operaciones y actividades del hombre en sociedad y que así realizadas, la autoridad le otorga ciertas consecuencias y efectos. Mediante ellos, la sociedad encuentra suficientes elementos que aseguren la convivencia en un modo pacífico, estable y ordenado en forma racional y justa”*¹⁹.

IV. Los primeros principios en la argumentación de las partes y en la de los sujetos procesales distintos del juez

Diversas son las aplicaciones que los primeros principios de la lógica tienen en la argumentación de las partes y en la del resto de sujetos que intervienen en un proceso civil y comercial.

En efecto, situados en esta clase de juicios, puede advertirse que en los diversos actos de las partes, testigos, peritos, etc. deben respetarse formas lógicas, so perjuicio de que su actuación resulte inoficiosa o perjudicial a sus intereses.

A continuación, nos ocuparemos de reseñar aquellas hipótesis en las cuales aparece con mayor claridad la necesidad de observar las reglas lógicas que rigen el pensar humano.

A los fines de ordenar metodológicamente el presente desarrollo consideramos conveniente efectuar el análisis siguiendo las distintas etapas que -tradicionalmente- caracterizan el proceso civil y comercial, analizando cómo en cada una de ellas tienen plena vigencia los principios de la lógica.

V. Etapa introductoria del juicio

1. Principio de razón suficiente

A. La demanda fundada

Sabido es que la demanda es el acto por el cual se expone al juez la petición; es el escrito postulatorio que constituye -como dice Bielsa²⁰- la primera etapa de la contienda aunque no precisamente el acto originario de ella²¹.

Efectuando una clara consagración del principio de razón suficiente, el inc. 4 del art. 175 del C.P.C.C., establece como requisito propio de la demandada la necesidad de que se expongan en el libelo inicial de la acción "los hechos y el derecho en que se funde" la pretensión.

Así se requiere que -a más de precisar la cosa que se demanda- el actor brinde los fundamentos, las razones que sustentan su presentación. En otras palabras, no basta con indicar la causa legal por la que se demanda sino que se exige el relato de los motivos fácticos y jurídicos que justifiquen el auxilio de la justicia.

Consecuentemente, es una carga ineludible de la parte actora la de formular una exposición circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en la que se funda la pretensión, y que esta carga viene impuesta por el principio de razón suficiente.

Ello así por cuanto en el razonamiento jurídico los hechos son el sustento de las consecuencias previstas por el derecho y, por lo tanto, la plataforma fáctica funciona como razón o antecedente en función del cual se produce el efecto jurídico.

El incumplimiento de tal carga procesal (y la consecuente inobservancia del principio de razón suficiente en tal presentación) tendrá potencialidad suficiente para acarrear gravosas sanciones procesales tales como la excepción de defecto legal o la limitación de la prueba a rendirse en la causa.

En otro orden, la enunciación de los hechos que fundan la demanda por parte del actor debe ser -dentro de los límites de sus posibilidades- lo más completa y suficiente posible, sin retaceos o reticencias evitables. La inobservancia de tal condición de completitud podría resultar adversa para el propio demandante desde que -salvo los supuestos admitidos de hechos nuevos- no podrá *a posteriori* integrar el supuesto fáctico, ni introducir cuestiones no afirmadas inicialmente.

Finalmente, creemos que con relación a esta hipótesis tiene plena aplicación lo que jurisprudencia y doctrina han afirmado -respecto de la sentencia judicial²²- en cuanto existen distintos grados de exigencia en la suficiencia que deben ostentar las razones expuestas como fundamento de la pretensión incoada.

Así, el respeto del aludido principio lógico no estará sometido a las mismas exigencias frente a distintas naturalezas de procesos. Por ejemplo, cuando se trate de una demanda ejecutiva (donde el fundamento de la pretensión es un título que ostenta presunción de autenticidad) la exigencia de explicitar los hechos y el derecho en el que se funda la acción será mucho menor que cuando estemos frente a una demanda ordinaria resarcitoria de daños y perjuicios (donde la razón de la petición radica en un hecho pasado y circunstanciado que debe ser demostrado).

En esta línea, se ha sostenido: *“En el juicio ejecutivo, desde que tan sólo hay que hacer referencia al título, que habrá de acompañar con el escrito de demanda, tal circunstancia releva al ejecutante de la carga de exponer los hechos”*²³. De otro costado, se enseña: *“La necesidad de desintegrar los componentes fácticos de la pretensión, que admite salvedades o atenuaciones en otros ámbitos (como en los juicios ejecutivos), no reconoce excepciones en el proceso de daños y perjuicios”*²⁴.

De igual manera, variará el grado de exigencia de la razón suficiente dentro del mismo proceso según cuál sea la naturaleza de la pretensión que integra la *causa petendi*.

Así, por ejemplo, se atenúa la exigencia de exponer los componentes fácticos y jurídicos de la pretensión si lo demandado es un “daño emergente”. Bastará en este caso con que se denuncie el menoscabo, se lo explicita brevemente y cuantifique el monto de su resarcimiento. En cambio, si lo reclamado es la reparación de una chance, la argumentación (la exposición de las razones) que justifica tal demanda deberá ser mucho más minuciosa, explicativa y completa.

B. Contestación de la demanda. Alegación de las razones de la negativa

El art. 192 del C.P.C.C. exige que el demandado, ante los hechos expuestos por el actor en la demanda, confiese o niegue categóricamente cada uno de ellos, *“bajo pena de que su silencio o respuestas evasivas puedan ser tomadas como confesión. La negativa general no satisface tal exigencia”*.

Desde esta perspectiva, podría pensarse que la carga procesal de negar impuesta por la norma citada estaría satisfecha si el demandado se limita a refutar o contradecir, sin más, lo afirmado por el contrario, manifestando sólo que los hechos por él invocados no ocurrieron (lo que se conoce con el nombre de “negación simple”).

Sin embargo, una fuerte corriente de pensamiento procesalista es conteste en sostener que la negativa debe ser “fundada” y -por tanto- *“al accionado le incumbe, además de negar los hechos esgrimidos por el actor, proporcionar la propia versión fáctica”*²⁵ Para dicha posición -reitero, autorizada- no bastará, por regla²⁶, con la negativa lacónica de la plataforma fáctica aducida en la demanda, sino que el accionado deberá -además- brindar “fundamentos” de tal negativa y desarrollar las razones que justifican su propia versión de los acontecimientos. Así, *“si estamos en una acción que persigue la indemnización por daños ocasionados en un accidente de tránsito, el demandado que petitiona el rechazo de la acción aduciendo que no le cabe culpa o responsabilidad alguna, deberá efectuar el relato de cómo aconteció -desde su óptica- el suceso histórico. Igual acontece con relación al derecho. Deberá invocar las normas de la ley sustantiva que entiende amparan su posición”*²⁷.

En la misma línea, la jurisprudencia local ha sostenido que: “La actitud de la demandada, de limitarse a negar sin más argumentos, presenta serios riesgos para quien es reclamado por algún derecho, al perder su credibilidad si luego se demuestra, aunque fuera parcialmente, la veracidad de lo negado, dando lugar a que se vea como cierta la relación de hechos denunciada por los accionantes y, en tal sentido, el abuso de la negación se vuelve contra el demandado, dado que al mentir sobre algún hecho, permite inferir que engañó en el resto de la negativa, lo que se acentúa

cuando no ha relatado cómo ocurrieron los hechos, siendo que, por tratarse de un ente público, tiene el deber de sujetarse a la legalidad y de expresar la verdad de los hechos, ya que su obrar es sublegal y cuenta con todos los elementos de información que le permiten ilustrar sobre el bien común que implica regular el desarrollo urbano, conforme a pautas urbanísticas adecuadas (...) De ese modo la accionada no ha advertido que, con la contestación de la demanda se traba la litis, de modo que ni las partes ni el tribunal podrán en adelante evadir su contorno. Significa un derecho del demandado, pues es la oportunidad que tiene de oponerse a la acción instaurada en contra suyo, ejerciendo plenamente su ejercicio del derecho de defensa en juicio. Pero, desde otro costado, constituye una carga suya, pues en la medida que no ejercite esa facultad de la defensa, crea una presunción en su contra, que le desfavorece al ceder campo a su adversario: si no se opone con la completividad que requiere el art. 166 del Cód. de Proced. Civil (vigente al momento del conteste), y está admitiendo implícitamente la razón del accionante (C2ª CC Córdoba, 24/9/92, L.L.C., 1993-707) (...) decir en forma genérica que el daño no se ha producido no importa formular una negativa categórica como la ley lo exige y simplemente constituye una negación de las consecuencias jurídicas de los hechos expuestos en la demanda, pero de ningún modo significa negar los hechos mismos (TSCórdoba, 28/12/84, L.L.C., 1985-275; Cámara Civil de Villa María, 21/3/90, L.L.C., 1990-725)”²⁸.

Igualmente, se ha postulado que: “La actitud simple de decir ‘no’, sin más, presenta serios riesgos para quien es reclamado por algún derecho, al perder su credibilidad si luego se demuestra, aunque fuera parcialmente, la veracidad de lo que había negado o sea su engaño, dando así lugar a que se vea como cierta la relación de hechos denunciada por el accionante. Esto hace entonces, a la importancia de cómo se contesta a la demanda, pues la respuesta evasiva es una forma de confesión”²⁹ y se ha decidido -con acierto- que “Ninguna excepción o defensa puede ser aducida sin afirmar la causa o título en cuya virtud procede, o sea sin invocar los hechos en que se funda (...) La mera negativa genérica de la legitimación o titularidad en el derecho invocado por el actor, sin cuestionarlo expresamente importa la admisión tácita de este hecho y por lo tanto queda al margen de las necesidades probatorias”³⁰.

Tal requisito intrínseco del conteste (esto es, la exigencia de que la negativa sea fundada en razones suficientes) no importa sino una clara aplicación del principio de razón suficiente desde que se impone a la parte que su conteste contenga las “razones” que sean capaces de abonar lo enunciado en la oposición.

Un supuesto particular en el cual la ley dispensa de expresar las razones de la oposición, se presenta en el supuesto de **oposición al desistimiento del juicio** (art. 349, 2º párrafo, C.P.C.C.), pues las razones están implícitas y recibidas por la ley. Si una persona es traída a juicio y la actora desiste del mismo, a la parte demandada puede convenirle que ese proceso siga su curso, porque, v.gr. tratándose de un procedimiento abreviado, el actor no ofreció la prueba con la demanda, lo que causa la caducidad de producirla después, de modo que el demandado avizora el rechazo de la pretensión. Lo dicho con mayor razón cuando la eventual promoción de un nuevo juicio encontraría como obstáculo la prescripción de la pretensión sustancial.

C. Demandas incidentales y otras postulaciones procesales

Es claro que la necesidad de que en las postulaciones de las partes se respete el principio de razón suficiente no se detiene en la demanda, *stricto sensu* (esto es, el acto de iniciación procesal que porta la pretensión), sino que, en los demás casos de demandas incidentales también está presente la necesidad del debido respeto al principio antes aludido.

Así, y a guisa de ejemplo, puede mencionarse el caso del **beneficio de litigar sin gastos**.

Este incidente exonerativo de las cargas patrimoniales propias del proceso, exige de que quien lo deduzca "... La mención de los hechos en que se fundare su necesidad de reclamar o defender judicialmente derechos propios o de personas a su cargo, así como la indicación del proceso que se ha de iniciar o en el que se deba in-tervenir...." ³¹.

En tal andarivel, ha señalado la jurisprudencia que para que éste sea procedente, el peticionante debe acreditar los extremos antes aludidos, lo que importa la exigencia de un *prius*: que tales extremos hayan sido suficientemente expuestos en la demanda incidental ³².

Asimismo, es dable mencionar el supuesto del requerimiento de **medidas cautelares**, respecto de las cuales el art. 456, *in fine*, C.P.C.C. prescribe que "... El escrito debe expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición legal en que se funda, y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida".

Como se puede observar, se exige que la petición respectiva esté acompañada de las argumentaciones suficientes que persuadan, v.gr. acerca de la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y del *periculum in mora*, sin las cuales no será posible acceder a la petición cautelar.

Lo dicho, claro está, dejando a salvo el caso del embargo preventivo, que nuestra ley ritual, con singular laxitud, admite con el solo ofrecimiento de contracautela.

2. Principios de identidad y tercero excluido

A. Imposibilidad de modificar la demanda

El art. 179 del C.P.C.C. establece: "*El demandante no podrá variar la acción entablada después de contestada la demanda, pero podrá ampliar la petición siempre que para ello se funde en hechos que no impliquen un cambio de la acción*".

Conforme tal regla, está claro que nuestro ordenamiento procesal -en principio ³³- no permite modificar la demanda o la contestación, y la reconvencción en su caso, después de trabada la litis.

La prohibición expuesta se asienta -con nitidez- en el principio lógico de identidad por cuanto la pretensión no puede ser sino una sola e idéntica en sí misma

De allí que para determinar si en un caso se ha violentado o no el referido principio de identidad (inobservándose la referida veda legal) habrá que examinarse si *a posteriori* de trabada la litis se alteran o varían las identidades de sujetos, objeto y causa. Ello así, por ejemplo, incorporándose nuevos sujetos a la relación procesal o cambiando la situación o posición

jurídica de los mismos (modificación de sujetos); o variándose la cosa demandada o la naturaleza del pronunciamiento que se pretende (modificación del objeto) o, bien, alterándose el hecho en el cual la pretensión se funda y las consecuencias jurídicas que de él se solicitan (modificación de la *causa petendi*).

En tales supuestos de violación a la identidad que importa la pretensión modificatoria generará la inadmisibilidad de la actuación y -en algunos casos- podrá generar eventuales gastos causídicos por la inaceptable modificación.

B. Ampliación o moderación de la demanda

Conforme lo establecido en el art. 180 del C.P.C.C., la ampliación o moderación de la demanda debe basarse en *“los mismos hechos aducidos en la demanda”*.

Tal limitación modificatoria cuantitativa constituye otra clara aplicación del principio de identidad.

Y es que, la regla procesal citada impone que la ampliación o moderación no devenga en un cambio de la acción o en la introducción de una distinta que se agregue a la primitiva; sólo se admite -insistimos- que la ampliación sólo configure un fundamento más de la acción primeramente deducida y no que suponga una pretensión diferente.

3. Principio de no contradicción

A. El uso de la fórmula “y/o” respecto de los accionados en la demanda

Con frecuencia suele utilizarse la fórmula “y/o” en relación con los demandados, lo que ha planteado serias dificultades y llevado a que un sector de la jurisprudencia considere que ello importa una clara violación al principio de no contradicción.

Y lo cierto es que, en rigor, no es lo mismo “y” (conjunción copulativa, coordinante) que “o” (conjunción disyuntiva, coordinante).

La conjunción copulativa “y” une, mientras que la disyuntiva “o” es la que indica que se debe optar entre dos o más posibilidades.

Por lo tanto, su empleo simultáneo importa claramente una contradicción por cuanto importa dos ideas incompatibles entre sí: que se demanda a “ambos sujetos” y -al mismo tiempo- que se demanda “sólo a uno de los dos”. Consecuentemente, la fórmula “y/o” condena en sí misma dos valores antagónicos: el copulativo y el disyuntivo, que -en principio- se excluyen.

Ello, como anticipáramos, ha llevado a decidir que: “La expresión utilizada de y/o para determinar al demandado -vicioso uso corriente en poderes, fórmulas de contratos y actuaciones judiciales-, importa en lógica estricta una contradicción”³⁴.

No desconocemos que autorizada doctrina y la mayoría de la jurisprudencia -a la que por cierto adherimos- ha considerado que pese al error lingüístico de la fórmula, el vicio debe ser salvado en pos de la supervivencia del proceso. Así, se ha dicho que: *“toda contradicción lógica desaparece si la expresión se interpreta, no denotando propósitos simultáneos, sino en relación de preferencia”*³⁵, o sea que *“no existe*

*sentido contradictorio en la fórmula analizada si se establece el correspondiente orden de prelación. Es decir, en primer término, vale como unión copulativa: 'contra Fulano y Zultano'. Excluido este inicial supuesto, significa: 'contra Fulano o Zultano' (unión disyuntiva)"*³⁶.

Sin embargo, creemos conveniente citar el supuesto desde que si el actor tuvo como único y definido objetivo que "todos" los demandados respondan, la utilización de la fórmula "y/o" sí incurriría en contradicción lógica inaceptable.

B. Contradicciones en la formulación de las pretensiones demandadas

Aun cuando no exista una disposición ritual que expresamente lo imponga, constituye una exigencia generalizada desde la doctrina y la jurisprudencia la de que el discurrir argumental vertido en la demanda (tanto al formular la pretensión como al narrar los hechos y el derecho que la fundan) sea claro, coherente y respetuoso del principio de no contradicción.

Consecuentemente, no deben verificarse en tal actuación inicial antagonismos o incompatibilidades para que la demanda resulte viable.

En esta línea se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señalando que: "... la forma contradictoria en que la actora ha planteado su reclamo (...) impide conocer, de manera clara y precisa, qué sumas pretenden percibir los demandantes en concepto de daño moral. No resulta comprensible, pues, el *quantum* indemnizatorio que persiguen por el rubro indicado en la medida en que, por un lado, la expresión de lo reclamado por el señor Guanco difiere según que se trate de la suma indicada en letras o de la detallada numéricamente, y -por el otro- con respecto a lo pretendido por la señora Guzmán hay una diferencia entre el importe mencionado en el texto del escrito y el incluido en la liquidación posterior, defecto que no le permite a la excepcionante la elección de alternativas para su contestación y para el ofrecimiento de pruebas (Fallos: 323:3546), por lo que corresponde ordenar que se subsane el defecto legal..."³⁷.

C. Contradicciones en la contestación de la demandada o en la oposición de excepciones

Igual observancia del principio de no contradicción se exige para la contestación de la demanda y la oposición de excepciones.

De tal modo se sostiene que no pueden oponerse defensas que, por su mismo contenido, sean autocontradictorias entre sí.

Así, por ejemplo, se ha expuesto que no pueden deducirse en el juicio ejecutivo excepciones que importen el reconocimiento de la obligación, como las de pago o prescripción, y -al mismo tiempo- articular la excepción de inhabilidad de título³⁸. Es que plantear la excepción de pago o de prescripción importa el reconocimiento de la autenticidad y habilidad del título. Si el demandado plantea la excepción de prescripción como principal, habría reconocido la existencia y las condiciones de la obligación reclamada que tornan improcedente (en función del principio de no contradicción) la oposición -aun en forma subsidiaria- de la excepción de inhabilidad de título.

VI. Etapa probatoria del juicio

1. Principio de razón suficiente

A. Requerimiento de prueba anticipada

Puede citarse, como caso paradigmático de observancia del principio de razón suficiente, el supuesto de requerimiento de **prueba anticipada**.

Y es que el art. 487 C.P.C.C. literalmente requiere que *“En el escrito en que se solicitaren medidas preparatorias o prueba anticipada se indicará el nombre de la futura parte contraria, su domicilio si fuere conocido y los fundamentos de la petición...”*.

Ello así, si la parte se limita a petitionar los medios probatorios que la ley prevé, sin explicitar las razones que justifican su procedencia anticipada (en particular, el *periculum in mora*), el tribunal debe desestimarlas sin más trámite.

B. Requerimiento de prueba en la segunda instancia

También en materia probatoria, pero ya situados en el trámite de segunda instancia, quien peticione la recepción de prueba ante la Cámara, debe exponer las razones que tiene para que ésta sea producida ante una instancia que es, esencialmente, de revisión.

Para ello deberá adecuar su escrito a las exigencias del art. 375 C.P.C.C. alegando fundadamente, v.gr. que se ha configurado un hecho nuevo posterior al plazo para alegarlo en primera instancia, etc.

C. Redargución de falsedad del instrumento público.

El Código Procesal regula el procedimiento para redargüir de falso un instrumento público.

Y en tal línea, exige que la impugnación del documento se proponga de un modo “fundado”, bajo “apercibimiento de tenerla por desistida” (art. 244 C.P.C.C.).

De tal manera, la ley impone que el interesado de las razones sustentatorias de su incidencia, debiendo para ello describir los hechos fundantes de su pretensión de falsedad y alegar el derecho que entiende lo ampara.

La exigencia de motivación aludida no importa sino una clara consagración del principio de razón suficiente, desde que si la presentación carece de un sustento argumental propio y suficiente resulta inadmisibile.

D. Prueba pericial. Dictamen fundado.

Conforme surge del tenor literal del art. 278 del C.P.C.C., el dictamen pericial debe ser “fundado”.

Para cumplir con tal recaudo, el informe pericial debe contener una explicación razonada de las operaciones técnicas realizadas así como un desarrollo motivado de las conclusiones sentadas en principios técnicos y científicos. Por lo demás, si se fundara en opiniones vertidas en trabajos científicos o en otros elementos objetivos el dictamen debe *“indicar la fuente y el lugar”* en que tales elementos pueden ser consultados.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba tiene dicho que el cometido principal de los peritos es explicitar fundadamente las deducciones que hay que extraer de los hechos observados; a ello se ha agregado que: “La percepción, deducción o inducción de los hechos importa una declaración científica que no constituye un simple informe sobre lo ocurrido, sino también un juicio valorativo sobre lo que es objeto directo de verificación, habida cuenta de las particulares, antecedentes y efectos. Los fundamentos han de ser convincentes y explicitados en forma coherente, clara, suficiente, sobre la base de un razonamiento lógico...”³⁹.

Por lo tanto, cuando el perito emite sus conceptos sin detenerse a explicar las razones que lo condujeron a sus conclusiones, o si éstas no son claras o adolecen de insuficiencias su trabajo resulta inoficioso por resultar violatorio del principio de razón suficiente. Cuando el perito no explica las operaciones realizadas y no fundamenta su opinión, el juez no puede valorar la prueba pericial o tiene que desechar sus conclusiones por infundadas.

Así lo tiene decidido -de modo unánime- la jurisprudencia en la inteligencia de que: “Resulta necesario en el proceso que el perito explique las operaciones efectuadas y fundamente la opinión dada en el dictamen pericial. En su defecto, el juez no puede valorarla o tiene que desechar sus conclusiones por infundadas, desde que no puede darle valor a algo que no lo tiene, por impedírsele la ley y carecer de facultades para ello”⁴⁰ y con fundamento en que: “Uno de los requisitos del dictamen pericial es que contenga el fundamento de sus conclusiones, si el perito se limita a emitir su concepto sin explicar las razones de sus conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes, y corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen”⁴¹.

De otro costado, con acierto se ha sostenido que “... el valor probatorio de un peritaje se mide por su apoyo gnoseológico y científico, es decir por la seriedad, prolijidad y exhaustividad del camino seguido por el experto para arribar a sus conclusiones. Ello explica, esencialmente, la mediación de explicaciones razonables sobre las afirmaciones finales”⁴².

Consecuentemente, la fundabilidad del dictamen no sólo condiciona su validez sino también su fuerza convictiva. A mayor fundamentación mayor será su valor convictivo. Inversamente a ello, cuanto más insuficiente sea tal fundamentación menor será su fuerza probatoria.

Así lo ha decidido el Tribunal Superior de Justicia, resolviendo que: “... la pericia oficial practicada en estos autos ha sido oportunamente impugnada por la parte actora, y estimo que las referidas objeciones deben ser atendidas, ya que el informe presentado por XX carece de una explicación clara y lógica de las razones técnicas, científicas o artísticas que se tuvieron en cuenta para adoptar las conclusiones a las que se arribó. Nótese que el propio experto reconoce que las medidas con las que contaba el local alquilado han sido **‘tomadas a ojo de buen cubero...** y no... de los planos correspondientes...’. Por otro costado, adviértase que el valor locativo fijado por el perito, se determinó atendiendo a la valuación fiscal de la Municipalidad empero no se explicitó de modo alguno el método empleado, y por tanto el cálculo y su resultado devienen en incomprensibles”⁴³.

E. Prueba de testigos. Respuesta fundada

El art. 304 del C.P.C.C., expresamente impone que el testigo conteste

dando “razón de sus dichos”.

La razón del dicho no es sino el motivo, las razones o fundamentación acerca de la forma en que se conoció el hecho sobre el que se declara y las explicaciones de las “*circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tal hecho ocurrió*”⁴⁴.

De esta manera, la eficacia del testimonio dependerá -insoslayablemente- de su observancia al principio de razón suficiente, y sólo cuando se respete tal regla del buen pensar podrá el juez otorgarle credibilidad a la declaración. Es que quien no explica por qué sabe, no puede ser creído como si realmente supiese y que tampoco merece credibilidad el testimonio si las razones que da son insuficientes, oscuras o inciertas.

Así también lo ha decidido inveteradamente la jurisprudencia, apuntando que: “La eficacia de la declaración testimonial depende de que el testigo exprese la razón de sus dichos, que manifieste que tuvo conocimiento de los hechos sobre los cuales declara, en qué circunstancias, lugar y tiempo, pues sólo por intermedio de ellos puede ejercerse el contralor de lo expresado”⁴⁵, o que: “... la fuerza probatoria de un testigo está vinculada con la razón de sus dichos y, en particular, con las explicaciones que pueda dar acerca del conocimiento de los hechos a través de lo que sus sentidos percibieran”⁴⁶.

Resta advertir un supuesto particular.

Referimos al caso del **tercero** que es citado como testigo.

Es sabido que constituye un deber cívico el de comparecer, pero ante determinadas preguntas puede negarse a responder, alegando fundadamente que la respuesta puede exponerlo a juicio penal o comprometer su honor o que si respondiese revelaría un secreto profesional, militar, científico, de confesión, artístico o industrial⁴⁷.

En esa oposición se le requiere al testigo que exponga las razones de la negativa⁴⁸, sin que baste -por ende- la mera alegación de configuración de los supuestos de hecho de la norma.

Se advierte, pues, aquí también una concreta aplicación del principio de razón suficiente respecto de terceros intervinientes en el pleito como testigos.

2. Principio de no contradicción

A. La conducta procesal contradictoria como prueba

De acuerdo con lo normado por el art. 316, 2º párr. del C.P.C.C. el juez está facultado para tener en cuenta el comportamiento procesal de las partes como un indicio o un argumento de prueba a su favor o en su contra.

Ello no es sino -en parte- consagración expresa legal de la denominada doctrina de los actos propios, según la cual -conforme lo decidido por cientos de fallos judiciales de los más diversos tribunales de nuestro país- “Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores, a través del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz”.

Es cierto que la aludida doctrina se asienta -esencialmente- en un profundo sustento moral, fincado -básicamente- en el respeto de la buena fe objetiva, en la protección de la confianza suscitada, la coherencia del

comportamiento en bien de terceros, y el rechazo de la sorpresa y la emboscada.

Sin embargo, a nuestro juicio también encuentra un claro fundamento de orden lógico: el principio de no contradicción, desde que en el orden de los conceptos no puede afirmarse y negarse algo sobre la misma cosa y bajo el mismo aspecto.

B. Contradicción en la declaración testimonial

Doctrina y jurisprudencia son contestes en exigir inexistencia de contradicción en los dichos del testigo, para que su declaración sea eficaz y convincente.

Así, Devis Echandía afirma que *“el testimonio debe aparecer consistente y armónico (...) las contradicciones sobre detalles importantes y entre varios hechos relevantes, ponen al descubierto no sólo graves deficiencias en los fundamentos del testimonio (percepción, juicio, memoria, capacidad de producción y narración), sino una ausencia de sentido crítico para precisar y ordenar esas percepciones y sus recuerdos”*⁴⁹.

En la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba descalificó una declaración testimonial por contradictoria señalando que: *“Autorizada doctrina ha señalado que para que el testimonio resulte probatoriamente eficaz es indispensable que las circunstancias de hecho declaradas por los deponentes no resulten en desacuerdo con la naturaleza, los efectos y características de la circunstancia fáctica afirmada, es decir que ‘el hecho debe ser posible y verosímil de acuerdo con la narración del testigo’ (...) Asimismo, y en correlación a este recaudo, se ha indicado como condición sine qua non de la eficacia probatoria del testimonio, que el mismo no sea contradictorio, es decir que sea coherente. De lo declarado (...) surge por un lado incoherencia ya que no se entiende cómo F escucha cuando la gente sale del baile y no oye nada cuando las mismas personas ingresan al local. Por otro lado, la circunstancia de que oiga los ruidos a las cinco de la mañana (horario en el que se levanta para trabajar) confirma la tesis de la parte actora, ya que -atendiendo a las reglas de la experiencia- oír ruidos a esa hora de la madrugada, obviamente excede los límites de la normal tolerancia (...) Igual argumento cabe aplicar a esta declaración testimonial. La deponente se contradice en sus dichos cuando en primer lugar afirma que ‘a su lugar no va la música’ y por el otro expresa que ‘a sus hijos le gusta... que escuchan desde la cama, suavcito, y aclara que no se duermen hasta que no empieza la música’. Por el principio lógico jurídico de no contradicción, no se puede negar y afirmar algo a la vez. O bien la música no llega al hogar de la testigo, o llega ‘suavecito’. La declaración es contradictoria y por tanto su eficacia probatoria se encuentra sumamente disminuida”*⁵⁰.

C. Contradicción en los fundamentos o conclusiones de la pericia

Igual vigencia tiene el principio de no contradicción como condicionante de la validez y eficacia de la prueba pericial.

Efectivamente, un dictamen cuyos fundamentos o conclusiones aparecen como incompatibles entre sí o contradictorios carece de toda eficacia probatoria y por lo tanto no cumple su misión de ser un elemento de convicción.

En esta línea, el alto cuerpo provincial tiene dicho que: "... puede resultar viable la desestimación de la prueba cuando el dictamen presenta argumentos claramente contradictorios; pues determinar la invalidez de un razonamiento, cuando el mismo ha sido construido mediando la afirmación y negación conjunta respecto a una misma cosa, un mismo sujeto o un mismo objeto, constituye una operación mental que no depende de profundos conocimientos en la materia de que se trate"⁵¹.

VII. Etapa recursiva

1. Principio de razón suficiente

A. Crítica recursiva. Suficiencia o idoneidad

El discurso impugnativo que se desarrolle -cualquiera sea la naturaleza del recurso impetrado- debe necesariamente contener razones suficientes que justifiquen el alzamiento contra el pronunciamiento. Esto constituye un lugar común en nuestro derecho procesal civil y comercial.

Dicho de otra manera, en nuestro sistema adjetivo vigente, la admisibilidad de un recurso requiere que éste contenga una crítica concreta y razonada de los fundamentos del pronunciamiento impugnado y una referencia a los errores que se entienden vician el juicio sentencial plasmado en la resolución. De tal modo, se exige que las censuras 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, "expresar agravios" no se erige en una simple fórmula o rito sino que implica -para su validez- 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.

Así, se exige que la crítica se vincule de manera directa con los vicios o censuras formuladas, 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 configuran, en el fallo atacado, los yerros o la injusticia que se denuncia.

En esta línea, autorizada doctrina enseña que en el acto procesal de expresión de agravios "*incumbe al recurrente la carga de puntualizar en forma precisa y concreta los errores fácticos y jurídicos que imputa a la sentencia y, en su caso, las causales de nulidad que la invalidan, exponiendo las razones en que funda su disconformidad con el pronunciamiento*"⁵².

Así también se ha expedido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en la inteligencia de que: "... 'expresar agravios' -en el ámbito de un proceso- no significa sólo 'poner de manifiesto algo', o resaltar que 'no se está de acuerdo' con lo decidido, sino que exige necesariamente una actividad tendiente a 'censurar' los argumentos y fundamentos que justifican lo resuelto por el inferior. La crítica que resulta congénita a la buena expresión de agravios que es requerida en el ámbito del discurso forense, implica demostrar con adecuada razonabilidad en el '*ius*' y en el '*factum*' -para el caso que ambos tópicos estén involucrados- el desatino del pronunciamiento, mediante el iter lógico suficiente que excluya toda

perspectiva meramente voluntarista. La expresión de agravios es una demostración, racional, de los defectos formales o de la misma injusticia del pronunciamiento; mas requiere siempre de una actividad desplegada y nunca presumida. Por ello es que toda la doctrina y la jurisprudencia -de un modo unánime- han sostenido que para abrir la segunda instancia es necesario que se señalen razonadamente cuáles son los errores de los que adolece un pronunciamiento y la manera en que ellos inciden en la decisión para tornarla injusta. A contrario, la mera expresión de disconformidad o disentimiento no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia que dictó el juez de la causa”⁵³.

La exigencia de refutación fundada encuentra -en su faz lógica- como sustento primero el principio de razón suficiente. El incumplimiento de tal regla del pensar provocará -proce-salmente- la inadmisibilidad del recurso con la consecuente firmeza de la decisión que se entiende agravante.

2. Principios de identidad y de tercero excluido

A. Recurso directo. Imposibilidad de modificar, mejorar o ampliar el recurso principal denegado

En nuestro ordenamiento procesal, el recurso directo es un remedio de naturaleza “auxiliar” por cuanto no tiene un fin en sí mismo, sino que se encuentra preordenado a la concesión de otro recurso de carácter principal. Efectivamente, el también denominado recurso de “queja” tiene por único objeto provocar la revocación o modificación de la resolución que deniega otro recurso (ya el de apelación, ya el de casación o de inconstitucionalidad).

En función de tal naturaleza auxiliar, se sostiene que es requisito ineludible que el recurrente se limite a plantear sus objeciones en el terreno de la admisibilidad del recurso denegado, sin poder introducirse en la cuestión de su procedencia sustancial, y sin poder -a *fortiori*- alterar, modificar o ampliar los términos en que el recurso principal denegado fue impetrado.

Así lo ha sostenido el Tribunal Superior de Justicia señalando que: “... la crítica impugnativa en la queja queda reducida a objetar y demostrar la impropiidad de las conclusiones desestimatorias del recurso extraordinario planteado, no siendo posible en esa instancia mejorar o extender los alcances del recurso denegado. En consecuencia, toda otra actividad (distinta a la crítica de las razones de la repulsa) resulta inútil e inconducente al objeto específico del recurso directo”⁵⁴.

Tal imposibilidad de alterar, modificar o ampliar en la queja el recurso principal denegado es justificada jurisdiccionalmente en: 1) Los propios mandatos del rito (arg. art. 402 C.P.C.C.); 2) En la naturaleza fatal del plazo para deducir recurso (art. 49 inc. 2º del C.P.C.C.) y 3) En el derecho de defensa de la parte recurrida que (por no tener sustanciación la impugnación directa) quedaría privada de ser escuchada en esa etapa.

Por nuestra parte, y a la luz de lo que en el presente se analiza, consideramos que la solución también encuentra sustento en el principio lógico de identidad toda vez que si la esencia del recurso directo (su “ser”) radica en la finalidad de lograr la revocación de la resolución por la cual un tribunal inferior ha denegado un recurso que procede por ante otro superior, de modo que éste lo conceda, no puede -sin atentar contra tal identidad-

pretenderse que sea la vía para modificar o alterar otra impugnación distinta.

B. Alcances del recurso impetrado. Principio de personalidad el recurso

En materia recursiva impera el principio de la personalidad de los recursos. Así, por regla ⁵⁵, el recurso sólo favorece a aquel que ha recurrido.

Tal máxima impugnativa encuentra fundamento lógico en el principio de identidad desde que la sentencia que decida la suerte del recurso sólo puede beneficiar o perjudicar a la misma e idéntica persona que formuló el embate o refutó la primigenia decisión.

3. Principio de no contradicción

A. Actos propios. Alteración defensa frente a una decisión adversa

La aplicación de la doctrina de los actos propios en la etapa recursiva obsta a que los sujetos procesales asuman conductas que susciten ciertas expectativas o confianza en un desarrollo ulterior, para luego autocontradecirse en los reclamos ante la justicia ⁵⁶.

Así, el ejercicio de una pretensión impugnativa autocontradictoria, requiere que la persona haya efectuado un primer embate, es decir, un acto voluntario, susceptible de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944 C.C.), lícito, que no afecte la moral, el orden público ni las buenas costumbres (arts. 21 y 953 C.C.) y que no haya mediado en dicho accionar ningún vicio de la voluntad que lo invalide (error, dolo, violencia). Si efectuado ello, la recurrente se contradice con sus propios actos, recurriendo una resolución en un sentido contrario al antes anunciado, su pretensión impugnativa resulta inadmisibles por clara aplicación del principio de no contradicción.

En esta línea, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, a través de su Sala Civil y Comercial ha desestimado impugnaciones cuando éstas lucían contrarias al principio de no contradicción.

En esta inteligencia el alto cuerpo ha sostenido que "... el propio casacionista se contradice con la actividad desplegada por él en el *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 acaecidas en el proceso" ⁵⁷.

VIII. Conclusiones

De la breve reseña expuesta *supra*, la cual -insistimos- no ha tenido ninguna aspiración de completitud o agotamiento del tema- se puede colegir con nitidez la plena vigencia que los principios lógicos clásicos tienen en todo el devenir del proceso.

No sólo el acto procesal de la sentencia debe ajustarse a ellos, sino que la actuación de las partes y de los demás sujetos que intervienen en la litis

debe ser adecuada a las reglas del pensar.

El quebrantamiento de tales leyes del razonamiento conlleva -en la mayoría de los casos- a severas consecuencias o efectos procesales adversos al interés de la parte que incurre en ilogicidad.

Siendo así, consideramos que resulta impostergable la formación de nuestros abogados en la lógica formal para que logren comprender la utilidad e importancia que su comprensión y correcto uso tiene en el ejercicio de la profesión abogadil.

NOTA

¹ La preocupación del Dr. Olsen Ghirardi por la lógica jurídica y -más concretamente- por la lógica judicial o del razonamiento forense no es reciente, sino que se remonta a más de dos décadas atrás, como lo demuestran los varios trabajos que sobre el tema tiene publicados. Sólo a modo de graficar ello, cabe citar, entre sus muchas obras: *Hermenéutica del saber*, Madrid, Gredos, 1979; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, 1992, 1997; *Lecciones de introducción a la filosofía del derecho* y *Lecciones de lógica del derecho*, Córdoba, ed. del autor, 1982.

² Olsen A. GHIRARDI, *El control de logicidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación*, Córdoba, Advocatus, 2008.

³ Voto del Dr. Armando S. Andruet (h), en pronunciamiento dictado por la Sala Civil y Comercial del T.S.J. de Córdoba, *in re*: "Piro, Alfonso c/ Ingotar S.A. - Ordinario - Recurso directo" ("P" 12/03), Sent. Nº 98, 2/9/04.

⁴ En esta línea se ha sostenido, v.gr. que: "La omisión de pronunciarse o expedirse respecto de la mayoría de las críticas esgrimidas por el recurrente, constituye un claro 'error *in cogitando*' por violación al principio de razón suficiente" (T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: "Panetta, María Teresa c/ Banco Social de Córdoba - Acción declarativa de certeza - Ley 8543 - Recurso de casación", A.I. Nº 18/03). En la misma línea, se ha entendido violado el principio de razón suficiente cuando la Cámara limita su motivación a la remisión de los argumentos dados por el inferior; como justificativo de ello el tribunal ha sostenido que: "El recurso de apelación se propone para que la alzada revise las decisiones de primera instancia sobre la base de los agravios expuestos en oportunidad legal. Tales agravios constituyen las razones, los argumentos que esgrime el apelante para afirmar la injusticia de lo decidido por el juez. Si éstos han sido correctamente expuestos, se presentan ante la Cámara como confrontación con los fundamentos dados por el juez. En tales condiciones el tribunal de apelación debe dirimir la cuestión, exponiendo a su vez las razones que tiene para inclinarse por mantener la resolución cuestionada o acoger el recurso y revocarla o reformarla. No basta a esos fines "ratificar", las razones del juez de primera instancia sin exponer cuáles son los motivos que se esgrimen para adoptar tal actitud. La remisión a los fundamentos de la sentencia atacada -de eso se trata en esencia- deja incontestados los agravios del apelante" (T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: "Lucca Orfeo - Recurso de revisión en autos: Lucca y Lapanya S.A.C.I.F.I.A., Quiebra propia - Recurso directo - Hoy recurso de revisión", A.I. Nº 110/98).

⁵ En un caso concreto, la Cámara había sostenido que la indemnización por daño emergente no era procedente porque no era una consecuencia propia del acto asambleario declarado nulo por la interrupción del ejercicio profesional del actor (sino sólo, la pérdida de los derechos societarios). Sin embargo, más adelante -al tratar el daño moral- había sostenido que tal rubro sí era admisible en la inteligencia de que el acto asambleario había provocado "la brusca interrupción del ejercicio profesional del actor en la clínica". Advirtiendo tal contradicción, el alto cuerpo cordobés sostuvo que: "Tal principio de la lógica formal que normalmente se enuncia como 'nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en una misma relación', en el ámbito de los razonamientos se viola cuando el mismo presenta una afirmación y negación conjunta de una misma cosa, de un mismo objeto. En el caso de autos, el temperamento del fallo en crisis revela un vicio de la naturaleza señalada... desde que la contradicción configurada refiere al argumento sustentador de la conclusión a la que finalmente arribó el tribunal a quo" (T.S.J. Cba., Sala C. y C. *in re*: "Donato, Alfredo Eduardo c/ Policlínico Privado Marcos Juárez S.A. - Daños y perjuicios - Recurso directo hoy recurso de revisión", Sent. Nº 2, 9/2/98). Igualmente, se ha sostenido que: "La sentencia padece una contradicción interna que la descalifica como acto jurisdiccional válido, contradicción que se ubica en la premisa mayor de la misma en cuanto primero afirma y después desvirtúa el principio de derecho a cuya luz resuelve acerca de la procedencia de la demanda. En efecto,

en un primer momento la Cámara recepta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación imperante sobre el tema, según la cual el ejercicio regular por el Estado de su poder jurisdiccional no puede constituir fuente de indemnización para los particulares, de modo que la mera revocación o anulación de resoluciones no compromete responsabilidad del Estado, la que inversamente sólo puede surgir como consecuencia de sentencias ya pasadas en cosa juzgada que posteriormente son anuladas por vía del recurso extraordinario de revisión (fs. 209/10). Haciendo aplicación de este principio jurídico en el caso concreto, es obvio que correspondía rechazar la acción instaurada desde que la condena judicial que causó el daño fue revocada en el marco del mismo proceso penal, antes de que la sentencia deviniera firme y por virtud de un recurso de casación. Sin embargo, a poco de sentar esta regla de derecho, la Cámara de inmediato la contradice al señalar que el Estado es también responsable cuando una sentencia condenatoria es revocada por ser atípico el hecho endilgado al acusado (fs. 210), vale decir cuando el fallo es dejado sin efecto dentro del curso del proceso penal antes de pasar en cosa juzgada y como consecuencia de un recurso de tipo ordinario, o sea sin que se verifiquen las circunstancias especiales y extraordinarias establecidas por la jurisprudencia de la Corte que se terminaba de citar. El tribunal de grado quebrantó así el principio lógico de no contradicción, en cuanto al establecer cuáles son los presupuestos que en nuestro derecho condicionan la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de la función jurisdiccional enuncia dos órdenes de ideas que no guardan coherencia y son inconciliables entre sí” (T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Barrionuevo, Walter José c/ Provincia de Córdoba - Ordinario - Recurso de casación”, Sent. Nº 120/02).

⁶ Así se ha decidido la anulación de pronunciamiento por cuanto: “surge clara la incongruencia en la que ha incurrido el mérito, quien -para fundamentar la solidaridad entre las demandadas- indebidamente ha variado los términos en que quedó planteada la litis (...) La sustitución indebida de uno de los elementos constitutivos de la litis (la causa), configura un claro vicio lógico jurídico, conocido como “incongruencia por *citra petita*” (T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Kahn, Héctor Máximo c/ Tarjeta Naranja S.A. y otro - Ordinario - Recurso directo”, Sent. Nº 193/01). Del mismo modo, se ha entendido violentado el principio de identidad cuando el tribunal integra la condena con rubros que no han sido motivos de la litis. En este sentido se ha dicho que: “la adición de intereses a la suma dineraria actualizada que debe ser restituida por el demandante en virtud de la resolución contractual operada, resulta carente de fundamentación atento que tal rubro no fue peticionado por las partes y su adición no surge impuesta ni por el ordenamiento jurídico vigente ni por la normativa aplicada al *sub lite*” (T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Instituto de Viviendas de la Fuerza Aerea (IVIFA) c/ Carlos Alberto Martínez - Ordinario - Recurso de casación”, Sent. Nº 180/01).

⁷ C.I.D.H.A., “Informe 30/97, caso 10.087: Argentina”, 30/9/97, L.L. 1998-E-260 y ss.

⁸ Raúl E. FERNÁNDEZ, “Control de logicidad (Vías impugnativas aptas)”, en AA.VV. *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Córdoba, Advocatus, 1999, ps. 139/140.

⁹ Olsen A. GHIRARDI, *Lógica del proceso judicial*, 2ª ed., Córdoba, Lerner, 1992, p. 46.

¹⁰ Por ello, no profundizaremos las condiciones lógicas que debería reunir, por ej. la acusación fiscal o el informe del síndico concursal para distribuir la masa, etc.

¹¹ E. DANN OBREGÓN, *Lógica*, Santa Fe, Castellví, 1947, p. 264.

¹² Olsen A. GHIRARDI, “El razonamiento débil”, en O. GHIRARDI, A. ANDRUET, R. FERNÁNDEZ, J. GHIRARDI, *La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil)*, Córdoba, Alveroni, 1993, p. 21.

¹³ Enseña Ghirardi que, en rigor, fueron los lógicos medievales quienes primeramente pretendieron formular el principio de razón suficiente, aunque es Leibniz quien lo postula en “su rutilante esplendor” (Olsen A. GHIRARDI, *Lógica del proceso judicial*, 2ª ed., Córdoba, Lerner, 1992, p. 83).

¹⁴ Monadología..., Leibniz aseveraba que: “Jamás ocurre algo sin que haya una causa o al menos una razón determinante, es decir, algo que pueda servir para dar razón ‘a priori’ de por qué existe algo y por qué existe de esta manera más bien que de otra manera” aunque agregaba que: “estas razones las más de las veces no nos puedan ser conocidas” (Teodicea, I, 44, citado por Johannes HIRSCHBERGER, obra apuntada, t. II, p. 86).

¹⁵ “La cuádruple raíz del principio de la razón suficiente”, Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1943.

¹⁶ Olsen A. GHIRARDI, *Lógica del proceso...* ob. cit., p. 84.

¹⁷ T.S.J. Cba., Sala C. y C., voto del Dr. Armando S. Andruet (h), *in re*: “Panetta, María Teresa c/ Banco Social de Córdoba - Acción declarativa de certeza - Ley 8543 - Recurso de casación”, A.I. Nº 8/3/05.

¹⁸ Olsen A. GHIRARDI, *El razonamiento débil*, ob. cit., ps. 22 a 24.

¹⁹ Armando S. ANDRUET, "El tema de los 'conceptos jurídicos fundamentales' (En la perspectiva nominalista y realista)", en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Córdoba, Alveroni, 1993, p. 135.

²⁰ Rafael BIELSA, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, 2ª ed. aumentada, Buenos Aires, Depalma, 1954, p. 45, nota 16.

²¹ Pues ésta puede empezar con medidas previas a la demanda (art. 382 y ss. C.P.C.C.).

²² Cabe recordar en este punto una vieja jurisprudencia casatoria que con acierto sostuvo que la observancia del principio de razón suficiente en la motivación de una resolución "estará sometida a diversos requisitos según cual sea el grado de convencimiento requerido por el ordenamiento legal respectivo, para arribar a las conclusiones de hecho en que el fallo se asienta. Así, el respeto del aludido principio lógico no estará sometido a las mismas exigencias cuando la ley se satisfaga con un mero juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva (como ocurre, por ejemplo, en relación al auto de procesamiento), que cuando se requiera certeza acerca de la existencia de aquéllos (como sucede respecto de la sentencia condenatoria). Esta última hipótesis (que es la de autos) exigirá que la prueba en la que se basen las conclusiones a que se arriba en la sentencia, sólo puede dar fundamento a esas conclusiones y no a otras; o, expresado de otro modo, que ellas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento" (T.S.J. Cba., SJ 536-10).

²³ Graciela ROSETTI, "Demanda de conocimiento y de ejecución", en *Revista de Derecho Procesal. Demanda y Reconvención*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, t. II, p. 183.

²⁴ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. El proceso de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, vol. 3, p. 47.

²⁵ Oscar H. VENICA, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Lerner, 2006, t. II, p. 286.

²⁶ Aclaramos que esta es la regla, desde que en la propia doctrina se reconocen ciertos supuestos excepcionales donde el demandado estaría relevado de su carga de fundar la oposición o la negativa. Tal el caso de lo que se conoce en doctrina como "responde de expectativa", en donde la demandada está facultada a limitarse a decir -luego de señalar que ignora los hechos constitutivos indicados por la actora en su escrito de demanda- que niega el *factum* de la demanda instaurada "por no constarle" la existencia de los hechos invocados en la misma, ejemplificándose tal situación con los supuestos donde la demanda no se funda en hechos personales del demandado (v.gr. defensor oficial interviniente en juicio promovido contra una demandada cuya identidad se ignora o cuyo domicilio se desconoce). Para profundizar en esta doctrina recomendamos la lectura de: Jorge W. PEYRANO, "El responde 'de expectativa'", L.L. 1979-B, 754.

²⁷ Carlos SCHRÖEDER, Ana María CHACÓN DE CAPDEVILLA y Alicia BAZÁN DE ANDRUET, "Contestación de la demanda. Reconvención", *Foro de Córdoba*, Nº 25, ps. 224-225.

²⁸ Cám. 7ª C. y C. Cba., *in re*: "Nigro, Juan y otro c/ Municipalidad de Río Ceballos", 16/10/1996, L.L.C. 1997, 599.

²⁹ Cám. 2ª C. y C. Cba., *in re*: "La Meridional Cía. de Seguros c/ Banco Cooperativo de Caseros Ltda.", 24/9/1992, L.L.C., 1993-708, con nota de Sergio Enrique Ferrer.

³⁰ Cám. 3ª C. y C. Cba., *in re*: "Caputo, Luis c/ Aramando Fantilli y otra - Ordinario", Sent. Nº 37, 5/5/89, *Foro de Córdoba* Nº 10-124.

³¹ Art. 101 inc. 1, C.P.C.

³² T.S.J. Cba., en pleno, A.I. Nº 83, 9/6/06, *in re*: "Allende Rita Belkis c/ Walter Pedro Cerda - Dda. por responsabilidad civil - Beneficio de litigar sin gastos".

³³ Como excepción a esta regla pueden mencionarse aquellas hipótesis de aparición, modificación o agravaciones del daño, imprevisibles objetivamente al tiempo de la demanda (art. 332 incs. 1 y 2 C.P.C.C.).

³⁴ CNac.Com., Sala C, Dig. L.L., t. IX, p. 888

³⁵ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños....* cit., ps. 40 y 41

³⁶ CIPRIANO, La fórmula expresiva "y/o" usada en el escrito de demanda", L.L. 150-919. En la misma línea, Delia M. FERREIRA RUBIO, "Lenguaje y Derecho. Breves reflexiones a propósito del empleo de la expresión "y/o" en los escritos judiciales", SJ 87-158.

³⁷ C.S.J.N., *in re*: "Guanco, Julio C. y otra c/ Provincia de Tucumán y otros", 11/10/2005, Fallos 328:3682.

³⁸ Cám.Fed.Ap. de Mar del Plata, 6/2/1997, *in re*: "O.S.P.E.R. y H.R.A. c/ Consorcio de Propietarios 'Falucho 2364-GULFI II'", L.L. 1998-F, 860.

³⁹ T.S.J. Cba., Sala C. y C., Sala CA, Foro de Córdoba, N° 45, p. 150.

⁴⁰ Cám.Nac.Ap. en lo Civil, Sala H, 17/11/1998, *in re*: "Ruejas, Eduardo M. c/ Femesa", L.L. 1999-E, 890; íb. 13/02/2006, *in re*: "Fernández, Ceferino D. c/ Grubber, Gabriel", DJ 2007-I, 20.

⁴¹ Cám.Ap. Civ. y Com. de Morón, Sala II, 27/5/2003, *in re*: "Ibarra, Daniel A. c/ Clínica Privada del Buen Pastor de Climo S.A.", L.L.B.A. 2003, 1173. En el mismo sentido: Cám.Trab. de Córdoba, Sala 9, 18/2/1993, en autos: "Ríos, Pablo S. c/ Provincia de Córdoba", L.L.C. 1994, 1004.

⁴² Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Proceso de daños...*, ob. cit., p. 145.

⁴³ T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: "Monasterio Santa Catalina de Sena c/ Omar García López y otro - Ordinario - Recurso de casación", Sent. N° 118, 7/11/02.

⁴⁴ Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires Zavalá, 1970, t. II, p. 123.

⁴⁵ Cám. Ap. en lo Lab. y de Paz de Corrientes, 29/3/2000, *in re*: "Gutiérrez, Rafael R. c/ Caamaño, Darío A.", L.L. Litoral 2001, 531.

⁴⁶ Cám.Nac.Ap. en lo Civil, Sala H, 13/5/1997, en autos: "Roldán, Víctor N. c/ Arthur Martin Argentina S.A.", L.L. 1997-F, 81.

⁴⁷ Art. 308 C.P.C.C.

⁴⁸ Oscar H. VENICA, *Código Procesal...*, ob. cit., t. III, p. 56.

⁴⁹ H. DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de la prueba...*, ob. cit., t. II, p. 129.

⁵⁰ T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: "Roggero, Juan c/ Humberto V. Bravi - Verbal - Recurso directo", Sent. N° 59, 29/5/01.

⁵¹ T.S.J. Cba., Sala C. y C. *in re*: "Crucianelli, Fernando y otro c/ Provincia de Córdoba - Ordinario - Recurso directo", Sent. N° 188/01.

⁵² Lino PALACIO, *Código Procesal Civil de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, t. VI, p. 389.

⁵³ T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: "Meraviglia, Horacio c/ Capillita S.A. (Suc. Mediterránea Autom.) - Accion subrogatoria - Recurso directo", Sent. N° 109, 20/9/04.

⁵⁴ T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: "Municipalidad de Córdoba c/ Diego Antonio Ramírez - Ejecutivo - Recurso directo (M-61-03)", A.I. N° 78, 29/5/06.

⁵⁵ Aclaremos que ello es así por regla desde que se admite la excepción de tal principio en los casos de solidaridad (litis consorcio necesario), y -juris-prudencialmente- en algunos caso de obligaciones *in solidum*.

⁵⁶ Rubén COMPAGNUCCI DE CASO, "La doctrina de los actos propios y la declaración tácita de voluntad", L.L. 1985-A-1001 ss.

⁵⁷ T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: "Roggero, Juan c/ Humberto V. Bravi - Verbal - Recurso directo", Sent. N° 59, 29/5/01.

LA PERSONA EN SU CONSTITUCIÓN INDIVIDUAL Y PROYECCIÓN SOCIAL EL DERECHO A PARTICIPAR EN LAS INSTITUCIONES SOCIO-JURÍDICAS

Patricia Elena Messio

Sumario: I. Planteo de la cuestión II. Persona, sociedad y cultura. Su interdependencia. III. La participación social. 1. La democracia como sistema participativo. 2. La conciencia social. 3. La participación como derecho fundamental. 4. Formas de participación. Los colectivos no institucionalizados. 5. La opinión pública como génesis y expresión del proceso participativo. IV. El derecho y la búsqueda de legitimidad. V. Conclusión.

I. Planteo de la cuestión

La búsqueda por encontrar mecanismos de equilibrio social y desarrollo personal dentro de una democracia representativa aúna nuestra preocupación.

El derecho regula y conforma la vida de interrelación de las personas como seres esencialmente sociales. La conducta del individuo se proyecta sobre los demás. La libertad personal se sitúa en un determinado orden social estructurado en un sistema, en el Estado de derecho, social y democrático cuyos calificativos refuerzan su aspecto plural, igualitario e intersubjetivo con aspiración de justicia social. Lo social no puede interpretarse como mero presupuesto relacional sino que incorpora una idea de finalidad y conformación y transformación social atendida a los valores y principios constitucionales.

La sociología jurídica es la ciencia que, además de estudiar las instituciones socio-jurídicas, describe, interpreta y predice las causas, el desarrollo, las consecuencias de las relaciones sociales y las diferencias existentes entre la conducta del actor social y las expectativas en el sistema socio-jurídico.

La problemática de la sociología jurídica puede ser abordada por dos vías, desde la estructura social (objetiva-macrosociológica), o desde la persona social (subjettiva-microsociológica).

Sin desconocer la necesidad de una lectura integral de ambas posturas, nos vamos a detener en este segundo aspecto. Es decir en la persona social y particularmente, socio-jurídica.

Se basa en esta perspectiva ya que el análisis socio-jurídico, parte de la persona y de la acción social o conducta humana del actor que tiene en cuenta el comportamiento o proceder del otro o de los otros. La persona social es la protagonista de la sociología jurídica ¹ en tanto y en cuanto actúe teniendo en cuenta la conducta de los otros en un marco de referencia normativo (expectativas sociales) ² informal y formal.

Intentamos rescatar la interpretación de la conducta y de las relaciones sociales, comprendiendo a la acción social desde el punto de vista del actor en el contexto socio-jurídico, y subrayando la interpretación que hace el individuo sobre determinadas situaciones o fenómenos sociales.

A partir de la interpretación que el sujeto realiza de los diferentes

fenómenos, se pueden determinar las características de la estructura normativa y jurídica³.

Cotterrell, en *Introducción a la sociología del derecho*⁴, nos propone la necesidad de una respuesta a los cambios jurídicos y políticos actuales, que se manifiesta en términos de **aspiración**, la aspiración de democratizar el derecho. Plantea distintas probables vías para lograr el objetivo y se pregunta si es democratización el informalismo, la desprofesionalización, la participación, la información, la vía o vías adecuadas.

Nos circunscribiremos al análisis de la **participación** de los ciudadanos en las instituciones y procedimientos jurídicos como expresión de un derecho innato de la persona y actor social, y al acceso de los ciudadanos a la **información oficial**, es decir a la información sobre las acciones del aparato estatal.

Está ínsito en nuestro planteo el análisis de la realidad actual y sus manifestaciones colectivas con interrogantes tales como: ¿Son los cortes de rutas nuevas formas de participación social? ¿Responden al esquema de educación jurídica tradicional? ¿Son eficaces como mecanismos de expresión social, para alcanzar los objetivos que pretenden? ¿La posible soberbia del poder impide observar estos fenómenos y por ende generar políticas de contención social?

Muchos interrogantes giran alrededor de las implicancias de un Estado de derecho, procesos de socialización jurídica, legitimidad social y jurídica, responsabilidad de los medios masivos de comunicación, entre otros tantos aspectos que intentaremos señalar.

II. Persona, sociedad y cultura

1. Su interdependencia

El ser humano conforma una personalidad individual que se resume en sí desde su propia naturaleza y los condicionamientos sociales a lo largo de su proceso de socialización van adaptándose a las pautas de comportamiento socio-jurídico y a su vez decide si va adoptándolas como constitutivo de su personalidad.

Y así deviene la enorme importancia de su constitución personal en los contextos sociales en que se desenvuelve y en los nuevos paradigmas sociales que influyen de manera directa en sus procesos de identificación personal y social.

En la realidad contemporánea se entrecruzan tres procesos, la modernidad, posmodernidad y globalización⁵. Estos procesos configuran el contexto necesario para analizar las complejas relaciones sociales y jurídicas implicadas.

La modernidad hunde sus raíces en las grandes ideas filosóficas y políticas propias del pensamiento individualista y racionalista. Es una crisis que desestructura y relativiza el sistema de valores y rechaza las antiguas tradiciones. Implica, al mismo tiempo, un cuestionamiento de las identidades personales y sociales⁶.

Simboliza el nacimiento de un **hombre participativo**, motor de la historia, pero que no se reduce sólo a ello, sino que desprecia todo utilitarismo conformista y por el contrario, acepta la permanente crítica de

los poderes establecidos y le permite mantenerse con un cierto grado de independencia de las instituciones que él mismo compone, para poder desde fuera de ellas rehacerse individual y socialmente.

A la posmodernidad se la ha identificado con el mundo de la fragmentación del pensamiento y la realidad. Concomitante a la idea de la condición posmoderna crece la conciencia acerca de que el mundo se ha convertido en un sistema social único, como resultado de los crecientes vínculos de interdependencia. El término general para referirse a esta situación es el de **globalización**. Este concepto es mucho más reciente que el de internacionalización e implica integración funcional entre las actividades dispersas internacionalmente; se ha reestructurado en ella nuestro modo de vivir, de forma profunda. La tolerancia de la diversidad cultural y la democracia se presentan como la manera para responder a la demanda de la economía mundial y al orden global.

La globalización impacta en los procesos de identificación de las personas porque pone delante de ellas a otros individuos que actúan como modelos para asemejarse o diferenciarse.

Los individuos están inmersos en una realidad social, su desarrollo personal no puede disociarse del intercambio con ella, su personalidad se va forjando en su participación, en las creencias, actitudes, comportamientos de los grupos a los que pertenece. Esa realidad colectiva consiste en un modo de sentir, comprender y actuar en el mundo y en formas de vida compartidas, que se expresan en instituciones, comportamientos regulados.

El proceso social de la creación de la persona se inicia en la interacción de los participantes de un grupo social. Esta interacción se produce en la acción de los actores sociales al cumplir con las actividades comunes de cooperación. Según Mead, el individuo se constituye como persona fundamentalmente a través de la experiencia y la interacción.

La experiencia e interacción son dos órdenes que conforman la cultura, que resulta la categoría sociológica máxima, la estructura más amplia y comprensiva de la sociedad, dentro de la cual estamos integrados los individuos, pues los individuos y la cultura -entendida ésta como categoría sociológica- son los dos polos del mundo social⁷.

Ahora bien, la cultura -como tal- representa una abstracción que carece de existencia real. El investigador se topa con objetos que reconoce como productos de círculos culturales determinados. Es decir, desde el punto de vista sociológico no existe una cultura, sino una pluralidad o multitud de culturas, como círculos cerrados e independientes los unos de los otros, sometidos a desafíos autónomos, distintas serán entonces las respuestas que habremos de buscar⁸.

Las respuestas se vinculan a interrogantes tales como si la globalización se ciernen a un concierto de medidas económicas estratégicas tendientes al crecimiento de los países o atiende la mismidad de las distintas culturas y modos de socialización de los pueblos dentro de sus límites geográficos. ¿Cuál es la base fundante el crecimiento global económico o desarrollo integral de los pueblos dentro de un contexto mayor?

III. La participación social

1. La democracia como sistema participativo

Las necesidades, los conflictos y los nuevos problemas producidos por la sociedad en el inicio del nuevo milenio, generan formas alternativas de legitimación de derechos que desafían y dificultan una teoría clásica del derecho. Así, los presupuestos sustantivos que constituyen y sustentan nuevas formas de legitimación, deben ser buscados en la acción participativa de los sujetos sociales emergentes y en la justa satisfacción de sus necesidades fundamentales.

Cualquier análisis teórico sobre el tema debe partir desde la noción de democracia, que justifica las nuevas formas -no siempre institucionalizadas- de participación social.

Expresa Marion Levy que para que una sociedad sea totalmente estable, debe haber algún acuerdo general entre sus miembros acerca de orientaciones valorativas básicas, lo que ha sido traducido por algunos autores como la necesidad de adherencia a las *reglas del juego democrático*⁹.

Ello sucede porque sólo la democracia, como sistema político, es compatible con los principios morales que sustentan los derechos fundamentales, pues parte del axioma de que todos los miembros de la comunidad política deben ser tratados como si estuvieran igualmente cualificados para participar en el proceso de toma de decisiones sobre las políticas que vaya a seguir la asociación. *"... No se conoce actualmente ningún otro sistema político que respete plenamente tales derechos, de ahí que se pueda afirmar que, fuera de la democracia, los sistemas políticos incumplen las referencias éticas fundamentales. Es más, la democracia sólo es defendible cuando respeta plenamente tales valores y principios, que son los que fundamentan moralmente su desarrollo y ejercicio"*¹⁰.

Es decir, sólo existe un verdadero gobierno del pueblo cuando se tornan operativos los principios de participación efectiva -con libertad para formular y proclamar alternativas políticas-; igualdad de voto; libertades de asociación y expresión; revalidación periódica del derecho de gobernar; comprensión de las políticas existentes, de sus alternativas relevantes y consecuencias posibles; control ciudadano sobre la agenda del sistema y del gobierno; lo que conlleva el férreo respeto de los derechos de primera, segunda y tercera generación¹¹.

En términos de aceptación, la democracia permite alcanzar verdaderos niveles de legitimidad, ya que ésta se expresa, en última instancia, en el consentimiento de los ciudadanos determinado por el uso racional y eficaz del poder.

Sin embargo, dos notas de las sociedades contemporáneas entorpecen cualquier tentativa de análisis: la complejidad y el riesgo. La complejidad se manifiesta como variabilidad en aumento de las posibilidades internas, especialización constante de las prestaciones, singularización de las comunicaciones y diferenciación de los distintos sistemas sociales¹². Las instituciones colectivas resultan cada vez más especializadas, y las personas son cada vez más conscientes de sus derechos y diferencias.

Con relación al riesgo, éste se genera cuando por la existencia de múltiples canales de participación y escucha, la actuación humana se torna casi incontrolable, generando el peligro de redundancia y duplicación de actuaciones públicas¹³.

Una democracia participativa requiere de la interacción entre Estado y sociedad civil, con escenarios de convivencia que ***nos muevan a buscar valores que hagan posible el respeto, la tolerancia, la***

responsabilidad y la solidaridad como instrumentos de conocimiento y reconocimiento de las personas, con el objeto de resolver los conflictos inherentes a la interacción entre seres humanos, basada en la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que están en la base tanto de la obligación jurídica, como de la obligación moral.

Se requieren espacios que faciliten el diálogo, ambientes que estimulen la confianza y la credibilidad, fortaleciendo la institucionalización de mecanismos permanentes; que permitan a los interlocutores encontrar puntos coincidentes sobre asuntos relevantes para el presente y el futuro del país; con el propósito de desarrollar acciones en las distintas esferas de la vida cotidiana, encaminadas a gestar colectivamente su propio destino, en procura de solucionar problemas con un sentido autónomo, ejerciendo la ciudadanía con la participación real y activa de las personas como sujetos protagónicos, a partir de la asunción responsable de los deberes y derechos en el ámbito político, social, económico y cultural.

Espacios donde la educación y el trabajo -como procesos fundamentales para lograr los fines del Estado- se puedan alcanzar de una forma equitativa y con justicia; en donde los ciudadanos y las organizaciones sociales concurren en igualdad de oportunidades, aportando su propio esfuerzo, vigilando y controlando las actividades estatales, de modo que se incentive la realización de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes para así convertirse en gestores de su propio desarrollo. Estos aspectos garantizan la legitimidad y eficacia de las instituciones.

2. La conciencia social

Para comprender las implicancias de la participación en las instituciones socio-jurídicas, es necesario adentrarnos en el viejo tópico de la conciencia social.

Una vez más, debemos resaltar que la complejidad del derecho radica en su capacidad totalizadora, es decir, la aptitud invaluable de filtrar todo otro fenómeno social. Lo jurídico es expresión inmediata de cómo una compleja obra colectiva -que nace de diversas maneras, pero que reconoce como fin unitario hacer posible la organización social- es susceptible de empaparse, de absorber toda otra expresión, tanto colectiva como individual, y dotarla de un sentido propio.

Con esta afirmación, no queremos significar que lo jurídico sea la única o más acabada obra de expresión comunitaria, sino que nos amparamos en el hecho de que su alcance es tan amplio que aun en los casos en que está vedado al juzgador adentrarse en lo más recóndito de la conciencia individual -que encuentra amparo en el principio de respeto a la autonomía ética, consagrado en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional- el magistrado deberá interpretar los hechos y subsumirlos a la regla -o principio- correcto, para luego desestimarlos.

A diferencia de los profesionales del derecho, la gente no define sus conductas constantemente conforme a normas legales, sino espontáneamente. Es decir, nadie puede guiarse por reglas que no conoce, pero ello no obsta que éstas -ya con autonomía de las fórmulas legislativas- se encuentren arraigadas en la misma conciencia social¹⁴.

El espíritu colectivo, o conciencia social, constituye el núcleo de toda

sociología funcionalista, pues a ella se atribuye la coherencia y estabilidad, cuando no de la sociedad, al menos de las distintas asociaciones que la componen. Su denominación resulta un claro resabio del organicismo, cometido en parangonar el organismo humano y el grupo social.

Según Durkheim, tres son las características fundamentales de esta conciencia colectiva: la trascendencia con relación a los individuos; la identificación entre la conciencia social y las nociones de espíritu, razón *a priori* y divinidad de la vida social; y su unicidad, ya que resulta de la reunión de los diferentes estados de conciencia individuales ¹⁵.

Desde otro punto de vista, Gurvitch rechaza que trascienda la conciencia individual, y su carácter unitario; considerándola inmanente al espíritu particular; y atribuyéndole condición de grupal y sectorizada, propia de cada uno de los grupos de interés ¹⁶.

Al ser una manifestación del yo social -ya de la sociedad toda, ya de sus grupos constitutivos- es necesario indagar cuáles son las notas que nos permiten distinguirla de los hechos psíquicos individuales. Cuvillier, citado por Poviña, hace hincapié en su carácter simbólico, pues las representaciones sociales tienden a esquematizarse en fórmulas verbales y símbolos materiales; el carácter convencional o arbitrario, en cuanto los estados de conciencia social no son de origen natural sino agregados a lo natural; y el carácter preestablecido como conducta estereotipada, preexistente al individuo en forma de patrones o moldes, que sirven de origen a las instituciones ¹⁷.

En otro ángulo, la sociología del conflicto quita a la conciencia colectiva su carácter espontáneo y neutral. Para Marx, las ideologías -formas de conciencia social- permiten a las relaciones de producción aparecer como naturales y obvias, al punto de hacer inconcebible cualquier otra forma de organización social. La superestructura que las contiene justifica y hace posible el orden instaurado por la estructura económica de cada época, y éste logra legitimación gracias a aquéllas ¹⁸.

Diversos son los elementos constitutivos, y múltiples las formas en que se manifiesta este espíritu grupal. En efecto, toda obra colectiva resulta ser ínsita expresión de la conciencia social, aunque para gran parte de los sociólogos contemporáneos, sólo existe una presunción de consenso general, al modo de una ilusión, de algo sobre lo que es necesario creer, aunque no resista la minuciosa crítica científica.

Alfredo Poviña señala como sus elementos constitutivos las representaciones colectivas, tales como las ideas, creencias y recuerdos; los ideales colectivos que sirven de normas a nuestros juicios apreciativos, tales como la noción de lo sagrado y del sacrilegio, del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo obligatorio o permitido, de lo bello, etc.; las emociones y sentimientos comunitarios que acompañan a las representaciones; y los actos, prácticas y conciencias colectivas, como expresión social del comportamiento del hombre ¹⁹.

En definitiva, cuando el hombre participa como miembro de un colectivo social, no es sino vehículo de expresión de la conciencia grupal. Pero este vehículo de expresión de la conciencia grupal debe ser sensiblemente considerado a la hora de definir la formulación de las normas jurídicas y la resolución de los conflictos a través de los fallos judiciales.

Debe comprenderse que hay que superar la contradicción que genera el planteo de opciones traducidas como la búsqueda de legitimación social por un lado o de legalidad jurídica por el otro.

La legitimación social se configura con la función social de las resoluciones judiciales en su proyección socializadora y educativa y no con la actitud demagógica de resolver lo que la "mayoría social" impone.

Deben superarse los discursos de operadores jurídicos que confunden al todo social en presentar las decisiones judiciales como encorsetadas por la ley cuando el argumento es conveniente tan sólo a sus fines personales, siendo el único fundamento que encuentran como sustento para disfrazar situaciones o hechos que están instaladas en el imaginario colectivo y contribuyen a crear un estado social de insatisfacción, incoherencia, corrupción y autoritarismo.

La respuesta a la sociedad donde se desenvuelven debe ser completa y satisfactoria para generar procesos serios de socialización y educación jurídica.

3. La participación como derecho fundamental

La participación está reconocida como uno de los derechos fundamentales del hombre. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (D.U.D.H.) consagra, en sus arts. 19, 20 y 21, los derechos a la libertad de opinión y expresión, de reunión y asociación pacífica y de participación política, respectivamente.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.) estipula, en el art. 25, que *"... Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2º, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes elegidos..."*.

En el orden privado, el art. 22 del mismo cuerpo dispone: *"1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso en derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses..."*.

Las fórmulas se repiten en todos los textos nacionales o internacionales que consagran los derechos de primera generación, y no son sino una emanación del principio general que expresa que: *Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica* (art. 6 D.U.D.H.; art. 16 P.I.D.C.P.; art. 3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.).

Este derecho fundamental cobra primordial existencia en las reclamaciones efectuadas en ocasión de los derechos de segunda y tercera generación. Se manifiesta tanto como participación que aboga por un cambio legislativo, como aquella que busca hacer efectivos los derechos positivamente consagrados, o ampliar su esfera de incumbencia.

Este último punto es posible gracias a que la normatividad se estructura sobre reglas indeterminadas, principio y directrices que no sólo operan como límites infranqueables -como alguna vez se pensó- sino que a veces consagran un mínimo incontestable que a otros órdenes corresponde desarrollar. Se ha afirmado que si a ello sumamos la diferenciación entre principios explícitos e implícitos, no nos debe extrañar la crisis de identidad del constitucionalismo clásico, que sólo utilizaba reglas determinadas a las que sólo les cabía un test de contradicción con las normas constitucionales

²⁰. En un esquema de este tipo, la participación en los fenómenos sociojurídicos se reduce sólo al derecho de sufragio universal, quedando el sujeto marginado de toda otra forma de intervención comunitaria.

En otro orden, los derechos sociales sólo resultan reales cuando están consagrados bajo formas de expectativas positivas, dando, bajo determinadas condiciones, derecho a prestaciones, lo que indudablemente legitima el derecho de las personas a participar en las instituciones socio-jurídicas, tanto para reclamar lo incumplido, como para construir lo debido, lo necesario para el mantenimiento del orden social.

Las nuevas formas de participación ciudadana son tan importantes y tan variadas que, en última instancia, son los sujetos quienes trazan los límites entre la autonomía pública y privada. Habermas lo delinea al afirmar: “...la red de comunicaciones en que consiste ese espacio público formado por personas privadas situadas en los distintos contextos de la sociedad civil, depende de los aportes espontáneos de un mundo de la vida que permanezca intacto en sus ámbitos nucleares privados...”²¹.

Ahora bien, esta espontaneidad resulta, en verdad, expresión consciente de un fenómeno más complejo, pues lo que hace al pueblo poder constituyente es la voluntad consciente de existencia política. El pueblo se expresa libremente, participa en la construcción o destrucción de las instituciones socio-jurídicas porque reconoce a su sistema normativo como legitimador de los vehículos de participación. Aun compatibilizando posiciones contradictorias, pues los elementos disuasivos del diálogo y del pensamiento son consecuencias que varían constantemente²².

4. Formas de participación. Los colectivos no institucionalizados

Al referirnos a la participación, no necesariamente aludimos al derecho de los grupos minoritarios a petitionar ante las autoridades el cumplimiento de expectativas insatisfechas, ni al derecho que tiene el grupo mayoritario de darse su propia constitución política originaria. Queremos referirnos a algo más extenso y que, no obstante englobar los supuestos mencionados, no se agota en ellos.

Nuestra intención es enfatizar la participación que el ciudadano común logra en las instituciones socio-jurídicas, sea como generador de expectativas, como constructor de instituciones, o como sujeto del juego político en la vida democrática.

Aquí cobra relevancia el fenómeno de la multitud, pues el ser humano observa diferente comportamiento cuando ordena su conducta en soledad que cuando está en grupo. Es más, su conducta varía según la estructura, composición y volumen de ese grupo de amigos, familia, asociación “... El individuo más tranquilo, más reflexivo, cuando se ve envuelto en una multitud actúa de un modo irreflexivo, violento, exaltado...”²³.

Los cambios que ocurren en el escenario mundial, marcan un período histórico de gran transformación social y política, caracterizado por una profunda reflexión sobre las propias bases de la sociedad y de la relación entre gobierno y gobernado, entre Estado y ciudadano, cada cual en su existencia cotidiana experimenta el sentimiento de que ciertas acciones son deseables y otras no. La participación de la sociedad en la vida pública se torna imprescindible.

El individuo se convierte, por medio del acceso a tecnologías y comunicaciones avanzadas, en ciudadano global, que puede y que quiere participar en la determinación de los procesos que lo gobiernan, en la definición del marco social y político en el que vive, y en la toma de

decisiones públicas, que apunten a una mejor calidad de vida y a un desarrollo equitativo, transparente y sustentable; que sólo en una democracia se pueden disfrutar.

La participación en las instituciones jurídicas ocurre a través de diversas vías:

1) De modo indirecto, ya sea como poder constituyente originario, derivado o como poder constituido, pues el principio de la democracia representativa otorga a los ciudadanos el derecho de elegir y ser elegidos depositarios de la soberanía del pueblo. Desde esta órbita, y en cuanto respecta al Poder Judicial, la participación popular se encuentra suficientemente garantizada a través del control parlamentario en la elección de los magistrados.

2) De modo directo institucionalizado, a través de los jurados populares, ya sea bajo el sistema americano o escabinado; como derecho a peticionar ante las autoridades, de asociación; como sujetos activos de acciones populares, etc.

3) De modo directo no institucionalizado, por medio de colectivos espontáneos generados como forma de reacción inmediata ante expectativas insatisfechas, amparados también por el derecho de peticionar ante las autoridades y por el derecho de reunión.

Los colectivos no institucionalizados, ya sean producto de un *pánico moral* o de un *sentimiento de solidaridad*, se caracterizan por la agrupación espontánea de personas con algún nexo común relevante, que cuentan con un alto poder de acción y reacción, y con un fuerte impacto en la opinión pública. No siempre mantienen el carácter de irreflexivos, sino que poseen cierta tendencia a la institucionalización.

Generados por la necesidad de respuesta concreta ante situaciones consideradas como socialmente graves, suelen desviar a la coacción física o psíquica, pues las situaciones de intolerancia creadas a partir de la profunda crisis llevan permanentemente a un umbral potencial de violencia que se expresa a veces de manera explícita y otra como violencia potencial o mínima.

Con frecuencia, los sociólogos tienden a pensar que detrás de manifestaciones populares -violentas o no- hay algún movimiento unificado que expresa un criterio homogéneo. Sin embargo, ello no es un patrón constante, sino que a menudo los sujetos colectivos copan sus límites de tolerancia y estallan los marcos de contención. A veces se transforman en movimientos duraderos y otras sencillamente se agotan en el estallido. Sin perjuicio, certero es que toda estampida es producto de una acumulación de frustraciones, de insatisfacciones, de conflictos no resueltos.

En estos movimientos sociales existen, de ordinario, dos órdenes coactivos opuestos: el que se funda en una valoración positiva del cambio y el que se funda en una valoración positiva de la estabilidad; una es la violencia revolucionaria y otra es la violencia institucionalizada. En estos casos, los valores democráticos aparecen como la forma no violenta de procesar las demandas de las partes en pugna; constituyendo la valentía, la audacia y la prudencia valores de la *no violencia activa* que es necesario enseñar y cultivar; siendo la templanza, en última instancia, el reservorio moral contra la violencia²⁴.

En definitiva, como expresa Cristina Monereo Atienza, los nuevos tiempos nos plantean la necesidad de darnos instituciones no sobre la base de una racionalidad abstracta y metafísica "... sino moviendo a los ciudadanos para darse reglas de convivencia y reconocerse recíprocamente

como ciudadanos”²⁵.

5. La opinión pública como génesis y expresión del proceso participativo

La opinión pública es un estado afirmativo del juicio general prevaleciente en el grupo²⁶, que se expresa a través de los más variados canales.

Dos consideraciones debemos hacer. Por un lado, no coincide con la opinión publicada, sin ser el distinguo una mera sutileza. Por el otro, expresa el estado actual de la conciencia social y, a diferencia de la tradición, es crítica o al menos reflexiva.

Con relación a lo primero, la opinión publicada es un elemento que contribuye a la formación de la opinión pública, pero responde a un tipo de dinámicas internas específicas, que participan en un estadio previo a la formación del juicio generalizado.

“Como resultado de la opinión publicada la opinión pública podrá cristalizar u orientarse hacia un determinado sentido que luego a su vez tiene un retorno en la Administración Pública, en los Gobiernos, en los partidos y en los legisladores y, en general, en toda la sociedad. Pero, la opinión publicada tiene un diálogo dinámico con la opinión pública y su comunicación se torna en un círculo vicioso, en una interacción directa. Así, también la opinión publicada es perfectamente mensurable y siendo posible establecer cuál es su comportamiento y estructuración internas”²⁷.

Atinente a la tradición, constituye la arista fósil de la opinión pública, donde más que elementos intelectuales, se unen elementos sentimentales y afectivos para constituirla y consolidarla²⁸. Ni siquiera en la sociedad más desarrollada debe subestimarse el peso de la tradición, pues en más de una ocasión será el último parámetro con que se juzgarán las conductas sociales.

Sin entrar en reiteraciones, ya que la tarea de los medios de comunicación social fue considerada en dos trabajos previos de este Instituto de Filosofía del Derecho²⁹, será necesario un nuevo análisis, aunque tangencial, en la medida en que conforman el principal condicionante de la opinión pública.

La comunicación social es un bien jurídico colectivo, que atañe e interesa a una pluralidad social, aportando ideas, opiniones y noticias, y con una proyección extensiva que depende directamente del medio utilizado. Bidart Campos sostiene que “... en la comunicación social hay mucho de diálogo: desde la sociedad, las gentes acceden a esa comunicación, y desde ésta se alimenta a la sociedad con una vasta red de productos. Hasta se ha hecho frecuente que cierta clase de demandas o reclamos al Estado se formulen a través de los medios masivos, como un modo urgente de hacer requerimientos que se suponen estériles o de respuesta demorada si se los lleva ante los órganos de poder gubernamentales o ante los tribunales de justicia. ¿Es que el ‘cuarto poder’ suple a veces al poder estatal? Al menos en el imaginario colectivo podría decirse que sí”³⁰.

Al mismo tiempo, se ha afirmado que existirían dos soberanos, aunque entendidos de manera muy diferente, pues uno se describiría en términos fácticos -la opinión pública- y otro normativo, siendo el problema dilucidar cómo se articulan y qué puntos de contacto existen entre ellos³¹.

Interpolado el tema en el análisis de la administración de justicia,

podemos afirmar que los constantes debates encuentran dos fuentes de influencia. Una se relaciona con las estructuras, los medios, los recursos, y otra con el derecho en sí mismo. Si una ley tiene sensibilidad hacia las cosas que los ciudadanos consideran urgentes o importantes, la percepción será más positiva, aunque puede ocurrir que pese a la existencia de una legislación atinada y progresiva, los recursos materiales sean muy limitados, y a la postre resultará negativo³².

Con relación al derecho en sí mismo, existe una habitual tendencia a dejarlo exclusivamente a los abogados. Sin embargo, en la elucidación de un caso complejo entrarán en juego elementos como la capacidad de acierto del legislador, los recursos para llegar a un resultado y las expectativas sociales, y cuando éstas se creen vulneradas se genera un quiebre de difícil conciliación³³.

Esto es, no necesariamente debe existir un choque entre la opinión pública y el mundo jurídico, ya que ambos son expresión de la misma conciencia social. La mayor parte de la legislación goza de un profundo consenso social, y sus preceptos son cumplidos espontáneamente. Sin embargo, abundan casos paradigmáticos que hacen resurgir las más profundas críticas a la administración de justicia, y crean expectativas de cambio.

En este punto entran a jugar las cuestiones de legalidad y legitimidad. Pues una resolución conforme derecho será puramente legal, pero la eficacia del orden jurídico dependerá, en última instancia, de que los grupos sociales que resulten sus destinatarios la acepten como legítima.

Con un resultado distinto al nuestro, pero con la misma percepción, Kelsen distingue ambos ámbitos, afirmando que lo normativo es el terreno en el que se desenvuelve la validez, y lo eficaz, aquél en el que se desenvuelve el poder político. Todo orden normativo asentado en un poder suficiente es un orden válido y legítimo. Según su postura, no implica que la razón de la validez se encuentre en la suficiencia de un determinado poder, pues la razón de la validez de una norma sólo cabe encontrarla en otra norma, sino que la eficacia del orden jurídico total es condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran. Sólo en la medida en que un orden jurídico sea eficaz, habría que reconocerlo como tal; si no lo fuera no tendría ningún sentido plantear las cuestiones relativas a la legalidad³⁴.

Nosotros hacemos residir la eficacia del orden jurídico no sólo en el campo político, sino en los diversos terrenos en que se desarrolla la conciencia social, poniendo especial ímpetu en la opinión pública. La política será sólo una de las formas, como el derecho y los medios de comunicación, en las que la conciencia social logra desenvolverse.

Ahora bien, tenemos muy en claro que las condiciones de desarrollo de la opinión pública distan de ser las ideales. Afirma Jiménez Sánchez que *"... desde los tiempos de la Ilustración, siempre se diseñó la constitución de la opinión pública de acuerdo con el modelo del club literario, un club en el que participan iguales y en el que los iguales son capaces de sopesar los diferentes argumentos que los distintos contertulios aportan. Es decir un club en el que el diálogo entre sus componentes es posible y donde ese diálogo se construye sobre la capacidad de sopesar las distintas razones que se aportan a fin de inclinarnos por las que consideremos más poderosas, salvaguardando siempre, como decía Spinoza, la capacidad de rectificación 'tan pronto descubriéramos algo mejor'. Por tanto un club que no es ni unidireccional ni tampoco está construido sobre la sucesión de*

*monólogos ininterrumpidos cuya única finalidad consiste en imponerse sobre el otro. Pero hemos visto que las exigencias de ese club [...] poco tiene que ver con las condiciones reales en las que se desenvuelve la conformación de la opinión pública en nuestra sociedad”*³⁵.

El Poder Judicial comienza con considerar la comunicación como un rol que está ínsito a las funciones y pareciera que existe una opinión generalizada por superar el apotegma *“Los jueces hablan por sus sentencias”*.

Sin embargo, aún deben recorrerse los caminos tendientes a la comprensión de que su acción comunicacional es parámetro fundamental para lograr la legitimación de la institución que no se resuelve con oficinas de prensa encargados de brindar novedades jurídicas a estamentos superiores del Poder Judicial o a los encargados de prensa de los distintos medios.

Todos los operadores jurídicos son responsables socialmente de contribuir personal e institucionalmente en los procesos de concientización y educación jurídica que conllevan implícitamente la legitimidad y legitimación de las instituciones.

Consideramos necesario dejar al menos señalado este aspecto que es fundamental en términos de información y obligación republicana y que será objetivo mayor profundización a futuro.

IV. El derecho y la búsqueda de legitimidad

En definitiva, la participación social -ya como movimiento espontáneo, ya como institucionalizado- pretende dotar de legitimación al sistema político, y -conforme nuestro campo de estudio- a las instituciones jurídicas.

En el último tiempo ha renacido, en nuestro ámbito, el interés por estudiar el derecho como fenómeno social, interés nunca desatendido en el influyente orbe anglosajón. Nuestros teóricos prefirieron -no sin sugestivas excepciones- considerar el derecho como una concepción acabada del mundo romano, donde el legislador nacional no hizo sino reproducir fórmulas que no había creado, y donde las cosas eran de cierto modo, no porque reflejen la situación de la comunidad en una época precisa, sino porque el peso de la historia así lo había dispuesto. Gran paradoja, pues el derecho romano fue el fiel reflejo de un sentir social.

A su vez, la jusfilosofía contemporánea -disciplina que históricamente tiene a su cargo indagar la esencia misma del derecho- dedica sus recursos en desentrañar las relaciones lógicas que existen en el conjunto de reglas que el legislador nos ha legado, de modo estrictamente formal, olvidando que el derecho es un producto social. Esto es, hacen campo de estudio de lo jurídico, en tanto obra acabada, pero descuidan la génesis, el nacer mismo de esta gran composición colectiva³⁶.

En otro ángulo, la sociología ha incentivado la generación de esta dicotomía, ya que desde que alcanzó estatuto científico evidenció un alto desinterés por los temas jurídicos. Según Toharia ello se debe a que *“...el mundo del derecho resulta demasiado complejo: desde el lenguaje hasta la organización y funcionamiento de las instituciones, todo en él les resulta hermético y difícilmente aprehensible”*³⁷. Tarea del jurista sociólogo será, entonces, ayudar a comprender cuál es la función del derecho, y dotar de mayor realismo al sistema.

El derecho es, en tanto obrar colectivo, fruto y forma de expresión la conciencia social. Al referirnos al derecho, no sólo sindicamos el derecho vivo, pura fluidez y espontaneidad, neta exteriorización de esta conciencia social; sino también las reglas legislativas, siempre que el creador oficial haya indagado ese estado primigenio, oscuro, de conciencia colectiva; de otro modo nos encontraremos frente a una legislación meramente simbólica, fútil, irrealizable. Por legislación simbólica entendemos aquella que, no obstante no ser abrogada, no tendrá oportunidad de ser aplicada, ya sea por obra del desuetudo, por la falta de voluntad de quienes deben aplicarla, o de interés de quienes deben acatarla. De ningún modo deberá confundirse la legislación simbólica con la función simbólica que el derecho cumple, temática que abordaremos en otra oportunidad.

Se han acuñado términos tales como el de la cultura legal, para simbolizar ideas, actitudes, expectativas y opiniones acerca de la ley, mantenida por gente en una sociedad dada. Es la red de valores y actitudes la que determina cuándo, por qué y dónde la gente apela a la ley o al gobierno o se aparta de él. Así, es la fuente inmediata del cambio legal, sea cual sea la fuente última. El término cubre esos pensamientos e ideas que actúan como motivos o incentivos del comportamiento legal, el comportamiento orientado hacia o en contra de las reglas jurídicas, las instituciones del derecho y el uso o no de la ley ³⁸.

Es decir que la cultura jurídica abarca no sólo el conocimiento del sistema legal y su funcionamiento, sino actitudes y valoraciones, que aun en los grupos desprovistos de conocimientos suficientes, existe una cultura legal en la medida en que sostienen orientaciones y actitudes específicas respecto de la ley.

Difundir una cultura de la legalidad, independientemente del desarrollo político de una comunidad suele generar dificultades. Platón insistía sobre la conveniencia de enseñar los valores políticos a niños y jóvenes como un camino a la justicia pero sugería que no se enseñara lo mismo a los artesanos que a los guardianes. Vemos que esta intención de restringir la información no es nueva ni mucho menos simple la polémica que genera. Así por ejemplo, de manera contrapuesta se sitúa Karl Popper con su concepción de Sociedad Abierta. ¿Cuál será entonces el punto que nos sirva de referencia?

Si nosotros pretendemos difundir una cultura de la legalidad, la información resulta primordial.

Todo esto no es más que una manifestación propia de la socialización jurídica como proceso durante el cual hacemos nuestros los elementos básicos de nuestra cultura, donde la legitimidad del sistema de leyes depende del asentimiento voluntario que le prestan quienes están sujetos a ellas, por ello es importante cómo se desarrolla en los individuos el compromiso con el derecho durante sus años de formación.

Con métodos diversos y fundamentos de carácter cultural, religioso o moral, los grupos dominantes que han tenido mejor éxito en mantener la organización estatal, se han preocupado por que los gobernados conozcan las normas jurídicas en mayor o menor grado ³⁹.

La socialización efectiva ⁴⁰ se entiende como un requisito funcional del sistema, una tarea de promoción y configuración de actitudes y opiniones que deben realizarse para el bienestar del sistema.

Ahora bien, el verdadero planteo reside precisamente en determinar si los mecanismos de socialización jurídica funcionan como tal o son sólo una

aparición preocupante.

Los resultados de la socialización jurídica, pueden medirse a través de tres indicadores fundamentales, a saber: la conformidad ⁴¹, la obediencia ⁴² y la participación social ⁴³.

Pero ¿cómo fomentar la conformidad, la obediencia y una participación social que coadyuve a mantener el orden social a través de la información en derecho?

Ciertamente que esta socialización efectiva, tomando la terminología de Cotterrell, supone la legitimidad de las normas y pautas sociales.

Toda regla legislativa que anhele legitimidad, debe ser fruto de la cristalización de los valores sociales fundamentales, producto directo del estado oscuro de conciencia social. Estos valores son los que históricamente contribuyeron al informalismo del derecho. Es decir, no obstante que Cotterrell nos presenta el informalismo como una tendencia reciente, ha sido en verdad uno de los canales en que el sentir más profundo de realidad se ha tornado practicable.

A modo de ejemplo, la desaparición del derecho probatorio a favor de la “libre apreciación de la prueba” podría ser analizada exclusivamente desde el punto de vista técnico, sin embargo históricamente la extensión y límites de la libre apreciación de la prueba estuvieron condicionados por los interesados en el tráfico, es decir, por razones económicas de un época histórica determinada ⁴⁴. En dicho momento histórico, la fidelidad a un sistema probatorio tarifado habría quebrado las expectativas de los intereses más arraigados en la sociedad.

Max Weber lo expresa magistralmente cuando afirma que *“...la lógica jurídica puramente profesional, la ‘construcción’ jurídica de los hechos de la vida de acuerdo con ‘proposiciones jurídicas abstractas’ y al amparo de la máxima dominante según la cual ‘lo que el jurista no puede pensar en función de los principios derivados del trabajo científico, no existe jurídicamente’, tiene que conducir inevitablemente a resultados que destruyen las ‘expectativas’ de los particulares [...] Un ‘lego’ nunca podrá entender que, de acuerdo con la vieja definición del delito de robo, no pueda existir un ‘robo’ de energía eléctrica. Lo que conduce a tales resultados no es una necedad específica de la moderna jurisprudencia, sino en gran medida consecuencia inevitable de las dispares legalidades lógicas propias de todo pensamiento jurídico formal frente a las acciones jurídicamente relevantes de los interesados y a los convenios realizados con el fin de obtener resultados económicos y expectativas económicas calificadas. De aquí que surja siempre la renovada protesta de los particulares contra el pensamiento jurídico técnico como tal. Y esa protesta encuentra apoyo incluso en el pensamiento de los mismos juristas acerca de la propia actividad. Pero sin renunciar totalmente a ese carácter formal que les es inmanente, el derecho de los juristas no puede ni ha podido nunca satisfacer en plenitud esas expectativas...”* ⁴⁵.

V. Conclusión

La complejidad del ser humano torna embarazosa la tarea de desentrañar la verdadera existencia de una conciencia social, en el sentido de espíritu o alma de este ser colectivo denominado sociedad.

En contra de su existencia se ha afirmado que sólo quienes comparten realmente un poder societal necesitan desarrollar valores societales consistentes⁴⁶. Esos valores liminares, sobre los que reside el consenso social, constituirían la base de del espíritu colectivo.

A veces, parecería que el acuerdo que existe sobre las cuestiones más básicas de la convivencia social es producto directo de la pasividad con la que abordamos la vida diaria, reflejo directo de nuestro cansancio físico y existencial.

Cierto es que vivimos en una época en donde el consenso se genera por defecto, no importa bien cómo; donde cada uno resta importancia a su decisión individual. Sin embargo, la historia nos demuestra que la vida política nunca antes fue tan participativa, ni los individuos tan conscientes de sus derechos.

El mundo deviene fragmentario, ilusivo, difícil de ser comprendido. Nuestros intelectuales se volvieron inertes, incapaces de acción. Nos acostumbramos a observar y analizar desde lo externo, sin voluntad de obrar, pero con una alta predisposición para criticar, para juzgar la sociedad en la que vivimos como si fuera un ente abstracto al que sólo miramos desde fuera.

Con relación al mundo jurídico, somos reacios al cambio. No comprendemos que así como a lo largo del tiempo la forma de las obras de arte debería ser reinventada, pues la sociedad había cambiado, lo mismo sucederá con el derecho. Es preciso evitar el divorcio entre la regla rígida y el pensar grupal, entre el pensar del legislador y la memorable conciencia social.

Deberán identificarse los modos en que la cultura jurídica opera en situaciones específicas, es decir se tendrá en cuenta la conciencia jurídica de los actores ya que son ellos desde sus prácticas cotidianas los que movilizan y transforman el derecho.

Reinscribir un nuevo modo de vida estimula la inserción cultural por otras modalidades de convivencia, de relaciones sociales y reglamentaciones de las prácticas emergentes e instituidas. En tal escenario, el énfasis estará en la sociedad civil como nuevo espacio público que haga efectiva la pluralidad democrática. En su capacidad generadora, la nueva esfera pública proporciona para los horizontes institucionales, nuevos valores culturales, nuevos procedimientos de práctica política y de acceso a la justicia, proyectando nuevos actores sociales como fuente de legitimación del espacio social.

Es necesario abandonar estatutos jurídicos basados en la soberbia institucional y personal de quienes integran y están encargados de construir las instituciones jurídicas.

La humanización de las figuras que integran la institución judicial se convierte en un reclamo de los ciudadanos que necesitan encontrar en sus representantes seriedad, independencia y respeto a las convicciones.

El Poder Judicial es el pilar y estructura medular de un sistema democrático que si bien hoy se presenta imperfecto debe aspirar a la autocrítica para el mejoramiento institucional, debe ser representativo del sentir social en su exigencia de respuestas. Cuando la sociedad entendida como opinión pública que exteriorizado la conciencia social reclama a los jueces, una determinada orientación en sus fallos lo que allí trasunta, en definitiva, es un enorme descreimiento a su capacidad moral por fallar con independencia personal y política.

Esta es una visión macro social que seguramente dolerá a quienes demorada y esforzadamente día a día luchan por la construcción de un Poder Judicial impoluto y digno.

Estamos convencidos de que la crisis de legitimación que hoy padecen tanto el derecho como los procesos jurídicos, nos plantea con urgencia la necesidad de formular sus fines, presupuestos, contenido, estrategias y prácticas para caminar su legitimación e internalizar el concepto que intentamos dialogar: el derecho a participar en las instituciones socio-jurídicas, es un derecho y no tan sólo una alternativa.

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: ayudante alumno Emiliano Blangero y jefa de Trabajos Prácticos, Ab. Florencia Santi Feulliade.

NOTA

¹ Mario Silvio GERLERO, *Introducción a la sociología jurídica*, Buenos Aires, David Grinberg, 2006, p. 17 y ss.

² Señala Mario Gerlero que las expectativas sociales tienen que ver con pautas de comportamiento social de los actores que esperan que se cumplan, en una determinada situación social, para satisfacer intereses y necesidades. Estas pautas son institucionalizadas al ser consideradas y reconocidas como valiosas para la sociedad, y por lo tanto, legitimadas. Las expectativas formales son normas jurídicas en tanto las informales se identifican con los usos, costumbres y reglas sociales.

³ Mario Silvio GERLERO, *Introducción a la sociología...* cit., p. 16 y ss.

⁴ Roger COTTERRELL, *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1991, p. 255 y ss;.

⁵ Fernando MARTÍNEZ PAZ, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 15 y ss..

⁶ Fernando MARTÍNEZ PAZ, op. cit., p. 17 y ss.

⁷ Confr. Francisco AYALA, *Introducción a las Ciencias Sociales*, Madrid, Aguilar, 1964, p. 44.

⁸ Confr. Francisco AYALA, op. cit., p. 47.

⁹ Roger COTTERRELL, op. cit., ps. 93/94.

¹⁰ Manuel VILLORIA, *Democracia y participación en La participación ciudadana en las grandes ciudades*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 49.

¹¹ Manuel VILLORIA, op. cit., p. 50 y ss.

¹² Confr. Carlos María CÁRCOVA, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 2006, p. 180. El autor plantea a estas variables como causas de la complejidad jurídica. Nosotros creemos que, al ser el derecho una de las más relevantes formas de expresión colectiva, bien pueden ser mencionadas como factores que evidencian la complejidad en todos los sistemas sociales.

¹³ Manuel VILLORIA, op. cit., p. 55.

¹⁴ Confr. Patricia E. MESSIO, "La función social del derecho. El derecho vivo", en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, N° 39/40, enero-junio de 2006, p. 169.

¹⁵ Confr. Alfredo POVIÑA, *Sociología*, Córdoba, Assandri, 1966, p. 238.

¹⁶ Confr. Alfredo POVIÑA, op. cit., p. 238.

¹⁷ Confr. Alfredo POVIÑA, op. cit., p. 240.

¹⁸ Confr. Roger COTTERRELL, op. cit., p. 99 y ss.

¹⁹ Confr. Alfredo POVIÑA, op. cit., p. 240.

²⁰ Mario E. CHAUMET y Andrea A. MEROI, "¿Es el derecho un juego de los jueces?", L.L. del 18 de junio de 2008.

²¹ Jürgen HABERMAS, citado por Agustín CASAGRANDE, "Participación e inclusión social", en Mario S. GERLERO (coordinador-compilador) *Los silencios del derecho*, David Grinberg, Buenos Aires, 2008, p. 131.

²² Agustín CASAGRANDE, op. cit., p. 132 y ss.

²³ Francisco AYALA, op. cit., p. 244.

²⁴ Flavia ZOÉ GÓMEZ, "Estado y participación política" en Mario S. GERLERO, *Los silencios del derecho...* cit., p. 98 y ss..

²⁵ Cristina MONEREO ATIENZA, "Herramientas para unas teorías de los derechos sociales", Anuario de Filosofía del Derecho Nº XXII, España, 2005, p. 290.

²⁶ Arturo ORGAZ, *Introducción Enciclopédica al Derecho y las Ciencias Sociales*, Córdoba, Assandri, 1959 p. 299.

²⁷ Vide Isabel HOYO SIERRA, *Introducción a la psicociología del derecho*, Madrid, Dykinson, 2004.

²⁸ Arturo ORGAZ, op. cit., p. 299.

²⁹ Al respecto puede consultarse mis artículos "Efectos mediáticos en las resoluciones judiciales", publicado en *El fenómeno jurídico*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003; y "Jueces de la sociedad y en la sociedad", publicado en: *Alfredo Fraguero in memoriam*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006.

³⁰ Germán J. BIDART CAMPOS, "La comunicación social como bien jurídico colectivo", J.A. 2002-II-1226.

³¹ Confr. José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, "La opinión pública", en Anuario de Filosofía del Derecho, Nº XXII, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, España, enero de 2005, p. 183.

³² Confr. Isabel HOYO SIERRA, op. cit., *passim*.

³³ Isabel HOYO SIERRA, op. cit., *passim*.

³⁴ José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 185.

³⁵ José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, op. cit., ps. 200/1.

³⁶ Si bien nosotros entendemos el derecho como algo más extenso y menos dogmático, podemos resaltar la labor de Mc. Cormick, al intentar armonizar el positivismo formal y analítico, conservando su fundamental "concepto jurídico", con la visión sociológica del derecho en busca del concepto de validez jurídico-normativo. Se trata de concretar un desarrollo socialmente realista de la normatividad jurídica, una forma de "hermenéutica epistemologizada" ajena a las trampas del formalismo, el materialismo, el empirismo y la sociología. Confr. María Leonor SUÁREZ LLANOS, "El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista", Anuario de Filosofía del Derecho, N. XXII, España, enero de 2005, ps. 350/1.

³⁷ J. J. TOHARIA, *La sociología del derecho en España*, Saber Leer, Nº 63, marzo de 1993.

³⁸ [http://rapes.unsl.edu.ar/congresos_realizados/Congresos/IV Encuentro-oct-2004/eje4/35htm](http://rapes.unsl.edu.ar/congresos_realizados/Congresos/IV_Encuentro-oct-2004/eje4/35htm)

³⁹ www.bibliojuridica.org

⁴⁰ Roger COTTERRELL, op. cit., p. 126.

⁴¹ Existe conformidad cuando un individuo modifica su comportamiento o actitud a fin de armonizarlos con el comportamiento o actitud de un grupo.

⁴² Existe obediencia cuando un individuo modifica su comportamiento a fin de someterlo a las órdenes directas de una autoridad legítima.

⁴³ www.bibliojuridica.org

⁴⁴ Confr. Max WEBER, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, t. III, ps. 204/5.

⁴⁵ Max WEBER, op. cit., t. III, p. 206.

⁴⁶ Confr. Roger COTTERRELL, op. cit., p. 95.

SOBRE EL FUNDAMENTO ANTROPOLÓGICO DEL SISTEMA PENAL

Luis Roberto Rueda

Sumario: I. Introducción: el *hostis* (enemigo) actual. 1. El punto de partida antropológico. 2. La cuestión a partir de Hobbes. 3 La vocación hobbesiana de los jueces. II. El “hombre de cruce”: Feuerbach. 1. El “Anti-Hobbes” (o “anti-Kant”) 2. Las diferencias antropológicas. III. Conclusiones

I. Introducción: el *hostis* (enemigo) actual

Uno de los juristas considerados autoridades en la teoría del derecho en el orden internacional, Günter Jakobs, viene afirmando y elaborando una concepción que resulta ser a nuestro entender -a los fines de este ensayo- la de mayor envergadura dialéctica en este siglo veintiuno, desafiando holgadamente a los otros cuestionamientos innovadores en materia de punibilidad penal. Básica y sucintamente dicho, el llamado *derecho penal del enemigo* se afirma en la hipótesis de que los autores de determinadas formas de criminalidad no deben ser considerados ciudadanos con la entidad de “personas”, desde que la naturaleza misma de sus acciones no permite sostener tal carácter. Asume así que la dicotomía entre *persona* y *enemigo* (*hostis*¹) tiene correspondencia directa con la realidad: no puede tratarse del mismo modo al terrorista o asesino serial como al que usualmente entendemos que merece la categorización de “delincuente común”.

A los primeros corresponde -según la tesis del jurista alemán- el tratamiento de *enemigo* aun en los estados democráticos, cuando no *animales peligrosos*, puesto que resultaría falso sostener en esos supuestos la idea de un *sistema penal real*, a partir de la hasta ahora pacífica concepción, en más o en menos, de que todos somos iguales en el marco de un derecho penal *ideal*, a partir de los presupuestos dogmáticos -incluidos los constitucionales- de la relación lógica tradicional entre pena y culpabilidad. Jakobs sostiene que en este orden no hace otra cosa que *describir* la realidad, donde los Estados adoptan medidas más que rigurosas con los sujetos considerados altamente peligrosos. Subyace en su posición, y la refuerza, el trágico episodio del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos y las regulaciones que, en consecuencia, fueran implementadas en ese como en otros países del mundo, con resultados puntuales, tal como -recordamos- sucediera con los disparos a la cabeza por parte de policías británicos sobre un ciudadano brasileiro, tan sólo por parecer un “enemigo” terrorista.

Así se concibe el “Derecho penal del enemigo”. Con él “... *el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico*”². El panorama es, de este modo -como sostiene el tratadista

español-, *duro y desolador*, pues se trata de “... la imposibilidad de una *juridicidad completa*, es decir, *contradice la equivalencia entre racionalidad y proporcionalidad*”, según el propio Jakobs³. Corresponde advertir al lector, que no hace al propósito de este ensayo describir la propuesta teórica de Jakobs desde el campo específico de la dogmática penal, es decir, ocuparnos de su tesis (expuesta en el Congreso de Berlín de 1999, desde donde provocara sonados rechazos y adhesiones) desde su campo del derecho⁴, sino presentarla como un esquema de pensamiento que resulta insoslayable en estos tiempos cuando nos referimos a la dimensión antropológica del hombre dentro del sistema penal, esto es, como sujeto pasivo de una pena o de un castigo por parte del Estado, desde el presupuesto de haber previamente cometido un delito tipificado (definido) como tal como suprema garantía constitucional.

Nuestra preocupación en este orden se justifica claramente porque si la imposición de una pena privativa de la libertad “... es la *más grave intervención en la libertad de la persona que el ordenamiento jurídico autoriza al Estado, intervención que se proyecta incluso más allá del tiempo de privación de la libertad, sobre toda la vida posterior del condenado*”⁵, pensemos qué consecuencias se pueden derivar cuando se trata de la pena de muerte o, mejor aún, cuando la imposición de las penas está en manos de un poder estatal que selecciona *quiénes son o no son personas*, conforme a un estatuto que previamente los clasifica conforme posean o no tal carácter.

1. El punto de partida antropológico

Con ello vamos anticipando un direccionamiento hacia un derecho punitivo *antropológicamente fundado*, que se construya sobre un concepto sustancial del Hombre a partir del cual su reconocimiento debe ser irrenunciable para cualquier construcción jurídica y, muy particularmente, para aquellas que interfieran en su integridad personal mediante la sanción penal, y en la misma integridad que lo inserta en la vida en sociedad. Ello así, pues, descartada -en principio- la posibilidad de que el hombre sea un átomo aislado individualmente, necesitante de un pacto o contrato social para la constitución de la comunidad política, conviene replantarse sobre su naturaleza ontológica a partir de los interrogantes que presenta el pensador Gustavo Casas S.J.⁶: Ellos son, entre otros: “*Por qué surge la comunidad política? ¿Cuál es su principio, su causa adecuada? ¿Es porque el hombre es un ser social por naturaleza? ¿O no será que el hombre es esencial y exclusivamente un ente individual que luego decide arbitrariamente (porque no posee ninguna esencia universal capaz de relación con los demás) instituir la comunidad política?*”.

Tras estos interrogantes subyacen las insoslayables concepciones filosóficas de Hobbes y de Rousseau -que en su trasfondo antro-po-filosófico son las que aquí conciernen-, aun cuando están obviamente en la base misma de sus construcciones políticas y de sus idearios de ese orden. De Hobbes lo que más se suele recordar es el *Leviatán* y el “estado de naturaleza”; la guerra de todos contra todos y la expresión “*homo, homini lupus*” (repetida hasta el hartazgo en la actualidad para referirse a las diversas tensiones sociales), pero que ilustra su idea del hombre en sociedad. De Rousseau, además de su famoso contrato social, se sabe que

imaginaba una naturaleza humana inocente y feliz, en la que el hombre es libre por naturaleza, siendo la sociedad, la ciencia y las artes, las que lo han pervertido⁷.

Coincidimos con el filósofo jesuita en que tanto el “pacto” de Hobbes como el “contrato” de Rousseau, implican concepciones *individualistas*, desde que se está suponiendo que el hombre es un ser completo sin la sociedad, no siendo ésta una exigencia de la naturaleza sino más bien su enemiga. *“En consecuencia, definen la sociedad de tal manera que se oponga lo menos posible a los derechos originales del individuo, ya que los individuos, concebidos como seres autónomos y absolutos, son dueños de sus opiniones y de sus actos independientemente de la sociedad (...) Por lo tanto **el hombre**, pensado como independiente de un orden objetivo, desligado de una finalidad que debe realizar en unión con sus semejantes, cae en una especie de racionalismo abstracto, pretende elucubrar construcciones jurídicas al modo geométrico. Pero se ha olvidado que el derecho no es comparable a las matemáticas. Se ha olvidado que tiene que regular directamente una realidad humana. Aquí se ve la importancia de que la Antropología filosófica fundamente la dimensión social del hombre”*.

Más adelante volveré sobre esta concepción y su incumbencia en el momento actual, donde las elaboraciones jurídicas manifiestan una peligrosa tendencia hacia la práctica de la resolución de los problemas sociales con fórmulas de ese orden, sin consultar los efectos que deparan a los destinatarios de ellas cuando no se repara en que establecer -antes de legislar el político, y de razonar las sentencias el juez- de *qué hombre* estamos hablando.

2. La cuestión a partir de Hobbes

Pero en los comienzos de la teoría política y jurídica moderna con anterioridad al siglo XVIII, y con el ocaso del escolasticismo, la concepción de un *derecho natural* justificante de los derechos de la persona con la exigencia que el derecho positivo no podía operar en sentido contrario a aquél, se fue eclipsando por la cada vez mayor omnipresencia del Estado. Esta es, precisamente, la impronta de Hobbes, para quien el estado natural -o de naturaleza- consiste en aquella lucha de todos contra todos, lo cual genera miedo en el hombre y lo impulsa a buscar la paz y la seguridad impuesta por la razón⁸. Ciertamente es que Hobbes fue ideólogo del absolutismo político, de modo entonces que su doctrina, si bien de raíces iusnaturalistas racionalistas, a la postre, y por paradoja, terminaba glorificando al derecho positivo del Estado⁹.

En el trabajo citado (*Las ideas penales en Hobbes*), el autor comenta su “seductora teoría de la pena”, y que ocupa el Capítulo XXVIII del *Leviatán*: *“El origen del derecho de punir se deriva del propio contrato social y es, precisamente, una de sus consecuencias más relevantes; por cuanto al comenzar la vida política, el hombre se desprende (explica Hobbes, conforme a la doctrina tradicional en el tema) de su derecho vindicativo, que delega así al Estado la potestad de la sanción, abandonada por los particulares a favor de la autoridad pública”*¹⁰.

Preconiza el célebre autor inglés una pena que mire más al futuro que al pasado, procurando más que la venganza la corrección y la intimidación al

autor del delito, siendo de este modo precursor, en más o en menos, de las concepciones posteriores ¹¹, aunque, en razón de lo dicho, nos demandaría un esfuerzo intelectual sin resultado cierto el tratar de encontrar un fundamento antropológico *integral* en el pensamiento hobbesiano.

Contrariamente a como se lo suele entender, Hobbes no considera que el derecho a castigar sea el resultado de una concesión de los ciudadanos (súbditos) al Estado, pues su elaboración es, si se quiere, más ingeniosa. Tras formular su definición de la pena ¹², observa: “*Antes que yo deduzca alguna cosa de esta definición, precisa contestar a una cuestión de mucha importancia, a saber: **por qué puerta penetra el derecho o autoridad de castigar, en cada caso***” (la negrita me pertenece), interrogante que constituye, desde entonces, una pregunta capital para la filosofía política y para el derecho penal.

A partir de que no se puede pretender que nadie haya dado a otro ningún derecho para poner violentamente las manos sobre su persona (dicho esto en tanto no creemos que su absolutismo tenga el alcance ideológico que se le suele atribuir ¹³), para Hobbes “*Al instituirse un Estado, cada uno renuncia al derecho de defender a otro, pero no al de defenderse a sí mismo. Él mismo se obliga a asistir a quien tiene la soberanía, cuando castiga a los demás; pero no cuando le castiga a él mismo*”.

De este modo, “*Pactar esa asistencia al soberano para que éste castigue a otro, a menos que quien pacta tenga un derecho a hacerlo él mismo, **no es darle un derecho a castigar**. Es, por consiguiente, manifiesto que el derecho que el Estado (es decir, aquél o aquellos que lo representan) tiene para castigar, **no está fundado en ninguna concesión o donación de lo súbditos***” ¹⁴.

¿Dónde se funda, entonces, el derecho estatal a reprimir?: “*Pero ya he demostrado anteriormente que antes de la institución del Estado, cada hombre tiene un derecho a todas las cosas, y a hacer lo que considera necesario para su propia conservación, sojuzgando, dañando o matando a un hombre cualquiera para lograrlo. **En esto estriba el fundamento del derecho de castigar que es ejercido en cada Estado**. En efecto, los súbditos no dan al soberano ese derecho, sino que, solamente, al despojarse de los suyos, le robustecen para que use su derecho propio como le parezca adecuado para la conservación de todos ellos*” (o.c).

Ahora bien: según Bobbio, antes de Hobbes los tratados de filosofía política se apoyaban “monótonamente” sobre dos pilares como una repetición de lo que ya se había dicho en la *Política* de Aristóteles y en el derecho romano. Pero resulta que “*Junto con la autoridad de la historia (...) Hobbes **suprime la autoridad de Aristóteles**, contra el que toma posición desde las primeras páginas del *De Cive*, contraponiendo a la hipótesis del **hombre naturaliter social**, aceptada ciegamente hasta Grocio la hipótesis del *homo homini lupus*, y no parece percatarse de que haya existido una tradición de derecho público que se remonte al derecho romano, aunque utilice algunos conceptos importantes como el del pacto que fundamenta el poder estatal y el del Estado como persona moral*” ¹⁵.

De ello no se debe seguir, como se suele entender en el apresuramiento del aprendizaje del derecho, que *todo* lo anterior se agota en Hobbes. Digo “apresuramiento” porque, si bien no es nuestro propósito presentar a “todo” el hobbesianismo, tampoco nos podemos permitir parcializarlo por vía de un reduccionismo simplista, tal como sería adherirnos en el común pensar de que Hobbes es igual a *Leviatán*, cuando en realidad es mucho

más que esta formidable y primera formulación de una teoría del Estado.

De igual manera, no debe pensarse que con Hobbes finaliza el *iusnaturalismo* por aquello de haber “suprimido” la autoridad del Estagirita, pues es otra la situación, y, según se verá, no hay entre hobbesianismo y *iusnaturalismo* un “corte” que genere abismos insalvables. Hay, por así expresarlo, una formulación distinta de este último.

Lo explicamos siguiendo a Bobbio en tres de sus obras (aun cuando son numerosos sus desarrollos al respecto), donde alude a la concepción *iusnaturalista* con el alcance que el pensador italiano le arroga al concepto:

a. En lo que se refiere al “*problema crucial*” del fundamento y naturaleza del Estado: “...a partir de Hobbes se puede hablar perfectamente de un modelo *iusnaturalista* que es adoptado, si bien con variaciones notables, por lo menos hasta Hegel incluido - excluido, por algunos de los más grandes filósofos políticos de la edad moderna. Si bien en la teoría general del derecho lo que integra a escritores del derecho natural, y permite hablar de una escuela de derecho natural, es, como se ha dicho, el método, sobre todo cuando se le compara con el método de las grandes escuelas jurídicas que la antecedieron y la siguieron, en el derecho público o en la doctrina del Estado, las obras *iusnaturalistas*, aquellas que sus creadores y los mismos adversarios consideraron como tales, son distinguibles, no sólo por el procedimiento racional, es decir por un método, sino también por un modelo teórico (tan general que es posible llenarlo de los más diversos contenidos), que se remonta a Hobbes y respecto del cual son deudores, más o menos conscientes, Spinoza, Pufendorf, Locke y Rousseau...”¹⁶.

b. Respecto del “modelo *iusnaturalista*”: “Se puede hablar con una cierta aproximación (y se ha hablado con frecuencia) de un “modelo *iusnaturalista*” en cuanto al origen y el fundamento del Estado y de la sociedad política (o civil), que desde Hobbes (que es su fundador) llega hasta Hegel, incluyéndolo o no, y que se utiliza, aunque con muchas variaciones en cuanto al contenido, que por otra parte no modifican los elementos estructurales, por parte de los más importantes filósofos políticos de la edad moderna. (Hablo intencionadamente, no de ‘escritores políticos’ en un sentido amplio, sino de ‘filósofos’ políticos, refiriéndome con ello a escritores políticos que se preocupan por la construcción de una teoría racional del Estado deducida de -o en cualquier caso próxima a- una teoría general del hombre y de la sociedad, de Spinoza a Locke, de Pufendorf a Rousseau, de Kant al primer Fichte, y la mirada de kantianos menores que acompañan al final de la escuela de derecho natural)”¹⁷.

c. Asimismo, advierte Bobbio en la *Teoría General del Derecho*, al tratar “El derecho natural”, que “... no es tarea nuestra explicar un problema tan rico y complejo como el derecho natural. Aquí la corriente del derecho natural la exponemos solo en cuanto existe una tendencia general en sus teóricos a reducir la validez a la justicia. La corriente del derecho natural se la podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia. Una ley no conforme con ésta, non este lex sed corruptio legis”.

Ahora bien, Bobbio cree poder demostrar con “dos argumentos sacados de la misma doctrina *iusnaturalista*” que la reducción de la validez a la justicia está, en la doctrina del derecho natural, “más afirmada que aplicada”:

c.c. “(a) es doctrina constante en los iusnaturalistas que los hombres antes de entrar en el estado civil (regido por el derecho positivo) vivieron en el **estado de naturaleza**, cuya característica fundamental es ser un estado en el cual sólo rigen leyes naturales. Ahora bien, es también doctrina aceptada que el estado de naturaleza es imposible y que es necesario salir de él (para Locke y Hobbes se trata de un cálculo utilitario, para Kant de un deber moral) para fundar el Estado,” y por otra parte:

c.c.c. “(b) es doctrina común de los iusnaturalistas que el derecho positivo no conforme al derecho natural debe ser considerado injusto, pero no obstante esto debe ser obedecido (es la llamada teoría de la obediencia. “¿Pero qué significa precisamente “obedecer”? Significa aceptar cierta norma de conducta como obligatoria, esto es, como existente en un determinado ordenamiento jurídico, y por lo tanto válida”¹⁸ .

No se agrega algo nuevo si decimos que no hubo “corte” alguno desde Hobbes hasta el racionalismo y el iluminismo penal, particularmente en lo referente a las concepciones de la pena como expresión genuina y objeto del derecho punitivo, lo que hemos ya tratado, en sus líneas centrales hasta Hegel, en *El problema de la pena en la filosofía y en el derecho*, donde se repasan esas posiciones (evitamos, en consecuencia, reiterarnos en lo allí expuesto, para avanzar en el sentido propuesto para abordar este ensayo).

3. La vocación hobbesiana de los jueces

Es posible que desde esta perspectiva Hobbes haya sido el primer autor de la Edad Moderna que presenta un programa de Derecho Penal en conjunción con el Derecho político¹⁹, y méritos no se le pueden negar, aun cuando sus ideas mostraran limitaciones a partir del siglo siguiente, con las propuestas filosóficas de Rousseau, Kant y Feuerbach.

No obstante, pese a la referida defensa que le concede Welzel al considerar que el autor del Leviatán no defiende al despotismo ni es precedente de las dictaduras modernas (v. *supra*, nota 13), el hobbesianismo en nuestra disciplina resulta en la actualidad difícil de sostener, no sólo en el derecho punitivo como rama del derecho, sino, también dentro de su involucramiento con las ciencias sociales, sin con ello abonar ciegamente la versión positivista del derecho y del derecho penal y, menos aún, su vigencia en la teoría política.

Sucede que un derecho natural concebido de manera acorde con el modelo hobbesiano (es decir, del miedo del hombre respecto de su prójimo, y con un declarado determinismo material que negaba la voluntad libre), no puede fundarse más que en el temor, lo cual le resta, a nuestro entender, legitimidad sustancial y resulta peligrosamente congruente con las ideas autoritarias de todos los tiempos.

Es por ello que -como acotáramos en su momento- “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”*²⁰.

Coincidimos con el autor, en tanto alude al modo de razonar que muchas veces invade el raciocinio judicial, en el que se instala, consciente o inconscientemente, la noción del *estado de naturaleza* y el consiguiente criterio positivista / peligrosista de describir y valorar a los sujetos que delinquen. La inclusión en las sentencias de referencias sobre la marginalidad social, como un aparente *dato jurídico* (que soslaya muchas veces, su pertenencia al campo sociológico), para expresar la ubicación socio-económica del condenado, se esconde en esos pliegues del razonamiento de los jueces que devienen en hobbesiano su modo de razonar.

El viejo art. 41 de nuestro Código Penal le aporta al juzgador lo que se “tendrá en cuenta” al sentenciar, enunciando (entre otros aspectos no taxativos) tales como “*la conducta precedente del sujeto*”; “*especialmente la miseria o dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos*”; “*los demás antecedentes y condiciones personales*”, y las circunstancias que “*demuestren su mayor o menor peligrosidad*”²¹.

Creemos que solamente un *juez virtuoso*, depositario de la suprema virtud de la justicia (Gustav Radbruch), o un *magistrado prodigioso* al estilo del juez Hércules (Ronald Dworkin), “... *que es aquél que hipotéticamente conocería todas las circunstancias de los hechos que enjuicia, todas las normas aplicables, todas las normas de la moral social, todas las circunstancias sociales, políticas, etcétera, y con todo ese perfecto conocimiento sería capaz de hallar una única decisión por definición correcta, la única respuesta correcta para el caso*”²².

Esto es, un divorcio judicial consuetudinario entre el discurso oficial vigente (con tradición propia) de nuestro derecho positivo, y la *realidad social*, en tanto ésta demanda la resolución de un conflicto generado del delito, y repercute sobre las aspiraciones de la sociedad que demanda del Estado su eliminación, muchas veces con la del delincuente mismo, como sucede con las esporádicas y espasmódicas alocuciones en favor de la pena de muerte, y, en menor medida, con otras que, por lo superfluas, no merecen ser anotadas²³.

Ello así, porque sería una deshonestidad intelectual negar cierta axiología subyacente en los jueces, viciada de hobbesianismo, que emerge cautamente con el ánimo (no explícito) de que los delincuentes “*se maten entre ellos*” (como “*corresponde a quienes no tienen derecho a integrar la sociedad civil, quedándose donde siempre han estado y de donde no debieron salir*”, se podría agregar) o que, en su caso, se aplique la pena de muerte extrajudicial a la que refiere Bobbio²⁴ y a la que, aun en estos tiempos, acuden las policías en Latinoamérica.

Esta concepción subyacente, sin mucho esfuerzo de razón, constata cotidianamente, en la práctica política, legislativa y judicial, que muchos más son los predicados que los contenidos cuando se dispone de los bienes de los hombres²⁵, razón más que suficiente como para atender la necesidad de fundamentar el castigo estatal consistente en la pena, única y trabajosamente a través de un *derecho penal antropológicamente fundado*.

II. El “hombre de cruce”: Feuerbach

En el momento del nacimiento del derecho penal moderno como una disciplina, tras el período humanista inaugurado por Cesare Beccaría y su célebre trabajo *De los delitos y de las penas*, Paul J. Anselm Ritter von Feuerbach ingresa en la historia del pensamiento y del derecho penal con una obra de vigencia hasta nuestros días, y respecto de la cual hace pocas décadas se han descubierto aspectos que no estaban suficientemente esclarecidos: *“Se había reparado en las líneas más débiles del pensamiento feuerbachiano, creyéndolo plenamente identificado con el kantismo puro y pasando por alto que su concepción está presidida por un importante sentido antropológico, que lo llevó a ser el verdadero expositor y garante del derecho penal liberal, de lengua alemana al menos, al par que no puede negarse una coincidencia de su pensamiento con el más prestigioso jusnaturalismo escolástico”* ²⁶.

Feuerbach fue el autor del Código Penal de Baviera de 1813, que fuera seguido en nuestro país por Carlos Tejedor, por lo cual se constituyó en la principal fuente (o cuando menos la más directa) de nuestro Código Penal de 1921.

Podría pensarse que se trató de un técnico del derecho y de un sistematizador de las tendencias penales de la época. Pero en realidad Feuerbach tuvo un alcance mucho mayor: por una parte, debe observarse que nada en las ideas penales surgió de repente por el genio espontáneo de un pensador, sino como resultado de un complejo proceso donde se encontraban las ideas políticas y filosóficas emergentes del siglo de la Ilustración, que fue además el siglo de Immanuel Kant.

Y por otra parte, digamos, como marco de referencia histórico, que ese ideario impactó fuertemente en el siglo XIX, para entonces dispararse con la “onda expansiva” del pensamiento hegeliano, que parecía dar una respuesta sistémica y total a los interrogantes filosóficos. Según Zaffaroni, Ritter von Feuerbach fue el “hombre de cruce” ubicado entre los dos siglos (XVIII y XIX), convergiendo en él dos métodos y dos pensamientos:

a. **El Iluminismo** marca una época filosófica-política del pensamiento penal, en tanto que a partir de las grandes modificaciones de los primeros años del siglo XIX se abre una etapa positivista y científicista. *“Feuerbach se encuentra entre la crítica filosófica y el positivismo jurídico”* (con cita de Cattáneo). *“Aunando los dos aspectos divergentes, Feuerbach coronó lo que puede considerarse la primera estructuración de una parte general del derecho penal en sentido moderno, que se materializa en los “prolegómenos” de su Lehrbuch, cuya traducción presentamos ahora”* ²⁷.

b. Por otra parte, *“... llega a su máximo esplendor en Alemania el pensamiento racionalista, encontrándose Feuerbach, precisamente, en la cúspide de este racionalismo y al borde del romanticismo que habría de seguirle. Esta segunda posición crucial se manifiesta patentemente en su intervención contra Savigny: en la polémica acerca de la codificación, Feuerbach representa el pensamiento individualista y racional; Savigny, supraindividual y romántico”*.

Pero la posición codificadora del pensador no lo devino en víctima del

positivismo jurídico, sino que “... siempre trató de hallar un **equilibrio vinculante entre la filosofía y el derecho positivo, dándole incluso a la primera la jerarquía de fuente del segundo**. Aunque pueda criticarse su tentativa de fundar una ciencia del derecho natural separada de la ciencia del derecho positivo, creemos que, en definitiva, **planteó el verdadero problema del derecho en términos que aún hoy reclaman solución y que vanamente quisieron ocultar los positivistas jurídicos**” (lo destacado es nuestro).

Esto resulta -a nuestro entender- categórico para ubicar a Feuerbach como el “hombre de cruce”, más aún si se tiene presente lo dicho *supra* sobre la máxima expresión racionalista que nacía casi en paralelo con su pensamiento (Hegel y el hegelianismo, del cual su famoso hijo Ludwig Feuerbach sería, en parte de su itinerario, fervoroso seguidor), y con la proyección de las ideas de Kant a sus espaldas (volveremos sobre ello *infra*, II.1).

Así, avanzó sin reconocer que el “estado de naturaleza” tuviese otro valor que el *explicativo*; criticó el concepto por considerar que alude a un estado bucólico, que no es moral ni inmoral, esto es, que es inocente, pero no humano: “la razón quiere libertad y no naturaleza”, el hombre debe dominar sobre la naturaleza y no ella sobre él ²⁸.

De tal libertad requerida por la razón, el filósofo alemán extrajo su *concepto de derecho* entendido como “una libertad sancionada por la razón, como condición para alcanzar los más altos fines”. Para explicar resulta necesario decir (según el novedoso ensayo que seguimos ²⁹), *el aporte más importante de Feuerbach: “Sucede que entre la encrucijada entre el positivismo y el pensamiento revolucionario, Feuerbach defendió la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano con argumentos criticistas. Frente a los revolucionarios -que también con argumentos criticistas atacaban la razón misma de la Revolución Francesa-, defendió los derechos del hombre, sin hacerse cómplice de los excesos del terror, que también criticaba”* (con cit. de Cattáneo). *Feuerbach no solía hablar de “derecho” sino de “derechos”, en plural* ³⁰.

1. El “Anti-Hobbes” (o “anti-Kant”)

Para Feuerbach los derechos debían entenderse en sentido subjetivo, no derivándose del *deber* de respetarlos, marcándose con ello un criterio de diferenciación con Kant, en el contexto de lo por él concebido acerca de la “autonomía de la voluntad”. A su respecto, conviene aclarar que, en Kant, “La ética de la autonomía de la voluntad, en estricta correspondencia con la libertad y la igualdad, sin las cuales aquélla resultaría incomprendible, constituyen ideas básicas sobre las que se edifica el Estado de derecho y del derecho, o de la ley, como ámbito de libertad y de seguridad” ³¹.

Pero para Feuerbach los derechos son concebidos como *anteriores a ese deber* y reconocibles por medio de la razón, por lo cual el aporte feuerbachiano en ese sentido fue, pues, **una derivación crítica de los derechos del hombre, distinta, precedente e independiente de la kantiana**, desde que para Kant, como anticipábamos, tal derecho se reconoce por el *deber* (al punto de haberlo idolatrado mediante un famoso himno al mismo ³²), y este deber es un deber de respeto que se constituye en un imperativo moral categórico.

Por ello, para Kant el derecho se reconoce por la ley moral, pues su violación (mediante la *utilización de otro como medio*) es la violación de un precepto moral: *“De allí que para Kant la pena no sea otra cosa que retribución* (los autores en la literatura jurídico -penal siempre lo ubicaron como iniciador del *retribucionismo moral* , a diferencia del *retribucionismo jurídico* de Hegel, quien no soslayó comentar a Beccaría y a Feuerbach ³³). Sucede que para Kant -que incluye la moralidad en la razón práctica- la pregunta aquí ya no gira sobre el *conocer* sino sobre el *hacer*, según se verá *supra*.

De una lectura como la que hace Verneax, se coincide en que *“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”*, lo cual resulta de clara identidad con el párrafo inicial de la *Metafísica de las costumbres*: *“De todo lo que es posible concebir en este mundo, e incluso fuera del mundo, no hay nada que pueda ser considerado sin restricción alguna como bueno, sino la buena voluntad”* ³⁴. De allí a la idea de castigo punitivo, hay un paso. Para Kant: *“La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquél que se arrastra en el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que puede obtener, descargase al culpable en todo o en parte, de las penas que merece según el proverbio farisaico: ‘Más 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”* (o.c.), es decir, que no hay otra forma de compensación que permita la plenitud de la justicia. Para Donna, no hay identidad alguna entre una vida llena de trabajos y la muerte; *“...ninguna igualdad entre el crimen y la pena, más que a través de la muerte del culpable, pero una muerte pronunciada en justicia y separada de toda clase de malos tratos que pudiera hacer horrible la naturaleza humana”* ³⁵.

En este orden compartimos la posición del tratadista citado, puesto que, y por lo que se dirá en el apartado subsiguiente, *“Sólo si se entiende la teoría kantiana del Estado, su concepción liberal, se puede luego sin trastornos mayores opinar sobre la teoría de la pena. **Toda idea paternalista del Estado, idea que está en las teorías de la resocialización, no tiene cabida en Kant**”*; en ese caso, para indagar sobre los fines del castigo con las hasta ahora vigentes teorías de la prevención, habrá que *“... salirse de las teorías que ven al Estado como imposibilitado de aconsejar a los ciudadanos sobre su manera de actuar en sociedad”* (o.c., con cita al pie, donde se menciona que, tanto en Kant como en Feuerbach, *la pena tiene un fin*. Lo destacado me pertenece).

Para Welzel ³⁶, a propósito del autor de la *Crítica de la razón pura*, el Estado no castiga a fin de que exista justicia en el mundo, sino para que haya juridicidad en la vida de la comunidad, mediante la observancia del orden jurídico. Esto es: *“Aun cuando 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 copártcipe en esta lesión pública de la justicia”* ³⁷.

Pero Feuerbach invirtió el planteo kantiano ³⁸: en primer lugar, entendiendo que los derechos debían buscarse en la razón práctica del titular y no en la del obligado ³⁹. Si los derechos se reconocen por la

razón práctica, pero al mismo tiempo, no se derivan de la moral, ello significa que la razón práctica no sólo cumple la función de **imponer** deberes, sino también la de permitir **conocer** derechos. A esta segunda función, "**desconocida en el planteo kantiano**", la llamó "**razón práctica jurídica**" (o.c).

"De esta forma, Feuerbach fundó los derechos de modo totalmente separados de la moral, pretendiendo echar las bases de una ciencia o saber de los derechos naturales separados de ésta". Como el Estado *tutela derechos* (mientras que según Kant crea la *condición jurídica*), y al influjo de la Revolución Francesa, defiende el derecho de resistencia que era negado tajantemente por el pensamiento "ilustrado" de Kant: "*Es precisamente en este punto donde **Feuerbach se revela liberal y democrático, frente a Kant, elitista e iluminista***".

Así están, entonces, planteadas las diferencias entre ambos pensadores de dos siglos distintos (que son *algo más* que simples discrepancias doctrinales, desde que traen aparejadas consecuencias jurídicas y políticas), aunque allí no se agotan. En ese orden, es bueno tener presente un aspecto más conocido en el derecho penal, como lo fue la actitud insobornable de Feuerbach que había exigido, en contra de la Ilustración, la sujeción del juez a la ley y, con énfasis, pedía libertad para interpretarla científicamente, a contrapelo de las que fueran las aspiraciones de Beccaría y Montesquieu.

En el ensayo que seguido en este punto, Zaffaroni marca una doble diferencia: respecto del pensamiento kantiano y, también, del hobbesiano: "*En el Anti-Hobbes (obra de Feuerbach de 1797) personificaba en Hobbes el absolutismo estatal, pero bien puede denominarse a su obra también el "Anti-Kant", puesto que Kant y Feuerbach participaban de diversas concepciones del Estado. **El Estado era para Feuerbach sólo un medio para garantizar derechos, en tanto que para Kant sólo podía haber derechos dentro del Estado, derivados de la garantía de cumplimiento del deber de respeto al hombre como fin en sí mismo***"⁴⁰.

2. Las diferencias antropológicas

Desde la época a la que en el presente nos estamos refiriendo hasta nuestros días, estuvo ausente el gran tema de la fundamentación antropológica del Derecho Penal. Las construcciones técnico-dogmáticas del delito y de la pena (durante mucho tiempo, agreguemos, *ausente* la interrogación sobre el concepto antropológico, sociológico y ontológico de *autor*), constituían el centro de atención de las elaboraciones.

Sucede al respecto, que "*... no es la dogmática la que nos dará el concepto de hombre, 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'**...*"⁴¹.

El criticismo de Kant no pudo zanjar la cuestión, según la autorizada posición de Martin Buber⁴² y, de hecho, pese a la vastedad y profundidad de su filosofía. Esta incluyó una antropología, "*Pero, cosa sorprendente, ni la antropología que publicó el mismo Kant ni las nutridas lecciones de antropología que fueron publicadas mocho después de su muerte nos ofrecen nada que se parezca a lo que él exigía de una antropología filosófica*".

Pero ello es bien distinto a decir que el pensamiento de Kant no tuviera

implicancias posteriores en el hombre (es decir, que no tuviese incumbencias antropológicas), pues efectivamente las tuvo, lo cual no podía ser de otra forma habida cuenta de su concepción del Estado a la que hemos aludimos más arriba, pero se constata que, en su antropología, “no entra la **totalidad** hombre”.

Es diferente el posicionamiento antropológico de Feuerbach: mientras que la distinción kantiana entre moral y derecho es formal (el orden jurídico sería un comportamiento “moral” con independencia de la motivación), la suya es de contenido pues, como no parte del orden (derecho objetivo) sino de derechos subjetivos, derivándolos de la razón práctica de manera independiente del orden moral: “... los derechos no pueden concebirse como permisos morales, porque también debe abarcar el derecho al comportamiento inmoral; los derechos tampoco pueden deducirse del deber de no interferir en los comportamientos morales ajenos, porque se trata de no interferir en los derechos subjetivos ajenos (...) estos derechos subjetivos -que Feuerbach llamó ‘derechos externos’- no son ilimitados. Se derivan de la razón, y como ésta no puede contradecirse a sí misma, dentro de ella encuentran su límite, que es la prohibición de usar a otro hombre como medio”⁴³.

De este modo, si bien éste es el límite de lo jurídico, debe reconocerse que, aun sin violarlo, hay una amplia gama de conductas que no se derivan del deber moral y cuya elección configura el ámbito de la libertad jurídica. Así, Feuerbach deja a salvo la unidad de la razón práctica que, de lo contrario, se hubiese escindido en una razón práctica moral y una razón prácticas jurídica: “Esta **visión subjetivista de los derechos es el mayor aporte de Feuerbach a la teoría jurídica (...) lo que le permitió percatarse con claridad de las inflexibles consecuencias de un derecho derivado del deber, que no vio Kant, que no era jurista**”⁴⁴. Importa destacar la acotación de Ernst Bloch citada por Zaffaroni: Feuerbach “no se limitó a proteger al Estado del delincuente, sino también al delincuente del Estado”, cuestión candente en estos días, donde la discusión acerca del *galantismo* parece salir, en ocasiones del marco de una discusión racional.

Hasta aquí hemos seguido una secuencia que podría prolongar el desarrollo de este ensayo más allá del límite propuesto. El influjo kantiano se proyectó en diversos órdenes y con diversos grados de profundidad, particularmente por vía de su imperativo categórico que justificó (a pesar de Kant) ideas y políticas totalitarias de diversos signos y matices. Los más extremos repercutieron en el siglo XX con consecuencias que son conocidas; otros aspectos del criticismo (acaso más sutiles) sobreviven, y en alguna medida es bueno que así sea, particularmente en las ciencias y en la gnoseología en general, particularmente tras el disparador neo-positivista de la primera mitad de la pasada centuria, época de deterioro del iusnaturalismo.

Kant tiene el mérito de haber sido “... el primero en comprender la cuestión antropológica en una forma crítica que ofrecería una respuesta a lo que a Pascal importaba de veras, una respuesta que no iba enderezada metafísicamente al ser del hombre sino, gnoseológicamente, a su relación con el mundo y que, sin embargo, captó los problemas fundamentales”.

Immanuel Kant era, al fin de cuentas, un filósofo en toda la extensión de su pensamiento: en la introducción a su lógica, formula las preguntas fundamentales de una “Filosofía de la intención cosmopolita”: ¿Qué puedo yo saber? ¿Qué debo hacer? ¿Qué puedo esperar? ¿Qué es el hombre?,

agregando: “A la primera pregunta responde la metafísica, a la segunda la moral, a la tercera la religión y a la cuarta la antropología, **ya que las tres primeras preguntas están relacionadas con la última**”⁴⁵.

Para Zaffaroni, Heidegger abrió un nuevo panorama al replantear el tema, pues las tres primeras preguntas son interrogaciones sobre los límites del hombre, con lo que la cuestión antropológica pasa a ser la vía de entrada a cualquier cuestión filosófica, y cuestión filosófica por excelencia es la pregunta que interroga por el ser, es decir, la ontología, interrogando a los entes, eligiendo alguno.

Pero el *pensador, legislador y juez* Anselm v. Feuerbach -más cercano a lo que en este siglo se debe pensar-, al buscar autónomamente el ámbito de lo que el hombre puede ser, “... *trataba de invertir el planteo, esto es, de responder a la pregunta ‘¿Qué debo hacer?’ a partir de la pregunta acerca del ser del hombre. Este es el camino que nos parece más promisorio en la antropología filosófica y jurídica de nuestro siglo: del ser del hombre se procura deducir su deber ser, de lo que se procura responder cuáles son sus posibilidades de ser*”(o.c), lo cual, si bien Feuerbach no transitó en profundidad, se mostró clarividente de un sendero que no siguió la seria filosofía que basamenta (o debiera basamentar) la estructura doctrinaria de nuestra política - criminal.

Lo decisivo, con excepción hecha de la variante legislativa (por obra de Carlos Tejedor) y, en tal sentido, hay no pocos vacíos que puede hoy llenar el ideario feuerbachiano, mucho más próximo al pensamiento y a la problemática de nuestro siglo que “*el desgastado y neutralizado positivismo más o menos kantiano*”, desde que Feuerbach, durante la vigencia del positivismo jurídico, “*quedó en la penumbra o sólo fue mencionado en sus aspectos más superficiales, cuestionables e intrascendentes*”⁴⁶.

III. Conclusiones

De lo hasta aquí expuesto, no se concluye conforme al propósito del trabajo, que se hubiere intentado una exposición sistemática de los modelos de pensamiento filosófico comentados en su implicancia jurídico-penal, sino que tratan de dar un esbozo de los ejes -algunos olvidados- para una posible discusión seria en este tiempo, donde, como se dijo al comienzo, se preconiza una tesis que recuerda a alguno de los grandes ‘mojones’ de las ideas filosóficas y penales, que no pueden ser tomados parcializadamente en torno de la teoría del “derecho penal del enemigo”, a la cual tomamos sólo como la expresión más reciente y actual de las concepciones que quieren resolver, de un tajo, el complejo problema del individuo frente al Estado, mediante el empleo -hoy *globalizado*- del sistema penal. Ya dijimos que no expondríamos la propuesta descriptivamente, sino que la tomamos a favor de nuestro objetivo por su innegable relevancia actual.

a. El propio autor Muñoz Conde (nota 2), tras el contrapunto mantenido con Jakobs (quien le remitiera una copia de una página de *La paz perpetua* de Kant, en aparente demostración de que también habría sostenido lo mismo -v. ps. 28/31-), tras dejar en claro que Kant nada dice en el viejo escrito directamente sobre el derecho penal, y que lo demás fue concebido en el contexto histórico de la Alemania de entonces⁴⁷, se pregunta sensatamente: “*¿Qué es lo que se quiere demostrar con estas citas de*

autoridad? ¿Habrá que seguir las opiniones de todos los ilustres pensadores que ha habido en la Historia, incluso las que después y en otro contexto se han mostrado aberrantes?

b. Hace no mucho tiempo un ilustre maestro del Derecho y de la Filosofía, aquejado por súbito malestar, cayó desvanecido en la vía pública, a plena luz del día, en el centro de una gran ciudad. De inmediato, dos personas que pasaban por el lugar, con la aparente actitud de ayudar al hombre mayor, se inclinaron sobre él y le robaron todas sus pertenencias. Luego de ello, huyeron sin prestar auxilio alguno. Los discípulos que mucho le quieren, al enterarse del suceso, fueron invadidos por la indignación. No recordaron en el menester que el maestro les había enseñado las reglas de la Lógica, del Derecho y de la Ética, además de haberles imbuido del sano espíritu de los hombres de bien, que no toman jamás venganza alguna. Alguno de ellos pensó: se trata de enemigos que lo han vejado de manera aberrante; pues, entonces, merecen el trato como lo que son (aun a costa de ser el último criminal de la isla de Kant). La pregunta sería: *¿Qué hay del derecho liberal, de las enseñanzas recibidas del maestro acerca de Locke? ¿Qué hay, en estas circunstancias, de la pena de muerte del Leviatán? ¿Corresponde repensar las variantes retribucionistas en nuestro derecho?*

c. En una oportunidad se le preguntó a Jakobs, acerca de si considerar a un individuo enemigo de la sociedad podría llevar a legalizar la tortura, a lo cual el jurista alemán respondió, tras advertir que el tema es “especialmente complejo”, que “... En Alemania hubo un caso de una persona que sabía dónde estaba secuestrado el hijo de un famoso banquero. Un policía lo torturó para que confesara, y confesó. En consecuencia, el niño fue hallado, pero el policía fue condenado. ¿Qué puede pensarse de este resultado?”⁴⁸.

c.c. Al respecto, debe pensarse -según creo- en las contradicciones no sólo filosóficas y iusfilosóficas que el ejemplo encierra. Esto es, en la prevalencia de la razón, en la vigencia del Estado de derecho y en la ontología de la persona humana. Debe pensarse, también, si estamos dispuestos, en ese contexto, a pagar el precio del castigo insuficiente o de la ausencia de castigo, que no es otro que uno de los costos de vivir en democracia y como ciudadanos democráticos.

d. Finalmente, ante una pregunta que entiendo fundamental, como lo es saber *si podemos encontrar para la criminología una base “antropo-ética”, que abarque la totalidad del ser, su pasado y futuro y ubicar al hombre activamente en ese cosmos*, el jesuita Antonio Beristain (que mucho sabe de los temas que nos preocupan) la intenta responder “...con sentimientos profundamente contradictorios y no sólo con argumentos racionales”⁴⁹, honestidad intelectual que, entre nosotros, es, hoy por hoy, difícil de hallar.

NOTA

¹ Eugenio Zaffaroni emplea el término como un concepto bien preciso de *enemigo*, partiendo de la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*: el primero era el enemigo

personal, mientras que el segundo, el verdadero *enemigo político*, era el *hostis*, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como la negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. Así, “*El extranjero, el extraño, el enemigo, el hostis, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad*” (*El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 22).

² F. MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, Hammurabi-Depalma Editor, 2005, p. 25.

³ Idem, cit. de *La ciencia penal ante los retos del futuro*, Valencia, Eser-Hassemer-Burkhardt, 2004, p. 53 y ss.

⁴ Lo cual hemos hecho en la obra colectiva *El derecho penal y sus enemigos*, Córdoba, EDUCC- Editorial Universidad Católica de Córdoba, 2008.

⁵ C. ROXIN, G. ARTZ, K. TIEDEMAN, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, p. 20 y ss.

⁶ *Antropología Filosófica. Orientaciones para un curso*, Córdoba, EDUCC-Editorial Universidad Católica de Córdoba, 2003, p. 270 y ss.

⁷ G. CASAS, o.c., p. 272.

⁸ “*Esta constituye la regla fundamental del derecho natural de Hobbes que demanda el estado absolutista como única garantía posible: Cualquier concesión de poder por parte del jefe del Estado es una pérdida de seguridad que atenta contra la recta razón. Dentro de esta concepción el Estado es el único que puede proveer seguridad en la medida en que concentre poder; de allí la necesidad de que defina claramente lo prohibido. Como puede verse, esta tesis es la apología misma del positivismo jurídico absolutista, ensayada por camino filosófico y fundada en el ‘derecho natural’ que sólo concibe al Estado como producto del miedo del hombre a su prójimo*” (E. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1981, t. II, p. 73).

⁹ J.O. CHIAPPINI, *Estudios de derecho penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1984, p. 105.

¹⁰ J.O. CHIAPPINI, idem, p. 107: “*Agrega Hobbes que dicha pena debe ser la consecuencia necesaria de un proceso que desemboque en la sanción; todo castigo al margen de estas previsiones sería solamente un acto hostil de alguien sin autoridad legal. Y clasifica a las penas en corporales (incluso la pena de muerte), pecuniarias, la ignominia, la prisión y el destierro, sin perjuicio de que algunas de estas penas puedan ser aplicadas de manera conjunta*”.

¹¹ Al respecto, nos remitimos en parte -y particularmente en lo no abordado en el presente- a nuestro trabajo “La problemática de la pena en la Filosofía y en el Derecho”, en *Alfredo Fraguero -in memoriam-*, Olsen Ghirardi (director), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007.

¹² “*Una pena es un daño infligido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho u omitido lo que se juzga por la misma autoridad como una transgresión a la ley, con el fin de la voluntad de los hombres pueda quedar, de este modo, mejor dispuesta para la obediencia*” (*Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimpresión argentina, 1992, p. 254 y ss.).

¹³ Para Welzel, *Hobbes está muy lejos de ser un defensor del despotismo y un antecesor de las dictaduras modernas. Para él es verdaderamente decisiva la idea de que el Estado está creado para la protección del individuo*” (*Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1957, p. 151, cit. por Chiappini, o.c., p. 109).

¹⁴ *Leviatán, o.c.*

¹⁵ N. BOBBIO y M. BOVERO, *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna - El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, ps. 50-51. “*Hobbes -agrega- 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, además de la única manera posible, dados esos puestos, de satisfacerlas*” (la negrita en cursiva en el original).

¹⁶ N. BOBBIO, *Sociedad y Estado...cit.*, p. 52.

¹⁷ N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 15.

¹⁸ N. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, ps. 27, 29-30 (la negrita en cursiva en el original).

¹⁹ J. O. CHIAPPINI, o.c., p. 108.

²⁰ E. ZAFFARONI, *Tratado*, o.c., ps. 73-74.

²¹ Estos se cuentan -por lo demás- entre los preceptos más *incumplidos* en la casi totalidad de las sentencias penales, en las que (como bien señala Hilda Marchiori), la personalidad del justiciable es casi desconocida por los tribunales como también otras circunstancias; donde los jueces condenan a los delincuentes sin un conocimiento real de las causas que han motivado su conducta delictiva, a la vez que no se considera la misma como una expresión de la personalidad del sentenciado, siendo lo más corriente que los jueces condenen 'sin conocer los rasgos más característicos de su personalidad y de su historia personal'. V. "Las circunstancias para la individualización de la pena", Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, Lerner, Córdoba, 1983, ps. 10-11. Con mayor amplitud sobre el tema puede verse de la misma autora: *Determinación judicial de la pena*, Córdoba, Lerner, 1995, ps. 14-21 y ss.

²² O. A. GOZÁINI, *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 335.

²³ Baste, a modo de ejemplo, la actual discusión sobre la disminución de la edad penal.

²⁴ Dice Bobbio: "Mi introducción se refiere, entiéndase, a la pena de muerte judicial. Sobre la extrajudicial, en cualquiera de sus formas, desde la realizada por los escuadrones de la muerte, por los servicios secretos, por la misma policía, por una mano misteriosa (que debe permanecer misteriosa) en la cárcel donde el condenado cumple una pena no capital, hasta la indirecta en los campos de concentración o trabajos forzoso (la diferencia entre el ocasionar y el dejar intencionalmente morir no es moralmente relevante) no hay nada que discutir. Hay que tenerla 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 debate actual sobre la pena de muerte", en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, ps. 221 -222).

²⁵ V. nuestro ensayo "Discurso jurídico y realidad social", en *Actitudes y planos del razonamiento forense*, O. GHIRARDI, A. ANDRUET, L. RUEDA, R. FERNÁNDEZ y P. MESSIO, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 2002.

²⁶ La obra de Mario CATTÁNEO, *Anselm Feuerbach, filósofo e giurista liberale*, Milán, 1970, citada por Eugenio Zaffaroni en el ensayo preliminar de la reciente publicación del *Tratado de derecho penal de Feuerbach*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2007, p. 15 y ss.

²⁷ P. A. FEUERBACH, *Tratado*, o.c., p. 15.

²⁸ P. A. FEUERBACH, *Tratado...*(o.c.), p. 16.

²⁹ Ensayo preliminar al *Tratado*, *ídem*.

³⁰ Conf. cita de ZAFFARONI, M. GRÜNHUT, *Anselm von Feuerbach und dal Problem der Strafrechtlichen Zurechnung*, en "Hamburgische Schiften zur gesamten Strafrechtswissenschaft", Hamburgo, 1922, p. 15.

³¹ J. BARBARÁ, *Estado de derecho y autonomía de la voluntad*, Córdoba, Advocatus, 2008, p. 59.

³² "¡Deber! Nombre sublime y poderoso, tú que no envuelves atractivo sensible ni seducción, pero exiges la sumisión y, sin embargo, no te impones a la voluntad con ninguna amenaza suscitando el terror o la aversión natural, tú que manifiestas una ley entrando por ella misma en el espíritu y ganado en él, si no siempre obediencia, al menos reverencia al precio de las resistencias de la naturaleza... ¿qué origen es digno de ti?... No puede ser sino algo que eleva al hombre por encima de lo que es como parte del mundo sensible y le une a un orden... Superior a este mundo entero... Sólo puede ser la **personalidad**, es decir, esta libertad y esta independencia con respecto al mecanismo de la naturaleza que se identifican con la capacidad de ser para someterse a leyes especiales (puras leyes prácticas dadas por su propia razón) de tal manera que el ser humano, pertenecen al mundo sensible está sometido a su propia personalidad según pertenezca al mundo inteligible" (*Crítica de la razón práctica*, primera parte, t. I, cap. III, *ibid.*, t. V, p. 86, cit. por J. MARITAIN, *Filosofía moral*, Madrid, Ediciones Morata, 1962, p. 162, nota N° 13).

³³ F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Sudamericana, 1975. Ambas -kantiana y hegeliana- integran las llamadas "teorías absolutas" sobre la pena. Hacia el final de su vida Hegel en los *Principios* sostuvo que, conceptualmente, *retribución* es "lesión de la lesión", desde que el *delito* representa la negación del derecho y la violación contractual, mientras que la *pena*, al negar el delito en tanto éste es la negación del derecho, es la *afirmación del derecho*, porque en la concepción hegeliana, la *negación de la negación es la afirmación*. Si bien estamos tratando la contraposición Hobbes-F Feuerbach-Kant en la línea del trabajo, no se nos escapan las profundas implicancias que Hegel dejó con su sistema respecto del derecho, del castigo penal y de la idea del hombre. En la nota al parágrafo 100, dice: "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 animal dañino que hay que hacer inofensivo, o si se toma la finalidad de la pena como intimidación". Con cierta ironía se refiere a Beccaría y su versión de que el hombre tiene que prestar su consentimiento para el castigo (que debe estar previsto en el contrato): para Hegel ello es "...totalmente correcto, pero el delincuente lo otorga ya por su hecho" (parágrafo 101, al cual corresponde remitirse por su pertinencia y extensión).

³⁴ R. VERNEAUX, *Historia de la filosofía moderna*, Barcelona, Herder, 1968, p. 188 y ss; E. KANT, *Metafísica de las costumbres*, Introducción, III-IV. Uno de los últimos trabajos especializados sobre la *Metafísica* es del de Roberto ARAMAYO, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

³⁵ E. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 18.

³⁶ H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 1969, parág. 32, ps. 328-329 y ss.

³⁷ WELZEL, *idem*.

³⁸ Seguimos aquí, por su rigor didáctico, al ensayo preliminar de Zaffaroni al *Tratado* de P. A. Feuerbach.

³⁹ BARBARÁ, o.c. Conviene consultar el interesante planteo del autor a partir del Capítulo II.

⁴⁰ ZAFFARONI, o.c., p. 17: "*El Estado feuerbachiano es inútil y despreciable cuando no garantiza los derechos; el Estado kantiano debe ser respetado, aun cuando no los garantice, porque sólo dentro de él pueden tener lugar los derechos. Si atendemos a las consecuencias políticas y penales de esta diferencia conceptual, y además, a que la distinción de Feuerbach entre moral y derecho es mucho más neta que la de Kant, no hay motivo alguno para seguir señalando a Kant como garante del penalismo liberal. La idea misma del Estado de Derecho se adapta más al pensamiento feuerbachiano que al kantiano*". No es ésta una novedad en el pensamiento de Zaffaroni: en el capítulo segundo de *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 51, había subrayado el rechazo de Kant (el criticismo kantiano fue "una expresión del despotismo ilustrado") a toda posibilidad de resistencia a la autoridad "agitando el fantasma de Hobbes", y donde ponía en claro que el verdadero garante del liberalismo penal era Feuerbach.

⁴¹ E. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1980, p. 423.

⁴² "*¿Qué es el hombre?*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 13, 14 y ss. Allí puede verse el alcance que Martin Heidegger da a los famosos interrogantes kantianos.

⁴³ ZAFFARONI, ensayo cit., p.18.

⁴⁴ Coincidimos con Zaffaroni acerca de la proyección de Feuerbach en nuestro derecho: "*Creemos que el criterio de Feuerbach fue el receptado en nuestra ley penal positiva, sobreviviendo hasta hoy. Nunca pudo ser mejor el acierto de Tejedor en su elección porque entre revolucionarios panfletarios, iluministas críticos y cesaristas, Feuerbach, el 'hombre de cruce', fue el artífice racional de los derechos de la persona humana, procurando un límite sólido a la potestad punitiva, que armoniza maravillosamente con la elocuente expresión de nuestro art. 19 constitucional*", o.c., p. 19.

⁴⁵ E. CORETH, *¿Qué es el hombre?*, Barcelona, Herder, 1980, p. 59. "*Para Kant la razón humana está condicionada por la finitud y ligada a la sensibilidad. De donde se sigue la limitación del conocimiento a la experiencia posible y al simple fenómeno. Después de Kant el idealismo alemán luchará por derribar otra vez esa autolimitación de la razón humana y por recuperar un horizonte absoluto de conocimiento*" (p. 60).

⁴⁶ ZAFFARONI, ensayo cit., ps. 19 - 21.

⁴⁷ Al igual que el conocido ejemplo de la *Metafísica de las costumbres* para fundar la tesis retribucionista de la pena como un imperativo categórico, a tenor del cual los habitantes de una isla a punto de desaparecer tienen que ejecutar al último asesino que queda en la cárcel antes de abandonarla, para que todos tengan presente el cumplimiento del deber (y el triunfo de la juridicidad).

48

La Nación, Sección Cultura, 26 de julio de 2006.

49

De Dios Legislador en el derecho penal, la criminología y la victimología, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2005, p. 163.

INDICE

Prólogo.....	9
Acerca del judicialismo o autoritarismo judicial <i>por Armando S. Andruet (h).....</i>	13
La relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil: ¿un concepto descriptivo o valorativo? <i>por Jorge Augusto Barbará</i>	97
A propósito del caso “Kimel” y sus implicancias en la hermenéutica constitucional <i>por Raúl E. Fernández.....</i>	137
El conocimiento de los hechos y la justificación de las premisas fácticas en el razonamiento judicial <i>por Rolando Oscar Guadagna.....</i>	153
La importancia de los principios lógico-clásicos en la argumentación del resto de sujetos, distintos del juez, que participan del proceso civil y comercial <i>por María del Pilar Hiruela de Fernández.....</i>	173
La persona en su constitución individual y proyección social. El derecho a participar en las instituciones socio-jurídicas <i>por Patricia Elena Messio.....</i>	211
Sobre el fundamento antropológico del sistema penal <i>por Luis Roberto Rueda.....</i>	243

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,
en el mes mayo de 2009