

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

Córdoba  
2007

OLSEN A. GHIRARDI  
DIRECTOR

# DIEZ AÑOS

DOS ENCLAVES DE JUSTICIA EN LA ILÍADA

ARIEL ALVAREZ GARDIOL

EL IMAGINARIO SOCIAL Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

ARMANDO S. ANDRUET (H)

PRINCIPIO DE IGUALDAD. OPCIONES  
QUE PLANTEA LA SOLUCIÓN DE CASOS

JORGE AUGUSTO BARBARÁ

DERECHO Y DIALÉCTICA

JULIO CÉSAR CASTIGLIONE

A PROPÓSITO DEL "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD"

RAÚL E. FERNÁNDEZ

APROXIMACIONES AL CONTROL DE LOGICIDAD

OLSEN A. GHIRARDI

UN MODELO DE JUEZ DEMOCRÁTICO

ROLANDO OSCAR GUADAGNA

EL DERECHO ANTE EL ENFOQUE ANALÍTICO

RICARDO A. GUIBOURG

LOS ENTIMEMAS FORENSES Y SU VALIDEZ  
EN LA FUNDAMENTACIÓN SENTENCIAL

MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ

EL DERECHO Y LA FEMINIZACIÓN DEL FENÓMENO LABORAL

PATRICIA ELENA MESSIO

DERECHO, POLÍTICA Y VALORACIONES

CARLOS ENRIQUE PETTORUTI

UN TEST FILOSÓFICO A LA TEORÍA DEL CONFLICTO DE DERECHOS

MARINA ANDREA RIBA

LA VIGENCIA DE NIMIO DE ANQUÍN

LUIS ROBERTO RUEDA

LA DECLINACIÓN DEL DERECHO. ONTOLOGÍA.  
ONTOLOGÍA DEL DERECHO

HÉCTOR HUGO SEGURA

LE DÉDOUBLEMENT DU SUJET: ENTRE  
SUJET JURIDIQUE ET SUJET SOCIAL

JEAN-MARC TRIGEAUD

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ACTIVIDAD  
JURISDICCIONAL INTERPRETATIVA

RODOLFO L. VIGO

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

Nuestro Instituto de Filosofía del Derecho, dependiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, cumple diez años.

Cuando recordamos las vivencias recogidas a lo largo de los tiempos de nuestra generación y nos preguntamos cómo surgió la idea de crear un Instituto de esta naturaleza, no podemos menos que poner nuestra atención en la vida tribunalicia y la cátedra universitaria. La primera, al transcurrir de las épocas, exigía cada vez más esfuerzo y sumaba experiencias; la segunda, aportaba ideas que necesitaban ser expuestas con claridad y científicamente.

El fallo de los tribunales de segunda instancia, cualquiera sea el país, no por ello es perfecto e inmune al error. En consecuencia, es menester una capacidad especial para juzgar su corrección y la calidad de la prudencia que lo dicta. Para tal fin, se hace necesaria una notoria sutileza, que sólo es factible con meditados estudios.

No olvidemos, por ejemplo, que, para el abogado, conducir un juicio hasta la segunda instancia inclusive, es relativamente sencillo, pero para llegar con éxito hasta la casación o al recurso extraordinario se necesitan conocimientos de extremo rigor y de profundidad nada comunes.

Por otro lado, las relaciones de la Lógica y el Derecho, de indudable importancia en las disquisiciones jurídicas, a pesar de tener plena conciencia de esa circunstancia, no por eso fueron cultivadas con esmero por los juristas. Incluso, el propio Calamandrei, muy penetrado por las exigencias que de ellas se derivaban, había expresado sus reservas, por el temor de que la cuestión fuera demasiado complicada para ser tratada con suficiencia en los, a veces, inextricables procesos jurídicos.

Todos esos factores fueron medidos y pesaron en nuestro ánimo, pero con mucha confianza puesta en nuestros jóvenes juristas; y con el repaso de las tareas jurídicas realizadas por nuestros mayores, la empresa comenzó a emprender su camino. Los fallos de miembros del Superior Tribunal de Justicia, como es el caso de Alfredo Fragueiro y Alfredo Poviña, recordados en nuestros números especiales a ellos dedicados, nos hicieron advertir que la tarea era posible. El primero, nos había enseñado que los principios lógicos son "*formas de la mente*", anteriores a toda ley positiva, y, por consiguiente, con verdadera jerarquía constitucional; el segundo, nos transmitió, inspirado en Calamandrei, la expresión "*control de logicidad*", para denominar este nuevo control, insoslayable en un razonamiento forense, so pena de caer, en ocasiones, en una decisión errónea, arbitraria e injusta. Como discípulos de ellos, reconocemos su aporte y su valía, y nos estimamos pensadores respetuosos de sus ideas, cuya paternidad proclamamos y cuya huella fundamental proseguimos, sin que nuestro mérito sea otro que el de la honestidad intelectual, justamente debida, y sin que por ello renunciemos a nuestra individual originalidad, en su caso, en la obra común.

Por otra parte, hemos querido abrir una ventana a colegas de indudable prestigio, como puede leerse en el volumen tercero, cuando asomaba el siglo XXI, y así sumaron sus conocimientos a nuestra tarea, iusfilósofos de Buenos Aires (Capital y Provincia), Santa Fe, Santiago del Estero, y del exterior (España, Brasil y Francia).

De igual manera, la colaboración se repite en este número que conmemora el décimo aniversario. Les agradecemos a todos ellos su

gentileza y su esfuerzo. Hemos recogido sus trabajos, que, juntamente con los de los miembros de nuestro Instituto, figuran hermanados en este volumen, siguiendo un riguroso orden alfabético.

Nuestro norte fue siempre el del respeto a las opiniones de los pensadores que profesan ideas diferentes, porque hemos entendido que sólo de esa manera se enriquece el tratamiento de la problemática lógico-jurídica. Sin caer en el abuso del empleo de figuras harto repetidas, creemos que este siglo XXI se muestra ya como portador de profundas crisis de toda índole, en las cuales se juega el destino de la humanidad.

Si despertara de pronto un iusfilósofo del siglo XVII, cuando proponía como hipótesis el paso del *estado de naturaleza*, del *estado guerra*, al *estado paz*, para explicar la aparición del gobierno *civil* y definía, al mismo tiempo, el sistema y sus formas, *¿qué pensaría hoy?* Seguramente, tanto Th. Hobbes como J. Locke, creerían que la humanidad habría vuelto al *estado de guerra* o al *estado de naturaleza*.

De ahí que es deber de todo jurista, de todo iusfilósofo, de todo ciudadano, bregar por la plena vigencia del derecho y por la observación de las normas. Y no sólo eso; es preciso, además, pensar mentalmente las normas jurídicas y pensarlas luego verbalmente, para que su formulación oral o escrita sean la genuina expresión de lo pensado. La sociedad humana debe responder a la naturaleza racional del hombre en su organización y en su funcionamiento. A su turno, la razón es esclava de sus *formas* y éstas se nos evidencian cuando la ciencia de la Lógica las pone de manifiesto. Toda ciencia, todo conocimiento, no sólo es adquirido y pensado sino que es comunicado y, en esa expresión, se deben observar también las reglas que nuestra condición humana exige.

Por último, debo agradecer al grupo humano que hizo posible este Instituto con su constancia y su trabajo tenaz durante los años que hemos convivido en la comunión del pensamiento jurídico y lógico-jurídico. Las reuniones permanentes de marzo a diciembre, de todos los años, son una muestra palpable de ello y la publicación de un volumen anual ratifica el propósito de servir a una comunidad a la que nos debemos, sin pretensiones, pero con modestia y ahínco.

No quiero cerrar estas líneas sin agradecer al señor Secretario, Dr. Armando S. Andruet, su diligencia como tal y por la preparación de un índice analítico de los diez volúmenes que vieron la luz.

Personalmente, me siento orgulloso y satisfecho de haber puesto mi voluntad al servicio de este menester que, según aprecio, me honra, sin otro propósito que el de ser útil a la comunidad en la que ha transcurrido mi vida.

*Olsen A. Ghirardi*  
*Director*

## DOS ENCLAVES DE JUSTICIA EN LA ILÍADA

Ariel ALVAREZ GARDIOL

Homero fue tal vez el más grande poeta épico de la antigüedad y aun cuando no hay certezas precisas de la propiedad intelectual ni de la Ilíada ni de la Odisea, como productos respectivamente de su juventud y de su vejez, la historia no le retacea la autoría de ambos poemas épicos. La Ilíada, relata los acontecimientos de los últimos dos meses de la guerra de Troya, que duró probablemente nueve años y los historiadores, después de Schliemann, el infatigable descubridor de la antigua Ilión, nombre con el que también se conocía a Troya y del que surge el nombre de la Ilíada, la ubican entre los años 1193 y 1184 a. J.C. Esa oda, que algunos han llamado el poema del destino, es un relato, una narración, casi diríamos un reportaje en expresiones actuales, sobre los acontecimientos de ese breve período de la guerra, en el que se describe con trágica solemnidad la concepción del universo, del mundo y de la vida, intercalando personajes reales o de la vida real, con dioses que intervienen entremezclados con ellos, para ayudarlos o comprometerlos en las acciones que realizan u omiten. Los personajes humanos son héroes, por su profunda humanidad, porque tienen acabada conciencia de la absoluta inutilidad de los esfuerzos frente al destino ya prefijado por los dioses, pero a pesar de ello, luchan esforzadamente por afirmar los valores altísimos en los que radicalmente creen: la justicia, la amistad, el amor a la ciudad y a la patria, la libertad. La obra despliega dos escenas capitales en las que se basa la unidad global del poema. La primera, la disputa entre Aquiles y Agamenón, que le arrebató la esclava Briseida y, la segunda, de una densidad estilística mucho más rica, que comienza con la muerte de Patroclo, el compañero de Aquiles a quien éste permitió que vistiese su propia armadura y echase del campamento griego a los enemigos y termina con la muerte de Héctor, el principal defensor de la ciudad sitiada.

Traemos dos citas para mostrar, en la primera, la primitiva referencia de la justicia como venganza, expresada en el canto (o Libro) sexto, con escrupulosa prolijidad. La escena relata un enfrentamiento entre Adrasto que cae del carro de batalla y queda de cara sobre el polvo, junto a una rueda, momento que aprovecha Menelao para acercarse con su larga pica para rematarle, pero al verle venir, Adrasto le pide clemencia y le ofrece las riquezas que su padre le daría, de ser devuelto con vida. Esto mueve a compasión el corazón de Menelao, y cuando se disponía a ordenar a su escudero lo llevara a las naves aqueas para salvarle la vida, apareció su hermano Agamenón y le reclamó, en iracundas voces:

*“¡Oh, bueno en demasía Menelao!  
¿Por qué así perdonar a los perjuros?  
¿Olvidaste el agravio que a tu casa  
hicieron y a tu honor? Ninguno de ellos  
si en nuestras manos a caer llegare,  
la muerte a que los hados le destinan  
evite, y hasta el niño que en el vientre  
lleva la madre, ni aún allí se libre.  
Cuántos encierra el Ilión el muro;*

*todos acaben; ni llorados sean  
ni la memoria de su nombre quede”.*

La segunda referencia exegética se realiza respecto a una escena del canto XXIII, en el que los mirmidones (pueblo griego dominado por los aqueos) dejan sus armas alrededor del féretro de Patroclo, yendo adelante Aquiles quien poco después prepara el banquete fúnebre. El mismo cena ante Agamenón y anuncia las exequias para el próximo día. A la siguiente noche se le presenta durante el sueño la imagen de Patroclo que le pide justos funerales. Por mandato de Agamenón, se llevan leños por la mañana, se presenta el cuerpo y se dispersan las caballerizas de Aquiles y de los demás.

Aquiles añade en honor al difunto certámenes de varias clases, a los que llevan premios y regalos los principales jefes aqueos en competencia de equitación, en pugilato, en lucha, en carreras, en competencias de armas, en disco, en flechas, en lanzamiento de dardos. No es fácil intentar resumir el episodio que genera el controvertido enclave de justicia que sirve para la ejemplificación. Pero lo intentaremos, a partir del mismo texto de la *Ilíada*. Preparado el funeral de Patroclo, agotada la pira funeraria por las súplicas y plegarias que despertaron los vientos Bóreas y Céfito, ungido su cuerpo e incinerado su cadáver, Aquiles expuso los magníficos premios que otorgaría a los aurigas más veloces en la primera competencia, que sería una carrera de carros. Anunció así Aquiles que para el vencedor concedería una mujer cautiva, experta en impecables labores y un trípode con asas de veintidós medidas; al segundo le prometió una yegua de seis años, indómita y preñada, para dar a luz un mulo. El tercer premio era una hermosa caldera aún no puesta al fuego y con capacidad para cuatro medidas, brillante, nueva. Al cuarto, dos talentos de oro y al quinto una urna de doble asa que tampoco había tocado el fuego. Aquiles mismo no compite, no obstante que posee corceles eternos que el mismo Poseidón había obsequiado a su padre, pero se abstiene en la carrera, para que otros argivios lo intenten confiados en sus caballos y en sus carros.

Compitieron en la carrera: Eumelo que sobresalía entre todos en el arte de guiar caballos, luego Diomedes hijo de Tideo; el siguiente fue el hijo de Atreo, el rubio Menelao descendiente de Zeus; el cuarto fue Antíloco, hijo de Néstor descendiente de Neleo y el quinto en preparar sus caballos de hermosas crines fue Meriones. Antíloco que fue sabiamente instruido por su padre el rey Néstor, en el arte de guiar con astucia los caballos. Echadas las suertes, salió primero Antíloco, le siguió Eumelo e inmediatamente Menelao. Luego llegó el turno a Meriones y el último en comenzar la competencia fue el poderoso Diomedes, que sin duda era el más fuerte de todos. Bueno es insistir en la recordación que en estos poemas homéricos, hay una constante interferencia entre personajes reales o de simple condición humana, con otros que la trascienden y descienden de su condición divina para interrelacionarse en los conflictos de los hombres, llegando incluso a mezclarse en uniones clandestinas de las que surgían los semidioses y los héroes, que aunque tenían algo de sobrenatural y divino, estaban sujetos a la muerte y de ella no podía librarlos, ni la colosal omnipotencia de sus divinos progenitores. A poco de comenzada la carrera que tanta expectación había concitado, aparecen las interferencias de los dioses que se manifiestan de distintas maneras.

El Febo Apolo se irritó contra Diomedes e hizo que escapara de sus manos su espléndido látigo, forzándolo a que sus caballos corrieran sin

aguijón; pero ello no pasó inadvertido a la Diosa Atenea, que percatada de la trampa, que causaba perjuicio a Diomedes, rompió el yugo del carruaje de Emulo, cayéndose éste del carro e hiriéndose contra el suelo. Diomedes entonces, ayudado por la Diosa Atenea, pasó a todos los demás. Antíloco, habiendo descubierto el favoritismo de los dioses, acicateaba a sus corceles y prometía aprovecharse de las estrecheces de la pista en la carrera, para escurrirse y tomar las ventajas necesarias para el triunfo, corriendo atrevida y alocadamente. Menelao acusó a Antíloco de conducir temerariamente, pero esto no detuvo su desenfundada carrera. Fue así que el primero en llegar a la meta fue Diomedes, que se detuvo sudoroso en el medio de la arena, saltando a tierra desde su resplandeciente carro, para recibir el premio prometido al vencedor, aceptando la mujer y el trípode de asas. Detrás de él Antíloco, detuvo sus caballos adelantándose a Menelao, más por su astucia que por su rapidez. Si la carrera hubiera durado para ambos algo más, Menelao se habría adelantado a Antíloco, y habría obtenido seguramente la victoria. Meriones venía a un tiro detrás de Menelao. Último de toda la tropa venía Eumelo, el mejor de todos en el arte de guiar caballos, arrastrando el hermoso carro ya aguijoneando sus caballos. Al verle llegar último Aquiles dijo: Este es el mejor auriga y viene en último lugar conduciendo a sus corceles de sólidos cascos... Vamos, le daremos el segundo premio, como es justo. Todos aprobaron la propuesta y Aquiles estaba por entregarle la yegua, puesto que los aqueos acababan de aprobarlo, si no se hubiese levantado Antíloco para defender sus derechos:

*“Ofensa grave me harás,  
Aquiles, que sufrir no puedo,  
Si cumples lo que has dicho y me despojas  
del premio que he ganado. Yo conozco  
que a Eumelo se lo das porque ha roto  
su carro una Deidad, y sus dos yeguas  
ha extraviado tan valiente siendo  
y él también el mejor de los aurigas.  
Pero debió a los Dioses del Olimpo  
humilde suplicar; y si no lo hiciera,  
no llegara de todos el postrero.  
Si tú de él te apiadas y premiarle  
quieres también, en abundancia tienes  
dentro de tus tiendas oro, tienes bronce  
tienes lindas esclavas y alazanes,  
y de ovejas rebaños numerosos  
tuyos la hierba pacen. De estas cosas  
la que te agrada toma y mayor premio  
dale después si quieres, o aquí mismo,  
para que los aqueos generosos  
te llamen y te aplaudan; mas la yegua  
yo no le cederé. Si alguno quiere  
a la fuerza quitármela, sus armas  
conmigo ha de medir. Así decía  
acalorado el joven, y al oírle  
Aquiles sonrióse y se alegraba,*

porque era amigo suyo, de que firme  
ceder a otro la yegua resistiese,  
y así le dijo en cariñosas voces:  
- ¡Antíloco! pues dices que otro premio  
a Eumelo de, sacado de mi tienda,  
así lo quiero hacer. Una coraza  
de bronce le daré cuyas orillas  
están orladas de fulgente estaño,  
y en mucho precio deberá tenerla;  
ya que es la de asteropeo, y de los hombros  
se la quitaré yo mismo- así decía  
Aquiles , y a su auriga Automedonte  
mandó que de la tienda la trajese.  
Fue el auriga, la trajo y en la diestra  
la puso Aquiles del valiente Eumelo,  
que alegre la tomó. De los aquivos  
en medio alzóse, luego Menelao  
doliente el corazón y ardiente en ira  
contra el joven Antíloco, el heraldo  
en la mano poniéndole su cetro,  
mandó a todos callar; y comparable  
el atrida a los Dioses así dijo:  
-¡Antíloco!, si tú prudente fuiste  
antes de ahora, ¿cómo tal falsía  
has cometido?. Mi valor en duda  
has puesto y con tu carro atropellaste  
mis bridones pasando con los tuyos  
siendo menos valientes que los míos.  
¡Príncipes y adalides de la Grecia!  
Aquí en medio juzgar quien de nosotros  
agravio recibió, ni la balanza  
al valimiento incline; por que nadie  
de los presentes diga que, oprimiendo  
con calumnias a Antíloco, la yegua  
se llevó Menelao e inferiores  
mucho eran sus caballos, aunque él mismo  
en fuerza aventajase y valentía  
a su competidor. O de otro modo  
decidiré yo mismo la contienda,  
y espero que ninguno de los dos  
mi decisión acusará de injusta,  
porque recta será. La antigua usanza  
siguiendo ahora, Antíloco, pues eres  
príncipe tu también, aquí te acerca;  
y delante del carro y los bridones  
colocado y el látigo teniendo  
en la izquierda con que antes aguijabas



*a tus caballos y poniendo ahora  
en ellos la derecha al Dios Neptuno  
jura que por error has empleado  
doloso ardid para pasar delante  
mi carro deteniendo-. Confundido  
Antíloco a su voz, respondió triste:  
la ofensa me perdona, ¡Oh Menelao!  
pues soy mucho más mozo y en prudencia  
y en edad me aventajas y conoces  
cuáles son los errores juveniles.  
Viveza tiene el joven, pero escasa  
es su prudencia aún. Nunca recuerde  
tu corazón mi falta y yo gustoso  
la yegua te daré que he recibido  
y si alguna otra cosa de más precio  
de mis propias riquezas me pidieses,  
dártelas yo al instante mas quisiera  
que perder para siempre tu cariño  
y hacerme criminal ante los Dioses-" '.*

La escena del poema homérico nos aproxima y nos introduce en el clima de la tesis que Lloyd L. Weinreb, catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, expone en un hermoso capítulo de su último libro aparecido en 1987 <sup>2</sup>. Weinreb advierte que hay dos nociones que están muy vinculadas, la una a la otra y, a su vez, ambas próximas a la idea de Justicia y que serían el “tener derecho” o “estar facultado” (*entitlement*) y “el merecimiento” (*desert*) que obviamente no son equivalentes y que en algunos supuestos pueden incluso entrar en conflicto.

El aspecto de la justicia como “tener derecho o estar facultado”, se presenta en una amplia variedad de situaciones en las cuales, las consecuencias atribuidas al sujeto, han sido previamente establecidas en una regla. En el caso del ejemplo homérico, con previdencia a la carrera se había establecido -Aquiles lo había establecido- cuál sería el criterio para el merecimiento de las recompensas: el orden de llegada. La aplicación de la regla deviene así necesaria y suficiente (este es el argumento de Antíloqui). Todos deberían coincidir con Antíloqui en que él tenía derecho al premio por haber llegado segundo y que sería absolutamente injusto dárselo a cualquier otro. El anuncio previo a la carrera determinaba el modo de discernir las recompensas. Conforme a esos términos, a Antíloqui le correspondía el segundo premio y ello daba término a la cuestión. Sin embargo, el poema, nos insinúa que no toda regla conlleva consideraciones de justicia y también sugiere que no toda falla en la aplicación de una regla supone una injusticia.

Supongamos que alguien en los días de lluvia, detiene siempre su automóvil para llevar a las personas que esperan en la parada de ómnibus. Si un día lluvioso que está apurado no detiene la marcha de su automóvil, ¿podríamos decir que obró injustamente? La gente ha sufrido la lluvia y ahora agrega una desilusión, ¿pero podríamos decir que ha padecido una injusticia? Supongamos ahora que el automovilista se hubiera detenido siempre, ante las mismas personas que están ahora esperando, y que de algún modo hubiese inducido en ellos la idea de que él siempre los llevaría

en esos supuestos. ¿Seguimos al respecto el juicio de injusticia? Supongamos que a las personas habituales, que siempre esperaban en esa parada, se hubiesen agregado otras dos, que el vehículo tuviese capacidad y que éste se hubiese limitado a invitar a las habituales y no hubiese extendido la invitación a las nuevas que nada sabían de esa práctica. ¿Habría en las primeras algún derecho? (*entitlement*) ¿Habría sido injusto el obrar del automovilista, o meramente habría sido poco amable, pero no injusto?

Preguntarnos por qué sería injusto negar a Antíloqui el segundo premio, si nadie duda que Eumelo es el mejor conductor, la respuesta más simple, sería obviamente: porque Antíloqui llegó segundo, tenía derecho a esa recompensa.

La explicación usual de que una persona está facultada, es que tiene un derecho a lo que está en cuestión. El significado de lo que ligamos a “estar facultado” nos conduce a que si ello pertenece a la persona facultada, en el especial sentido de un derecho, entonces si la facultad le es negada, la persona facultada es privada de lo que por derecho le pertenecía. La referencia al derecho ayuda a describir la diferencia entre una facultad y una expectativa o esperanza de un beneficio, pero en realidad no explica la diferencia. Es el caso plantearlo de esta manera: una persona tiene derecho porque está facultada; ¿o está facultada porque tiene derecho?

Esto puede llevarnos a la conclusión de que el tener una facultad no es para nada una cuestión de justicia, sino estrictamente una cuestión de la ley, ya que el reconocimiento de una facultad, es precisamente una cuestión separada. Antíloqui reclamó lo que sería injusto negarle a él, el segundo premio al que estaba facultado, no de que estaba facultado y por lo tanto hubiese sido injusto negárselo a él.

Frecuentemente nos enfrentamos a esa dicotomía que se produce entre la titularidad y el merecimiento que nos deja, según el modo como se inclina el brazo de las decisiones, una profunda vivencia de injusticia. Hace un tiempo leíamos una noticia deportiva en los periódicos locales que daba cuenta del resultado del Campeonato Argentino de Profesionales de Golf <sup>3</sup> realizado en los últimos días del año 1990. Competían en esa prueba, varios profesionales de mérito, pero la porfía prontamente se entabló entre Eduardo Romero -que fue su vencedor- y Jorge Berendt. Este es un deporte en el que las matemáticas no se equivocan. El éxito es para quien necesita menos golpes, para completar un recorrido de 72 hoyos. Cuando todo hacía suponer que el triunfo sería para Berendt que venía aventajando a Romero claramente, se produjeron dos hechos insólitos; los últimos golpes, absolutamente desafortunados de Berendt y el desenvolvimiento maestro de Romero que definió algunos putts con la pericia de los que están tocados por la varita mágica de la victoria. En el momento de la entrega de los premios en el Club House del Jockey Club, se advirtió la vivencia de injusticia de que hablamos; tenues aplausos para el encumbrado vencedor y una interminable ovación para el modesto Berendt que, emocionado, agradecía los vivas que venían de todos los sectores de la terraza. Romero tenía la titularidad, el derecho, había hecho menos golpes (uno menos que Berendt) y le correspondía el triunfo, pero quien lo merecía, era evidentemente Berendt y el público, no se equivocaba en el elogio de los aplausos. La dicotomía es clara y la vivencia de injusticia también.

Cuántas veces, a nosotros docentes, nos ha pasado que el alumno que había demostrado “sus merecimientos” en el desarrollo de todo un curso nos exhibe, en el momento en que frente a los demás tiene que poner a

prueba su capacidad, un titubeante balbuceo que no podríamos calificar, ni volcando toda la gracia de la indulgencia, con un aprobado. Nosotros sabemos que él sabe, lo ha demostrado muchas veces, en cada oportunidad en que debió intervenir, daba pruebas de un conocimiento que, en el momento en que éste debió ser sometido a confrontación frente a los demás, no se puso en evidencia. En tal supuesto, ¿qué es lo justo? aprobarlo, porque sabemos que sabe o desaprobarlo, porque cuando debió probar su saber no lo hizo del modo convencional. Sus merecimientos eran indudables, pero no tenía derecho al aprobado, por no haber satisfecho las exigencias que esa calificación requería.

La justicia completa satisface las dos ideas que hemos identificado como titularidad y merecimiento. Si la titularidad de una persona es merecida o si su merecimiento es reconocido como su titularidad, el reclamo de justicia, permite usar ambos términos intercambiados, conforme a cuál de los aspectos del reclamo queramos enfatizar. Porque Antíloco llegó segundo en la carrera de carros, como resultado de su propio esfuerzo -o ello aparentó- nosotros podemos concluir que no sólo es titular del premio conforme a las reglas, sino que asimismo lo merece: nuestra consideración sobre el problema, puede moverse simplemente de un aspecto al otro. La ley es la fuente paradigmática de la titularidad. Cuando una titularidad legal es además merecida, podemos tomar el último aspecto por añadidura e igualar la aplicación de la ley con justicia, como si la titularidad sola resolviera la cuestión, haciendo que la ley sea aplicada. Haciéndolo, dominamos el otro aspecto de la justicia, desde cuyo punto de vista la ecuación está vacía. Decir a lo que una persona es titular de, aun cuando sea correcto, no dice necesariamente nada de lo que ella merece. Por el otro lado, si la cuestión del merecimiento está claro y es compulsivo, nosotros podemos extender la regla en su aplicación, a fin de encontrar coincidencia entre la titularidad y el merecimiento. Ello ocurre más común y visiblemente en la ley, en donde la aplicabilidad de una regla es asumida y el peso de la justicia como titularidad es, en general, grande; aun si el significado separado del merecimiento es advertido, tan frecuentemente como si no lo es, el resultado es inevitablemente desechado como titularidad. Así, conforme al adagio, los casos difíciles, hacen mala ley.

Algunas veces, no obstante, titularidad y merecimiento chocan inevitablemente. Una persona puede tener título a algo que no merece como en el caso del heredero aparente. O él puede merecer algo para lo que no tiene título, como el fiel servidor que atiende larga y fielmente al moribundo testador y no es mencionado por éste en el testamento. En esos casos, tenemos que decidir, de alguna manera a cuál preferimos. Si el título prevalece, nosotros deberemos desestimar contrarias consideraciones al merecimiento, con la observación de que la ley es clara y precisa. En los excepcionales casos legales, cuando está pormenorizadamente explicitado que el merecimiento debe prevalecer sobre la titularidad, el primero es como si estuviera referido a una "ley superior", a una suerte de pequeño reconocimiento de titularidad después de todo.

Ser titular y merecerlo, pueden diferir porque lo primero depende enteramente de la aplicación de una regla y se desentiende de toda consideración que esté fuera de ella y el merecimiento atiende exclusivamente, pero sin otra restricción, sólo al ejercicio de la responsabilidad individual. No obstante, la regla puede ser aplicada conforme al merecimiento y las circunstancias pueden no funcionar como nosotros supusimos que funcionarían. O como los utilitaristas nos recordarían, la regla puede no estar concebida para reconocer

merecimiento. Si una comunidad adopta a la justicia como una meta pública -y aún como meta puede estar sujeta a excepciones- en la vida privada, otras metas además de la justicia son perseguidas todo el tiempo sin reproche. El reclamo de amor, de amistad, de consideración a la familia, comprometen también como el propósito asistemático de satisfacciones privadas, son admitidas como componentes de la buena vida. Un esfuerzo por hacer justicia, siempre debe llevar a la eliminación de esas metas privadas, como en la visión platónica de la comunidad ideal.

Aun cuando la sustancia de una titularidad pareciera adecuada con el merecimiento, la primera típicamente tiene una especificidad que le falta a la última. Una titularidad indefinida reclama más articulaciones de la regla de la cual ella depende. El merecimiento, por otra parte, no es puesto como prueba de especificidad y aún la resiste. En el caso de la carrera de carros, el merecimiento pareciera ser específico, porque está acoplado al título. Nosotros sabemos lo que Antíloco merece: su merecimiento le da título al segundo premio. En situaciones competitivas, generalmente, uno puede merecer el rango que da título a una recompensa específica.

Si hay un conflicto entre el título y el merecimiento, estamos tentados de resolverlo, anotando que el primero debe estar limitado al rango de la aplicación de la regla bajo la cual se realiza. La idea de una ley, injusta, es familiar. Algunas veces atribuimos la injusticia, simplemente a un error, imputable a nuestra incapacidad de prever todas las circunstancias, que eran reclamadas para la aplicación de la ley. En esos casos, somos capaces de corregir el error, por lo menos después del hecho, a la vista de lo que hemos aprendido. O podemos reconocer, que el título otorgado por la ley, no es merecido, pero defenderlo sobre la base de que la ley ha tenido otra meta válida y no está vinculada para nada a la justicia.

La familiaridad de esos ejemplos fortalece el punto de vista de que la justicia plenamente considerada es merecimiento y titularidad. De esa manera, una titularidad puede ser justa o injusta. Sólo hay justos merecimientos. Pero el merecimiento, sin título, es igualmente una inadecuada concepción de la justicia.

La responsabilidad es inseparable del merecimiento (*desert*) porque nosotros sólo tenemos los dos caminos para ordenar nuestra experiencia: libertad y determinismo (causalidad). Si uno es eliminado, el otro ocupa el campo, nosotros luchamos por una explicación y no aceptamos el vacío del orden al mismo tiempo. Para eliminar el merecimiento (*desert*) como el basamento de la respuesta a la conducta, es explícitamente poner la respuesta y la conducta en si misma fuera del reino de la causalidad. No más que cuando nosotros consideramos, a las circunstancias naturales, podemos resolver el dilema "separando la diferencia" y afirmando que la ingeniería humana es efectiva pero no completa, por lo que un ineliminable saldo de libertad y responsabilidad siempre quedan como remanente residual.

Desde una perspectiva de plena justicia, una declaración no calificada de que alguien tiene título para ganar una recompensa, excluye la posibilidad de que otro la merezca: porque si en realidad algún otro la merece, la regla de la que depende el título de esa persona, no sería válida. Del mismo modo, una declaración no calificada de que alguien merece una recompensa, excluye la posibilidad de que una regla de título a otro para ello, porque si tal regla existiera, la persona anterior no debería estar calificada para ese merecimiento. La titularidad tiene la misma relación con el merecimiento, como los acontecimientos naturales que pueden ser, pero

no necesariamente conforme a los merecimientos. Las reglas que crean titularidades, intervienen en el curso de los acontecimientos como si ellos se produjeran sin las reglas. Ellas de algún modo son un sustituto y reemplazan a las leyes naturales. Nosotros estamos capacitados para no advertir ese parecido, porque las reglas y los títulos que ellas prescriben y las facultades que ellas otorgan, son deliberadamente adaptadas hacia un fin y tienen efecto en y a través del comportamiento humano, mientras que las leyes naturales, sólo describen los modelos de los acontecimientos naturales, incluyendo el comportamiento humano.

La justicia, no obstante pareciera inalcanzable, como valor absoluto, no sólo porque los seres humanos somos débiles e imperfectos, sino porque la idea en sí misma es antinómica.

Un orden moral natural en el cual a cada uno le sea dado lo que merece, excluye la posibilidad de significativas acciones determinadas por uno mismo y consecuentemente elimina la posibilidad misma del merecimiento. Si todos los seres, siempre, en todas partes y en todo momento tuvieran lo que es justo, no habría espacio para el ejercicio de la libertad, que se convertiría así en una carta salvajemente perturbadora. En los únicos términos en que podríamos describir ese inevitable y perfectamente ordenado curso de lo natural, causalmente determinado, abjuraríamos de la idea de libertad. La justicia es merecimiento conforme a la libertad: pero ello es así, sólo si la libertad está de acuerdo al merecimiento que es lo que nosotros entendemos, en una comunidad de hombres, como estar facultado, o ser titular.

#### Notas:

<sup>1</sup> La *Ilíada* y, asimismo, la *Odisea* fueron originariamente escritos en verso. Las innumerables transcripciones hasta la invención de la imprenta así dan testimonio. La traducción con la que nos hemos manejado mantiene esa característica en endecasílabos porque los versos castellanos no deben usarse en menos sílabas en poemas épicos y libre porque es el único medio de tener la flexibilidad requerida por las traducciones griegas y latinas de los "originales".

<sup>2</sup> Lloyd WEINREB, *Natural law and justice*, Cambridge Mass, USA, Harvard University Press, 1987.

<sup>3</sup> La Nación, lunes 3 de diciembre de 1990, 2ª Sección Deportes, comentado por Luis Alperín.

# EL IMAGINARIO SOCIAL Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

ARMANDO S. ANDRUET (H) \*

**Sumario:** I. Apostilla al tema en cuestión. II. ¿Qué cosa es la independencia judicial? III. La independencia judicial amenazada por otros actores sociales. IV. La esperanza social en los jueces. V. Obstáculos para una justicia independiente. 1. Obstáculos naturales. 2. Obstáculos artificiales. 3. Obstáculos institucionales. VI. Un Poder Judicial independiente.

## I. Apostilla al tema en cuestión

Antes de ingresar propiamente en el tema propuesto, no queremos dejar de hacer una pequeña anotación marginal a la elección temática que hemos formulado y que bien puede parecer, que resulta ella ajena a la preocupación que hemos tenido en manera casi inveterada en los nueve volúmenes del Instituto, y que han tenido por tema principal lo referido al razonamiento forense: sea ello en su perspectiva argumentativa <sup>1</sup> como en algún aspecto meramente instrumental de él <sup>2</sup>. Todo lo cual, *prima facie*, no parece condecir con el tema que ahora traemos al análisis como es, no ya uno propio de la filosofía del derecho sino nuclear al “derecho de la judicatura” como es el referido a la independencia judicial <sup>3</sup>.

En realidad, debemos puntualizar que a lo largo de todos estos años, casi diez, hemos brindado instrumentos intelectivos para un mejor cumplimiento del razonamiento judicial sea ello, dotando de mayores habilidades para la competencia argumentativa por parte de los jueces, o sea, iluminando desde ópticas no ortodoxas la manera de comprender la resolución judicial y sus modos de explicarla o proponiendo métodos de realización adecuados para el ya conocido entre nosotros “control de logicidad” <sup>4</sup>, o de la manera en establecer las justificaciones internas o externas de la resolución judicial, entre otras tantas cuestiones.

Sin embargo lo que está claro, es que no reposamos en ocasión alguna nuestra mirada sobre el sujeto juez que cumplía dicho acto y bajo cuáles condicionamientos morales, personales, sociales o políticos cumplía con el antes nombrado derecho de la judicatura y para el cual, otorgábamos instrumentos que fueran útiles para mejorar su idoneidad técnica, mas no reposamos nuestra reflexión sobre otras idoneidades inocultablemente importantes como son la moral o política en sentido lato <sup>5</sup>. Nos ocupamos en manera incuestionable del juez, que con mayores competencias técnicas y cognoscitivas de su labor jurisdiccional seguramente podía ser un juez más competente socialmente; sin embargo, lo que no supimos tratar adecuadamente en un igual correlato, es lo referido a la propia planta moral del sentenciante <sup>6</sup>.

Es decir, que de nada vale el dotar de los mejores instrumentos técnicos a un juez para que cumpla con mayor éxito su función jurisdiccional puramente instrumental, cuando en verdad lo que no puede hacer dicho hombre juez, es cumplir con su labor judicial desde un rol incontrovertidamente independiente, porque tiene fuertes compromisos morales o políticos que le impiden de cumplir con una realización libre.

A la luz de dicha ponderación es que creímos conveniente que en la presente ocasión, bien se podía profundizar en estas cuestiones, porque en realidad las mejores condiciones técnico-jurídicas que un juez pueda tener, sólo valen en tanto se trate de un juez que resulte digno de serlo. Cuando no se dan dichas condiciones morales sustantivas y por lo tanto básicas en el juez, aun la mejor dotación técnica del magistrado no borra ni atempera la deslegitimación social que causa aquel juez que no es independiente.

## II. ¿Qué cosa es la independencia judicial?

Habitualmente conocemos de acalorados debates que tienen como eje central, la discusión en torno de la cuestión de la independencia judicial. *Prima facie* parece también, que quienes intervienen en ellos, más o menos están de acuerdo en saber qué comprensión cabe brindar al paradigmático concepto invocado. Sin embargo, en un análisis más profundo e indagando a nuestros discutidores habremos de advertir, que no tiene el nombrado concepto, la univocidad que a veces se cree compartir <sup>7</sup>. Extraña paradoja indudablemente es la que resulta, cuando la misma exigencia de “justicia independiente” integra nada menos, que el catálogo primario de los derechos humanos básicos, tal como recuerda el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 <sup>8</sup> y que mereciera una atención exclusiva en la Primera Conferencia Mundial sobre la Independencia Judicial celebrada en Montreal durante 1983 <sup>9</sup>, como que también huelga apuntar que no existe encuentro judicial donde el punto no integre el elenco de temáticas debatidas.

Se impone precisar entonces, que la conceptualización que se ha ido construyendo en Europa desde mediados del siglo XVII que en prieta síntesis sería desde cuándo los jueces comienzan a tener criterios diversos a los dispuestos por los reyes y que se vigoriza a partir de la Revolución Francesa <sup>10</sup>, han sido inequívocos signos de evolución en lo que respecta a la independencia judicial hasta el desarrollo y conclusión que entendemos en nuestros días, esto es, como una garantía inmunitaria existente en los jueces <sup>11</sup>. En virtud de ella, todas las cuestiones que puedan ser consideradas afectatorias a las propias creencias, convencimiento, percepción o juicio del magistrado deben ser evitadas, y para el supuesto caso, que se insista con ellas, estará el juez en condiciones operativas de denunciar realización por ser una intromisión en su ámbito deliberativo personal e incluso, poder hacerlas cesar por los caminos que la propia ley dispone al efecto.

Sin embargo, no se puede desconocer que el nombrado concepto ha tenido una notable mutabilidad en las últimas décadas, fruto ello sin duda, de los inocultables naturales procesos de globalización y transculturación que los temas comprometidos con la judicatura han venido teniendo y que como resulta previsible a todo *ius novum* también un *ius novum*.

Cabe señalar que fracturada la independencia judicial, que es lo mismo que decir, que por razones internas o externas el juez ha perdido su mirada objetiva, tanto de extraño como de tercero desinteresado que en el caso concreto siempre ha de tener. Con jueces sin dichas condiciones no hay ya posibilidad alguna de confianza pública en el Poder Judicial. Los jueces sin independencia así, se convertirán en personas despreciables para la

sociedad, serviles a quienes ejercen el poder que a ellos mismos atemoriza y podrá decirse de ellos, que son verdaderos “corruptores cívicos” puesto que con su función pervierten pasivamente a la sociedad completa.

Agregamos también, que son “corruptores cívicos”, porque aparece con tal calificación como la figura naturalmente contradictoria con la cual cualquiera puede imaginar el rol judicial; esto es, el de aquel que se encuentra comprometido profesional y meta profesionalmente con el fortalecimiento de la sociedad cívica <sup>12</sup>. El juez -que naturalmente no puede tener más adornos que la independencia, imparcialidad y ecuanimidad- en su función armonizadora, contemplará las razones del legislador y los sentimientos del justiciable de tal forma, que mirando el pasado, resolverá en el presente las consecuencias de su determinación para el futuro <sup>13</sup>.

Corresponde a todo efecto entonces, que propongamos las caracterizaciones básicas que nos otorguen la delimitación que nos permita orientar un discurso unívoco cuando invocamos la independencia judicial; ello sin perjuicio de que podamos también, pasar una breve revista a las diversas definiciones que de ella se han brindado <sup>14</sup>; mas por todas apuntamos en la ocasión que *“La independencia judicial aparece (...) como una categoría funcional que, (...) implica la ausencia de subordinación jurídica en el ejercicio de la función jurisdiccional (que), pretende garantizar la exclusividad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y, por tanto, la vertiente funcional de la separación de poderes, y el sometimiento del operador del derecho, como consecuencia de ello, la imparcialidad en el ejercicio de dicha función jurisdiccional...”* <sup>15</sup>.

Así es como del mencionado capítulo teórico se puede diferenciar la independencia judicial desde una doble perspectiva; por una parte la externa y por otra, la interna.

La primera -externa- se identifica mezquinamente con la llamada independencia institucional, mientras que la restante -interna-, es conocida como la independencia funcional. De tal forma, ello nos permite afirmar que en un caso el Poder Judicial es un poder que no sólo que se encuentra separado de los restantes, sino que además, no acepta ni tolera ninguna intromisión en la esfera de las decisiones jurisdiccionales de otros actores no jueces, sean ellas generadas por los restantes poderes estatales o por los poderes meta o paraestatales.

Mientras que la independencia interna o funcional, se relaciona en un primer momento con el carácter de estructura institucional que tiene el Poder Judicial donde si bien, no existen jueces que tengan ningún grado de subalternancia intelectual por parte de algunos otros magistrados, porque en rigor sólo existen en la matriz administrativa jurisdiccional instancias procesales con lo cual también digamos que la horizontalidad en la magistratura que tanto se predica por jueces progresistas, no puede sino ser adjetiva y bajo ninguna razón sustancial. Empero, es posible que instancias superiores -particularmente la más alta de cada provincia o de la Nación- pretendan disponer una determinada orientación o criterio a jueces de menor instancia, afectando con ello su libre y natural discernimiento jurisdiccional.

De todas maneras, a los efectos de aventar todo espacio de inquietud que dentro de grupos de magistrados hiper progresistas pueda generar la consideración, aparece como de necesaria realización de unidad de gestión, que la cabeza máxima de la provincia o de la nación aseguren una “política institucional del Poder Judicial”. Pues los jueces, aun teniendo cada uno de ellos la *iurisdictio* y la facultad de la sanción penal al ordenamiento,



declarando la inconstitucionalidad de las leyes, lo que no tienen individualmente es la representatividad del Poder Judicial que se encuentra asignada en el marco constitucional a aquellos otros jueces del alto tribunal.

Huelga decir que la iracunda idea de una horizontalidad adjetiva y por ello, no sólo sustantiva, deviene claramente improponible y se vincula con una mirada ingenua de la manera en que se construyen los contornos de los poderes del Estado.

En síntesis entonces, mediante la independencia interna se despeja toda intromisión en la esfera de las decisiones del juez, aquellas que puedan ser formuladas por otros jueces, como a la vez, de aquellas cuestiones que están arraigadas en la propia subjetividad del juez que resuelve el caso; con esto último habrá logrado ser, de alguna manera el juez -citando a Cervantes por boca de Sancho Panza- *“vencedor de sí mismo que es -según dicen- la mejor victoria que un hombre puede lograr”*.

De cualquier manera no se puede desconocer que con el tiempo, la distinción palpable que se fue cimentando, entre la independencia externa y la interna comenzó a tener una cierta movilidad y con ello nuevas ampliaciones que resultaban en dicho devenir como naturales. En dicho marco, los agentes externos no eran ya sólo los otros poderes del Estado sino también y de futuro serán cada vez más penetrantes los “poderes paraestatales” como son los holding económico-financieros en general o los grupos de presión por una parte, y por la otra los medios de comunicación social que integran los “poderes meta-estatales”.

Adviértase la no despreciable consideración de que los jueces pueden -ingenuamente considerando las cosas- dejar de atender los llamados telefónicos de quien presuntamente podría ejercer presión sobre su discernimiento; como podría incluso, organizar estrategias de aislamiento o de falta de concesión de audiencias, etc. Mas lo que no podrá hacer y por lo tanto separarse de los poderes meta o paraestatales, es dejar de leer los periódicos, escuchar al juez las noticias radiales, ver programas de televisión o sociabilizar con la comunidad de ciudadanos en donde está emplazado su tribunal.

Y tal como conocemos, los jueces no juzgan fuera de la realidad <sup>16</sup> sino que en gran medida son quienes construyen o modifican a la facticidad existente mediante la promoción de conductas que resultan deseables; y en rigor hay que puntualizar que para que ello pueda ser logrado con mediano éxito, deben los magistrados estar realmente atentos a poder entrar en una situación de ósmosis socio-político-cultural con el resto de ciudadanos porque el hecho mismo, de tener que entrar en procesos racionales de discusión pública aunque efectivamente no sea con público alguno, lo retira prescriptivamente al juez de un ámbito sectario y lejano al pensamiento corriente y vivencias cotidianas de la sociedad cívica y con ello se le quita a su decisión de un halo de cierto elitismo epistémico inaceptable que a veces se advierte que merodea peligrosamente el discurso judicial <sup>17</sup>.

Decimos que conjugar análisis jurídico normativos con la realidad socio-político-cultural no es para concluir definiendo de igual modo a como el sentir común lo hace -sin perjuicio que lo pueda ser-, sino principalmente para efectuar el paso de una instancia previa y privada a la crítica pública del resultado jurisdiccional que se obtenga. Seguramente que mucho del desprestigio que la magistratura acarrea entre sus bagajes es fruto de una actitud de intransigencia en el análisis a dichas miradas más pedestres de la cuestión humana antes que jurídica, pero indudablemente cuando el pensar judicial tiene distancias distorsivas de la realidad socio cultural, política y

económica en la cual se incardinan sus propias resoluciones, los poderes judiciales, además de no otorgar una respuesta que sea plena y ajustada al derecho discutido y al contexto en donde éste es discutido, sino que generan la desconfianza ciudadana de que los sistemas judiciales están dispuestos para las clases más privilegiadas.

De la misma manera puede haber otro conjunto de realizaciones que también afectan severamente a la independencia judicial y que serían los “poderes para-estatales”, los que a su vez, pueden tener o no, una determinada dialéctica social del tipo violenta como sería, la materialización de modo metodológico mediante la afectación a ciertos derechos personales de otro sector del agrupamiento societario <sup>18</sup>.

De esta forma, decimos que si la independencia judicial está siendo afectada por organizaciones intermedias que metodológicamente utilizan la protesta pública materializada en ejercicios irregulares de derechos, como puede ser por caso, mediante el corte de calles que impide la circulación libre de otros ciudadanos por ellas o generando asambleas populares *ad hoc* de cuestiones judicializadas y donde la semilla de la nombrada realización social es la intolerancia y por lo tanto se intenta deliberar por formas que no son las previstas democráticamente, es indudable que el lenguaje objetivado de dicha manifestación de “poder para-estatal”, es incuestionadamente el de pretender generar una intromisión o interferencia judicial.

Cabe agregar que sin perjuicio de que el resultado de esa mañosa manera de comunicarse que pueden utilizar los “poderes para-estatales”, pueda llegar a ser efectiva y por lo tanto lograr la fractura de la voluntad independiente del magistrado, lo real y concreto es que los jueces, a la hora de desbaratar afectaciones a la independencia externa tienen más comodidad para hacerlo cuando su origen está, en los poderes estatales y no en los “meta” o “para-estatales”. Esto hace pensar también, que gran parte del discurso teórico que sobre la independencia judicial externa que ha sido edificado, brindando un inventario de herramientas defensivas a los jueces tanto de los poderes ejecutivos como legislativos, convendría que sean revisadas porque incuestionadamente la mayor causalidad eficiente de dicha alteración en la voluntad del magistrado, está en los poderes ‘meta o para-estatales’ que imponen como hoy todos conocemos, de otro tipo de filtrados no convencionales a la hora de considerar su existencia.

Se puede también hablar de independencia judicial desde una perspectiva diferente, esto es interna. En la cual, el eje sobre el que se hace el examen de su ponderación no son ya, los agentes o datos exteriores al magistrado que gravitan como tal sobre su respuesta jurisdiccional sean generados los mismos en otros poderes del Estado o en los “poderes meta o para-estatales”; sino que la afectación está centrada ya sea en la propia y personal realización existencial del juez o está en inmediata relación con la posición que el juez tiene, en el seno de la estructura organizativa de la cual forma parte.

Este tipo de ataque a la independencia judicial en muchas ocasiones puede hasta ser considerado autónomo, es decir, generado en la misma subjetividad del magistrado, que ha visto potenciada dicha esfera individual y personal en razón de que se ha producido una mayor judicialización, tanto de los problemas sociales como de los extrapatrimoniales, habiendo pasado ambos temas, a integrar la agenda de requerimientos de respuestas habituales en los estrados judiciales.

Corresponde destacar por otra parte, que este tipo de afectación a la independencia judicial ha encontrado menos instrumentos de batalla que el anterior modelo ortodoxo de afectación externa, porque la mayor progresividad que en los controles formales para la designación de los magistrados se realiza mediante la intervención de los Consejos de la Magistratura u organismos semejantes, han logrado como resultado no querido que quienes lo hayan tenido, han logrado generar un fuerte debilitamiento de todo cultivo de la ética de pleitesía futura y que no es mera educación y cortesía por parte de los designados <sup>19</sup>. Sin embargo, lo que no ha sido logrado de poder transitar en forma sostenida, es un camino adecuado para hacer las pertinentes indagaciones de estos perfiles existenciales que, como tales, afecten la independencia interna.

A guisa de cierre de lo que se acaba de indicar respecto a las diversidades de especies en cuanto a la independencia -externa e interna- y las diferentes variables que en cada una de ellas se dan cita, no podemos dejar de apuntar que la hipótesis de máxima a la cual se aspira, es que el juez se sienta en total libertad en cualquiera de ellas y por lo tanto, la búsqueda es por una experiencia judicial de independencia *erga omnes* en la función jurisdiccional, tal como algunos autores han sostenido <sup>20</sup>. De esta manera también, se aspira lograr un sano equilibrio en el juez que resuelve sin resignar a las propias cosmovisiones que como tal lo dotan de una realidad identitaria específica en la sociedad, pero a la vez, sin ignorar un “natural deber cívico” por la función pública que ocupa y que la sociedad coloca en el ejercicio de la magistratura.

Acreditadas, como se puede advertir entonces, las mencionadas dificultades para la univocidad del concepto de independencia judicial en el contexto socio-judicial contemporáneo; resulta conveniente, reformular algunas de las categorías epistemológicas existentes para estas cuestiones porque no resultan tal como están hoy, abarcativas de la totalidad del fenómeno en análisis, sino que producen una atención sólo parcial al problema.

Para superar dicha dificultad creemos conveniente explicar la independencia judicial bajo un binomio distinto a lo “interno y externo”, como es lo “intrapersonal” y lo “transpersonal”.

La primera de las especies nombradas: la intrapersonal, tiene su razón de ser porque precisamente es el equilibrio individual de los jueces, lo que puede estar perturbado y a veces en rigor se encuentra asediado, por temáticas que con una factura de alta trascendencia político moral, colocan dichas cuestiones a los jueces en el umbral poco penetrable de ordinario de tener que dejar emerger sus convicciones no jurídicas más profundas.

A ello no se puede dejar de hacer notar, que los operadores de la presión, al menos en algunos casos -como pueden ser los medios de comunicación social-, tienen la capacidad de ser “omni-ubicuos” y por lo tanto, asaltan la intimidad convictiva del juez con un grado de sutileza y sigilo que torna dicha presión en irresistible e indefendible en ciertas ocasiones, con lo cual logran poner al juez en un grado de máxima vulnerabilidad.

Por ello es que señalamos, que el primer gran esfuerzo que un juez debe hacer para cumplir con la “independencia intrapersonal”, es poner en ejecución prácticas de reconocimiento profesional por las cuales no sean sus propios prejuicios los que terminen imponiendo un criterio resolutivo determinado. En caso contrario, la respuesta que se obtuviera no sería independiente a dicho prejuicio. Huelga afirmar que no existe Poder Judicial

que pueda ganar en madurez cívica, cuando la medida de todas las cosas que el juez resuelve es la de sus propios, personales e intransferibles prejuicios, aun cuando ellos sean honestos y bondadosos, en la última hipótesis, lo que está claro es que no resuelve como en términos de un “natural deber cívico” aparece apetecible y previsible, sino desde una cosmovisión al menos juzgable como opacidad <sup>21</sup>.

Paradójicamente hay que sostener, que esta “independencia intrapersonal”, si es llevada al natural campo de la ética, diríamos que se mixtura con la entrañable virtud anexa a la prudencia judicial de la docilidad. De tal manera que un juez indócil tampoco es independiente, porque en rigor queda esclavo y por ello dependiente, de sus propios prejuicios que como se ha dicho, no está dispuesto dicho juez a poner en tela de discusión o debate porque es absolutamente infecundo en su esfuerzo por lograr establecer un diálogo ciudadano a partir del cual, sentirse iluminado y no presionado, para resolver la cuestión con más espacio de reconocimiento social.

Cuando existe independencia intrapersonal, son los mismos hechos controvertidos los que muestran que el juez ni aun de sus propios prejuicios es dependiente y, por lo tanto, que está abierto con una actitud dialógica a cuestionarse tales definiciones para una mejor respuesta aunque no lo sea así, para sus personales factores axio-ideológicos lo sean sí, para la propia comunidad que ha reclamado su intervención. Bajo tales coordenadas el diálogo público que el juez también asume se ha visto largamente atendido.

Respecto de la independencia transpersonal que nos resulta un tanto más familiar en la discusión y por lo tanto no volveremos ahora sobre ella se materializa cuando se cumple rechazando con firmeza, coherencia y principismo republicano cualquier intromisión en la voluntad deliberativa del magistrado, sean ellas originadas en particulares, otros jueces con jerarquía superior, el estado o para o meta-estatales.

De todas maneras y para concluir con el punto corresponde decir que así como iniciamos marcando la dificultad de un concepto unívoco de independencia, tampoco se puede creer que la existencia de ella -y que presupone la figura de un juez y no la sombra de uno tal-, tampoco tiene que ser ella todopoderosa y absoluta; por alguna razón en rigor los hombres dependen de los hombres para muchas cosas, en todo caso, lo deseable es que aquella dependencia connatural al género humano sea lo menos contaminante en la labor jurisdiccional.

### **III. La independencia judicial amenazada por otros actores sociales**

También es frecuente advertir que en la discusión jurídica, abogados y jueces, debatan por la interpretación que cabe dar a una cláusula contractual según sea el lugar que ocupa en ella un signo de puntuación -v.gr. una colocación impropia de una coma-. No en vano, unos y otros han ganado en ciertas ocasiones una reputación no transferible con cariño a terceros, justamente por ser generadores de tales entuertos <sup>22</sup>.

De cualquier manera, sin ser aceptable es al menos dispensable ello, toda vez, que el genérico abogadil hace de la “palabra’ escrita o dicha, el instrumento de su ejercicio profesional y por lo cual es comprensible la mencionada atención a los problemas que el lenguaje natural como tal genera cuando es trasladado al ámbito de las ciencias jurídicas.

Lo grave sin duda es, cuando dichas disputaciones se ubican en temas que como tales, trascienden la exclusiva hermenéutica de la profesión y se instalan en el colectivo social de manera dubitativa primero y negativamente después. Mucho más grave aún, cuando lo disputado tiene una enorme trascendencia para la vida cívica dentro de la República.

Trataremos entonces de brindar algunos aportes que para muchos hasta podrán ser considerados redundantes, mas como orientamos nuestra consideración para quienes sea ya desde la magistratura o la ciudadanía, comprenden que la pragmática de la solución de los problemas comienza necesariamente mediante el conocerlos en la totalidad de sus dimensiones y no con la parcialidad con que a veces los intereses presentes en cualquier disputa a veces muestran.

Vaya entonces como primera línea aproximativa de una mirada dinámica y no puramente especulativa de la independencia judicial que ella, no es ninguna abstracción y que los tribunales o jueces de quienes ésta se predica tampoco son una entelequia, sino por el contrario, tienen una entidad absolutamente definible y reconocible en la sociedad. Es decir entonces, que la disfuncionalidad por fallas en la independencia judicial resulta tangible en orden a la persona que la cumple y el acto sobre el cual se ejercita una conducta disvaliosa.

Es decir que cuando se habla aun con seriedad, pero no en términos de una clara discusión académica -de falta de independencia judicial- y para no hacer de ella un mero rótulo en el que cualquier contenido puede ser etiquetado, no cabe sino hacer referencias concretas a cuestiones, personas, hechos y/o circunstancias que a ella la afecten, agraven, debiliten o menosprecien. Ello así, parece una condición necesaria y concluyente, para que la palabra dicha -sin importar que quien la exponga, tenga o no algún grado de responsabilidad política- no se convierta en "palabra vacía y de utilidad circunstancial" o como dirían los medievales, sólo *flatus voci*.

No comprender intelectivamente la noción de independencia judicial y ejercitar pragmáticamente con notable equivocación los itinerarios de ella, es convertir una pieza clave en el anclaje de la geografía política tripartita moderna -como es, la independencia judicial- en un envase sin contenido. Ejercitar impudicamente el uso sólo retórico de un fonema, que sin duda tiene una incuestionable carga emotiva para la sociedad, lejos de ayudar para el emplazamiento de la autenticidad cívica, que no puede cumplirse desde fuera de la independencia judicial, mas parece una vía destinada a engangrenar la totalidad de intersticios de la vida pública que como tal, pierde todo norte cuando no existe confianza en los jueces, por la falta de independencia de ellos.

En realidad, cuando se proyecta una consideración procedimental de ese tipo, los únicos que quedan mejorados son los grupúsculos judiciales que si la diatriba contra-judicial por la parcialidad y dependencia de los jueces fuese con nombre propio, sin duda que los suyos ocuparían un lugar de privilegio. Pero como de ordinario no es eso lo que se hace, se favorecen por omisión, aquellos jueces que ejercen su *iurisdictio* con un "poder moral fracturado" y quienes en rigor, diríamos que son simplemente "jueces de cargo" pero no, "jueces de compromiso cívico" y que por tan simple y absoluta razón, son merecedores de toda la sanción ética posible y jurídica legal que corresponda.

En síntesis entonces, la denuncia de afectación o falta de independencia cuando no es concreta, sólo ayuda a que los malos jueces sean más viciosos todavía, como que los honestos, se vean desmoralizados por la falta de atención a una labor preocupada y proba que vienen ejercitando. La independencia judicial que junto con la imparcialidad <sup>23</sup> y ecuanimidad, promueven la tríada de realizaciones virtuosas del juez <sup>24</sup>; las que a su vez no están propuesta en el plexo constitucional como una suerte de escudo defensivo para que se amparen particulares en ellas los indignos jueces <sup>25</sup>. Sin embargo, tampoco puede ser puesta ella en duda en forma ligera, mordaz y ridiculizante o tratarse como si fuera una cuestión careciente de toda relevancia pública.

En rigor hay que decir, con prescindencia de que nos ocupemos de los jueces, que en la República el aceptado derecho al insulto con que a veces se confunde la denuncia de falta de independencia judicial es un comportamiento que resulta incompatible con el texto constitucional <sup>26</sup> y además con la misma convivencia cívica, motivo por el cual, debería existir un comportamiento inmunitario comprometido en tal rechazo.

En realidad, cuando está en discusión por una parte la libertad de expresión de la ciudadanía que se refiere bajo dichos modos al comportamiento de los jueces y por el otro, al honor de los magistrados que en particular se ven afectados por tales dichos, o por los que globalmente la magistratura como colectivo siente afectados justamente por la falta de individualización de los presuntos infractores; se debe exigir un plus de responsabilidad en el denunciante, no porque el honor de los jueces acaso valga más que el correspondiente a cualquier otro ciudadano, lo que está fuera de cualquier duda que no es así; pero sin embargo es natural y legítima dicha merituación agravada por parte del denunciante, porque la función del denunciado juez tiene una trascendencia pública que el descrédito que se habrá de generar para el caso que no sea real y sincero el objeto de la denuncia, no resultará de fácil restañamiento en la sociedad cívica, atento al trato grandilocuente que a tales cuestiones se les suele brindar en los medios de comunicación, puesto que en ellos no es frecuente que se encuentren comentarios conceptuosos a las labores judiciales; al contrario, abundan apostillas que cuando no calan en la falta de independencia dejan entreverla.

Los ciudadanos todos, nos merecemos en una sociedad decente tratos recíprocos que no puedan ser considerados por sus destinatarios como humillantes: hacer denuncias que conllevan la ofensa colectiva sin individualizaciones, lejos de devolver ciudadanía empasta más aún, la amalgama no cristalina de una vida nacional que siempre parece haber caminado en los umbrales de la juridicidad, porque su patología de base es siempre la anomia <sup>27</sup>. A ello cabe agregar que siendo el Poder Judicial -a diferencia de los restantes poderes- uno tal, en donde el mismo Poder Judicial está encarnado en todos y cada uno de los miembros que lo integran, se impone con mayor necesidad esta distinción de individualización entre dependientes e independientes, puesto que lo que se pone en incertidumbre sin ella, es la propia y futura pervivencia del conjunto de magistrados que quedan atrapados por el denostativo genérico <sup>28</sup>.

De tal forma que cuando se habla de la afectación a la independencia judicial, sin calificar en dónde se materializa y en quiénes se cumple, en realidad lo único que se hace, es terminar activando y participando de un malsano movimiento institucional de descrédito e incertidumbre que

culmina promoviendo que las nociones de dependencia o independencia judicial, esto es el vicio o la virtud de la práctica judicial por antonomasia sean predicables acorde a como ha sido el fracaso o el éxito que en los pleitos individuales el pretendidamente censor objetivo como tal obtiene.

Reducir la envergadura de la institucionalidad de la independencia judicial al resultado de un pleito -como habitualmente acontece-, si bien es tener la escala de las cosas mundanas bastante desvencijada, en rigor y esto es lo que verdaderamente vale: no ayuda al auténtico propósito en el cual ningún ciudadano sanamente puede estar en desacuerdo -salvo el corrupto- como es, que la independencia judicial es un destino siempre en búsqueda de ser logrado.

La independencia judicial, como especie de virtud judicial que es, no se obtiene de una vez para todo el tiempo: sino que se debe cultivar siempre. La incuestionable debilidad de la naturaleza humana hace que siempre ella esté en crisis de fractura: los buenos jueces conocen que todos los días hay que ser justiciero con las propias dependencias para ser realmente independiente y ello, es una práctica constante. Cuando al juez lo gobierna la pasión y no la razón, también su independencia se ha visto fracturada, la sociedad espera jueces confiables desde la razón, el sentido común y el derecho, no genuflexos hombres que resuelven acorde a los humores sociales, cuando no a los designios de los políticos o a las pretensiones de los fervores populares concentrados allende los palacios judiciales.

Por ello, es que la afectación conceptual de la falla en la independencia judicial es tan gravosa a la sensibilidad natural de los magistrados que hacen de ella su habitual andar y que todos los días también se esfuerzan en consolidar. Nadie regala independencia judicial, no se adquiere en un centro comercial, no hay oración que consuele a quien le falta y es su deseo hallarla; ella es un bien intangible de cada magistrado que mal que pese, no está definitivamente consolidada en su pertenencia: los jueces si no son firmes en su lucha, son vencidos.

Por ello lo que al menos los jueces esperan por esa lucha personal y constante, no es que se les salude con beneplácito “por hacer lo que deben ser”, mas tampoco están dispuestos a soportar como Sísifo, que se ponga en duda su independencia en manera desembozada, histriónica e injuriente. Los poderes judiciales para la sociedad -no ya para los jueces-, son cuestiones muy serias que al menos merecen el respeto de la ponderación antes de concretar el análisis negativo.

Que nadie puede dudar que desde las democracias atenienses hasta nuestros días, los hombres que han ocupado cargos en las magistraturas han sido considerados arbitrariamente -o no- dependientes o independientes de quienes hubieran sido causa eficiente para su judicatura, es ello una verdad de Perogrullo <sup>29</sup>.

Que la historia antigua y reciente tiene ejemplos paradigmáticos de jueces dependientes políticamente es un hecho incontrastable. Sin embargo, nada de eso autoriza a quienes particularmente tienen un compromiso cívico más ennoblecido que otros ciudadanos -porque tienen también una función política-, el no advertir que resultaría de una mayor responsabilidad republicana para la sociedad en general y para el Poder Judicial en particular, que en vez de cultivarse la denuncia generalizada por falta de independencia judicial se pueda traslucir un comportamiento socio-judicial que tenga por contenido material, la consistencia de la existencia o al menos las razones de la verosimilitud de la sospecha que *prima facie* autoriza la denuncia de falta de independencia judicial. Sin ninguna duda y

sumamos nuestro auténtico interés y estímulo en ello, porque es definitivamente deseo igualado por jueces y no jueces.

Se podría definir dicho anhelo como una negación a la sospecha mediatizada y adhesión a la verosimilitud posibilitada; todo lo cual propone, a manera de máxima de realización efectiva, estar atento a mediar la denuncia sobre un previo test de proporcionalidad que permitirá contrastar, para así poder *“distinguir las expresiones críticas o incluso acerca (es decir, crueles y desagradables) de las palabras únicamente ofensivas, gratuitamente ultrajantes”*<sup>30</sup>.

Resulta conveniente recordar ahora, que a lo largo de mucho tiempo en filosofía jurídica se discutió acerca de si la conocida por todos conceptualización de la virtud de la justicia enunciada por Ulpiano cuando dice que ella es, *“la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”*, no dejaba un ámbito de indefinición respecto a cuál era el contenido material del derecho. En función de ello fue Kelsen quien escribió páginas exquisitas acerca del mismo fenómeno<sup>31</sup>, pero en realidad todo el problema quedaba reducido a una inadecuada relación que se proyectaba entre los universales y los entes<sup>32</sup>.

De tal forma que si bien la virtud de la justicia tiene por objeto el derecho y éste no es sino, dar a cada uno lo suyo, pues lo suyo de cada uno, es lo que el juez ha terminado por decir acorde al derecho sustantivo y adjetivo que rige y a la misma conciencia individual que desde sus propios miramientos así ha entendido; de tal manera que lo universal en ese caso se vuelve absolutamente individual.

Trasladando en parte ese razonamiento al campo de la independencia judicial, sostenemos que los jueces también aspiran -porque socialmente es valioso- que los quebrantos que a la misma existen, se individualicen en aquellos jueces que sean realmente dependientes de la voluntad externa del poder estatal o de los “poderes meta o para-estatales” o incluso, de sus propios prejuicios; pero en modo alguno, que se esparza la denuncia líquida en cuota partes incomprensibles en la totalidad de la magistratura existente.

Todos los que integramos la sociedad civil, está fuera de cualquier duda, aspiramos y promovemos una justicia independiente, pero debemos ser conscientes de que el camino para un logro comunitario como ese, impone la sensatez del resto de los ciudadanos, sean ellos actores políticos o no. Madurez cívica política la nombrada, que no se percibe cuando se afirma ligeramente la falta de independencia judicial *in genere*, porque en tal contexto esa palabra dicha, afectará a los buenos e independientes jueces y será desatendida por los otros dependientes en tanto no vaya acompañada de un contenido efectivo que materialice al menos precaria y provisoriamente la entonación del nombrado concepto.

Estados -Nacional o Provincial-, municipios, comunas y ciudadanos particulares, pierden o ganan pleitos; mas el triunfo o la derrota en ellos, no puede ser variable de ajuste para testimoniar la gradación de independencia judicial existente; podrá en todo caso evidenciar a más de criterios jurídicos diferentes, desconocimientos jurídicos, irregularidades procesales y por lo tanto susceptibles siempre de ser restaurados o reparados por instancias procesales ulteriores.

Por el contrario, cuando en el pleito una parte es triunfadora por el solo hecho de una incuestionada ética de la pleitesía por parte del magistrado al poder de agentes externos -políticos, económicos, empresariales o comunicacionales- o de agentes internos -otros jueces, prejuicios o



preferencias ideológicas propias- ningún buen juez, sentirá perturbación alguna por la denuncia de falta de independencia en el colega, sino que en rigor y si auténticamente es un juez; gustoso pondrá todos los medios posibles y disponibles para que quien invocando el poder de la función de juzgar <sup>33</sup> favorezca los intereses parciales o sectoriales de otro o de otros, sea rápidamente segregado y sometido al enjuiciamiento que corresponda.

Mas cuando ello no ocurre, y que es por definición el camino del compromiso institucional y de auténtico civismo republicano el seguirlo y se formulen denuncias que lesionan la vida judicial porque invocan defectos a la independencia judicial sin ningún marco al menos de certeza moral de ello; parece que no es conveniente que el Poder Judicial como estructura institucional guarde un silencio respetuoso frente a ello o se sienta imperturbable por lo mismo. Cabe reflexionar que en algunas ocasiones, la magistratura ha visto un nivel de tanta expectación social respecto de estos temas, que asumir un comportamiento de silencio respetuoso puede ser considerado como una muestra de debilidad y que mañana podrá animar -por lo permisivo en dicha ocasión- a que en otros momentos de mayor complejidad y tensión, sea postulado tal proceder como defección institucional.

Huelga entonces afirmar que cuando la magistratura toma posiciones de compromiso y clarificación en lo socio-político de la vida institucional de la República frente a una socarrona y ardidosa afectación a la independencia judicial, en rigor no lo está haciendo desde una autoestima violada o como reacción a su amor propio que ha sido perturbado, sino por el contrario lo está haciendo, desde el compromiso auténtico que tiene con la sociedad que deposita en los jueces, la custodia y respeto a su fama, fortuna y libertad.

Que no se puede desconocer que la vida política presupone desarmonías y hasta también, permite licencias de alguna agresividad, es cierto. Mas los jueces no militan en esas disputas; por el contrario, intentan aunque no siempre lo consiguen, pues cumplir con el único postulado sobre el cual no cabe concesión, como es “dar a cada una de las partes su derecho acorde a lo probado en el pleito y según el ordenamiento legal con independencia, imparcialidad <sup>34</sup> y ecuanimidad” <sup>35</sup>.

Se ha dicho también que la primera y última de las actuaciones indicadas son atributos de la judicatura y constituyen una garantía de los justiciables <sup>36</sup>, mientras que la segunda conforma un atributo de la dignidad del juez.

#### **IV. La esperanza social en los jueces**

De cualquier manera, aun conociendo debidamente lo que decimos cuando hablamos de independencia judicial, corresponde dejar lugar al intento de una aproximación más originaria de ella y que en realidad es la que intenta explicar, cuáles aspiraciones tiene el colectivo social respecto de ella.

Esto es preguntarse acerca de ¿cuál imaginario social existe sobre tal temática? Y sin perjuicio de que las respuestas puedan ser múltiples porque la pregunta tiene una amplitud en su textura que así lo permite, habremos de focalizar dicha pregunta, desde un anclaje en el cual sin duda, parecería que no se puede estar en desacuerdo como es la perspectiva moral.

Hacemos la anterior afirmación porque precisamente, la realización de lo judicial esto es, la actividad jurisdiccional en la contemporaneidad, ha perdido juridicidad y aumentado en moralidad, lo cual se debe entre otras cosas a la vigencia de los movimientos neo-constitucionales que han promovido la existencia y vivencia de los efectos jurídicos de las reglas constitucionales en acto inmediato <sup>37</sup>. Los juristas han tenido que aprender hacer una lectura dinámica, proactiva y operativa de los mencionados textos fundamentalmente en cuanto existen referencias en éstos a la justiciabilidad de los derechos sociales <sup>38</sup> y ello no se explica, si no existen en los jueces verdaderos compromisos que superen los límites normativos y por lo tanto, esté fincada su voluntad en sus compromisos morales y ciudadanos.

De allí aparece obvio, que el magistrado que cumple un rol tan preponderante en la sociedad globalizada de cada comunidad en la que está asentado, resulte visualizado por ella, como aquel funcionario a quien la sociedad le habrá de reclamar compromisos más importantes que a otros ciudadanos porque en verdad también es cierto, le ha otorgado una serie de garantías y defensas institucionales que lo ponen por encima de otros ciudadanos y del resto de los funcionarios del Estado: inamovilidad en sus cargos mientras dure su buen desempeño como también, intangibilidad razonable de sus remuneraciones <sup>39</sup>.

De igual manera y por las mismas razones, serán los jueces quienes tendrán que extremar los cuidados al tiempo de discernir acerca de la manera en que corresponde responder a las injurias de las que puedan haber sido blanco, puesto que no hacerlo con dicho celo, pondría eventualmente en evidencia su misma falta de prudencia en la labor jurisdiccional <sup>40</sup>.

A fuera de ser absolutamente francos corresponde decir, que el juez hasta tiene que asumir los costos de llevar adelante la parte más perjudicial en materia de injurias, porque por una definición psicológica tiene que estar preparado, no sólo para que la ciudadanía no termine de acordar con las explicaciones y razones que son dadas en las resoluciones, sino también, para que exprese su desagrado de una manera no judicial sino absolutamente informal <sup>41</sup>.

Advirtiéndolo de cualquier modo que ello no significa que deba el juez realizar resignaciones extremas, simplemente se le pide que extreme su juicio de cautela <sup>42</sup> en el *hic et nunc* y que por ser juez, deba ser un mejor ciudadano tampoco lo excluye de las garantías y defensas naturales que a todo aquél que habita la polis le corresponde. De tal manera la investidura que ostenta el magistrado le impone que no pueda pretender descomponer los roles profesionales de juez con los personales de mero ciudadano que sienten ofensa por opiniones vertidas en su contra por la actividad lícita de su función judicial, puesto que admitir una dicotomía en tal sentido, sería como autorizar un discurso desde la dualidad moral que por definición no es aceptado y que en el caso de los jueces resulta expresamente rechazado.

A tal punto es de la mencionada manera, que si bien está fuera de toda duda que los jueces, por gozar de dicha investidura no han perdido su condición de ciudadanos, habrán de tener que advertir disminuida su legitimación activa para ejercer ciertos derechos y libertades comparativamente a la manera en que lo hacen cualesquiera de los restantes ciudadanos, particularmente en el amplio espectro de cuestiones que se engloban detrás del conjunto de la libertad de expresión <sup>43</sup>. Particularmente en lo relativo a la denuncia que el juez puede hacer por

ofensas que sienta haber padecido, son atendidas en el punto 22 del Acuerdo firmado en la Reunión de Expertos Juristas (Syracuse-Sicilia, 25 al 29/5/81) <sup>44</sup>.

De alguna manera se puede tener por suficientemente condensada dicha exigencia cívico judicial como un cierto tipo de compromiso social que se le impone al juez, que bien puede ser nombrado como “supererogatorio” <sup>45</sup>; porque en rigor el nombrado está impuesto de una realización de máxima disposición a distribuir bienes en el conjunto social, sea ello por los propios actos que cumple y por lo tanto en la esfera de sus competencias profesionales, como por los que pueden ser impuestos a terceras personas e integrantes de la sociedad civil sin otro título.

Resulta de manera incuestionada que la realización supererogatoria que la sociedad focaliza en los jueces, está mirando particularmente al modo en que ellos cumplen el ejercicio de la función judicial y que descontentadamente se lo pretende al juez probo y por ello, independiente, imparcial y ecuánime; así las cosas hechas, la sociedad podrá advertir que el juez -además de tener una función institucional y social de máxima relevancia- puede integrar a ella un propio servicio de realización ciudadana. En esta coincidencia de función y servicio, el juez pone en grado de evidencia externa su mismo compromiso moral con lo que realiza y ello es importante que ocurra y se visualice porque la sociedad es quien ya no acepta, las disociaciones entre compromisos públicos de la función y las debilidades privadas con trascendencia pública que dichos funcionarios puedan llegar a tener <sup>46</sup>.

Vale la pena insistir, tantas veces como ello corresponda, que el juez no sólo ha de ser justo sino que también debe parecerlo -obviamente porque lo es- y con ello, se aventaja toda imagen del *iudex suspectus*.

Cuando el imaginario social piensa en la independencia judicial, la quiere presente en todos los ámbitos del juez y en su máximo nivel en todo tiempo; no existe para el juez un espacio biográfico en donde pierda su carácter moral de magistrado y ello le impone una rutina de co-gestión social siempre y de modos de socialización igualmente particulares. Desde este punto de vista, las apariencias de la vida judicial resultan claramente inspiradoras para la sociedad cívica en general y, por lo tanto, son generativas de confianza pública, aquella que se resume en el adagio inglés que reza: *justice must not only be done; it must also be seen to be done* <sup>47</sup>.

La exposición moral del magistrado es requerida *urbi et orbis*, mas para que ello pueda ser alcanzado se exige una tarea constante de cultivo. La independencia judicial no es ganada de una vez para siempre, sino que todos los días los jueces renuevan su esfuerzo y luchan por ser auténticamente independientes y no se satisfacen con una marquesina de independencia sino que aspiran a serlo integralmente; creer lo contrario y tener la convicción de que la independencia es un triunfo que una vez logrado puede ser permanentemente conservado, es colocar la independencia en la misma categoría a lo que sería una cosa material que puede ser fácticamente custodiada. Y ello es un error.

La independencia judicial es una virtud judicial, por lo que su realización se inscribe como una práctica bondadosa y en función de la cual, como toda virtud, exige del hábito constante de su mantenimiento y no hay habitualidad en la realización si no existe tampoco firmeza intelectual en la ponderación de las consideraciones que en modo corriente aparecen como afectatorias a ella <sup>48</sup>.

## **V. Obstáculos para una justicia independiente**

Acorde con el desarrollo que venimos planteando que tal como se advierte, ha intentado no caer en el lugar común de análisis de este problema y por el cual de ordinario se deja centrada la independencia judicial, como una realización judicial que se ubica en el extremo opuesto de quien siendo juez, se siente comprometido con una respuesta jurisdiccional que es solicitada expresamente -o no- por un tercero que ejerce algún grado de influencia sobre su persona; para ubicarlo nosotros al tema, en una instancia diferente y en términos de moralidad como de práctica esforzada diaria para hacer de la función judicial un verdadero servicio judicial.

Comprenderlo de esta manera, presupone estar atentos a que los mejores jueces habrán de luchar contra la dependencia judicial en forma habitual, ya sea porque dichas obstrucciones a la independencia se han generado natural o artificialmente.

Trataremos entonces de formular una taxonomía de obstáculos a la independencia judicial a partir de la interrogación que haremos a determinados fenotipos judiciales, porque parece que a veces olvidamos que quienes son -o no- independientes, son ciudadanos que cumplen con funciones judiciales y por lo tanto, no pueden escapar ellos a denominadores comunes respecto de que existen ciertas condiciones de base psico-individual o psico-social, que en muchas ocasiones ayudan o deterioran la relación que debe existir entre el binomio hombre-juez con el otro de juez-independencia.

Lo que estamos diciendo es que como naturalmente existen algunas personas que están en mejores condiciones de ser independientes que otras, habrá que trabajar pedagógicamente para fortalecer aquellos que estén -por defecto- en una situación de mayor vulnerabilidad que los restantes, para que en definitiva, puedan ser ellos con dicho plus, jueces de máxima independencia a pesar de que individual o socialmente y por razones naturales o artificiales, se adviertan impregnados de alguno de los mencionadas aspectos amenazantes para el cumplimiento de su función social de juzgamiento.

Vamos a describir tres niveles de afectación y en cada uno de ellos, apuntaremos un modelo fenotípico judicial. Así decimos que los obstáculos pueden ser: naturales, artificiales e institucionales.

### *1. Obstáculos naturales*

Los obstáculos naturales también los podemos ubicar desde otro ángulo como tópicos psicológicos que existen en ciertos individuos como susceptibilidades personales y que en términos generales hay que señalar, que con un adecuado entrenamiento pueden ser perfectamente sorteables y superables. A esta categoría se refieren todos aquellos individuos que por razones idiosincrásicas <sup>49</sup> o temperamentales <sup>50</sup> se les puede achacar no ser poseedores de un carácter relativamente firme. Así es como se puede preguntar: ¿Las personas con un temperamento lábil o temeroso, pueden ser jueces independientes?

Aclaramos que cuando nos referimos a las realizaciones humanas del hombre lábil o temeroso, nos estamos refiriendo a aquella persona que

naturalmente cede sus propias convicciones frente a las oposiciones o cuestionamientos que son formulados por otros.

Sin embargo, la misma pregunta convendría hacer, con relación al supuesto caso en donde quien aparece como juez, sea una persona que tampoco tiene la capacidad de modificar sus propias convicciones a partir de un proceso de relativa evidencia analítica, con lo cual la pregunta ahora sería: ¿pueden las personas que son indóciles, ser jueces independientes?

Por último, integran también el mencionado fenotipo, aquellas personas que ejercitan la misma indocilidad no ya con relación a terceras personas como en el caso anterior, sino respecto de actos que le son propios a ellas mismas. Podemos preguntar entonces: ¿si las personas que no pueden superar sus propios prejuicios acerca de ciertos temas o de determinados individuos, pueden ser jueces independientes?

Volvemos a señalar que se tratan los mencionados modelos judiciales implicados fenotípicamente, incursos en una categoría de problematicidad que en modo alguno resulta insalvable sino que por el contrario son dichos escollos de fácil superación a partir de diferentes estrategias colaborativas que en términos psicológicos se pueden brindar y por lo pronto, lo primero que corresponde hacer, es formular una simple pero franca autoinvestigación por los propios jueces, para conocer si se encuentran personalmente en algunas de las condiciones de vulnerabilidad que hemos apuntado o eventualmente solicitar la asistencia profesional correspondiente a dicho resultado.

Desde este punto de vista, hemos tenido ocasión de sostener públicamente, la conveniencia que resultaría para los propios poderes judiciales que en forma regular y absolutamente rutinaria, los magistrados pongan en marcha procesos de contra-transferencia terapéutica o psicológica.

## *2. Obstáculos artificiales*

En el segundo de los niveles que presentamos, se ubica un conjunto de obstáculos para la magistratura independiente que tienen su emplazamiento en circunstancias que nombramos como artificiales, porque justamente no tienen pertenencia originaria con el carácter propio del individuo, sino que han resultado ellas y se han visto favorecidas en su mantenimiento, por el propio contorno socio-global al que los magistrados naturalmente están expuestos.

Se trata en realidad entonces, de tópicos que bien pueden ser considerados sociales y tienen un grado de razonable superación exitosa; debiendo apuntarse que a tales resultados dichas técnicas de frenaje se dan en función del mismo servicio judicial que ha creado -o al menos es lo esperable- las fortalezas hacia adentro que permiten en consecuencia, que determinados comportamientos individuales afectados por los nombrados obstáculos, puedan ser modificados a la luz de la misma contención que la propia estructura institucional del Poder Judicial promueve.

Uno de los fenotipos que se pueden presentar en este ejercicio obstativo a la independencia judicial, tiene su origen en la falta de asunción por parte del juez, que el reclamo por la justicia o la lucha por el vencimiento a la injusticia que los ciudadanos se dispensan en las sociedades, particularmente cuando las pretensiones reivindicantes de esas cuestiones abandonan la esfera patrimonial y se instalan en la profundidad de los

proyectos de vida que son valiosos para unos pocos y despreciados para otros tantos. O cuando existen demandas de actos de justicia en función de apetitos, creencias o motivaciones que aparecen singulares y propias para un grupo minoritario -y despreciado ello por el genérico colectivo social- y son de cualquier manera reclamados en los estrados judiciales.

En esas ocasiones y bajo las mencionadas condiciones es donde se muestra con cabal persistencia el *homo juridicus*<sup>51</sup> que resulta la manera contemporánea de vivir socialmente, es cuando los poderes judiciales -en definitiva los jueces- muestran que esos proyectos de vida aun a costa de ser extraños para el común de la sociedad no pueden ser privados de respeto y atención en una sociedad plural y tolerante y que, por lo tanto, deben recibir *prima facie* acogida favorable en derecho, aunque la gran mayoría de los ciudadanos estén en desacuerdo o promuevan una opinión negativa respecto de tal resolución<sup>52</sup>.

Piénsese en este orden, diferentes presentaciones invocando la vía del amparo judicial que promuevan el cambio de opción sexual de la persona, invocando que el sexo físico no se compadece con el sexo psicológico y emocional de ella; o cuando se opta en función de las manifestadas creencias religiosas del justiciable en reconocer favorablemente que no se le imponga de determinadas indicaciones terapéuticas básicas que se le haya podido prescribir aun cuando de ello, pueda seguirse en proyección un desenlace vital<sup>53</sup>.

En todos esos casos y también en otras cuestiones incluso de carácter patrimonial, en donde los jueces poniendo el énfasis en la equidad de la respuesta judicial antes que en la normatividad de los derechos creditorios, dictan resoluciones que pueden parecer -y quizás en estricto derecho objetivo lo sean- desventajosas para los acreedores o no participados por una opinión común mayoritaria; pues en todos esos casos, los jueces están cumpliendo con una función que la sociedad moderna tiene reservada sólo a ellos, como es, la de cumplir con el ejercicio contra-mayoritario<sup>54</sup>.

Sin jueces que asuman en la sociedad contemporánea un rol contra-mayoritario y por dicha razón también es posible que aparezca contra-intuitivo, se tendrán jueces que no son auténticos agentes de cambio social alguno y por lo tanto, la sociedad habrá de tener sus incuestionadas modificaciones entrópicas generadas desde otras fuentes no genuinas, que hasta posiblemente pueden llegar a ser, de factura revolucionaria y por ello ajenas a todo proyecto de realización de auténtica democracia deliberativa en donde la función de la magistratura es estar atenta y vigilante a los estímulos sociales y asegurando que los efectos que de allí se siguen son respetables desde la moralidad individual que también puede ser colectiva, porque son el resultado de la deliberación judicial y no de la mera suma de las representaciones mayoritarias cuantitativamente hablando.

En realidad, el Poder Judicial se consolida contra-mayoritariamente cuando ha podido lograr garantizar, mediante un mecanismo efectivo la vigencia completa de la Constitución<sup>55</sup>, no sólo en los ámbitos reducidos de una determinada discusión controversial entre particulares, sino cuando se ha extendido esa actuación eficaz al resto de los poderes políticos y sociales existentes<sup>56</sup>.

Que los jueces puedan cumplir adecuadamente con su función contra-mayoritaria impone que dichos magistrados asuman también que pueden llegar a ser repudiados socialmente por la resolución que hayan así dictado<sup>57</sup>; porque precisamente el conjunto -o sea la mayoría social- opinará negativamente acerca de tal resolución que admite un extravagante

proyecto de vida amparado -exclusivamente o no- en un ejercicio de la autonomía personal <sup>58</sup>. Por ello es que bien se puede consultar: ¿los jueces que ejercen la magistratura mayoritariamente esto es, con los humores, gustos y usos sociales, pueden ser considerados independientes?

Cabría agregar que en los tiempos contemporáneos una manera inequívoca en la que se manifiesta cierto ejercicio de la judicatura en modo mayoritario, es hacerlo acorde a los propios derroteros que en manera no tan sutil a veces, los propios medios de comunicación social van imponiendo, de forma tal que la mediatización de lo judicial pase a una instancia ulterior más compleja, en donde se concluya en una auténtica introyección judicial de lo mediático y la realización contra-mayoritaria de los jueces, no sea efectivamente cumplida primariamente por ellos sino por los medios, los que luego resultan ser seguidos por las respuestas judiciales que se dictan.

Obvio es decirlo, cuando las causas judiciales tienen niveles de notable interés socio-periodístico, los jueces no pueden asumir un comportamiento acríptico respecto a ello y presentarse entonces, como “jueces carentes de juicio” y por lo cual, se tornan merecedores de una inocultable carencia fundamentatoria en el discurso que puedan utilizar <sup>59</sup>, porque en realidad dicho análisis ponderativo ha sido efectuado antes los medios de comunicación social, con lo cual quedaría a la vista que las aportaciones que en la década del '60, Mac Luhan ya había formulado respecto de la influencia de los *mass media* ha ido progresivamente ampliando su espectro y ha penetrado en las clases intelectuales poderosas como obviamente son los jueces <sup>60</sup>, de tal forma que la profética afirmación de Edmundo Burke en el Parlamento Británico, cuando señalando a la tribuna de la prensa indicara “He aquí el cuarto poder”, ha resultado ser superada por la misma realidad de las cosas.

El mencionado fenómeno se advierte existente en algunas sociedades latinoamericanas, donde la función contra-mayoritaria de los jueces ha sido prácticamente cedida a los medios de comunicación y de allí, una vez que ha sido instalada y goza de algún grado de acompañamiento social es atendida judicialmente. Obviamente que una secuencia cumplida de esta manera, está poniendo en grado de evidencia una profunda confusión respecto de los diferentes roles que corresponde que sean cumplidos por uno y otro <sup>61</sup>, pero es indudable que si alguno de los dos tiene la responsabilidad política y moral de evitar ello, son precisamente los jueces y cuando no lo hacen, muestran un incuestionable carácter melindroso en modo alguno aceptable para quien ejerce una representación tan honrosa socialmente.

Dijimos más adelante que la manera en que se controvierde o detiene esta realización obstativa a la independencia judicial, es mediante el propio fortalecimiento que el juez afectado reconoce en el Poder Judicial que integra. Por ello es que resulta tan importante la existencia de una estructura judicial que tenga parámetros deontológicos semejantes para todos los jueces, porque de allí resultará que la fortaleza de muchos y buenos jueces sostendrá y solucionará la debilidad de algunos pocos hasta tanto se pueda transformar esa situación crítica personal del magistrado en una auténtica fortaleza. El déficit personal puede ser reconvertido virtuosamente en función de las buenas prácticas internalizadas en la realización corriente, por la mayoría de los jueces.

Cabe decir que conjugar un ideario con dichos rasgos comunes entre la magistratura y, por lo tanto, acompañar en el proceso de debilidad a

algunos jueces, inicialmente los magistrados deben estar convencidos de que la sociedad contemporánea es una en donde el conflicto humano resultará constante y no habrá ocasión donde ello pueda ser sorteado: vivir socialmente es hacerlo en ámbitos de conflicto y la justicia que responde al conflicto es también otro nuevo conflicto <sup>62</sup>; de allí, que pensar que en alguna ocasión la función contra mayoría podrá ser abandonada es promocionar una imposibilidad.

Por lo cual, corresponderá que se potencien los niveles de compromiso ético de los magistrados para que cada uno de ellos, pueda ser de suficiente contención para los restantes; pero corresponde insistir que no le resultará posible a la magistratura ejercer dicho rol sin, a la vez, estar expuesto y dispuesto a la crítica pública del colectivo social, lo cual a su vez habla también, de su misma independencia. La figura del juez ha salido de los recoletos espacios y estrechos límites de su despacho y se revela públicamente tanto para la censura como para el halago <sup>63</sup>, vuelve a aparecer aquí, pero desde otro perfil, la incuestionable función política que tiene el juzgar <sup>64</sup>.

### *3. Obstáculos institucionales*

Queda finalmente por atender el último de los esquemas obstativos a la independencia judicial y que en realidad, parece ser al que habitualmente se le presta mayor atención, por estar implicado en la misma construcción de poder estatal que el Poder Judicial tiene y que por ello irradia hacia fuera de su propia estructura.

En este caso, decimos que se trata de un tópico político y la manera en que puede ser superado es a partir de un comprometido esfuerzo del propio magistrado para lo cual, la propia creencia favorable que exista en el colectivo social acerca de la magistratura será una pieza de ajuste para la posibilidad de superación o no de él.

Desde este punto de vista, es que la totalidad de los magistrados pueden ser considerados como una unidad por el colectivo social y a su mirada, aparecen ellos como socialmente creíbles o no. Y en la medida que sea lo primero, o sea confiables moral y jurídicamente, resultará absolutamente defendible una posición que desde lo individual de cada magistrado aparezca como superadora de la presunta afectación que a la independencia judicial se le haya podido imputar; mas cuando el colectivo social no tenga confianza alguna en la magistratura, porque a su vez ella, no ha podido mostrar públicamente ningún grado de seriedad, continuidad y gestión acorde a los compromisos naturales de un Poder Judicial contemporáneo, difícilmente el magistrado individual y aun siendo en modo real y no retórico independiente, pueda seguir siéndolo y para el supuesto caso de que lo lograra, resultará muy aleatorio que pueda generar un convencimiento en ese sentido dentro del agregado social.

Es por la mencionada razón que resulta de tanto interés que el conjunto de magistrados en una función corporativa y en defensa propia, formulen políticas proactivas que ayuden a emplazar pautas de confianza y fiducia social mediante compromisos militantes con una sincera consideración de la ética de la función pública. A modo de prieta síntesis de los aspectos principales que de ella resultan, se puede recordar los análisis y conclusiones de la llamada "Comisión Nalam", que fuera creada en Gran Bretaña en 1994 y que tuvo como resultado final, la elaboración del informe



denominado “Normas de Conducta en las Instituciones Públicas” y que desgranar las ponderaciones de siete principios básicos que deberían regir en las instituciones públicas, a saber: pluralismo, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo <sup>65</sup>.

Huelga indicar que a tales resultados la estrategia operacional presupone cuestiones tanto de fondo como de forma. Lo segundo, en cuanto se deben mejorar los caminos comunicacionales con la sociedad, asegurando que el mensaje de los jueces tenga la menor cantidad de interferencias mediáticas para que de esa manera, se trasmita lo que realmente importa <sup>66</sup>. De fondo, asumiendo la magistratura que la sociedad aspira poder palpar compromisos concretos y operativos por los jueces y no siendo suficiente que lo sea de unos pocos de ellos, sino reclamándose al conjunto y para ello, sin duda que los sometimientos voluntarios a códigos de ética judicial o la difusión respetuosa pero efectiva del patrimonio de los magistrados, pueden ser una muestra suficiente de preocupación en tal sentido.

Particularmente porque con ello, los jueces pondrían de manifiesto ante la sociedad, una disposición a querer colaborar desde la acción y el sacrificio con el bien común de la propia *polis*, al ser ellos mismos quienes remueven las garantías constitucionales que eventualmente podrían ser invocadas para rechazar dichos capítulos. Lo primero se explica indicando que la invocación judicial de que los jueces sólo están obligados al sometimiento a la Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten, denota una lectura exegética del propio texto constitucional que no se condice con las hermenéuticas de dinamicidad de dicha norma fundamental y de la discusión en torno del conflicto de derechos, como que no se advierte que resulta ínsita en la Constitución la condición de que quien no cumple con pautas éticas que hacen a la convivencia pacífica en la República, en realidad no puede ampararse en ella para decir que no le impone comportamientos determinados <sup>67</sup>.

En cuanto corresponde al segundo de los capítulos, no se trata de que los jueces no tengan una norma positiva que les imponga transparentar su patrimonio y presentar sus declaraciones juradas <sup>68</sup> -puesto que no es posible que así sea-, sino que los jueces deberán remover desde sus propias competencias formales y materiales -*per se*- los obstáculos para que ello sea advertido socialmente <sup>69</sup>. No para que con esto se solace en la morbosidad curiosa la sociedad, con lo mucho o poco que los jueces tengan, sino para que la sociedad conozca mediante actos positivos concretos que el magistrado por ese solo hecho, tiene un compromiso con la sociedad que está por encima de los que se imponen a los otros ciudadanos y que se compadece -presumidamente- con una envergadura moral que debe ser superior a los beneficios legales que se pueden ponderar de las aplicaciones normativas en torno al estatuto del magistrado.

En realidad, mientras mayor transparencia y difusión de datos exista -no sólo económicos de los jueces- de lo que ocurre hacia dentro de la administración de justicia, mayor grado de confiabilidad de ella se podrá tener y por lo tanto, el ciudadano acompañará de manera distinta los diferentes acomodamientos que institucionalmente se van produciendo.

Desde esta perspectiva del análisis, diríamos que una de las maneras en donde aparece impedida la visualización de la independencia judicial es cuando en rigor, la propia organización estatal -no judicial- esté fuertemente corrompida. Lo cual no significa que por el solo hecho de compartir la estructura judicial con otra de poder que se encuentre corrompida, dicho

efecto negativo deba trasladarse directamente a lo judicial, claro que no. Sin embargo pues, que será de mayor complejidad para los jueces probos el poder mantener adelante y vertebrado un proyecto de realización judicial impoluto, cuando todo al costado suyo se encuentra atravesado por variables de la corrupción.

Definitivamente, una organización estatal y mucho más si parcialmente la judicial se encuentra con esas características, asfixia a cualquier magistrado que quiera o que sea diferente al modelo imperante, o el sistema termina triturándolo hasta que despedazado ya no resulta útil o logra con una política menos ofensiva como definitivamente exitosa, retirarlo del sistema judicial para que no complique o demore los resultados previsibles.

Huelga señalar que los temas referidos a corrupción judicial -que en realidad es una variable de la polinómica de la corrupción y que por lo tanto se expande a todo el Estado- no son menores y tampoco son patrimonio propio de países latinoamericanos, con lo cual, el esfuerzo que hay que hacer desde cada uno de los derechos nacionales es constante en el tiempo y nunca resultará tampoco suficiente. A esos efectos basta con tener presente que de acuerdo al informe 2007 de 'Transparencia Internacional', sobre 180 naciones que fueron relevadas, Argentina aparece en el lugar 105, lo cual la ubica entre los países de mayor corrupción en América Latina con apenas 2,9 sobre 10 como índice de su calidad institucional.

Que ello no obsta a que conozcamos casos en donde existiendo una corrupción medible en alguna escala, haya sido el propio Poder Judicial quien lograra hacer el esfuerzo de la reconversión y en alguna medida terminara por triunfar en la contienda de lucha contra la corrupción, como no puede ser apuntado el caso de la justicia italiana en las llamadas intervenciones de *mani pulite*, pero sin duda que los ejemplos son excepcionales.

En un país donde el Poder Ejecutivo y el Legislativo tienen una clara debilidad en la confianza pública por la falta de transparencia de los actos que son cumplidos por ellos, es de difícil consecución un Poder Judicial que durante mucho tiempo pueda resistir a un choque frontal y despiadado aun cuando resulte absolutamente cierto la inexistencia o baja cantidad de magistrados a quienes les corresponde el adjetivo de ser corruptos.

Con independencia de los mencionados casos, que son límites y extremos pero -reiteramos- posibles, no se puede dejar de hacer una referencia al menos a una situación que habitualmente se ha confundido como muestra de pérdida de independencia judicial y que cuando no están suficientemente afiatados el espíritu y la institucionalización de roles de gobierno del Poder Judicial es posible que haya peligro de que tal situación se genere.

Estamos refiriéndonos a situaciones en donde el Poder Judicial tiene que establecer en forma impostergable conversaciones con los otros poderes, particularmente con el Ejecutivo en función de que ambos, cada uno a su manera, están administrando la cosa pública y buscan hacerlo de conformidad con la mejor y adecuada distribución del bien común; y pues para llevar adelante dicha realización se impone establecer en algunas ocasiones políticas comunes para la coordinación de ambos poderes atribuyendo, en consecuencia, roles y competencias, definiendo agendas de trabajo y promoviendo modos de resolver los problemas comunes.

En síntesis, para una serie importante de temas y, por lo tanto, al máximo nivel de cada uno de los poderes del Estado, habrá de existir una

ósmosis del Poder Judicial con el Poder Ejecutivo y aquí la interrogación queda centrada en responder: ¿resulta posible que un magistrado sin adecuada entereza moral y capacidad de diálogo con los otros poderes, pueda defender con madurez republicana la independencia judicial?

La respuesta está sin duda en los dos niveles obstativos anteriores y que superados ellos, pondrán en grado de evidencia, la firmeza en la definición y, por lo tanto, la ausencia de labilidad en las decisiones junto con un reconocimiento que no le corresponde sino al Poder Judicial en ser poder contra mayoritario, como la propia estatura moral de la magistratura en su conjunto. Todos ellos, serán los elementos que habrán de permitir que quien discuta las políticas de estado del Poder Judicial con los restantes poderes, lo haga entonces desde un nivel de equilibrio y no disfuncionalmente.

## **VI. Un Poder Judicial independiente**

En realidad todo lo que hemos propuesto, lo ha sido al efecto de desbrozar un camino que nos acerque lo más posible, a un concepto de independencia judicial que no sólo aparezca como creíble de ser alcanzado, sino que en realidad resulte aprehensible a los ciudadanos que diariamente piensan en los jueces que tienen; y que lo hacen agregando alguna cuota de lamento. Como así también buscando dejar algún aporte a los jueces que se afectan, porque no terminan de comprender las maneras adecuadas en que las relaciones futuras entre sociedad y justicia habrán de estar centradas.

Pues por lo pronto habrán de dejar de ser ellas unas que se establecen en función de lejanías tal como aprendimos del lacónico proverbio de que los jueces hablan sólo por el contenido de sus sentencias, para ser una relación de cercanías y por ello, de creencias morales en la función pedagógica de los jueces. En dicho contexto, no podrán ser ellos, individuos que tengan una vida privada ostensiblemente ruidosa o ruinoso, o donde los niveles de concesiones que socialmente se les brinde sea de una gran amplitud; por el contrario, la sociedad no debiera tener ninguna licencia con los jueces y a cambio entregarles la suma de confianza pública en los actos jurisdiccionales que cumplen. De esta manera las resoluciones que se dictan, estarán sostenidas en lo jurídico desde el derecho vigente y en lo moral, desde el propio compromiso de coherencia de vida que tiene quien a ella dicta con lo que efectivamente predica en su propia vida personal.

De tal guisa se puede decir que la independencia judicial viene a mostrarse como un resultado no residual sino productivo de un conjunto de factores que han tenido una adecuada convergencia y que en nuestro caso, hemos desarrollado bajo el criterio de obstáculos a ser superados. Mas también se impone destacar que la independencia judicial así lograda, nunca es conclusión de un camino sino que es inicio permanente del auténtico modo en que la administración de justicia se puede desarrollar. Es la independencia judicial la condición necesaria para un adecuado y orgánico "sistema de administración de servicio y función de justicia".

Sin independencia judicial, de todas formas, existirá sistema judicial, pero será meramente administrativo en orden a que se habrán formalizado quiénes y cuáles roles son cumplidos por tales o cuales operadores del sistema, pero sin ningún grado de compromiso en la función que se cumple y en el servicio que se realiza, en ambos casos con una clara desorientación a la satisfacción del bien comunitario, el que se verá conquistado no como fin primariamente deseado sino como efecto residual obtenido.

Un sistema de administración de servicio y función de justicia para ser auténticamente tal, deberá mostrar en manera prístina, una forma de realización de la judicatura en cada una de las instancias como bondadosa, o sea, no meramente encontrando la satisfacción a los intereses controversiales con la respuesta que en derecho positivo corresponda sino también, con un inocultable compromiso moral en la respuesta jurisdiccional porque se habrá terminado por entender, que los grados de implicancia de la moralidad social en el derecho vigente no pueden estar ausentes y la totalidad de los textos normativos, de la Constitución para abajo, aceptan una lectura moral <sup>70</sup>.

Un sistema con tales características aspirará a ser considerado también, no como inmóvil sino absolutamente dinámico y por ello, bien se podrá predicar que de esta forma, será imperativo de su funcionamiento un apotegma que diga **“por una justicia en tránsito de ser mejor”**. Ello en realidad presupone un estado de permanente movilidad hacia una meta ulterior superadora, por ello el carácter de tránsito y el calificativo de que el nuevo resultado pueda ser mejor, hace desde ya suponer que sobre el cual se emplaza y dispara el momento ulterior, tiene una intrínseca cuota de bondad y plenitud que posibilita el futuro superador.

A modo conclusivo se deben señalar entonces, tres características que se pueden predicar de una justicia en tránsito de ser mejor: a) Que resulte tener una cuota suficiente de *eficiencia* en su realización. O sea que tienda a ser cada vez menos burocrática, más descentralizada y tecnológicamente avanzada; b) Que intrínsecamente sea una realización que brinda adecuados niveles de satisfacción *equitativa* a los ciudadanos que demandan su intervención; c) Que los jueces que componen dicho sistema asuman compromisos adecuados de una realización *ética* que sea compatible con un mínimo común social y que a la vez permita, que se conviertan ellos en verdaderos agentes del cambio social porque en verdad son referentes sociales <sup>71</sup>.

Una justicia en tránsito de ser mejor, huelga reiterar, presupone un modelo de juez <sup>72</sup> que no sólo sea un juez que custodie las formas y legalidad del procedimiento y que por lo tanto, se oriente como un exitoso “juez-guardián”; sino que también pueda hacer entrar en conflicto sus decisiones con las instituciones político-representativas que *prima facie* aparecen controvirtiendo las definiciones axiológicas o de principios que se sostienen desde lo profundo al ordenamiento político jurídico. Todo lo cual significa, que el juez deberá asumir frente a cualquiera, su rol de auténtico defensor de los contenidos constitucionales que aparecen como ha nombrado Ferrajoli, de cuestiones que son “políticamente indecibles” y por ello, no disponibles para ninguna autoridad singular <sup>73</sup>, entonces, no debe ser un “juez político partidario”, sino que tendrá que ser uno que pondere en todo tiempo la solución concreta que le toque resolver con máxima responsabilidad cívica además de jurídica.

En realidad hay que decir, que el futuro exitoso y remozado de las instituciones políticas democrático-deliberativas habrá de venir desde la misma sociedad cívica que impondrá los nuevos vientos y que en la medida que el tránsito y la consolidación de ello sea en términos de pacificación social y no irrupción violenta del orden institucional, quienes previsiblemente podrán aparecer como liderando dichos cambios serán los jueces, quienes también definitivamente lo cumplirán con máxima

responsabilidad cuando terminen de advertir cuáles son los nuevos requerimientos que la sociedad civil está formulando.

Bien se podrá decir, que la “revolución moral” que cualquier República en algún momento debe tener para poder ser tal, se encuentra irremediabilmente en marcha, como que los jueces habrán de ser sus líderes <sup>74</sup>. Proponemos calificar a dicho modelo de juez como “juez moral”.

Notas:

\* Académico de número. Secretario del Instituto de Filosofía de Derecho; Director de Publicaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Así nos hemos ocupado en el volumen 2 (1999): “Introducción a la argumentación forense”; en el volumen 3 (2000): “La argumentación jurídica y el silogismo forense”; en el volumen 6 (2003): “El discurso forense: sus partes”; en el volumen 9 (2006): “Integración de las reglas de la argumentación y su aplicación en la jurisprudencia”. En todos los casos: Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>2</sup> Desde tal perspectiva nos hemos referido en el volumen 4 (2001): “La sentencia judicial”; en el volumen 5 (2002): “Aportes para una teoría fenomenológica de la decisión jurisprudencial”; en el volumen 7 (2004): “La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la jurisprudencia del T.S.J. de Córdoba”; en el volumen 8 (2005): “Razonamiento forense y reglas de la sana crítica racional”. En todos los casos: Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>3</sup> Al paso que destacamos los siguientes criterios útiles para el desarrollo ulterior. Por derecho judicial comprendemos un conjunto de prácticas profesionales que se cumplen en el espacio judicial, acorde con ciertas rutinas institucionalizadas y a la vez, con un amplio campo de discrecionalidad por parte de quienes están investidos de autoridad para así realizarlo y que, por lo tanto, construyen un subcircuito en el derecho judicial, que es nombrado como el derecho de la judicatura.

En síntesis entonces, el “derecho judicial” resulta operado por la totalidad de agentes que sustancial o incidentalmente tienen cabida en su realización: abogados, jueces, peritos, auxiliares judiciales, testigos, etc. En cambio, el “derecho de la judicatura” es prioritario y excluyente de los jueces, porque en realidad sólo ellos tienen, la *iurisdictio* con los atributos que ella confiere.

<sup>4</sup> Vide O. GHIRARDI, “Motivación de la sentencia y control de logicidad” en La Ley Córdoba, Nº 1, 1984, p. 1027 y ss.. Del mismo autor en su versión más completa “Logique de la cassation (Erreurs in cogitando) Une réforme dans la province de Cordoba” en *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif* Nº 34, 1988-3, Presses Universitaires D’Aix Marseille.

<sup>5</sup> La Mesa del Diálogo Argentino: Comisión Perfil del Juez; se refirió en su momento a los siguientes: idoneidad técnica jurídica, físico-psicológica, ética y gerencial.

<sup>6</sup> Ello no excluye que la hayamos tratado con máxima preocupación en otro lugar, a tal efecto ver nuestro libro *Códigos de Ética Judicial. Discusión, realización y perspectivas*, Buenos Aires, La Ley, 2008 (en prensa).

<sup>7</sup> Se ha señalado que la “pluralidad de contenidos de subordinación y de la dependencia pone de manifiesto por sí misma la imposibilidad de utilizar el concepto de independencia en un sentido absoluto, como ausencia de cualquier subordinación en cualquier campo de la conducta” (I. DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 58).

<sup>8</sup> “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un *tribunal independiente e imparcial*, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (el destacado es nuestro).

<sup>9</sup> Allí se indica que “Los jueces individualmente deben ser libres. Su función consiste en decidir los asuntos desde su imparcialidad, y de acuerdo con su conocimiento de los hechos y del derecho, sin ninguna restricción, influencia, inducción, presión, amenaza o interferencia, directa o indirecta, de cualquier instancia o por cualquier razón” (art. 2.2. instrumento citado).

<sup>10</sup> Puede parecer una elección arbitraria la fecha de la Revolución Francesa, sin embargo creemos que son varias las razones que la sostienen. Por una parte, porque es allí donde se visualiza en manera efectiva, qué cosa es la que hacen los jueces cuando intervienen en las causas que les corresponden, porque en tal ocasión es que se puede decir en términos amplios que queda impuesta la obligación de dar razones de los resultados que se propician.

Sin la exigencia de dar razones, obviamente tampoco se puede conocer muy bien, si los jueces son o no independientes (vide Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, p. 33 y ss.; del mismo autor. "Las motivaciones de las decisiones judiciales" en *La Motivation des décisions de justice*, Bruselas, Bruylante, 1978, ps. 415-426).

<sup>11</sup> Lo de "garantía inmunitaria" de los jueces lo hemos desarrollado en un artículo intitulado "La politicidad de la judicatura" publicado en Revista Jurídica Paraguaya La Ley, Nº 6, 2006, p. 633. En tal lugar, especial referencia se hace a Roberto Espósito en su libro *Comunitas - Origen y destino de la comunidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 2003, y al que se puede agregar hoy del nombrado, *Categorías de lo impolítico*, Buenos Aires, Katz, 2006, donde abunda en los respectivos desarrollos.

<sup>12</sup> Preferimos utilizar -y siguiendo a Otfried HÖFFE- sociedad cívica y no sociedad civil. Decimos que ella se puede reconocer como "numerosas organizaciones civiles, en los medios (masivos) y en la figura de intelectuales, no es Estado, sino sociedad, pero con responsabilidad por lo público. En ella, también el ciudadano moderno, sin ser legislador o ministro, practica un podo el doble rol de gobernante y gobernado" (*Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo*, Buenos Aires, Katz, 2007, p. 103).

<sup>13</sup> Vide J. GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los hombres frente al derecho*, Madrid, Aguilar, 1958, p. 597.

<sup>14</sup> Se ha dicho "que la independencia judicial será aquella que permita al juez resolver los asuntos de su incumbencia profesional sin interferencias de terceros" (J. AULET, *Jueces, política y justicia en Inglaterra y España*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1998, p. 491). También se ha dicho que "La independencia del juez por tanto, no es más que aquella institución jurídica en virtud de la cual el sistema delimita con precisión el sector del ordenamiento que encierra los elementos relevantes para el juez a la hora de ejercer jurisdicción, desconectando a éste de los sectores sistémicos que por su mayor grado de indeterminación o por contener formación sistémica escasamente elaborada parece conveniente excluir de lo que ha de constituir el núcleo argumentativo y de actuación con arreglo al cual el juez debe aplicar jurisdiccionalmente el derecho" (J. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 164). En modo simple se ha indicado que "la independencia es un concepto jurídico que implica que éste -el juez- ha de actuar sin intromisiones que provengan de los otros poderes del Estado, del propio Poder Judicial o de cualquier otra instancia" (R. SERRA CRISTÓBAL, *La libertad ideológica del juez*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 28). Más analíticamente se ha dicho que "La independencia puede ser considerada como la relación entre jueces y pares o de jueces entre sí. Puede ser descrita, en el sentido tradicional, como el problema de la dependencia de otros poderes estatales (incluyendo a la justicia misma) o, de modo general, como independencia de los personajes de influencia política, con o sin vinculación gubernamental. Finalmente, puede ser enfocada desde la perspectiva del 'forum internum', o sea, de la independencia personal del juez" (D. SIMÓN, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 10).

<sup>15</sup> M. MARTÍNEZ ALARCÓN, *La independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 67.

<sup>16</sup> La construcción, en rigor, es de Augusto MORELLO quien dijera con máxima autoridad que "Los jueces de Corte no son fugitivos de la realidad; sus oídos están atentos a los ruidos, reclamos, creencias, valores y orientaciones o expectativas de la gente" (*La Corte Suprema en el sistema político*, La Plata, Platense, 2005, p. 9).

<sup>17</sup> C. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 685. En igual sentido, apunta Luigi FERRAJOLI que "es por esta vía (la crítica social), mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial" (*Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 602).

<sup>18</sup> Vide R. GARGARELLA (comp.), *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2005.

<sup>19</sup> Se trata de la deuda de gratitud que algunos jueces entienden que existe con quienes han colaborado para su designación en modelos en donde los sistemas de designación de magistrados tienen un alto nivel de discrecionalidad y no existe un sistema reglado donde la promoción individual de candidatos quede totalmente desactivada (Vide N. SAGÜÉS, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 45).

<sup>20</sup> Vide J. APARICIO GALLEGU, "Reformas procedentes en orden a un mejor gobierno de la justicia en sentido integral" en *Escuela de Verano del Poder Judicial-Galicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 279.

<sup>21</sup> La noción primitiva de deber de civilidad indudablemente que está tomada de J. Rawls y que en términos generales se refiere con ella, a los valores que los jueces dejarán emerger

en las resoluciones porque de buena fe creen en ellos y es revisable por esa misma razón, que razonablemente todos los ciudadanos en tanto que individuos razonables y racionales también aceptarán (vide J. RAWLS, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 2003, p. 271).

<sup>22</sup> Se ha ridiculizado a los abogados indicando que "... el idioma del derecho parece haber sido concebido a propósito para confundir y oscurecer las ideas que se supone debe expresar (...). Se extiende entre lo ambiguo y lo absolutamente incomprensible" (F. RODELL, *¡Ay de vosotros, abogados!*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 166).

<sup>23</sup> Son muchos los autores que destacan que ella es realmente la piedra de toque sobre la cual, se conjuga todo sistema de administración de justicia. Afirma Werner GOLDSCHMIDT que "la justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa", también Niceto ALCALÁ ZAMORA entiende por juzgador, en sentido genérico y abstracto "el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes". La imparcialidad es para Sergio COTTA, "la condición propia del juicio; es más, es su condición estructurante, fuera de la cual no hay juicio" (citados por L. DIEGO DIEZ, "El que instruye no debe juzgar como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal", en *Revista del Poder Judicial* Nº 8, Madrid, C.G.P.J., 1987, p. 17).

<sup>24</sup> Hemos dicho en otro lugar que ser juez, es ser hombre imparcial, ciudadano independiente y árbitro ecuánime ("La ética de la magistratura y el desafío de los códigos de ética" en *Ética e independencia judicial del Poder Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 36).

Hablando con exclusividad desde la ética judicial, Manuel ATIENZA ha dicho "que los 3 principios rectores parecen ser los de independencia, imparcialidad y motivación. El primero implica que las decisiones de los jueces tienen que estar basadas exclusivamente en el derecho (...). El de imparcialidad supone que el juez debe aplicar el derecho sin sesgo de ningún tipo y deriva de la posición del juez o tercero frente a las partes, ajeno al conflicto. Y el de motivación establece la obligación del juez de fundamentar su decisión" ("Ética Judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?", en *Revista Jueces para la Democracia*, Nº 46, Madrid, 2003, p. 44).

<sup>25</sup> Gregorio BADENI afirma que "las garantías constitucionales son todos aquellos instrumentos que, en forma expresa o implícita, están establecidos por la Ley Fundamental para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional" (*Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. II, p. 785).

<sup>26</sup> Lo ha dicho con precisión el STC Español en la resolución Nº 170 del 7/6/94 indicando que "cualquiera que fuera la condición de las personas involucradas como autores o víctimas de una información o en una crítica periodística, existe un límite insalvable impunemente. No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto Fundamental".

<sup>27</sup> Un desarrollo completo de la noción puede ser consultado con provecho en H. CHAMORRO GRECA DE PRADO, "El concepto de anomia, una visión en nuestro país", en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, 2005, p. 75 y ss.).

<sup>28</sup> Ello es así porque tal como se ha sostenido, el Poder Judicial "se halla encarnado en todos y cada uno de sus miembros, principal y preferentemente ahí" (J. LÓPEZ AGUILAR, "¿Hacen política los jueces?", en *Claves de la Razón Práctica*, Nº 96, Madrid, 1999, p. 13).

<sup>29</sup> La lectura de *La Constitución de los Atenienses* de Aristóteles, es un claro ejemplo de la totalidad de los recaudos que siempre se han tomado en orden a proteger y fortalecer a quienes tienen que ejercitar altas magistraturas en la República.

<sup>30</sup> P. SALVADOR CODERCH, *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 173.

<sup>31</sup> H. KELSEN, *Qué es la justicia*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 47 y ss..

<sup>32</sup> Vide O. GHIRARDI, "Kelsen y los universales" en *Revista Persona y Derecho*, Pamplona, 1994, vol. 30, ps. 153/162.

<sup>33</sup> "Se denomina juzgar a todo confrontación perceptiva del comportamiento humano con el ordenamiento jurídico, ya sea este comportamiento de los gobernados o de los gobernantes. Un órgano cuya actividad consiste en juzgar, entregada a personas versadas en derecho que se capacitan para dicha actividad y que gozan finalmente de la independencia esencial del juez en los estados de división de poderes: es un tribunal" (O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1987, p. 54). Huelga señalar que en el caso indicado, la función es meramente interesada porque no es desde la imparcialidad y, por lo

tanto, no existe independencia, luego tampoco y siguiendo un razonamiento teleológico tampoco existe juzgamiento en el sentido pleno del concepto.

<sup>34</sup> Se ha conceptualizado ella, indicando que significa que *“el juez ha de decidir de manera razonada el conflicto que se le somete, actuando el mandato de la ley desde el saber jurídico experimentado y la responsabilidad ética profesional de los que han de estar investigado”* (E. PEDRAZ PENALVA, *“Sobre la contaminación judicial”*, diario El País, 9/4/99, p. 28).

<sup>35</sup> Cabe precisar que los tres son conceptos jurídicos distintos, pero íntimamente vinculados entre sí, puesto que en rigor son representativos cada uno de ellos de las diferentes maneras en que está cumpliéndose la función de juzgamiento en concreto. En contra de nuestra consideración, particularmente J. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 161 y ss..

<sup>36</sup> R. SERRA CRISTÓBAL, *La libertad ideológica del juez*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 28.

<sup>37</sup> Confr. S. SASTRE ARIZA, *“La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”* en *NeoConstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 250 y ss.

<sup>38</sup> Se entienden por tales, las diferentes *“posibilidades de articulación conjunta de distintas estrategias de exigibilidad de los derechos sociales por parte de sus titulares, teniendo en mira las distintas garantías a su disposición”* (V. ABRAMOVICH - C. COURTIS, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 137).

<sup>39</sup> En cuanto corresponde al principio constitucional de irreductibilidad de las compensaciones judiciales puede leerse con provecho a N. SAGÜÉS, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 65 y ss.).

<sup>40</sup> En este orden el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado expresamente que *“lo que se exige a las autoridades judiciales llamadas a juzgar es la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales. Esta discreción debe llevarles a no utilizar la prensa, incluso cuando sea para responder a provocaciones. Lo imponen la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial”* (Asunto *“Buscemi c/ Italia”*, STEDH 35/1999 del 16 de diciembre).

<sup>41</sup> *“La sumisión del juez a la crítica pública forma parte de un control social de la jurisdicción, basado, de una parte, en el legítimo ejercicio de las libertades de información y de opinión, y de otra, es una garantía institucional del Poder Judicial y un derecho de los ciudadanos a una justicia administrada en condiciones de publicidad y transparencia”* (J. FOLGUERA CRESPO, *“La imagen de la justicia y la esfera privada del juez”* en *Revista Jueces para la Democracia*, Nº 34, Madrid, 1999, p. 9).

<sup>42</sup> Dicho aspecto lo ha definido con total claridad George Boyer Chaammard al decir *“el juez no puede ser un ciudadano disminuido”* (*Les magistrats*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, p. 47).

<sup>43</sup> Un enojadizo juez que frente a una crítica relativamente perturbatoria y aunque se ventile por los medios de comunicación social, muestra no sólo su enfado, sino que hace seguir de ello efectos jurídicos *ex novo*, sin duda que se puede afirmar que todavía falta allí el esperable reposo a dicho temperamento, para que sea propiamente el deseable de ser predicable de un juez.

<sup>44</sup> *“De acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, los miembros del Poder Judicial, como cualquier otro ciudadano, son titulares de la libertad de expresión, asociación y reunión. Sin embargo, los jueces deben evitar expresiones públicas que constituyan una crítica o alabanza al gobierno, y evitar comentarios sobre asuntos políticos controvertidos, en vistas a eliminar cualquier impresión de parcialidad. Por otro lado, en el art. 2.10 de la Declaración Universal sobre la Independencia Judicial (1983), se establece: “Los jueces deben dirigir siempre su conducta de modo que la dignidad de su cargo quede salvaguardada, así como la imparcialidad e independencia judicial. Con sujeción a este principio, los jueces son titulares de la libertad de pensamiento, expresión, asociación y reunión”.*

<sup>45</sup> Conviene recordar algunas explicaciones que el diccionario brinda al respecto, así: *“erogación (...) Acción y efecto de erogar”. Luego “erogar (...) Distribuir, repartir bienes y caudales”* (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, p. 610, 3ª col.).

<sup>46</sup> Resulta ilustrativa la caracterización que R. VIGO hace acerca del decoro, indicando que *“La autoridad de un juez se apoya también en la confianza de la ciudadanía que le exige ciertos modos externos de mostrarse o presentarse ante la sociedad (...) La condición de mandatario y servidor de la sociedad, le impone al juez estar atento a eso que se le pide en relación al decoro propio de la función que voluntariamente presta”* (*Ética y responsabilidad judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 38).

<sup>47</sup> La justicia no sólo tiene que ser hecha sino que tiene que verse como hecha.



<sup>48</sup> Vide A. GÓMEZ ROBLEDOS, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, México, F.C.E., 1986.

<sup>49</sup> “*Idiosincrasia. Disposición particular por la cual cada individuo sufre de manera que le es propia las influencias de diversos agentes que impresionan sus órganos*” (J. MERANI, *Diccionario de psicología*, Barcelona, Grijalbo, 1977, p. 81).

<sup>50</sup> En la actualidad se entiende por temperamento “*todo lo que concierne a las variaciones individuales de la actividad nutritiva y funcional. Es un rasgo de la actividad del organismo; es una característica dinámica*” (J. MERANI, *Diccionario de psicología*, Barcelona, Grijalbo, 1977, p. 146).

<sup>51</sup> Se ha dicho que “*el homo juridicus, es dueño de una dignidad propia, nace libre, dotado de razón y poseedor de derechos. Es un sujeto en los dos sentidos del término: está sujeto al respeto de la ley y es protegido por ella, pero también es un ‘yo’ activo, capaz de fijarse sus propias leyes y que como tal debe responder por sus actos*” (A. SUPPIOT, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 261).

<sup>52</sup> De cualquier manera tampoco nos parece del todo correcto llevarlo, a un extremo donde el ideal de un bien común políticamente hablando desaparezca, tal como resulta de las contundentes afirmaciones de T. Nagel al decir “*La visión comunitarista radical, según la cual no hay nada en la vida personal que esté más allá del control legítimo de la comunidad cuando están en juego sus valores predominantes, es la mayor amenaza contemporánea a los derechos humanos*” (“Los derechos personales y el espacio público” en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 63).

<sup>53</sup> Puede consultarse un elenco importante de estas cuestiones en E. TINANT, *Antología para una bioética jurídica*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

<sup>54</sup> Vide R. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

<sup>55</sup> Aparece indudable la vinculación que existe entre la visión contra-mayoritaria del Poder Judicial y los desarrollos teóricos y prácticos contemporáneos de lo que se ha dado en nombrar como neo-constitucionalismo.

<sup>56</sup> Vide M. MARTÍNEZ ALARCÓN, *La independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 20.

<sup>57</sup> Vide en particular P. ROSANUALLON, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007.

<sup>58</sup> C. NINO, “La autonomía constitucional” en *Cuadernos y Debates. La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 43 y ss.

<sup>59</sup> Vide en este sentido P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Legalidad, jurisdicción y democracia, hoy” en *Estudios de Derecho Judicial*, N° 6, Madrid, C.G.P.J., 1997, p. 34.

<sup>60</sup> Vide E. BARAGLI, *Il caso Mc Luhan*, Roma, La Civiltà Cattolica, 1980.

<sup>61</sup> “*La magistratura y los medios de comunicación social están muy próximos en sus respectivas funciones, pues ambos inciden sobre el poder político, la magistratura ejerce un control jurídico y los medios de comunicación un control social, ambos imprescindibles y necesarios en un estado de derecho*” (C. ALBERDI ALONSO, “El Poder Judicial como garante y sujeto del derecho a la información”, en *Poder Judicial*, Número Especial XI, Madrid, 1989, p. 175).

<sup>62</sup> Zigmund BAUMAN dice que “*La justicia sin embargo, es un concepto ‘discutible por definición’ y, por esa misma razón, destinado a permanecer siempre abierto. Ninguna de las formas realmente existentes del Estado (...) se ha sustraído (ni podía sustraerse) a las críticas; ninguna podía ser inmune a la erosión*” (*La sociedad sitiada*, Buenos Aires, F.C.E., 2004, p. 73).

<sup>63</sup> “*La turbación sacral que ha envuelto durante muchos siglos el juzgar, y cuya acusada justificación socio-psíquica no sólo es evidente para el historiador, tuvo que ceder ante la sobria consideración de una función social. El juez ha descendido de la esfera del sumo sacerdote que media entre lo humano y lo divino, al plano de un funcionario de la justicia, cuya actividad puede ser criticada en cualquier momento, y por cualquier persona*” (D. SIMON, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 162).

<sup>64</sup> “*Juzgar quiere decir cuestionarse y cuestionar a los demás. Juzgar no consiste en dirigir un mensaje a los demás y comunicar una verdad sobre su situación. Es ante todo una puesta a prueba de la validez normativa de una comunidad y un trabajo reflexivo de elaboración de sus lazos constitucionales*” (P. ROSANUALLON, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007, p. 230).

<sup>65</sup> Vide en particular ellos en J. MALEN, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 84). Recordemos también que la República Argentina mediante la ley 26.097 publicada en el B.O.N. el 9/6/06 ha aprobado la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción y expresamente se incorpora a los jueces.

<sup>66</sup> Nos hemos referido a dicho aspecto en nuestro artículo “Poder Judicial y medios de comunicación social: torsiones permanentes”, en Revista Zeus Córdoba N° 235, Rosario, 2007, p. 141 y ss..

<sup>67</sup> Se admite en forma mayoritaria que habiéndose superado el legicentrismo del siglo XIX, la noción de constitución o ley no puede ser consideradas en un puro sentido formal, esto es como producto normativo, así cuando “se habla del sometimiento exclusivo del juez al imperio de la ley, está haciendo referencia a su sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, compuesto también por leyes pero no sólo por ellas” (M. MARTÍNEZ ALARCÓN, *La independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 92). Una explicación más contundente del problema, puede ser vista en I. DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 67 y ss.

<sup>68</sup> Vide particularmente sobre este problema a H. CHAYER y F. CÁRDENAS, *Corrupción judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 72 y ss.

<sup>69</sup> No se puede dejar de apuntar que para la Justicia Nacional, fueran sólo los ministros de la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación, quienes a requerimiento de un diario nacional, pusieron a disposición y fue publicado, su patrimonio (vide diario La Nación del 23/10/07), mientras que el resto de magistrados nacionales han propuesto un intrincado camino ante el Consejo de la Magistratura. En el orden de las justicias provinciales, hasta donde se ha dado difusión suficiente, sólo ha sido el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba que a solicitud de un diario local, ha cumplido con igual información (vide diario Hoy Día Córdoba, del 19/11/07).

<sup>70</sup> Ha recordado al respecto R. DWORKIN que “Los jueces deben deferir a entendimientos generales, establecidos sobre el carácter del poder que la Constitución les asigna. La lectura moral les pide que encuentren la mejor concepción de los principios morales constitucionales (...) No les pide que sigan los susurros de sus propias conciencias o las tradiciones de su propia clase o secta (...) La lectura moral es una estrategia para abogados y jueces que actúan de buena fe, que es todo lo que cualquier estrategia interpretativa puede ser” (“La lectura moral y la premisa mayoritarista”, en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 111).

<sup>71</sup> Bien se ha dicho que “Es preciso, pues, lograr la combinación indispensable entre el punto de vista ético: la justicia debe ser libre e independiente; y el punto de vista técnico: la justicia debe ser eficaz y operativa” (F. BERTRAND, “El gobierno de la justicia en Francia”, en *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1996, p. 62).

<sup>72</sup> Seguramente que la mejor precisión al respecto es la que fuera brindada por Dieter SIMÓN quien propone, siete diferentes estudios: el juez independiente, el juez dependiente, el juez histórico, el juez no vinculado, el juez político, el juez al desnudo el futuro juez (*La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985). También se puede apuntar la taxonomía propuesta por Alejandro NIETO, quien señala el tipo de: funcionario, burócrata, justos y justicieros, estrella y político (*El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2004, p. 77 y ss.).

<sup>73</sup> “No quiere esto decir que los jueces pasen a ser supervisores permanentes de la decisión política. El Poder Judicial no es ni podría ser el poder invasivo que se denuncia desde la política. Como tampoco el poder salvífico que postulan algunos jueces y que reiteradamente comparece en ciertos discursos políticos de oposición, que suelen durar el tiempo que se está en ella” (P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Legalidad, jurisdicción y democracia, hoy”, en *Estudios de Derecho Judicial*, N° 6, Madrid, C.G.P.J., 1997, p. 12).

<sup>74</sup> Hannah ARENDT ha señalado que cuando la revolución está en marcha de manera irreversible en la base social, es cuando aparecen los líderes políticos para ejecutar los cambios. Es la revolución quien produce los conductores y no lo inverso (vide *Sobre la revolución*, Buenos Aires, Alianza, 1992, Cap. VI).

# PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. OPCIONES QUE PLANTEA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS

JORGE AUGUSTO BARBARÁ

**Sumario:** I. El ámbito del problema. II. El dilema. III. Igualdad ante la ley y legalidad. IV. Igualdad ante la ley y discreción judicial. V. Un caso judicial de aplicación del principio de igualdad ante la ley. VI. Igualdad ante la ley y coherencia. VII. ¿Disolución del dilema?

## I. El ámbito del problema

En el presente trabajo, enfocaremos el análisis del principio de igualdad ante la ley desde una perspectiva que pretende visualizar y describir algunas alternativas frente a las cuales nos coloca dicho principio, cuando éste debe ser aplicado por parte de los órganos jurisdiccionales para la solución de casos judiciales.

A partir de lo expresado, queda claro que nos estaremos ocupando del principio de igualdad considerado como mandato legal dirigido a los órganos jurisdiccionales y no como mandato legal (de rango superior a la legislación ordinaria) dirigido a los órganos legislativos <sup>1</sup>.

Es cierto que, como refiere Ricardo Guastini, tanto en el caso del legislador como en el del juez, cuando hablamos del principio de igualdad *"... estamos ante una metanorma o, como también suele decirse, una norma de "segundo grado": esto es, una norma que no regula directamente la conducta de los ciudadanos sino que versa, en cambio, sobre (la producción o la aplicación de) otras normas"* <sup>2</sup>.

En este sentido, es cierto que existe una importante similitud entre el mandato de igualdad dirigido al juez y el dirigido al legislador.

Sin embargo, las diferencias entre uno y otro tipo de mandato (el dirigido al juez y el dirigido al legislador) no resultan de menor importancia.

Ello así, toda vez que, cuando nos ocupamos de la igualdad ante la ley, concibiéndola como norma que deben aplicar los tribunales <sup>3</sup>, no podremos realizar un análisis teórico que se limite a abordar el problema desde un punto de vista exclusivamente moral, es decir, desde un punto de vista que pretenda darnos respuestas acerca de cuál es el -en algún sentido- más "igualitario" diseño jurídico que podemos lograr, con abstracción e independencia del material jurídico ya existente.

En cambio, una perspectiva legislativa puede -y hasta podría decirse que "debe"-, en buena medida, realizar ese tipo de análisis, prescindente del material legislativo ya existente, a los efectos de poder cumplir, en la mayor medida posible, con la efectiva obtención de un real estado de igualdad -en alguno de los sentidos en que se entienda deseable su obtención- entre los individuos que componen la sociedad política <sup>4</sup>.

## II. El dilema

Aclarado lo precedente, lo primero que podemos observar es que un análisis crítico del principio de igualdad ante la ley, concebido como

mandato legislativo dirigido a los órganos jurisdiccionales, puede colocarnos frente a una situación que puede ser entendida como dilemática.

Ello así, toda vez que:

O bien, como luego veremos con más detalle, puede afirmarse que el principio de igualdad ante la ley es reducible al principio de legalidad, en cuyo caso la distinción entre ambos principios resultará inconveniente desde el punto de vista de una correcta técnica legislativa, y, en lo que hace a la decisión judicial, el aporte del principio de igualdad ante la ley será irrelevante.

O bien, si no se identifica el principio de igualdad ante la ley con el de legalidad, puede sostenerse que la aplicación del primero para la solución de casos nos lleva, invariable y necesariamente, a desobedecer el principio de legalidad.

Bajo esta última interpretación, la aplicación del principio de igualdad ante la ley para la resolución de casos judiciales, será pasible de aquellos reproches, de muy variada naturaleza, que emergen de cualquier decisión adoptada en violación al principio de legalidad. En especial, será pasible de objeciones de tipo democrático en contra de la denominada discreción judicial y de objeciones pragmáticas fundadas en la indeseable inseguridad jurídica que la violación al principio de legalidad acarrea.

En lo que sigue, describiremos los lineamientos argumentales centrales en los que se sustenta la situación dilemática arriba mencionada en torno al principio de igualdad ante la ley.

A su vez, iremos más allá, y, tomando como punto de partida para el análisis un fallo judicial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, haremos referencia a una diferente opción en la manera de entender al principio de igualdad ante la ley, que no se identifica con las dos concepciones de éste arriba expresadas.

Finalmente, intentaremos visualizar en qué medida esta diferente forma de entender el significado del principio de igualdad ante la ley, permite que, en muchos casos judiciales, se pueda escapar de la situación dilemática.

### **III. Igualdad ante la ley y legalidad**

Se ha dicho que *“El contenido de una norma de igualdad dirigida a los órganos de aplicación y, en particular, a los órganos jurisdiccionales, es la prohibición de tomar en consideración otras diferencias que aquellas ya consideradas relevantes por el legislador: la prohibición de distinguir (supongamos: entre trabajadores textiles y trabajadores metalúrgicos, o entre cristianos y judíos) donde el legislador no ha distinguido. En consecuencia, una norma de este tipo se reduce, muy simplemente, al mandato de aplicar (‘fielmente’) la ley”*<sup>5</sup>.

Más recientemente, las consideraciones vertidas por Frederick Schauer, en su trabajo titulado *On treating like cases alike*<sup>6</sup>, sugieren la misma conclusión.

En dicho trabajo, Schauer parte de una clásica formulación del principio de igualdad, basada en su concepción aristotélica<sup>7</sup>, la cual nos dice que, conforme dicho principio, “los casos iguales deben ser tratados de igual manera y los casos diferentes de manera diferente en proporción a sus diferencias”.

Schauer discute el alcance y sentido de dicha formulación clásica del principio de igualdad, afirmando, como idea central, que tal principio no impone un tratamiento igualitario de casos individuales que efectivamente son iguales y un tratamiento diferente de casos individuales que efectivamente son diferentes sino que, por el contrario, lo que impone es un tratamiento igualitario de casos individuales que son diferentes -incluso, relevantemente diferentes- entre sí.

Tal afirmación se deriva del hecho de que únicamente una regla general prescriptiva, producida por el ser humano, puede definir qué significa "igualdad" y qué significa "diferencia".

Entiende que es esa regla prescriptiva la que, generalización mediante, "hace iguales" a los casos individuales subsumibles en ella, y no alguna particularidad de éstos considerada con independencia de dicha norma general.

Manifiesta que es verdad que los casos individuales abarcados por cualquier regla prescriptiva deben ser tratados de igual manera, pero que eso no es porque esos casos sean iguales en un sentido "profundo" u "ontológico" que la regla viene a reconocer para otorgarles igualdad de trato, sino que deben ser tratados de igual manera sólo porque la regla los convierte en iguales a partir de darles idéntico tratamiento.

En otras palabras, el principio de igualdad resulta tributario de la noción de generalización prescriptiva -y, por lo tanto, en materia jurídica del principio de legalidad- y no un principio autónomo, separable de las generalizaciones prescriptivas elaboradas por el ser humano.

Para arribar a tal conclusión, Schauer hace un paralelo entre las generalizaciones descriptivas y las prescriptivas, explicando que la generalización o categorización es inevitable en el razonamiento y en la toma de decisiones humanas.

Al respecto, en otra de sus obras <sup>8</sup>, expresa: *"Generalizar es involucrarse en un proceso que es parte de la vida misma. Cuando confrontamos la realidad comúnmente lo hacemos con individuos -esta persona, aquella construcción, estas rocas, esas palabras- pero nos aferramos al mundo organizando esos individuos dentro de agrupamientos mayores. Como resultado de ello, los individuos que percibimos no sólo son individuos, sino individuos que poseen cierta propiedad x, siendo instancias o casos de categorías más comprensivas.*

*... Cuando generalizamos, no vemos a los individuos en forma aislada sino como ejemplos de un tipo o miembros de una clase.*

*Por eso la colección de sustancias químicas sentada ante mí no es sólo un perro, sino también un miembro de otras numerosas clases naturales y no naturales. Este perro, Angus, es simultáneamente un terrier escocés, negro, un animal, un mamífero, una mascota, un saco de pulgas, una posesión de mi amigo Herb y algo ubicado a 300 millas de Chicago. Pero la vida es corta y el espacio mental finito, de manera que si bien resulta quizás teóricamente posible referirse a un individuo identificando todas sus propiedades (todas las categorías de las cuales es miembro), en la práctica truncamos drásticamente esta lista de categorías al describir un individuo. Consecuentemente, la comunicación supone un incesante proceso de selección entre numerosas clasificaciones posibles, constituyendo todas ellas generalizaciones empírica y lógicamente correctas, pero de las cuales sólo algunas se ajustan a los propósitos del momento. Referirse a Angus como 'un perro', más que como 'una posesión de Herb' o 'un saco de pulgas' o 'algo que está a 300 millas de Chicago' supone una elección no*

determinada por ninguna de las diversas propiedades de Angus, sino por el contexto discursivo en el que se lo describe.

... Dado que quien busca describir debe tomar estas decisiones de si va a generalizar y, de ser así, en qué dirección y hasta qué grado, la generalización es un proceso contingente”<sup>9</sup>.

Y más adelante agrega: “Las generalizaciones son, pues, selectivas, pero así como son inclusiones selectivas, las generalizaciones son también exclusiones selectivas. Al concentrarse en un número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente suprime otras propiedades, incluso aquellas que marcan diferencias reales entre los individuos que las propiedades seleccionadas tratan como semejantes”<sup>10</sup>.

Para posteriormente afirmar que con las normas generales se produce la misma situación: “... la generalización, con sus necesarias selecciones y supresiones, resulta tan importante para prescribir por medio de reglas como para el proceso de descripción.

Una parte de toda regla,..., especifica su alcance, las condiciones fácticas que dan lugar a la aplicación de la regla. Este componente de las reglas, al que me referiré como su predicado fáctico, puede ser interpretado como su hipótesis, puesto que las reglas prescriptivas pueden ser formuladas de tal modo que comiencen con un ‘si x’, donde x es un enunciado descriptivo cuya verdad es condición necesaria y suficiente para la aplicabilidad de la regla. ‘Si una persona conduce a más de 55 millas por hora, entonces debe pagar una multa de cincuenta dólares’...

Las reglas también contienen lo que llamaré consecuente, que prescribe lo que habrá de ocurrir cuando se verifiquen las condiciones especificadas en el predicado fáctico...

Una vez que se separa el predicado fáctico de una regla prescriptiva de su consecuente, puede verse al predicado fáctico como una generalización igual a las generalizaciones descriptivas...”<sup>11</sup>.

Schauer se encarga de especificar que la regla prescriptiva constituye una generalización que, como toda generalización, simplifica la realidad e ignora las diferencias particulares que tienen entre sí los entes individuales englobados en la generalización, incluso aquellas diferencias que pueden ser relevantes desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la regla.

De lo anterior se desprende que si nos referimos a la segunda parte de la formulación clásica del principio de igualdad (“los casos diferentes deben ser tratados de manera diferente en proporción a sus diferencias”), nos encontramos con que ésta no sólo no se deriva de la primera parte del mismo (o sea, de aquella que expresa que “los casos iguales deben ser tratados de igual manera”), sino que, además, contradice lo que, a su criterio, constituye una correcta enunciación del principio de igualdad.

Tal como hemos visto, el principio de igualdad, correctamente entendido, importaría el mandato de “tratar casos diferentes de igual manera” -de la manera “igual” que prescribe la regla-, razón por la cual un enunciado del principio de igualdad que exprese que “los casos diferentes deben ser tratados de diferente manera”, colisiona y resulta incompatible con el anterior. En consecuencia, debemos descartar que semejante mandato pueda formar parte del principio de igualdad.

Si trasladamos las consideraciones precedentes al campo de aplicación del principio de igualdad ante la ley, inevitablemente tendremos que identificarlo con el principio de legalidad, esto es, con el principio que establece que sólo la ley positiva -o sea, las normas generales dictadas por

un cuerpo legislativo que no se identifica con el aparato judicial encargado de su aplicación- es fuente de los derechos y obligaciones de los ciudadanos.

Esto, dado que la exigencia emanada del principio de igualdad ante la ley no podrá sino significar que las decisiones judiciales deben tomarse en base a las soluciones adoptadas en las generalizaciones prescriptivas que, en estos casos, están constituidas por las normas generales que conforman el derecho positivo de una comunidad.

Ahora bien, decíamos anteriormente que si concluimos que el principio de igualdad ante la ley y el principio de legalidad son equivalentes, la distinción que se efectúa entre ambos principios en el marco de los textos legales -sean éstos de rango superior a la legislación ordinaria, sean parte de la legislación ordinaria-, resulta pasible de crítica, ya que dicha distinción puede considerarse inconveniente desde el punto de vista de una correcta técnica legislativa.

La crítica anterior se sustenta en el hecho que, al efectuar tal distinción entre principios que normativamente son equivalentes, se estaría produciendo en el sistema jurídico una situación de redundancia normativa que, más allá de que la misma pueda ser calificada como un defecto lógico de dicho sistema <sup>12</sup>, tiende a generar el siguiente problema al momento de su aplicación: *“La redundancia normativa no tendría por qué crear problemas por sí sola para la aplicación del derecho, puesto que al seguirse una de las normas redundantes se satisfaría también lo prescripto por la otra. Sin embargo, la dificultad de la redundancia radica, como dice Ross, en que los juristas y los jueces se resisten a admitir que el legislador haya dictado normas superfluas y en consecuencia se esfuerzan por otorgar, a las normas con soluciones equivalentes, ámbitos autónomos”* <sup>13</sup>.

También decíamos previamente que si los principios de igualdad ante la ley y de legalidad son considerados como equivalentes, el aporte del primero en lo que respecta a la decisión judicial resulta irrelevante.

A pesar de que esta última consecuencia, derivada de una posición que identifica ambos principios, parece obvia, Guastini la rechaza en los siguientes términos: *“... se podría llegar a concluir que una norma de igualdad dirigida a los órganos de aplicación es, después de todo, perfectamente inútil. De hecho, sin embargo, no es así. La introducción de distinciones (...) diversas y ulteriores respecto de aquellas introducidas por el legislador es una técnica interpretativa muy común (...). Se entiende que a supuestos de hecho distintos les corresponden consecuencias jurídicas distintas, incluso allí donde el legislador ha omitido pronunciarse en ese sentido...”* <sup>14</sup>.

Estas apreciaciones de Guastini nos causan perplejidad. En efecto, según hemos citado precedentemente, este autor había descripto al principio de igualdad ante la ley como el *“mandato de aplicar (‘fielmente’) la ley”*. Sin embargo, ahora nos dice que la norma de igualdad dirigida a los órganos de aplicación, significa algo totalmente diferente de lo anterior: significa autorizar a los órganos de aplicación a que decidan sobre la base de distinciones no previstas en la ley, o sea, significa autorizarlos a que no apliquen fielmente la ley.

Esta duplicidad de conceptos incompatibles entre sí, que pretenden dar cuenta del mismo principio, refleja que el sentido y alcance del mandato de resolver procesos judiciales en aplicación del principio de igualdad ante la ley, constituye una cuestión que se encuentra lejos de estar resuelta en la

teoría jurídica actual, la cual, además, nos coloca frente a opciones alternativas y excluyentes, de las que pueden desprenderse diferencias importantes en las decisiones adoptadas por parte de los jueces en la solución de casos.

#### **IV. Igualdad ante la ley y discreción judicial**

Supongamos ahora que existen semejanzas y diferencias deontológicamente relevantes en los comportamientos humanos y que su criterio de relevancia es independiente de su efectivo reconocimiento en una norma de derecho positivo.

Supongamos que el principio de igualdad ante la ley prescribe que cada uno de esos casos que presentan entre sí semejanzas o diferencias deontológicamente relevantes, deben ser resueltos siempre de manera igual -si son relevantemente semejantes- o siempre de manera diferente -si son relevantemente diferentes-. Es decir, supongamos que el principio de igualdad ante la ley funciona como fundamento del principio de universalización de los juicios prácticos contenidos en las decisiones judiciales. Esto no constituye un dato menor, toda vez que si éste es el tipo de decisión que se exige para las decisiones judiciales, respecto de cada caso con las mismas características relevantes, la decisión adoptada por el tribunal, si es que tiene pretensiones de encontrarse moralmente justificada, debe ser exactamente la misma. Será cierto, entonces, que el principio de igualdad no suministra, por sí, un criterio suficiente para la decisión, pero también será cierto que aporta una condición necesaria para ésta.

Supongamos que esas semejanzas y diferencias deontológicamente relevantes pueden ser conocidas racionalmente y que, por lo tanto, cualquier decisión que se adopte en base a las mismas podrá ser catalogada como correcta o incorrecta -según sea el caso- y no meramente como correspondiente a creencias, preferencias o sentimientos subjetivos, sean estos individuales o grupales.

A grandes rasgos, podría afirmarse que esos supuestos que acabamos de enunciar constituyen aquello que debe aceptarse para que el principio de igualdad ante la ley no resulte reducido al principio de legalidad y para que podamos admitir como correcta y relevante la formulación del mismo que nos habla de que "los casos iguales deben ser tratados de igual manera y los casos diferentes de manera diferente en proporción a sus diferencias".

En definitiva, a partir de lo anterior, podría sostenerse que, si se quiere ser coherente, para aceptar la separación entre el principio de legalidad y el de igualdad ante la ley, es necesario admitir la validez del objetivismo moral como postura metaética correcta.

Asimismo, podría sostenerse que si se quiere ser coherente, será necesario admitir que el principio de igualdad ante la ley está exigiendo que se tomen decisiones judiciales con un fundamento exclusivamente moral, en aquellos casos judiciales en los que las soluciones brindadas por las normas generales de derecho positivo no satisfagan ciertas pautas de moralidad.



Ahora bien, aceptar la corrección del objetivismo moral y, además, su consagración por parte del ordenamiento jurídico, resulta sumamente problemático <sup>15</sup>.

Sin embargo, no nos ocuparemos aquí de realizar un análisis exhaustivo de las numerosas críticas y cuestionamientos que puede recibir el objetivismo moral como teoría metaética ni tampoco de verificar si éste ha sido adoptado por parte de tal o cual ordenamiento jurídico.

Solamente nos ocuparemos de algunas de aquellas críticas que se encuentran estrictamente vinculadas con los problemas que el objetivismo moral plantea a nivel de toma de decisiones judiciales.

En primer lugar, suele argumentarse que cuando existen desacuerdos radicales en materia moral y debemos tomar decisiones sustantivas sobre tales asuntos, no contamos con un método de conocimientos confiable o, aunque fuere, mínimamente consensuado, que nos permita descartar determinadas soluciones en favor de otras. Esto, al menos, en el estado actual de desarrollo de la filosofía en general y de la filosofía moral en especial.

Se ha dicho al respecto: *“Si discrepamos de si la luna está hecha de queso, diremos que la cuestión podrá zanjarse si alguien va hasta allí y la prueba. Si discrepamos (para usar el ejemplo, menos trivial, de Moore) acerca del impacto de la rotación de la tierra sobre el viento, acudiremos a la meteorología y a la física para encontrar un método complejo para aclarar la cuestión. Pero los realistas morales han señalado, con bastante razón, que el método científico es enormemente complejo y sutil: la imagen positivista simple de los enunciados observacionales indubitables que refutan o confirman una hipótesis controvertida es ingenua y poco interesante, y el hecho de que no tengamos disponible nada similar en el ámbito de la ética no cuenta como un argumento en contra del realismo moral. Es más, nuestra concepción de la realidad en la ciencia se asocia con todo el aparato complejo formado por el método, la heurística, la observación y la experimentación. Sabemos, en este caso cómo proceder frente a los desacuerdos. Sin embargo, no hay nada equivalente en la moral, nada que ni siquiera remotamente abone la tesis de que existe un hecho en ese ámbito, a fin de contar con algún tipo de procedimiento para hacer frente a los desacuerdos entre la gente ”* <sup>16</sup>.

Como consecuencia de lo expresado, para la toma de decisiones judiciales en casos de desacuerdos radicales, resultará irrelevante la discusión en torno a la objetividad de las proposiciones morales, ya que no existe ningún hecho ni razonamiento moral que, en tales casos, limite nuestras decisiones en un sentido determinado y de una manera dirimente.

Si ello es así, en esos casos, la única solución legítima que se encuentra al alcance de la comunidad para tomar una decisión, consiste en imponer una decisión por vía de la regla de mayorías conforme ésta opera en un sistema democrático representativo, es decir, por vía de las decisiones tomadas en el ámbito de los órganos políticos que hacen las veces de poder legislativo.

Tal legitimidad de la regla de mayorías se sustenta, principalmente, en el principio de autonomía de la voluntad que, en buena medida, descansa en una concepción liberal del principio de igualdad (entendido éste en sentido material como norma dirigida a los órganos de creación del derecho, y no como norma dirigida a los órganos de aplicación) <sup>17</sup>.

Jeremy Waldron entiende que el valor de la idea de igualdad -y, con ella, de la autonomía de la voluntad- deriva de ser uno de los pocos puntos de

acuerdos que, a grandes rasgos y pese a ciertos matices de importancia, tenemos en materia moral.

Es decir, para Waldron no se trata de que la igualdad tenga un valor en sí mismo, sino que se trata del hecho de que, al haber un cierto nivel de acuerdo a su respecto, es un punto de partida desde el cual se puede avanzar en la toma de decisiones políticas.

Como consecuencia de ello, sostiene que si se quiere respetar nuestra igualdad, la única manera de resolver los desacuerdos radicales en materia jurídica (que están lejos de ser situaciones excepcionales) es colectivamente, democráticamente, o sea, mediante la adopción de la regla de mayoría.

Si en lugar de ello, leemos el principio de igualdad ante la ley como si éste resguardase ciertos contenidos valorativos sustanciales con independencia de la regla de mayoría, se resentiría la legitimidad democrática en la toma de las decisiones políticas judiciales basadas en tales contenidos.

En tales casos, se estaría impidiendo o, al menos, limitando fuertemente, el accionar de la voluntad mayoritaria que constituye la base del sistema democrático, en favor de una minoría no representativa, constituida por un grupo de jueces que no se encuentran en una mejor situación epistémica que la mayoría para tomar tal tipo de decisiones.

Por lo expresado, mencionábamos *supra* que entender al principio de igualdad ante la ley como no equivalente al principio de legalidad, resulta pasible de objeciones de tipo democrático, en virtud del ilegítimo ejercicio de la discreción judicial que ello trae aparejado <sup>18</sup>.

También dijimos que el segundo tipo de objeciones que podía recibir una concepción del principio de igualdad ante la ley que no lo identifica con el principio de legalidad, son aquellas fundadas en la indeseable inseguridad jurídica que toda violación al principio de legalidad acarrea.

En este orden de ideas, como Schauer señala, puede decirse que “... quienes se ven afectados por las decisiones de otros pueden planificar sus actividades con mayor eficacia bajo un régimen de reglas que bajo un régimen más particularista para la toma de decisiones... Precisamente, debido a que quien se ve afectado por la decisión de hacer cumplir una regla puede predecir el resultado de esa decisión antes de que se la tome, es que la confianza resulta posible” <sup>19</sup>, y que “... las reglas permiten llevar a cabo una distribución de los limitados recursos de los decisores individuales para la toma de decisiones, concentrando su atención en la presencia o ausencia de ciertos hechos y permitiéndoles ‘relajarse’ con respecto a otros... Esto, a veces, libera a los decisores, permitiéndoles hacer otras cosas, y en el marco más amplio del entorno de la toma de decisiones puede evitar la duplicación del esfuerzo... En consecuencia, un sistema basado en reglas es apto para procesar más casos, para operar con menor dispendio de recursos humanos...” <sup>20</sup>.

En tal línea de ideas, todo ejercicio discrecional de la autoridad judicial atentará contra esas consecuencias que, *a priori*, se presentan como beneficiosas y, por lo tanto, dignas de ser perseguidas.

## **V. Un caso judicial de aplicación del principio de igualdad ante la ley**

Nos ocuparemos, ahora, de comparar las concepciones precedentes acerca del denominado principio de igualdad ante la ley con la manera en que se ha hecho aplicación de él en un fallo judicial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, recaído en autos “Abud, Ana c/ Estella Maris de Daville - Ejecutivo - Recurso de inconstitucionalidad”<sup>21</sup>.

Intentaremos, con ello, reconocer si tales concepciones se han visto reflejadas en el mismo, o si, por el contrario, en un caso jurisprudencial concreto, puede verse reflejada alguna concepción alternativa del principio de igualdad ante la ley que venga a enriquecer nuestro análisis.

En el mencionado pronunciamiento, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 25.561 (modificado por ley 25.820), en cuanto éste disponía la pesificación de las obligaciones entre particulares contraídas en dólares con anterioridad al 6 de enero de 2002, aun cuando hubiese existido mora del deudor a dicha fecha<sup>22</sup>.

Según las consideraciones vertidas en el voto mayoritario conjunto de los vocales del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Dres. Luis Enrique Rubio, María Esther Cafure de Battistelli, Aída Lucía Tarditti y M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, así como también en el voto del vocal Dr. Armando Segundo Andruet (h), la inconstitucionalidad de la norma referida fue declarada en virtud de haberse entendido que ésta violaba el principio de igualdad ante la ley, contenido en el art. 16 C.N., al otorgar idéntico tratamiento a aquellos deudores que estaban en mora al 6 de enero de 2002<sup>23</sup> que a aquellos que no estaban en mora a esa fecha.

Los mencionados magistrados entendieron que la norma bajo análisis unificaba el tratamiento de dos situaciones que resultan deontológicamente diferentes y opuestas entre sí, lo cual importaba violar el principio de igualdad ante la ley, en tanto éste manda tratar los casos disímiles de diferente manera y no de manera igual.

Nos enfocaremos únicamente en aquellas consideraciones vertidas en el antedicho fallo judicial que resultan de utilidad para el presente<sup>24</sup>.

A tales efectos, entendemos conveniente transcribir los siguientes desarrollos argumentales vertidos en el voto conjunto de los Dres. Rubio, Cafure de Battistelli, Tarditti y Blanc G. de Arabel:

“... IV.... cuadra destacar liminarmente que en materia de obligaciones existe una diferencia radical o sustancial entre estar en mora y no estarlo.

El Código Civil se ocupa deliberada y detalladamente de diferenciar con claridad ambas situaciones, castigando al incumplidor y ayudando al deudor puntual que se ve impedido u obstaculizado a cancelar la obligación por razones que no le son imputables.

... VII. ... De modo alguno puede equipararse al deudor cumplidor con el que no lo es, desde que la conducta adoptada por este último, desde el instante mismo en que incumplió su obligación hasta su extinción, supone un lapso con trascendencia en las ecuaciones del negocio, de cuyas consecuencias no puede ser ajeno por su condición de incumplidor.

En otras palabras, el retardo del deudor tiene incidencia sobre la excesiva onerosidad ya que si hubiera pagado en tiempo propio, el acreedor no habría sufrido perjuicio, por lo que la mora sería irrelevante en el caso.

Distinta es la situación del deudor cumplidor que, sólo en función de los hechos imprevisibles de la emergencia, se ve imposibilitado de seguir acatando la obligación en las condiciones en que fue originariamente pactada.

... En este orden, nótese que -conforme nuestro ordenamiento jurídico vigente- en función de la mora, las consecuencias del retraso se trasladan al deudor por aplicación del art. 513 del Código Civil.

Sobre el particular, la norma citada, literalmente dispone: *'El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor (...) hubiese ya sido (...) constituido en mora...'* .

En otras palabras, una de las graves consecuencias que la situación de mora genera al deudor es la responsabilidad por la imposibilidad fortuita de la prestación.

Conforme al régimen ordinario, el deudor se exonera de responsabilidad acreditando que el incumplimiento obedece a un caso fortuito o fuerza mayor. La mora, en cambio, provoca que se trasladen los riesgos fortuitos que puedan afectar a la prestación adeudada, con evidente agravamiento de la situación de quien se encuentra en dicho estado.

Es la solución que expresamente prevé el art. 889 del Código Civil y significa que el casus pierde eficacia liberatoria, y los riesgos, que antes eran soportados por el acreedor, pesan ahora sobre el deudor, como consecuencia de la mora.

De igual modo, la mora del deudor impide que -en principio- pueda aplicarse la teoría de la imprevisión, conforme lo prescribe la última parte del art. 1198 del C.C. La mora obsta, pues -por regla-, a la facultad de invocar la excesiva onerosidad sobreviniente...

... En definitiva, el sistema normativo no admite un trato igualitario al deudor moroso que al no moroso.

Si la obligada incurrió en mora mucho antes del descalabro económico producido por la crisis, la pretensión de ampararse en la paridad impuesta por la normativa emergencial no sólo importa una verdadera iniquidad, sino que también atenta contra los principios del Derecho Privado atinentes al régimen de la mora.

De tal manera, aplicar la paridad fijada en la legislación opugnada lleva a configurar una situación rayana en el abuso, desde que iguala inequitativamente al deudor moroso con aquel deudor que ha dejado de cumplir con su obligación sólo cuando la crisis general también lo ha afectado.

... IX. En función de los argumentos vertidos, la normativa cuya aplicación se propugna deviene inconstitucional en la especie por cuanto encontrándose el deudor constituido en mora con anterioridad al 6 de enero de 2002 no resulta legítimo que reciba un tratamiento igual que el deudor que ha cumplido puntualmente y que se vio afectado por la crisis emergencial” .

En un sentido semejante argumenta el Dr. Andruet en su voto cuando expresa lo siguiente <sup>25</sup>:

“... VI. Lo cierto entonces, es que se trata de una obligación financiera contraída en dólares, y que la demandada se encontraba en mora antes de la irrupción legislativa de la ley 25.561 y de la caterva normativa que a manera de estela marítima ha venido a surcar el ahora enrarecido mar que ordena las relaciones civiles entre los ciudadanos.

En rigor de verdad, ese solo hecho, como es el estado de mora del deudor con antelación a la debacle económica-financiera,..., resulta claramente diferenciador...

... cabe interrogarse antes de cualquier otro análisis, si por caso, situaciones como las de autos que se encontraban consolidadas en su mismo incumplimiento por un estado de mora indiscutido, antes de la sanción de la ley madre en el tópicodel 6.1.02; ¿pueden quedar afectadas por las profundas modificaciones que dicha ley genera?...

La contestación adversa a ello sin duda alguna que la encontramos desde el propio abreviar en el sistema de derecho civil que como tal ordena la República, esto es, sobre la base y tranquilidad pública de pensar la existencia de situaciones jurídicas que son amparadas como derechos adquiridos y gozan por ello de una inmutabilidad jurídica...

Tal principio, absolutamente sedimentado y norte como parece lógico en un auténtico estado de derecho, se ha visto contradicho por la inclusión de las deudas en mora en la mencionada legislación de emergencia. Según advierto para este tipo de obligaciones dinerarias que estaban en dicha situación de mora antes de la sanción de la ley 25.561, el pesificarlas, deviene en una situación claramente injusta e irrazonable, generando con ello un enriquecimiento indebido en quien no habiendo cancelado su obligación en moneda extranjera cuando correspondía, la puede cancelar con ulterioridad con una moneda no extranjera -pesos- que resulta claramente devaluada en su poder adquisitivo, en la misma cantidad nominal que en dólares.

... la pesificación para las obligaciones dinerarias que se encontraran en mora con anterioridad a la debacle económica resulta irrazonable y por ende inconstitucional.

A ello no se puede dejar de agregar, que los artículos 617 y 619 del Código Civil, por expresa indicación del art. 5º de la ley 25.561 mantienen su vigencia, por lo que el deudor sólo puede liberarse entregando la calidad de moneda a la que se obligó (art. 740 del Código Civil) o en su defecto, el equivalente en moneda de curso legal (...).

... la pesificación de las obligaciones en mora anteriores a la situación de emergencia implicaría premiar al deudor moroso, con la licuación de su deuda, e ignorar el régimen expreso del art. 513 del Código Civil que establece la traslación de riesgos para el deudor moroso...

... el art. 3º del Código Civil ordena las coordenadas de cómo debe ser la aplicación temporal de las leyes.

Los principios generales que dimanar de tal normativa pueden compendiarse del siguiente modo: a) Como regla, las leyes rigen irretroactivamente, sean o no de orden público, y b) Como hipótesis excepcional se admite la retroactividad cuando el legislador así expresamente lo establezca, siempre que no se afecten con ello derechos amparados por garantías constitucionales.

En esta línea, ninguna duda cabe que una nueva ley no puede volver sobre situaciones o relaciones jurídicas ya agotadas, ni sobre los efectos jurídicos ya producidos de situaciones o relaciones aún existentes.

Consecuentemente, la situación de mora en la que se encontraba la demandada en los presentes obrados se erige como un estado que -indubitablemente- implica la consolidación de la acreencia con anterioridad a la sanción de las leyes emergenciales y por ende, la obligación no puede encontrarse alcanzada por el denominado régimen de pesificación.

En igual manera se debe recordar que el Código Civil repudia el enriquecimiento sin causa, que se generaría a favor del deudor moroso que pesificara, en términos generales a cualquier relación (arg. arts. 728, 907, 1165, 2301, 2302 y concordantes); finalmente tampoco se puede ignorar

que el art. 1198 ib. veda invocar la teoría de la imprevisión al deudor moroso, que tal como se ha indicado que si se lleva a cabo una interpretación que procure armonizar estas disposiciones de la legislación de emergencia parece claro, que la misma puede ser considerada en sentido lato como una especie de imprevisión, de allí que es evidente que mal podría haberse extendido la pesificación a quien incurrió en mora, sin entrar en patente autocontradicción (...).

Por último, corrobora y consolida aún la solución que se viene proponiendo lo dispuesto por el art. 508 del Código Civil en cuanto determina la responsabilidad civil del deudor que no cumple con sus obligaciones en el tiempo asignado...”.

Por la constitucionalidad de la norma bajo análisis se pronunció el vocal Dr. Domingo Juan Sesin, quien, lógicamente, entendió que la misma no violaba el principio de igualdad ante la ley. A los efectos del presente trabajo, interesa destacar las siguientes consideraciones vertidas en su voto:

“X.... debe recordarse que frente a una crisis de tales magnitudes corresponde siempre efectuar una interpretación flexible de las normas ordinarias.

Nótese, en esta línea, que el Código Civil está pensado para una economía estable, por lo que interpretar la ley emergencial a la luz del mismo sería también inconstitucional, máxime cuando aquélla se ocupa por otorgar mecanismos propios de reestructuración del contrato o remedios para compensar algún desfase.

XI. Además, aun cuando es dable admitir que -tal como lo señala la mayoría- en algunos casos (como el *sub lite*) la igualación de un deudor largamente moroso con otro que ha dejado de cumplir su obligación sólo cuando la crisis general también lo ha afectado, puede resultar eventualmente una solución inequitativa, lo cierto es que tal riesgo está salvado por el propio texto del art. 11 modificado por la 25.820, que deja abierta la posibilidad al acreedor de “solicitar un reajuste equitativo” si por aplicación de los coeficientes correspondientes el valor resultante de la prestación fuese inferior al momento del pago.

... XII. Adviértase también que, tal como se ha destacado *supra*, la aplicación de la pesificación a este supuesto de relaciones en mora no supone aplicar retroactivamente la ley, sino imponerla a las consecuencias jurídicas preexistentes que la normativa se ha limitado a declarar (art. 3º C.C.).

Asimismo, aun cuando el art. 513 del C.C. pone a cargo del deudor moroso las consecuencias del caso fortuito, desde antiguo se ha resuelto que la culpa o la mora son irrelevantes si la excesiva onerosidad se habría producido de todos modos, pues en tal caso falta la relación de causalidad o efecto entre el actual culpable del incumplimiento y la consecuencia imprevista.

... Si el orden público económico ha sido modificado en un aspecto básico, como es la cotización de la moneda, que de una paridad uno a uno impuesta por ley pasa a tener actualmente un costo de tres a uno..., tal mutación repercute en la generalidad de las obligaciones, no sólo de aquellas en que no se había producido la mora a la época de la declaración de emergencia”.

Nos corresponde, pues, ahora, cotejar las consideraciones judiciales transcriptas con las concepciones alternativas del principio de igualdad ante la ley *supra* referidas.

Al respecto, lo primero que podemos decir es que resulta claro que ninguno de los desarrollos argumentales -tampoco el del Dr. Sesin- se limita a efectuar un análisis bajo el presupuesto de una rigurosa identificación entre el principio de igualdad ante la ley y el de legalidad.

Esto resulta evidente en el caso de los dos votos que declaran la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 25.561 (texto conf. ley 25.820). Tal identificación, lógicamente, hubiese impedido un voto por la inconstitucionalidad de la norma. Mal podría haberse declarado la inconstitucionalidad de una norma con fundamento en el principio de igualdad así concebido, si esa norma, además de contar a su favor con una derogación genérica de toda disposición legal anterior que le resultare contraria<sup>26</sup>, cuenta en su favor con la particularidad de resultar “posterior” y “especial” respecto de las normas del Código Civil citadas por los magistrados que son las que, precisamente, le resultan opuestas. Es decir, incluso si prescindieramos de la expresa derogación legal de toda norma que la contradiga contenida en el art. 19 de la ley 25.561, el art. 11 de la ley 25.561 cuenta en su favor con dos de los tres criterios que gozan de cierto nivel de consenso en la teoría jurídica para la superación de antinomias o contradicciones normativas en los sistemas jurídicos<sup>27</sup>.

Por lo anterior, no es plausible una reconstrucción teórica de los votos que se pronunciaron por la inconstitucionalidad de la norma de la Ley de Emergencia, mediante la cual se sostenga que tales votos se han mantenido bajo el presupuesto de asimilar la igualdad ante la ley con el principio de legalidad, entendiéndose que lo único que han hecho los jueces que votaron por la inconstitucionalidad fue preferir, en la contradicción Código Civil - Ley de Emergencia, a las normas del Código Civil por sobre las de la Ley de Emergencia.

El problema es que, en esta hipotética “reconstrucción” de los votos, no podríamos apelar al principio de igualdad como justificatorio de la decisión, dado que éste no avala la aplicación de las normas del Código Civil por sobre las de la Ley de Emergencia, por las razones ya expresadas arriba. En consecuencia, obligadamente necesitaríamos de algún otro criterio justificatorio, independiente del principio de legalidad, que transformaría a este último en un criterio decisorio meramente complementario de aquél. Pero, como el principio de igualdad ante la ley no ha sido considerado por los Sres. jueces como criterio meramente complementario de la decisión, esta “reconstrucción” se apartaría significativamente de lo expresado en los votos en estudio y, entonces, habremos ya perdido todo punto de contacto con la formulación del fallo. En razón de esto, como hemos manifestado, entendemos que no resulta plausible semejante reconstrucción de la resolución que nos ocupa.

Ahora bien, de mayor interés es remarcar que tampoco el voto del Dr. Sesin, quien se pronuncia por la constitucionalidad de la norma, parece identificar estrictamente al principio de igualdad ante la ley con el principio de legalidad. Esto es, aun cuando en los fundamentos tendientes a descartar la violación al principio de igualdad ante la ley, podría haber omitido toda referencia a las normas del Código Civil de las que se deriva una clara diferencia de trato para el deudor no moroso y el deudor moroso, limitándose a sustentar su posición en la normativa de emergencia, el Dr. Sesin se preocupa por mostrar un cierto “encaje” o “ajuste” entre las normas del Código Civil y las de la ley 25.561, es decir, intenta dar razones por las cuales, a su criterio, no existiría incompatibilidad entre las mismas. Ello es relevante porque, como más abajo veremos, evidencia una diferente manera de concebir al principio de igualdad ante la ley que, a grandes

rasgos, coincide con la que puede entenderse como emergente de los restantes votos analizados.

Por otro lado, las consideraciones vertidas por los magistrados a través de las cuales se evalúa el respeto o, por el contrario, la violación al principio de igualdad ante la ley por parte del art. 11 de la ley 25.561, no se han sustentado en juicios morales independientes de la legislación positiva existente.

Tales consideraciones se han fundado en expresos textos legales como son los correspondientes al Código Civil.

Siendo ello así, tampoco se ha identificado estrictamente al principio de igualdad ante la ley con una instancia de aplicación del objetivismo moral.

¿Cuál es, entonces, la concepción del principio de igualdad ante la ley que subyace en las consideraciones del fallo que se han transcripto?

## **VI. Igualdad ante la ley y coherencia**

Una tercera manera de concebir al principio de igualdad ante la ley, que parece reflejar los lineamientos transcriptos del fallo judicial, es aquella que entiende que, en virtud de tal principio, se justifica el diálogo que los pronunciamientos judiciales actuales deben mantener con las decisiones institucionales del pasado -sean éstas legislativas o judiciales- y la coherencia o compatibilidad que debe surgir entre las decisiones pasadas y las presentes.

Mediante la exigencia de mirar hacia el pasado, el principio de igualdad ante la ley tiende a evitar que se trate un caso actual de manera diferente a la manera en que fueron tratados casos similares en el pasado.

Aunque esto no significa que necesariamente deba resolverse el caso actual de la misma manera en que se resolvieron situaciones análogas en el pasado, la idea u objetivo a lograr es que el derecho hable con una sola voz, porque sólo de ese modo se respeta el principio de igualdad ante la ley.

El principio de igualdad ante la ley, entonces, obliga a hacer un “encaje” entre las decisiones del presente y las decisiones del pasado.

Esto último, incluso cuando la solución propuesta pueda considerarse reformadora de las soluciones institucionales que el derecho ha brindado hasta el presente.

En estos casos, el principio de igualdad ante la ley exigirá que se den razones contrarias a las soluciones institucionales pasadas que ahora dejan de aplicarse.

Tales razones deberán estar fundadas en principios u objetivos subyacentes a algunas otras decisiones institucionales del pasado -que obviamente no eran las utilizadas para la resolución de los casos análogos hasta el presente- o en una mejor interpretación de los principios u objetivos subyacentes a aquellas decisiones institucionales en las que se fundaba la decisión de la que, ahora, el juez se aparta.

El principio de igualdad ante la ley viene a exigir que, en ningún caso, se funde la actual decisión judicial en consideraciones morales desvinculadas del material jurídico concreto de una comunidad política.

Y, en los casos en que se dejan de aplicar los criterios utilizados hasta el presente, el principio de igualdad ante la ley exigirá, a su vez, que el juez explique por qué motivos la nueva solución adoptada es la que mejor se



deriva de una interpretación más coherente de los distintos principios y/o normas que conforman el derecho vigente.

En definitiva, el principio de igualdad ante la ley impondrá que el derecho vigente sea entendido como un todo, cuyas partes deben resultar coherentes entre sí.

Esta concepción del principio de igualdad ante la ley es la que parece surgir de las ideas expresadas por autores como Neil MacCormick y Ronald Dworkin.

Nos dice Manuel Atienza en relación con las ideas de MacCormick: *“... Que una decisión tenga sentido en relación con el sistema significa -...- que satisfaga los requisitos de consistencia y de coherencia. Una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas... El requisito de consistencia puede entenderse, pues, que deriva... de la obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente...”*

*Pero la exigencia de consistencia es todavía demasiado débil. Tanto en relación con las normas como en relación con los hechos, las decisiones deben, además, ser coherentes aunque, por otro lado, la consistencia no es siempre una condición necesaria para la coherencia: mientras que la coherencia es una cuestión de grado, la consistencia es una propiedad que, sencillamente, se da o no se da; por ejemplo, una historia puede resultar coherente en su conjunto aunque contenga alguna inconsistencia interna (...).*

*... Una serie de normas, o una norma, es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que, a su vez, resulten aceptables en el sentido de que configuren -cuando se tomen conjuntamente- una forma de vida satisfactoria (...)”* <sup>28</sup>.

Y con relación a la noción de coherencia normativa de MacCormick, Atienza agrega lo siguiente: *“... en el caso de la coherencia normativa no hay por qué pensar en la existencia de algún tipo de verdad última, objetiva, independiente de los hombres. En definitiva, la coherencia es siempre una cuestión de racionalidad, pero no siempre una cuestión de verdad (...)”* <sup>29</sup>.

En sentido semejante, Dworkin se refiere: *“... La integridad es burlada... cada vez que una comunidad aprueba y hace cumplir distintas leyes cada una de las cuales es coherente en sí misma, pero que no pueden ser defendidas en conjunto como la expresión de una serie coherente de diferentes principio de justicia, de equidad o de debido proceso...”* <sup>30</sup>.

*“... Está de moda decir que este tipo de igualdad <sup>31</sup> no es importante porque ofrece poca protección contra la tiranía. Sin embargo, esta denigración supone que la igualdad formal es sólo una cuestión de hacer cumplir las reglas, sean cuales fueren, que han sido establecidas en la legislación, en el espíritu del convencionalismo. Los casos de protección equitativa demuestran la importancia que adquiere la igualdad formal cuando exige fidelidad no sólo a las reglas sino también a las teorías de equidad y justicia que estas reglas presuponen por medio de la justificación...”* <sup>32</sup>.

Recurriendo a la conocida metáfora de la novela en cadena para explicar la tarea de los jueces en concordancia con este principio, expresa: *“... Podemos hallar una comparación aún más fructífera entre literatura y*

*derecho al construir un género artificial de literatura que podríamos llamar la novela en cadena.*

En este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible, y la complejidad de esta tarea muestra la complejidad de decidir un caso difícil bajo el derecho como integridad. Este proyecto literario es fantástico, pero no irreconocible... Los melodramas de televisión abarcan décadas con los mismos personajes y una mínima continuidad de argumento, a pesar de estar escritos por diferentes grupos de autores aun en diferentes semanas. Sin embargo, en nuestro ejemplo, se espera que los novelistas asuman la responsabilidad de continuidad con más seriedad; su objetivo es crear en conjunto una sola novela que sea la mejor novela posible.

*El objetivo de cada novelista es crear una sola novela a partir del material que le han dado, lo que él le agregue y (hasta donde pueda controlarlo) lo que querrán o podrán agregar sus sucesores. Debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varias manos diferentes..."*<sup>33</sup>.

En suma, esta concepción del principio de igualdad ante la ley rechaza el dilema que planteábamos al comienzo, dado que, según ella, el mismo se funda en una incorrecta concepción de lo que es el derecho.

Nos dice Dworkin con relación a esto: *"El derecho como integridad niega que las declaraciones del derecho sean informes objetivos regresivos del convencionalismo o programas instrumentales progresivos del pragmatismo legal. Sostiene que los reclamos legales son juicios interpretativos y por lo tanto, combinan elementos progresivos y regresivos; interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa política en desarrollo. De modo que el derecho como integridad rechaza, por inútil, la antigua cuestión de si los jueces encuentran o inventan la ley; sugiere que entendemos el razonamiento legal sólo al entender el sentido en el que hacen ambas cosas y ninguna"*<sup>34</sup>.

## **VII. ¿Disolución del dilema?**

Cabe ahora preguntarnos si la concepción del principio de igualdad ante la ley en el tercer sentido indicado, efectivamente permite disolver el dilema inicial bajo análisis.

Podría argumentarse que esta tercera concepción del principio de igualdad ante la ley, lejos de disolver el dilema ha venido a agravarlo.

Ello, dado que ahora tendríamos algo así como un "trilema", con el agravante que el "tercer cuerno", que se ha venido a incorporar a la disyuntiva originaria, parece sumar los defectos que hacía a los dos cuernos del dilema originario pasibles de crítica.

En ese orden de ideas, podría afirmarse que este "tercer cuerno" del trilema viene a proponer como teoría metaética correcta a una especie de subjetivismo social o colectivo, el cual no permite justificar racionalmente un apartamiento de la legalidad en aquellos casos de ordenamientos jurídicos intrínsecamente injustos. Que, por tal razón, el subjetivismo social

no goza de las ventajas que presenta el objetivismo moral frente a tales situaciones, lo cual lo torna desacertado o, si se quiere, inconveniente.

Al respecto, Atienza señala acertadamente en relación con la justificación de las decisiones sociales sobre la sola base de la coherencia que *"... La coherencia puede ser satisfecha por un derecho nazi que parta de la pureza de la raza como valor supremo"* <sup>35</sup>.

También podría argumentarse que esta tercera concepción del principio de igualdad ante la ley no posee las virtudes que el seguimiento estricto del principio de igualdad ante la ley concebido como principio de legalidad trae aparejadas.

Es decir, esta concepción de la igualdad ante la ley como coherencia, no genera ni seguridad jurídica ni evita la discreción judicial que son las virtudes que, como hemos dicho, suelen atribuirse al seguimiento del principio de legalidad. Esto, ya que, en esta tercera concepción, el juez siempre podrá apelar a justificaciones "interpretativas" del derecho vigente, sobre la base de supuestos principios subyacentes a las normas efectivamente legisladas -muchas de ellas extremadamente vagas-, mediante las cuales imponer, en definitiva, sus propias preferencias morales por sobre las del legislador, generando, con ello, inseguridad jurídica y una desobediencia de decisiones legislativas expresas, tomadas sobre la base de la regla democrática de mayoría.

Sin embargo, contrariamente a lo anterior, también puede decirse que esta concepción del principio de igualdad ante la ley como exigencia de coherencia, posee una serie de virtudes o ventajas que tienden a disolver el dilema inicial.

Así, respecto de la seguridad jurídica, se ha dicho que, en lugar de impedir su obtención, la favorece:

*"... La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque presupone la idea de que el derecho es una empresa racional; porque está de acuerdo con la noción de universalidad -en cuanto componente de la racionalidad en la vida práctica- al permitir considerar a las normas no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido; porque promueve la certeza del derecho, ya que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico -pero sí sus principios básicos-; y porque un orden jurídico que fuera simplemente no contradictorio no permitiría guiar la conducta de la gente como lo hace el derecho"* <sup>36</sup>.

Con relación a las objeciones de tipo democrático, se ha afirmado que éstas no resultan plausibles, dado el funcionamiento concreto de las comunidades políticas y sus decisiones políticas reales en torno al derecho: *"... Si el pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores sino también por cualquier otra norma proveniente de los principios que estas decisiones suponen, entonces el conjunto de normas reconocidas puede expandirse y contraerse en forma orgánica, a medida que las personas se tornan más sofisticadas para sentir y explorar aquello que estos principios requieren en nuevas circunstancias, sin la necesidad de una legislación detallada o de adjudicación en cada punto posible de conflicto..."* <sup>37</sup>.

En contra de las objeciones dirigidas a la discrecionalidad judicial, puede expresarse que el derecho posee criterios de corrección "internos" al mismo (si fuesen "externos" estaríamos ante una posición correspondiente al objetivismo moral), como lo son las decisiones institucionales del pasado, las cuales constituyen fenómenos sociales que, como tales, imponen límites a la pura voluntad del individuo -en este caso, al juez- <sup>38</sup>. 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 las decisiones institucionales del pasado.

En este último sentido, podrá afirmarse también que si bien esta concepción del principio de igualdad ante la ley no presenta las ventajas del objetivismo moral frente a casos de regímenes jurídicos intrínsecamente injustos, al menos, se presenta como una alternativa a aquella concepción legalista rígida que acarrea la identificación del principio de igualdad ante la ley con el principio de legalidad, lo cual es importante para el efectivo logro de la justicia en comunidades con otro tipo de regímenes.

A su vez, y para terminar, podrá sostenerse que esta concepción suministra puntos de partida firmes para la discusión racional en torno al derecho como lo son las decisiones institucionales del pasado, cuya existencia resulta mucho menos discutible que aquellos hechos morales independientes de tales decisiones de los que el objetivismo moral debe partir si quiere ser consistente. Y esto no constituye un dato menor ni despreciable en torno a dotar de mayor racionalidad a la problematización en materia jurídica.

#### Notas:

<sup>1</sup> En definitiva, no hemos sino seguido una terminología usual en la teoría jurídica, la cual reserva la expresión igualdad “ante” la ley para hacer referencia, precisamente, a la norma de igualdad dirigida a los órganos de aplicación del derecho. Al respecto, puede verse, Ricardo GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, ps. 194/195; Liborio L. HIERRO, *¿Qué derechos tenemos?* en *Doxa 23*, Buenos Aires, 2000, ps. 364/365.

<sup>2</sup> R. GUASTINI, ob. cit., p. 194.

<sup>3</sup> Para referirnos al mandato de igualdad utilizaremos indistintamente las expresiones “principio” y “norma”, puesto que los objetivos del presente trabajo no nos exigen abordar la cuestión relativa a si efectivamente los principios son diferentes de las normas y, eventualmente, a cuál de esas dos categorías jurídicas se correspondería la exigencia de igualdad. Por ello, nos permitimos también emplear expresiones tales como “mandato” o “exigencia de igualdad”, ya que, sea norma o principio, lo que se quiere destacar mediante el uso de tales expresiones es su carácter esencialmente normativo.

<sup>4</sup> Como cuadro ilustrativo general de los problemas de esta naturaleza que plantea el principio de “igualdad”, puede verse: Ricardo A. GUIBOURG, *Provocaciones en torno del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, ps. 107/111.

<sup>5</sup> Ricardo GUASTINI, ob. cit., p. 195.

En idéntico sentido, Hans Kelsen expresa: “Y ahora, el principio especial de la llamada igualdad ante la ley. No significa otra cosa sino que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca. Si el derecho otorga derechos políticos solamente a los hombres y no a las mujeres, a los ciudadanos nativos y no a los extranjeros, a los miembros de una determinada religión o raza y no a los de otra, se respetará el principio de igualdad ante la ley cuando los órganos encargados de la aplicación del derecho resuelvan en los casos concretos que una mujer, un ciudadano extranjero o un miembro de una determinada religión o raza no tiene derecho político alguno” (Hans KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 3ª ed., 1966, 1ª edición castellana 1956, edición original en alemán 1953, ps. 53/54). Similares consideraciones pueden verse en Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 5ª ed., 1994 (edición original en inglés 1958), ps. 277/280.

<sup>6</sup> Frederick SCHAUER, en su trabajo titulado *On treating like cases alike*, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad Di Tella, Buenos Aires, el 16 de junio de 2006.

<sup>7</sup> ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Libro V.

<sup>8</sup> Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004 (edición original en inglés 1991).

<sup>9</sup> Frederick SCHAUER, ob. cit., 2004, ps. 76/79.

<sup>10</sup> Frederick SCHAUER, ob. cit., 2004, p. 80. En idéntico sentido, puede verse: Ricardo A. GUIBOURG, Alejandro M. GHIGLIANI y Ricardo V. GUARINONI, *Introducción al conocimiento científico*, 3ª ed., 4ª reimp., Buenos Aires, Eudeba, 1998, 2004, ps. 34/40.

<sup>11</sup> Frederick SCHAUER, ob. cit., 2004, ps. 81/82.

<sup>12</sup> Al respecto, puede verse: Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., 10ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2000, ps. 272/280.

<sup>13</sup> Carlos Santiago NINO, ob. cit., p. 279.

<sup>14</sup> Ricardo GUASTINI, ob. cit., p. 195.

<sup>15</sup> Para una caracterización más precisa del objetivismo moral, sus diversos tipos y las principales críticas a él, puede verse: Carlos Santiago NINO, ob. cit., ps. 353/382; Ricardo A. GUIBOURG, *La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2004, ps. 129/140; Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, Capítulo VIII; Carlos Ignacio MASSINI, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.

<sup>16</sup> Jeremy WALDRON, ob. cit., p. 211.

<sup>17</sup> Al respecto, puede verse: Jeremy WALDRON, ob. cit., Caps. XII y XIII.

<sup>18</sup> En contra de este tipo de argumentos provenientes de una concepción mayoritarista de la democracia, existen argumentos que pueden darse desde una concepción no mayoritarista de ella que favorecerían una justificable aplicación del principio de igualdad ante la ley no identificado con el principio de legalidad. Al respecto, puede verse: Carlos Santiago NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997. Sólo para dar una idea básica de la posición central de Nino, diremos que éste entiende que lo que importa para que una decisión pueda ser calificada como “democrática” es que ésta sea el resultado de una deliberación genuina. Si tal deliberación se desarrolla, en los hechos, de mejor manera en el ámbito del Poder Judicial que en el ámbito del Poder Legislativo, la decisión que se adopte en el primero de tales ámbitos será más democrática que la segunda.

<sup>19</sup> Frederick SCHAUER, ob. cit., 2004, p. 200.

<sup>20</sup> Frederick SCHAUER, ob. cit., 2004, ps. 209/210.

<sup>21</sup> A.I. Nº 116, 26/7/06.

<sup>22</sup> El caso que nos ocupa, obviamente, se encontraba encuadrado en el art. 11 de la ley 25.561 (texto conf. modificación ley 25.820, publicada el 2/12/03). Nos dice el art. 3º de la ley 25.820: “Artículo 3º. Sustitúyese el texto del artículo 11 de la ley 25.561 por el siguiente: Artículo 11. Las obligaciones de dar sumas de dinero existentes al 6 de enero de 2002, expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, se convertirán a razón de un dólar estadounidense (U\$S 1) = un peso (\$ 1), o su equivalente en otra moneda extranjera, resultando aplicable la normativa vigente en cuanto al Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) o el Coeficiente de Variación de Salarios (CVS), o el que en el futuro los reemplace, según sea el caso...”.

<sup>23</sup> Fecha de declaración de la emergencia pública mediante ley 25.561, la cual dispuso la salida del régimen cambiario \$ 1 = U\$S 1 que regía hasta ese entonces según ley 23.928.

<sup>24</sup> No pretendemos, en este trabajo, efectuar un análisis crítico pormenorizado de la totalidad de los aspectos del fallo judicial. Por ello, no nos ocuparemos del voto del vocal Dr. Julio Leopoldo Fontaine (en ejercicio de suplencia), quien considera inconstitucional al art. 11 de la ley 25.561, pero por razones vinculadas al derecho de propiedad y no al principio de igualdad ante la ley.

<sup>25</sup> Entre ambos votos existen profundas y significativas diferencias, sólo que aquí no pondremos el acento en ellas porque éstas no se encuentran directamente relacionadas con la manera en que se ha hecho aplicación del principio de igualdad ante la ley para declarar la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia ya referida.

<sup>26</sup> Conf. art. 19 de la ley 25.561, el cual reza: “La presente ley es de orden público. Ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos. Derógase toda otra disposición que se oponga a lo en ella dispuesto”.

<sup>27</sup> Al respecto, puede verse: Carlos Santiago NINO, ob. cit., 2000, p. 275; Norberto BOBBIO, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1991, 1ª edición en italiano 1960, ps. 191/205.

<sup>28</sup> Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, U.N.A.M., 2003, ps. 117/118.

<sup>29</sup> Manuel ATIENZA, ob. cit., p. 120.

<sup>30</sup> Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2005, 1ª edición en inglés 1986, p. 137.

<sup>31</sup> Se refiere, específicamente, a la denominada “igualdad ante la ley” o “igualdad formal”.

<sup>32</sup> Ronald DWORKIN, ob. cit., p. 138.

<sup>33</sup> Ronald DWORKIN, ob. cit., p. 167.

<sup>34</sup> Ronald DWORKIN, ob. cit., p. 164.

<sup>35</sup> Manuel ATIENZA, ob. cit., p. 119.

<sup>36</sup> Manuel ATIENZA, describiendo las ideas de MacCormick, ob. cit., p. 119.

<sup>37</sup> Ronald DWORKIN, ob. cit., p. 140.

<sup>38</sup> Al respecto, puede verse: Manuel ATIENZA, ob. cit., ps. 108/109.

# DERECHO Y DIALÉCTICA

JULIO C. CASTIGLIONE

**Sumario:** I. El problema del método jurídico. II. Un viejo método actualizado: la dialéctica. III. Los romanos y la dialéctica. IV. Noción de la dialéctica. V. Su naturaleza. VI. La pérdida del arte del diálogo. VII. Importancia. VIII. Sus pasos. IX. Sus caracteres. X. Una disidencia con Villey. XI. La dialéctica como principal método jurídico. XII. La sentencia y el diálogo. XIII. La argumentación. XIV. Lucha de tesis u opiniones. XV. Inseguridad del conocimiento jurídico. XVI. La dialéctica y los tópicos. XVII. Sus caracteres. XVIII. Conclusión: una sentencia admirable.

## I. El problema del método jurídico

Si se le pregunta a un abogado cuál es el método que utiliza el derecho, es muy posible que no sepa responder, al menos de un modo inmediato y, en todo caso, explique que usa la deducción a partir de las leyes vigentes aplicables al caso. En general, en nuestras facultades se enseña en el curso de derecho procesal cómo manejar los juicios y presentar las pruebas para obtener un fallo favorable, que es lo que le interesa sobre todo al abogado común, pero raramente qué método emplean los juristas para elaborar su saber y descubrir lo justo. Probablemente es en filosofía del derecho donde se instruye sobre esta cuestión, pero, en mi opinión, parece no dársele la suficiente importancia al presente planteo. El propósito de este trabajo es desarrollar este tema, que si bien es conocido por los avezados juristas, no suele merecer normalmente la suficiente atención de los profesionales del derecho. Pareciera, por otro lado, que en general a los abogados les interesa más cómo ganar un juicio que descubrir dónde está lo justo.

## II. Un viejo método actualizado: la dialéctica

Sostiene con razón Popper (p. 359), siguiendo a Descartes, que *“no hay cuestión por más absurda o inverosímil que sea, que no haya sido sostenida por algún filósofo”*, por lo que concluye que el hombre tiende a ensayarlo todo. Esto explicaría la razón de la aplicación común de una ley psicológica que da lugar a un método generalizado, el de *“ensayo y error”* para buscar la solución ignorada de cualquier cuestión. Pero Popper avanza más aún, sostiene que es un procedimiento utilizado por los organismos vivos en el proceso de adaptación. Agrega que su éxito depende del número y variedad de los ensayos. Con este prólogo comienza su análisis de la dialéctica y explica que se trata del método empleado en el desarrollo de pensamiento humano, especialmente de la Filosofía, como una forma particular del de ensayo y error.

A su vez, Villey nos advierte que el diálogo es un género difícil. *“No creo que ningún progreso puede esperarse seriamente en el conocimiento y en la ‘comunicación’ como consecuencia de esos diálogos llamados ‘informales’, donde se nutren nuestros psicólogos. El diálogo necesita un arte. Ha existido un arte del diálogo, antaño floreciente, hoy perdido. Tomando esta palabra en su sentido primero, etimológico lo llamaremos*

*dialéctica. Estimamos, agrega, que una de las tareas del mundo académico presente podría ser el redescubrimiento de este arte de la dialéctica”* (1978, p. 92).

### **III. Los romanos y la dialéctica**

Villey sostiene que los romanos utilizaron la dialéctica y dieron el ejemplo, aplicándolo en el arte de descubrir lo justo. La jurisprudencia romana se forjó mediante repetidas discusiones en las que también eran cotejadas las autoridades. Un género de esta literatura eran las “cuestiones”. Se concluía el procedimiento con unas definiciones o reglas, *oroī* según los romanos. De la decisión se extrae la regla del caso. Como se dice en el Digesto, *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat* (no se extrae el derecho de la regla, sino la regla se obtiene del derecho). Esto es tan importante como esclarecedor. Significa que la norma no produce lo justo, -como cree el abogado actual- sino que de lo justo se extrae, descubre o induce la norma, lo que significa un proceso exactamente inverso al que solemos usar actualmente: se sanciona una ley -regla o imposición- y de allí se deduce lo justo. Me permitiré dar un ejemplo casero para aclarar el tema. Siendo alumno en la Universidad de Tucumán, compartía un departamento con otros cuatro compañeros. Dos de ellos, más bien rollizos y de buen apetito, se disputaban la comida que preparaba una señora que iba por la mañana, limpiaba el departamento y la ropa y dejaba la comida hecha. Cuando nos sentábamos a la mesa, el repartidor era uno de los comilones, y el otro se quejaba porque sostenía que al repartir la comida se quedaba con la mayor tajada. ¿Cómo resolvimos la cuestión? Luego de un diálogo entre todos, el grupo resolvió el caso de un modo sencillo: el que repartía no elegía el plato, de modo que si lo hacía sin equidad, él resultaba perjudicado, quedaba con el plato con menor comida. Aquí se advierte la aplicación de dos reglas jurídicas: “El que parte y reparte se queda con la mejor parte”. Esa era la situación primera si eran exactas las quejas del compañero. Cuando se cambia el sistema se aplica una segunda regla que permite la aplicación indiscutida de la justicia: “el que parte, no reparte”. Se ve claro, que la regla no se impone por poder y modifica los hechos, sino que de los hechos se obtiene la regla.

Esta forma original, certera y aguda de descubrir las reglas, ha sido uno de los principales factores del desarrollo del derecho romano. Y como de esta forma se llega a penetrar en la naturaleza de las cosas, en captar lo que tienen de objetivo, no extraña esa enigmática afirmación de Villey cuando dice que el derecho natural no es más que un método; la vía que siguen los juristas a quienes incumbe el acabamiento de las reglas (Castiglione, 1996, p. 55 y ss.).

### **IV. Noción de la dialéctica**

¿Qué es la dialéctica? se preguntará el lego. Parece adecuado recurrir a lo que se hace normalmente, buscar la etimología. El término “dialéctica” viene del verbo griego *dialegesthai* que quiere decir “conversar”. Alude, como es evidente, al “intercambio de palabras o informaciones entre interlocutores múltiples”. Para los filósofos de Grecia que fueron los



inventores de la palabra y para Santo Tomás, que tenía por costumbre ir a las fuentes, la palabra dialéctica implica simplemente diálogo, lo que resulta obvio.

El diálogo parte del hecho de la sociabilidad natural de los hombres y permite, vista la debilidad de éstos, fomentar, a partir del intercambio de ideas, experiencias y conocimientos normalmente aislados, el desarrollo armónico de la sociedad.

Pero este punto de vista se puede generalizar, dado que se aplica la dialéctica no sólo por los filósofos a la filosofía, sino a todo el ámbito del pensamiento y en las empresas humanas, en la ciencia, la tecnología, la ingeniería y la política.

Así, si queremos explicar por qué el pensamiento humano tiende a ensayar toda solución concebible para un problema con el cual se enfrenta, podemos apelar a un tipo de regularidad muy general. El método por el cual se busca una solución es habitualmente el mismo: es el método de ensayo y error, sostiene este autor. Es también, fundamentalmente, el método utilizado por los organismos vivientes en el proceso de adaptación. Es evidente que el éxito de este método depende en gran medida del número y variedad de los ensayos: cuanto más ensayamos, tanto más probable es que nuestros intentos tengan éxito.

Si el resultado de un test muestra que la teoría es errónea, se la elimina; el método de ensayo y errores, es pues, esencialmente, un método de eliminación. Su éxito depende principalmente de tres condiciones, sostiene Popper, a saber:

- 1) que se presente un número suficiente de teorías (y de teorías ingeniosas);
- 2) que las teorías presentadas sean suficientemente variadas;
- 3) y que se realicen tests suficientemente severos.

De esta manera, si tenemos suerte, podemos asegurar la supervivencia de la teoría más apta por la eliminación de las que son menos aptas.

Si se acepta y se considera más o menos correcta esta decisión del desarrollo del pensamiento humano en general y del pensamiento científico en particular, ella puede ayudarnos a comprender qué quieren decir aquéllos que afirman que el desarrollo del pensamiento humano procede según lineamientos "dialécticos".

Puede aceptarse la plausibilidad de esta interpretación de la historia del pensamiento. Todo esto puede decirse a favor del punto de vista dialéctico, pero debemos cuidarnos de no admitir demasiado, sostiene. Se debe desconfiar, de una cantidad de metáforas usadas por los dialécticos y desdichadamente aceptadas con frecuencia con demasiada seriedad. Un ejemplo de ellas es la afirmación dialéctica de que la tesis "produce su antítesis". En realidad, es sólo nuestra actitud crítica, afirma Popper, la que produce la antítesis, y donde falta tal actitud -lo cual sucede a menudo- no se produce ninguna antítesis. Análogamente, no debemos pensar que es la "lucha" entre tesis y su antítesis la que "produce" una síntesis. Son las mentes las que luchan. Y estas mentes deben producir nuevas ideas. Y si se llega a una síntesis, habitualmente será una descripción más bien tosca de la síntesis, decir que conserva las partes mejores de la tesis y la antítesis. Esta descripción será engañosa, porque además de las viejas ideas que conserva, la síntesis incluirá, en todos los casos, alguna nueva idea que no puede ser reducida a etapas anteriores del desarrollo.

Los malentendidos y confusiones más importantes, sostiene este autor, surgen debido a la manera vaga en que los dialécticos hablan de las contradicciones.

Observan que las contradicciones son de la mayor importancia en la historia del pensamiento, precisamente tan importantes como su crítica. Pues la crítica consiste invariablemente en señalar alguna contradicción; o bien una contradicción dentro de la teoría criticada, o bien una contradicción entre la teoría y ciertos hechos, o mejor dicho, entre la teoría y ciertos enunciados relativos a éstos.

Pero la crítica es, en un sentido muy importante, la principal fuerza motriz de todo el desarrollo intelectual. Sin contradicciones, sin crítica, no habría motivos racionales para cambiar nuestras teorías: no habría progreso intelectual.

Así, después de observar correctamente que las contradicciones son sumamente fértiles, sostiene Popper, los dialécticos concluyen -erróneamente, que no es necesario evitar esas fértiles contradicciones. Y hasta afirman que no es posible evitar las contradicciones, ya que surgen en todas partes.

Una afirmación semejante equivale a un ataque al llamado "principio de contradicción" de la lógica tradicional, lo que es inaceptable, sostiene con razón nuestro autor. Este principio afirma, como se sabe, que dos enunciados contradictorios nunca pueden ser ambos verdaderos, o que un enunciado formado por la conjunción de dos enunciados contradictorios debe ser considerado falso por razones puramente lógicas. Al observar la fecundidad de las contradicciones, los dialécticos sostienen la necesidad de abandonar este principio de la lógica tradicional, cosa que suele suceder con los marxistas. Sustentan que la dialéctica conduce, así, a una nueva lógica: una lógica dialéctica. De este modo, la dialéctica, como una teoría del desarrollo histórico del pensamiento, se convierte en una doctrina muy diferente: en una teoría general del mundo.

Se trata de pretensiones sumamente serias, pero carentes de todo fundamento.

Los dialécticos dicen que las contradicciones son fructíferas, o fecundas para el progreso, y esto es, en cierto sentido, verdadero, pero sólo en la medida en que estemos decididos a no admitir contradicciones. Esta actitud nos induce a cambiar nuestras teorías y, de este modo, a progresar sólo debido a esa determinación nuestra de no aceptar nunca una contradicción, únicamente por el hecho de serlo, sino sólo porque señala correctamente una falla inadvertida.

Nunca se insistirá lo suficiente en que si cambiamos esta actitud y decidimos admitir necesariamente las contradicciones, entonces éstas perderán inmediatamente toda fecundidad. Ya no engendrarán el progreso intelectual. Pues si estamos dispuestos a admitir forzosamente las contradicciones, el señalamiento de ellas en nuestras teorías ya nos inducirá a cambiarlas. En otras palabras, toda crítica que señale contradicciones, perdería su fuerza.

Eso significa que si estamos dispuestos a aceptar las contradicciones por sí mismas, por el solo hecho de negar una afirmación sin razones que lo justifiquen, se extinguirá la crítica, y, con ella, todo progreso intelectual. Por consiguiente, se debe advertir a estos dialécticos que no pueden mantener ambas actitudes. O bien se está interesado en las contradicciones a causa de su fecundidad, en cuyo caso no debe aceptarlas por ese solo hecho; o

bien se está dispuesto a aceptarlas siempre, en cuyo caso serán estériles, y será imposible la crítica racional, la discusión y el progreso intelectual (p. 364).

La única “fuerza”, pues, que impulsa el desarrollo dialéctico es nuestra determinación de no aceptar o admitir la contradicción entre la tesis y la antítesis, por esa única razón. Ella nos induce a buscar un nuevo punto de vista que nos permita “evitarlas”, lo que es plenamente justificado.

## V. Su naturaleza

La dialéctica puede ser entendida de dos maneras:

1) desde un punto de vista metafísico, que persigue conocer la naturaleza última de los seres, es decir, como un modo de constitución del ser. Este es el punto de vista de Marx, quien sostenía que la esencia de los seres era dialéctica. Afirmaba que todo ser estaba en un continuo movimiento de fases contradictorias;

2) desde un horizonte metodológico, como un método de captación de los acontecimientos humanos, en particular, de los fenómenos jurídicos.

Lo que nos interesa ahora, y es mucho más importante, es otro aspecto de la dialéctica. Aquél que la convierte en uno de los métodos más adecuados y fecundos para encarar el estudio de los fenómenos humanos y de un modo especial el derecho, como lo usaron los romanos, según Villey, y que explicaremos enseguida.

Por eso agrega: *“La dialéctica opera, pues, como escribe Aristóteles, a partir de una premisa ‘interrogativa’, lo cual es perfectamente compatible con Tomás de Aquino, para quien el estatuto propio de la persona se encuentra no en ‘quietud’, sino fundamentalmente orientado a la búsqueda infatigable de la verdad”*. Los hombres tenemos conciencia de nuestra ignorancia y cuando más sabemos, advertimos que también se acrecienta nuestra ignorancia, lo que despierta el deseo de descubrir la verdad. Pero lo corriente es que surjan múltiples puntos de vista, no sólo contrarios, sino también contradictorios, sobre todo en cuestiones supraempíricas en las que la verificación, imposible de aplicar, podría poner un punto final. En este ambiente, ¿cómo saber dónde está la verdad o, al menos, cuál de los distintos puntos de vista es el que más se aproxima a ella? La respuesta parece obvia: se deben confrontar las opiniones para descubrir sus debilidades y aciertos, esto es, se las debe enfrentar entre sí.

Afirma Rabbi Baldi, que *“el choque, la confrontación de las opiniones vertidas”*, es el camino para acercarse a la verdad. Agrega que Villey sostiene con claridad que *“no se trata de un razonamiento vertical -como la deducción que precede de las premisas a sus consecuencias, de las causas a sus efectos, o recíprocamente- sino de un encuentro horizontal entre las opiniones confrontadas”*.

Sin embargo, Villey no deja de insistir en el hecho de que este enfrentamiento “dialéctico” no es un mero ejercicio retórico en el que se trata de convencer al adversario. La “persuasión” es importante, pero no sustancial. Lo decisivo es aquí la orientación que domina a la dialéctica: la búsqueda de la verdad lo que en el caso del derecho significa la justicia. Esto explica su insistencia en situar “esta lógica entre la retórica y la ciencia” ya que ella supone un “movimiento ascendente” hacia ésta. La

dialéctica, dice Villey, es una investigación del conocimiento verdadero, parte de las opiniones del grupo, pero con el fin de superarlas, es una ascensión.

Como ha sostenido Rabbi Baldi, la ambición del pensamiento clásico no es pequeña: es buscar, según Villey, la estructura de los seres, el sentido último de las cosas, de las que con acierto expresaba Husserl, cada uno no percibe más que un perfil. Pero, por lo mismo, la necesidad del diálogo se impone; la importancia de compartir conocimientos debe prevalecer a la ambición de estructurar, cada uno, su sistema jurídico, filosófico, etc..

Precisar la noción de lo justo es muy complicado si no se confrontan casos y situaciones defendidos por otros, máxime si se trata de personas de alguna experiencia en la materia. Ningún sabio, sostiene Villey, se contentará con su experiencia singular, que es miserable, irrisoria; le es menester contar también con la experiencia de otros que han visto otros aspectos de la cosa; los han visto de otra manera; tener en cuenta su testimonio y también los testimonios de autores pasados. El hombre es un animal social; vive con otros y no puede sólo conocerse a sí mismo. Por lo tanto, confrontación de opiniones, tal es la dialéctica, impuesta por la preocupación de la verdad (Rabbi Baldi, p. 560).

Ahora surge una cuestión tan interesante como espinosa, que ya la había planteado Pilatos, cuando los judíos pedían la muerte de Cristo: ¿Qué es la verdad? Es ésta, quizá la gran cuestión filosófica. Villey, como buen seguidor de Aristóteles, sostiene, *"... uso aquí la palabra verdad no en el sentido que ha tomado en el idealismo moderno, concordancia de una proposición con otra proposición, sino concordancia de nuestro espíritu o de nuestros discursos con las cosas; representación fiel, de la realidad en el espíritu: adaequatio intellectus ad rem. Al parecer, la dialéctica es la forma más adecuada de acercarse a la verdad en cuestiones filosóficas en las que es imposible la verificación o contrastación con los hechos"*.

Para Aristóteles, en forma inicial comprendía la lógica. Luego, se incorporó al "Organon" y en oposición a la prueba silogística y analítica comprendió una forma de argumentación que sólo implicaba pretensiones de posibilidad. De modo que se trata de una búsqueda de la verdad no definitiva y conclusiva sino probable con mayor o menor seguridad.

En la Edad Media, la influencia de estos filósofos en esta materia fue grande y, por lo general, se la aceptó tal como fue formulada por ambos. Se puede afirmar también que en esta época se une a la forma de argumentar.

Con Kant la dialéctica toma otro cariz, la utiliza como una "lógica de las apariencias". Con lo que se quiere significar como la forma de descubrir las contradicciones que brotan de la naturaleza de la razón.

Por su parte, es probable, según Ghirardi, que nosotros no estaríamos hablando de dialéctica, si los romanos no hubiesen tenido una especial concepción del proceso civil. Ocurre que éste es inseparable de la idea de bilateralidad subjetiva, idea que se desarrolló de diversas maneras y formas que afectaron profundamente la propia estructura de dicho proceso. El principio del contradictorio es una exigencia fundamental de todo el proceso civil.

De los romanos, como continúa Ghirardi, ese principio pasó al derecho moderno. En la medida en que se desarrollaron, sobre todo desde la Revolución Francesa, los sistemas contemporáneos, este principio se vio cada vez más afianzado. Los regímenes políticos fundados en los ideales democráticos le dieron mayor extensión. Si nos preguntamos ahora por su

esquema, (como ya se anticipó) la respuesta es obvia: un problema (litis), dos partes, reglas aceptadas y un juez o árbitro (1987, p. 15 y ss.).

## **VI. La pérdida del arte del diálogo**

Muchas cosas buenas ha tenido la antigüedad que la modernidad ha perdido. Sin duda una de las más importantes es el arte del diálogo. Hasta no hace mucho -poco más de una centuria- el diálogo era frecuente en los países hoy desarrollados y, por supuesto, con más razón en los demás. Esto se debe a diversas causas:

1) Quizá la causa lejana fundamental de la pérdida del diálogo ha sido la llamada "Revolución Industrial" porque ha producido un inmenso caudal de riqueza, que el hombre moderno ansía no sólo conservar sino acrecentar. Para que eso ocurra, el hombre debe trabajar sin pausa. Es paradójico, pero cuando más se tiene más se trabaja para tener más. La explicación es sencilla: se sabe que se pueden aumentar los bienes, la propaganda por los medios audiovisuales nos muestra cada vez más objetos envidiables y la gente ansía poseerlos. Por eso se afana por trabajar más para ganar más y poder adquirir más bienes, que absurdamente los poseerá, pero no los gozará por falta de tiempo.

2) Actualmente el tiempo escasea. Resulta curioso que cuando más se desarrolla el poder humano sobre la naturaleza y la capacidad humana de producir cosas, de menos tiempo se dispone (Castiglione, 2006, p. 31). Ocurre que se vive en una sociedad del saber, y para poder desplegar las posibilidades al máximo, se hace necesario dedicar mayor tiempo al acopio de informaciones de todo tipo ya que el hombre moderno cada vez quiere abarcar más para estar al día, lo que es fundamental para manejar bien sus negocios. De ahí la célebre frase cada vez más actual: "El tiempo es oro". El hombre moderno vive totalmente ocupado y lo más grave es que descuida a su familia, a sus hijos y afectos más caros, por las exigencias del trabajo y la vida social. Ha desaparecido paradójicamente casi el ocio o tiempo libre, precisamente cuando más satisfecho está el hombre.

3) Falta de amigos. La amistad exige mantenerse vinculado con cierta frecuencia y dedicar un cierto tiempo para platicar sobre infinidad de asuntos familiares, particulares, de salud, etc. Según Carlos Moyano Llerena (p. 120 y ss.) en la historia de las sociedades preindustriales se advierte invariablemente una muy alta valoración de la amistad. Tener amigos ha sido considerado siempre como una de las mayores necesidades del hombre, así como una de las principales fuentes de su felicidad. Pero para el hombre moderno no se explica esa tan alta estima de la amistad, cosa que lo desconcierta. Le parece bien tener amigos, pero ese entusiasmo lo estima exagerado. Para este autor, la amistad exige dos condiciones: a) la participación conjunta en aquellas ocupaciones de la vida en las cuales encuentran un mayor encanto. En particular son importantes la conversación, las reuniones frente a la mesa en las comidas, el juego, las fiestas, los viajes, el estudio y la reflexión en conjunto. Todo esto supone "ver las cosas de igual manera", compartir los mismos gustos y aficiones, goces y pesares. b) Y también que se deseen y se hagan el bien, que se dispensen beneficios y se los reciban. La amistad supone un apoyo recíproco que los ayuda en la autorrealización.

Todo esto supone disponer de un cierto tiempo que se dedica a permitir que la amistad viva, se desarrolle y se mantenga. Pero, actualmente, el hombre está atenaceado por lo económico. Pero esta preocupación por lo económico propia de la sociedad moderna crea obstáculos insalvables para el desarrollo de una sólida amistad. La actividad económica quita tiempo para las ocupaciones amistosas. Según Aristóteles, *“la amistad necesita tiempo y hábito”*. Y como el hombre moderno no tiene tiempo para nada, o no se hace amigos o su vida amistosa es tan anémica que no merece considerarse así. Las comidas en común se reducen o desaparecen. Ya no se da la conversación demorosa como en los cafés o los *pubs*, que tanto sorprenden a los turistas de los EE.UU. acostumbrados al típico bar americano. Hasta la Revolución Industrial todos *“tenían tiempo”* para conversar. En las ciudades más o menos grandes ha desaparecido o está desapareciendo el hábito de reunirse con los amigos por la falta de tiempo.

Moyano Llerena agrega una segunda razón: la preocupación por el propio interés utilitario, quita generosidad para hacer el bien entre amigos. Ocurre que la amistad desinteresada no tiene cabida en la cosmovisión utilitaria del mundo moderno. Por eso recuerda una recomendación de Bentham para triunfar en los negocios: *“Pocas relaciones, menos amigos, ninguna familiaridad”*. Sé de un empresario importante, que cuando un amigo le pide un trabajo en sus empresas para un familiar, contesta de un modo invariable: *“Lamentablemente quien elige mis empleados es una consultora que tiene especialistas preparados para elegir al más adecuado. Ese favor no lo puedo hacer, puede afectar mis negocios”*.

La conversación surge cuando hay amistad y ella está moribunda en la sociedad industrial capitalista moderna. El *“costo del tiempo”* es tan grande que impide tener amigos. En consecuencia, el diálogo se ha ido eclipsando. La conversación en la que se discute un tema, se intenta lograr un consenso y descubrir afinidades, es reemplazada por un diálogo de negocios, que no persigue la verdad sino el logro de ventajas por cualquier medio que la astucia aconseje, así sea la mentira o los sofismas. Se ignora una sabia sentencia del Eclesiástico: *“El amigo no tiene precio: no cambies un amigo por dinero”*.

Esto explica en parte la terrible soledad que afecta al hombre moderno. Ocurre que la amistad es un lujo que los ricos y ocupados hombres modernos no se pueden dar.

4) Vivimos en una sociedad masificada donde el hombre no conoce a su vecino. De ahí el libro del sociólogo norteamericano Riesman, *La muchedumbre solitaria*. Nadie está más solo que quien está rodeado de desconocidos. El diálogo con ellos es imposible. Podrá haber intercambio de informaciones, pero no diálogo. Eso ocurre, por ejemplo, en la calle Florida de Buenos Aires. Y también en los departamentos. Se cuenta que en uno de ellos, murió un ocupante y sólo fue advertido su fallecimiento por el cúmulo de correspondencia que se acumuló en el piso de la puerta del departamento. Viven pared de por medio y no se conocen ni se hablan. ¿No es desconcertante?

5) Los sociólogos sostienen que las relaciones humanas pueden ser de dos tipos: primarias y secundarias. Las primarias tienen lugar en grupos pequeños, como la familia, los amigos. En ellos todos se conocen y reina una cierta amistad más o menos profunda. Las secundarias se producen en los grupos grandes donde la gente no se conoce o se conoce poco. En las

relaciones primarias reina el afecto y el conocimiento, la gente se abre en su intimidad y el diálogo es frecuente y profundo. En los grupos secundarios o grandes, la persona obra no conforme a sus sentimientos, sino impersonalmente, cumpliendo funciones. Por ejemplo: en un ómnibus el boletero se limita a vender los boletos, en una tienda el vendedor ofrece mercadería, explica sus cualidades y precios. El diálogo, si puede llamarse así, es reducido, superficial y dirigido a cumplir ciertas funciones relacionadas con su trabajo. Lo importante es que en las urbes grandes, donde vive hoy la mayoría de las personas, la gente no se conoce, sólo se relaciona por las funciones que cumple, por lo que no se producen auténticos diálogos sino intercambio de informaciones para solucionar determinados problemas relacionados con sus actividades.

6) El gran desarrollo de los medios audiovisuales como el cine, la TV y la computadora, son otra importante causa de incomunicación. Se estima que en los países desarrollados, tanto jóvenes como adultos invierten en promedio entre tres y cuatro horas diarias en su contemplación. Y con el desarrollo de Internet, mucha gente se pasa enviando mails. Pero este chateo no es un verdadero diálogo, aunque tiene cierta apariencia. Sartori ha denunciado su influencia en *Homo videns* (p. 51 y sig.) y se sabe el tiempo que les consume a muchos jovencitos este chateo y los videojuegos. Eso contribuye a explicar la falta de tiempo para otros menesteres, como el deporte, el estudio y el diálogo amistoso.

En conclusión, en la moderna sociedad del conocimiento, el diálogo se ha vuelto difícil. La gente no sabe hablar: se grita, se dan órdenes, se hacen largos monólogos que nadie atiende. El diálogo supone tener paciencia, saber escuchar y disponer de humildad para dar razón al otro y de tiempo para oír sus razones, cosas que se han perdido en una sociedad apremiada por la falta de tiempo. Esto adquiere caracteres dramáticos cuando ocurre en los colegios y universidades. Los profesores no enseñan planteando problemas para dialogar sobre su solución, sino que dictan exposiciones que se consideran verdades definitivas y los alumnos deben repetirlas si quieren ser aprobados. Muchos se molestan si los alumnos pretenden plantear un desa-cuerdo e iniciar un diálogo. No se enseña el arte del diálogo y el intercambio de opiniones para llegar a la verdad, como lo supo hacer el gran Sócrates. Hoy paradójicamente se alaba la democracia pero en la práctica inconscientemente se siguen imponiendo los pensamientos y las ideas.

En consecuencia, probablemente, la causa fundamental de la pérdida del diálogo reside en la falta tiempo del hombre moderno para conversar, porque dedica al trabajo sus mejores afanes. Y la conversación que en otros tiempos era uno de los medios preferidos para ocupar el ocio y se convertía en una de las fuentes preferidas de placer, ha sido herida de muerte.

## **VII. Importancia**

La importancia del método dialéctico se basa en su conformidad con la naturaleza de las cosas. Resulta más fácil, rápido y económico alcanzar la verdad jurídica de ese modo. ¿Cómo se justifica que eso sea así?

La respuesta parece fácil. Todo es cuestión de determinar la función que persiguen los jueces y tribunales. Parece que en el mundo moderno se da una opción: o su fin es determinar lo justo, para lo cual hay que conocer la

verdad, o simplemente es un simple artificio para evitar la violencia, utilizando magistrados con poder de resolver los litigios, que darán la razón no a quien la tiene, sino a la parte que haga uso del mayor poder, intriga y fraude, aunque, eso sí, guardando la apariencia de que se logra la justicia. Si, como creo, muchos consideran que la segunda postura es la real, pero no es conveniente decirlo, excepto los marxistas y afines que descreen de la justicia, y consideran que los tribunales son un recurso capitalista para engañar a los proletarios, dándoles la apariencia de que no se los despoja inicualemente, parece obvio que el medio por excelencia es el diálogo auténtico en el cual se profundizan las razones y se conocen los hechos de la manera más objetiva y real posible. En consecuencia, la dialéctica tiene una importancia fundamental.

### VIII. Sus pasos

En un trabajo (1998) consideré algunos elementos implicados.

a) Hay una exigencia primordial: se debe oír a las dos partes. Un ejemplo típico de los romanos, considerados como los creadores del derecho (JCC, 1996, p. 52 y ss.) lo proporciona los *Hechos de los Apóstoles*. Arrestado el apóstol Pablo acusado por los judíos, solicitó apelación ante el emperador que le fue concedida. El rey Agripa escuchó a Festo quien contó que fueron los judíos quienes le pidieron la muerte de Pablo, pero que él preguntó cuáles eran las acusaciones, sin haber encontrado en ellas nada que mereciera la muerte. Pablo apeló ante el emperador y se decidió que fuera enviado a Roma para que compareciera ante él e hiciera su defensa (*Hechos de los Apóstoles*, 22 al 28). Como se advierte, Pablo exigió que no se lo condenara sin ser antes juzgado por ser ciudadano romano, y su petición fue escuchada.

b) Ambas partes se deben encontrar en igualdad de situación, cosa obvia para que el juicio definitivo que haga el tribunal pueda ser imparcial.

c) Es un método polifónico, como sostiene Villey, porque intervienen diversas personas. Según Ghirardi es en realidad, un triálogo, ya que además de las partes interviene el juez.

d) Se debe contemplar el caso desde todos los puntos de vista posibles (mediante el uso de tópicos), para poder mejor visualizar la justicia.

e) De por sí podría durar indefinidamente, dado que muy raramente se puede lograr plena certeza, pero por razones procesales obvias, se hace necesario establecer un momento para su conclusión. De ahí la necesidad de fijar plazos para cada etapa del proceso.

f) Como se parte de premisas generales ellas deben precisarse o particularizarse en relación con el caso concreto, para lograr el fin perseguido: la solución de un litigio. A ello se agrega la necesidad de fijar normalmente un *quantum* en la resolución, dado que lo normal es que la cuestión disputada implique temas de naturaleza económica o que produzcan estas consecuencias. Por lo tanto, lograr una solución perfectamente justa o, que al menos satisfaga a las dos partes es muy difícil, si no imposible. Y también es de algún modo quimérica la esperanza de muchos juristas, que estiman que esto se puede lograr si se esclarece correctamente la naturaleza de las cosas implicadas, es decir, si se consigue descubrir, o mejor, producir una solución basada en la justicia objetiva. Por lo general, las decisiones sólo conceden una mayor o menor probabilidad de



lograr la verdad y, por lo tanto, lo justo, pero no conceden una absoluta certeza. Hay pues, un margen inevitable de inseguridad y, por ende, de injusticia. Es el precio inevitable que se debe pagar por las fallas de la humana naturaleza y de las cosas.

g) El fin que se persigue en el derecho es conocer o descubrir (en rigor, según Villey, inventar o construir: *poiesis*) la justicia en un caso concreto. Es por lo tanto, un fin fundamentalmente teórico -aunque supone ese momento de fabricación-, dado que generalmente sólo se la puede conocer cuando se agregan elementos que aporta el investigador. Villey insiste en que la dialéctica es propia del saber teórico y que el derecho tiene ese carácter. A mí parece que esta opinión es correcta.

## **IX. Sus caracteres**

Sostiene Villey que la llamada lógica de Aristóteles implica, en primer lugar, un análisis de los razonamientos de la ciencia perfecta, que disponía de premisas indiscutibles en su punto de partida. Este razonamiento produce un saber seguro demostrativo, cuyo postulado no parece susceptible de discutirse. Agrega Villey que la dialéctica fue transpuesta sobre el derecho y se juzgó convenir a los juristas aunque éstos sacrificaron el derecho a las ilusiones de la ley considerada su nueva fuente, dado que ésta era tenida como punto de partida o premisa.

Aristóteles consideró poco útil esta lógica dado que muy pocas veces se consiguen premisas seguras con sentido claro y cuyos términos estén bien definidos.

La dialéctica fue al principio, el método filosófico por excelencia, en las escuelas griegas y en la escolástica aún no degenerada de la Edad Media afirma Villey (1979, p. 58). Si la Filosofía, dice, persigue una intuición universal no puede serlo más que confrontando las visiones unilaterales que tomamos primeramente de las cosas. Una filosofía se edifica sobre controversias. Sólo a partir de una confrontación metódica, estima Villey que puede hacerse una filosofía del derecho.

## **X. Una disidencia con Villey**

Debo manifestar, en lo que respecta al método, una disidencia con Villey. Ella se explica desde el momento en que mi noción del derecho no coincide totalmente con la de él. En efecto, para Villey el derecho es la cosa justa, por lo tanto supone un mero conocimiento, por lo que se trata de un saber teórico por su fin, aunque práctico por su materia. Por mi parte, considero al derecho como reparto justo y concreto. Se puede advertir la diferencia. Según Villey, si no lo malinterpreto, una vez determinado lo justo concluye la misión del derecho, lo que explica su carácter de saber teórico por su fin. Si, en cambio, se lo considera como reparto justo, no basta establecer lo justo, es necesario dar un paso más: hay que considerar y tener en cuenta las consecuencias del reparto, lo que puede suscitar algunas discrepancias. Ellas, según mi parecer, pueden dar lugar a una diferencia entre lo justo teórico y lo justo práctico. El jurista -incluido el juez- para encontrar una solución, muchas veces debe recurrir a una *poiesis*, o fabricación de la solución, poner algo que no se encuentra explícito en los

hechos o en las normas legales vigentes, como se dijo. Pero, además, el juez debe estar atento a las consecuencias de su resolución, se van a repartir bienes y no sólo conocer hechos, lo que implica intentar predecir o pronosticar cómo influirá en la comunidad. Eso significa que la función del juez es también prever el futuro y adecuar su resolución a las consecuencias para que no cause daños al bien común.

Si los jueces deben poner atención a las consecuencias de sus resoluciones, su oficio no es un mero conocer lo justo, hay un elemento práctico: la previsión de las consecuencias, para tenerlas en cuenta. El juez, al resolver un litigio, influye en la comunidad, a veces de un modo importante, la altera, y debe estar atento a ello, lo que implica un aspecto práctico. Y un buen juez debe intentar prever esos efectos y tenerlos en cuenta.

Si este punto de vista es acertado, el derecho es imperfectamente práctico o cuasi teórico. De aquí se desprende la diferencia: para Villey la dialéctica parece ser el método exclusivo del derecho o casi exclusivo. Por mi parte, acepto que la dialéctica es uno de los métodos del derecho, seguramente el principal, pero no el único. Esto se debe a que el juez, cuando reflexiona sobre el reparto debe tener en cuenta sus consecuencias, para no afectar el bien común. Por lo tanto, debe ser complementado. Luego, el juez debe estar animado de prudencia, virtud de la acción. Eso explica que las virtudes del jurista son la justicia animada o medida por la prudencia. Y por eso el jurista es también jurisprudente. En esta tarea de estimar los efectos de su sentencia, la dialéctica juega también una función importante.

## **XI. La dialéctica como principal método jurídico**

Estimo que Villey da buenas razones que justifican la importancia de la dialéctica como el método por excelencia del derecho. Se debe comenzar por ponerse de acuerdo sobre la noción del derecho. Según mi parecer, no es el conjunto de normas o leyes vigentes como parece ser la opinión corriente, sino la solución justa, *id quod justum est* (Villey, 1978, p. 75) o para mí, el reparto justo. Recuerda que los juristas del medioevo -*verbi gratia*, Graciano- razonaban mucho, había disputas interminables, y a partir de normas más que legales -había muy pocas- doctrinales. No había una pura deducción del derecho a partir de la norma, dado que eran muchas y contradictorias, sino que además, no existe una norma apropiada a un caso particular con todas sus características, era necesario de algún modo, en cierta medida crearla, lo que condena el uso exclusivo o principalmente deductivo del método (ob. cit., p. 80) Entonces, ¿qué hacer? Villey sostiene en cuanto a la forma de trabajo:

1) primero, no se trata de una labor monódica, sino polifónica, es necesario la colaboración de muchos, como se ha explicado;

2) se realizan diversas operaciones y no sólo deducciones. Ante todo, confrontar las diferentes normas posibles para elegir la más adecuada;

3) la solución no se extrae de un proceso analítico y deductivo de una norma preexistente, dado que ninguna se adecua exactamente a la cuestión debatida. La solución depende de la naturaleza del caso, se trata muchas veces de una "invención" o *poiesis*. Por esto, el derecho difícilmente puede ser axiomático;

4) entre los romanos y hasta la modernidad, el proceso tiene lugar en el ámbito de lo probable, se buscaba sobre todo un acuerdo lo más amplio posible entre opiniones. Se intenta convencer al mayor número posible de participantes en el proceso. Implica un acuerdo racional colectivo, con la finalidad de aproximarse a la verdad. No se emplea lógica pura ni discursiva, ni implica un monólogo, sino un vaivén permanente entre los conceptos y el caso. Modernamente, las cosas han cambiado como resultado de múltiples causas: el creciente y veloz aumento de la población, a la que se une un cada vez más rápido y profundo cambio social y la necesidad de orden que exige la creación de normas cada vez más velozmente. El Estado ya no puede esperar que la solución venga de la costumbre ni bastan los principios generales. Se trata de dirigir conductas para evitar desórdenes, confusiones y malestares sociales de todo tipo. Además, se ha perdido la unidad cultural, hay cada vez mayor diversidad no sólo de creencias y opiniones, sino también de estatus sociales. En una sociedad cada vez más heterogénea y cambiante, no se pueden esperar sólo pautas jurisprudenciales. Sin perjuicio de tenerlas en cuenta, se hace necesario evitar el caos social impartiendo directivas a la comunidad por medio de órdenes o leyes sociales, que se multiplican al infinito.

## **XII. La sentencia y el diálogo**

Villey considera que una buena sentencia es producto de un pulcro y correcto diálogo entre todos los participantes del juicio. En general, la sentencia es, como se ha explicado, una “invención” del juez, producto de la controversia. Implica una deliberación que es eficiente cuando sigue el método de la dialéctica. Cuando no se había inventado la imprenta, dice Villey, la cultura era fundamentalmente oral, y Aristóteles fue su principal teórico, describiendo sus grandes rasgos en textos dispersos. Se puede afirmar con seguridad que la dialéctica es muy importante para estudiar las cosas verdaderas y concretas, con lo que importan de mutable y contingente.

El punto de partida son opiniones verosímiles, múltiples y contradictorias y no axiomas o principios ciertos como en la ciencia. A partir de nociones inseguras, no se puede esperar sino un saber inseguro. Parte de lo probable, y sus conclusiones comportan una parte de arbitrariedad, por lo que permanecen en el ámbito de lo accesible. Las ideas aristotélicas fueron rechazadas y criticadas por los seguidores. La dialéctica se convierte en término peyorativo con Kant, retomada por Hegel y Marx con otro sentido, denomina unos sistemas que nada tienen de controversiales ni de problemáticos. Se altera su sentido y se afecta su consideración. Santo Tomás, en cambio, la utiliza en muchas de sus obras y, en especial, en su famosa *Summa*.

Si, en cambio, la acción es quien maneja el proceso, la práctica trabaja aislada de la especulación, la ausencia del diálogo impide el entendimiento entre las tesis opuestas y no permite que surja la luz. Villey considera que la muerte moderna de la dialéctica se debe a la idolatría de los modernos por la praxis. (ob. cit., p. 111. Y su verdugo ha sido, en mi opinión, el marxismo, doctrina de la acción, que ganó tanto prestigio entre los jóvenes en el siglo XX.

Concluye Villey sosteniendo que la dialéctica debe constituir el método por excelencia del derecho (p. 112), opinión con la que concuerdo. Para que

esto suceda, considera el gran maestro francés, debe ocurrir sin embargo, una profunda reforma mental: reinstaurar la especulación teórica.

### **XIII. La argumentación**

Ni aun en los juicios de puro derecho, la dialéctica pierde importancia porque si bien no se debe argumentar en base a las razones fácticas esgrimidas por cada parte, es necesario desbaratar las argumentaciones legales de la contraria. Para ello el diálogo es inevitable y fundamental. Pero, sin duda, su gravitación es mayor cuando se discuten hechos, porque cada interesado intenta ocultar o deformar los que resultan perjudiciales a su tesis. Aquí, en la impugnación de las afirmaciones fácticas de la contraria y la justificación de las propias, juega un papel fundamental la dialéctica.

Cada parte procurará defender sus intereses a partir de un discurso lo más riguroso posible basado en los hechos probados y en relación con lo dispuesto por las normas aplicables al caso. Se apelará a las autoridades cuando corresponda, que, serán juristas o personas próximas al *ars iuris*; o bien, especialistas de otras materias, que se vinculan al caso subíndice. Como dice Villey, la ventaja de los escolásticos es que ellos procuraban discernir en qué sector y hasta qué punto los autores merecían crédito, en lugar de plegarse ante cualquiera en las diversas cuestiones litigiosas, como por ejemplo, citar a un Einstein experto en física, para justificar la licitud de fecundar embriones -cuestión biológica- lo que sería absurdo.

Obviamente, las autoridades no deben ser demasiadas. Se trata de justificar el punto de vista que se defiende con el auxilio de juristas de fama que apoyan la tesis defendida. Hoy en día ese papel lo juega fundamentalmente la jurisprudencia. Estimo que una colección importante de fallos coincidentes en la materia propia del pleito, tiene un efecto persuasivo muy importante. Para que un juez se anime a contradecir una fuerte jurisprudencia es necesario alguna de estas dos cosas: a) la seguridad demostrable de que el caso en cuestión no encaja exactamente en los fallos citados y que hay alguna diferencia que influye poderosamente en la calificación del caso, por lo que las citas son improcedentes; b) que en el ínterin se haya producido algún hecho importante que pueda hacer cambiar justificadamente la jurisprudencia.

Desde luego, es importante que los alegatos no sean extensos, corren el peligro de ser un obstáculo al diálogo, tiendan a producir un monólogo y de que el juez los castigue no leyéndolos. Vale aquí la sentencia de Gracián: "*Lo bueno, si breve, dos veces bueno*". Además de ser gratos invitan al diálogo.

### **XIV. Lucha de tesis u opiniones**

Sostiene Rabbi Baldi (p. 567) que no debe extrañar que cada parte procure favorecer la tesis que defiende ocultando aquellos aspectos de la cosa debatida que le sean desfavorables. Aquí tiene lugar un proceso conocido, cada parte muestra un aspecto parcial de la realidad que permite al juez tener una mirada integral. Como dice Villey, cada individuo no percibe de la cosa más que un aspecto, de donde, para obtener una visión menos fragmentada, el método es el de dar la vuelta; a partir de puntos de

vista múltiples, transportarse sucesivamente a los diversos sitios o lugares desde los que la cosa puede ser vista. Se lo ampliará enseguida.

Tal es, por antonomasia, la tarea del juez: tener en cuenta las argumentaciones de las partes, para contemplar el problema desde los puntos posibles.

La aplicación de la norma se convierte en concreción de la norma (en presencia del caso real); la decisión del caso llega a ser constitución de él (con ayuda de la norma). Norma y caso real se producen mutuamente en el proceso de la aplicación de la norma o de la decisión del caso real.

A esta misma conclusión llega Villey sobre el análisis jurídico de Tomás de Aquino. Sostiene Rabbi Baldi: admiro que, sin ser jurista, haya sido capaz de confrontarlo a los textos de Aristóteles. Es sorprendente que Tomás haya percibido con tal claridad el espíritu del derecho romano clásico. El derecho romano es ante todo jurisprudencial. Sus famosas *regulae iuris* son inducidas de las sentencias de los jueces, producto de la jurisprudencia de los jurisconsultos. Es decir, de la consideración de las relaciones de derecho preexistentes (Castiglione, 1995, p. 69).

Este proceso, genuinamente creador del derecho, es estudiado por Villey a la luz de un artículo de la *Suma*: ¿debe un juicio ser conforme a la ley escrita? (II-II, 60, 5). La respuesta, pese al espíritu sistemático o al deseo de seguridad jurídica que anima el espíritu legalista moderno, es ambigua. Es, como decían los canonistas medievales, *sic et non*. La respuesta es una fotografía de la realidad humana y en tanto que tal, es necesariamente compleja y en parte mudable, sostiene Rabbi Baldi (p. 572). Villey considera tres respuestas posibles: la primera, por la afirmativa (*et ideo necesse est quod iudicium fiat secundum legis scripturam*).

Pero, ¿y si la ley es injusta? Es la objeción que plantea Isaías y que mueve al Aquinate a combinar su respuesta anterior: *Et ideo secundum eas non est iudicandum*. Pero objeta Aristóteles: ¿qué ocurre cuando una ley -justa- en razón de su generalidad no alcanza a reflejar la naturaleza del caso que se le presenta? Ejemplo actual. La madre en caso de divorcio debe quedar a cargo de los niños pequeños ¿Pero es aceptable esto si está comprobada su irresponsabilidad maternal? Santo Tomás advierte que en casos atípicos deberá dejarse de lado la ley: *Et ideo in talibus non est secundum litteram legis iudicandum*.

La metodología dialéctica era, pues, una técnica finalista. Nadie consideraba, al cabo del debate, encontrarse en posesión de toda la verdad, aunque sí, al menos, apartarse, en alguna medida, de la ignorancia.

En el campo jurídico, la dialéctica propone, prosigue nuestro autor, una apertura a lo real, es decir, al irreducible derecho natural. Las obras de retórica dejan intuir, dice Villey, que frente al juez, en el último momento de la búsqueda dialéctica del derecho, uno se realimenta de esa fuente que es el derecho natural de la filosofía clásica.

## **XV. Inseguridad del conocimiento jurídico**

El método jurídico, como se acaba de explicar, no da resultados totalmente seguros sino en casos muy excepcionales. ¿A qué se debe esto? Los que sostienen que el derecho es un saber fundamentalmente práctico lo explican por medio de la prudencia. Esta exige la consulta y por eso en los casos importantes el tribunal es colegiado. Además, en las cuestiones tan

móviles del obrar es muy difícil de acertar, generalmente sólo se logran probabilidades. En la vida hay que saber arriesgar, no queda más remedio, caso contrario había que abstenerse de obrar lo que es absurdo.

Como pienso que el derecho es fundamentalmente teórico y limitadamente práctico, pienso con Villey que su función esencial es determinar lo justo que es tarea teórica, de modo que el utilizar la dialéctica que no asegura plena certezas, no supone un problema adicional.

Aquí cabe hacer dos aclaraciones:

1) como se ha explicado, lo justo no se descubre simplemente, se inventa o, en alguna medida, se construye o crea, supone frecuentemente un acto de *poiesis*. Sólo excepcionalmente una solución jurídica implica un mero revelar lo que está cubierto. Lo normal es que el jurista tiene que agregar elementos complementarios para visualizar una solución equitativa.

Un ejemplo revelador es el caso de un joven que padecía nefropatía cuyo tratamiento exigía diálisis constante lo que no era posible y se necesitaba un dador compatible. Es analizado en la conclusión y a él me remito.

2) Los principios jurídicos no son universales, sino generales. El ejemplo anterior lo pone de manifiesto. Por lo tanto, son normalmente falibles y su aplicación sólo en casos muy excepcionales puede dar resultados absolutamente seguros, como ya se dijo.

Hay, pues, una gran analogía con el conocimiento práctico, que también exige el diálogo. Se sabe que el conocimiento práctico tiene o conlleva una cierta incertidumbre debido a su cambiante materia. El teórico, en cambio, supone una mayor seguridad.

Como consideramos que el derecho es limitadamente práctico y fundamentalmente teórico, la cuestión consiste en profundizar la causa de su inseguridad sin recurrir a su limitada practicidad.

Lo primero que se puede advertir es el caso de la ciencia, prototipo del saber seguro. Ella, sin embargo, se rectifica continuamente ¿Acaso no varía con el tiempo y los autores la determinación de las causas de un fenómeno? ¿No se vuelve obsolescente en forma cada vez más rápido el saber científico? Por ejemplo, la determinación de las causas de las enfermedades y de los fenómenos sociales (Castiglione, 2006, p. 28).

En segundo lugar, no todo saber jurídico es inseguro. Por ejemplo las reglas, *oro* que tanto usaban los romanos y que también emplean los buenos juristas, constituyen un saber cierto. Lo que puede ser dudoso radica en su aplicación a un caso concreto, pero no la validez de su juicio o de su reglamentación en su aspecto general.

Se puede advertir que la razón de la inseguridad del conocimiento jurídico, como del saber en general, comienza o se agudiza cuando se particulariza o concretiza. Como todo conocimiento, es relativamente fácil acertar y tener seguridad en lo general. Lo difícil es lograr certeza y librarse de las dudas cuando se analizan los casos particulares, en razón de que presentan rasgos tan variables, cambiantes y singulares que desorientan al investigador y vuelven inaplicables los principios generales.

Hay, además, dos razones principales que convierten en problemático el saber jurídico:

a) Como se explicó, se parte de premisas generales y no universales. Esto significa que en el derecho las reglas son falibles. Su validez para el

caso concreto depende de un conjunto variable de circunstancias y del criterio prudente del jurista.

b) Con gran frecuencia -es lo más común- el conocimiento jurídico particular exige determinar proporciones, fijar medidas o precisar cantidades. Como el derecho es la parte justa que le corresponde a cada uno en un reparto, y ésta puede ser mayor o menor, se hace necesario que el jurista establezca el *quantum* de cada uno, ya sean de premios, sanciones o de la parte de la cosa litigiosa, indemnizaciones, compensaciones, etc. Y esta precisión es muy difícil, es problemática y se hace necesario recurrir a diversos puntos de vista. El profesor comprende fácilmente esto cuando califica a sus alumnos.

Una razón adicional está en el hecho de que la aplicación de la regla o fórmula de reparto que corresponde, está sujeta a las pruebas y generalmente ellas no son conclusivas, por lo cual dejan al juez en una cierta incertidumbre que debe resolver supliendo con su arbitrio las dudas, pese a las reglas que el derecho suministra para solucionar la cuestión. Se trata de las conocidas presunciones, ej., *in dubio pro reo*, *audiatur est altera pars*, o la regla del art. 2412 C.C., etc. Se supone que en el caso particular ocurre lo que generalmente sucede en la realidad (*eo quod plerumque fit*).

Se puede afirmar que la seguridad de un conocimiento está en relación fundamentalmente con dos parámetros:

- a) su grado de universalidad o individualidad;
- b) su grado de practicidad o teorividad.

Cuando más teórico y universal, mayor grado de seguridad; cuando más práctico y particular mayor proporción de inseguridad.

Luego, el conocimiento jurídico es inseguro en la medida en que se particulariza y por su carácter *poiético* o creativo.

## **XVI. La dialéctica y los tópicos**

Se llaman tópicos a los instrumentos que utiliza el jurista para intentar desentrañar la justicia ante los problemas que se le presentan. El término griego significa lugar. Aristóteles los denominó así para significar que el descubrimiento de la justicia exige que se aborde el problema desde todos los puntos de vista posibles (Viehweg, p. 38). Para poder conocer una cuestión de una manera integral es necesario verle todas sus aristas y aspectos, que nada quede en la penumbra, sin que haya sido contemplado. Sólo entonces la visión será objetiva y no deformada. Es lo que pasa, por ejemplo, con un artista que, para apreciar una obra de arte, la ve de lejos, luego de cerca, de un costado y de otro, etc. Igualmente cuando se observa una obra de teatro, el que está cerca ve los detalles, pero pierde la visión de conjunto, al que está lejos le sucede lo contrario. Si lo ve de un costado capta ciertos aspectos, desde la situación inversa le pasa lo opuesto. Es necesario para tener una visión integral y auténtica, que lo examine desde todos los ángulos posibles. Esto se intentó graficar en la película "La sociedad de los poetas muertos", en la que el nuevo profesor se sube al pupitre y les pide a los alumnos que hagan lo mismo para que adviertan que desde ese lugar las cosas se ven diferentes.

Ellos constituyen un elemento importantísimo tanto para descubrir como para fabricar *-poiesis-* lo justo. Aquí también el diálogo es fundamental.

Fueron sugeridos por Aristóteles y contribuyen de un modo fundamental en la tarea de revelar lo justo. Son los diversos puntos de vista que se pueden tener sobre una cuestión, ej., en caso de accidente automovilístico son tópicos: la velocidad por la que marchaban los vehículos, si iban por su mano, el estado de sus frenos y si fueron usados apropiadamente o no, la edad de los conductores: si alguno era menor o de edad muy avanzada y ya no tenía los reflejos rápidos que exige una marcha veloz, la posesión del respectivo carnet o licencia de conductor expedido por la autoridad y todavía vigente, si alguno o ambos habían consumido alcohol y en que proporción, los antecedentes policiales, el estado general del vehículo, y de sus cubiertas: si estaban gastadas o eran nuevas, etc.

Así como sólo se puede tener una visión integral de un espectáculo si se lo contempla en todos sus ángulos y distancias, lo mismo sucede con el caso jurídico. De la contemplación de un caso desde estos diferentes puntos de vista, se desprenden reglas que constituyen o producen argumentos -y también pueden llamarse tópicos-. Ejemplo de tópico: el que maneja a contramano tiene responsabilidad en un accidente. Argumento: como Cayo iba a contramano es total o parcialmente responsable del accidente. Los argumentos dan razones para sustentar un punto de vista. Los *topoi*, como principios o criterios orientadores en la búsqueda de una solución son proposiciones que, en cuanto puntos de partida, no son puestos en cuestión. Ellos determinan qué datos deben tenerse en cuenta para establecer el reparto justo. El *topoi* es la fórmula de inferencia dotada de cierta generalidad. Cuanto más se usen en una causa, mejor es, hay más probabilidades de que su coincidencia justifique con mayor certeza quien tiene o no la razón. Permiten, pues, visualizar más fácilmente dónde se encuentra la justicia (Castiglione, 1998, p. 510).

Ninguno debe ser excluido *a priori* y ninguno ser privilegiado. Algunos se oponen y explican la controversia; otros se acumulan y se refuerzan.

Como principios tienen una doble función:

- a) orientadores de las pruebas y de la búsqueda de los hechos;
- b) permiten la valoración de los hechos y reglas que justifiquen una conclusión.

## **XVII. Sus caracteres**

1) Son aceptados por todos porque expresan el sentir común sobre una cuestión.

2) La aceptación resulta de su ambigüedad, pero ellos producen también efectos contradictorios: se le pueden oponer otros tópicos y pueden ser interpretados de manera diferente, ej., el que para evitar un daño inminente y grave causa un daño en bienes de otro, no debe ser sancionado. Este tópico es ambiguo no sólo porque los conceptos son indeterminados, sino porque se puede sostener inversamente con buenas razones, que el autor del perjuicio debe indemnizar a quien dañó porque éste no tuvo culpa de la situación peligrosa que afectó a aquél.

Como son reglas generales, las excepciones son frecuentes pero no invalidan el principio.

Los instrumentos son recursos para obtener tópicos, o sea, para encontrar puntos de vista o argumentos que permitan visualizar la justicia. Casos:



- a) lo aceptado comúnmente, por ej., la justicia es una igualdad;
- b) los diversos sentidos de un término, por ej., daño, perjuicio, menoscabo, deterioro, detrimento, lesión, etc.;
- c) comparar los términos utilizados, buscando semejanzas y diferencias.

Otra forma de obtener tópicos -como reglas- es el análisis de los casos análogos que dan lugar a la “repetición” de las soluciones. Se forman precedentes que pueden dar lugar a una jurisprudencia. Luego, pueden ser incluidos dentro de lo aceptado comúnmente.

Las leyes suelen contener tópicos, como los principios generales de derecho y las reglas de interpretación: a similar; a contrario; a *fortiori*; apagógico; teleológico, sistemático, etc.

Argumentar es razonar utilizando argumentos y una regla o tópico.

Se ha sugerido utilizar en lo posible proposiciones comparativas o cuantitativas en vez de clasificatorias o cualitativas, ej., en vez de afirmar X posee cualidad C, decir X posee cualidad C en mayor -o menor- medida que Y. Aunque no permiten fundar una resolución, facilitan la toma de decisiones.

Los argumentos se apoyan en hechos. Corresponde a los litigantes probarlos y a los jueces juzgar si eso ha ocurrido. Su análisis produce micro decisiones que preparan la principal.

El juez al contacto con las pretensiones de las partes y las pruebas, concibe una idea provisional de la solución justa y de la regla aplicable. Se produce, entonces, una interacción entre hechos y argumentos que se refuerzan o debilitan.

Cuando llega el momento de sentenciar, el juez procede precedido por una valoración que es el momento decisivo. Ella no es producto exclusivo de un razonamiento lógico -aunque puede ser en parte el resultado del empleo de diversos razonamientos- sino de una especie de intuición de la justicia y de un juicio prudencial cuando hay que fijar proporciones.

El juicio es ayudado por las reglas descubiertas con motivos de casos análogos. Su lógica no es exactamente la común, pues no es rigurosa ya que estamos en el ámbito de lo probable, por ser las premisas sólo generales y, por tanto, verosímiles y con valor de opinión. Es el caso el que determina la regla o hace conocer una nueva regla aplicable. No hay reglas precisas, se trata de usar la prudencia. No es necesario agregar, que todo este proceso sólo es posible porque se usa la dialéctica comparando y cotejando los tópicos y su uso.

Además, encontrada la solución se debe considerar si afecta el bien común o no para determinar su aplicabilidad. No se trata de operaciones sucesivas. Generalmente son simultáneas, sin orden cronológico. Es sólo el análisis el que las pone en descubierto.

La prudencia preside esta tarea de deliberación en el cual el diálogo juega un importante papel.

## **XVIII. Conclusión: una sentencia admirable**

El saber jurídico no se puede verificar, dado que el reparto igualitario no se mide o se calcula experimentalmente, sino que implica sólo una apreciación valorativa, por ser su materia -la justicia- inobservable. Por eso,

muchos grandes jurisconsultos hablan metafóricamente del “peso”, “gravedad”, “levedad”, “ligereza” o “liviandad” de los argumentos o razones de las partes. Ocurre, como se explicó, que no se puede determinar con absoluta objetividad e imparcialidad quién tiene la razón o la mayor parte de verdad, pero si lograr una gran aproximación. Pero ello exige un intercambio de los argumentos usados por cada una de las partes. Eso justifica ampliamente la necesidad e importancia de la dialéctica en los estudios jurídicos, que además, es mucho más difícil y complicado de lo que parece a primera vista.

Por otra parte, hay muchas formas de dialogar y eso se pone claramente de manifiesto en el derecho, aunque pueda pasar inadvertido para los legos. Me explico por si aún no quedó claro lo que significa el diálogo: se trata de una afirmación o interrogación enunciada por una parte que se escucha y se contesta por otra, aceptando, rechazando o haciendo distinciones, es, pues, un intercambio de pensamientos, de afirmaciones, de preguntas y respuestas.

Es perceptible que la dialéctica no es sino el mismo diálogo inteligentemente reglado para lograr resultados fructíferos que arrojen luz capaz de aclarar lo que es justo. La *mediación*, una técnica muy fecunda para solucionar amistosamente conflictos, se funda en el diálogo bien empleado. Y ya se ha visto que el diálogo hasta hace poco, era una fuente de amistad y de gozo. De ahí la torpe ceguera de quienes no observan que el derecho es inseparable del arte del diálogo, es decir, de la dialéctica.

En primer lugar se advierte que normalmente dialogan los jueces entre sí. Esto es muy importante porque son ellos los que en definitiva determinan lo justo concreto. Se lo ve con nitidez en las cámaras, dado que el tribunal es plural. Pero también se da el diálogo entre los jueces de las diferentes instancias, cuando algunos confirman o corrigen las sentencias de los otros con argumentos complementarios. Y la jurisprudencia, tan importante, que algunos jueces y abogados manejan tan bien, es otra forma de dialogar, al traer a colación argumentos usados en otros juicios, incluso, a veces, en el extranjero o entre los romanos. La cita doctrinal de afamados jurisconsultos constituye otra forma de diálogo: se escucha a los que aparentemente más saben, incluso en épocas muy lejanas como en la vieja Roma. Y se recurre a veces a la doctrina y legislación extranjeras. Los abogados en casi todos sus escritos y alegatos dialogan y también en sus apelaciones con la otra parte y con el juez. Lo mismo ocurre con los peritos y los testigos que son interrogados por las partes y por el juez. Y, por cierto, con el legislador, dado que se debe conocer su intención, lo que implica interrogar a la historia. Por fin, con el pueblo, porque sus consecuencias afectarán el bien común y se debe prever cómo reaccionará la comunidad frente a la sentencia. En una palabra, el derecho casi se confunde con el diálogo. Se puede decir con cierta exactitud, que si la esencia del derecho es lo justo, ello sólo se alcanza por el diálogo. De modo que si dialogar no es su esencia, es al menos el medio esencial de lograr su fin: no puede haber justicia sin diálogo o más simplemente: justicia = diálogo; monólogo = injusticia.

Por eso quiero concluir con el ejemplo de un apasionante juicio, admirablemente resuelto, en que se advierte claramente el diálogo entre las partes, los jueces, las instancias, los peritos, etc..

Se trata de un caso de ablación y trasplante de órganos, por aplicación de la ley 21.541, transcrita en “El Derecho” (p. 264 y ss., Caso: 33.801).

Un joven padece insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo por lo que necesita un urgente trasplante de riñón. La única persona compatible es su hermana de 17 años. La joven está de acuerdo en la donación, la familia da el consentimiento, pero los médicos no están autorizados a realizar la operación dado que la ley exige que el donante tenga como mínimo 18 años, en resguardo de su integridad y ella sólo tiene 17. Los familiares en su aflicción recurren a la justicia. La sentencia en primera instancia no hace lugar a la solicitud formulada por ellos. Estiman que la ley debe cumplirse, de otro modo se crearía un peligroso precedente. Se apela ante la cámara, que también rechaza la autorización por razones análogas. Se recurre por último, con suma rapidez, a la Suprema Corte de Justicia, la que autoriza la realización de la donación.

Se esgrime, entre otros argumentos, que una ley justa puede en su aplicación conducir a una solución particular injusta. En este caso se pone en juego la efectividad de la Constitución, no en la fórmula normativa, sino en esa misma aplicación (p. 266).

Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituyen uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 234:482, p. 267).

Entre otras razones, la Corte sostiene que es importante “la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte”.

“El menor padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente informa el equipo médico” (p. 267).

“Creemos que la posibilidad del trasplante renal, debe ser evaluada de inmediato, dada la reversibilidad con el mismo de gran parte de estos padecimientos”.

La Corte en busca de desentrañar lo justo dialoga con el jefe del equipo médico que realizaría la operación de trasplante, quien expresa en su declaración ante sus miembros “que en los meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora”, por lo que recomienda la operación (p. 267).

Y la protección del núcleo doméstico más íntimo y natural -padres, hijos, hermanos- sirve para dar en la tecla de la solución justa. Ellos están de acuerdo con correr el riesgo para salvar al paciente (p. 267). Se dialoga como se ve, también con los parientes de las partes.

Hay también un diálogo con los médicos: queda claro que se los tiene en cuenta. Dice la sentencia: “El informe de los médicos forenses carece de las necesarias conclusiones asertivas en su fundamentación, habida cuenta que casi la totalidad del dictamen se compone de interrogaciones que no permiten extraer consecuencias con fuerza de convicción”.

Al iniciar la serie de esos interrogantes, dicen los médicos forenses: “... pero nos preguntamos y preguntamos a los facultativos intervinientes...”, lo que demuestra el diálogo que se da entre los peritos.

Continúa el tribunal: “Frente a la urgencia en resolver esta causa ante el riesgo de muerte del receptor, esta Corte citó inmediatamente y con

habilitación de días y horas al jefe del equipo médico que se encargaría del trasplante y le efectuó una serie de preguntas...". Como se advierte, se profundiza y extiende el diálogo con los médicos, en busca de "producir o inventar" la "justicia".

Sigue la Corte: "Este tribunal acoge con fuerza de convicción bastante para llegar a una certeza moral suficiente para adoptar una decisión conforme a la naturaleza y característica del caso,... " y siguen ciertas conclusiones (p. 268).

"El quid del problema, sostienen los jueces, reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico" por lo que se plantean la alternativa contraria dado... "Que las excepcionales particularidades de esta causa, precedentemente expuestas, comprometen al tribunal, en su misión de velar por la vigencia real de los principios constitucionales".

Continúa luego: "La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa, como de la judicial".

Luego afirma: "... condiciones que han de cumplirse para la procedencia del trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no puede dejar de tenerse presente que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consiste en proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos, que considera son ya de técnica corriente y no experimental".

"Es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que es reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes".

Continúa: "Conforme al art. 7º del Código de Austria, y éste se refiere a los principios del derecho natural; vide igualmente el art. 515 y su nota. No es menos exacto, ciertamente, que la integridad corporal es también un derecho de la misma naturaleza". Se advierte que ahora se dialoga con la legislación extranjera y el derecho natural.

La Corte sigue: "Se trata, pues, de la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible ambos".

Enseguida agrega: "La cuestión radica entonces en valorar ambos derechos en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico" (p. 269).

Más adelante: "Cabe deducir que frente al derecho a la vida del receptor en riesgo permanente de muerte se opone el derecho a la integridad corporal de la dadora, que se puede admitir no está prácticamente amenazado".

"Que en cuanto a lo segundo, cuadra reconocer, por cierto, que el límite de edad establecido en el art. 13 de la ley 21.541 es una de esas presunciones rígidas de la ley, exigida por la naturaleza del derecho y la técnica jurídica".

Luego: "En este orden de ideas cabe recordar lo dispuesto por el art. 921 del Código Civil en cuanto al discernimiento de los menores adultos y

los arts. 58 y 62 relativos al modo y al alcance de suprimir los impedimentos de la incapacidad...”.

“No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico” (p. 270).

“Como ya se ha dicho, en el caso se trata de armonizar la integridad corporal de la dadora con la vida y la salud del receptor” (p. 271).

Más adelante se sostiene: “Que C.G.S. y D. nacida el 30 de diciembre de 1962, goza de discernimiento conforme a los arts. 127 y 921 del Código Civil. No surge de autos que ella padezca de ignorancia, error o dolo que obsten a su intención, ni que se encuentre afectada su libertad en relación con el acto de ablación en vida que motiva la causa”.

Se pudo verificar también, que la referida menor “ha comprendido cabalmente el significado y trascendencia del acto”. Ahora el diálogo es con otro implicado en la causa, con el cedente del órgano.

Sigue: “Tanto la reducción del límite respecto a la regla general de mayoría de edad, como la autorización de trasplantes directos entre seres humanos vivos, encuentra justificación en los principios de solidaridad familiar y protección integral de la familia” (p. 272).

Los sentenciantes continúan con una importante observación: “Ante todo debe observarse que la norma no prohíbe que si el dador tiene menos de 18 años se complete su falta de edad por el consentimiento de sus padres o la venia judicial”.

Se sostiene luego: “Ello es congruente con el reconocimiento del valor fundamental del gesto de virtud, solidaridad familiar y amor fraternal que representa la voluntaria ablación de un órgano propio, precedido por el no menor ejemplo materno”.

“Contribuye a fundar esta solución la calificación de los trasplantes de riñón como “técnica corriente” (art. 2º ley 21.541, y art. 2º del decreto reglamentario...).

Terminando se afirma: “Además, no existen en autos datos ciertos que pongan en duda la opinión del equipo médico especializado respecto a la viabilidad de la operación...”.

Por lo que se concluye dejando sin efecto el fallo apelado. Estimo de interés advertir que uno de los jueces firmantes es el Dr. Pedro J. Frías, jurista destacado y miembro relevante de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Una hermosa y admirable sentencia que honra a nuestra magistratura y pone en evidencia la esencial “dialoguicidad” -si se puede llamar así- del derecho.

#### *Comentario del Dr. Germán J. Bidart Campos*

Dada la importancia de la sentencia y la calidad jurídica de su comentarista, me permito agregar un resumen de la crítica que efectuó de esta profunda e inteligente sentencia el Dr. Bidart Campos.

Entre otras cosas sostiene el conocido constitucionalista, la Corte en esta sentencia pone énfasis en estos principios:

1º) ella inviste una misión constitucional cuyo ejercicio no puede declinar;

2º) cuando las particulares circunstancias de una causa revelan urgencia en la decisión, es intolerable la demora en tutelar derechos humanos comprometidos en la causa;

3º) toda norma legal debe interpretarse de modo armónico con la totalidad del ordenamiento jurídico y computando los principios y las garantías de raigambre constitucional;

4º) las soluciones notoriamente disvaliosas no se compadecen con el fin que deben cumplir la tarea legislativa y judicial;

5º) en la función de interpretación y aplicación del derecho vigente hay que tomar muy en cuenta las consecuencias que naturalmente derivan del fallo que se dicta, porque ello configura un índice seguro para comprobar si esa interpretación es razonable, y si resulta congruente con el sistema al que está incorporada la norma que se interpreta y aplica;

6º) la específica misión de la Corte de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales debe conducir a valorar con sumo cuidado las circunstancias especialísimas de la causa para evitar que una aplicación mecánica e indiscriminada de la norma legal apareje la violación de derechos fundamentales de la persona;

7º) no se puede prescindir de la preocupación por alcanzar una solución objetivamente justa en el caso concreto que la sentencia resuelve;

8º) la cláusula del Preámbulo de la Constitución que se refiere a “afianzar la justicia” es operativa, y se aplica no solamente al Poder Judicial en su función de administrar justicia, sino en la tarea de salvaguardar el valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se suscitan en la sociedad;

9º) el derecho a la vida y el derecho a la integridad corporal son derechos preexistentes al derecho positivo, y están reconocidos y garantizados por la Constitución;

10º) en la interpretación y aplicación del art. 13 de la ley 21.541 (E.D. 71-845) hay que computar como uno de los fines a que tiende la norma, el de protección al núcleo familiar más íntimo y natural, que tiene también raigambre constitucional en el art. 14 bis;

11º) por encima del método gramatical que se aferra a las palabras de la ley en su literalidad, debe valorarse el espíritu de la ley, sus fines, el contexto armónico del orden jurídico, y los principios del derecho en el grado y jerarquía en que son asumidos por el todo normativo, sobre todo si aquella inteligencia literal de la norma conduce a resultados concretos que no se armonizan con las pautas dikelógicas enunciadas, o alcanza conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso, o produce efectos concretos palmariamente disvaliosos.

## **Bibliografía fundamental**

BRUGGER, Walter, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Herder, 1983.

CASTIGLIONE, Julio C., *La justicia en los Tribunales de Cuentas*, Santiago del Estero, 1982.

- "Las lecciones del derecho romano o el nacimiento del derecho", Santiago del Estero, U.C.S.E., 1995.
- *Sociología*, Tucumán, El Graduado, t. I, 1996.
- *El camino de la paz*, Santiago del Estero, U.C.S.E., t. II, 1998.
- *Sociedad posmoderna y Universidad*, Santiago del Estero, U.C.S.E., 2006.
- COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1944.
- DI TELLA, Torcuato, *Diccionario de Ciencias Sociales y políticas*, Buenos Aires, Emecé, 2001.
- EL DERECHO, Revista Jurídica de la UCA, Buenos Aires, 1981, t. 91.
- GHIRARDI, Olsen A., *Lecciones de lógica del derecho*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1985.
- *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Marcos Lerner, 1987.
- *La naturaleza del razonamiento judicial*, Córdoba, Alveroni, 1993.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1973.
- MOYANO LLERENA, Carlos, *Un nuevo estilo de vida*, Buenos Aires, Sudamérica, 1982
- POPPER, Karl R., *El desarrollo del conocimiento científico*, Buenos Aires, Paidós, 1979.
- RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1990.
- RECASENS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945.
- SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964.
- VILLEY, Michel, *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966.
- *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, Ghersi-Editor, 1978.
- *Compendio de filosofía del derecho*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1979, t. I.

# A PROPÓSITO DEL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD”

RAÚL E. FERNÁNDEZ

**Sumario:** I. Introducción. II. Repensando el derecho. III. Internacionalización y globalización. a. La visión norteamericana. b. La visión argentina. b.1. “Ekmedjian...”. b.2. “Girolodi”. b.3. “Casal”. b.4. “Mazzeo”. IV. Control de convencionalidad. V. Pautas interpretativas del derecho de los derechos humanos. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

Dos cuestiones nos han determinado en la elección del tema en examen. Por una parte, una declaración emitida con motivo del Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, referida a la influencia de la globalización en el ámbito del derecho y, por la otra, un reciente pronunciamiento de alta trascendencia institucional.

Así, respecto de lo primero, “se afirma la necesidad de que las academias iberoamericanas de derecho realicen un notable esfuerzo en la teoría y en la práctica a favor de una ‘utopía de una justicia global’, esto es, de una sociedad del género humano donde los valores de la dignidad, la igualdad, la libertad y el bienestar no sean patrimonio de una minoría. En un mundo donde casi todos los problemas se han globalizado, la justicia ha quedado al margen y no se denuncian, sin embargo, suficientemente las llamadas injusticias globales. Las academias de derecho deben seguir esforzándose en exigir a los legisladores y a los poderes políticos de todos los países que adopten medidas eficaces para erradicar esas ‘injusticias globales’, que no son otra cosa que el hecho de que una mayoría de los seres humanos no gozan de los derechos fundamentales que son la base de todo orden social y económico que pueda llamarse justo”<sup>1</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo que por su trascendencia en diversas órbitas, es objeto de nuestra atención. Tal el emitido en la causa “Mazzeo, Julio L. y otros”<sup>2</sup>, de los que destacamos no sólo la importancia que tiene en torno a los conceptos de *seguridad jurídica*, del *non bis in eadem*, de la *cosa juzgada*<sup>3 4</sup> sino de manera preponderante, el desarrollo de esta nueva figura a la que la propia Corte denomina “*control de convencionalidad*”.

En apretada síntesis puede señalarse que en la causa se había dictado el sobreseimiento definitivo en favor del imputado, Santiago Omar Riveros, por presunta participación en hechos de homicidio, torturas, lesiones, privación ilegítima de la libertad, y violación de domicilio, con la concurrencia de personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado Nacional. A tal decisión se arribó teniendo en cuenta que había sido *indultado* por el presidente de la Nación. Diecisiete años más tarde, representantes de la Liga Argentina por los Derechos Humanos solicitaron la inconstitucionalidad del mentado decreto, petición que fue acogida por el juez federal interviniente, decisión revocada por la Cámara Federal, en tanto que la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó la primigenia declaración de inconstitucionalidad del decreto de indulto, asumida por el primer tribunal interviniente. La causa llegó a la Corte Suprema que, por mayoría, mantuvo la decisión de ese último Tribunal.



Para justificar su decisión, la mayoría del alto cuerpo federal tuvo especialmente en cuenta, la influencia del *derecho transnacional* y su confrontación con el derecho interno, sosteniendo la preeminencia de las normas y costumbres emanadas del primero. En este contexto fue que aludió al concepto de “*control de convencionalidad*”.

Este es el eje de análisis de este trabajo. Quedan fuera de tal consideración, entonces, los restantes ya aludidos y que, fuerza es decirlo, recibieron una fuerte crítica de la doctrina <sup>5</sup>, aunque existieron voces que, fundadas en la justicia a la que entienden se arribó en el caso, la han aprobado <sup>6</sup>.

Sin embargo, escogiendo un punto rescatable del pronunciamiento de la mayoría, centramos nuestra atención en el mentado “control de convencionalidad”.

## II. Repensando el derecho

Una visión reducida de la realidad vincula al orden jurídico con una comunidad determinada. Son sus autoridades legal y legítimamente constituidas las encargadas de establecer las reglas por las cuales esta última debe guiarse.

Pero la vinculación con otros Estados nacionales provoca la irrupción de la noción de “*comunidad internacional*” que requiere de una adaptación de aquella noción primigenia.

De tal modo, es preciso distinguir la *internacionalización* del derecho, de la *globalización* <sup>7</sup>. En este sentido, se ha recordado que “*La **globalización** ha sido definida como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política en el sentido de interrelacionar pueblos e individuos por el bien común. Aunque pueda ser discutible que ello lleve al bien común. La globalización se distingue de **internacionalización** que es definida como **el medio para posibilitar a las naciones-Estado de satisfacer sus intereses nacionales en áreas en las cuales son incapaces de hacerlo por sí mismas**. La internacionalización implica cooperación entre estados soberanos mientras que la globalización está minando o erosionando la soberanía*” <sup>8</sup>.

Resulta de particular interés recordar que la reforma de la Constitución Nacional en 1994, dejó escrito el art. 31 como sigue: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859”.

A su vez, el art. 75 inc. 22 dispone que los tratados relativos a derechos humanos que allí se mencionan <sup>9</sup>, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos <sup>10</sup>.

De ese modo, por imperio de tal marco legal, los jueces argentinos no pueden sostener interpretaciones meramente nacionalistas o “interpretaciones de clausura” <sup>11</sup>. Por el contrario, la influencia de las

normas contenidas en los tratados, en particular de derechos humanos, es ostensible <sup>12</sup>.

### III. Internacionalización y globalización del derecho <sup>13</sup>

#### a. La visión norteamericana

No resulta necesario -por ampliamente conocida- pasar revista puntual a la fuerte influencia que las decisiones de la Corte Suprema de EE.UU. ha tenido y tiene en nuestro cimero tribunal. Sin embargo, debe destacarse que aquel tribunal se muestra más cerrado a un modelo globalizado de interpretación del derecho.

En tal sentido se ha destacado que la Corte norteamericana “... sigue siendo un tribunal profundamente adscripto al patriotismo constitucional con ciertos tintes de parroquialismo jurídico, en el espacio y en el tiempo” <sup>14</sup>.

No obstante, la doctrina especializada ha señalado el lento camino a un incipiente despertar de la comunidad jurídica internacional, que puede apreciarse, v.gr., en la causa “Roper v. Simmons” <sup>15</sup>.

En esta última se debatía la validez de la pena de muerte en aquellos casos de delitos cometidos a la edad de 17 años. El tribunal declaró inconstitucional tal pena, en virtud de la Enmienda Octava y tuvo en cuenta, como *pauta interpretativa no vinculante*, a la ley y a la práctica internacionales.

En tal sentido, sentenció que “es correcto el reconocimiento del significativo peso de la opinión internacional contra la aplicación de la pena de muerte a menores, basado gran parte de ella en el entendimiento de que la inestabilidad y falta de balance emocional de los jóvenes pueden ser en reiteradas oportunidades un factor en el crimen. La opinión de la comunidad mundial, mientras no es determinante de nuestra decisión, aporta una respetada y significativa confirmación para la determinación de nuestras conclusiones” <sup>16</sup>.

Sin embargo, y salvo casos aislados, lo cierto es que la visión norteamericana dista mucho de propender al pleno reconocimiento de los pactos internacionales y, menos aún, de la interpretación que los órganos encargados de aplicarlos han hecho al respecto.

Constituye una utopía pensar que tal situación va a cambiar, tener a “la sartén por el mango” permite decir a qué temperatura se cocinan los problemas de los derechos humanos <sup>17</sup>.

#### b. La visión argentina

Como señaláramos más arriba, la “constitucionalización” de los pactos sobre derechos humanos a partir de la reforma nacional de 1994, produjo la expresa inclusión, con rango constitucional de tales tratados, al ordenamiento jurídico nacional.

La interpretación que de tal inclusión realizó la C.S.J.N. puede rastrearse, grosso modo, a partir del análisis de los casos siguientes, que constituyen pronunciamientos paradigmáticos sobre la materia.

### *b.1. "Ekmedjian..."*

El primero de los antecedentes que rescatamos es el dictado en la causa "Ekmedjian c/ Sofovich" <sup>18</sup>, que aunque fue pronunciado con anterioridad a la reforma constitucional aludida, constituye un hito fundamental en la interpretación del rango de prelación de los tratados de derechos humanos.

En el mismo se dejó reconocido el denominado "derecho de réplica o respuesta", aseverándose que, conforme el art. 27 de la Convención de Viena, los países firmantes del tratado, no podían invocar disposiciones de derecho interno para incumplir lo acordado en la Convención.

De tal modo, de pregonarse la paridad entre el tratado internacional y las leyes de la Nación, se pasó a dar preeminencia al primero.

### *b.2. "Girolodi"*

La cuestión relativa al derecho del imputado a recurrir a un tribunal superior fue decidida en la causa "Girolodi..." <sup>19</sup>. En la misma la Corte Nacional se apartó de su anterior jurisprudencia, y dejó sentado que el recurso extraordinario federal no satisface la garantía del imputado prevista en el art. 8º inc. 2, h del Pacto de San José de Costa Rica.

En tal oportunidad, sostuvo que las pautas jurisprudenciales de la C.I.D.H. debían servir de *guía* para la interpretación de los preceptos convencionales internacionales, atento que el Estado argentino había reconocido la competencia de aquella Corte para conocer y decidir los casos relativos a la Convención Americana de Derechos Humanos <sup>20</sup>.

### *b.3. "Casal"*

El otro antecedente, de obligada cita, es el caso "Casal" al que miembros de este Instituto prestáramos especial atención <sup>21</sup>.

A través de él se "rediseñó" la competencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, admitiendo que el recurso de casación, considerado con formalismo y restricción, no garantiza el derecho al recurso del imputado, que tiene derecho al "doble conforme", esto es, que la condena pronunciada por el tribunal de juicio, sea íntegramente revisada por un tribunal de alzada. Y este último no puede evadir el control porque se traten cuestiones de hecho, quedando sólo excluidas aquellas que impone la naturaleza propia del juicio oral.

En tal oportunidad, se tuvo expresamente en cuenta el precedente "Herrera Ulloa" <sup>22</sup> emanado de la C.I.D.H. a fin de redefinir los alcances del recurso de casación, lo que muestra un paso más en la recepción de la jurisprudencia internacional (y recomendaciones de la Comisión I.D.H.) en el ámbito interno.

### *b.4. "Mazzeo"*

Finalmente arribamos al pronunciamiento motivo principal de este trabajo.

Como ya lo adelantáramos, en dicha resolución, la confirmación de la declaración de inconstitucionalidad del indulto presidencial, tuvo gran influencia que el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescribe la obligación por

parte de toda la comunidad internacional de “perseguir”, “investigar” y “sancionar adecuadamente a los responsables” de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos.

Desde tal perspectiva, sostuvo el cimero tribunal nacional que “la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa (*in re*: ‘Arancibia Clavel’, Fallos 327:3312, considerandos 28 y 29 de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco; 25 a 35 del juez Maqueda y considerando 19 del juez Lorenzetti en ‘Simón’).”

#### **IV. Control de convencionalidad**

Entrando de lleno en el punto central de análisis, cuadra señalar que en la órbita del control de convencionalidad quedan comprendidas, por una parte, las *convenciones internacionales* de las que el Estado es parte. De tal modo, se trata de una visión normativa del alcance de tal control.

Pero, además de ello, queda también comprendida la *interpretación* que de aquellas convenciones realizan los organismos internacionales encargados de su aplicación <sup>23</sup>.

Y en este punto, como lo señalamos más arriba, se va desde el matiz que le acuerda el carácter de pauta interpretativa a aquel otro que le reconoce, explícitamente, carácter vinculante para los jueces nacionales <sup>24</sup>.

Desde tal perspectiva, la Corte nacional ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial *debe* ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el *tratado*, sino también la *interpretación* que de éste ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parág. 124) <sup>25</sup>.

Desde la doctrina se señala que “El producto de la Corte, a diferencia de la anterior (se refiere a la Comisión), son fallos o sentencias definitivas e inapelables (art. 67) las cuales, en función del art. 68.1 CADH., los Estados partes se comprometen a cumplir en todo caso que sean parte. Además, la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del PSJCR. también por vía de consulta (art. 64 ). Resulta entonces lógico, como autoridad suprema en

lo que hace al PSJCR., que sus directrices sean lealmente seguidas por los jueces argentinos. Recordemos que el Pacto de San José de Costa Rica tiene hoy jerarquía constitucional. De lo expuesto se concluye que **los jueces de nuestro país deben hoy sintonizar su discurso jurídico en materia de derechos humanos al de la Corte IDH**" <sup>26 27</sup>.

De tal modo, y situados en el "control de convencionalidad" respecto de los tratados de derechos humanos receptados constitucionalmente, es posible establecer sus recaudos, órbita de actuación y efectos, de manera análoga a lo que sucede con el "control de constitucionalidad" pues aquél constituye, en esencia, una especie de este último, a la luz del art. 75 inc. 22, segundo párrafo, de la Ley Fundamental de la Nación.

Para justificar esta última afirmación, es necesario establecer, entonces, el *valor de los tratados internacionales* aplicables en la República.

En este aspecto, se ha señalado la existencia de cinco categorías de tratados internacionales: a) los previstos en el primer párrafo del inc. 22, que no versan sobre derechos humanos y son aprobados por la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara del Congreso; b) los tratados sobre derechos humanos expresamente receptados en el segundo párrafo del inc. 22 citado; c) los tratados que se aprueben en el futuro por las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara (art. 75 inc. 22, último párrafo; d) los convenios de integración regional latinoamericana (art. 75 inc. 24), y e) los convenios que se celebren con naciones no latinoamericanas (art. 75 inc. 24).

Lo importante, a nuestros fines, es si los tratados sobre derechos humanos a los cuales explícitamente alude nuestra Constitución nacional, están o no en paridad de jerarquía que esta última.

La doctrina especializada sostiene que el grado de prelación es, en primer lugar, la propia Constitución y luego los tratados sobre derechos humanos de que se trata.

Así, se señala que "... el citado inc. 22 establece que un tratado internacional sobre derechos humanos, a pesar de tener jerarquía constitucional, no deroga artículo alguno de la primera parte de la Constitución. Y, si no deroga artículo alguno de esa parte, significa que su jerarquía es inferior a la asignada a la Constitución Nacional por su artículo 31"

"... A esta interpretación se añade la cláusula del art. 27 C.N. que subordina la validez de los tratados a los principios del derecho público establecidos en la Constitución, siendo que todos los enunciados que contiene una Constitución son necesariamente de derecho público".

"Por otra parte, si se llegara a aceptar que esta categoría de tratados está por encima de la Constitución o equiparada a ella, se habría modificado el art. 30 de la Ley Fundamental que reserva, de manera expresa, el ejercicio de la función constituyente a una Convención Reformadora que debe ser convocada por el Congreso"

"Finalmente, cabe recordar que el art. 7º ley 24.309 dispuso que la Convención Reformadora de 1994 no podía introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución, y el art. 6º sancionaba con la nulidad absoluta el acto de la Convención que se apartara de aquella disposición" <sup>28</sup>.

Cuadra aclarar que esta interpretación no es unánime pues hay quienes sostienen la paridad entre la Constitución Nacional y los tratados especialmente nominados en ella <sup>29</sup>.

Establecido lo anterior es preciso entonces, establecer cómo se acuerda operatividad a este “control de convencionalidad”.

Debemos recordar que el control de constitucionalidad en la órbita federal, por el órgano que lo ejerce es *judicial*, esto es, corresponde de manera preeminente al Poder Judicial; es *difuso* de modo tal que cualquier juez de la Nación puede y debe ejercerlo; requiere de un *caso concreto* y es ejercitable por vía de *excepción* o de *acción*. Por fin, puede realizarse a *petición de parte* o de *oficio*.

En cuanto a sus efectos, la regla es que la declaración de inconstitucionalidad vincula a las partes en el proceso, esto es, *inter partes* de donde no tiene efectos *erga omnes*.

Situados en la órbita federal o en la de la Provincia de Córdoba, cuadra recordar que la cuestión constitucional (y, por ende, la cuestión convencional internacional), desde la perspectiva del *planteo de parte interesada*, debe ser introducida en la primera oportunidad procesal, entendida como aquella en la que es previsible que la norma va a ser aplicada, so riesgo de que su falta de cuestionamiento se entienda como aquiescencia con el precepto en cuestión <sup>30</sup>.

En suma, y en virtud del control difuso de constitucionalidad, la cuestión puede pasar por los diversos grados de la jurisdicción, conforme el ordenamiento procesal correspondiente, y llegar a la Corte nacional, por vía del recurso extraordinario federal. Será este último tribunal el intérprete final de la cuestión en la órbita nacional.

Y respecto del *control de convencionalidad* debe predicarse algo similar. Esto es que, aunque la interpretación final provenga, v.gr., de la C.I.D.H. lo cierto es que todos los tribunales nacionales pueden y deben realizarlo en la órbita de su competencia.

Resulta importante destacar lo afirmado por uno de los jueces del tribunal internacional, al señalar que “dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional -lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos-, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida -insisto- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”.

Por ende “... los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Este ‘control de convencionalidad’, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener -como ha sucedido en algunos países- carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos” <sup>31</sup>.

Por resultar de más candente actualidad, recuerdo el viraje jurisprudencial operado por la C.S.J.N. al imponer el *control oficioso de constitucionalidad* en autos “Banco Comercial de Finanzas S.A.” <sup>32 33</sup>.

Así, cuadra recordar que constituía prácticamente un axioma aquel que señalaba que el planteo de inconstitucionalidad debía ser realizado en la primera oportunidad procesal, so riesgo de que se considerare que tal omisión importaba sometimiento a la legislación de que se tratara y, por ende, tornara inviable un ulterior planteo al respecto.

Si hoy se admite (se impone) el control oficioso de inconstitucionalidad, hay que admitir, al menos, una flexibilización de la regla antes aludida.

Así, se ha dicho que *“En punto a la introducción de la cuestión, repárese en que si los órganos judiciales gozan de la potestad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, poco interesa que arriben a tal pronunciamiento por propia iniciativa o excitados por un planteo inadmisibles; por caso, extemporáneo”*<sup>34</sup> los requisitos de introducción y mantenimiento de la cuestión constitucional, por un lado, y de fundamentación autónoma, suficiente y diferenciada del REI., en puridad, no han desaparecido; simplemente puede que, en la práctica, la inobservancia de la carga procesal respectiva no desemboque en un juicio de admisibilidad negativo del recurso, porque el órgano judicial ha decidido echar mano de la potestad de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma que confiere sentido al conflicto<sup>35</sup>.

## **V. Pautas interpretativas del derecho de los derechos humanos**

En el punto, se ha destacado que existen ciertas reglas generales a las cuales debe adecuarse el intérprete en el trance de establecer el sentido y alcance de las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos.

En resumidas cuentas se alude a: 1º) interpretación dinámica y evolutiva, esto es, consideradas a la luz de las actuales condiciones de vida; 2º) abandono o flexibilización del “principio de igualdad” de los Estados y su sustitución por el de la “protección o defensa del más débil”; 3º) entre dos dispositivos contradictorios de distintos instrumentos ha de darse primacía a la norma más favorable a las supuestas víctimas (principio *pro homine*); 4º) interpretación conjunta y sistemática del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos; 5º) aplicación de un criterio restrictivo cuando se trata de interpretar cláusulas de limitación de un instrumento internacional relativo a los derechos humanos<sup>36</sup>.

## **VI. Conclusiones**

La C.S.J.N. ha reconocido la operatividad del control de convencionalidad, entendido como aquel que se realiza para establecer la compatibilidad o incompatibilidad de las normas nacionales y provinciales, actos administrativos, omisiones del poder público, etc., en relación con los tratados internacionales. Este debe ser realizado por todos los tribunales en las materias de su competencia, aun de oficio, y con arreglo a la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionalmente reconocidos, por caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuadra interrogarse si, como sucede con los fallos de la Corte nacional, al no existir norma alguna que imponga, en general, su obligatoriedad, los

tribunales inferiores pueden proponer interpretaciones diversas a las sostenidas a nivel internacional.

#### Notas:

<sup>1</sup> Conclusión de la Comisión Nº 4, *Derecho y humanidad en el siglo XXI*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, 1999, p. 1.002 y ss..

<sup>2</sup> Autos: “Mazzeo, Julio L. y otros” del 13/7/07, L.L. del 18/7/07, p. 6 y ss. (síntesis) con nota de Calogero PIZZOLO, “Para no olvidar”.

<sup>3</sup> Con relación a la cosa juzgada el voto del Dr. Fayt, integrante de la minoría planteó un interrogante clave para la cuestión. Tal el “... por qué debe volver a discutirse la constitucionalidad del indulto decretado a favor de Riveros cuando en este mismo proceso este tribunal ha dejado firme la cuestión” (considerando 27).

La doctrina se ha interrogado, con acierto a nuestro juicio, “... *¿qué debe inferirse de lo dicho por la C.S.J.N. en este punto? ¿Que la sentencia pronunciada hace 17 años por la misma C.S.J.N. en el caso ‘Riveros’ fue un subterfugio inspirado en impunidad? ¿Qué aquella C.S.J.N., integrada por dos jueces que forman parte de su actual composición, no fueron jueces imparciales o independientes?, o bien ¿no tuvieron la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia? ¿Estamos entonces frente a lo que la Corte IDH califica de cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’?*” (Calogero PIZZOLO, “Para no olvidar”, L.L. del 18/7/07, p. 8).

No es posible obviar la referencia al Dictamen del 7 de diciembre de 2004, emanado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el cual, analizando el caso “Arancibia Clavel”, antecedente inmediato de la doctrina sentada en el caso que nos ocupa, dejó sentada su postura contraria a la posibilidad de invocar la costumbre internacional para aplicar retroactivamente la ley penal.

Es más, la misma corporación, en dictamen del 25 de agosto de 2005, declaró que “La doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional sobre las normas de la Constitución Nacional implica conculcar su art. 31, que establece el orden de prelación jurídica del sistema normativo argentino, y si aceptáramos que la reforma constitucional ha modificado dicho art. 31, la reforma sería nula de nulidad absoluta, porque así lo disponen los arts. 6º y 7º de la ley 24.309 que convocó a la Convención reformadora y que disponen que ella no puede introducir modificación alguna en la primera parte de la Constitución (arts. 1º al 35 inclusive), lo que así corresponde de *lege ferenda*”.

<sup>4</sup> Cuadra tener presente lo fallado por la C.S.J.N., *in re* “Simón, Julio H. y otros”, Sent. del 14/6/05; L.L. 2005-C-845, con nota de Gregorio BADENI, L.L. 2005-D-639 y ss. pronunciamiento en el cual el tribunal, con base en las normas convencionales internacionales, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de “obediencia debida” (23.521) y punto final (23.492), dejando de lado los principios de la irretroactividad de la ley penal, de la cosa juzgada y de la prescriptibilidad de la pretensión punitiva.

<sup>5</sup> En tal sentido, puede consultarse la nota de Augusto Mario MORELLO, “Cosa juzgada y seguridad jurídica. El caso ‘Riveros’”, J.A. 2007-III, p. 628 y ss., y la ya citada en nota anterior.

En palabras de Morello, bajo el subtítulo “El derrumbe de la cosa juzgada” reflexionaba el mentado jurista que “*Existía en el caso la cosa juzgada en la forma más manifiesta y objetiva, porque en ese proceso la propia Corte -juzgando de nuevo en la misma causa-, en Fallos 323:2648, se había pronunciado sobre el objeto y contenido litigioso, clausurando la posibilidad de revisión. Con todas las letras y de la forma más categórica, era “inadmisibile” (improcedente) expedir una nueva sentencia sobre el particular, puesto que atender (acoger) el nuevo e idéntico planteo no sólo desconocería la obligatoriedad del fallo de la propia Corte (Fallos 310:1129 [J.A. 1987-IV-57]; 311:1217; 320:650 [J.A. 2001-I, síntesis], entre muchos otros) sino que también se afectaría la cosa juzgada emanada de esa decisión (la de Fallos 323:2648), lo que autoriza en consecuencia a declarar su nulidad en razón de la “estabilidad de las decisiones jurisdiccionales en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica que es exigencia del orden público y tiene jerarquía constitucional” (Fallos 313:904 y sus citas, énfasis parcialmente agregado) (consid. 42 del voto del Dr. Fayt)*”.

Cuadra recordar que “*La eticidad de vocación planetaria de los derechos humanos presiona sobre las garantías penales del Estado tradicional*” (Miguel CIURO CALDANI, “Pronunciamientos judiciales en un tiempo de hondo cambio histórico”, J.A. 2004-IV-485).



<sup>6</sup> Juan W<sup>L</sup>ASIC, “Derecho internacional de los Derechos humanos, Derecho humanitario y derecho constitucional. Su integración”, en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Der. Constitucional.

<sup>7</sup> Sobre el vocablo “globalización” se ha señalado que “*si bien generado en una vertiente del saber, incluye toda la cultura. La especie humana se ha ocupado **todo** el globo terráqueo, y ha llegado para cubrir su superficie con todas sus virtudes y todos sus defectos: su saber, su ignorancia, sus grandes logros técnicos y sus vicios, con sus guerras y su corrupción. El sacerdote jesuita francés Teilhard de Chardin, ya nos venía hablando del tema desde la perspectiva antropológica, y lo denominaba de una manera más estrictamente científica: planetización. En efecto, la tierra es un planeta antes que un globo. Diríamos que hoy ha privado el término vulgar antes que el científico*” (Olsen A. GHIRARDI, *Common law & civil law*, Córdoba, Advocatus, 2007, p. 145).

<sup>8</sup> Ernesto GRÜN, “La globalización del derecho. Un fenómeno sistémico y cibernético”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nº 2, 1998/1999, p. 11.

<sup>9</sup> Los tratados en cuestión son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>10</sup> Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos requieren aprobación por el Congreso, con voto de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros para gozar de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, último párrafo, C.N.).

<sup>11</sup> Walter F. CARNOTA, “Interpretación internacionalista de nuestra Corte Suprema”, L.L. 2006-B-1277.

<sup>12</sup> Comentando el art. 75 inc. 22 C.N., se afirmaba hace corto tiempo, que existe “... una transformación sustantiva que impacta en el derecho interno de los Estados y genera variadas tensiones en un proceso aún no consolidado. Por de pronto, puede afirmarse que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana constituyen una fuente del derecho interno a la que recurren los tribunales y, en especial, la Corte Suprema” (María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 594).

<sup>13</sup> También denominada “Macdonalización del derecho” por la fuerte influencia de EE.UU. en esta cuestión.

<sup>14</sup> CARNOTA, op. cit., nota 10.

<sup>15</sup> María Sofía SAGÜÉS, “La interpretación transnacional a la luz del reciente triunfo del orden internacional sobre la pena de muerte en Estados Unidos de América”, L.L. 2005-F-1095.

<sup>16</sup> Citado por María Sofía SAGÜÉS, op. cit.. La autora concluye sosteniendo que “*el principio de universalidad de los derechos humanos brilla en el centro de la decisión mayoritaria de la Suprema Corte de Estados Unidos de América. El reconocimiento de la Corte a los estándares legales internacionales y a la opinión de la comunidad internacional al determinar aquellas cuestiones relativas al ‘evolutivo estándar de decencia’ es un reconocimiento de nuestra común humanidad y la importancia de los valores universales. Con la referencia a la interacción de su texto constitucional y el orden internacional de los derechos humanos, la Suprema Corte de Estados Unidos ha gestado su perfil, dejando de lado no sólo su rol de juez de legalidad para pasar a constituirse en juez constitucional, sino actualmente en tribunal tuitivo de los derechos humanos*”.

Ante tan auspiciosa visión, es bueno preguntarse, también, si existiría igual derrotero para resolver cuestiones en las que estuvieren involucrados derechos humanos, v.gr., de los prisioneros de Guantánamo...

No resulta desatinado recordar que “*el orden internacional no es democrático y, de hecho, es gobernado por la mayoría de una minoría, los países ricos de Occidente, que equivalen a un quinto de la humanidad*” (Luigi FERRAJOLI, “Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización”, L.L. 2005-F-1199).

<sup>17</sup> Cuadra repetir que “*El sistema de garantía y protección de los derechos humanos no puede, en lo universal y mucho menos en América, depender del humor de una gran potencia*”.

“*Debe ser el resultado de una acción internacional, equilibrada y no discriminatoria, aplicable a todos los países por un organismo, en el caso regional, como la OEA, -con todas las garantías procesales y de fondo. Los Estados Unidos tienen que actuar dentro del marco*

*del sistema y no fuera de él, autónomamente, como si fueran un Estado de naturaleza, deberes y derechos distintos, en su esencia, a los demás Estados*” (Héctor GROSS ESPIELL, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y la realidad hemisférica actual” en Zlata DRNAS DE CLÉMENT (coordinadora), *Estudios de derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, Lerner, 2002, t. I, p. 793).

<sup>18</sup> Autos: “Ekmedjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos 211:162 y ss..

<sup>19</sup> Autos: “Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación”, J.A. 1995-III-571, que fue atendido oportunamente por la doctrina. Por caso: Pablo A. PALAZZI, “El caso Giroldi, el derecho a la doble instancia y el recurso de casación penal”, J.A. 1998-II- 771, entre muchos otros.

<sup>20</sup> “Giroldi, Horacio...”, considerando 11.

<sup>21</sup> Nuestro: “Las cuestiones de hecho y prueba son ajenas a la casación (¿un tópico que debe abandonarse?), y Luis Roberto RUEDA, “La interpretación de la ley y un nuevo diseño de la casación penal”, ambos en: Olsen A. GHIRARDI, *Formas y evolución del razonar judicial*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006, ps. 95 y ss. y 127 y ss., respectivamente.

Véase también: Gabriel PÉREZ BARBERA, “La casación penal y la llamada ‘capacidad de rendimiento’ con motivo del caso ‘Casal’”, L.L. Suplemento Penal y Procesal Penal, septiembre 2006, p. 1 y ss.; Carlos Alberto CHIARA DÍAZ; Daniel Horacio OBLIGADO, *La nueva casación penal. Consecuencias del caso “Casal”*, Buenos Aires, Nova Tesis, 2005, *passim*.

<sup>22</sup> Autos: “Herrera Ulloa, Mauricio c/ Costa Rica” del 2/7/04.

<sup>23</sup> Susana ALBANESE, “El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y la Corte Suprema. Convergencias y divergencias”, J.A. 2007-III-1148.

<sup>24</sup> Puede repetirse que “... en verdad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y su influencia en el campo doméstico ha jugado un papel que podríamos llamar ‘casatorio’ imponiendo cierta homogeneidad en la interpretación de la Convención y de otros tratados, y supervisando inclusive el cumplimiento de sus propios fallos” (Juan Carlos HITTERS, “Los tribunales supranacionales”, L.L. 2006-E, p. 834).

<sup>25</sup> Considerando N° 21, del voto mayoritario, *in re* “Mazzeo...” cit. (el destacado nos pertenece).

<sup>26</sup> Trinidad CHIABRERA, “La revisión de las sentencias nacionales por los organismos interamericanos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, J.A. 2005-I. 1272 (el destacado nos pertenece).

<sup>27</sup> Señalando que nuestra Corte Suprema ha dejado de tener tal atributo con relación a los derechos humanos: Néstor P. SAGÜÉS, “Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de interpretación de derechos humanos”, J.A. 1999-II-364.

<sup>28</sup> Gregorio BADENI, “La jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, J.A. 80º Aniversario, p. 42 y ss..

Debe hacerse notar que esta tesis de la “constitucionalización” de los tratados “... intenta satisfacer tanto la necesidad de afianzar los derechos humanos de fuente internacional con muy alto nivel jurídico (rango constitucional), como los apetitos nacionales de soberanía, ya que esa decisión es adoptada por el constituyente local. Es probable que se afiance en los próximos lustros, como una transición entre las viejas escuelas ‘monista’ y ‘dualista’” (Néstor Pedro SAGÜÉS, “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno”, J.A. 80º Aniversario, p. 420).

La resolución de la Corte en la causa “Mazzeo...” parece orientarse hacia la supraconstitucionalización.

<sup>29</sup> Juan P. CAFIERO - Marisa Adriana GRAHAM, “Tratados sobre derechos humanos”, en Juan Carlos VEGA - Marisa Adriana GRAHAM, (directores), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 37 y ss..

<sup>30</sup> Deben precisarse, sin embargo, dos cuestiones: por una parte que “el sometimiento de una persona a determinados preceptos de una ley no implica, necesariamente, su inhabilidad para impugnar otros del mismo cuerpo legal, salvo que, entre unos y otros, exista interdependencia” (C.S.J.N., *in re* “Cachabi, Santos c/ Ingenio Río Grande S.A.”, L.L. del 30/10/07, con nota de Leonardo G. BLOISE). Por otra parte, debe analizarse la influencia de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, con relación a este recaudo, lo que hacemos más abajo.

<sup>31</sup> Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la CIDH en el caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú” del 24/11/06 ([www.corteidh.org](http://www.corteidh.org)).

<sup>32</sup> Resolución del 19/8/04, J.A. 2005-III-441.

<sup>33</sup> Aunque se ha sostenido el abandono de tal línea jurisprudencial: Hércules, “Réquiem para el control de oficio”, J.A. 2007-III-1231.

Sin embargo, si se analiza uno de los casos citados (“Gómez, Carlos A. c/ Argencard S.A.” del 27/12/06), no puede adherirse a tal afirmación.

Así, se lee en el voto de la mayoría: “6) Que, en efecto, en autos resulta de toda claridad que, frente a las manifestaciones del actor de fs. 940 por las cuales aceptó la pesificación de su crédito en los términos del art. 11 ley 25.561 (texto según ley 25.820), la posterior declaración de inconstitucionalidad de esta norma efectuada a fs. 957 violó el principio de congruencia procesal, con el efecto de condenar a algo distinto de lo peticionado por aquél.”

“Adviértase que, a propósito de la sanción de la ley 25.820, el actor modificó su pretensión solicitando expresamente que se condenara a la parte demandada al pago del importe en pesos que surgiera de aplicar dicha norma. Es decir, aceptó la pesificación de su crédito e inclusive aceptó que esa pesificación pudiera realizarse -eventualmente- a un valor menor que el señalado en primera instancia (ver sus expresiones del último párrafo de fs. 940 vta.)”.

“Pese a lo anterior, la cámara de apelaciones -con remisión a otro precedente en el mismo sentido- declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.820, con el efecto de imponer al Citibank NA. la obligación de cancelar el crédito reclamado en dólares estadounidenses o su equivalente según cotización vigente al momento del pago. El vicio de incongruencia es, pues, notorio y, ciertamente a contrario de lo pretendido por el actor a fs. 1002 vta./1004, ese defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la constitucionalidad de las leyes, pues tal facultad en ningún caso podría conducir a dictar sentencias violatorias del principio de congruencia, tanto más si se pondera que con la inconstitucionalidad declarada en autos se llega a un resultado económico más amplio que el pretendido por aquél”.

Queda claro, entonces, que de ninguna manera se deja de lado el control oficioso. Lo que sucede es que el apotegma *iura novit curia*, ínsito en el control de que se trata, supone que exista materia sobre la que va a ser aplicado o, en términos más amplios, un “caso” al cual aplicarse, porque de lo contrario sería un control y una eventual declaración de inconstitucionalidad abstracta.

Si, como sucede en el caso en comentario, se trata de materia patrimonial disponible, y el interesado se allana a la aplicación de la normativa que pesifica la obligación, quedó excluida la potestad del tribunal de realizar el control oficioso de inconstitucionalidad.

Pero, reiteramos, ello no importa afirmar la muerte del mismo, sino su adecuación a la actitud de las partes respecto de un derecho disponible, en el caso concreto.

<sup>34</sup> Alberto TESSONE, “Recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Incidencia de la recepción del control de oficio de la inconstitucionalidad de las leyes”, LN.B.A. 2007-5-517

<sup>35</sup> *Ib.*.

<sup>36</sup> María del Pilar HIRUELA DE FERNÁNDEZ, “Algunas reflexiones jurídicas acerca de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco (Validez, obligatoriedad y aplicabilidad a la luz del derecho internacional público)”, en Armando S. ANDRUET (H) (compilador), *Bioética y derechos humanos*, Córdoba, EDUC, 2007, p. 147 y ss. En análogo sentido: Oscar L. FAPPIANO, *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Abaco, 1997, p. 57 y ss..

# APROXIMACIONES AL CONTROL DE LOGICIDAD

OLSEN A. GHIRARDI \*

**Sumario:** **I.** Principios y axiomas. **II.** La jerarquía de los principios lógico-jurídicos. **III.** La Lógica y los principios o axiomas lógico-jurídicos fundamentales. **IV.** El ámbito de la praxis. **V.** El saber jurídico como saber de la praxis. **VI.** El origen de los conceptos prácticos. **VII.** La composición de los conceptos prácticos. **VIII.** La bipolaridad de los conceptos jurídicos fundamentales. **IX.** La evolución de los conceptos jurídicos. **X.** La operatividad de los conceptos práctico-jurídicos. **XI.** El razonamiento jurídico y la sentencia. **XII.** El desvelamiento del razonamiento judicial. **XIII.** El control de logicidad.

## I. Principios y axiomas

Deseo discurrir en estas líneas acerca de los *principios o axiomas lógicos* y de algunas *cuestiones lógico-jurídicas* que es menester tener presente en el razonamiento forense.

Para mejor comprensión denomino *principios o axiomas* a ciertas proposiciones inmediatamente evidentes y en sí mismas conocidas, con pretensión de universalidad. Por ende, dichas proposiciones no necesitan demostración.

La Lógica general contempla una estructura formal de los juicios y los razonamientos. Desde este punto de vista, podemos hablar de una *Lógica formal*.

Como el desarrollo de las disciplinas científicas ha llevado a la especialización, esa circunstancia ha conducido a lo que se ha denominado la *Lógica aplicada*.

Quiere ello decir que en una proposición, cabe distinguir dos aspectos: a) la *forma o estructura*, y b) el *contenido o materia*, es decir, en este último caso, el asunto de que trata la proposición.

*Formalmente* se puede expresar:

Si todo A es B,  
y todo B es C,  
luego, todo A es C.

Desde el punto de vista del *contenido*, un jurista podría afirmar:

Si todo dañador debe resarcir,  
Y Juan es dañador,  
Luego, Juan debe resarcir.

Como se advierte, con los ejemplos dados, a la *Lógica formal* no le interesa, de manera inmediata, el contenido de los razonamientos sino solamente la estructura formal. A la inversa, el contenido, en el caso de la *Lógica aplicada*, constituye aquello que interesa primordialmente, amén de su correcta formulación formal.

Los primeros principios lógicos, que son estudiados por la *Lógica formal*, son válidos para las lógicas *aplicadas*, conforme la naturaleza de cada disciplina. Así, los principios de *no contradicción*, de *identidad*, de *tercero excluido* y de *razón suficiente*, son aplicables al razonamiento jurídico. Aunque los que se aparecen con frecuencia son sólo el primero y el último.

## II. La jerarquía de los principios lógico-jurídicos

Desde el punto de vista *jurídico*, los principios lógicos tienen jerarquía *constitucional*. En la obra que publicara con el título de *El razonamiento forense* (Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998, p. 15 y ss.) se dice que en un voto emitido por el Dr. Alfredo Fragueiro en el caso “Vera, Luis Argentino - p.s.a. coautor de homicidio culposo, lesiones graves y homicidio calificado - Casación” (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, 11/12/1948) se afirmaba: “... **por encima** de la ley y de la doctrina de eximios juristas, rige la lógica jurídica...”. “Este raciocinio natural que llamamos lógico, **preexiste** a la ley y a toda doctrina particular. Quien no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error, cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma”. La parte pertinente de ese fallo ha sido publicado en mi obra *Lógica del proceso judicial (Dialógica del Derecho)* (Córdoba, Lerner, 1987, 1ª ed., 1ª reimpresión 1992 y 2ª ed. 2006).

El filósofo Alfredo Fragueiro comprendía claramente que la razón humana tiene en sí misma sus propias reglas -principios o axiomas- que rigen los pensamientos, reglas que son absolutamente independientes y *anteriores* a toda ley dictada por los hombres para conducirse en sociedad. Por otra parte, era consciente de la relación entre Lógica y Derecho y, más aún, sabía que para manifestar los pensamientos en forma correcta, es preciso no violar las reglas de los pensamientos al pensarlos y no violar tampoco las mismas reglas al formularlos oralmente o al escribirlos.

Y esa *anterioridad* de las reglas de las cuales hablamos, está en la propia naturaleza del hombre. La razón humana era *tal* razón aun *antes* de que existiese la primera constitución. Si es verdad que fue en la época del griego Dracón que se escribió la primera constitución, antes que ella ya estaban conformados dichos axiomas o principios en la mente del hombre. Más todavía: estaban en la razón humana cuando el hombre fue realmente tal, cuando bajó del árbol y habitó la llanura.

De tal manera que al decir que las reglas lógicas tienen jerarquía constitucional no le estamos dando jerarquía a las reglas en sí mismas, sino que -por el contrario- le reconocemos jerarquía a la constitución que las contiene, ya sea expresa o tácitamente.

Decía también, en la obra primeramente citada (p. 17), que en el mismo año de 1948, cuando Fragueiro nos expresaba su pensamiento en el voto de referencia, el Tribunal Supremo de la Zona Británica de la Alemania ocupada, con fecha 19 de octubre, establecía que “*la violación de las leyes del pensamiento es una violación del derecho material*”. El propio Tribunal Federal de Justicia del mismo país, confirmaba que el juez “*está sometido a las leyes del pensamiento y de la experiencia y tiene que respetar estas leyes en la comprobación de los hechos*”. Ratificaba luego, con énfasis, que “*estas leyes (las del pensamiento) son parte del derecho no escrito*”.

Rupert Schreiber en su obra *Lógica del derecho* (México, Fontamara, 1995, p. 124) asevera: “*La lógica del derecho es no sólo un campo fecundo de la investigación de los fundamentos del derecho, sino que las leyes de la lógica del derecho son elementos constitucionales del orden jurídico. Una proposición jurídica que viole las leyes de la lógica del derecho es inconstitucional*” (el destacado es mío). Con estas palabras, Schreiber cierra la última afirmación en el libro citado.

### III. La Lógica y los principios o axiomas lógicos fundamentales

La ciencia de la Lógica nos enseña que para razonar correctamente, debemos acatar las reglas lógicas, es decir, los principios lógicos fundamentales. Tradicionalmente, como dijimos, ellos son cuatro: no contradicción, identidad, tercero excluido y razón suficiente.

Debemos hacer una advertencia. Como la Lógica jurídica es una lógica aplicada al derecho, en cada caso debemos tener la precaución de saber qué significa “contradicción” en el ámbito jurídico y “cuál es la razón suficiente”. Ya se verá seguidamente cómo la “contradicción jurídica” es más difícil de descubrir que la “contradicción matemática” o la “contradicción en lenguaje simbólico”.

El principio lógico de no contradicción puede ser enunciado de la siguiente manera: *“No se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto”*.

Dicho principio lógico deriva del principio ontológico. Naturalmente, pese a la vilipendiada metafísica, se hace imposible prescindir de ella porque no pueden darse en el mismo sujeto el “ser” y el “no-ser”. Es racionalmente imposible que una cosa “sea” al mismo tiempo y “no sea”; de ahí que lo que se afirma de un sujeto no debe expresarse con proposiciones *contradictorias*. Especialmente, en el orden contingente, no puede predicarse de una cosa que sea, al mismo tiempo, blanca y negra. La imposibilidad lógica -en breves palabras- se funda en la imposibilidad ontológica.

Consecuentemente, en el orden jurídico, el juez no puede definir una cosa como “A” y, en párrafos siguientes, definirla como “no A”. En otros términos, algo no puede ser a la vez “p y no p”.

El principio de no-contradicción -juntamente con el de razón suficiente- es, probablemente, uno de los principios lógico-jurídicos más violados en las sentencias judiciales, lo que se comprueba con la lectura de los fallos de las cortes o de los superiores tribunales, en cuyos casos, dichas sentencia puede ser revocadas o modificadas.

Veamos, al respecto, en una situación dada, cómo se conduce la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**Caso:** *“Recurso de hecho deducido por la actora en la causa “Santa Coloma, Luis Federico y otro c/ E.F.A.” (Fallos: 308:1167).*

Buenos Aires, 5 de agosto de 1986.

*VISTOS: los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Santa Coloma, Luis Federico y otros c/ E.F.A.”, para decidir sobre su procedencia.*

CONSIDERANDO:

1. *Que la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, impugnada mediante el recurso extraordinario deducido a fs. 500/524, cuya denegación dio lugar a la presente queja, modificó el fallo de primera instancia -que había hecho lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios ordenando a abonar a los actores la suma de \$a. 2.786.510- y redujo el monto de la condena a \$a. 557.400.*

2. Que para la mejor comprensión del caso, conviene indicar que a fs. 40/51 promovieron demanda los cónyuges Luis Federico de Santa Coloma y Jacqueline Colette Alice Dedoyard de Santa Coloma -por derecho propio y el primero de los nombrados y también en representación del menor Martín Ambrosio de Santa Coloma- contra la Empresa de Ferrocarriles Argentinos, por cobro de los daños materiales y morales resultantes del accidente ferroviario acaecido el 8 de marzo de 1981, en las cercanías de Brandsen, Provincia de Buenos Aires. En ese suceso perdieron la vida los menores Isabel Claudia, Florencia y Luz de Santa Coloma, y sufrió diversas heridas el mencionado Martín Ambrosio, todos ellos hijos de los actores.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda por la suma ya indicada (fs. 434/437). Interpuestos recursos de apelación por la actora y demandada, la Cámara en su decisión de fs. 484/491 modificó el monto de la condena reduciéndolo a la suma de \$a. 557.400. En cuanto aquí interesa, cabe señalar que la alzada revocó la decisión de primera instancia en lo concerniente al invocado daño material sufrido por los padres a consecuencia de la muerte de sus tres hijas -por entender que éste no había sido probado- y, por otra parte, disminuyó considerablemente la suma fijada por el inferior en materia de daño moral.

Los actores se agraviaron de la manera en que la sentencia apelada resolvió los mencionados puntos, y sostuvieron su arbitrariedad con base en los variados vicios que señalan en su recurso de fs. 500/524 y en la presente queja.

3. Que los agravios de los apelantes suscitan cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, pues si bien remiten al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia propia de los jueces de la causa y ajena, como regla y por su naturaleza, a la instancia extraordinaria (Fallos: 302:1095; 303:694), corresponde apartarse de tal principio cuando, como en el caso, median razones de mérito suficientes para descalificar el pronunciamiento.

4. Que, en efecto, al rechazar toda indemnización por daño material a los padres, la sentencia señala que ni aun a título de "chance" -representada por la posible ayuda económica que pueda prestar en el futuro un hijo- corresponde fijar suma alguna. Lo decidido al respecto en segunda instancia se funda en que la holgada situación del matrimonio Santa Coloma -que no hace razonable prever que hubiere de recibir ayuda económica de sus hijas- impediría asegurar que de la muerte de éstas vaya a resultar perjuicio material para los actores (fs. 485/485 vta.).

De lo expuesto resulta una contradicción en el razonar del tribunal apelado, que lo priva de validez lógica. En efecto, si aquello que se trata de resarcir es la "chance" que, por su propia naturaleza, es sólo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte de las menores vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo de "chance" de cuya reparación se trata. Por otra parte, la sentencia pasa por alto la circunstancia de que el apoyo económico que los hijos pueden brindar a sus padres no se reduce a lo asistencial -bien que esto es lo habitual en las familias de escasos recursos- y que, en determinados medios puede traducirse más frecuentemente en la colaboración en la

gestión del capital familiar, según su envergadura, cuando la edad de los progenitores así lo exija.

5. Que también debe hacerse lugar a los agravios de los actores en lo que se refiere al capítulo de la sentencia que reduce la suma que por daño moral había fijado el juez de primera instancia. En efecto, después de invocar que la reparación del daño moral tendría una finalidad principalmente punitiva, el a quo fija por este rubro \$a. 230.000, como correspondiente al sufrido por los padres, no sin antes señalar -entre otras consideraciones- que ha tenido en cuenta el obrar del culpable y las consecuencias de su accionar.

Los vicios en esta parte de la sentencia apelada llevan al Tribunal a detenerse con cierto detalle en su análisis. Como dato esencial se observa lo ínfimo de la suma por la que se hace progresar el reclamo. Ello salta a la vista si se la reajusta al momento actual -usando cualquiera de los índices estadísticos oficiales- o si se la compara con lo admitido por el a quo en concepto de "gastos de sepelio" (que representan un 66,52 % de aquélla). En este aspecto es tal la desproporción entre la suma en examen y la trágica entidad de la muerte de las tres hermanas -de 9, 10 y 13 años al momento del siniestro- que sólo cabe recordar el viejo adagio **res ipsa loquitur**.

La alzada ha pretendido fundamentar su conclusión en este punto, en la concepción según la cual lo punitivo o sancionatorio sería la única base que justificaría establecer una suma por daño moral. A este respecto, la sentencia destaca "la gravedad de la conducta de Ferrocarriles Argentinos, cuya notable negligencia surge con meridiana claridad" y no se desentiende de las que denomina "consecuencias del accionar", acerca de lo que manifiesta no olvidar "el tremendo dolor que han debido sufrir los progenitores". Como la capacidad económica de la demandada resulta obvia -lo que por notorio ha hecho que el juzgador ni se detuviera en el punto- fácilmente se concluye que se encuentran reunidos todos los requisitos que, desde la perspectiva asumida por la Cámara, imponen la aplicación de una condigna sanción, resultado al que, inexplicablemente, no se arriba. Ello revela una evidente contradicción con las premisas aceptadas y descalifica el pronunciamiento (Fallos: 300:993, cons. 7º; fallo recaído in re: "Rossi, Virgilio León c/ Dirección Nacional de Vialidad s/nulidad de acto administrativo", de fecha 8 de septiembre de 1981, R. 508-XVIII, cons. 2º).

6. Que, por otra parte, resultan dogmáticas y carentes de la debida fundamentación las afirmaciones del a quo según las cuales el dolor de los padres "no es susceptible de ser aplacado, ni siquiera en grado mínimo, por la recepción de dinero, cualquiera sea la cantidad", pues a tal dolor "nada agregará ni quitará la cifra que reciban los agraviados", lo que demostraría que la "reparación que otorga la ley no puede tener tal finalidad".

En primer lugar, tal aserción no intenta siquiera compatibilizarse con los textos legales en los que la mentada "reparación" aparece inequívocamente relacionada con la acción por indemnización y la obligación de resarcir (arg. arts. 522 y 1078 del C. Civil). Por otra parte, el pronunciamiento en recurso no atiende a las muy variadas aplicaciones que los padres de las menores podrían dar a la suma en cuestión, al decretar de modo indemostrable que jamás éstos podrán -a través de ese medio-



obtener un ápice de consuelo o satisfacción, por más digna, noble o espiritual que fuese.

7. Que al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es -por su menguado monto- meramente nominal y al renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera -por imperfecta que sea- el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del *alterum non laedere* que tiene raíz constitucional (art. 19, de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna.

8. Que, asimismo, no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social. Es obvio que, desde una especial -y respetable- concepción de la ética puede mirarse a la reparación del daño moral como un apartamiento de las rigurosas exigencias que tal ética formula a quienes deseen seguirla. Pero no cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por la moralidad que excedan los límites habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues, como lo señala Cardozo, "los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta" ("The nature of the judicial process", U.S. 1937, Yale University Press, pág. 106). En efecto, la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, en el sentimiento corriente, la actitud hacia las pérdidas definitivas no es aconsejar su asunción heroica, sino que se traduce en un activo intento de mitigarlas, aun a sabiendas de la pobreza de medios con que se cuenta a ese fin. No es ésta, sin embargo, la posición de la Cámara, que de hecho compele a un renunciamiento -consistente en soportar calladamente la pérdida de tres hijas- que no puede ser impuesto a los demás, sino sólo libremente escogido por ellos.

9. Que, por todo lo dicho, el pronunciamiento recurrido no constituye una derivación razonada del derecho vigente, por lo que debe ser revocado, de conformidad con la conocida doctrina del Tribunal en materia de sentencias arbitrarias.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el señor procurador general, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 500/524 y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que se proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo al presente.

Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué".

La lectura de esta sentencia nos induce a preguntarnos: ¿Cómo se descubre una "contradicción"? Es menester hacer un análisis razonado, correctamente expresado y legalmente fundado, de la existencia de ella. En ese caso, si la contradicción, encontrada en la sentencia impugnada, versa sobre un extremo fundamental de la litis, acarrea su nulidad, al acogerse el recurso por el tribunal respectivo. Ese examen es un control, que hemos llamado control de logicidad, de acuerdo a lo que hemos explicado por primera vez en otro lugar (La Ley Córdoba, 1984, número 1, p. 1021 y ss.), en virtud de haberse cometido por el Tribunal apelado un error, error que hemos denominado error in cogitando, porque es un error de la razón, un error del pensamiento.

Decía en un artículo titulado “El razonamiento débil” (publicado en el libro *La naturaleza del razonamiento judicial*, Córdoba, Alveroni, 1993, ps. 13/56, de los autores Ghirardi, Andruet, Fernández y Ghirardi), que el discurso jurídico es *débil*, porque se funda en premisas *opinables*. Si el actor y el demandado tienen posturas diametralmente opuestas, y ambas partes pretenden fundar sus afirmaciones o negaciones, que defienden a todo trance legal dentro del proceso, debemos advertir que en este ámbito, no tratamos con postulados matemáticos. Si A se dice acreedor de B y B niega rotundamente ser deudor, será menester acudir a la prueba aportada en el caso concreto y a la ley que lo rige. Puede ocurrir que el juez dé la razón al actor, pero el demandado puede apelar y la sentencia puede ser revocada. Como vemos, la resolución contenida en cada sentencia es diferente porque el criterio de valoración de la prueba o la interpretación de la ley aplicada al caso ha sido distinta. La *materia jurídica versa sobre lo opinable*. Por eso, razonamos en terreno resbaladizo y los juicios emitidos tienen una debilidad congénita, por la naturaleza de la materia de que se trata. Las proposiciones, insisto, se edifican en el ámbito de lo opinable, de lo discutible, de lo contingente.

En el caso planteado en la sentencia transcrita, la Corte asevera que “de lo expuesto (por la Cámara) resulta una **contradicción** en el razonar del tribunal apelado, que lo priva (al fallo) de validez lógica”. Y nos da las siguientes razones: “si aquello que se trata de resarcir es la “chance” que, por su propia naturaleza, es sólo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte de las menores vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo de “chance” de cuya reparación se trata”. Es decir, afirma la Corte, en otras palabras, que la Cámara ha dicho que la “chance” es imposible que se dé, cuando el concepto de “chance” es, precisamente, lo que puede darse o no, lo que, indudablemente, es una contradicción.

Más adelante, la Corte encuentra otra violación al principio de no contradicción cuando la Cámara manifiesta que ha habido “*gravedad en la conducta*” de *Ferrocarriles Argentinos*, “*cuya notable negligencia surge con meridiana claridad*” y, no obstante ello, no impone resarcir el daño de manera equitativa. He aquí, en consecuencia, otra contradicción que duplica el error ya cometido y torna más arbitraria la sentencia.

Queremos señalar todavía, por cierto, que la arbitrariedad de la sentencia, señalada por la Corte, reconoce como causa la violación de un principio lógico y no al revés.

A mayor abundamiento, la Corte encuentra también que se ha violado el principio de razón suficiente, al no resolver la causa con fundamento.

“Contradicción” y “falta de fundamentación suficiente” son, pues, los vicios de la sentencia recurrida. De verdad, la vulnerabilidad de la sentencia se encuentra en la violación de principios lógicos. De allí resulta su arbitrariedad (y no al revés).

#### **IV. El ámbito de la *praxis***

Como quiera que nos referimos al ámbito del *obrar* del hombre, se impone aclarar a qué aludimos cuando utilizamos el término *praxis*.

*Praxis* significa acción, actividad, actividad humana. Pero no cualquier acción ni cualquier actividad.

El vocablo *praxis* se opone al término *teoría*, que, por el contrario, significa contemplación.

Por consiguiente, *las ciencias de la praxis* o *ciencias prácticas*, incluyen: la ciencia moral, la ciencia política, la ciencia jurídica y, en algún sentido, las ciencias económicas.

Las ciencias prácticas son las ciencias de la acción humana pero -se dijo ya- no cualquier acción, ya que no abarcan todo el *hacer*, el *producir*, el *fabricar*, sino únicamente ciertas acciones del *obrar humano*.

Las ciencias de la *praxis* tienen por objeto el conocimiento de la *pura acción humana*, es decir, en cuanto *conducta humana*, *típicamente humana*, que supone la virtud de la prudencia en la concepción tradicional aristotélica.

La ciencia jurídica, como ciencia de la *praxis*, elabora sus conceptos en cuanto tienen por objeto considerar las acciones humanas como acciones cristalizadas que las civilizaciones observan al organizarse socialmente, conforme a reglas racionales que tiene por fin lograr el bien común. Se dice *acciones cristalizadas* porque ellas tienen cierta permanencia, permanencia que supone una repetición a lo largo de los tiempos. La costumbre, como germen de la ley, implica cierta estabilidad de obrar en una situación dada. La ley dictada por el legislador, por su parte, implica igualmente que la acción humana, en una situación dada, se debe ejecutar de una determinada manera y no de otra.

## **V. El saber jurídico como saber de la *praxis***

El saber puede ser simplemente vulgar, pero también puede alcanzar la calidad científica y aun filosófica. El primero es el que logra todo ser humano por el solo hecho de vivir; es el que, generalmente, no es buscado de manera consciente y se acumula como un amasijo de informaciones y noticias sin orden ni concierto; por ello, no interesa en él, de manera fundamental, ni la búsqueda, ni el método utilizado, ni la causa.

El saber científico es un saber que se busca consciente e intencionalmente y, en su virtud, nos preguntamos por las razones y las causas de las cosas y de los fenómenos. Sus principales caracteres nos muestran que es un saber riguroso que, en especial, ordena y clasifica los conocimientos, para lo cual utiliza un método adecuado, según sea el objeto de estudio; y, fundamentalmente, se interesa por una explicación de la cosa, objeto o fenómeno estudiado, que, generalmente, es causal o procura serlo.

El saber filosófico, a su turno, bucea en la profundidad de las causas. La ciencia filosófica pretende alcanzar las *últimas* causas de *todas* las cosas. Quizá, una forma muy buena de caracterizarlo es decir que es un saber *fundamental* que abarca la totalidad de lo real y, en su pretensión, trata de realizarse como un *saber sin supuestos*. Evidentemente, es un saber buscado, intensamente buscado, que no limita en manera alguna su objeto y trata de lograr -no sólo la simple descripción- sino lo más recóndito del ser de todas las cosas, por una parte, y por la otra, los primeros principios.

Desde otro punto de vista, el saber puede ser *especulativo* o *práctico*. El primero da origen a las *ciencias especulativas* en cuanto tales; por medio de ellas, el hombre desea conocer, simplemente conocer. El vocablo *especulativo* proviene del término *speculum* (espejo); es decir, se aspira a la verdad, al logro del fiel reflejo de la realidad.

En cuanto el hombre intenta conocer, el entendimiento va en pos de lo inteligible. En el mundo de la realidad, de la existencia, se encuentran los inteligibles, alimento natural de la inteligencia humana. Y, en esa búsqueda, la inteligencia procede por *abstracción*, desvelando diversos niveles, en un lento aproximarse a la aprehensión de lo que la cosa es. De esta manera, el saber especulativo es fundamentalmente *explicativo* porque a este tipo de saber le interesa lo inteligible en toda su pureza y, por vía de abstracción, se eleva desde la ciencia empírica hasta la metafísica, alcanzando niveles cada vez más alejados de la materia.

Pero si la inteligencia aspira a lo inteligible alejándose de la materia, el hombre no es sólo espíritu, sino un compuesto de espíritu y materia. Logrado el saber especulativo, en algo así como en una parábola, se produce un movimiento de retorno al universo de la existencia, de lo real. En este nuevo contacto con lo real sensible, se da, entonces, un nuevo tipo de saber. Es el **saber práctico**. Y se denomina así por cuanto no nos lleva primordialmente al saber en cuanto tal, sino al saber **para obrar** y **para hacer**. Desde el primer momento, la filosofía práctica se dirige hacia lo **operable en cuanto tal**, y -si lo decimos con Maritain- hacia la posición del acto en la existencia. El fin de la filosofía práctica es la regulación de las acciones humanas mediante los principios supremos para lograr el bien absoluto del hombre (bien absoluto naturalmente cognoscible).

Hay una especie de saber práctico que se identifica con el saber del **obrar humano**. La ciencia del obrar, la ciencia de los actos humanos (del *agibile*) es la filosofía práctica propiamente dicha. Dentro de las ciencias prácticas, en particular, se destacan las que buscan un **bien particular** del hombre. En su caso, el saber que logramos es el **saber jurídico**. Aquí la acción humana singular y concreta se realiza en la existencia.

El saber jurídico se aparece como una parte (especie) de las ciencias prácticas que tiene como misión darnos reglas naturalmente razonadas con el fin de lograr el bien común de la sociedad. Y el saber forma parte de las ciencias prácticas porque ordena la verdad en cuanto se dirige hacia la operación como fin. Evidentemente, la filosofía práctica en general (o filosofía moral) y la ciencia práctica en general (o ciencia moral) son reguladoras del saber jurídico. Por eso, el derecho es parte de la ética, aunque tiene su propio objeto formal.

El saber jurídico es práctico por su *objeto*; pero su *modo* de conocer puede ser especulativo o puede ser práctico. El modo es especulativo, cuando nos preguntamos, *qué es el derecho*; es práctico, cuando nos preguntamos, por ejemplo, *cuál es la ley aplicable*, en un caso determinado.

El fin del saber jurídico es la *dirección* de ciertas acciones o *conductas humanas* que la sociedad juzga *relevantes*. Hay aquí un modo especial de dirigir la acción de los hombres. La materia propia del saber jurídico -sea la Filosofía del Derecho, sea la Ciencia del Derecho- es una **cierta** acción humana que se dirige o es dirigida a un *fin* determinado; quiere decir que la acción dirigida es concebida en cuanto *operable*, según un modo determinado. Pero ello no excluye -antes bien, lo presupone- que se considere la acción que es definida como jurídica, para conocer de ella en cuanto jurídica. Ello implica conocer qué es el derecho, cuál es su causa, su

fundamento, mediante la definición, la división y la consideración de sus predicados universales.

Los principios que rigen el saber jurídico -como los de todo saber práctico- no pueden prescindir de la verdad y proceden, en su labor ordenadora, de modo *compositivo*. A su vez, el juicio *prudencial* adquiere aquí especial relevancia cuando se trata de la conducta singular y concreta. En este nivel, si bien lo especulativo puede ser muy importante, en cuanto la prudencia es un hábito, no necesariamente depende sólo del saber, sino también de la pureza de la persona. La prudencia sólo considera la conducta en el caso singular y concreto, y se hace manifiesta *hic et nunc*, descendiendo hasta el *imperium*.

En el progreso del estudio, en cuanto saber jurídico, es preciso no perder de vista cuatro importantes hitos:

a) En primer lugar, el estudio del *ser*. El ser es el *objeto formal de la inteligencia*; es el objeto que es alcanzado por ella y que, en su consecuencia, induce al saber de todo lo demás.

b) En segundo lugar, se debe tratar de alcanzar la *verdad*, es decir, lo que la *cosa* es realmente. De ninguna manera se pretende negar la pertinencia de lo útil y lo conveniente para una sociedad histórica determinada, ni tampoco lo correcto en el razonamiento desde el punto de vista lógico. Pero tanto lo útil y lo conveniente, como lo correcto, deben tener por fundamento lo verdadero, esto es, no deben desvirtuarlo o negarlo.

c) En tercer lugar, la *persona humana* debe ser considerada como tal, y debe ser reconocida como una sustancia compuesta de espíritu y materia, y con ínsitas propiedades y, en consecuencia, derechos inalienables.

d) En cuarto lugar, la *acción humana*, como conducta, debe merecer toda su jerarquía, cuando es dirigida al bien común. Ello implica, naturalmente, el problema de la normatividad y la justicia.

Si se pierden de vista estos hitos se operará, por defecto o por exceso, un cuádruple desplazamiento: se sustituirá el ser por el hecho o por formas vacías; la verdad será desplazada por lo simplemente útil o conveniente, o bien por lo correcto, desde el punto de vista exclusivamente formal; la persona será considerada como una contingencia material, un ente de razón o un centro de imputación y nada más; y la acción humana, como corolario, no será sino un accidente en un mundo natural.

La ciencia jurídica está subordinada a la ciencia y a la filosofía moral; y la ciencia y la filosofía moral, a su vez, están subordinadas a la metafísica (sea ésta explícita o implícita).

Todo sistema que anatemice a la Metafísica, corre el riesgo de ser el más metafísico de los sistemas y, lo que es más grave, generalmente, sin proponérselo. Se puede ser metafísico sin pensarlo, ya que se aceptan ciertas premisas con una extensión que lleva a extrapolaciones y con ello se dogmatiza el saber inconscientemente. Esa dogmatización del saber implica ya una Metafísica. En otras ocasiones, por vía metódica, al preconizarse un método como el único válido para alcanzar el saber, la Metafísica también está implícita en los principios metódicos, lo cual equivale a axiomatizar el punto de partida.

Existen, sí, sistemas filosóficos que pregonan una postura antimetafísica, sin advertir que la Metafísica está implícita por vía de sus postulados, de sus principios o de su método. Esto ocurre también en el saber jurídico.

Tanto el puro empirismo como el puro normativismo jurídico padecen de esa afección. Estimamos que el saber especulativo que se logra en esas posturas puede ser legítimo, pero a condición de no afirmar que ésta (cada una de ellas) es la única vía válida para conocer el fenómeno jurídico. Y, en cuanto al saber jurídico práctico, estimamos que el camino para el conocimiento del orden natural debe partir de la experiencia, pero -ese saber- no debe permanecer **sumido** en la experiencia (unilateralidad del empirismo extremo). Muy por el contrario, la ciencia especulativa del orden natural debe alcanzar el nivel de la Filosofía y de la Metafísica. Es aquí donde se logra el máximo grado de abstracción; es éste el dominio del ser, el campo de la profundización en el estudio de las causas primeras y de los primeros principios. Solamente un conocimiento del orden natural y en contacto profundo con la verdadera naturaleza del ser, de las cosas, de sus principios, puede fundarse un saber práctico, una filosofía moral legítima y, por consiguiente y como consecuencia, una auténtica filosofía del derecho.

Es oportuno insistir en el hecho de que las ciencias jurídicas dirigen su atención hacia *lo operable*, hacia lo que el hombre obra (o no) o es posible hacer o no hacer. Y esto tiñe todo el conocimiento con su particular luz humana. Se diría que las ciencias del hombre -en nuestra época- como ha ocurrido otras veces en la historia, valga el ejemplo del período sofístico griego, han hecho de las ciencias naturales sus siervas. Dicho en otras palabras, el centro gnoseológico de gravedad ha pasado del cosmos al hombre.

¿Qué influencia tiene esto en el mundo jurídico? Creemos que enorme. En primer lugar, la verdad pareciera haber perdido importancia, incluso en las ciencias naturales. Para el hombre, es primordial saber qué puede hacer con la materia, con las cosas, y no tanto saber qué es la materia y que son las cosas. Muchas definiciones son hoy meramente *operativas*. Y, si eso ocurre en ese campo, ¿qué diremos de las ciencias del hombre?

El saber jurídico tiene especificidad, es decir, tiene un objeto formal propio. La inteligencia humana ilumina de manera típica el objeto de conocimiento de cada ciencia. Y hemos dicho ya que en nuestro campo, el objeto más que un inteligible, es un *operable*. Pero lo operable hunde sus raíces en lo inteligible porque, en primer lugar, la cosa es, el acto es, el hecho es; en segundo lugar, la cosa, el acto, el hecho se han dado de una determinada manera; y en tercer lugar, detrás de todo ello se encuentra siempre, de cerca o de lejos, una acción humana. El conocimiento de la cosa jurídica presupone una cosmovisión, una concepción del mundo y del hombre como parte de ella, y una relación entre esa cosmovisión y el hombre, y del hombre consigo mismo y con el semejante y las cosas que le rodean.

Propio del hombre es pensar, pero le es ineludible accionar. Sus actos se canalizan con un sentido y un fin. Su *obrar* cobra, así, sentido. Ciertas acciones humanas, juzgadas relevantes por la sociedad, caen en el ámbito específico de lo que llamamos acciones jurídicas o con consecuencias jurídicas. La inteligencia humana ilumina este objeto de conocimiento de determinada manera y lo hace atendiendo a su típica naturaleza. A partir de ahí, construye nociones, forja términos y conceptos, elabora juicios y define, para sentar las bases de un saber específico.

## **VI. El origen de los conceptos prácticos**

1. Se nos permitirá acudir a la historia de la filosofía para ilustrar mejor el origen de los conceptos *prácticos*, conceptos que versan sobre la acción humana, sobre la conducta humana.

Se debe tener presente en todo momento que estamos analizando la conducta humana. En efecto, en el corazón mismo de la *praxis*, y como una poderosa arma contra las sutilezas de los sofistas, Sócrates concibió la noción del *concepto*. La principal misión de esta estabilizadora medida universal de las acciones humanas era lograr un freno del escepticismo. Para Sócrates, la verdad reside en el hombre y, en la medida en que él es consciente, en la acción y en la razón humana.

La lectura del diálogo platónico *Laques* nos suministra una prueba útil para el objeto que nos proponemos aquí. Para una mejor comprensión, es necesario decir que este diálogo tuvo lugar en un gimnasio de Atenas. Lisímaco y Melesio, dos padres de familia preocupados por la educación de sus hijos, preguntaron a dos ilustres generales, Laques y Nicias, que les explicaran cuál sería la utilidad de enseñar a ellos cómo servirse de las armas. El interlocutor más importante es el invalorable Sócrates, entonces en lo mejor de su edad, tal como nos lo muestra literaria y filosóficamente el joven Platón.

El desarrollo de la discusión pone en evidencia un método típico, incontestablemente no cuantitativo. Desde el mismo momento en que el problema es propuesto, Sócrates formula una pregunta fundamental: “¿Qué es la valentía?”.

Vemos de inmediato que a partir de este problema concreto, hay una cuestión previa, absolutamente necesaria, a la cual es menester responder para encontrar la solución buscada.

El espíritu racionalmente especulativo de los griegos se lanza inmediatamente en persecución del “*universal*”, que se encuentra siempre en lo que es particular y singular, bien que esto sea el punto de partida. Tal es la exigencia de la ciencia en la concepción griega, que opera principalmente en una vía cualitativa y no cuantitativa. Es lo que se manifiesta de manera patente y con toda evidencia en Sócrates, Platón y Aristóteles.

Y bien, ¿qué camino será menester seguir para encontrar respuestas? He aquí el *primer paso*: Se trata de obtener un *juicio*, un primer juicio formulado por un hombre representativo e ilustrado en la materia sobre la que versa la pregunta. Es así que Laques responde y afirma que “*es valiente el soldado que no deja su lugar y que se mantiene firme delante del enemigo, en lugar de emprender la fuga*”.

Una vez enunciada esa hipótesis de trabajo formulada como definición primaria y provisoria -pues no hace más que desarrollar (definir) un concepto- el soldado profesional deviene inmediatamente el objetivo de las preguntas de Sócrates. La definición dada no le satisface, pues ella es parcial y su comprensión es difícil; además, no se adapta a todas las especies de valentía. En efecto, los escitas que tenían el hábito de batirse en retirada no contemplarían esta hipótesis que no se aplicaría tampoco a algunos combatientes ni a los hombres expuestos a los peligros del mar, a los enfermos, a los pobres, a la vida política, a los males en general, a las pasiones, a los placeres.

Se sigue de esto que la hipótesis de trabajo debe ser analizada, en su totalidad, según las circunstancias y las actitudes, según los lugares y las épocas. El dato esencial es siempre la conducta humana, y esta conducta se realiza en un "entorno", en un momento determinado y por hombres cuya condición y situación varía. Se advierte pues que lo que es siempre objeto de búsqueda es "la conducta universalmente valiente".

En una actitud espiritual de contraste, Sócrates nos induce a buscar los "contrarios". Nosotros comprenderemos mejor lo que es el día si observamos su contrario, es decir, lo que es la noche, y, a partir de ello, nos interrogaremos de nuevo y de una manera crítica sobre la naturaleza de aquello que queremos definir.

Por consiguiente, si nosotros hablamos de valentía, importa definir lo contrario, es decir, la cobardía. Las conductas cobardes nos enseñan mucho en relación con las conductas valientes y ello nos permite profundizar mejor los conceptos.

En un *segundo paso*, pues, el acento es puesto en la valentía y su contrario. Y si nosotros queremos describir la naturaleza de la acción positiva (valentía) y de la negativa (cobardía), tampoco debemos perder de vista lo universal. Es preciso buscar los caracteres comunes a todas las especies de valentía, y esto se logra por el procedimiento de inducción socrática -**épapogué**- para que el juicio (definición) merezca verdaderamente este nombre. Todo esto supone una clasificación, una jerarquización de los objetos (en nuestro caso, acciones), así como la distinción de sus especies y de sus géneros.

Pues bien, de repente, se produce una suerte de inflexión, de cambio de ruta en la investigación. Si bien se busca todavía la definición de la **valentía**, en un *tercer paso* bien marcado, Sócrates se lanza a la fuente de lo que la produce. La mirada se vuelve entonces, no hacia el exterior, sino hacia el interior. La valentía se presenta como una facultad, como una **cualidad**, como una manera de ser del ente. Y el problema se posa sobre la naturaleza de esta facultad que el *ser-hombre* posee y ejerce. También ella se aparece como "*una cierta fuerza del alma*", que tiene la característica de ser:

- a) hermosa,
- b) bella,
- c) racional, pues la inteligencia la acompaña y le sirve de fundamento.

En suma, la valentía es "*una cierta fuerza del alma inteligente*". Pero sería menester entonces determinar de qué suerte de inteligencia se trata para aproximarnos más a su verdadera naturaleza.

En este momento, las cosas se han complicado bastante y en esta oportunidad, Nicias interviene en el diálogo. Sostiene, primeramente, que cada uno de nosotros es hábil en hacer las cosas que conoce y es malo para las que se ignoran. Es decir, en el punto en debate, se podría decir que "*el hombre valiente es tal porque él posee la ciencia de la valentía*". De tal manera que la noción de alma inteligente deviene "*conocimiento científico*". Si esto es así, esta noción posee un objeto que le es propio y que se relaciona "*con las cosas que el hombre atiende y que teme en todas las circunstancias*", lo que permite afirmar que "*la valentía es la ciencia de lo temible y de su contrario y que no es parte de todos los hombres*".

En fin, los personajes de nuestro diálogo alcanzan una conclusión que no es todavía definitiva, pero que les permite afirmar que la valentía es una facultad de quien posee la ciencia de lo temible y de su contrario en todo



tiempo (pasado, presente y futuro). Esta ciencia se aplica a cosas idénticas y en todas las circunstancias, en todo tiempo. Pero, más que la ciencia de lo temible y de su contrario, es la ciencia de todos los bienes y de todos los males que pueden advenir al hombre, en todas sus formas, en todos los tiempos y en todas las circunstancias.

La ciencia de una cosa es siempre idéntica a ella misma pues el ser universal está más allá de toda contingencia y de todo tiempo. La verdad científica es universal, pues está fundada sobre ideas generales independientes de las vicisitudes circunstanciales.

2. La racionalización del mundo entre los griegos tuvo por efecto que el hombre mediante la ciencia persiguiese la búsqueda de medidas para aprehender lo permanente frente a la visión caleidoscópica de las cosas. Esta búsqueda, sin la cual la ciencia no es posible, se manifiesta incluso en Heráclito, cuando afirma: *“Este cosmos, que es el mismo para todos los seres... es un fuego eternamente vivo que alumbra y que se apaga según **medidas**”* (frag. 30). La *“medida”* que Sócrates descubre y que aplica al mundo del hombre, conserva resabios del mundo precedente, que estaban marcados por la importancia que el hombre acordaba al mundo de la naturaleza. Así su concepción del concepto era profundamente *“sustancialista”*. Los conceptos tienden a *“cosificar”*, a *“entificar”* la acción humana.

En este problema tal como se ha presentado, el concepto es *práctico por su objeto*, pues se refiere a acciones humanas, a conductas. Sin embargo, el tratamiento cualitativo del sujeto, transforma los productos obtenidos (conceptos) en *“entidades”* de una categoría especial que van más allá de la materia de la reflexión, para alcanzar resultados que deben ser correctamente interpretados, si no queremos engañarnos a nosotros mismos.

Lo que hemos denominado *tercer paso* es la consecuencia de un pasado que pesaba todavía muy fuertemente sobre Sócrates. Esto se puede comparar al cartesianismo cuando afirmaba: *“Yo soy una **cosa** que piensa”*, idealismo naciente que mostraba todavía de una manera muy evidente su deuda con el realismo, al utilizar -para expresarse- el vocablo *“cosa”*.

El maestro de Platón se movía en un mundo natural, acosado por los problemas del hombre. Su mundo estaba abierto mediante una ventana hacia la naturaleza, en el momento en que los problemas puramente humanos asumían para él una importancia de más en más enorme.

Por consiguiente, Sócrates se consagra enteramente a resolver este nuevo orden de conflictos que surge alrededor de él. Los sofistas, maestros circunstanciales de esta época, le proporcionan la ocasión de emprender esta nueva búsqueda. De donde la noción de *medida* deviene *concepto*, instrumento que le permite diferenciar, denominar, dividir, definir, clasificar, jerarquizar las acciones como si fueran *“entidades”*. La pregunta *“¿qué es la valentía?”* es todo un símbolo. Sócrates no pregunta *“¿quién es valiente?”* porque alguien podría haber respondido señalando con el dedo a una persona determinada. La idea de la eternidad del mundo, supuesta en una concepción que no había todavía entrevisto la idea de *creación*, está en la cuestión, como si fuera una solución implícita en relación a un *“ser”* o a un *“objeto”* o a una *“acción”*, como si todos fueran objetos naturales.

Hay en esta actitud un genio, una grandeza, y, al mismo tiempo, una gran debilidad. La primera se encuentra en la actitud metódica que conduce

a lo universal; la segunda, es el resultado de la aproximación a lo que deforma el mundo propio del hombre. La acción humana -bueno es repetirlo- se ha "*cosificado*".

La "*acción humana*" no aparece sino tímidamente, disfrazada de "cosa". La referencia al estudio, al análisis de una acción valiente en verdad no existe. La mención de los escitas, de los hoplitas, de las enfermedades, de los temores, de las pasiones, de los placeres, impide ver el fondo del problema. El hombre contemplativo no puede penetrar la coraza del hombre de acción, porque las acciones aparecen veladas por el hábito "*cosificante*". Los griegos de esta época creen todavía vivir en un mundo de "*cosas*"; sin embargo, ellos ya están rodeados de una maraña de acciones generadas por el hombre.

Sócrates, mediante un instrumento apto para definir *cosas*, pretendía definir *acciones*. El saber especulativo invadía al saber práctico y le penetraba esclavizándolo. El método que hasta ese momento se había empleado para conocer las *cosas* se utilizaba ahora para conocer las *acciones* y, éstas, en el fondo del problema, quedaban sin la respuesta adecuada. La conducta humana se manifestaba entonces como "*una manera de ser del ser hombre*". Las cualidades humanas quedaban "entificadas".

Sócrates definía las cualidades o las propiedades de las acciones humana como si fueran sustancias que existiesen en sí mismas. Y, si bien esta actitud no puede considerarse totalmente errónea desde el punto de vista lógico, deforma el resultado del conocimiento impidiendo llegar a la fuente más profunda. He aquí, pues, la consecuencia de tratar la **praxis** mediante métodos exclusivamente especulativos.

3. El método socrático supone una concepción del mundo que, en cierta manera, sobrevive en Platón y Aristóteles. Se trata de un devenir desde el caos hacia el cosmos, que el mundo natural ha soportado y que se repite en el proceso gnoseológico. Hay, pues, una primera tarea que implica, en suma, una puesta en orden, es decir, que es necesario saber, en primer lugar, lo que las cosas son y, después de ello, clasificarlas jerárquicamente. Y, cuando la avalancha de los sofistas se precipitó sobre los jóvenes atenienses, en el período posterior a las Guerras Médicas, las cosas del hombre, los conflictos interiores del ser humano, sus acciones y el medio circunstancial florecieron en el nuevo horizonte.

El problema antropológico que vuelve una y otra vez, torna visible un cierto antropomorfismo que se hace evidente en ciertos libros, tal el caso de las obras biológicas de Aristóteles. Se debe señalar que no existía todavía una nomenclatura conveniente y que Aristóteles mismo tuvo que servirse del lenguaje vulgar cuando hizo la clasificación de los animales. Pero cuando este método de análisis se ocupa del hombre, del estudio analítico de sus acciones y sus *medidas*, ello queda marcado de una manera indeleble por la influencia ejercida por el conocimiento de la naturaleza, como se advierte en el caso de Linneo, en la Edad Moderna.

Es preciso insistir sobre este hecho, pues es extremadamente importante, según nuestro juicio. El problema que vierte sobre la definición de la *cosa* será sustituido por la definición de las *acciones humanas relevantes o eminentes*. Y el problema es solucionado cambiando la materia y no la forma. El método, como ha quedado dicho, es muy simple. Se recurre al expediente de tomar como punto de partida una definición (o hipótesis de trabajo) formulada por un experto. ¿Por qué esto es así? Porque

el universo de las acciones humanas es múltiple y variado, complejo y, especialmente, mutable. No es fácil una clasificación de las acciones ni, como consecuencia, una jerarquización de ellas, teniendo presente que el problema es totalmente nuevo y que, además, hizo irrupción en el mundo griego con una fuerza casi devastadora. Por otra parte, el caos de las acciones humanas opuso una resistencia considerable a la inteligencia, lo que se advierte en la lectura del diálogo **Laques**. La penosa búsqueda del universal deviene aún más difícil; empero, las nuevas vías inauguradas por Sócrates son ciertamente admirables. La respuesta de Laques -primer ensayo para encontrar el universal de la *acción valiente* fue sometida -pese la distancia de nuestra época- al método de la "**falsación**". Es decir, que la crítica tiene por objeto encontrar el defecto (el lado falso) de la definición. El concepto así desarrollado deviene el centro de los dardos de todos aquellos que participan en el diálogo. La *falsación griega* tiene por objetivo mostrar la no-universalidad del concepto de que se trata. En este método dialéctico, destinado a "*falsar*" la definición, el gran arquero arrojador de dardos que se luce, es siempre Sócrates. Pareciera, ahora, que podría obtenerse una regla: "La *falsación* deviene tanto más fácil cuanto que la ciencia es menos avanzada y no hace sino balbucear sus primeras palabras". Es ahí, sin ninguna duda, donde reside la debilidad de la ciencia, a causa de una falta de conocimiento cabal del hombre y de las acciones que le son propias. El caos oscurece la visión del orden del cosmos. Es necesario conducirse muy prudentemente en estos dominios pues los conceptos no son claros y no es fácil alcanzar el universal.

4. El concepto práctico, desde su origen, se ha caracterizado como un instrumento que ofrece una gran sensibilidad ante el elemento *temporal*. A despecho de la tesis de Osvlado Spengler sobre la atemporalidad de la conciencia de los griegos, Sócrates pone el acento sobre el hecho de que para definir la *valentía* no hay que olvidar que la acción valerosa debe quedar por siempre idéntica en cuanto definición en todo tiempo (pasado, presente, futuro), si se quiere que ella alcance el privilegio de observar el carácter científico. El proceso del análisis, revelado por el diálogo, pone en evidencia que en el mundo de las cosas naturales, las especies o los objetos, según el caso, permiten ser considerados, en la perspectiva humana, como si fueran eternos, lo que torna extraordinariamente más fácil la denominación, la clasificación y la definición. Por el contrario, en el mundo cambiante de las acciones humanas, los conceptos de la *praxis* son más rebeldes a la fijeza y conservación de sus caracteres. Se produce un conflicto más marcado entre el universal y el particular (o singular). El mundo natural aparece como un proceso en un universo abierto mientras que el mundo científico aparece siempre en un horizonte cerrado. Este hecho, que constituye la piedra de toque de todas las ciencias, es tanto más importante en el dominio de la *praxis*, puesto que el hombre es ciudadano del mundo natural y del mundo cultural. Este último es profundamente histórico, cambiante, lo que torna más difícil la tarea del científico.

La solución que encontró Sócrates fue la de *abrir* el mundo científico. En efecto, el trabajo gnoseológico en la *praxis* es una actividad sin cesar **inacabada**. Es una manera de abrir este universo de la cultura, de las obras y de las acciones del hombre. Es la tarea de Sísifo, permanente, inagotable; es interminable, pues el proceso dialéctico no concluye jamás. Los conceptos prácticos quedarán concluidos, acabados, al extinguirse la especie humana. No alcanzaremos el universal definitivo; no haremos nada más que aproximarnos siempre sin lograr jamás la meta. Una nueva

revisión de todo aquello que hemos hecho, de todo lo producido en ese orden, de todo aquello que ha sido conceptualizado y compuesto, tendrá lugar en cada etapa de nuestra vida y en cada generación.

La acción humana es esencialmente histórica y será susceptible de un juicio, de un nuevo juicio, en cada experiencia vivida. Es por esta razón, probablemente, que el diálogo *Laques* finaliza abruptamente. Esta es una manera de decirnos que lo que nosotros hemos analizado, no lo podemos expresar abierta y definitivamente. Es la sugestión del maestro: "¿Para qué continuar el diálogo si en la existencia humana no existe un último juicio?". Los juicios sobre las acciones humanas y los objetos culturales son siempre circunstanciales, fundados en un tiempo dado, sobre la *presentidad* de que se trate. En verdad, lo que es definitivo no será jamás alcanzado. El último hombre formulará el juicio final. Esto se explica por la verdadera naturaleza del devenir histórico y del concepto *práctico*. Si éste es un **indicador de acciones** (positivas o negativas), la interpretación de su significado puede variar según las circunstancias, dado que éstas son susceptibles de ser modificadas. Pero, entonces, *¿cómo lograr el universal? ¿Cómo establecer fórmulas o reglas permanentes -o indicadores inmutables- si, cada vez que ellos son leídos, aunque permanezcan idénticos, sufren el riesgo de ser interpretados de diversa manera?*

Este problema puede ser atenuado, pero no resuelto de manera definitiva. La condición humana no nos permite otra solución.

Los griegos habían ya creado y exteriorizado la idea de *Código*, de Constitución. Cada ciudad, en el momento de su fundación, recibía una constitución, un ramillete de reglas fundamentales, con las cuales debía regir su vida institucional. Estas normas que enunciaban los conceptos prácticos de base, formuladas con la más grande generalidad, definían conductas humanas en el cuadro de su presente, teniendo en cuenta el futuro con una aspiración de estabilidad.

Las instituciones fundamentales que regían la vida de sus habitantes eran modelos de vida, de formas, de conductas *crystalizadas*, *trozos de eternidad*, destinados a estar en vigor de una manera permanente, a despecho de las circunstancias históricas, en razón de las cuales ellos debía ser respetados y puestos al día. El orden social y jurídico no podía ser alcanzado sino al precio de esta solución.

Los *conceptos prácticos primitivos*, representados por vocablos determinados, muestran una tradición que está enraizada en el pasado. Dicho de otra manera, para ciertas situaciones consideradas *eminentes* o *relevantes*, la acción humana debía ser *dirigida* con una modalidad especial; el acto, en su virtud, debía ser repetido y era verdaderamente ritual.

Para cada situación jurídica definida, era (y es) menester seguir una conducta previamente determinada. Hay, con seguridad, un acto de la razón en el hecho de establecer la conducta a seguir, y se trata de un acto de la *razón práctica*, de la *razón volitiva*, que la comunidad social ha establecido y que debe ser respetado en el futuro. Reglar las conductas implica tomar conciencia de ciertas acciones humanas, que nosotros aprendemos a establecer por el estudio de su sentido individual o social. Y, para dar importancia a actos fundamentales, se las rodea de formalidades especiales. El vocablo "*contrato*", por ejemplo, expresa un concepto según el cual dos o más personas someten sus conductas recíprocas a reglas determinadas. Éstas se hallan implicadas en el mismo concepto práctico, a las cuales esas personas deben atenerse en el futuro. Es evidente que dicho

concepto “*contrato*” no puede prever la enorme riqueza de *todas* las situaciones jurídicas futuras y de *todas* las situaciones que el hombre puede ejecutar. Ello explica las diferentes especies de contratos que van apareciendo. Si de repente sobreviene una situación nueva, como es el caso de los contratos en “*ing*”, se perfilarán otras especies de contrato, que hallarán así su perfil legal.

Podemos, pues, afirmar que los conceptos prácticos son *inacabados*, en razón de la finitud del hombre, que cultiva su vida en sociedad, a lo largo de procesos cuya previsión total, en la realidad, escapa a la razón humana. El concepto práctico, en cuanto concepto, aspira a la universalidad -pues abarca un universo de casos concretos- universalidad que, en cierto aspecto, es una suerte de eternidad, pero en cuanto *práctico*, está marcado por la temporalidad.

Una teoría del concepto práctico, en tanto que concepto inacabado, significa una teoría de interpretación *permanente*. Cada persona interpreta cotidianamente las normas con el objeto de poder conducirse en sociedad. Por su lado, el juez hace lo mismo, como funcionario del Estado que dirige la conducta humana en caso de conflicto.

La interpretación no tiene otro objeto que poner los *indicadores de conductas* en contacto con la historia, amojonada ésta por los casos de conflictos concretos, que se dan todos los días. He ahí por qué el concepto práctico, en el momento de su aplicación, deviene histórico y *hace la historia jurídica*; baja de las alturas de su universalidad y se aproxima a la singularidad temporal.

La teoría del concepto inacabado es esencialmente conceptual y secundariamente normativa, pues el juez o la persona, en el caso preciso, deben decidir si hay contrato, por ejemplo, y, en su caso, a qué especie pertenece, antes de ordenar la conducta y de poner la norma al día. La norma no hace sino desarrollar los conceptos y fijar orientaciones y sentidos de conductas, conductas que pueden modificarse -como se ha dicho- de acuerdo a las circunstancias espaciales y temporales. La *inacababilidad del concepto práctico* revela su flexibilidad y su riqueza; pero este último aspecto pertenece al dominio de la estructura del concepto práctico, lo que constituye el objeto de un estudio diferente.

(Este trabajo fue publicado en idioma francés en la *Révue de la recherche juridique - Droit prospective*, N° 1985-1, editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas d’Aix Marseille, ps. 175-185).

## **VII. La composición de los conceptos prácticos**

Todo ordenamiento jurídico *reelabora* la realidad para un futuro. La ciencia jurídica, por su parte, no es ajena a un principio epistemológico general que sostiene que todo ente ingresa al universo científico luego de sufrir una transformación que le habilite para ello, de acuerdo a su objeto formal.

El derecho positivo, además, tiene por objeto material ciertas acciones humanas, esto es, aquellas que se estiman *relevantes* para una comunidad determinada, en un tiempo dado. El derecho positivo humano encierra, así, en el ámbito de su universalidad y en el de su actualidad, *no todas* las acciones del hombre; sólo recorta, de los hechos sociales reales, algunas, que estima valiosas y que constituyen lo que hace que el hombre no sólo

sea *hombre natural* sino *persona* y las acondiciona para ingresar al mundo de la juridicidad.

Tenemos, por consiguiente, que distinguir los siguientes órdenes: 1º) la realidad natural y social, cuyo centro es la persona humana; 2º) los conceptos que el derecho elabora en función de esa realidad y del fin que persigue; 3º) las acciones humanas devenidas jurídicas en virtud de la reelaboración de aquella realidad natural y social; 4º) y la expresión y comunicación de todo ello mediante normas, proposiciones.

La realidad que el derecho considera es -cabe repetirlo- la realidad natural y social. Indudablemente, no sólo la realidad natural. Indudablemente, no sólo la realidad social. Es el hombre considerado en su medio natural y social, en la realidad de su convivencia con otros semejantes. Ese hombre lleva en su ser físico, biológico y espiritual, inserta la impronta de una ley que le *pre-existe*, por una parte, y que, por otra, le es connatural.

En el trasfondo de todo ordenamiento jurídico positivo hay una concepción del universo y del hombre. No existe la juridicidad *pura* sin el hombre, salvo que -por razones metódicas- así se la estudie y analice en abstracto. Por eso, el derecho -en todo ordenamiento jurídico determinado- se forja en base a una concepción que constituye su presupuesto.

Alguien podría decir que tal presupuesto se encuentra más allá de la ciencia jurídica, pero no por eso deja de ser menos existente. Saberlo y ser consciente de ello no hará daño a nadie y quizá ayude a comprender mejor la razón de la necesidad del derecho.

El hombre no escapa a la legalidad natural y en cuanto elabora una cultura, y con ella las normas que la cristalizan, se somete, además, a una legalidad consciente, una de cuyas vertientes es la específicamente jurídica. En ésta el hombre es su centro y con la cultura el hombre se hace persona.

Este hombre, pues, no escapa a la regla. En cuanto ingresa a la ciencia jurídica lo hace como *persona* y el concepto así plasmado implica una reelaboración del ente humano. Al derecho positivo le interesa, no *todo* el nuevo ente, sino una cualidad especial de ese ente: su *actuación* en el seno de la realidad natural y social, actuación que sólo es posible en base a la realización de *acciones*. En otras palabras, interesa su *conducta*. Estas acciones son las que conllevan un fin inmediato: hacer posible la convivencia humana y lograr fines particulares del hombre en consonancia con su destino, destino que le permita superar la *animalidad*.

El concepto "*persona humana*" se halla en el derecho como soporte del concepto de *persona jurídica* o en la enunciación de sus derechos y obligaciones. Es obvio que la técnica legislativa varía con los tiempos, pero el resultado es el mismo. El Código Civil argentino, con su definición centenaria, nos dice que "*son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones*" (art. 30). Otros códigos no definen pero delimitan, a través de sus reglas, qué puede hacer o no hacer la persona en el orden jurídico; cuál es su capacidad, cuál es su aptitud desde el punto de vista legal. Así, por ejemplo, el Código de Suiza dice: "Art. 11.- Toda persona goza de derechos civiles". En consecuencia cada uno tiene, dentro de los límites de la ley, una aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones. "Art. 12.- Cualquiera, en el ejercicio de derechos civiles, es capaz para adquirir y obligarse". El Código de Brasil dice: "Art. 2.- Todo hombre es capaz de derechos y obligaciones en el orden civil". Más de un código hace, simplemente, referencia a la capacidad jurídica de las personas (México, Francia, etc.).

En definitiva, de acuerdo a lo que se advierte, no hay diferencias sustanciales en las leyes de cada país. No hay personas sin derechos. Cada persona, por el solo hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones. Desde el pórtico de entrada, el hombre ingresa al mundo jurídico como persona y este concepto supone ser titular de derechos y obligaciones. Tener reconocidos sus derechos significa que, en ese sistema positivo, se puede exigir de alguien, que haga algo o no lo haga, regla a la cual no escapa el propio peticionante.

En el mundo jurídico, la persona orienta sus posibilidades hacia fines. La persona se realiza como tal, actualizando sus potencias. Los límites de los derechos no hacen sino señalar un lugar en la vida social para que el fin sea logrado con más naturalidad, con más seguridad y más fácilmente.

Por eso, hay muchos conceptos jurídicos que son *bifrontes* o, mejor dicho, *bipolares*. No se bastan a sí mismos. No hay derechos sin obligaciones. Cuando nos referimos a la aptitud de la persona, el concepto *derecho* no sería tal si no existiese el de *obligación*. Dichos conceptos se dan por pares, por parejas. Nacen juntos, se desarrollan juntos y alcanzan su culminación juntos. Si se extinguiesen, lo harían juntos.

Muchos de esos conceptos coadyuvan para reelaborar el concepto *persona* que cada sistema jurídico sustenta. En líneas generales, la persona sólo es tal en el mundo jurídico porque tiene "*aptitud para ejercer derechos o contraer obligaciones*". Los derechos son una cara (o un polo) del concepto; las obligaciones constituyen la otra (el otro polo). Los derechos implican obligaciones y recíprocamente. En suma, este modo de ser *persona* significa no sólo *ser* sino *deber*. *Ser expresa también deber*. El concepto *derecho* significa no sólo que *alguien "es"*, sino lo que ese *alguien "debe obrar o no obrar; hacer o no hacer"*, en determinada circunstancia, para conducirse como *tal ser*, es decir, como *persona*. La *persona humana*, en el ámbito jurídico, es un *ser* en vías de realización, que está *siendo*, que se encamina hacia el *pleroma*, hacia un fin que se logra como perfección de la especie. Todo ello está encerrado en el horizonte significativo del concepto *derecho*.

La acción humana, en el derecho, se hace *conducta* y ella implica un *hacia*, una acción *conforme a*, una actitud reglada, que persigue un *fin*. Éste, naturalmente, podrá entenderse como *inmanente* o *trascendente*, ya que en estas cumbres se dividen las aguas de un positivismo o de un realismo jurídico.

Por consiguiente, el concepto *derecho* es un concepto de la *praxis*. Y es un concepto compuesto por la razón humana. Por un lado, tiende hacia lo universal; por el otro, lo hace hacia el hombre en cuanto es un ente social. Como diría Parménides, el *derecho* está lleno de **entes**, entes reelaborados, que **están siendo**, que se dirigen hacia la *humanitas*, hacia un punto que los convoca.

Como concepto, en parte, ha sido descubierto, *desvelado*; y, en parte, ha sido co-creado, *compuesto* por el hombre. No es concepto de un mero objeto natural como el *sol*; es un concepto cargado de humanidad consciente, libre y responsable; es un concepto con carga de valores y fines consiguientes. Y, desde el punto de vista epistemológico, es evidentemente un concepto *primario* que lleva en sí todo un continente nuevo de entes, que participarán de él, en cuanto coadyuvan a hacer posible la realización de la persona humana que procura su plenitud óptica.

Todos los conceptos que se desarrollarán después en los sistemas jurídicos no harán sino explorar y domeñar el nuevo continente. Elaboramos

y reglamos acciones, conductas de sujetos (personas humanas) en función de otros, componiendo fundacionalmente lo que denominamos "instituciones". Los términos *contrato, sociedad, propiedad, etc.*, hacen referencia a otros tantos conceptos jurídicos porque las acciones que los determinan han sido *regladas* en el derecho positivo, en función de fines que, de alguna manera, están ínsitos en el concepto *derecho*.

La razón humana, auxiliada por la experiencia, acude al arcano de lo posible para poblar el universo jurídico. Toda acción humana es potencialmente hábil para tornarse materia jurídicamente reglada; en tal sentido, penetra a dicho universo. Toda acción humana, considerada *relevante* por una comunidad, puede dar lugar a una norma jurídica. Y, así, todo lo reglado se hace conducta individual *en concreto*, actualizada en el *ahora* y el *aquí* históricos; lo posible se actualiza como acto o hecho real.

La enunciación de un universo axiológico que se supone racionalmente pensado es un presupuesto de la prescripción que late en la norma.

Ésta, en cuanto prescribe, tiene como fin la consecución de un estado previsto, aun no realizado, que se está haciendo en convivencia y que, para lograr su facticidad, en la carne penosa del hombre, previene sobre las fallidas conductas de los menos, controladas mediante sanciones. La norma condicionada o hipotética es el parámetro que orienta la acción conducida, cuyo fin la razón persigue. El **deber** no es sino un momento -lógicamente contraído- del **ser**, del *ser realizándose*, del *ser realizándose dinámicamente*, en el tiempo y en el espacio, que nos lleva hacia la plenitud. Si éste es el mundo que hemos pensado, la acción que conduce a él no puede ser sino la que prescribimos como adecuada.

La norma condicionada o hipotética nos lleva, en un movimiento temporal, desde un estado o modo de ser real histórico a otro momento ideal, que buscamos, y cuya realización sólo es posible si la acción del ser humano es conducida, no de cualquier manera, sino de acuerdo a reglas determinadas. Los fines medios son plurales; de ahí la multitud de sistemas jurídicos positivos. Los contenidos, por consiguiente, se estructuran en *formas* que permanecen. La aparente incomunicación del *ser* y del *deber* en las ciencias de la *praxis* no es sino una consecuencia de la esencia del derecho, que -como se ha dicho- no se refiere a un *ser sin más*; es una propiedad de un *ser-racional-que-tiende-a*, que se realiza, propio de la persona humana, la gran actora de un continente de acciones conducidas, de *conductas hacia*, que sólo pueden darse cuando son pensadas por la razón para compenetrarse de la realidad histórica y social.

La acción conducida, reglada, sólo será legítimamente jurídica cuando cumpla con la condición de no franquear los límites de lo que esencialmente constituye la persona humana y, por ende, debe respetar su naturaleza y sus derechos.

## VIII. La bipolaridad de los conceptos jurídicos fundamentales

Hay conceptos muy particulares en el derecho que nos permitimos denominar *bipolares*. Dichos conceptos, metafóricamente, son *bifrontes*. La unidad del concepto es una propiedad realmente importante, ya que sin ella, el concepto sería difuso en su significado. Pero el concepto *bipolar*, considerado en sí mismo, tiene un horizonte significativo truncado si no se le considera en relación con otro concepto que es su pareja. Es verdad que esto no es exclusivo de la Lógica del Derecho ni del lenguaje jurídico, ya que



este fenómeno se advierte también en otros órdenes del lenguaje. Por ejemplo, *día* supone *noche*, *luz* supone *oscuridad* o *sombra*, *objeto* supone *sujeto*, etc. El concepto jurídico "*daño*" supone *resarcimiento* o *reparación*. El concepto *daño*, en sí mismo, no tiene significación completa, es decir, no abarcaría jurídicamente la plenitud conceptual si no se le contempla con referencia a otro concepto, como el de *resarcimiento*. Si decimos *daño-resarcible*, en verdad expresamos, con esos términos, un concepto *dual*, *bipolar*, pues dichos términos encierran significados complementarios. Puede existir un daño real, que no sea jurídicamente resarcible.

De una manera semejante ocurre con los términos *acreedor-deudor*. En este último caso, la dualidad no es complementaria sino de *oposición*.

Para ser más explícito, conviene decir que no hay conceptos equívocos. Sólo hay palabras o términos o vocablos o nombres equívocos. Esta es una consecuencia, probablemente, de la pobreza del lenguaje, puesto que hay más conceptos (o ideas) que términos para expresarlos y porque -en el tiempo y con el tiempo- en todo lenguaje, operan desplazamientos semánticos, que el término no siempre traduce. Y esto es preciso tenerlo en cuenta. Los términos o palabras o vocablos pueden ser ambiguos; el concepto jamás lo es.

Ocurre también que ciertos conceptos suponen significativamente una contracción lógica. El *ser* del derecho supone también un *deber*. De ninguna manera hay incomunicabilidad entre ambas significaciones. El *ser* del derecho expresa lo que el derecho es. Pero no siempre estamos alertados sobre esta cuestión. Cualquier *ser*, en el universo jurídico, supone un modo de ser que se actualiza. El derecho, como concepto, significa algo vivo, cuyo fundamento está dado por la persona humana, que se realiza en sociedad y que, como tal, se actualiza constantemente en este cosmos en el cual convivimos en el tiempo.

El tiempo entraña perspectiva, supone *proyecto*, que hay un fin que se debe alcanzar y que sólo se logra de alguna manera predeterminada. El derecho *como proyecto* se da en la perspectiva temporal, en cuanto se va concretando en derecho positivo. Está colmado de *futuridad*. Por eso, ese *ser-derecho* es, en verdad, un *deber* para que ese *modo de ser*, pueda actualizarse en la vida y en la convivencia social de la persona humana.

Es contradictorio, entonces, oponer *ser* y *deber*, referidos al derecho. No hay oposición alguna. Hay un darse del uno en el otro porque forman parte de un mismo concepto. De ahí su *dualidad*, su **bipolaridad**. *Ser* y *deber* son dos principios constitutivos del concepto *derecho*. Decimos principios, y no elementos, porque son inseparables; la separación sólo se da por vía de la abstracción. La separación real sería mutilación. El *deber*, en el mundo jurídico, es siempre *deber de una persona*. El puro *deber* carece de sentido en la realidad histórica, porque es siempre el deber de una persona determinada.

## IX. La evolución de los conceptos jurídicos

Decimos, con razón, que el derecho evoluciona. Y el derecho evoluciona mediante el horizonte significativo de los conceptos.

Alguien ha dicho que las normas (e inclusive las instituciones) mutan, mientras que la humanidad de la persona permanece constante.

La evolución, el cambio, la mutación de las normas del derecho positivo, es un hecho histórico. En general, dichos cambios son producidos por obra del legislador; en otros casos, es el juez el agente de cambios. La jurisprudencia se hace eco de nuevas realidades sociales, en muchas ocasiones, mostrándose más sensible que los demás órganos del Estado para producir novedades interpretativas frente a situaciones impensadas o no previstas. Estos giros, a veces, son muy notorios e importantes y representan la avanzada de la reforma legislativa o, simplemente, la tarea complementaria que realiza el Poder Judicial, aun en el derecho continental o codificado.

Los abogados tienen plena conciencia de ello. De ahí que comprendan que no les basta conocer la ley; deben conocer también las novedades jurisprudenciales. Si deseamos examinar alguna especie de cambio, ya sea en el orden legislativo o en el jurisprudencial, es preciso asomarnos a la historia de algún sistema jurídico positivo. En tal caso, nos interesa saber cómo se produce ese cambio, qué es lo que se modifica y de qué manera. Nos preguntamos también si existe alguna regularidad en esos cambios y, si ello fuere así, en qué consiste.

En esa tesitura, nos proponemos explorar brevemente -congelar un segmento- un derecho histórico, esto es, el Derecho Romano, ya que -en su larga vigencia- atravesó diversas etapas que permiten un registro sumamente rico en incidencias.

Al respecto haremos una referencia, en breve síntesis, del caso de la evolución de la culpa aquiliana en la antigua Roma.

En un primer momento histórico, el pretor, para acordar una acción determinada, exigía los siguientes requisitos: a) el actor debía ser ciudadano romano; b) y el daño debía haber sido causado mediante un contacto físico. De alguna manera (en forma expresa o no) existiría aquí un esbozo de una teoría de la culpa. La manifestación del pretor al comenzar su función anual *predecía* cuál era la exigencia para otorgar la acción de daño-resarcible, lo cual implicaba haber anunciado una norma implícita. ¿Por qué implícita? Pues, porque al anunciar el pretor, al hacerse cargo de la pretura al comenzar el año, que acordaría una acción en tales y tales circunstancias y situaciones, estaba expresando que, de darse todo ello, se podía ejercer con éxito la acción, en cuyo caso el daño sería reconocido como justo y se obtendría un resarcimiento.

En otras palabras, al darse los requisitos exigidos por la norma edictal, en el caso concreto, el perjudicado por el daño producido podía ejercer la acción con lo que lograba el resarcimiento que el *concepto de daño-resarcible* describía.

Anticipamos desde ya nuestra conclusión: el concepto de una institución importante (la culpa aquiliana), objeto del cambio, adquiere -a raíz de una interpretación pretoriana (quien ejerce el poder normativo)- *una mayor extensión*, es decir, el concepto deviene, desde el punto de vista lógico, más extenso (abarcará mayor número de casos).

En la primitiva situación, los casos de daño *sin contacto físico*, quedaban excluidos; dicho de otra manera, el pretor no acordaba la acción y, por ello, esos casos no eran indemnizables. El concepto de daño-resarcible no incluía esos casos. Esta situación cambiaría con el tiempo.

Nadie ignora la regla lógica según la cual un concepto es inversamente proporcional a su comprensión. La evolución de los conceptos jurídicos se da en virtud de asumir una mayor o menor extensión. El concepto de una institución jurídica fundamental cambia de esta manera y este cambio

contribuye a hacer evolucionar el derecho positivo, según una *ley de generalización y de complejidad creciente* (podría darse también el caso opuesto).

Podríamos decir que se produce una suerte de *mutación*. A menudo -a causa de un fenómeno sociocultural- los jueces producen una modificación en la interpretación de una o más normas de un sistema jurídico para ser más equitativos en sus fallos, dado que las resoluciones anteriores habían dejado de serlo. Una nueva vía es así abierta en la jurisprudencia, que otros jueces también seguirán, cambiando la orientación de otrora y enriqueciendo así el complejo legal positivo.

Generalmente, el método empleado es muy simple: el concepto de la institución de que se trata en el caso concreto se amplía, deviene más extenso, y admite una nueva faceta. Se produce algo así como una floración que aportará un nuevo pétalo a la flor. Es el género del concepto que se extiende a otras especies, gracias a la mutación que acaba de producirse. Es verdad que todo esto añade una cierta incertidumbre o un momento de incertidumbre en el sistema. El cambio, el progreso, tiene su precio.

La **mutación** implica la existencia de un **principio de discontinuidad** en el derecho positivo vigente, pues el cambio repentino en los casos particulares, siempre que ese cambio sea seguido por otros casos semejantes, produce una fisura en el sistema jurídico, fisura que se consolidará con el tiempo.

Ha llegado el momento de explicarnos mejor con nuestro ejemplo. Recordemos que la Ley Aquilia de la antigua Roma no implicó, necesariamente, una teoría de la responsabilidad; no hacía sino determinar ciertos principios o requisitos que debían regir situaciones particulares y concretas, es decir, determinaba los daños (reparaciones o resarcimientos) causados, especialmente, sobre los esclavos o los animales y ciertos deterioros de las cosas materiales. A tal fin -dice Mazeaud- "*el pretor y los jurisconsultos se esforzaron por aumentar el número de casos previstos en el texto legal: el pretor concediendo la acción útil en el caso de que el herido fuese un hombre libre; los jurisconsultos, declarando, por una interpretación más extensa de la ley, que todo deterioro o destrucción de cosas estaba penada. El **damnum** fue extendido: todo atentado material contra una cosa o contra una persona estaba penado*" (H. Mazeaud, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, EJE, t. I, vol. 1, p. 39).

Por consiguiente, el **concepto daño** (daño-resarcible), contenido primitivamente en la Ley Aquilia, estaba constituido por estas tres notas conceptuales:

- a) un sujeto activo, agente causante del daño;
- b) un sujeto pasivo (quien sufriera el daño), que no podía ser otro que un *ciudadano romano*;
- c) una cosa dañada o bien daños causados a esclavos o a animales pertenecientes al sujeto pasivo.

El daño implicaba, como consecuencia, una disminución del valor de la cosa, del esclavo o del animal; es decir, un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo.

Debemos recordar que en el texto primitivo de la ley romana la acción era acordada únicamente a los *ciudadanos romanos*; es decir, que el sujeto pasivo del daño debía ser forzosamente un ciudadano y nada más que un ciudadano romano. Además, la ley determinaba de qué manera el daño debía ser producido, esto es, por *contacto físico*. La circunstancia, pues,

señalaba que el concepto tenía poca extensión, pues abarcaba un mínimo de casos.

Más tarde el pretor encontró más equitativo acordar la acción (una acción útil) a *todo hombre libre* y no solamente al ciudadano romano. Ello condujo a que el concepto adquiriera una mayor *extensión*, pues se multiplicaron los casos en que el sujeto pasivo se beneficiaba con el resarcimiento.

Con el andar del tiempo los jurisconsultos advirtieron que si el daño se producía sólo por contacto físico, quedaban excluidos aquellos casos en que no lo había. Por ejemplo, cuando el sujeto agente del daño convencía verbalmente al esclavo de otra persona que se arrojara desde un puente al torrente y, con ello, el esclavo se ahogaba o se hería. En este caso no había mediado contacto físico sino unas palabras, quizá muy convincentes, pero sólo palabras al fin. Otro caso se daba cuando el sujeto activo -agente del daño- dejaba la puerta de la ergástula abierta para que el esclavo huyese. En estos ejemplos no había habido contacto físico y, en consecuencia, habiéndose producido también un daño, se concedía una acción *in factum*, que permitía incluir estos casos en el concepto de *daño resarcible*. Esto quiere decir que el concepto devenía mucho más extenso y esta vez alcanzaba numerosas situaciones nuevas, multiplicando al máximo sus efectos.

Estas modificaciones de los requisitos necesarios entrañan otras tantas modificaciones en el concepto de *daño-resarcible*. Veamos: a) primero: exigencia de la calidad de *ciudadano romano en el sujeto pasivo*, a quien se le acuerda la acción; b) segundo: extensión del beneficio a *todo hombre libre*; c) tercero: que el daño se haya producido aun *sin contacto físico*. Hay, pues, una evidente evolución en el concepto de que se trata, concepto que se hace cada vez más *extenso*, es decir, abarca mayor cantidad de casos por la exigencia de requisitos diferentes que se traducen en *mutaciones conceptuales*.

Las tres fases (en síntesis) por las que atraviesa ese concepto en el Derecho Romano histórico -lo repetimos- muestra que el concepto adquiere cada vez una extensión mayor. Deviene más general y más complejo. El número de casos posibles abarcados en la primera fase se acrece netamente en la segunda y aumenta aún más en la tercera. Todo ello nos autoriza a decir que el concepto es un concepto *inacabado*, puesto que sólo al concluir su desarrollo el Derecho Romano histórico se produce el agotamiento de su evolución y queda fijado en la historia. Y ello ocurre con todos los conceptos jurídicos. No hay garantía de que quede fija su calidad conceptual sino al término de vigencia del sistema jurídico positivo que les dio origen, situación que se produce al final de su historia.

Un estudio más profundo desde el punto de vista histórico en la evolución semántica y conceptual nos acercaría otras pruebas de estas mutaciones a las cuales nos estamos refiriendo. Al respecto, puede leerse en los *Archives de philosophie du droit* (confr. el artículo de J. L. Vuillemer, "La chose (le bien) et la Métaphysique", Paris, Sirey, 1979, t. 24, ps. 31/53), la evolución del concepto jurídico "*cosa*".

Es del caso agregar que un estudio detallado del derecho positivo histórico, en ciertas situaciones, permite advertir un movimiento de vaivén, de "*corsi e ricorsi*", de evolución e involución, según sea el período y la circunstancia considerada.

El concepto "*matrimonio*", por ejemplo, ofrece una variada gama de secuencias y mutaciones históricas.

La naturaleza de los conceptos, observada estrictamente desde el punto de vista lógico, muestra igualmente situaciones especiales. Nosotros decimos esto pensando en conceptos *jurídico-prácticos*, como en el caso de “*contrato*”. Se trata de un típico concepto de “clases”, siendo el concepto “*contrato*” el género, y los de especies “*compra-venta*”, “*locación*”, “*adhesión*”. La aparición histórica de los conceptos específicos ha sido extremadamente simple. Ha sido suficiente, por necesidades sociales o técnicas, modificar, añadir o quitar una o más notas conceptuales para obtener una nueva especie del género “*contrato*”. Una suerte de mutación jurídica, un salto, permite esa evolución y, consiguientemente, se crea una especie nueva.

En estos casos, en todas las circunstancias, la evolución de los conceptos en el derecho positivo se opera según una ley lógica de una generalidad creciente que enriquece el género “*contrato*” creando nuevas especies.

(En una versión ligeramente modificada y, con algo más de detalle, estas ideas se han publicado en idioma francés en la *Révue de la recherche juridique - Droit Prospective*, Aix-en-Provence, Presse Universitaires d’Aix-Marseille, N° 1985-3, ps. 723-73, con el título de “*Quelques réflexions sur une loi logique qui régit l’évolution des concepts juridiques fondamentaux*”).

## **X. La operatividad de los conceptos práctico-jurídicos**

Existen, desde un cierto punto de vista, dos tipos de saber; el saber *especulativo* y el saber *práctico*. El primero es esencialmente *explicativo*; sus conceptos se refieren a lo “*óntico*” y encierran una definición, o, en todo caso, una descripción de las cosas o de los objetos. Por su parte, el *saber práctico* es esencialmente *operacional*, pues tiene por objeto reglar la acción humana; sus conceptos conciernen al *deber*, a lo “*deóntico*”, muerden sobre la *praxis* y contienen -de manera implícita o expresa- una regulación del obrar o del hacer.

Esta división entraña necesariamente una separación entre los conceptos “*ónticos*” y los conceptos “*deónticos*”, que no es perceptible sino cuando se tiene en cuenta -bien que de una manera muy general- el contenido del concepto. Se podría afirmar, históricamente hablando y sin temor a error alguno, que el origen de esta distinción se encontraba ya en la Antigüedad. Aristóteles hacía ya esta observación: “*Anaxágoras dice que el hombre es el más inteligente de los seres vivos puesto que tiene manos, pero es más lógico decir que él ha recibido manos porque es el más inteligente (de los seres vivos). En efecto, las manos son un instrumento, y la naturaleza -tal como lo hace el sabio- asigna cada cosa a quien puede servirse de ellas*” (*Part. Anim.* IV, 10, 687 a). Se trata, entonces, de una manera inteligente de discernir el saber especulativo del saber práctico.

Si la historia del pensamiento fuera examinada desde esta perspectiva, nosotros comprobaríamos que la Antigüedad y la Edad Media han marcado una preeminencia del saber especulativo sobre el saber práctico. Y pareciera que desde el Renacimiento lo inverso es lo verdadero, es decir, el saber práctico se impone al saber especulativo. Esta preeminencia deviene evidente, por ejemplo, con Galileo y con Francis Bacon con quienes aparece

una clara concepción del saber, en tanto saber para hacer o para obrar y, por cierto, del saber en función social. Como consecuencia, una pregunta fundamental cambia de dirección. Para ser más claro digámoslo de esta manera: en lugar de preguntarnos “¿qué son las cosas?”, nosotros nos preguntamos con preferencia “¿qué hacer con las cosas?”, lo que nos coloca insensiblemente sobre un plano social. El hecho de crear (de fabricar) tantas cosas “artificiales” y de crear una “segunda” naturaleza, nos ha llevado a reglar la vida humana social de una manera más minuciosa y sofisticada.

En el mundo actual la coexistencia humana es absolutamente imposible sin paz y orden. Ella debe reglarse minuciosamente y es preciso multiplicar robustas, a la vez que flexibles y perdurables, instituciones. Debemos recurrir a sistemas reguladores claros y precisos. Los grandes códigos son más bien vastos continentes que reposan sobre conceptos “deónticos”, sin los cuales desaparecerían debajo de las aguas. Así como se habla de la explosión demográfica, se podría hablar igualmente de la explosión de cosas fabricadas, de entes culturales y de conceptos jurídicos, tales como el automóvil o satélites y el contrato de adhesión o la teoría del abuso del derecho o de los contratos en “ing”.

Desde el punto de vista epistemológico, los conceptos jurídicos entran en el mundo jurídico, después de pasar por un punto de control que es asegurado por una autoridad. Para proporcionar una representación gráfica, nosotros podríamos decir que el universo del hombre está colmado de acciones potencialmente susceptibles de ser “**legalizadas**”, de adquirir ciudadanía jurídica. Pero, entre ellas, sólo algunas, jurídica y socialmente importantes, en un espacio y un tiempo histórico determinado, franquean el punto de control para formar parte de los sistemas jurídicos.

Es el concepto “*persona*” el que, en un sistema jurídico determinado, es el primero en pasar este control. Pero la persona humana no entra en el mundo jurídico en tanto que “*ser*”, sino en tanto que “*ser que obra o que hace*”. El concepto óntico persona del saber especulativo es reemplazado por el concepto deóntico de *persona que obra o hace* (o persona jurídica) del saber práctico; dicho de otra manera, el concepto especulativo deviene concepto práctico, lo que no podía ser de otra manera en el universo de la **praxis**. Esto es especialmente evidente en ciertos códigos que definen el concepto “persona”. Vale la pena repetirnos: en algún código se ha afirmado que “la persona es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”. Esta no es una definición que pone el acento en lo óntico (“persona”); por el contrario, pone el acento en lo “deóntico” (debe obrar o hacer). Lo que interesa en esta perspectiva es la *acción*, el objeto de la acción, la regulación de la conducta humana. Este concepto es **operacional** pues su contenido no nos muestra lo que la cosa es, ni nos describe cómo la cosa es, pero sí lo que puede hacer aquello que es denominado *persona*. Lo que denominamos *derecho* está construido sobre conceptos prácticos, es decir, regula la acción humana, y *orienta, indica*, la conducta en sociedad.

La concepción jurídica de la *persona*, en la ciencia de la Antropología, bien que está en la base del concepto jurídico *persona*, no se identifica con él de ninguna manera. El concepto que pasa de la ciencia especulativa, la Antropología, a la ciencia práctica, el Derecho, sufre una transformación. El concepto esencialista o descriptivo, se torna “operacional”. Ciertas acciones humanas, históricamente condicionadas y consciente o inconscientemente determinadas por el sistema jurídico de que se trate, son las que importan en el dominio jurídico. Las hemos llamado acciones *relevantes* o *eminentes*

para tal sistema. La persona, considerada desde el punto de vista jurídico, no es tal, en su calidad de sujeto de derechos y obligaciones, sino en cuanto sus categorías se han elaborado por y para la praxis.

Hemos afirmado que todo concepto jurídico supone una acción. Para ser más precisos sería menester decir también que ello supone, a su vez, dos cosas:

- a) *en lo inmediato*, una acción positiva o negativa;
- b) *en lo mediato*, la persona humana.

Si nosotros consideramos un bien (vida, propiedad), juzgado como tal en el código de un país determinado, este bien no es tal porque pertenezca a un sujeto o es susceptible de pertenecer a un sujeto. En otras palabras, una persona, tarde o temprano, descubrirá que un bien dado orientará su acción de una manera positiva o negativa, actualmente o en el futuro. La noción de "bien" que el "concepto *bien*" describe, en los sistemas jurídicos, es un punto de referencia en la "acción" de una persona. Al regular la acción se busca proteger tal o tales bienes, que implican *acciones relevantes*.

Por lo demás, todo concepto jurídico no es ajeno al problema del *tiempo*. Por vía de la abstracción podemos imaginar un mundo atemporal, pero en el momento en que el concepto deviene vigente en un sistema de derecho positivo, es decir, que entra en el mundo jurídico, cae en las redes del tiempo. El tiempo es una categoría que ordena sobre una línea histórica inevitable, que restringe o facilita sus posibilidades o su validez. El concepto jurídico implica una acción, un enclave de acciones históricas, que son o serán realizadas por personas humanas. Éstas se dirigen hacia objetivos considerados fundamentales en un momento histórico dado.

Va de suyo que lo que ocurre con el tiempo, ocurre también con el *espacio*. Desde el instante en que el concepto supone acciones, el concepto jurídico no puede advenir sino en el espacio; el cuadro espacial es inevitable, pues las acciones se realizan en un territorio o un medio espacial.

Todo lo que ha sido dicho hasta ahora está lejos de agotar el tema; sin embargo, esto nos proporciona una plataforma para poder afirmar que es imposible asegurar que un concepto es jurídico sin que se examine su contenido, aunque más no sea en forma muy general. Un filósofo ha afirmado que, aun cuando se quisiera tener en cuenta exclusivamente a la forma de dicho concepto, no se podría dejar de percibir los *ruidos de fondo*. En efecto, el solo hecho de distinguir los conceptos especulativos de los conceptos prácticos implica que hemos explorado, significativamente su contenido, y es el verbo que late en el fondo el que nos da la clave. Cuando en tal o cual circunstancia debemos *obrar*, nos encontramos siempre con un concepto que *nos indica* la acción positiva o negativa que debemos realizar.

Los conceptos jurídicos, en consecuencia, implican un sistema de acciones cuyo sentido es indicado por un *verbo*. Se puede hablar también de verdaderos conceptos *institucionales*. En el concepto *contrato* siempre hay una acción implicada. Y el concepto puede envolver, no una única acción, sino un verdadero amasijo de acciones positivas o negativas. El contrato puede ser definido como un "acuerdo de voluntades" entre dos o más personas, acuerdo que tiene por objeto reglar derechos, lo que equivale a decir que cada persona interviniente deviene titular de facultades u obligaciones (esto es, deberá obrar de alguna manera, según se haya establecido). Como se advierte, la definición de contrato es *operacional*, lo que no podría ser de otra manera. Es decir, que para obrar, en un futuro mediato o inmediato, es necesario que las personas acuerden

voluntariamente hacerlo en un sentido determinado. El *obrar* es un obrar *racional*, según el cual los sujetos se han propuesto ciertos fines.

Tomemos, por ejemplo, el contrato de *compraventa* por el cual realizamos con un panadero la compra de pan. Pagamos y recibimos el pan. *Damos* (el dinero) para que se nos *dé* (el pan). El verbo *dar* indica y orienta nuestras acciones. Hemos acordado nuestras voluntades en un sentido, según el cual nuestras conductas logran un fin. El concepto jurídico "contrato de compraventa", en suma, es un *indicador* por medio del cual ordenamos nuestras acciones. Pero esto no es siempre suficiente para saber cómo debemos obrar. Es, a menudo, necesario saber, no solamente qué acción se debe realizar, sino también en qué tiempo, en qué lugar, en qué moneda, qué tipo de pan, qué peso, qué calidad, etc. Es decir, que se emplean -en tal menester- conceptos jurídicos que son operacionales y otros que no lo son. Más claramente: con el objeto de reglar la conducta humana utilizamos conceptos operacionales (que se refieren a la praxis) y nos auxiliamos con otros que son puramente especulativos (por ejemplo, describen cosas).

Se puede decir, entonces, a riesgo de ser muy repetitivos, que si afirmamos que el contrato puede ser definido como un acuerdo de voluntades para obrar o no obrar, se está definiendo la acción de una manera muy general. Cuando esta acción es precisada en un caso concreto, es necesario servirse de otros conceptos que son utilizados como medios instrumentales y accesorios para orientar la acción.

En la vida social la persona humana orienta su conducta según normas que no hacen sino expresar conceptos jurídicos realmente institucionales y que están insertos en sistemas de acciones.

Cuando se ha afirmado que los conceptos jurídicos son *indicadores de acciones*, se quiere significar que son instrumentos adecuados a los fines de dirigir las acciones humanas en sociedad. Para alcanzar nuestros fines materiales o espirituales debemos necesariamente obrar y este obrar se encuentra sistematizado en *núcleos conceptuales de acciones*, en los cuales los conceptos de que se trata son una expresión racional e inteligible.

Todo concepto jurídico es un núcleo generador de conductas humanas que nos orienta en una dirección determinada, en el cuadro de la vida social; el objetivo de ese tipo de conceptos es la acción, la acción racional, la conducta humana. Pero para que nosotros sepamos de qué acción se trata, es menester *comprender* el significado del concepto. Para ello es necesario:

- a) Tomar conciencia de la posibilidad de que una acción pueda ser reglada de una manera determinada;
- b) Que esta acción pueda ser racionalizada;
- c) Que ella pueda ser traducida en un concepto y expresada mediante un término;
- d) Que esta acción (o trama de acciones) persiga un fin determinado.

Esto permite esclarecer el horizonte significativo del concepto y da como resultado que el concepto práctico sea un medio instrumental para alcanzar fines. Los medios instrumentales son técnicos cuando nosotros debemos *hacer alguna cosa*; no es a ellos a los que hacemos alusión aquí. Los conceptos jurídicos, si bien pueden ser técnicos, como cuando indican al juez lo que debe hacer para expresar un juicio, se refieren esencialmente a la acción, es decir, a la acción en tanto que conducta humana en el mundo social.



El concepto jurídico señala una acción humana, aquello que puede hacerse, aquello que puede obrarse, aquello que es *conducta, acción reglada*. El núcleo de acciones comprendidas en un concepto puede ser analizado, análisis que permitirá distinguir diferentes tipos de acciones. Cabe aclarar que cada persona, en el universo de acciones de un sistema jurídico, se encuentra siempre en una situación jurídica determinada. La persona, en cuanto jurídica, se encuentra siempre en un punto determinado de la trama.

Pero lo que es realmente importante es el hecho de que la persona jurídica se encuentra siempre en una situación que no puede ser definida conforme a *un solo* concepto jurídico; es menester considerarla en relación a *todos* los conceptos jurídicos del sistema. Esta estructura conceptual relativa a la persona de que se trata penetra la situación individual y la sitúa en el contexto.

Y, de la misma manera que la persona jurídica se encuentra en un punto de la estructura, cada concepto jurídico se encuentra en una situación que se relaciona con los demás, según el género y sus especies.

En consecuencia, es menester distinguir dos grandes tipos de conceptos: a) el concepto *derecho*; y b) los conceptos *en el derecho*. No nos ocuparemos aquí del concepto *derecho*, que, por su naturaleza, suscita inmediatamente diferencias entre los filósofos del derecho, y por su definición resuelve una serie de problemas, como por ejemplo, el de si el derecho natural existe o no, o si la definición no se refiere nada más que al derecho positivo.

En cuanto a los conceptos *en el derecho*, como el de *obligación* o el de *contrato*, permiten -por lo menos- zanjar momentáneamente el problema. Pero sin ninguna duda que ciertos conceptos son -como se ha dicho más arriba- verdaderos núcleos generadores de acciones humanas claramente orientadas. El concepto *propiedad*, por ejemplo, pone en relación en una cierta manera todas las cosas del universo y todos los hombres que en el mundo habitan.

Entre los conceptos *en el derecho* es posible distinguir aquellos que reglan convenciones pura y exclusivamente humanas, de aquellos que parecen responder a necesidades más profundas. Por ejemplo, si se compara el concepto *obligación* con el concepto *cheque*, se advertirá que sería imposible imaginar un universo jurídico *sin obligación alguna*, pero sería posible de concebirlo sin el concepto *cheque*, lo que demuestra que el primero está indisolublemente unido al concepto *derecho*. No hay derecho sin obligación. Por consiguiente, el derecho supone una *forma de vida social del hombre*, cuyas modalidades pueden variar pero sin que se pueda prescindir de las obligaciones, puesto que es el común denominador de todas las modalidades posibles.

De todo lo que precede resulta que existen conceptos jurídicos fundamentales. Pero, paralelamente hay otros que son puramente convencionales. Los primeros no son absolutamente *co-creados* por el hombre más que a partir de algún elemento preexistente, es decir, que ellos son relativamente "co-creados". Los segundos, por el contrario son "co-creados por el hombre, en una trama artificial donde se canalizan las acciones humanas.

Si el concepto *obligación* está implicado en el concepto *derecho*, se puede concluir que, en el universo jurídico, existen acciones que son absolutamente necesarias, lo que no hace sino confirmar el hecho de que en el mundo de la *praxis* es preciso *obrar necesariamente*, de alguna

manera obligatoriamente, so pena de aniquilar la especie humana. Sin el respeto de una conducta humana determinada, puesta en evidencia por la Ecología en el mundo moderno, el género humano no podría sobrevivir.

Así, pues, existen en primer lugar, conductas humanas *necesarias*, que el concepto *obligación* pone de resalto. La *necesidad* es, pues, uno de los pilares del universo jurídico.

Cuando el derecho formula sus primeros conceptos, no hace sino descubrir, desvelar, aquello sin lo cual la vida humana no podría existir. El hombre tiene necesidad de vivir; en tanto que ser vivo, el hombre debe nutrirse para poder subsistir. También tiene necesidad de vivir en un lugar, en un espacio determinado. Todas estas necesidades son protegidas por la trama jurídica, y reconocidas por la sociedad donde se vive. De esta forma aparecen los derechos fundamentales del hombre, los cuales, no se refieren exclusivamente a las necesidades materiales, sino también a las espirituales. Cada necesidad, reconocida por el derecho, entraña la creación de conceptos jurídicos destinados a canalizar y a conducir la acción humana en sociedad.

Los conceptos *en el derecho* son, pues, **indicadores**, en primer lugar, de conductas que se revelan como necesarias e indispensables para la sociedad. La *obligación* es una conducta dirigida en una *situación jurídica* dada, a la cual la persona no puede sustraerse. Si somos padres, debemos cuidar y alimentar a nuestros hijos. Mi obligación concreta, en una situación determinada, es la de *dar* alimento a mi hijo. Desde el punto de vista de esta situación jurídica en la cual me encuentro, en tanto que padre, yo no tengo otra alternativa que alimentar a mi hijo. El concepto *padre* en el mundo jurídico supone no sólo una relación biológica; incluye, en todo sentido, diversas obligaciones insoslayables, es decir, la necesidad de realizar acciones destinadas a proteger a los hijos.

El concepto *padre* -y nosotros insistimos sobre lo que ya se ha dicho- aunque también descriptivo en un orden, es tal en un sentido *operacional* porque entraña la obligación de alimentar y proteger a los hijos. *Alimentar*, estar obligado a proveer alimentos, es un concepto jurídico pues significa una *acción relevante*; es decir, la sociedad en el ejercicio de su autoridad, ha juzgado que esta acción es *eminente*. Es un concepto operacional, que está implicado en el concepto *padre*.

La persona jurídica -el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones- está obligado, en ciertas ocasiones, a *obrar* en un sentido y, en otros, a *no obrar*. Por ejemplo, el número de delitos instituidos en un código penal, nos proporciona una razón para *no obrar* en cierto sentido. El concepto *delito*, de una manera genérica, nos *indica* que ciertas acciones están *prohibidas*. No podemos matar a otra persona pues, si se examina la situación jurídica en el caso concreto, nos está impedido hacerlo.

Se advierte, entonces, que en una situación jurídica dada, estamos obligados a obrar en un sentido: nutrir a alguien (necesidad); en otras circunstancias, estamos obligados a no obrar: no matar (prohibición). Los conceptos jurídicos revelados en una y otra perspectiva nos *indican* en qué dirección debemos obrar o en qué situación no debemos obrar.

*Necesidad* de obrar en un sentido; *prohibición* de obrar de una cierta manera en otro. Estas dos situaciones (necesidad e imposibilidad jurídicas) contribuyen, a la pervivencia del hombre. El derecho ha recogido estas circunstancias en su trama y ha elaborado los conceptos indispensables a fin de dar un estatuto jurídico a las situaciones reales de la vida en sociedad.

Es por eso que los conceptos jurídicos son *primarios* en la medida en que ellos se relacionan de manera fundamental con la vida humana y la continuidad de la vida de la especie. Pero, además, surgen otros conceptos jurídicos, con respecto a toda acción posible y aun con lo que es contingente. La persona humana es un ser que se abre hacia la espiritualidad y a la libertad, lo que provoca la aparición de otras acciones susceptibles de ser canalizadas, y que no son obligatorias en un sentido positivo o negativo, sino simplemente *posibles*. El universo jurídico, inflexible en cuanto a la dirección de ciertas acciones en un primer momento, deviene más tolerante y más flexible y permite que otras acciones se realicen en un cuadro de situaciones alternativas, lo que da a la persona jurídica la posibilidad de elegir libremente. El contrato civil, por ejemplo, nos provee un muestrario de estas acciones posibles que pueden ser o no ser realizadas. Y, como una variante, ciertas situaciones imprevistas, que podrían ser calificadas como contingentes, permiten también obrar de una manera determinada.

En suma, los conceptos jurídicos muestran que las acciones reveladas por la trama jurídica pueden ser clasificadas conforme a las siguientes categorías de la praxis:

- a) necesidad;
- b) imposibilidad;
- c) posibilidad; y
- d) contingencia.

Se ha dicho que los conceptos jurídicos son generadores de conductas humanas y, sobre todo, son *indicadores* de la conducta jurídica que, como cada uno sabe, es siempre una conducta en sociedad. El mundo moderno, orientado hacia la praxis, hacia la transformación de la naturaleza, presenta constantemente nuevas exigencias que tienen profundas repercusiones sociales y que, al fin de cuentas, se reflejan en el orden jurídico. La humanización de la naturaleza permite crear un mundo artificial de más en más complejo y variado, que la técnica agranda y modifica de manera increíble. Lo que es *nuevo*, generado por la creación de un universo de objetos artificiales susceptibles de ser clasificados y sistematizados, ha aumentado considerablemente el muestrario de posibilidades del hombre, y ello se refleja en el derecho con una fuerza evidente. Estas nuevas posibilidades nos plantean nuevos problemas que la ciencia jurídica debe resolver en tiempos cada vez más urgentes. La vida concebida en el laboratorio, la manipulación de los sistemas genéticos, todo ello pone a prueba el *Derecho* y éste se encuentra acosado en esta crisis que supone la modificación de algunos viejos conceptos y la invención de otros nuevos, que modifican las estructuras tradicionales.

Sea lo que fuere, las categorías de la praxis limitan siempre el *elan* creador del hombre. Existe un cuadro en el cual la acción humana es posible, y fuera del cual no lo es. Pareciera realmente que la posibilidad de la acción humana tiene sus límites infranqueables que no pueden ser sobrepasados ni transgredidos. Es probable que la categoría de *lo posible* sea reexaminada desde el punto de vista jurídico. El concepto "*posible*" en este dominio tiene una connotación especial, pues el ser humano, dotado de razón y, como consecuencia, de voluntad (razón volente), pone el acento particular sobre esta cuestión. En el mundo de la naturaleza la ciencia ha determinado lo que es posible con un gran rigor; pero en el orden jurídico la posibilidad y la imposibilidad están siempre limitadas por la libertad, que no es -se impone la redundancia- ilimitada. Ocurre que existe una frontera muy

lábil, puesto que aquello que es posible desde el punto de vista material (no queremos emplear el término “natural” para evitar equívocos) puede no serlo desde el punto de vista jurídico.

Esta falta de concordancia puede producir enormes problemas cuando las categorías de la praxis son contempladas desde el punto de vista exclusivamente material y se desea trasladar esta ideología a las normas con el objeto de dirigir las acciones humanas. Pero no es éste el momento del estudio de esta cuestión.

El hombre ha franqueado una frontera pero aun no ha resuelto este problema fundamental. Esta frontera pone en evidencia una distancia -según nos parece- entre lo que es y lo que puede o debiera ser, entre los conocimientos especulativos y los conocimientos prácticos. La interrelación de los dos órdenes, de los cuales somos prisioneros, situación que es imposible salvar, opone los conceptos especulativos a los conceptos prácticos. Los conceptos jurídicos, que son una especie o variedad de estos últimos, sufren las consecuencias de esta interrelación. Sería deseable profundizar el estudio de este problema con el objeto de aclarar ciertas cuestiones jurídicas y obtener así una mayor precisión en la formulación de los sistemas normativos.

Los conceptos jurídicos, en tanto que *indicadores* de conductas que no son precisadas de una manera racional por los conceptos descriptivos, permiten que la realidad natural y social se *deslice* a través de ellos. Son a menudo insuficientes en sí mismos, tal como se ve cuando son duales o bipolares, como en el caso de la “facultad-obligación” o en el caso de los núcleos conceptuales como “daño-reparación”; o bien en los casos complejos de “buen-padre-de-familia”. Por lo demás, lo que contribuye a tornar más confusa la situación, es la movilidad constante de los problemas socio-económicos con que se enfrenta la ciencia jurídica, que crea nuevos conceptos, tales como “desvalorización-monetaria”, “indexación”, etc.

A manera de reflexión final, nos permitimos atraer la atención de nuestros colegas sobre los problemas suscitados por los conceptos jurídicos, que -a nuestro entender- no ha despertado el mismo interés que se ha consagrado a otras cuestiones que conciernen al orden jurídico y que podrían, sin duda, esclarecer muchos problemas si se penetrase más profundamente en el dominio jurídico, por *la vía del concepto*.

(Este trabajo fue leído en idioma francés y tratado en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, realizado en Helsinki -Finlandia-. Fue publicado en *ARSP, Franz Steiner Verlag Wiesbaden gmbH. Stuttgart, Beiheft, N° 25, ps. 146-152.*)

## **XI. El razonamiento jurídico y la sentencia**

1. La provincia de Córdoba (República Argentina), en su Constitución dictada en 1923 tenía un artículo que textualmente expresaba: “*La resolución será motivada*”. Esta lacónica proposición recogía y otorgaba jerarquía constitucional a este principio que llegaba así, entre nosotros, a integrar el derecho positivo.

Luego de la Revolución de 1789, Francia había dictado la ley del 16-24 de agosto de 1790, que abría este cauce, lo que complementó con una disposición del Consejo de Estado francés de 1834, que estableció de

manera definitiva que *la falta de motivación violaba las formas sustanciales de toda decisión en materia contenciosa.*

En el primer semestre de 1987, la provincia de Córdoba reformó su Constitución. En el art. 155, en la sección tercera, que trata del Poder Judicial, con una mejor técnica legislativa se dice: “(Los jueces) *deben resolver las causas... con fundamentación lógica y legal*”. Este nuevo enunciado recoge la exigencia de un control porque se entendió que cualquier motivación, ya sea insuficiente o errónea, no implica necesariamente cumplir con la norma constitucional. Una larga trayectoria jurisprudencial se había abierto camino y había desembocado en ese precepto, también breve, lacónico, pero de enorme significación.

El proceso judicial es un *diálogo*. Por cierto, es un diálogo sujeto a determinadas reglas. Esto lo afirmamos como una tesis. Y, en su evolución actual, pretendemos sostener aquí que dicho diálogo se basa en cuatro teorías fundamentales: una teoría de la dialéctica, una teoría de la argumentación, una teoría del razonamiento jurídico y, finalmente, una teoría del razonamiento lógicamente correcto. Esta última, proclama la necesidad de ejercer un *control de logicidad*, mediante el remedio de recursos, y tiene por objeto sanear los errores *in cogitando*.

Se ha dicho que hay dos ciencias primordialmente deductivas: la Filosofía y las Matemáticas. Las demás son primordialmente inductivas. En éstas, partimos de la experiencia sensible. El individuo concreto y real es el que está frente a nosotros. Desde ahí, desde lo individual, es preciso remontarse a lo universal.

Sabemos también que en el mundo de lo jurídico -lo hemos repetido infinidad de veces-, nos encontramos con un universo de conductas humanas. Éstas son regladas, ordenadas y sistematizadas, de tal manera que constituyen algo así como un modelo de vida. Todo hombre, de manera permanente, necesita saber cómo debe conducirse en la situación jurídica en que se encuentra y, para ello, la guía fundamental está constituida por las normas jurídicas.

Si bien la mayoría de las veces las situaciones son claras, en otras, no ocurre así. Es posible que nuestra conducta afecte a otro individuo de la comunidad, quien se siente perjudicado por ella y se produce el *conflicto*. La sociedad, interesada en remediarlo de manera incruenta, ha previsto soluciones y trata de canalizar el problema a través de lo que se ha llamado el *proceso judicial*.

La idea de proceso (y sus principios fundamentales) es realmente remota. No sabemos bien si el proceso forense fue primero e inspiró a los antiguos filósofos griegos que vivían en la Magna Grecia (Sicilia y sur de Italia) para discutir cuestiones académicas o si fue al revés. Lo cierto es que sus reglas hallan fundamentación en la Dialéctica.

No es curioso sino un detalle aleccionador que tanto los problemas académicos como las controversias litigiosas de los hombres en sociedad, deban ser solucionadas mediante el *diálogo*. Porque Dialéctica, en definitiva, viene de diálogo. Es como si el hombre un día hubiese dicho: “En un principio era la fuerza; luego, fue el diálogo”. Naturalmente, esto era un progreso y aún lo es. Y, desde el primer momento, entonces, sabemos, por consiguiente, que se constituyen *dos razones*, dos posiciones, cada una sostenida por un “*ponente*”, o un contendiente, que se contraponen. El diálogo, de por sí, es un triunfo de la paz y de la razón porque implica un *acuerdo*: ambos oponentes han coincidido en dialogar y someterse a ciertas reglas.

La Dialéctica aristotélica, encuentra su formulación más diáfana en la quinta parte del *Organon*, es decir, en la *Tópica*. Según ello, toda discusión debe zanjarse de acuerdo a los siguientes principios:

1. Aparición y conciencia de un *problema* (esto es un punto que genera discusión y opiniones encontradas);
2. Necesidad de *dos contendientes*, cada uno de los cuales sostiene una *razón distinta*;
3. Necesidad de *un árbitro (o juez)* para dirigir o moderar la discusión;
4. Acuerdo sobre *las reglas* a las cuales deben someterse (ambos contendientes y el árbitro).

Trasladando este sistema al ámbito forense, tenemos:

- a) Una *cuestión litigiosa*, que reemplaza al problema académico;
- b) Dos *partes*, que reemplazan a los contendientes;
- c) El *juez* (que oficia de árbitro y, además, pronuncia la sentencia);
- d) Las *normas adjetivas* (o códigos) que tanto el juez como las partes deben respetar, cumplir y hacer cumplir, según sea el caso.

Entre los griegos era importante, además, el *auditorio*. En los procesos actuales, también puede darse la presencia del público, en el sistema de juicio oral. El auditorio griego tenía una relevancia extraordinaria porque, sin ninguna duda, forjaba una opinión que era menester captar. Y, a ellos, el público en general, se dirigía la persuasión y el convencimiento que los contendientes utilizaban en su pugna por vencer. Tampoco hoy es desdeñable la opinión pública que se genera a raíz de un proceso judicial, sobre todo, cuando repercute a través de la prensa.

*Tópica* viene de *topoi* o *lugar*. Los lugares están destinados a proveer argumentos para la discusión dialéctica. Se trata de situarnos en la perspectiva de un diálogo dirigido, diálogo que debe ser razonado y que, por otra parte, busca la forma de encontrar argumentos para fundamentar tesis (premisas) y responder objeciones. El diálogo, entonces, asume la forma de un instrumento que muestra una vía práctica; que, a su vez, plantea un problema metódico, y que, a la postre, se dirige a ganar el asentimiento del contrario, del árbitro y del auditorio.

Hoy, el asentimiento que perseguimos, es primordialmente el del juez. Queremos siempre, en nuestros alegatos, dirigirnos al juez para persuadirle y convencerle. Pero, en aquellos tiempos, sin embargo, Aristóteles, ubicado en el plano filosófico, halla que la Dialéctica conduce en filosofía a una actividad judicial y, a su manera, se pronuncia también sobre lo verdadero y lo falso. Nunca estará de más subrayar que el alcance del método dialéctico es eminentemente instrumental. Es una luz que permite avizorar proposiciones que tengan el valor de un principio y, para ello, es preciso que ellas se impongan con una evidencia casi irrecusable. Como son proposiciones acerca de lo opinable, *conforman premisas débiles*, que es menester apuntalar mediante la argumentación. La evidencia irrecusable de que hablamos, no surge de su sola enunciación, como ocurre con las *premisas fuertes* del razonamiento *analítico*, sino del apuntalamiento tópico y retórico de la *dialéctica*. Porque, en todo caso, en la etapa final, se trata siempre de razonar *deductivamente*, ya que, cuando dichas “proposiciones-principios” son aceptadas, las deducciones se derivan de inmediato, fluyen solas, aunque ello no las hace fuertes por sí mismas sino que esa fortaleza les viene como de fuera, por apoyo externo.

La discusión, que persigue fines tan ambiciosos, no puede ser, por consiguiente, una simple conversación, ni una discusión libre, ni un

entretenimiento azaroso; muy por el contrario, se sujeta a reglas verdaderamente estrictas. Requiere, como se ha dicho, dos sujetos, dos polos opuestos; en fin, una oposición nacida de dos tesis diametralmente contrapuestas. Es por eso que necesita del árbitro que hace cumplir los pasos del proceso en forma rigurosa.

El problema dialéctico -los extremos de la *litis* de nuestro proceso judicial- puede ser definido como “*aquello que debe ser arrojado*” al campo del enfrentamiento dialéctico para constituirse en el punto central de la controversia.

Y el abogado como el dialéctico, se propone llegar a una conclusión determinada; y le es preciso encontrar las premisas que le permitan lograrlo. Apoyándose en la ley y en los hechos, debe construir una argumentación formalmente -en lo posible- *constringente*. Cuando se apoya en la ley, su lugar de búsqueda es la norma adecuada que se encuentra en el universo jurídico normativo en el que está inmerso; cuando se apoya en los hechos, debe probarlos, según -generalmente- le indican las normas adjetivas. Su trabajo le conduce a la búsqueda de la norma y a la prueba fáctica, que coincida con la conclusión deseada y que, además, todo esto se muestre a través de una argumentación convincente y que persuada al juez. Las dos premisas (la legal y la fáctica) serán premisas del *silogismo práctico-prudencial*. La conclusión será tan débil o tan fuerte como lo sean dichas premisas.

Es obvio, pues, que en el caso de la *Tópica* aplicada al orden jurídico, nos encontramos -en sentido estricto- por un lado, con normas (que versan sobre conductas) y, por otro lado, con hechos que permiten juzgar una conducta humana en particular.

Por consiguiente, desde el punto de vista material, esta dialéctica quedará condicionada por su objeto (la conducta humana). Siempre nos encontraremos con el factor tiempo, porque la conducta humana concreta es histórica y, por su lado, el ordenamiento normativo positivo también se ubica en el tiempo y en el espacio. De ahí que la acción humana concreta, que es histórica y, por ende, irrepetible, debe ser *reconstruida* en el proceso judicial y a ello tiende la prueba. El resultado es la *premisa fáctica* que permitirá conducir -*premisa legal* mediante- a la conclusión final.

El razonamiento *inductivo-epagógico* es tópico desde el primer momento del proceso. El método de la encuesta empírica es fundamental en el punto de partida. Es preciso primero partir de la experiencia y observar. En la Dialéctica del Estagirita privaba la observación porque no existió una verdadera ciencia experimental entre los antiguos. Como contrapartida, las observaciones que hicieron los griegos fueron muy agudas. Decir, por ejemplo, que “*ningún animal que carece de pies tiene alas*”, y hacer otras afirmaciones semejantes, implica un extraordinario esfuerzo empírico de observación. De igual manera ocurrió con los hechos y actos del hombre. Pero su aplicación al Derecho será más bien obra de los romanos.

Como resumen de este apartado, podemos decir que:

a) La Dialéctica significó la eliminación de la fuerza para dirimir los conflictos,

b) En el corazón de la Dialéctica floreció la *Tópica*;

c) Con ello pudieron zanjarse dificultades académicas y se perfeccionó un método adecuado;

d) Dicho método fue utilizado simultáneamente en el ámbito forense y en el académico. No conocemos con certeza cual fue el primero, pero

parece correcta la opinión que advierte una mutua influencia de lo académico sobre lo forense y viceversa.

2. Como primer punto, debemos afirmar que una demostración propiamente dicha puede dar como resultado algo ambiguo o equívoco, sobre todo si la argumentación está contaminada con vocablos, si no equívocos, al menos *polívocos*. En segundo lugar, la demostración correcta sigue ciertas reglas perfectamente explícitas y conocidas en los sistemas formalizados, pero lo que hace la diferencia fundamental es lo siguiente: a) en la demostración jurídica se parte de un principio, de un axioma, de un postulado, de una ley (premisa legal o normativa), que se tiene por verdadera, por evidente, por correcta o, en todo caso, como hipotética pero con un alto grado de probabilidad de ser aplicable al caso; b) en las demostraciones matemáticas, especialmente, el punto de partida es un postulado que no se pone en discusión; c) en cuanto a las argumentaciones jurídicas, el objetivo fundamental es lograr el asentimiento del juez y del auditorio a las tesis presentadas. Como dice Perelman *presupone "un contacto de los espíritus entre el orador y el auditorio"*.

En el seno de la sociedad, jurídicamente organizada, la argumentación tiende, además de lograr la adhesión espiritual e intelectual, a *mover a la acción*. En todo caso, se trata de canalizar las conductas en una dirección determinada. Y, como generalmente la premisa versa sobre una cuestión opinable, es menester fundamentar la adhesión a ella, ya que la contraria, puede ser igualmente defendible.

En consecuencia, el discurso -en el caso indicado- versará sobre el problema planteado y se dirigirá -en el supuesto de ser un discurso forense- a un auditorio particular. Puede ser el juez, puede ser el jurado, etc. De ahí que deba *persuadir y convencer*, y tiene posibilidades de hacerlo cuando la o las premisas tienen mayores probabilidades de ser universalizadas en la mente del auditorio.

Sería preciso añadir que la importancia de la adhesión a las premisas se ve magnificada por el hecho de que tal adhesión implica, asimismo, una transferencia de dicha actitud hacia las conclusiones desarrolladas a partir de ellas.

Por otra parte, es dable observar que, en la vida social, de manera permanente estamos argumentando. Cuando queremos defender nuestro punto de vista sobre cualquier tema, argumentamos. Se ha dicho que "la argumentación forma parte de nuestra vida cotidiana".

*Argüir* significa sacar en claro, descubrir, probar. *Argumentar* implica la tarea por la cual llevamos al auditorio, a los destinatarios, a adoptar una posición mediante el recurso de presentar proposiciones o aserciones (en definitiva, argumentos) que demuestren su validez o, al menos, su probabilidad, su verosimilitud y, en todo caso, su legitimidad.

Se ha dicho que la argumentación tiene tres características:

a) Hace intervenir a varias personas, razón por la cual es un fenómeno *social*;

b) No es especulativa. Tiene un evidente objetivo concreto: *influir* en otra persona;

c) Recurre a justificativos, medios de prueba a favor de la tesis defendida; es decir, ésta no se impone por la fuerza, sino por la razón. De ahí que se relacione con el razonamiento y, en general, con la Lógica.



La argumentación puede asumir diversas formas según sea la cuestión planteada. Ante una norma legal que exprese lo siguiente: “Si una persona muere sin herederos, la sucesión es adquirida por el Estado”, el problema queda conformado cuando aparece un presunto heredero. Si se analiza la norma tal como ha sido citada más arriba, resulta evidente que nada nos dice sobre quién debe ser considerado heredero. En consecuencia, el problema se circunscribe a conocer si, de acuerdo a las otras normas del sistema, el presunto heredero es ciertamente tal. He aquí la *controversia*. Cada parte -en caso de discrepancia- defenderá su tesis a favor de ella.

Los argumentos, en un caso semejante, se apoyarán en hechos y documentos, pericias, etc., aparte de las normas legales de que se trate. Será preciso analizar dichos hechos, dividirlos. La argumentación será convincente en la medida en que la serie de hechos apoyen la premisa  *fáctica*. La concurrencia de diversos elementos probatorios en función de la o las normas invocadas, producirá una mayor o menor adhesión en el ánimo del juez obligado a decidir.

La discusión dialéctica polarizada sólo tiene una salida: la adhesión a una de las tesis, adhesión a la cual se llega por el convencimiento y la persuasión. Y tanto el convencimiento como la persuasión sólo se dan ante una argumentación que tenga la debida eficacia para ello. *No hay derivaciones necesarias*. Sólo -y lo repetimos una vez más- adhesiones, que son fruto de una argumentación apoyada en elementos que pueden ser muy dispares, según el problema planteado.

3. ¿Cuál es el tipo de razonamiento que sigue el juez cuando pronuncia su sentencia? ¿Coincide lo que el juez piensa con lo que escribe? En otras palabras, ¿el derrotero del pensamiento ha seguido igual camino que la sentencia escrita? ¿El fallo es resultado de una intuición o es un silogismo?

Una corriente muy importante -como dijimos- ha sostenido la tesis que pone el acento en el silogismo. En general, pareciera ocurrir eso a grandes rasgos. Seduce, en efecto, frente a un proceso por daños y perjuicios, recordar una norma del Código Civil y sostener que, en su sentencia escrita, el juez razona de esta manera:

- A. “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia, ocasiona un daño a otro, está obligado a resarcir”. P. Mayor.
- B. “Pedro, ha dañado a Juan”. P. Menor.
- C. Ergo, Pedro debe resarcir a Juan”. Conclusión.

Pero, cuando leemos una sentencia que trata estas situaciones, a veces nos encontramos sumidos en un mar de problemas y no podemos evitar el pensar que la solución del silogismo es una idea demasiado simplista. Todo es complejo y el razonamiento del juez pareciera atravesar senderos casi inextricables. La matriz del razonamiento judicial, sin embargo, se orienta y busca la luz por la vía deductiva, al menos en su faz final y en la sentencia escrita, fiel reflejo de la conclusión de lo que ocurre en la mente del juez.

Sabemos, por lo demás, que las ciencias matemáticas y las ciencias filosóficas, son primordialmente deductivas. A su vez las ciencias particulares -empíricas- son primordialmente inductivas. Pero deducción e inducción son métodos complementarios en el ámbito del saber. Todo conocimiento científico debe integrarse en el conjunto como un todo sistemático. De tal manera, el método -deductivo o inductivo, o deductivo e inductivo- representa el camino o los caminos que se transitan para ir en

pos de ese saber. Inducción y deducción son como las dos caras de una misma moneda en este universo que pugna por penetrar el misterio del conocimiento. Ambos -lo reiteramos- se complementan.

Por su parte, el razonamiento del juez no pareciera ser totalmente inductivo, aunque en los tramos iniciales, la hipótesis inductiva se confirma a nuestros ojos. Ejemplo típico de la ciencia primordialmente inductiva es la ciencia natural. Y tanto el científico como el juez son investigadores, y ambos parten de los hechos, de ciertos hechos concretos. Pero hay una gran diferencia: mientras el científico tiene como límite, por un lado la naturaleza, y, por otro, la imaginación que forja las hipótesis, el juez se encuentra limitado por el hecho histórico acaecido y por la ley -en el sistema del *civil law*- que le ordena, en cuanto adjetiva, seguir ciertas reglas de procedimiento y, en cuanto sustantiva, fallar de determinada manera.

El investigador de las ciencias naturales descubre lo que es -aunque, a veces, y hoy más que nunca, gracias a instrumentos adecuados; el juez, por su parte, llega a una sentencia que *hace* - auxiliado por los abogados actuantes y según ciertas normas- a través de una reelaboración o reconstrucción del hecho histórico.

El investigador nos dice: "Si estos son los hechos naturales, la materia es discontinua". El juez dice: "Si esta es la ley y estos son los hechos acaecidos y probados, la acción a ejecutar *debe ser* ésta ("El que ha causado el daño debe repararlo)". No se nos escapa que las definiciones que se emplean en las ciencias naturales son también cada vez más operativas, fruto de la oscilación efectuada desde la observación a la experimentación que hoy domina cada vez más en el campo científico. Y -circunstancia que debe ser tenida muy en cuenta- la experimentación condiciona en sumo grado el fenómeno a través de los aparatos preconcebidos por el hombre.

Pero, sea lo que fuere, el juez, porque se mueve en un mundo de acciones humanas, en un universo donde debe descubrir algo a través de un proceso -en el cual jueces y abogados deben *hacer* algo- al final de dicho proceso indicará qué acción deberán hacer o no hacer las partes. La sentencia definitiva, señala la acción a realizar. La sentencia es un pronunciamiento para que algo se *haga* de determinada manera y a cuyo resultado se llega luego de realizar la prueba de las acciones históricas para que una acción futura se realice de tal manera definitiva. En otras palabras, el juez es el encargado de tomar una decisión ante un hecho relevante para la ley, que ha sido sometido a juicio, es decir, toma una decisión para que una persona se conduzca según se le ordena.

La conclusión a la cual el juez llega, es una decisión, es un acto racionalizado de la voluntad. Sustituye su voluntad a la de otro en un conflicto determinado. La conclusión del investigador científico es también, en alguna medida, un acto de voluntad en cuanto racionalmente las cosas son en un mundo reelaborado en la segunda naturaleza. Es un acto de la *razón-volente*. La distinción fundamental está en el objeto; la semejanza, en el universo de cosas y acciones que el hombre contribuye a crear.

Quizá habría que aclarar todavía que el juez tiene *problemas* en dos frentes: a) en relación a los *hechos* para inferir la premisa menor; b) en relación a la *ley*, que deberá considerar para inferir la premisa mayor. El problema -en ambos casos- es de interpretación: de los hechos y del sistema legal. Las normas son seleccionadas en función de los hechos y éstos se interpretan a la luz de aquéllas. Normas y hechos conducen a inferencias, resultado de una evidente e íntima correlación.

Alguien ha dicho que en la primera lectura del proceso o en el primer contacto el juez forma una opinión provisoria (hipótesis de trabajo) -en otros términos, tiene pensada la decisión provisoria- y luego de su estudio profundo, sienta su posición definitiva sobre la prueba que estima pertinente ante la ley y hace la argumentación fundante. Es probable que eso ocurra, pero no siempre se da así ese fenómeno. Es muy difícil, por otra parte, que los jueces nos cuenten todo lo que pasa en sus mentes cuando fallan un caso por la natural reserva en que se envuelven.

Lo sensato debiera inducirnos a distinguir dos pasos: a) Un primer momento de toma de conocimiento del caso, que se comienza a dar desde el inicio del proceso. Es natural que, a medida que éste se desarrolla, puede germinar ya una hipótesis. Si ello no ha ocurrido así la lectura de las constancias de autos en el procedimiento escrito suministrará las primeras bases para generarla; b) luego, vendrá el momento de la reflexión, la etapa en que se analizan y estudian más a fondo los elementos del proceso. Damos por supuesto, por cierto, que el caso es complejo, tan complejo que no permite que se convierta de inmediato la hipótesis provisoria en decisión definitiva.

Naturalmente, desde otro punto de vista se impone una importante advertencia. No deben confundirse los procesos mentales con los razonamientos que el juez explicita en la sentencia. Estos últimos son evidentemente sustantivos, pero salen a la luz porque la ley se los impone al juzgador, ya que toda sentencia debe ser fundada y según determinadas reglas, so pena de nulidad. Los procesos mentales no tienen ataduras. Lo no escrito en la sentencia puede tener más importancia que lo escrito. Generalmente, no escribimos lo obvio -que sólo, quizá, lo es para un momento histórico determinado-. Y lo obvio puede pesar más en el ánimo del juez y puede no estar a la vista entre los elementos del proceso. No se escribe tampoco lo que está en el inconsciente, lo que no llega a aflorar a la luz de la conciencia, pero que, en ocasiones, puede condicionar una decisión. Tampoco se escribe lo consciente, pero que, por poderosas razones, en ciertas circunstancias, no nos atrevemos a confesar a raíz de factores diversísimos que nos presionan individual o socialmente.

Es probable también, que, muchas veces, el juez escriba solamente aquello que considera más importante y que le permite probar que ha cumplido con las prescripciones legales. La sentencia sería algo así como -no diremos un resumen- una concentración significativa que no agota en manera alguna el campo de los procesos mentales del juez.

En la sentencia es probable que haya muchas decisiones, *micro-decisiones* y que, por cierto, concluya con la *macro-decisión* final. Cuando el juez ha resuelto la premisa legal y la fáctica, el silogismo fluye necesariamente por sí solo. Ha dado fin al ***silogismo práctico-prudencial***. Y ese es el razonamiento jurisprudencial. La última proposición es la conclusión o parte resolutive. Oportunamente, en otro lugar, hemos explicado que lo denominamos *práctico* porque su materia trata sobre la *praxis*, es decir, acerca de las acciones humanas; y es *prudencial*, en cuanto las premisas se hallan generadas por la *prudencia* del juez.

4. Si la fundamentación de la sentencia es constitucionalmente obligatoria y, por otro lado, existe un control de constitucionalidad, va de suyo que es atinado sostener que deba existir un *control de logicidad*, un control lógico acerca del razonamiento del juez. Este control, por cierto, no sale de los límites de lo *formal-lógico*. De ahí que el proceso repose también

en la teoría del razonamiento *lógicamente correcto*, ya que el juez tiene la obligación *constitucional* de razonar correctamente y de observar las reglas que rigen el pensar.

No queremos dejar de lado alguna otra referencia a las conclusiones que pueden surgir en un análisis de la jurisprudencia en general.

Esas conclusiones no son sino los pilares en que se basa una teoría del razonamiento correcto, pilares mínimos, por lo demás, y que un estudio más profundo y una etapa más evolucionada podrán completar.

Vamos a señalar cuáles son esos pilares inexcusables:

a) principio de verificabilidad; y

b) principio de racionalidad.

Los trataremos brevemente por separado.

a) *Principio de verificabilidad*. La motivación del juez, la fundamentación de la sentencia, debe expresarse de tal manera que *pueda ser verificada*. Esto es, los motivos deben ser *claros y expresos*, lo cual proscribiera toda formulación manifestada en lenguajes oscuros, vagos y ambiguos o tácitos.

La sentencia tampoco debe encontrarse aherrojada en fórmulas demasiado rígidas. Lo que se quiere es que la sentencia *“se base en una fundamentación formalmente correcta, análisis que no va más allá de la fiscalización del fallo a la luz de las reglas de la lógica y máximas de experiencia que gobiernan el pensamiento. Nunca se ha entendido que este examen de la motivación trascienda del plano estrictamente formal para dar lugar a un control de la aplicación del derecho de fondo. El llamado control de logicidad, no autoriza al tribunal de casación a sustituirse en la actividad de los jueces de mérito para corregir o modificar las conclusiones extraídas del análisis de los hechos o de la interpretación del derecho material, pues ese cometido excedería notoriamente los límites impuestos por la ley...”*.

La ley no impone siempre un orden para tratar las cuestiones en la sentencia y deja una gran libertad al juzgador. Podemos seguir leyendo en una resolución: *“No hay prescripción alguna de la ley que establezca obligatoriamente un orden lógico entre distintas enunciaciones de la sentencia, de modo que no es jurídicamente objetable el método de exposición consistente en anticipar la conclusión y desarrollar posteriormente los fundamentos. La sentencia no es una fórmula o ecuación matemática cuyo resultado se obtiene al final mediante el desarrollo de cálculos realizados en el papel, sino la expresión escrita de una decisión adoptada previamente en la conciencia del juez. Cuando éste da comienzo a la tarea de redactarla conoce ya la conclusión por anticipado, de modo que puede perfectamente, sin ofender ninguna regla lógica o metodológica, iniciar la exposición anunciando el resultado y dejando para un segundo momento la explicación pormenorizada de sus motivaciones. Si este procedimiento favorece la claridad y precisión de los conceptos facilitando la exposición, no se ve el motivo para cuestionarlo en ausencia de una disposición legal que establezca un método de redacción con arreglo al cual deban elaborarse necesariamente las sentencias. La ley requiere que éstas contengan determinadas enunciaciones obligatorias relativas a los hechos de la causa, a la fundamentación y a la construcción, pero no establece las “sedes materiae” de cada una de ellas, de manera que deja a los jueces en libertad de utilizar la construcción que sea más adecuada para expresar su pensamiento”* (Auto Int. N° 380 del 27/8/86, Trib. Sup. de Just., Pcia. de Cba.).

Pero esa libertad tiene un precio y ese precio es la obligación de ser claro y preciso en la enunciación del pensamiento cuando expresa la fundamentación de su decisión. Debe ser lo suficientemente claro y expreso como para que el lector pueda seguir el *hilo* (o los *hitos*) de su razonamiento, para que éste sea *verificable*, esto es, para que pueda ejercerse el *control de logicidad*, instaurado luego de un largo camino.

b) *Principio de racionalidad*. Por otra parte, desde el punto de vista formal (lógico-formal, que es el que nos interesa) la decisión debe ser fruto de un *acto de la razón* (de la *razón volente*, en todo caso). Con ello se quiere decir que la decisión no debe ser arbitraria, tanto desde el punto de vista formal como desde el sustancial. Debe conformarse con las reglas que rigen el pensar y de las que surgen de la experiencia cotidiana.

Los fallos *arbitrarios* no son sino fruto de la voluntad y no de la razón. Digamos, ya que el derecho es una de las ciencias prácticas (de la *praxis*), en la que es la *razón volente* la que debe guiar la decisión, pero jamás lo arbitrario.

La delicada labor que significa para la Corte o un Superior Tribunal, ejercer el control, tiene una frontera donde debe detenerse. Para ello, es bueno distinguir: a) examen de la motivación; b) revaloración de la prueba. El primero está permitido; la segunda, no (salvo situaciones excepcionadísimas). Y, con relación al examen, debe efectuarse sólo para comprobar la regularidad del juicio a la luz de los principios y reglas de la ciencia de la Lógica.

(Este artículo fue publicado en idioma francés en la *Révue de la recherche juridique Droit Prospective*, 1988-3, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (Francia), ps. 651 y ss.. Fue publicado igualmente en lengua española en *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, Giufre Editore, 1993, t. 3, ps. 481 y ss.).

## **XII. El desvelamiento del razonamiento judicial**

### *I. Introducción*

1. El *desvelamiento* -como actitud de descorrer el velo- de lo que ocurre cuando pensamos y la toma de conciencia de cómo se genera y desarrolla el razonamiento judicial, como acto específico de una importante región de la tarea de pensar y de sus modos propios, aparte de revelarnos un mundo nuevo, nos hace sentir más seguros en el acto de peticionar justicia o en el acto de juzgar.

Nosotros hablamos de *razonamiento judicial* pues involucramos, en dicha expresión, tanto el razonamiento de los abogados como el razonamiento de los jueces. Por eso, podríamos igualmente utilizar la expresión "razonamiento forense".

Los abogados, antes de interponer una acción -nos referimos especialmente a aquéllas que dan lugar a los llamados "casos difíciles"- realizan una verdadera predicción. Predicen el futuro. Luego de conocer los hechos y estudiar la norma aplicable al caso, infieren la conclusión. Es decir, se colocan en la hipótesis de *predecir* la conclusión que el juez formulará en el caso concreto. Y, al fin y al cabo, la predicción es indicio de que la ciencia del derecho es verdaderamente tal. Es lo que afirmábamos hace más de un

cuarto de siglo en el capítulo titulado “La predicción en el saber jurídico” de nuestra obra *Hermenéutica del saber* (Madrid, Gredos, 1979).

Y el desvelamiento del razonamiento judicial es una apreciable ventaja tanto para el abogado, como para el jurista y el juez. En verdad, hace más consciente la labor y esa toma de conciencia incide notoriamente en la excelencia de la presentación de los casos judiciales, así como el acto de juzgarlos. Pero la predicción, a medida que se desarrolla el proceso judicial, exige del abogado, la observancia de las leyes de la lógica jurídica, tanto en sus alegatos, como -si es el caso- al fundamentar los recursos y exteriorizar el pensamiento fundante de su tesis.

Por otra parte, sería necio no reconocer que el marco de referencia dentro del cual pretendemos mostrar cómo razonamos es una *teoría*. Pero es imposible hacerlo de otro modo y mucho más peligroso ocultarla.

Por lo demás, estamos convencidos de que toda teoría es en gran medida una *hipótesis de trabajo*, y, demuestra su bondad cuando se muestra fecunda, no es fácilmente rebatible y, al mismo tiempo, se hace muy difícil encontrar otra que la sustituya con ventaja; y, finalmente, proporciona una imagen coherente de un mundo semioculto y enmascarado. Si la consigna es no avanzar a ciegas, la teoría es una deseable brújula.

Y, finalmente, no se pretende sino inferir de aquello que es expresable, el proceso que nos conduce a exteriorizar lo pensado en el pensamiento judicial.

A poco que avancemos en nuestro propósito, advertimos que estamos descubriendo nuevas técnicas para expresar nuestro pensamiento, que enmarcan objetivos especiales, y nos muestran de manera más profunda cómo pensamos. Distinguimos fácilmente una manera *natural* de pensar y un modo que se hace *científico* o, por lo menos, se acerca a ello. Y, decididamente, nos hace más conscientes en nuestra tarea y más reflexivos acerca de los procedimientos que seguimos.

Descubrimos que seguimos un *método* cuando expresamos nuestros pensamientos y adquirimos, sin mucho esfuerzo, nuevas habilidades. Tal camino nos llevar a *crear* un hábito mental nuevo, que pone de manifiesto nuevas aptitudes y revela nuevas actitudes. La poderosa *abstracción*, en la tarea que despliega la razón, se pone al servicio de ella para potenciar sus posibilidades. Y, lo que es más importante, de alguna manera todo ello contribuye, en cierta forma, a *crear* el derecho, dentro de límites prudentes y razonables.

2. Nos proponemos, ahora, reflexionar sobre la estructura del pensamiento cuando razonamos en el ámbito judicial. En la acepción que adjudicamos al vocablo *estructura* queremos indicar tanto como la armadura o, mejor aún, el armazón interno que sostiene el razonamiento judicial desde el punto de vista lógico.

Si admitimos que razonamos, debemos, consecuentemente, aceptar que al expresar el pensamiento, lo hacemos ordenando y distribuyendo las partes del discurso, según reglas lógicas. Es impensable que sea de otra manera. ¿Y cuáles serán esas reglas lógicas a las que ese discurso se somete?

El razonamiento sentencial, ¿será primordialmente deductivo, o, por el contrario, será primordialmente inductivo? Ex profeso decimos

*primordialmente*, puesto que es muy difícil que alguien piense que sea sólo y absolutamente de una u otra manera.

Y, además, ¿qué otras reglas lógicas se seguirán?

Hemos iniciado el tema planteando dudas y cuestiones. Pero de algo no tenemos dudas: para estudiar el razonamiento judicial debemos partir de una *teoría del discurso judicial*. Más aún: no es suficiente esa sola afirmación. También es preciso adoptar una *teoría del proceso* adaptable a la anterior. Y, lo que es más significativo: es menester tener conciencia de lo que es el derecho, es decir, hace falta, igualmente, una *teoría acerca del derecho*, puesto que una cosa es sostener que el derecho es “un sistema graduado de normas”, a la manera de Kelsen, o bien, sostener que es “conducta” o “modalidad de la conducta”, como quieren Cossio, Fragueiro y Herrera Figueroa, a quienes adherimos.

La persona humana piensa, razona -y, luego, expresa sus pensamientos y razonamientos- según una estructura formal que no puede cambiar a su antojo. Como seres vivos tenemos simetría bilateral y a ello responde nuestra estructura biológica; y no tenemos una simetría radiada de la cual es ejemplo la estrella de mar, cuya estructura es totalmente diferente a la nuestra. No podemos cambiar -por lo menos hasta hoy- la estructura biológica de nuestro organismo, y así, de igual forma, no podemos modificar tampoco la estructura formal de nuestra razón.

Existen, para razonar, reglas que la ciencia de la Lógica ha descubierto y estudiado, reglas que no se pueden violar, sin correr el riesgo de caer en el error.

Es por esa causa que es preciso basarse en esas reglas lógicas para manifestar nuestros conocimientos científicos, cualquiera sea la ciencia cultivada. Y es natural que lo que la Lógica científica ha descubierto, se muestre de manera **pura** en su ámbito, pero esas reglas pueden ser *aplicadas* a diversas ciencias, en cuyo caso, es menester poner la debida atención al dirigirnos hacia el *objeto propio* de cada ciencia, esto es, al objeto del razonamiento al cual se aplican dichas reglas.

La consecuencia de lo que va dicho, implica significar que las reglas lógicas tienen la impronta de nuestra estructura mental y que el objeto de cada ciencia debe adaptarse a ellas y, a su vez, ellas deben adaptarse al objeto. Por eso, en cada caso, es necesario preguntarse qué tipo de ciencia es aquélla a la cual se aplica la Lógica, y, especialmente, cuál es su *objeto*. De ahí que se deba tener una clara noción de todas esas notas para que nos ubiquemos correctamente en los problemas anotados y seamos conscientes de sus aplicaciones y soluciones y lo que ello trae como corolario.

Hoy, en términos generales -así lo creemos- muchos estudiosos del derecho no vacilan en estimar que la ciencia jurídica es una *ciencia práctica*, esto es, una ciencia acerca de la *praxis*, puesto que la acción humana se halla siempre presente en el fenómeno jurídico y esa circunstancia no puede omitirse en cuanto se menciona el objeto de la ciencia del Derecho. Citemos, por ejemplo, para salirnos de los lindes vernáculos, a Neil MacCormick, quien al comenzar el prólogo de la edición francesa de su obra *Raisonnement juridique et théorie du droit* (París, Puf, 1978) afirma que el razonamiento jurídico puede considerarse como “una rama del razonamiento práctico”. Y también coincidimos con dicho autor en que el razonamiento judicial es fundamentalmente *deductivo*. Nosotros, no obstante, preferimos decir que es *primordialmente* -y no totalmente- deductivo.

Por otra parte, el razonamiento judicial se manifiesta en un *proceso*. Y el proceso, en verdad, puede ser considerado como un *diálogo*. De ahí que, en síntesis, la lógica de la que se hace uso en los procesos judiciales pueda ser considerada, no sólo como una lógica aplicada, sino como una *dialógica del derecho*.

De tal forma que, cuando un juez ha pensado y exteriorizado su sentencia, necesariamente ha razonado moviéndose dentro de esta estructura dialógica, como coronamiento del proceso, que llega a su fin. En la sentencia ha escrito los fundamentos de la conclusión, razonando sobre su materia jurídica y respetando los principios y reglas que rigen formalmente los razonamientos, desde el punto de vista lógico. Mientras se utilice, en esta tarea, el lenguaje natural, el juez no podrá escapar a las reglas científicas que la Lógica clásica ha elaborado, lo que no implica negar los progresos que la lógica simbólica ha hecho en los últimos tiempos y su utilidad. Al fin de cuentas, la lógica -con ser tal- rige para todos los lenguajes. Pero la tiranía de las leyes que rigen los pensamientos -dulce tiranía, al fin, si su precio nos conduce a proscribir lo arbitrario y a ordenar lo que se estima justo- será irreductible.

Implícitamente, claro está, en todo lo que va dicho, estamos poniendo el acento en las relaciones que tiene el Derecho con la Lógica. Y, como no se puede prescindir de ésta cuando razonamos, también estamos diciendo que es imprescindible-mente necesario un *control de logicidad* en la administración de justicia, entendiendo por tal control el examen que debe realizar una Corte o un Tribunal Superior para conocer si los razonamientos que explicitaron los jueces inferiores al dictar sus sentencias son lógicamente correctos.

## II. La determinación de las premisas y su fundamentación

1. En el derecho procesal actual -y, a veces, encontramos al respecto una prescripción constitucional- a los jueces se les manda fundamentar sus decisiones.

Desde mediados del siglo XIX (y aun antes), en Francia, esta preceptiva fue considerada como emanada de un principio y no faltó quien dijera que ese principio era de *derecho natural* o bien un principio general del derecho. Chaim Perelman, hace treinta años ya ponía de manifiesto estas aseveraciones (*Logique juridique*, Paris, Dalloz, 1976) a las cuales les asignaba una real importancia, a tal punto que hoy, todo proceso formal y lógicamente justo, el "debido proceso", no puede ser realmente tal si no se observa el mencionado principio.

En general, se emplea indistintamente el vocablo "fundamentar" o el vocablo "motivar", que hemos especificado. Motivar viene de *motivum*, que significa lo que mueve; es siempre una razón, la *razón del acto* que nos impele; el conjunto de consideraciones racionales que hace que nuestro espíritu se incline por una decisión determinada y que hace que se descarte toda otra. La *razón volente*, por causa de algún motivo, se inclina por una determinada decisión. Nuestro espíritu ha sopesado (balanceado) las diversas razones o determinados hechos o ciertas valoraciones, de manera previa, ha deliberado consigo mismo, o con otro -según sea el caso- y, luego, se ha decidido por una solución, la que realmente, por convicción y persuasión, cree y opina que es la justa. En otro lugar decíamos que se debe distinguir el *móvil* del *motivo* porque el primero es subjetivo y puede estar cargado de elementos emocionales, y no necesariamente racionales;



el segundo, es adecuadamente racional y sólo se insinúa cuando ha habido la sensata deliberación, la imprescindible reflexión. En este caso, el espíritu se vuelve sobre sí mismo y no sólo explica sino que *justifica* la resolución tomada y ordenada. Por eso, el juicio pronunciado es un acto de la razón volente (indica acción) y la acción que se manda o se ordena realizar se aparece como una acción racional (y no arbitraria). Al respecto C. Atias ha escrito una hermosa obra donde se demuestra que toda decisión de este tipo es siempre una decisión *contra lo arbitrario*. De ahí el título de su obra *Théori contre arbitraire* (Paris, Puf, 1987). El vocablo "arbitrario" tiene una carga irracional, caprichosa, injusta, y, en todo caso, contraria a la ley, fruto de la voluntad que no consulta absolutamente, o no suficientemente, a la razón.

Por otra parte, el vocablo *fundamentar* se hace presente con una significación más profunda. No sólo hay motivación, cualquier motivación. Se trata de una especial motivación; es la motivación que sostiene las bases de la obra que se construye. La fundamentación verdadera es siempre la correcta, la que lleva a la certeza, pero que, al mismo tiempo, tiene la *razón suficiente* para que algo sea lo que necesariamente deba ser y no otra cosa; o que se mande racionalmente obrar un acto y no otro cualquiera.

Se considera que la resolución del juez ha sido fundamentada cuando se *muestra*, por las expresiones vertidas, que se ha seguido todo un camino -en forma explícita- hasta llegar a una afirmación o negación, con respecto a la conclusión final a la que se ha arribado. Este camino nos revela también en qué argumentos se ha basado el juez para convencerse de sus asertos, argumentos que son otros tantos hitos indicadores de la marcha de su espíritu.

Por eso, no es aventurado afirmar que la fundamentación de las sentencias o de las tesis sostenidas respecto de la pretensión de los abogados y, en su caso, de los recursos intentados, deben mostrar con absoluta claridad "*todas las operaciones del espíritu* que han conducido al juez -o al abogado- al dispositivo" al que se ha arribado (T. Sauvel, *Histoire du jugement*, Révue dr. Public, 1955).

Por todo ello, por sobre y más allá de las causas legales y *antes* que ellas, desde el punto de vista lógico, existen *tres tipos* de causales, que hacen vulnerable la decisión, causales que hoy no pueden ser soslayadas, si se quiere ser objetivo y hacer de la ciencia jurídica una disciplina que se precie de tal. Conscientemente decimos *antes* y con ese vocablo -que no tiene necesariamente connotación temporal- queremos significar que dichas causales *preexisten a priori* a toda fundamentación. Son reglas que rigen los procesos lógicos del pensamiento, a veces positivizados por la ley y a veces no, que -mal que nos pese- no pueden ser negados ni ocultados.

Esos tres tipos (que ya hemos desarrollado en la primera edición de nuestra obra *Lógica del proceso judicial* (Córdoba, Lerner, 1987 y reimpressiones y ediciones posteriores) son:

a) *Falta absoluta de motivación* de la decisión o de la tesis sostenida, en cuyo caso incluimos la motivación aparente y la realizada mediante afirmaciones dogmáticas, que, en puridad de verdad, no son, estrictamente, fundamentaciones, y que no deben ser consideradas como tales.

b) *Motivación insuficiente*, cuando no se alcanzan las bases mínimas que toda motivación debe reunir para ser realmente tal. Se viola el principio lógico de razón suficiente.

c) *Motivación lógicamente defectuosa*, cuando se viola algún otro principio lógico, como es el caso del *principio lógico de no contradicción*.

Los tipos b) y c) son motivaciones lógicamente defectuosas, siendo la última una motivación defectuosa en sentido estricto, por violar el principio lógico citado.

2. Pero, antes de entrar a desarrollar estos problemas, problemas realmente complejos y que pueden merecer sus respectivos capítulos, corresponde ir más hacia el fondo de la estructura de la sentencia. En el caso del razonamiento judicial del abogado, la estructura de la sentencia, cuya *predicción* -en lo que atañe a su conclusión- ha efectuado antes de iniciar la causa, el desarrollo y la motivación se hacen explícitos en la o las tesis sostenidas en los alegatos y en la fundamentación de los recursos.

¿Y qué es lo que merece fundamentación de manera propia? La respuesta a la pregunta nos introduce de lleno en una teoría lógica de la sentencia. Si aceptamos que la sentencia es un *silogismo práctico-prudencial* o *silogismo jurisprudencial*, son las *premisas* las que necesariamente se deben fundamentar.

Aquí es cuando la lógica científica se hace lógica aplicada. Es la lógica aplicada a un objeto especial: el razonamiento jurídico. En consecuencia, la lógica, sin dejar de serlo, debe adecuarse al objeto al cual se aplica y, recíprocamente, el objeto debe acomodarse a la lógica aplicada.

Estamos lejos de sostener el esquema de la época de Calamandrei, cuando los juristas pensaban, diríamos, casi ingenuamente, en el silogismo tradicional o clásico. Después de los estudios de Lukasiewicz, el silogismo jurisprudencial, de la lógica aplicada al derecho, se torna una forma de argumentar extraordinariamente complicada, especialmente en lo que se ha dado en llamar *casos difíciles* o *casos complejos*.

Cuando efectuamos el análisis de una sentencia de este tipo, no trepidamos en afirmar que se utilizan *todos los métodos* que abarca la Lógica. Nos encontramos con inducciones, deducciones, inferencias, razonamientos por analogía, intuiciones de diverso tipo, reglas de la experiencia, etc.

El comienzo del razonar ante el propósito de pensar una sentencia, o de redactarla para exteriorizar los argumentos que la fundamentan, apunta hacia un primer objetivo: la **fijación o determinación de las premisas**. Hemos recordado ya que el Calamandrei juvenil nos decía que “*la ley es juicio hipotético de carácter general que vincula un efecto jurídico a un posible evento: <Si se realiza un caso del tipo a, se produce el efecto jurídico b>. Aquí, dice el juez, se verifica en concreto un caso que tiene los caracteres del tipo a; por tanto declaro que debe producir en concreto el efecto jurídico b. Por consecuencia, todo el trabajo del juez se aplica a encontrar la coincidencia entre un caso concreto y la hipótesis establecida en forma abstracta por la norma, o sea, de acuerdo con la conocida terminología escolástica, la coincidencia entre la hipótesis real y la hipótesis legal*” (P. Calamandrei, *Proceso y democracia*, Buenos Aires, EJE, p. 71 y ss.).

Pero, somos conscientes hoy que en el problema hay dos incógnitas: los hechos y la ley aplicable. Por ende, hay dos premisas: la *fáctica (menor)* y la *legal o normativa (mayor)*. Ellas son las que deben ser determinadas.

3. Decimos *determinar* las premisas (que -repetimos- son dos, la menor o fáctica y la mayor o legal), lo que significa tanto como *fijarlas, discernirlas, tomar una resolución que las señale clara y expresamente*.

Con ello hemos resuelto el caso, ya que nos colocamos frente a la imagen del viejo silogismo tradicional, cuya solución fluye sola. En verdad, es seductora y expresiva la imagen del viejo silogismo tradicional. Pero, no todo el problema está ahí; la cuestión no es tan simple. La realidad del litigio procesal nos muestra una cuestión mucho más compleja. Planteado el *caso concreto* por las partes en un juicio, y producida la prueba, nos encontramos, generalmente, con dos tesis, problema que se manifiesta inexorablemente en todo lo que es materia de disputa.

El hecho que da origen al litigio es siempre un hecho que se da en la realidad histórica de la vida. Ese hecho es "revivido" en el proceso. Y, finalmente, luego de la interpretación de cada una de las partes, es *determinado* por el juez. Hay, pues tres realidades: a) la que se dio históricamente en la vida y antes del proceso; b) la realidad que muestra el proceso luego de producida la prueba; c) la que el juez tiene como cierta. Esta última es la que *fija* el juez y le sirve de base para dar los pasos siguientes. Esta determinación del juez sobre los hechos y/o actos del caso concreto es la *premisa menor* del razonamiento final. Es siempre un *juicio individual*. Es una *premisa fáctica*.

Para llegar a esa proposición el juez ha utilizado toda clase de métodos. Es una ardua tarea. Aquí hay inducciones, deducciones, inferencias, razonamientos por analogía, valoraciones y -quizá- intuiciones expresados en toda una serie de argumentaciones para apoyar y sostener la premisa. Lo que se *fija o determina* está expresado en una premisa *débil*, que versa sobre materia *opinable*, pues puede tener como antecedente un problema, sintetizado, al menos, en dos signos polarmente opuestos. La prueba de lo que decimos está en que las partes sostienen posiciones contrarias. Los argumentos se enfrentan *dialécticamente*. Simbólicamente podemos decir, con los condicionales:

Si **p** entonces **q**.

Pero el problema puede ser más complejo aún, pues puede darse **p** y no darse necesariamente **q**.

Ejemplificando con un esquema muy simple, en un accidente de tránsito, el razonamiento podría asumir esta forma:

Si

**p** (Juan embistió a otro vehículo)

y si

**p'** (Juan iba con exceso de velocidad)

y si

**p''** (Juan no tenía frenos)

y si

**p'''** (Juan estaba distraído)

entonces,

**q** (Juan, probablemente, es culpable del accidente).

En otras palabras:

Si **p** y **p'** y **p''** y **p'''**,

entonces **q**.

He aquí el proceso mental exteriorizado y que concluye con la premisa fáctica en la que culmina el razonamiento sobre los hechos o actos acaecidos. Vemos, naturalmente, que la acción de conducir el vehículo está referida al ser humano, al hecho del hombre. El juez juzga la acción humana pues ésta ha sido o, según el caso, no ha sido la que las normas requieren como correcta. El vehículo debe ser conducido de tal forma que no embista a otro, no debe ser conducido con exceso de velocidad, debe reunir las condiciones que se requieren para circular (tener los frenos en buenas condiciones, etc.) y se debe conducir con atención, sin distracciones de ninguna naturaleza. Es indudable que todas estas acciones han sido referidas permanentemente a normas que reglan la circulación de vehículos. Por eso, la consideración de cada hecho se meritúa conforme a un conjunto de normas. Pareciera ser ésta una constante: siempre el hecho o el acto debe ser referido a algún principio o a una o algunas normas, ya sea en las grandes cuestiones o en las pequeñas, pues todo pleito presenta un manojito de problemas litigiosos y toda causa requiere, no una sola decisión, sino varias y tantas como sean las cuestiones que se presenten. Existe una *co-dependencia* recíproca entre los hechos y la o las normas.

El espíritu humano trabaja a manera de la *lanzadera* que teje el paño, que en su movimiento continuo, va de la singularidad del hecho al concepto jurídico que es universal y abstracto, al que lo referimos permanentemente. El hecho de la realidad histórica queda atrás. Al juzgar *calificamos* el hecho reproducido en la realidad procesal. Esta actividad es real y genuinamente jurídica. Subsumimos lo singular y concreto en lo universal y abstracto y, en cuanto lo hemos decidido así, hemos *calificado* el hecho jurídicamente. Decimos, por ejemplo, como en el caso del automovilista, que la conducta es “culpable y/o negligente”. El *hecho* singular se ha insertado en un *concepto* universal. *Calificar* es, entonces, subsumir la *conducta concreta* de Juan (hecho singular) en un concepto universal, al decir que su conducta es la de una persona *culpable o negligente y, por lo tanto, debe resarcir el daño causado*. Aquí, los vocablos “culpabilidad” o “negligencia” asumen una jerarquía científico-jurídica, pues han sido elaborados a través de un largo proceso en el que la jurisprudencia, la doctrina y la legislación han aportado sus experiencias.

Y, cuando se produce la calificación del hecho (conducta de Juan), hemos resuelto una cuestión litigiosa; hemos tomado una *decisión*, que no es aún la definitiva, pero, sí, implica la determinación de la premisa menor o fáctica. Hemos hecho pie en un lugar razonablemente firme, porque hemos calificado los hechos que traducen la conducta de Juan como culpable o negligente, ya que ha actuado sin cuidado, omitiendo las diligencias que exige la naturaleza del acto porque ha conducido el vehículo con exceso de velocidad, sin frenos y distraído, lo cual ha arrojado como consecuencia el choque con otro y el resultado ha sido el daño que ha causado. Ha habido incuria, imprudencia, en la conducta de Juan.

Y todas esas notas -que surgen de los hechos probados- esas características de esa conducta, como la de no tener el vehículo en condiciones regulares, abusar de la velocidad, estar distraído durante el acto de conducir, son las *notas* que apuntan hacia el *concepto jurídico* de culpa o negligencia. Los hechos son *calificados* por nuestra razón y, por eso, los referimos siempre a un concepto jurídico para comprobar si ellos tienen las notas distintivas que caracterizan dicho concepto. Las notas conceptuales son algo así como las “marcas” o “señales” que ponemos en las cosas o acciones para distinguirlas de otras. Y ese es origen del

concepto “*nota*”, cuando hablamos de “notas conceptuales”. La labor del jurista en esta etapa, es, especialmente, la tarea de buscar las señales que tienen los hechos o actos, para que nos conduzcan hacia los conceptos jurídicos, en ese ir hacia la calificación de ellos. La razón humana -lo repetimos- pareciera actuar como una “lanzadera” que va tejiendo la red y va anudando en decisiones los hilos fundamentales y la razón argumenta para demostrar cuáles son las señales que ha encontrado y que fundamentan la calificación que ha realizado. La “lanzadera” del espíritu obra desde el hecho procesal probado -o que se estima probado- hacia el concepto jurídico y, desde éste, de nuevo a los hechos, hasta que el espíritu del juez se torne convencido y persuadido de que la calificación lograda es la que corresponde. Se ha producido, entonces, la *determinación de la premisa menor o fáctica* y se ha preparado la base para hacer lo propio con la mayor o legal (normativa).

Por otra parte, se hace preciso  *fijar o determinar* la premisa mayor o normativa. Es éste otro  *momento* del razonamiento judicial.

Cuando utilizamos el vocablo  *momento* no queremos significar que estamos mentando un instante o estamos haciendo referencia a un tiempo, a una cuestión cronológica. El proceso mental del razonamiento no implica que las premisas (la menor o fáctica y la mayor o normativa) se producen en forma sucesiva o una después de la otra. Nuestra razón puede determinarlas simultáneamente o sucesivamente. Establecidos los hechos, si hacemos la subsunción del caso concreto, teniendo presente la culpabilidad subjetiva, de alguna manera ya hemos resuelto que la premisa mayor se identifica, en esa situación, con la norma prescripta en el art. 1109 del Código Civil argentino que textualmente dice en su primera parte: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”.

Es decir, en consecuencia, que hemos  *fijado o determinado* ya la  *premisa mayor o premisa normativa*.

En este caso, nos hemos propuesto la hipótesis según la cual no ha habido disputa en cuanto a la norma aplicable.

El silogismo  *práctico-prudencial*, determinadas las premisas, queda configurado: “Si Juan causó un daño (premisa fáctica), en función de lo dispuesto por la premisa legal o normativa aplicable al caso, Juan debe resarcir”.

### **XIII. El control de logicidad**

Quiérase admitirlo o no, el control de logicidad tiene vieja raigambre. Existe una verdadera patología de las sentencias, evidenciada en numerosos fallos anulados por haber sido gestados con un vicio insanable: no observar un principio lógico. Así, a poco que se analicen sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se podrá observar que muchas ostentan una crítica rigurosa que culminan con el hallazgo de haber violado el tribunal inferior el principio de no contradicción. Es más frecuente aún la cantidad de fallos anulados por no tener fundamentación o tener fundamentación aparente, o por no haber sido fundados con propiedad o fundados suficientemente, en cuyos casos no se ha observado el principio de razón suficiente (confr. nuestro artículo  *Patologías lógico-formales de la sentencia*, en J.A. 2004-II, fasc. 11, ps. 3-9).

Ocurre lo mismo con el examen de fallos de cortes o superiores tribunales provinciales.

De hecho y de derecho, según los casos, existe un *control de logicidad*. La necesidad de fundar las sentencias, requisito exigido por la ley, conduce, en ocasiones, a no respetar la racionalidad de los juicios que se emiten, de tal forma que la arbitrariedad se instala en los razonamientos mismos.

El control de logicidad, por consiguiente, explícito o implícitamente establecido, tiene por objeto extirpar los *errores in cogitando*, que conducen a una patología lógica de la sentencia. El control va contra los errores de la razón y sabemos que si no existe un uso formal de la razón en sentido estricto, no hay sentencia posible que merezca el nombre de tal.

Es verdad que hay elementos muy sutiles. Es verdad que la valoración y comprobación fáctica de los hechos, escapa a la instancia de control, salvo casos muy excepcionales. Pero no ocurre lo propio con *los razonamientos sobre los hechos* cuando se los expresa de tal forma que evidencian la violación del principio de no contradicción. En este caso, la conclusión de la sentencia puede ser arbitraria, arbitrariedad cuyo origen está en el error lógico. Esta arbitrariedad es una consecuencia y no la causa de la patología de la sentencia.

Las expresiones tan manidas como “sana crítica” o “derivación razonada” tienen un sentido conceptual amplio, difuso y de contenido “polívoco”, que poco ilustran y poco dicen a la inteligencia. Incluyen tanto problemas instrumentales/formales como cuestiones que hacen al sentido de los enunciados. Mas, una rigurosa observación de los principios lógicos fundamentales, que son de precisa formulación, por sí sola, podría hacer mucho para evitar sentencias arbitrarias.

La hipótesis de trabajo que venimos propugnando a lo largo de más de medio siglo, creemos que, incluso, tiene bondades metódicas que redundan en un beneficio de la expresión del pensamiento del juez cuando redacta la sentencia, como así en el abogado que presenta sus escritos.

A despecho de los temores de Calamandrei es posible separar el contenido de las formas de los pensamientos. Los jueces de control, en esta tarea de supervisar errores lógicos, no tienen con esto motivo alguno para penetrar en problemas derivados del contenido de los pensamientos ni en los del derecho sustantivo. No hace falta revalorar pruebas ni situaciones fácticas. No hace falta convertir al tribunal en una tercera instancia, si se cuida de permanecer en la arista formal que constituye la envoltura y el sostén con que se muestran los pensamientos expresados.

En suma, todo esto es materia farragosa, porque los razonamientos forenses enmascaran y ocultan problemas. La labor de desbrozamiento es sumamente delicada y hace falta una aguda percepción de las cuestiones para desenmascarar lo que se oculta detrás de los enunciados.

Hemos dicho más arriba que el razonamiento forense hace gala de emplear todos los métodos lógicos. Ningún principio y/o regla lógica escapa a la aplicación en este ámbito jurídico.

Es notorio que en el análisis de la prueba, por ejemplo, se emplean los *condicionales*, siguiendo el camino de las inferencias inductivas, ya que se parte de lo singular, en tránsito hacia la determinación de la premisa fáctica. Y se emplean también los *condicionales* cuando, en la senda de la determinación de la premisa normativa, se hacen inferencias deductivas.

Igualmente, cuando se apoyan y apuntalan razones que hacen a ambas premisas, normativa y fáctica, se utilizan argumentos que tienen forma *entimemática*. Y ello se justifica por cuanto se razona sobre cuestiones *opinables*. Los entimemas son una forma de argumentar extraordinariamente adecuada para ese tipo de razonamiento, como es advertido ya desde la época de Aristóteles cuando escribe la *Tópica*, según lo hace notar A. Cattani (*Forme dell'argomentare*, Padova, Edizioni GB, 1990). Ocurre que, por razones retóricas, los juristas dejan implícitos muchos supuestos, a veces, para evitar repeticiones y otras, por motivos de estilo. Es indudable que lo omitido o lo implícito es fácilmente discernible por el juez, por las partes o por el auditorio. Como se sabe, en el entimema, una de las premisas está implícita. Generalmente, determinada la premisa mayor (el principio o la norma aplicable al caso), desde ahí en adelante, no se la explicita siempre en cada uno de los razonamientos ulteriores; por eso, el entimema. Y el tratamiento de la cuestión no es nuevo porque no sólo lo hicieron los antiguos sino también la lógica medieval. Es notorio que existe una vasta bibliografía, sin solución de continuidad desde Grecia hasta hoy, que ha hecho centro de su atención el silogismo retórico o imperfecto que recibe el nombre de *entimema*, como ya hicimos notar al tratar de los discursos de Lisias (confr. *El razonamiento forense*, Córdoba, Ediciones del Copista, 1998).

Lo bueno -y queremos destacarlo una vez más- es *ser consciente* de las herramientas que el pensamiento y el lenguaje nos proporcionan para mejor aprovechar de ellas.

Nos propondremos más en otras entregas: hacer el análisis de sentencias que contienen los problemas que aquí se han tratado.

Notas:

- Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Director del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

# UN MODELO DE JUEZ DEMOCRÁTICO

ROLANDO OSCAR GUADAGNA

**Sumario:** **I.** Introducción. **II.** La justicia en la encrucijada. **III.** Esbozo de un modelo de juez democrático: el juez humanista. 1. La desmistificación del modelo de juez técnico. 2. La Justicia de la medialuna (cara a cara). 3. La prudencia como virtud. 4. Conciencia de las limitaciones del procedimiento judicial y del sistema jurídico para resolver los conflictos humanos. 5. Características de los modelos de jueces técnicos y de jueces humanistas. **IV.** Consecuencias prácticas. 1. Acción de amparo interpuesta con motivo del traslado de una escuela centenaria. 2. Protección de la vivienda única. 3. Desalojo de un anciano solo y con sus facultades mentales deterioradas. 4. La solución de un complejo asunto societario. **V.** El modelo de *juez humanista* y el diseño constitucional. **VI.** Conclusiones.

## I. Introducción

En nuestro país se han elaborado numerosos y fundamentados diagnósticos sobre la situación general de la justicia <sup>1</sup>, que generalmente concluyen en que es necesario generar cambios que mejoren su funcionamiento.

No me propongo aquí efectuar un nuevo diagnóstico sobre el problema judicial, sino aportar ideas que enriquezcan el debate sobre el funcionamiento de nuestro sistema institucional de resolución de conflictos y la forma de mejorarlo.

En este caso, el esfuerzo estará dirigido a bosquejar un modelo ideal (en el sentido weberiano) <sup>2</sup> de juez, adaptado a las complejas sociedades democráticas actuales, que sea útil como cartabón para comparar con otros modelos, especialmente, con los asumidos deliberadamente o presupuestos inconscientemente en la mentalidad de los jueces actuales, para así descubrir fortalezas y debilidades que orienten en la búsqueda de los mejores jueces para nuestra sociedad y nuestro tiempo, punto de partida imprescindible -según entiendo- de cualquier intento de producir cambios efectivos en el funcionamiento de la justicia.

## II. La justicia en la encrucijada

Por razones de tiempo y espacio doy por aceptadas (aunque podrían ser materia de discusión y análisis) las siguientes ideas:

1º) Es necesario un cambio profundo y sustancial (en cierta forma, una revolución en sentido khuniano <sup>3</sup>) en la forma de resolver los conflictos intersubjetivos (tesis obvia para la sociedad, según lo que cabe deducir de las encuestas de opinión <sup>4</sup>, pero que no es aceptada de buen grado en los ámbitos tribunales <sup>5</sup>);

2º) Ese cambio es posible;

3º) Si ese cambio no es promovido por la propia justicia, para afianzarse y fortalecerse a través de una relegitimación <sup>6</sup> que le permita cumplir con eficacia sus funciones de garantía para las personas y de control de los otros poderes (estatales y no estatales), será impulsado desde afuera, pero para lograr los objetivos de quienes impongan las transformaciones, los cuales, según nuestra experiencia histórica, estarán orientados más a debilitarla y someterla que a procurar su efectiva independencia <sup>7</sup>.



En este sentido entiendo que la justicia se encuentra en una encrucijada: las alternativas no son cambiar o no cambiar, sino cambiar desde adentro, persiguiendo sus propios objetivos (que no deberían ser otros que los establecidos en las constituciones nacionales y provinciales, entre ellos, el de afianzar la justicia), o resignarse al cambio que generarán los otros poderes políticos y actores sociales, para alcanzar sus propósitos y finalidades.

La primera alternativa no significa una transformación promovida y realizada exclusivamente desde y para los integrantes del Poder Judicial, sino un cambio en el que los operadores judiciales tengan un activo protagonismo, pero en el que participen todos los actores políticos y sociales, orientado a que la justicia cumpla la función que la sociedad espera de ella.

Las sociedades democráticas se construyen entre todos y, en ellas, los problemas se pueden resolver (deberían resolverse) a través del intercambio de ideas y opiniones, procedimiento difícil si se disimulan las dificultades, se esconde información o se mienten los propósitos.

Con este trabajo trataré de participar de ese debate, proponiendo un perfil, modelo o tipo de juez que es, según entiendo, el que necesitamos en las especiales circunstancias que atravesamos a comienzos del siglo XXI.

### **III. Esbozo de un modelo de juez democrático: el juez humanista**

En la actual situación de la justicia, más de lo mismo puede agravar el problema, en vez de contribuir a solucionarlo.

Paul Watzlawick, John H. Weakland y Richard Fisch, pertenecientes a la Escuela de Palo Alto, EE.UU., han colocado el siguiente título a uno de los capítulos de su libro Cambio <sup>8</sup>: *“Más de lo mismo o cuando la solución es el problema”*. Eso es lo que parece que nos está sucediendo.

Los autores mencionados señalan que cuando hablamos de “problemas” en el sentido en que ellos lo hacen (*“callejones sin salidas, situaciones al parecer insolubles, crisis, etc., creados y mantenidos al enfocar mal las dificultades”* <sup>9</sup>), *“es la propia estructura del sistema la que ha de experimentar un cambio, y ello puede ser tan sólo efectuado al nivel de cambio 2”* (y grafican: en vez de acelerar el automóvil hay que hacer un cambio de marcha) <sup>10</sup>.

Entiendo que con ese nuevo enfoque, estamos en condiciones de advertir que para solucionar la crisis del derecho y de la justicia es preciso cambiar las concepciones que tenemos sobre el primero como fenómeno jurídico, sobre el razonamiento jurídico y sobre la función de la justicia.

Abordar profundamente todas esas cuestiones, excede la naturaleza de este trabajo. A continuación, me limitaré a esbozar algunas propuestas concretas que, implicando cambios de actitudes y de mentalidad, probablemente permitan revertir en parte el círculo vicioso en que nos encontramos sumergidos.

Tengo la convicción de que podemos generar micro-cambios (para los que no dependemos de centros de poder alejados), cuya sumatoria y generalización puede transformar beneficiosamente la interrelación de los operadores jurídicos y los resultados de la actividad judicial.

Pero para que ese cambio sea efectivamente de segundo grado es necesario mirar la situación desde otra concepción; es preciso generar un

cambio de mentalidad en los jueces y funcionarios judiciales <sup>11</sup> y, para ello, resulta conveniente elaborar un modelo ideal de magistrado democrático para reemplazar al que tenemos incorporado como “idea-creencia”, formada al “*influjo de la dogmática jurídica, la teoría de la separación de poderes y el auge del principio dispositivo en los siglos XIX y XX*” <sup>12</sup>.

Entiendo que el cambio copernicano consiste sencillamente en pasar del modelo de *juez técnico* <sup>13</sup> al modelo de *juez humanista*, que si bien supone al primero, lo supera y mejora.

A continuación procuraré bosquejar este último tipo ideal de magistrado, nutriéndome fundamentalmente de algunos aportes de la teoría crítica y del humanismo levinasiano, de la concepción aristotélico tomista de prudencia y de mi experiencia como juez de primera instancia.

### 1. La desmistificación del modelo de juez técnico

La contribución de la teoría crítica es la de servir como herramienta intelectual útil para derribar el velo que cubre de lustre al modelo de *juez técnico* y para desarrollar una actividad auto reflexiva que permita a los jueces descubrir y admitir nuestras propias limitaciones, prejuicios e ideologías, para superarlas y evitar que ejerzan una influencia solapada, en una actitud profundamente auto transformadora y orientada hacia la modificación de la actividad judicial y, con ello, del estado de cosas imperante <sup>14</sup>. Función transformadora y de desmistificación imprescindible, ya que la consolidación de un nuevo tipo ideal de juez sólo será posible cuando sean evidentes para los actuales magistrados los defectos del modelo elaborado hace ya dos centurias.

En esa tarea y siguiendo a Roberto Bergalli, podemos criticar al modelo de *juez técnico*, señalando que “*en una sociedad tan agudamente dividida en clases como la argentina, y dicotómica como ésta ha llegado a ser*” <sup>15</sup>, la concepción de la función del juez como un servicio exclusivamente técnico ha contribuido sensiblemente, junto con su formación y preparación como jurista, a colocarlo en la famosa torre de marfil, y a hacer así “*del Poder Judicial, un cuerpo cada vez más separado de la sociedad civil pero más dependiente de los demás poderes que influyen en su configuración como tal*” <sup>16</sup> y, por lo tanto, tornándolo más funcional al poder dominante o hegemónico <sup>17</sup> y más alejado del compromiso con la realidad social que cabe esperar de jueces auténticamente democráticos; es decir, conformando una estructura judicial despersonalizada <sup>18</sup> y “*una administración de justicia descomprometida y fácilmente plegable a los cambios de sistemas políticos*” <sup>19</sup>.

### 2. La Justicia de la medialuna (cara a cara)

En las antípodas, nos encontramos con el *sanedrín* -el tipo ideal a través del cual, según Emmanuel Levinas, la tradición judía piensa la institución suprema de la Justicia <sup>20</sup>- que, frente a la despersonalización y aislamiento del sistema judicial criticado en el párrafo que antecede, funciona en base a una relación interpersonal -cara a cara-, abierto a la sociedad y al mundo.

Comentando el *Texto del Tratado Sanedrín (36b - 37a)*, el mencionado filósofo humanista, post-heideggeriano, explica: “*Nuestra Misná, la parte*

más antigua de nuestro texto -la que la sigue, más reciente, se supone que aporta su comentario- nos enseña que el sanedrín formaba un semicírculo, para que sus miembros pudieran verse unos a otros. Estaba, pues, como en un anfiteatro. Tenía la particularidad de que uno no veía nunca al otro de espaldas, sino siempre de cara o de perfil. La relación interpersonal no quedaba nunca suspendida en esta asamblea. La gente se daba la cara. Así, pues, como hoy se dice, el 'diálogo' no se interrumpía nunca ni se perdía en una dialéctica impersonal. Asamblea de rostros, y no sociedad anónima".

"Pero forma un semicírculo o un círculo abierto. Porque precisamente se trata, para los magistrados que en él se sientan -cuando discuten las causas sometidas a su jurisdicción, o cuando dan su sentencia-, de permanecer abiertos al mundo exterior. En la abertura del semicírculo, si creemos a los comentadores, se presentaban las personas procesadas y los testigos. También estaban en ella los escribanos. Un círculo abierto: los jueces que están en el corazón del judaísmo -que son su 'ombligo' y que están, incluso, como inmediatamente veréis, en el ombligo del mundo-, están abiertos al mundo, o viven en un mundo abierto. Aún no es una sinagoga cerrada. Está abierta. Además, no es una sinagoga, sino un tribunal" <sup>21</sup>.

La lectura que Levinas hace del texto talmúdico es una lectura crítica, que "consiste en traducir lo que está dicho allí a un pensamiento filosófico que tiene una justificación independiente" <sup>22</sup>.

Y esa lectura crítica es realizada desde el "humanismo del otro hombre", en cuya base se encuentra la relación cara-a-cara; "la apertura a la otredad en el mismo corazón de la subjetividad" <sup>23</sup>.

Pues bien, esa relación intersubjetiva básica, "anterior a la comprensión teórica o al conocimiento" <sup>24</sup>, en la que me configuro como ser humano al encontrarme con otro ser humano, es la que está -según entiendo- en la base de la democracia, entendida "como modo de vida 'neomatrístico'"; como "expansión de la relación de mutuo respeto, de confianza, de colaboración..." <sup>25</sup>; como "modo de convivencia entre iguales, entre seres que se respetan..." <sup>26</sup>.

Dentro de ese modo de vida democrático, no puede encontrar lugar el juez técnico (propio de un sistema patriarcal, de dominación y sometimiento, en el que las relaciones intersubjetivas se han instrumentalizado), pero sí puede desplegarse en plenitud el modelo de juez humanista, que es el que coloca en el centro de su atención a la persona humana, para construir a partir de ella (de su situación concreta, de sus necesidades e intereses) las mejores soluciones, dentro de las posibilidades de actuación que permite el ordenamiento jurídico.

Al revés del juez técnico que parte del sistema jurídico (al que considera cerrado, coherente y completo) y que, en consecuencia, no resuelve (o soluciona defectuosamente) los nuevos problemas que no están adecuadamente previstos en el ordenamiento jurídico, el juez humanista parte de los seres humanos concretos que se encuentran inmersos en un conflicto intersubjetivo (tienen un problema) y procura encontrar la mejor solución posible para ese hombre o mujer de carne y hueso (no para la persona o para el sujeto de derecho como abstracción) a través de un diálogo <sup>27</sup> cara a cara, personal y comprometido, sin salirse del sistema jurídico, pero sin atarse a-critica e irreflexivamente a una única interpretación posible de las normas jurídicas <sup>28</sup>, motivo por el cual arriba siempre a una solución que contribuye a crear y de la que, por lo tanto, es (y se siente) personalmente responsable.

Para este modelo de *juez humanista* los derechos humanos ocupan el centro del sistema jurídico. Como fuentes de luz, los derechos humanos reconocidos en las constituciones y en los tratados internacionales iluminan toda la normativa infraconstitucional, que debe ser interpretada de manera de asegurar la máxima realización en cada caso concreto de todos los que se encuentren en juego.

### 3. La prudencia como virtud

En el modelo de *juez técnico* se intenta limitar el protagonismo judicial como forma de evitar la arbitrariedad y el abuso de poder por parte de magistrados que no han sido elegidos directamente por el pueblo soberano. Por eso se propone que la posición del juez ante la norma sea puramente pasiva y deductiva y que aplique mecánicamente la ley. Se desconfía del juez y por eso se limita su discrecionalidad.

En el modelo de *juez humanista* se confía en la prudencia del magistrado y por eso se le permite (exige) un mayor protagonismo. Jueces virtuosos garantizan que, al final del proceso deliberativo-dialéctico-argumentativo, se arribará a la mejor solución posible (la más justa conforme a derecho).

Nuevamente estamos en las antípodas: en el modelo de *juez técnico* no interesa tanto que los jueces sean virtuosos ya que lo que garantiza la corrección de sus decisiones no es su permanente inclinación a actuar de manera justa, sino su sujeción a la ley; por el contrario, en el modelo de *juez humanista*, la prudencia <sup>29</sup> de los magistrados es fundamental porque es lo que asegura que contribuirán al logro del bien común, procurando soluciones justas y adecuadas al derecho en cuya formación ellos participan a través de la interpretación de los textos legales <sup>30</sup>.

### 4. Conciencia de las limitaciones del procedimiento judicial y del sistema jurídico para resolver los conflictos humanos

El juez técnico parte de la convicción de que su función consiste en establecer la única solución correcta, que no es otra que la prevista por las normas legales para los hechos que conforman la plataforma fáctica. Para esta concepción, la sentencia está constituida por un silogismo, en el que la premisa menor es un juicio verdadero sobre los hechos acontecidos, en tanto que la premisa mayor es la clara y precisa expresión de la infalible y omnisciente voluntad general. Esta concepción de la actividad judicial se basa en al menos dos presupuestos falsos: 1º) Que al cabo del proceso judicial el juez llega a conocer íntegramente los hechos acontecidos, como si dentro del procedimiento judicial fuera posible descubrir toda la verdad de lo sucedido; y 2º) Que las reglas de derecho sancionadas por el legislador son claras y precisas expresiones de la voluntad general, que prevén soluciones para todos los casos posibles, conforme con los valores y principios constitucionales.

El *juez humanista*, en cambio, reconoce sus propias limitaciones y las imperfecciones de todas las obras humanas, entre las que se incluye el ordenamiento jurídico.

Como en su vertiente crítica, no sólo somete a cuestionamiento las soluciones elaboradas por el legislador que no están de acuerdo con los

principios y valores constitucionales, sino que también examina y somete a permanente evaluación su propia actividad judicial y los presupuestos que la condicionan, el *juez humanista* es consciente de sus propias limitaciones (entre ellas, la imposibilidad de descubrir toda la verdad en el limitado cauce del proceso judicial, fuertemente condicionado por exigencias ajenas a valores cognoscitivos <sup>31</sup>) y de las imperfecciones del sistema jurídico. Sabe que a lo sumo puede aspirar a aproximarse a la verdad de una parte de los hechos acontecidos (aquellos introducidos por las partes al debate y que han podido ser probados) y que el ordenamiento jurídico no es pleno, claro, preciso, ni está exento de antinomias, razones por las cuales su aplicación meramente silogística no garantiza arribar a la solución correcta.

Entre las muchas consecuencias que el *juez humanista* extrae de la comprobación de sus limitaciones (tanto personales como funcionales y contextuales), se encuentra el reconocimiento de que debe esforzarse por crear condiciones que permitan a las partes (que tienen un conocimiento más completo de los hechos acontecidos, así como de sus necesidades e intereses) arribar a soluciones consensuadas, que satisfagan sus intereses. Esas soluciones elaboradas autónomamente, siempre que se asegure un relativo grado de igualdad entre los participantes, no sólo permiten a las partes involucradas mantener su autonomía, sino que en general son mejores que las impuestas por terceros, aun cuando éstos sean imparciales y prudentes.

##### 5. Características de los modelos de jueces técnicos y de jueces humanistas

Para que resulten más claras las semejanzas y diferencias entre los modelos de *juez técnico* y de *juez humanista*, resulta conveniente confeccionar un cuadro comparativo, que contenga las características que diferencian a uno de otro y que, según entiendo, permitirá percibir el cambio holístico y de significados que se propugna.

	<b>Juez técnico</b>	<b>Juez humanista</b>
Remedio contra el abuso de poder y la arbitrariedad:	Sometimiento irreflexivo y acrítico al texto de la ley	Respeto del texto de la ley.  Prudencia, como hábito de inclinarse hacia lo justo
Racionalidad:	Formal	Formal y sustancial
Razonamiento:	Silogístico-deductivo	Deliberativo, argumentativo, dialéctico y prudencial en el establecimiento de las premisas y silogístico deductivo en la etapa final o

		conclusiva.
--	--	-------------

Interpretación:	Literal y lógica	Literal, lógica y contextual
Punto de partida o centro de su atención:	El sistema jurídico	La persona concreta y sus problemas
Percibe al ordenamiento jurídico como un sistema:	Cerrado, completo y coherente	Abierto, incompleto y con algunas contradicciones.
Actitudes:	Pasivo, reactivo	Protagonista, proactivo
Forma de resolver los conflictos:	Aplica mecánicamente la ley	Construye la solución dentro del marco normativo
Relación con la sociedad:	Aislado (encerrado en la torre de marfil) y descomprometido	Abierto a la sociedad y al mundo. Fuertemente comprometido con su realidad social y su tiempo
Relación con los otros poderes del Estado y fácticos:	Instrumento de los sectores de poder	Contrapoder (garante de los derechos humanos)
Se mueve dentro del Paradigma:	De la legalidad	Garantista-constitucional y legal.
Efectos de su actitud sobre el proceso judicial	Despersonaliza el proceso judicial	Personaliza el proceso judicial
Formación:	Técnica jurídica	Interdisciplinaria, que supone una sólida formación técnica jurídica.

Tipo de jurista:	Dogmático	Crítico y reflexivo
Ámbito propicio para su actuación:	Sociedades estables y homogéneas	Sociedades complejas (cambiantes, multiculturales y multclasistas)
Época en que se	Modernidad	Postmodernidad

desarrolla y consolida:	(siglos XIX y XX)	(siglo XXI)
Paradigma epistemológico:	Positivista	Realismo crítico, <i>ratio vitalista</i> <sup>32</sup>

Además de las diferencias entre ambos modelos, he incluido las semejanzas para que se pueda advertir que al construir el modelo de *juez humanista* he procurado elaborar un tipo ideal de magistrado que no reniega de algunas de las características más importantes del *juez técnico*, tales como su sólida formación técnica jurídica, su profundo y amplio conocimiento del derecho, el respeto de la legalidad (aunque incluyendo en ésta la “legalidad constitucional”) y de la lógica formal.

#### IV. Consecuencias prácticas

A esta altura de la exposición, el lector puede preguntarse si efectivamente el cambio de modelo de juez, propuesto en los párrafos que anteceden, puede tener los efectos revolucionarios que he anunciado al comienzo de este trabajo y que son necesarios para recrear la confianza de la sociedad en la justicia.

Procuraré responder esa legítima inquietud comentando cuatro experiencias que he tenido como juez de primera instancia en lo civil y comercial, que intenta pensar como *juez humanista* y que son representativas de un amplio abanico de problemas y conflictos de baja y media intensidad, que constituyen la gran mayoría de los casos en que interviene la justicia.

Los cuatro casos que comentaré para intentar demostrar, con ejemplos reales, que cuando el modelo de *juez humanista* es incorporado a la mentalidad operativa de los jueces, produce importantes transformaciones en el funcionamiento de la justicia, acercándola a la gente y relegitimándola, consisten en una acción de amparo interpuesta con motivo del traslado de una escuela centenaria; la protección de la vivienda única de una familia con un hijo discapacitado; el desalojo de un anciano sin parientes y con algunas dificultades mentales y la solución a una vieja disputa entre socios mayoritarios y minoritarios de una sociedad anónima.

##### 1. Acción de amparo interpuesta con motivo del traslado de una escuela centenaria

A fines del 2004, las autoridades educativas provinciales dispusieron el traslado de una escuela de la ciudad de Río Cuarto, desde el lugar en que se encontraba asentada desde hacía 114 años al domicilio de otro establecimiento educativo, para que continuaran funcionando los dos juntos, aunque manteniendo sus independencias y autonomías. La decisión generó un fuerte rechazo social, exteriorizado en movilizaciones multitudinarias, cartas al diario local, reportajes televisivos, etc..

En ese clima de crispación y violencia latente <sup>33</sup>, ni bien iniciado el traslado del mobiliario, las madres de cuatro alumnos promovieron una acción de amparo, que fundamentaron en la defensa de los derechos de los amparistas que derivan de la forma democrática de gobierno y de su condición de seres humanos, sosteniendo que la inconsulta y repentina decisión de cambiar la localización de la centenaria escuela era arbitraria y discriminatoria.

Las quejas versaban tanto sobre el contenido de la decisión como acerca de la forma en que fue tomada y comunicada a la comunidad educativa.

Este último aspecto, si se quiere formal, tenía una importancia fundamental, porque la habitualmente pasiva comunidad ríocuartense reaccionó, movilizándose con indignación, al percibir que un sector débil y desprotegido de la población (los alumnos, en su mayoría provenientes de familias humildes) era avasallado sin mayores consultas ni explicaciones (es decir, sin intentar resolver el problema a través del diálogo cara a cara, que debería ser el mecanismo habitual en sociedades democráticas, en el que el otro es considerado un legítimo otro que merece respeto y consideración).

En esa situación de aguda conflictividad social dispuse dos medidas complementarias: 1º) convocar a las partes a una audiencia (fijada con fundamento en lo prescripto en el art. 58 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia); y 2º) mantener provisoriamente sin modificar la situación existente al momento de la presentación de la demanda, ordenando a la Provincia de Córdoba y al Ministerio de Educación que se tuviesen de trasladar cualquier tipo de bienes muebles o documentación perteneciente a la escuela en cuestión, hasta tanto se concretara la referida audiencia y se resolviera sobre la medida cautelar solicitada para todo el tiempo que durara el proceso hasta la resolución definitiva.

Fundamenté la medida de no innovar provisoria en el art. 484 del Código Procesal Civil de la Provincia; en que los actores habían denunciado que el traslado del mobiliario configuraba vías de hecho sin acto administrativo que lo respaldase y teniendo especialmente en cuenta el peligro cierto en la demora que derivaba de la posibilidad de desbordes en el enfrentamiento entre los integrantes de la comunidad educativa a la que pertenecían los accionantes y los encargados del traslado de muebles y útiles, así como en los riesgos a la inmutabilidad del mobiliario y documentación que obraban en el centro educativo y que tornarían incierta la continuidad de la prestación educativa en las condiciones señaladas.

En la audiencia -a la que asistieron las partes, representantes de entidades intermedias, miembros de la comunidad educativa y periodistas- se escucharon atentamente las razones de los involucrados, quienes pudieron exponerlas libremente y en un pie de igualdad, satisfaciéndose así el reclamo de los actores en su aspecto formal, que consistía en ser tratados como legítimos otros cuyas razones, en un sistema democrático, deben ser tenidas en cuenta cuando se toman decisiones que los afectan <sup>34</sup>.

Luego, y como se acreditó que el traslado de la escuela había sido ordenado por acto administrativo legalmente fundamentado, emanado de la autoridad competente para disponerlo, dejé sin efecto la orden de no innovar. Finalmente admití parcialmente la acción de amparo, ordenando al Estado Provincial - Ministerio de Educación que cumpla y haga cumplir, estrictamente y sin demoras, las obras necesarias para que el edificio al que fuese trasladada la escuela en cuestión reuniera las condiciones de



seguridad, comodidad e independencia indispensables para que allí pudieran desarrollarse, sin peligros y en similares condiciones que en su anterior radicación, las actividades educativas <sup>35</sup>.

Lo relevante de este caso para el tema que estoy tratando es que, sin apartarse de las normas de derecho positivo vigentes, el tribunal funcionó como el *sanedrín* de la tradición judía, abierto a la comunidad y procurando una solución a través del diálogo cara a cara que, más allá del acierto o no de las decisiones adoptadas (cuestión que, por cierto, no me corresponde a mí analizar, aunque sí puedo decir que fueron confirmadas por la Cámara de Apelaciones), implicó restablecer el canal de comunicación entre las autoridades (entre ellas, las judiciales) y los ciudadanos, satisfaciendo -cuanto menos- las legítimas aspiraciones de éstos a ser escuchados y a que sus razones fueran tenidas en cuenta (art. 14 C.N.).

## 2. Protección de la vivienda única

El 8 de julio de 2005 tuve que resolver un caso de aquellos que la doctrina califica como *difíciles* <sup>36</sup>, *dramáticos* <sup>37</sup>, *extraordinarios o mutantes* <sup>38</sup>. Se trataba del remate, en una quiebra, de un inmueble que constituía la vivienda única de una familia integrada por el fallido, su cónyuge, dos hijos menores de edad, uno de ellos discapacitado, la madre y la hermana del primero.

Previo a resolver dispuse, como medida para mejor proveer, realizar la inspección ocular del inmueble objeto del juicio. Al cumplir dicha medida tomé contacto personal con la madre y la esposa del fallido y con el hijo discapacitado de los dos últimos, comprobando personalmente que la pequeña quinta en que vivían resultaba necesaria para el despliegue de la hiperactividad del menor discapacitado, no era suntuosa y cumplía la función de albergar dignamente, pero sin lujos, al mencionado grupo familiar que incluía un menor discapacitado y una anciana (sujetos que según la Constitución Nacional y los tratados internacionales merecen una protección especial <sup>39</sup>).

Teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso y con fundamento directo en el denominado *bloque constitucional* (normas de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales a los que se les ha conferido su misma jerarquía), resolví declarar la inembargabilidad e inejecutabilidad de dicha vivienda <sup>40</sup>. Apelada dicha resolución por el síndico, la Cámara de Apelaciones declaró desierto el recurso <sup>41</sup>.

Lo que me parece interesante de este caso en relación con el modelo de *juez humanista* es que, al considerar a las partes del proceso como seres humanos concretos y al propio juez como magistrado prudente que debe buscar la solución justa conforme a derecho (y no un autómatas que se limita a aplicar mecánicamente la ley), el juez no puede eludir su compromiso personal de buscar la mejor respuesta jurisdiccional posible escudándose en meros formalismos legales, en argumentaciones meramente deductivas o en la jurisprudencia, en ese momento, prevaleciente (con relación a este tema, después de dictada la resolución de primera instancia el Tribunal Superior de Justicia volvió a considerar inembargables las viviendas únicas con sustento en las normas provinciales). Por el contrario, como la más fuerte sujeción del juez es con la Constitución, su deber principal es procurar soluciones que resguarden en la mayor medida posible los derechos humanos garantizados por aquélla. En ese sentido, en este caso

se actuó dentro del paradigma de la interpretación constitucional (Zagrebelsky), en el que adquiere especial importancia “*la racionalidad sustancial, bajo la forma de los derechos fundamentales y las garantías individuales*”<sup>42</sup>, que es -según expuse precedentemente- uno de los cambios profundos que llevan del *juez técnico* (que aplica fielmente la ley) al *juez humanista* (que sin desconocer la ley, vela por la máxima operatividad de los derechos humanos de raigambre constitucional).

De esa manera, el *juez humanista*, sin apartarse del derecho vigente, se convierte en activo protagonista -junto con los otros poderes del Estado- en la construcción de una sociedad más justa y humana.

### 3. Desalojo de un anciano solo y con sus facultades mentales deterioradas

Entre octubre de 2005 y abril de 2006 me enfrenté a otra situación dramática, que un juez con mentalidad exclusivamente técnica muy probablemente hubiera resuelto convirtiendo el drama en tragedia.

Por el contrario, analizar y decidir la cuestión con mentalidad de *juez humanista*, me permitió encontrar una solución con la que se logró satisfacer las necesidades e intereses de todos los involucrados, al mismo tiempo que se aseguraban sus derechos.

El caso era el siguiente: el dueño de un inmueble que había prestado una habitación con un baño a un anciano, antiguo amigo suyo, comenzó a ser molestado por este último, quien, a consecuencia de un mal de Alzheimer tardío, creía ser el dueño de la propiedad. Ante ello, el primero inició el juicio de desalojo y el último amenazó con matarse o matar al dueño de la casa y su esposa si era desalojado.

Finalizada la etapa probatoria, convoqué a las partes a una audiencia en los términos del art. 58 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (para procurar avenimientos o aclarar cuestiones oscuras) que se realizó en noviembre de 2005. Aunque las partes no pudieron arribar a un acuerdo, el encuentro personal permitió evaluar el real estado mental del anciano demandado (corroborado por informes de los médicos forenses), así como su absoluto desamparo (no tenía familiares conocidos) y comprobar la buena predisposición del actor, que quería recuperar su propiedad pero sin causar perjuicios innecesarios a su antiguo amigo.

En abril de 2006, después de cumplidos algunos trámites que no viene al caso relatar, dicté sentencia, haciendo lugar a la demanda de desalojo, pero disponiendo al mismo tiempo que se librasen oficios a la Secretaría General de la Gobernación de la Provincia y a la Agencia Córdoba Solidaria para que se arbitraran los medios para que, dentro del plazo fijado para la desocupación del inmueble, el demandado fuera alojado en un lugar donde pudiera recibir la contención que necesitaba de acuerdo a su edad y estado de salud<sup>43</sup>. Notificada la sentencia y diligenciados los oficios, el demandado fue alojado en un geriátrico por el PAMI, donde recibió amparo y contención, en tanto que el actor recuperó su propiedad.

Creo que en este caso, la mera narración de los hechos es suficiente para advertir cómo el cambio de mentalidad judicial, sin necesidad de reformas legales, permite encontrar soluciones satisfactorias donde otra manera de pensar sólo encontraría problemas insolubles.

Los fundamentos para disponer esas medidas complementarias a la orden de desalojo y que permitieron escapar a la trampa del aparente

callejón sin salida que ficticiamente hubiera creado la mentalidad del *juez técnico*, al enfocar mal las dificultades, fueron -en apretada síntesis- las siguientes:

No eludir la real dimensión del problema, mutilándolo para que encuadrara dentro de las categorías jurídicas tradicionales. En ese sentido, el primer paso consistió en tener en cuenta (tomarse en serio) que el cumplimiento de la orden de desalojo dejaría al demandado en el desamparo total y podría generar una reacción violenta contra sí o contra terceros.

A partir de esa visión completa del problema <sup>44</sup>, enfocado desde la óptica de los seres humanos concretos involucrados (y no desde el sistema jurídico), no fue difícil advertir que si bien en un Estado de derecho liberal clásico, el desamparo del anciano demandado y su posible reacción violenta, serían problemas ajenos a los jueces <sup>45</sup>, nuestra Constitución ha organizado la Provincia como Estado social de derecho; ha establecido que la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables y que es deber, en especial de los poderes públicos (entre los que se encuentra -por cierto- el Judicial) su respeto y protección (arts. 1º y 4º Const. Pcial., complementados, entre otros, por los arts. 9º, 14, 19, 20, 23 inc. 6, 27, 28, 58, 59 de esa misma Carta Magna).

La primera conclusión fue, pues, que ordenar el desalojo del demandado, sin adoptar ninguna medida para proteger su dignidad e integridad física y moral, implicaría violar lo prescripto en los citados artículos de la Constitución Provincial, que los magistrados y funcionarios públicos juramos cumplir (art. 14 idem).

A partir de allí la solución fue evidente y consistió en requerir la colaboración de los organismos estatales a quienes las leyes <sup>46</sup> encargan brindar protección a las personas ancianas que se encuentran en situación de desamparo, a fin de lograr la máxima operatividad de los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

#### *4. La solución de un complejo asunto societario*

La depresión del 2001 y la posterior crisis del 2002 destruyeron muchos emprendimientos y desquiciaron antiguos vínculos. Muchas sociedades civiles y comerciales entraron en profundas crisis, que en algunos casos se trasladaron de lo económico-financiero a las relaciones personales entre los socios.

En uno de esos casos, los socios de una empresa constructora, divididos en dos grupos (socios mayoritarios y socios minoritarios) se enfrentaron durante aproximadamente 5 años, en una decena de juicios radicados en los 6 juzgados con competencia comercial de la ciudad de Río Cuarto, procurando lograr cada grupo la satisfacción de lo que consideraban sus legítimos intereses.

Sabiendo que el modo confrontativo de resolución de conflictos normalmente agudiza esta clase de desavenencias y que sólo los socios conocían los alcances de sus diferencias y los medios con que contaban para superarlas, y siendo consciente de que únicamente arribarían a una solución consensuada si dialogaban en una situación de igualdad y de confianza, luego de disponer algunas medidas cautelares (destinadas a evitar que el grupo minoritario se encontrara sometido al grupo

mayoritario), convoqué a los socios a una audiencia fijada para aclarar puntos oscuros y procurar avenimientos (art. 58 del Código Procesal civil y Comercial de Córdoba).

En tres reuniones que se desarrollaron en el lapso de dos meses, los socios encontraron una solución que les resultó mutuamente satisfactoria y que era mucho mejor para cada uno de ellos que cualquiera de aquellas a las que podrían haber arribado luego de años de litigios, al punto que me agradecieron, con palabras emotivas y de gran consideración, que los hubiera escuchado <sup>47</sup> y que hubiera abierto un espacio en el que pudieron negociar con confianza y tranquilidad.

En este, como en tantos otros casos <sup>48</sup>, lo importante fue reconocer las limitaciones del juez y del propio sistema jurídico <sup>49</sup> y, consciente de ello, crear un ámbito adecuado para que los interesados busquen a través de un diálogo franco, cara a cara, la mejor solución a su problemática.

## **V. El modelo de juez *humanista* y el diseño constitucional**

El modelo de *juez humanista* parece ser útil para transformar a la justicia y su relación con la sociedad, aun sin reformas normativas, ni cambios estructurales en la administración de justicia <sup>50</sup>, pero aún podemos preguntarnos: ¿es compatible con el diseño institucional efectuado en la Constitución Nacional y Provincial?

Refiriéndose a la actual Constitución de Córdoba (dictada en 1987 y reformada en el 2001), pero efectuando comentarios perfectamente aplicables a la Constitución Nacional (con la última reforma, de 1994), el destacado constitucionalista cordobés Jorge Horacio Gentile, que participó de la Convención Constituyente Provincial de 2001, afirma, con fundamento en el texto del Preámbulo y en más de 20 normas constitucionales <sup>51</sup>:

*“... los Demócratas Cristianos conseguimos que el texto de la Constitución declare sus **fundamentos personalistas**”.*

*“Esto último es, a 20 años de su vigencia, lo que parece más importante rescatar, en un momento en que la mayoría de los discursos ha olvidado este enfoque, que **coloca a la persona humana y su dignidad como centro y razón de ser, no sólo de la Carta Constitucional, sino, también, de toda construcción cultural, institucional o política**” <sup>52</sup>.*

Si la persona humana es (como efectivamente sucede en nuestro diseño constitucional) el centro y razón de ser de toda construcción cultural, institucional o política, incluyendo, por cierto, el sistema jurídico, parece que no pueden haber dudas acerca de que el modelo de *juez humanista* es más acorde a las prescripciones constitucionales que el modelo de *juez técnico*.

## **VI. Conclusiones**

La actual crisis del derecho y de la justicia impone generar cambios sustanciales y profundos.

Uno de esos cambios consiste en modificar la mentalidad judicial, pasando del modelo de *juez técnico* al de *juez humanista*.

Nutrirse del humanismo y rescatar a la prudencia del olvido, para insistir en que es una virtud fundamental que todo magistrado debe tener, no implica desconocer los avances de la ciencia y de la técnica jurídica, como tampoco renegar de los aportes de la teoría analítica, de las elaboraciones dogmáticas sobre el derecho positivo, ni desconocer la división de poderes y

la limitada competencia que tenemos los jueces, sino valerse de todos esos avances, pero enfocando los problemas actuales desde una concepción de juez diferente que permita a los magistrados, sin desbordar los límites de sus competencias y sin apartarse del ordenamiento jurídico, encontrar mejores soluciones, que los reconcilien con la sociedad.

Notas:

<sup>1</sup> Por mencionar sólo algunos: Augusto M. MORELLO, *La reforma de la justicia*, Buenos Aires, Platense, Abeledo-Perrot, 1991; Felipe FUCITO, *¿Podrá cambiar la justicia en la Argentina?*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001; Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994; Roberto BERGALLI, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; Horacio SPECTOR (director), *Los jueces y la reforma judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001; Rafael A. BIELSA y Ramón J. BRENNAN, *Reforma de la justicia y nuevas tecnologías*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996; boletines y publicaciones de CEJURA (Centro de Estudios Judiciales de la República Argentina) y de FORES.

<sup>2</sup> Con envidiable claridad y poder de síntesis, Federico Schuster explica los tipos ideales del método weberiano de la siguiente manera: *“la idea es construir una especie de maqueta de comparación, yo construyo un modelo ideal donde hay un sujeto ideal y típico, puramente racional..., los modelos de tipos ideales, esto es importante tenerlo claro, no son teorías sobre el mundo, son herramientas para comparar..., los construyo como un patrón ideal, imaginario”* (F. SCHUSTER; N. GIARRACA; S. APARICIO; J.C. CHIARAMONTE y B. SARLO, *El oficio de investigador*, Serie Estudios Sociales, Homo Sapiens Ediciones, Instituto de Investigación en Ciencias de la Educación Facultad de Filosofía y Letras -UBA-, p. 22).

<sup>3</sup> Tomás S. Khun explica que las características de los cambios revolucionarios son: 1º) *“los cambios revolucionarios son en un sentido holistas. Esto es, no pueden hacerse poco a poco, paso a paso, y contrastan así con los cambios normales o acumulativos... En el cambio revolucionario, o bien se vive con la incoherencia o bien se revisan a tiempo varias generalizaciones interrelacionadas. Si estos mismos cambios se introdujeran paso a paso, no habría ningún lugar intermedio en el que pararse. Sólo los conjuntos de generalizaciones inicial y final proporcionan una explicación coherente de la naturaleza...”*; 2º) se produce un cambio de significado que consiste en *“el cambio en varias de las categorías taxonómicas que son el requisito previo para la descripciones y generalizaciones científicas. Además ese cambio es un ajuste no sólo de los criterios relevantes para la categorización, sino también del modo en que objetos y situaciones dadas son distribuidos entre las categorías preexistentes”*; 3º) *“implica un cambio esencial de modelo, metáfora o analogía: un cambio en la noción de qué es semejante a qué, y qué es diferente”* (Tomás S. KHUN, *¿Qué son las revoluciones científicas? Y otros ensayos*, Barcelona, Altaza, 1998, ps. 86, 88, 89).

<sup>4</sup> Ya en 1997 Juan Carlos Vega señalaba que la justicia argentina es el sector social que concentra el más alto nivel de rechazo colectivo a 14 años de democracia (Juan Carlos VEGA, *La justicia en la transición democrática argentina. Una investigación sobre la justicia argentina y los derechos humanos*, Córdoba, Marcos Lerner, 1998, p. 30).

<sup>5</sup> No obstante que en general los magistrados, funcionarios y empleados se resisten al cambio e, inclusive, a reconocer la necesidad de producir profundas transformaciones en el modo de resolver los conflictos, hay excepciones en todos los sectores de la Administración de Justicia, entre los que cabe destacar, por su capacidad institucional para generar cambios, a los actuales presidentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Dres. Ricardo Lorenzetti y Armando Andruet (h), quienes vienen proponiendo importantes transformaciones en el ámbito de la justicia (ver el documento: *“Política de Estado”*, del Dr. Ricardo Lorenzetti, en L.L. Actualidad del 30/8/07, p. 1 y el *“Discurso de inauguración del año judicial 2007”*, pronunciado por el Dr. Armando Andruet (h)).

<sup>6</sup> En su *“Discurso de inauguración del año judicial 2007”*, el Dr. Armando Andruet (h), en su carácter de presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, hizo hincapié en la necesidad que tiene la justicia de relegitimarse, en sintonía con expresiones similares del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, todo lo que configura un auspicioso y esperanzador cambio de discurso en la máximas autoridades de la justicia.

<sup>7</sup> Para muestra bastan dos ejemplos recientes, referidos ambos al órgano constitucional de selección de magistrados y administración del Poder Judicial de la Nación: luego de varios años de demora, el Consejo de la Magistratura Nacional se creó legalmente con una composición claramente destinada a impedir su funcionamiento efectivo, consecuencia

previsible que luego sirvió de excusa para reformarlo, pero no para que fuera más eficaz e independiente, sino para someterlo al poder político.

<sup>8</sup> Paul WATZLAWICK, John H. WEAKLAND y Richard FISCO, *Cambio. Formación y solución de los problemas humanos*, 9ª ed., Biblioteca de Psicología, Textos Universitarios, Barcelona, Herder, 1995.

<sup>9</sup> Idem, p. 59.

<sup>10</sup> Idem, p. 58.

<sup>11</sup> Me ocupé de fundamentar la necesidad de este cambio de mentalidad en *El juez civil de primera instancia en una democracia compleja*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004, ps. 55 a 73.

<sup>12</sup> Idem, p. 67.

<sup>13</sup> Que se corresponde con el modelo de jurista dogmático, que según Roger Cotterell es el "que centra su labor en el conocimiento y elaboración de normas formales y conceptos técnicos" (Patricia Elena MESSIO, "Jueces de la sociedad y en la sociedad", en Olsen A. GHIRARDI (director), *Alfredo Fraguero (In memoriam)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba e Instituto de Filosofía del Derecho, 2007, p. 210).

<sup>14</sup> Ver en este mismo sentido, las reflexiones que realiza Carlos A. Lista respecto de la importancia de la teoría crítica en relación con los investigadores sociales, en su libro: *Los paradigmas de análisis sociológico*, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Advocatus, 2000, especialmente, ps. 88, 94 y 97.

<sup>15</sup> Roberto BERGALLI, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 43.

<sup>16</sup> Idem, p. 212.

<sup>17</sup> Idem, p. 85.

<sup>18</sup> Idem, p. 216.

<sup>19</sup> Idem, 211.

<sup>20</sup> Emmanuel LEVINAS, *Cuatro lecturas talmúdicas*, Barcelona, Riopiedras, 1996, p. 124.

<sup>21</sup> LEVINAS, ob. cit., ps. 124 y 125

<sup>22</sup> Maurice FRIEDMAN, Matheu CALARLO y Meter ATTERTON (eds.), *Levinas y Buber: diálogo y diferencias*, Buenos Aires, Lilmod, 2006, p. 27.

<sup>23</sup> Idem, p. 271.

<sup>24</sup> Idem, p. 16

<sup>25</sup> Humberto MATURANA, *La democracia es una obra de arte*, Bogotá, Cooperativa Editorial Magisterio, 1997, p. 66.

<sup>26</sup> Idem, p. 51.

<sup>27</sup> Diálogo en el que se avanza a través de la argumentación, que, según Manuel Atienza: "es inconcebible haciendo la abstracción de los sujetos que argumentan. La argumentación avanza, es posible, en la medida en que los participantes se van haciendo concesiones; inferir consiste aquí en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; para cada interviniente en el proceso funcionan como premisas los enunciados cuya aceptación pueda darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptado por el otro" (Manuel ATIENZA, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 6, 1997, p. 50).

<sup>28</sup> Sobre el tema de la interpretación jurídica me he extendido en el trabajo *La interpretación legal*, Olsen A. GHIRARDI (director), *Formas y evolución del razonar judicial*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 2006.

<sup>29</sup> Entendida como virtud aristotélica, que no sólo permite conocer cuál es la conducta debida -es decir, el comportamiento que se debe cumplir para realizar el valor justicia- sino que, además, mueve a concretarla. En palabras de Carlos I. Massini Correas: "además de la determinación de lo que es debido en una circunstancia dada, es su tarea [de la prudencia] mover al hombre a realizarlo, mandar a las potencias activas que lo pongan en existencia" (Carlos I. MASSINI CORREAS, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2006, p. 37).

<sup>30</sup> Sobre la interpretación como labor creativa contextual remito a mi trabajo: *La interpretación legal*, citado precedentemente.

<sup>31</sup> Marina GASCÓN AVELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, especialmente, ps. 125 a 137.

<sup>32</sup> Esta postura epistemológica integra aspectos del positivismo y del constructivismo: "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 construcción física, biológica, psicológica y neurológica del ser humano que conoce. Éste lee la realidad (la observa y la conceptúa), a través de las mediaciones a las que hemos hecho referencia. No hay una simple relación sujeto-objeto, lo que significa que no hay una lectura directa de los hechos, ni de los fenómenos, ni de los procesos, ni de la experiencia. Hay, pues: un sujeto/observador/conceptuador y un objeto/observado/conceptuado. Nadie recibe datos de la realidad como si fuera una tabula rasa; la mente humana no se comporta como un receptor pasivo o mero almacén de datos y de información. Lo que recibe, lo recibe desde una estructura mental y lo integra en un sistema de ideas en el que inserta todo lo nuevo conocido. Existe una realidad objetiva, pero el sujeto cognoscente observa y conceptúa la realidad; construye el conocimiento acerca de ella. Consecuentemente, el conocimiento que se tiene de la realidad depende de cómo la concebimos. Lo que se recibe se integra a un sistema organizado y en una estructura mental preexistente...A este cruzamiento entre realidad y construcción de la realidad desde el sujeto cognoscente es a lo que hemos llamado **realismo crítico. Y, al enraizar el conocimiento en lo biológico, y en la vida toda del que conoce, lo llamamos también "ratio-vitalista"** (Ezequiel ANDER EGG, *Método y técnicas de investigación social. Acerca del conocimiento y del pensar científico*, Buenos Aires, Lumen, 2001, ps. 58 a 60).

<sup>33</sup> El traslado de la escuela comenzó de noche y con un numeroso operativo policial, pero tuvo que ser detenido ante la presión de ciudadanos autoconvocados para defender el centenario establecimiento educativo frente a lo que consideraban un traslado arbitrario y discriminatorio.

<sup>34</sup> Una de las más importantes necesidades sociales en la Argentina de principios del siglo XXI es la que siente el hombre común de ser "escuchado" por las autoridades. Piquetes, cortes de rutas, cacerolazos, etc., son medios que utilizan los gobernados para hacerse escuchar por los gobernantes, cuando éstos no atienden sus reclamos, tal como es su deber.

<sup>35</sup> Sent. N° 61, del 3/6/05, Juzgado Civil y Comercial de 3ª Nominación de Río Cuarto, confirmada por Sent. N° 27, del 15/5/06, Cámara 1ª C. y C. de Río Cuarto, autos: "Lucero y Arias c/ Provincia de Córdoba - Amparo".

<sup>36</sup> Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999, ps. 146 y ss..

<sup>37</sup> Manuel ATIENZA, *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel Derecho, 2003, p. 177.

<sup>38</sup> Olsen A. GHIRARDI, *El razonamiento judicial*, Córdoba, Advocatus, 2001, ps. 33 y 34.

<sup>39</sup> Arts. 14 bis, 33, 75 incs. 19 y 22 C.N.; 1º, 6º, 7º, 11 y 23 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1º, 3º, 22 y 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; 2º, 4º, 5º, 7º, 19 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2º, 10 y 11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6º, 9º, 17, 23 y 24 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5º inc. e. III Convención Internacional sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial; 14 inc. 2. H Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>40</sup> Juzgado de Primera Instancia y Tercera Nominación en lo Civil, Comercial y Familia de Río Cuarto, autos: "Incidente de levantamiento de embargo en autos: Bustamante, Jorge Walter - Concurso preventivo", A.I. N° 293, 8/7/05.

<sup>41</sup> A.I. N° 2, dictado el 9 de febrero de 2007 por la Cámara 1ª C., C. y Cont. Adm. de Río Cuarto, en el "Incidente de levantamiento de embargo en autos: Bustamante, Jorge Walter - Concurso preventivo", contra el que se ha deducido recurso de casación e inconstitucionalidad, motivo por el cual no se encuentra firme.

<sup>42</sup> BERGALLI, op. cit., p. 342.

<sup>43</sup> Juzgado de Primera Instancia y Tercera Nominación en lo Civil, Comercial y Familia de Río Cuarto, autos: "Ramos, José Antonio c/ Juan Griffin y cualquier ocupante de la propiedad de calle Colombia 540 - Desalojo", Sent. N° 30, dictada el 18/4/06. Esta sentencia quedó firme porque no fue recurrida por las partes ni por el asesor letrado.

<sup>44</sup> Ver Theodor VIEHWEG, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, especialmente: "Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica", en ps. 71 a 85.

<sup>45</sup> Esta fue la posición asumida en cierta forma por el asesor letrado, quien opinó: "respecto a la reubicación del encartado en un ámbito que satisfaga sus necesidades básicas, se considera éste un problema social ajeno a la competencia de la justicia..." (causa "Ramos, José Antonio c/ Juan Griffin y cualquier ocupante de la propiedad de calle Colombia 540 - Desalojo", fs. 77)

<sup>46</sup> Arts. 11 incs. 5, 12 y 13; 23 inc. 17 y 35 inc. 4 de la ley 9006.

<sup>47</sup> Sobre las funciones terapéuticas de la escucha activa, ver: Karl R. ROGER, *El proceso de convertirse en persona*, México D.F., Paidós, 1999 y *El camino del ser*, 3ª ed., Barcelona, Kairós, 1995).

<sup>48</sup> He relatado un solo caso, pero a lo largo de los más de cuatro años que llevo como juez de primera instancia en lo Civil, Comercial y Familia, he comprobado en reiteradas ocasiones las ventajas de procurar avenimientos, en conflictos que van desde los asuntos familiares a los problemas entre vecinos, de accidentes de tránsito a remates de viviendas, de asuntos sobre pesificación de deudas originariamente convenidas en moneda extranjera a divisiones de condominios, etc..

<sup>49</sup> Remo F. Entuman señala con agudeza que “*el sistema jurídico sólo ofrece soluciones para una parte, seguramente la menor, de los conflictos posibles entre los miembros de la sociedad para la cual ese ordenamiento tiene validez y vigencia*” (*Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 1ª reimp., 2005, p. 50, nota 3)

<sup>50</sup> Si bien el *modelo de juez humanista* puede funcionar sin reformas legislativas ni modificaciones de la estructura judicial, su rendimiento óptimo requerirá de esas transformaciones (por ejemplo, aumentando la cantidad de jueces y reduciendo el número de empleados y funcionarios por juzgado, lo que facilitaría la solución de conflictos a través de la actuación personal de los jueces, sin mayor incidencia presupuestaria). Pero para que estas transformaciones se produzcan es necesario que previamente cambie la forma en que se percibe el problema judicial, ya que desde la *concepción del juez técnico* esos cambios no revisten mayor importancia (la conformación de la estructura judicial con pocos centros de decisión -jueces- y muchos órganos burocráticos -empleados, funcionarios- es propia de la *concepción del juez técnico*, para la cual la justicia funciona como una gran maquinaria burocrática de resolver conflictos, aplicando mecánicamente la ley a los casos particulares).

<sup>51</sup> Arts. 4º, 5º, 7º, 9º, 10, 66, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 34, 44, 45, 46, 50, 56, 59, 61, 62 inc. 5, 64, 66, 67.

<sup>52</sup> Jorge Horacio GENTILE, “A 20 años de la Constitución personalista de Córdoba”, en diario Puntal, 7/3/07, p. 10 (lo destacado en negritas me pertenece).



# EL DERECHO ANTE EL ENFOQUE ANALÍTICO

RICARDO A. GUIBOURG

**Sumario:** I. Punto de partida. II. Qué es el derecho, qué debe ser el derecho. III. Derecho y moral. IV. Derecho y sociedad.

## I. Punto de partida

El filósofo ítaloargentino Antonio Martino acuñó una denominación: la “escuela analítica de Buenos Aires”<sup>1</sup>. Yo me siento parte de esa escuela, en la que -por vía meramente enunciativa- me atrevo a incluir a Alchourrón, Bulygin, Carrió, Farrell, Nino, Rabossi y Vernengo, además del propio Martino. Y, por cierto, a mi maestro Ambrosio Gioja, fundador del vasto movimiento intelectual que, desde nuestra Universidad, derivó en una explosión pluralista de ideas e investigaciones acerca de la filosofía del derecho. También debería asociar a ella a Ernesto Garzón Valdés, que a veces pasa por Buenos Aires como una exhalación, y al jurista paraguayo Daniel Mendonca, con quien he tenido el honor de colaborar. Pero de poco sirve usar una denominación si no se intenta describir el objeto que ella intenta nombrar. Esto no es sencillo, porque se hace preciso descartar las variaciones para destacar lo que pueda entenderse un denominador común. Es normal pensar que la escuela analítica es positivista en el campo del derecho. Yo lo soy, de la manera que luego diré. Pero, por poner sólo un ejemplo, no podría decir lo mismo de Nino. Lo que hay en el fondo del pensamiento analítico es una actitud epistémica, que deriva de la tradición del Círculo de Viena y de las ideas de Bertrand Russell. Sus lineamientos generales, tales como los entiendo, son tres: la insistencia en el análisis del lenguaje (porque muchos problemas parecen difíciles o insolubles sólo porque se plantean con un lenguaje descuidado o engañosamente vago, figurado, metafórico o dependiente de valoraciones subjetivas); el deseo de facilitar el desarrollo de las ciencias empíricas (ya que ellas, con todos sus riesgos y dificultades, contribuyen crecientemente a la eficacia de nuestra acción en pos de los propósitos de cada uno), y la desconfianza hacia las concepciones metafísicas (en cuanto ellas proponen como realidades trascendentes entidades y relaciones que no pueden percibirse y que, en caso necesario, podrían usarse y analizarse como constructos).

Esos puntos de partida, aplicados al pensamiento en general, conducen a mi entender a limitar severamente la ontología, para distinguir lo que vale la pena considerar como dato de la realidad, empíricamente verificable por cualquiera, de lo que escogemos construir para elaborar modelos descriptivos o valorativos, conjunto variable de entes que se muestran inasibles cuando se pretende observarlos fuera del sujeto cognoscente pero, mientras tanto, prestan mayor o menor utilidad como instrumentos intelectuales para observar la realidad externa y para proyectar sobre ella nuestras preferencias. Consecuentemente, tienden a desontologizar el discurso valorativo y a poner al sujeto ante la necesidad de responsabilizarse de sus propios deseos, sin imputarlos a una supuesta realidad invisible.

En la teoría del derecho, la actitud analítica impulsa a quien la asume a no dar por sentado el valor moral de la ley, a exigir los datos empíricos constitutivos del significado de los términos jurídicos, a prestar preferente

atención a la estructura lógica del discurso acerca del derecho y a buscar un modelo teórico coherente capaz de explicar unívocamente los acontecimientos sociales y, a la vez, de servir de fundamento a la construcción de argumentos que todos puedan entender y cuyo valor comparativo todos puedan juzgar con independencia de sus propios deseos.

No afirmo, por cierto, que la escuela analítica tiene respuestas adecuadas ni finales para todos estos problemas. Pero sí estoy seguro de que es el mejor camino para buscar las respuestas que faltan, porque es el modo más práctico de formular las preguntas. Y veo, al mismo tiempo, que otros caminos muy transitados a lo largo de los siglos se pierden a veces en el pensamiento mágico, en la extrapolación salvaje de las preferencias de algún grupo y en la función de coartada para el ejercicio más descarnado del poder en estado puro.

## **II. Qué es el derecho, qué debe ser el derecho**

El derecho es, ante todo, una práctica social. Con mayor precisión, un instrumento diseñado expresamente como vehículo para el ejercicio del poder. Tener poder quiere decir disponer de cierta capacidad para influir en las decisiones ajenas. En un sentido lato, todos tenemos algún poder, al menos entre nuestros familiares y amigos, porque podemos convencerlos en ciertos casos mediante argumentos, pedidos, ruegos o incluso amenazas (como las presiones acaso enérgicas que la madre dirige a su hijo para lograr que tome la sopa). Algunos tienen más poder, porque ejercen cierto liderazgo, o son jefes de una oficina, o tienen un cargo público. Pero tener la posibilidad de influir no es lo mismo que ejercerla: para obtener algo de nuestro prójimo es preciso que operemos sobre él mediante alguna clase de exhortación, explícita o sobreentendida. Ese mensaje es el vehículo de nuestro poder, que no se ejerce sin recurrir a él.

Sea como fuere, es común que el poder tienda a concentrarse, al menos hasta cierto punto, y a tornarse explícito. Cuando la concentración alcanza cierto nivel que nos parece suficientemente relevante, llamamos a ese fenómeno un gobierno. Al conjunto de las personas involucradas, usualmente junto con el territorio donde el fenómeno se verifica, lo llamamos un estado. Y al conjunto de las exhortaciones explícitas con las cuales los que ejercen ese poder concentrado buscan obtener la obediencia de sus súbditos le llamamos derecho. Es importante destacar que estas palabras están sistemáticamente relacionadas en la nomenclatura que utilizamos. Las exhortaciones dirigidas por quien no consideramos gobierno no reciben de nosotros el nombre de derecho, sino el de pedidos, solicitudes, prédicas, exigencias, extorsiones o amenazas. Tenemos vacilaciones en llamar gobierno a la concentración de poder que no se ejerce en un territorio determinado, por lo que nuestro uso político-jurídico de la palabra "gobierno" suele implicar la postulación de un estado regido por él. No siempre estas postulaciones se apoyan en la observación de la realidad empírica. A veces se habla de gobiernos en el exilio. Ese uso lingüístico, raramente subsistente sin el reconocimiento de algún gobierno efectivo, se apoya en la esperanza de adquirir o recuperar el poder sobre el estado y, mientras tanto, sobrelleva como puede la ficción de un derecho completamente ineficaz: en otras palabras, se concibe -mientras dura- como una disgregación apenas temporal de la unidad de aquella nomenclatura.

De un modo semejante, cuando afirmamos que el derecho tiene cierto contenido entendemos aludir, aunque sólo sea de manera vagamente implícita, a alguna autoridad que mediante él ejerce su poder y a algún territorio en el que decimos que ese derecho rige. Ambas referencias pueden ser muy variables, desde el poder divino hasta el de la costumbre nacional o internacional y desde el ámbito territorial de competencia de un tribunal hasta la humanidad encarada como un todo.

Hasta aquí he intentado describir los hábitos lingüísticos en relación con el uso de la palabra “derecho”, que es el modo como la actitud analítica encara una pregunta como “¿qué es el derecho?”. Claro está que esos hábitos están lejos de ser unívocos: tienen un centro con mayores coincidencias y una periferia en la que se entrecruzan los usos verbales algo más polémicos.

Uno de esos usos, ciertamente, sirve para expresar nuestras preferencias en términos indignados: “¡no hay derecho a hacer esto!”, exclamamos cuando una conducta merece nuestra reprobación. Al usar la palabra “derecho” de esa forma, implicamos vagamente un sistema normativo regido por la decencia, o la dignidad, o la buena educación, o como sea que llamemos a lo que nosotros preferimos fuertemente con pretensiones de universalidad<sup>2</sup>, y que la conducta criticada ha sucedido en circunstancias personales, espaciales y temporales regidas por esas preferencias. En un caso así, prefiero decir que se usa la palabra “derecho” en un sentido moral, significado correlativo al de obligación moral y al de autoridad moral.

Si es algo errática la descripción de lo que el derecho es (desde el punto de vista lingüístico ya señalado), es ambigua la pregunta acerca de lo que el derecho “debe ser”. El problema tiene, en efecto, dos vertientes. Una se refiere al contenido deseable del derecho y, a su vez, autoriza dos discursos: el de la relación teórica entre derecho y moral, tema al que me referiré más adelante, y el de la prédica política, aspecto en el que tengo mis convicciones pero no creo apropiado exponerlas en este apartado, para no confundir los planos del discurso. La otra vertiente del problema versa sobre aspectos pragmáticos de la estructura misma del fenómeno jurídico, aun con independencia de los contenidos que cada uno juzgue apropiado proponer, sostener o defender.

En este punto creo que el derecho está muy lejos de ser lo que debería ser. No estoy hablando aquí de justicia, ni de eficacia, ni de formas de gobierno: hablo de la comparación entre el derecho, tal como de hecho se utiliza su estructura institucional, lógica y argumental, y la utilidad que se espera que el derecho tenga para cada uno de sus actores.

En efecto, el derecho funciona como una práctica que afecta, favorable o desfavorablemente, a distintos grupos de personas, cada uno de los cuales espera o desea de ella ciertas prestaciones. Los gobernantes (figura en la que incluyo a los poderes Ejecutivo y Legislativo) desean que sus decisiones se lleven a cabo y que los ciudadanos acaten y cumplan las normas jurídicas por ellos resueltas en una proporción aceptable, que a su vez permita perseguir las conductas disidentes y hasta soportar cierto grado de ineficacia. Los jueces esperan del derecho una guía para sus decisiones, cierto margen de discrecionalidad para satisfacer su conciencia moral, una garantía para su autoridad y un instrumento para hacer cumplir las sentencias. Los ciudadanos en general esperan, al menos, alguna claridad acerca de las conductas que deben ejecutar u omitir para evitarse problemas con la autoridad; pero cada grupo de ciudadanos en especial

desea ardientemente que el derecho satisfaga sus propios intereses o preferencias, aun a costa de los intereses ajenos (a menos que esa protección pueda generar riesgos insoportables en un futuro cercano).

A menudo algunas de estas expectativas son satisfechas por un mismo estado de cosas, pero lo normal es que la coincidencia no sea general e incluso que algunas de las apetencias queden insatisfechas y que algunos de los grupos experimenten cierta frustración.

En los parlamentos se emplea un método para llevar un proyecto adelante cuando no es posible acordar un punto legislativo en especial: se acude a una expresión vaga, que cada cual pueda interpretar a su gusto, y se traslada el conflicto al momento de la aplicación, que los jueces han de llevar a cabo cuando los frutos políticos inmediatos de la sanción de la ley, junto con su repercusión periodística, ya se hayan agotado.

Ese procedimiento, no exento de picardía, no es sin embargo más que la instrumentación intencional<sup>3</sup> de un fenómeno inevitable: la interpretación.

No hay manera de aplicar una ley sin interpretarla, ya que hasta la más simple lectura de un texto implica el uso de un código lingüístico. Pero es cierto que hay interpretaciones más compartidas que otras. Es imposible sancionar una ley cuya interpretación no pueda controvertirse, ya que cualquier abogado hábil es capaz de proponer una lectura alternativa que beneficie el interés por él defendido. No obstante, el lenguaje claro y positivo tiende a desalentar las lecturas alternativas por parte de los terceros relativamente desinteresados. La seguridad jurídica, pues, se vería mejor servida cuanto más precisas (y a la vez llanas) fuesen las cláusulas de la ley: no es ésta una batalla que pueda ganarse definitivamente, pero al menos es posible mantener en ella cierto equilibrio en el cual sustentar la autoridad legislativa. Sin embargo, esta línea de interés, propia de los ciudadanos en general, se ve desafiada por otra: la que sostiene que las leyes *deben* ser vagas y hallarse sujetas a interpretaciones alternativas, para evitar la cristalización del derecho y abrir camino al progreso de la jurisprudencia.

En qué haya de consistir el progreso de la jurisprudencia es un tema valorativo, ya que lo que unos llamen progreso puede ser nombrado como retroceso o disolución por un grupo de intereses opuestos. La cristalización del derecho, a su vez, es una expresión que encierra en sí misma un juicio negativo: un cristal se mantiene igual sean cuales fueren las variaciones de su entorno y, si se pretende modificarlo, termina por quebrarse. Por eso, el mero uso de la expresión supone cierto temor a que la certeza del derecho impida su adaptación a las necesidades futuras; quienes desean tener un derecho intersubjetivamente reconocible y dotado de cierta permanencia no hablan de cristalización, sino de seguridad jurídica: esta expresión sirve para expresar la misma pretensión con efecto emotivo favorable.

Parece claro que el derecho debe adaptarse a las necesidades cambiantes de la sociedad. Pero también parece claro que, si hemos de decir que hay un derecho -y no varios- para cada sociedad en cada momento, los métodos para el cambio no deberían ser excesivamente caóticos: el derecho, aunque fuese flexible y cambiante (cosa por cierto deseable), de todos modos tendría que ser igual a sí mismo en cada etapa de su evolución. Yo estoy convencido de que el precio que pagamos por la flexibilidad del derecho es demasiado alto. Y no propongo que el derecho deje de ser flexible, sino sólo que se parezca menos a una lotería.

### III. Derecho y moral

La difícil y a la vez necesaria relación entre moral y derecho está en el centro de lo que acabo de señalar como insatisfactorio. Permítaseme ante todo una digresión hipotético-arqueológica para desacralizar el problema, condición que juzgo necesaria para intentar alguna vía para resolverlo o para convivir al menos con él.

Supongo que, desde que los Cro-Magnon empezaron a vagar en grupos en busca de sustento, alguna forma de organización social se fue formando. No me hago ilusiones acerca de las virtudes de nuestros velludos ancestros: supongo que los más fuertes se impusieron sobre los más débiles <sup>4</sup>. Supongo, para simplificar, que se dieron de garrotazos unos a otros hasta que, bien que mal, cada uno cobró conciencia de su propio lugar en la escala de la sociedad y entendió qué esperaban de él los más fuertes y qué podía esperar él mismo de quienes tuvieran el infortunio de ser más débiles. Como estas esperanzas estaban permanentemente respaldadas por la amenaza de nuevos garrotazos, casi todos fueron adaptándose a vivir así y, en la medida estrictamente necesaria para la supervivencia de todo el sistema jerárquico de dominio, incluso los más fuertes aprendieron a no oprimir demasiado a los débiles: el oprimido muerto es una fuente menos de aprovisionamiento, en tanto el oprimido desesperado genera el riesgo, todavía mayor, de la rebelión colectiva. Llegada la situación a este punto, el concierto de garrotazos disminuyó considerablemente, las relaciones entre fuertes y débiles se volvieron casi amables, las expectativas del fuerte se llamaron derechos, las del débil recibieron el nombre de obligaciones y el panorama entero en el que las obligaciones se cumplían por las buenas y los derechos se ejercían sin necesidad de violencia física inmediata fue denominado con el hermoso nombre de *paz*.

En esas condiciones, el que no cumplía sus obligaciones o abusaba de sus derechos podía causar la ruptura de la paz, lo que se consideraba una dificultad para la convivencia colectiva. Para aprobar a quienes se ajustaban a lo esperado, se los llamó justos. La conducta disidente, en cambio, fue bautizada como injusta.

Las sucesivas generaciones fueron transmitiéndose unas a las otras la conveniencia de actuar justamente y, al internalizar esta enseñanza, elevaron la justicia a la categoría de ideal moral o valor supremo. Claro está que a esta altura de los acontecimientos el recuerdo de los garrotazos pretéritos se hallaba amortiguado por una espesa capa de ideología conformista, en la que cada uno tenía por virtud "conservar su lugar" y sentirse orgulloso de hacerlo <sup>5</sup>. Pero semejante sistema no permitía por sí solo hacer frente a las necesidades de un mundo lleno de estímulos cotidianos <sup>6</sup>. Cuando el caudillo, cacique, rey, asamblea o parlamento empezaron a dictar normas para cumplir esta necesidad, pareció que los súbditos conservarían su lugar si las obedecían; pero no faltaron individuos que, por el contrario, empezaron a pensar que era el gobernante quien en algunos casos no cumplía sus obligaciones o abusaba de sus derechos. Esos individuos inauguraron, con sus protestas, la diferencia entre el derecho y la moral.

Como el relato precedente es imaginario y no se halla fundado en pruebas históricas concretas, es posible que los hechos hayan ocurrido de otra manera. Sin embargo, esta hipotética reconstrucción me parece más verosímil que la inmediata contemplación del bien por el espíritu humano o

que el contrato social entre individuos libres deseosos de abandonar su estado de naturaleza.

Distinguir el derecho de la moral es difícil en la práctica, pero bastante fácil si se empieza por la asignación de significados a las palabras. Para empezar, llamaré derecho al conjunto de normas que, en distintos niveles, son resueltas o aplicadas por los órganos del Estado. Y moral al conjunto de criterios que sirven a cada individuo, o a cada grupo, para fundar sus juicios aprobatorios o desaprobatorios respecto de las conductas y aun de las normas del derecho.

A partir de allí es posible advertir que la moral y el derecho se encuentran vinculados al menos en tres niveles, cada uno de los cuales presenta sus propias características.

El primer nivel es el (genéricamente) legislativo: se supone -a veces con acierto- que el legislador escoge de la moral (al menos de la moral que él postula, tal como él la interpreta) las normas que prefiere convertir en jurídicas. Este nivel no presenta otra dificultad que la meramente política: quien no esté de acuerdo con la norma dirá que el legislador ha actuado inmoralmemente.

El segundo nivel es el de la identificación de las normas. Si hay en este nivel una dependencia del derecho respecto de la moral, es claro que, como sostiene el iusnaturalismo, la ley injusta no puede ser derecho. En la mayoría de los casos, sin embargo, suele admitirse que la ley injusta sea jurídica siempre que su injusticia no sea demasiado grave o no conduzca a consecuencias inaceptables<sup>7</sup>, con lo que la calificación de la gravedad de la injusticia o de la inaceptabilidad de las consecuencias exige una nueva intervención del observador en un panorama ya complicado<sup>8</sup>. Los positivistas, a su vez, sostienen que el derecho no depende de la moral y prefieren mantener los dos campos estrictamente separados en el plano intelectual.

El tercer nivel es el de la interpretación, necesaria para la aplicación del derecho. Aunque adoptemos el punto de vista de los positivistas (y yo ciertamente así lo hago), es imposible remitirse a la ley para fundar una interpretación "correcta" de la propia ley, ya que el concepto mismo de interpretación supone que la solución no está allí. Lo más que puede hacerse es investigar "los principios de leyes análogas" (art. 16 del Código Civil argentino). Obrar de ese modo supone un ejercicio de inducción, desde la observación de las leyes análogas hasta la abstracción de las razones que pueden atribuirse a sus disposiciones, y otro de deducción, desde esas razones hasta las normas que el caso en examen impone interpretar. Claro está que el procedimiento ofrece un modo de subjetivismo que es típico del *common law*: la elección de las leyes que hayan de considerarse análogas y la formulación del principio que de ellas haya de extraerse requieren una activa tarea de valoración. Sea como fuere, este método sólo se aplica en ciertos supuestos, especialmente cuando el resultado que de él derive para el caso goza de la aprobación personal del intérprete. Mas a menudo se postulan interpretaciones como si fueran evidentes por sí mismas o se las presenta como derivadas de los "principios generales del derecho", fórmula que cumple la misma función pragmática. De este modo, sea cual fuere la profundidad con la que se expresen los fundamentos y cualquiera sea el grado de sinceridad con el que el intérprete esté dispuesto a expresarlos, es claro que el sujeto ha de bucear entre sus propias preferencias morales para encontrar cómo interpretar la ley.

En este tercer nivel de relaciones entre el derecho y la moral, el iusnaturalista y el positivista se encuentran en la misma situación. Y enfrentan la misma dificultad para explicar por qué una interpretación es preferible a otra: el primero lo hace por referencia a pautas morales supremas (y por lo tanto jurídicas) que otros pueden no compartir y que en última instancia él no está en condiciones de demostrar, en tanto el segundo se remite, de modo más o menos implícito, a su propia posición metaética (que otros también pueden no aceptar y que, de todos modos, es raro que él mismo haya aclarado para sí).

El panorama que acabo de enunciar muestra una imagen bastante menos sólida que la de la pirámide kelseniana, aunque con algún parecido geométrico: parece un adorno de pasamanería, con una borla grande de la que cuelgan cordones con otras borlas más pequeñas y terminada por una multitud de flecos independientes entre sí. Si se piensa que en la punta de cada fleco puede haber ciudadanos que han puesto sus esperanzas en un sistema jurídico que les había sido presentado como único, puede advertirse cuán inconveniente es la situación que el derecho enfrenta desde hace ya muchos siglos.

En los últimos tiempos, sin embargo, esta situación ha empeorado. La historia de la humanidad registra, en todos los tiempos, crueldades, masacres, sojuzgamientos y maniobras, individuales o colectivas, diplomáticas o violentas, por las que unos se apoderan de los recursos que otros necesitan para sobrevivir. El derecho no se ha distinguido, a lo largo de la misma historia, por su capacidad para poner coto a tales actitudes; y esto no es extraño, ya que el mismo derecho es un instrumento al servicio de los poderosos. Pero, especialmente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, las víctimas vienen alzando su voz para exigir, con disímil resultado, que se implante un estado de cosas más favorable para ellas y que, en lo posible, se castigue a quienes sean reputados culpables de aquellos desaguisados. Como las instituciones jurídicas no respondieron a este clamor con suficiente rapidez, se generalizó un sentimiento de desconfianza hacia el derecho y hacia los gobiernos que lo rigen. Los reclamos tomaron la forma de acusaciones y demandas judiciales, ya que los jueces, a diferencia de los legisladores, están estrictamente obligados a dar respuesta a cada petición que se les dirija. Y así el discurso jurídico tomó, cada vez más, la forma de una invocación de principios y derechos supralegislativos antes que de la imputación de obligaciones concretamente contenidas en textos legales.

Esta evolución tuvo alguna repercusión en el nivel legislativo, donde los códigos civiles y penales muestran una fuerte inercia; pero en el nivel jurídico más político, el constitucional, ha mostrado una influencia extraordinaria. La nueva tendencia constitucional, que ha adquirido el nombre de *neoconstitucionalismo*, consiste en intensificar la tendencia, ya largamente bicentenaria, de incluir en los textos constitucionales ciertos derechos y garantías que la ley no pueda vulnerar válidamente. Pero ahora se agregaron derechos y principios tan plausibles como vagos, cuya satisfacción depende de acciones positivas y cuyos obligados no se designan con claridad. Es más, varias generaciones de derechos humanos se han incorporado a convenciones internacionales; en no pocos casos se ha establecido que tales declaraciones son directamente aplicables en el interior de los estados firmantes y, en algunos supuestos, se ha declarado que ellas no son constitutivas sino declarativas de derechos preexistentes en calidad de *ius cogens*. La situación de hecho no ha mejorado mucho por

eso: basta leer los diarios para enterarse de cuántas personas en distintos países mueren en nuevas masacres y de las crueldades que gobiernos poderosos ejercen -incluso públicamente- para satisfacer sus propias apetencias. Lo que está variando es el grado de certeza de aquello que estemos dispuestos a denominar derecho.

En efecto, llevados por su desesperado reclamo de justicia, los hombres han proclamado la justicia como el primero y más operativo de los contenidos del derecho. El propio positivista se ha quedado sin referente, porque el legislador abrazó el iusnaturalismo y -por medios jurídicos positivos- admite que los principios están por encima de su mismo juicio. Esto sería una excelente noticia si existieran métodos dotados de consenso para dirimir las controversias éticas; pero, si dispusiéramos de tal cosa, es probable que el derecho jamás hubiera llegado a inventarse. En los hechos, lo que sucede es que los confusos flecos que en la imagen anterior dominaban el nivel interpretativo están invadiendo también los niveles superiores: la borla más elevada del adorno de pasamanería está desflecándose también, hasta tal punto que ya nadie puede saber a ciencia cierta cuál es el contenido del sistema jurídico ni cuáles son las conductas prohibidas u obligatorias o las consecuencias que de ellas hayan de derivar.

Lo que acabo de afirmar es, claro está, una exageración. Pero no por eso ha de tomarse con displicencia. De hecho, la seguridad jurídica -que jamás ha sido perfecta ni mucho menos- está resquebrajándose. El motivo es bueno (no podría dejar de serlo, puesto que opera en nombre de la moral), pero el resultado es peligroso. El discurso jurídico, que antes se entendía referido a códigos y decisiones concretas enmarcadas por garantías constitucionales, reposa ahora blandamente sobre la conciencia de la humanidad. Esta conciencia cambia con el tiempo, lo que puede justificarse diciendo que se adapta a las nuevas necesidades; pero más grave es que ni siquiera es uniforme en un momento dado. Aparece representada por las declaraciones no siempre sinceras de los poderosos, pasa por alto las preferencias de segmentos muy poblados de nuestro planeta y, en última instancia, es interpretada hartamente libremente por los magistrados que entienden en cada una de las causas que, a millones por minuto, se inician en el mundo entero. Y, desde luego, cada aplicación puede resultar criticada por cientos de millones de observadores, cada uno de los cuales aplica en esa crítica su propio parecer.

En otras palabras, el camino que ahora estamos siguiendo lleva al derecho hacia el gobierno de los jueces. Pero la actividad judicial está todavía cortada sobre el molde de la escuela de la exégesis y de la dogmática, en cuyas ficciones ya nadie cree. Si, por vía de identificación, selección y aplicación de los principios, cada juez ha de ser un soberano de sus procesos, conviene recordar que la pluralidad de soberanos no es otra cosa que anarquía. Y que la anarquía, en la práctica, no deriva en la pacífica cooperación que imaginaban los utopistas del siglo XIX, sino en la fragmentación social y en la concentración del poder en núcleos mafiosos que, cada vez más, muestra la realidad del siglo XXI <sup>9</sup>.

Es necesario, pues, reinventar la ley. No tiene por qué tratarse del mismo elemento ya conocido, que parece haber perdido la confianza de los pueblos (aunque sospecho que la culpa de este acontecimiento no corresponde a la estructura propia de la ley, sino al modo en ella ha sido manejada por los legisladores de toda laya. Puede ser que un nuevo procedimiento político contribuya a establecer pautas más plausibles. Puede ser que los jueces, al tomar conciencia de su nueva situación, adviertan las condiciones, las necesidades y los riesgos de la competencia que la historia



les ha deparado, recaben información colectiva fuera de las causas concretas, hagan públicos los principios que estén dispuestos a identificar como tales, así como las prioridades que postulen de unos principios y derechos frente a otros, y acuerden entre sí, en la medida de lo posible, los criterios generales a los que hayan de sujetar sus decisiones futuras. Pero, de un modo u otro, será indispensable retornar a las normas si queremos evitar que la sociedad se disgregue o pierda las pequeñas ventajas que gracias a la institución jurídica había logrado alcanzar.

#### **IV. Derecho y sociedad**

La sociedad es un sistema dinámico. Los sistemas dinámicos (animales, plantas, empresas, galaxias) reciben, procesan y emiten materia, energía e información y se identifican por las funciones cuyo cumplimiento mantienen constante en medio de las variaciones del entorno. Una vez definidos de este modo los límites del sistema, se considera "vida" de ese sistema el lapso durante el cual permanece igual a sí mismo (es decir, el tiempo durante el cual sigue cumpliendo las funciones que hemos incluido en su definición y delimitación).

Para cumplir esas funciones principales (así como otras accesorias y cambiantes, que ayuden a cumplir las primeras), el sistema debe hacer frente a las variaciones de su entorno, así como a las que pueda sufrir en su propia estructura.

Hacer frente a las variaciones implica mantener ante ellas el equilibrio dinámico, contrarrestando sus efectos mediante retroacciones adecuadas y limitadas al restablecimiento del equilibrio. Claro está que el equilibrio mismo se define por referencia al mantenimiento de las funciones principales, a la marcha de los subsistemas auxiliares y a la conservación (o al cambio equilibrado) de las estructuras que soporten subsistemas y funciones.

Para mantener el equilibrio, los sistemas dinámicos cuentan con un subsistema auxiliar muy importante: el subsistema regulador, que tiene por función advertir las variaciones internas y externas, ejercer la retroacción echando mano a las reservas acumuladas y detener la retroacción cuando ya no sea necesaria. En un humano, este subsistema está distribuido en el sistema nervioso y tiene su centro principal en el cerebro. Está compuesto de células (las neuronas), dispuestas en una estructura que cumple una función determinada. El contenido de esta función (el equilibrio a mantener, la manera de ejercer la retroacción y, en su caso, la de disponer para ello de las reservas acumuladas) se halla determinado, ante todo, por la condición biológica que las células llevan impresa (la información incluida en el ADN).

El hombre es un ser biológico, viviente; pero la sociedad humana es un sistema *metaviviente* <sup>10</sup>, no biológico. Su subsistema regulador se llama gobierno (denominación en la que englobo aquí todas las funciones del estado). El gobierno tiene piezas materiales que, aunque renovables, forman parte de su estructura (los individuos que actúan como gobernantes, legisladores, jueces y funcionarios de diversa jerarquía) y una estructura de información, compuesta por el derecho.

El derecho, estructura de información integrante del subsistema regulador <sup>11</sup>, cumple distintas funciones. Una de ellas, parcialmente contenida en la constitución, es la identificación de las funciones cuya permanencia ha de definir la vida de la sociedad: una autodefinition del

sistema social cuyo acierto puede apreciarse en su propia capacidad de permanencia. Por cierto, la autodefinición constituye una decisión sujeta a polémica, ya que distintos grupos en el seno de una misma sociedad intentan definir las funciones principales de acuerdo con sus propios intereses.

Otra función del derecho es la de contener lo que los sistemistas llaman *esquema de variabilidad*: el procedimiento para absorber energía del cuerpo social (derecho tributario, por ejemplo), para administrarla (ley de presupuesto, organización del Estado) y para aplicarla donde sea necesario (normas que organizan la administración de justicia, la policía y las fuerzas armadas).

Una tercera función del derecho es el establecimiento del esquema de equilibrio que la sociedad considere preferible, esquema a cuyo mantenimiento será aplicada la energía disponible mediante el esquema de variabilidad antes mencionado. Esta función es la que cumplen los códigos civil, penal o de otras especialidades y, en general, las normas que establecen obligaciones, reconocen derechos y prevén sanciones para quienes no cumplan las primeras o no satisfagan los segundos.

De las tres funciones que acabo de enumerar, la segunda es la que se cumple con mayor eficacia. Incluso en las situaciones más caóticas se observan algún modo de recaudar fondos, una fuerza armada que al menos intenta ejercer retroacción y una organización, por precaria o rudimentaria que sea, encargada de disponer la manera de usar los fondos y aplicar la energía. La tercera se ve afectada por las dificultades a las que me he referido antes. La primera tiende, en la práctica, a coincidir con la segunda porque las tradiciones sociales se encuentran en crisis y la identidad que cada país tiene de sí mismo se desdibuja entre los conflictos internos y la globalización que tiende a uniformar los puntos de vista hacia una perspectiva transnacional.

En este punto de la exposición debo aclarar que las apreciaciones formuladas hasta ahora en el presente apartado no constituyen en sí mismas una crítica ni una queja, sino apenas un intento de describir la realidad en términos universales e inteligibles. Ahora trataré de exponer mi opinión acerca del presente y del futuro de la relación entre derecho y sociedad.

La función del derecho, como ya he dicho, es importante, pero auxiliar: consiste en definir y preservar las demás funciones que la propia sociedad entienda preferible satisfacer, ya sea como condición de su propia subsistencia o simplemente como comportamientos dignos de aprecio. Para identificar esas funciones y establecer las prioridades entre ellas, disponemos de dos actitudes: la de fondo y la procesal.

La actitud procesal consiste en fijar un método para adoptar esas decisiones: la democracia y la monarquía hereditaria son distintos ejemplos de este método. Estos métodos tienen la ventaja de fundarse en hechos verificables, pero no garantizan que sus resultados sean satisfactorios para cada ciudadano.

La actitud de fondo implica sustituir el método por un código determinado o, por lo menos, subordinar el método a dicho código. Esta actitud tiene la ventaja de ofrecer garantías (o "cotos vedados", al decir de Garzón Valdés); pero deja sin responder quién ha de establecer aquel código de garantías. En la práctica, cualquier restricción a la primera actitud fundada en la segunda actitud implica una pretensión de ejercer el poder supremo. Y esta pretensión oscila a su vez entre la actitud procesal (la ley

divina, los principios establecidos por el poder constituyente) y la actitud de fondo (principios que se postulan como simplemente asequibles a la razón)<sup>12</sup>.

A medida que se profundiza este análisis de actitudes, los fundamentos del derecho se vuelven más y más vagos e inciertos, con lo que las diferencias entre ellos tienden a diluirse y a confundirse. Lo que queda en pie, en términos pragmáticos, es el conflicto entre dos apetencias: la de disponer de normas públicamente reconocibles, que sirvan para ordenar la sociedad, y la de evitar que esas normas sean tales que nos molesten (o nos repugnen, o nos parezcan indignas de ser aceptadas por una comunidad civilizada)<sup>13</sup>. La primera de dichas apetencias es ante todo colectiva, por lo que la participación de cada observador en ella requiere cierto grado de solidaridad social. La segunda, en cambio, es ante todo individual, por lo que su reproducción más o menos uniforme en el grupo depende de coincidencias contingentes que la educación intenta, con mejor o peor éxito, fomentar.

Yo soy parte de la cultura en la que estas actitudes y apetencias ejercen sus tensiones y muestran sus conflictos. No puedo, pues, hacer otra cosa que expresar mis propias preferencias, acaso con la ventaja de tomar esas tensiones en cuenta en lugar de negar su existencia.

En este sentido, soy partidario de la democracia. No porque piense que este método da buenos resultados para cada problema concreto, sino porque el constante recurso a la voluntad popular contribuye a la retroacción (influencia de los resultados sobre las decisiones) y, por lo tanto, a mantener el equilibrio dinámico del sistema social. Incluyo en esta ventaja lo que podría llamarse equilibrio de nivel superior, referido a la relación entre las funciones a ejercer y las estructuras políticas que hayan de ejercerlas, al modelo mismo de equilibrio que se pretenda mantener y a la definición de las funciones en las que la sociedad prefiera reconocerse a sí misma<sup>14</sup>.

Esta visión del método para adoptar las decisiones importa, a su vez, una pretensión igualitaria. Claro está que los seres humanos somos notablemente desiguales: la pretensión igualitaria consiste, precisamente, en que los humanos, aunque sean desi-guales en ciertas características y a la vez iguales respecto de otras, sean tratados de una manera semejante para ciertos aspectos de la vida social. Esta es una definición bastante vaga de la igualdad, porque invita a aclarar cuáles características iguales o desiguales han de juzgarse relevantes y cuáles no deben tomarse en cuenta (y hasta qué punto no deben considerarse), qué aspectos de la vida social han de ser alcanzados por la pretensión habida cuenta de la relevancia de aquellas características y a qué hemos de llamar "trato igual" (esto es, qué diferencias de trato consideramos admisibles dentro del marco de igualdad, por ejemplo por vía de proporcionalidad o de discriminación positiva). Pero, pese a su vaguedad, tiene al menos la ventaja de no dar por supuesto que la igualdad es una sola (generalmente la que coincide con la preferencia del observador en el tema concreto).

En este contexto de vaguedad, y dentro del juego democrático de las ideas, prefiero un derecho que reduzca obligaciones y prohibiciones a lo que se juzgue estrictamente necesario para la convivencia pacífica, dé un trato *igualitario* (con las salvedades ya apuntadas) a las personas en cuanto no afecte aquellas obligaciones y prohibiciones y, en especial, procure para todos un nivel tan uniforme como sea posible establecer respecto del acceso a los bienes y servicios disponibles en la sociedad, empezando por la

alimentación, la vivienda, la salud y la educación. En cuanto las desigualdades sean inevitables, prefiero que las razones que puedan justificarlas sean la necesidad, la capacidad y el mérito de los individuos antes que su pertenencia a grupos familiares, políticos o económicos; y la utilidad social antes que las tradiciones.

Estimo conveniente, pues, un acercamiento entre la sociedad y el derecho, tanto en el aspecto procesal como en el de fondo (interpretado este último, también al modo procesal, como el conjunto de preferencias sociales a largo plazo). Observo que la sociedad y la ley se encuentran hoy muy distanciados; frente a esta situación la sociedad, en lugar de modificar la ley para que responda a sus preferencias, tiende a vaciarla de contenido obligatorio para subordinarla vagamente a sus preferencias o sustituirla directamente por ellas, a las que elige llamar derecho. Creo que éste es un camino equivocado para resolver un problema real: será preciso reinventar la ley, como antes dije, de tal modo que se convierta en el vehículo de las preferencias sociales democráticamente expresadas, dentro de garantías constitucionales también democráticamente establecidas. Pero para que esto pueda hacerse habrá que eliminar, aunque sea parcialmente, los obstáculos que hoy se interponen entre la ley y las preferencias del pueblo, incluso en las repúblicas formalmente democráticas. Uno de estos obstáculos, acaso el mayor fuera de la dictadura lisa y llana, es la desigualdad de recursos, principalmente económicos y culturales, que genera fenómenos de distorsión como el feudalismo, el clientelismo, el nepotismo, el fraude electoral, la compra de votos, el engaño impune y sistemático de las campañas electorales y las prácticas corruptas relacionadas con el aspecto económico de esos fenómenos.

#### Notas:

<sup>1</sup> Antonio Anselmo MARTINO, *La scuola analitica di Buenos Aires*, Bologna, Il Mulino, 1984.

<sup>2</sup> Va de suyo que este tipo de expresión se apoya en las pautas culturales (morales y a menudo proyectadas hacia lo jurídico) que nuestra educación ha absorbido desde el nacimiento y que nuestra historia personal ha modelado a lo largo de las vicisitudes vividas por cada sujeto. Pero su fuerza retórica es potenciada por la implícita postulación de un sistema normativo, de origen externo a cualquier sujeto individual, que todos estamos en condiciones de apreciar.

<sup>3</sup> Por supuesto, el fenómeno se produce aun en ausencia de intención por parte del autor de la norma. El redactor de normas, que rara vez es un experto lingüista, incurre fácilmente en ambigüedades o vaguedades. Y, aunque ponga todo su cuidado en el lenguaje que emplea, no suele tomar en cuenta sino los significados que son relevantes para su propósito: no puede prever el ingenio de los futuros intérpretes.

<sup>4</sup> Esta situación hipotética puede ser difícil de comprender porque contrasta con la actual, donde -como es sabido- los más fuertes se desviven por respetar y ayudar a los débiles y jamás osarían imponerles sus leyes, someterlos a sus intereses, destruir sus ciudades o asentamientos ni quitarles los bienes que ellos hayan podido procurarse o hayan encontrado en su subsuelo.

<sup>5</sup> *El alcalde de Zalamea*, de Pedro Calderón de la Barca, es un buen ejemplo de este orgullo y de los conflictos a los que todavía podía llevar mantenerlo.

<sup>6</sup> Esta dificultad se halla magistralmente ilustrada en H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 113 y ss..

<sup>7</sup> Confr. Rodolfo L. VIGO (compilador), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

<sup>8</sup> La complicación proviene de la notable dificultad en acordar criterios de justicia. El texto de las leyes es relativamente fácil de advertir por cualquiera, especialmente cuando media publicación en un boletín oficial; pero el juicio moral que las conductas o las normas hayan de merecer está sujeto a graves controversias, de las que el sistema metaético a

adoptar es apenas la primera (confr. Ricardo A. GUIBOURG, *La construcción del pensamiento*, Buenos Aires, Colihue, 2004, Capítulo VIII).

<sup>9</sup> Algo parecido sucedió en la Alta Edad Media. La idea de un sistema jurídico público y universal, concebida por los romanos, se desvaneció con la caída del Imperio de Occidente. Las personas fueron agrupándose entonces en torno a núcleos de poder que, de hecho y a cambio de vasallaje, fueran capaces de protegerlas de otros grupos de poder: así nació el feudalismo, luego convalidado por la tradición secular y bendecido por la estructura eclesiástica (heredera, a su vez, de la estructura imperial romana). En la mafia, las “familias” son otros tantos núcleos de poder y de negocios, que compiten entre sí y a veces conciertan pactos de contenido puramente pragmático. En los estados modernos, los partidos han ido perdiendo buena parte de sus originales postulados ideológicos y, en no pocos países latinoamericanos, son más reconocibles como centros que agrupan el esfuerzo y las esperanzas (y los negocios) de algún grupo de individuos, en tanto los mismos individuos son capaces de pasar de un partido a otro con la misma actitud pragmática de quien cambia de empleo.

<sup>10</sup> Confr. James Grier MILLER, *Living Systems*, Nueva York, McGraw Hill, 1978.

<sup>11</sup> Confr. Ricardo A. GUIBOURG, *Deber y saber*, México, Fontamara, 1997: “El sistema social en el enfoque de la teoría general de sistemas. El lugar de los sistemas normativos en el sistema social y en subsistema político”, p. 201 y “La realidad social y su regulación normativa: una visión sistémica”, p. 210.

<sup>12</sup> En este contexto, la palabra “razón” está muy lejos de representar su significado primitivo de proporción, medida o método deductivo: por el contrario, parece nombrar cierto sentimiento, intenso pero en última instancia inexplicable y hasta inefable, que conduce al observador a adherirse a un juicio de valor.

<sup>13</sup> Las palabras “indignas” y “civilizada” recogen aquí un obvio contenido valorativo, por lo que la expresión que las contiene no es otra cosa que una versión muy enfática del verbo “molesten” empleado previamente.

<sup>14</sup> Confr. “Juristas en la cuerda floja”, en *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 73.

# LOS ENTIMEMAS FORENSES Y SU VALIDEZ EN LA FUNDAMENTACIÓN SENTENCIAL

MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ

**Sumario:** I. Introducción. Aclaraciones previas. II. Concepto de entimema. Sentido con que será utilizado en el presente trabajo. III. Estructura de los entimemas. IV. Motivos que llevan al uso de entimemas. V. Utilidad de los entimemas. VI. Peligro del razonamiento entimemático. VII. Clases de entimemas. 1. Entimemas de primer orden. 2. Entimemas de segundo orden. 3. Entimemas de tercer orden. VIII. Validez de los razonamientos entimemáticos. IX. Los entimemas en la fundamentación de las sentencias. Valoración. X. Las reglas clásicas de validez de los entimemas en el razonamiento forense. 1. Aproximación inicial. 2. Entimemas forenses de primer orden. 3. Entimemas forenses de segundo orden. 4. Entimemas forenses de tercer orden. XI. Una revisión de la regla de invalidez del razonamiento judicial entimemático de tercer orden. 1. La conclusión implícita inferida de la simple omisión decisoria. 2. La conclusión implícita inferida del contexto decisorio o de los antecedentes de la causa. XII. Conclusiones.

## I. Introducción. Aclaraciones previas

El tema de los entimemas forenses y, más específicamente, su utilización y validez en el ámbito del razonamiento judicial constituye una *cuestión que ha sido poco estudiada por la comunidad iusfilosófica*.

Sin embargo, consideramos que la circunstancia de que no haya sido lo suficientemente desarrollada no implica que la temática no genere hoy un espacio de rica reflexión y de gran utilidad práctica.

Ello así por cuanto, como se verá a continuación, resulta frecuente -y en ciertos casos habilitada- la utilización de razonamientos entimemáticos en cualquier diálogo, y por ello también en la sentencia judicial.

No obstante, debemos reconocer que la escasez de lectura de trabajos ocupados del tema nos ha dificultado grandemente la tarea conclusiva, así como imposibilitado el acompañar con citas bibliográficas la parte medular de la presente nota.

Como última precisión metodológica, no puedo sino advertir al lector que mucho de lo que aquí se desarrollará (principalmente lo relativo a las reglas clásicas de validez del entimema forense) es lo que desde hace varios años viene enseñándose en las clases de Filosofía de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, encontrando su contenido base en la tradición de las enseñanzas de los grandes maestros que fueron y son profesores titulares de la cátedra mencionada <sup>1</sup>.

## II. Concepto de entimema. Sentido con que será utilizado en el presente trabajo

Como señala Ferrater Mora <sup>2</sup>, el término “entimema” se ha empleado, desde Aristóteles, con **diversos significados** <sup>3</sup>.

En efecto, algunos autores como William Hamilton (citado por Ferrater) han llegado a distinguir hasta diecisiete acepciones del término.

Sin ánimo de agotar la multivocidad de la voz, resulta a nuestro juicio útil referenciar, al menos, los cuatro principales sentidos con que se ha definido la noción de entimema.

Así, conforme con una **primera acepción -estrictamente aristotélica- el entimema es un silogismo basado en semejanzas o signos**. Desde esta perspectiva en los Primeros analíticos <sup>4</sup>, el griego sostiene que el entimema es un silogismo basado en semejanzas o señales que indican una propiedad que realiza la función de un término medio silogístico. Así pone el ejemplo: *“de una mujer que tiene leche se puede inferir que está embarazada”*.

Una segunda conceptualización del entimema, ya más orientada al ámbito de lo psicológico e ideológico del razonamiento -aunque vinculada con la anterior- es aquella que **relaciona la noción de entimema con el “análisis de la lógica de las preferencias”** que el retor tiene cuando construye un silogismo jurídico entimemático.

Desde esta perspectiva se alude a la expresión “nudo entimemático” <sup>5</sup>, que se erige como aquello oculto del razonamiento que sostiene la misma lógica de la preferencia a la cual el orador adhiere y que -en definitiva- engloba a los valores culturales, ideología, principios y convicciones que forman la personalidad del retor.

En tercer lugar, se sostiene que el entimema expresa -también según el pensamiento de Aristóteles- **una clase especial de silogismo: el silogismo retórico** <sup>6</sup>, erigiéndose en la demostración de un orador y constituyendo la más efectiva de las maneras de ejercitar la retórica. Aunque el Estagirita no define el entimema retórico en términos específicos, ofrece en la *Retórica* varias características relacionadas a él, tales como que no es un argumento formal completo, que usa el propio conocimiento del público que se complace en anticipar al orador y que no puede ser demasiado largo. En la misma línea, el Estagirita afirma que se trata de un silogismo que tiene por objeto, lo verosímil <sup>7</sup>.

Finalmente, un cuarto significado -que será el que utilizaremos en el presente trabajo- de factura rigurosamente lógica y de frecuente uso actual <sup>8</sup> explica que un entimema es un **silogismo formulado en forma incompleta, por no ser expresada una de las premisas o la conclusión**.

Así, enseña Ghirardi que: *“Los entimemas son silogismos abreviados, en los que se supone una de las premisas (se la omite). Ejemplos clásicos son los de coartada: ‘si estaba durmiendo en mi casa, no me encontraba en el lugar del crimen’ (por consiguiente, soy inocente). A la inversa podría argüirse: ‘soy inocente porque estaba en mi casa’ (luego, no estaba en el lugar del crimen). Lisias utiliza una serie de entimemas en su defensa del caso Eratóstenes”* <sup>9</sup>.

Conforme con esta acepción, entonces, el entimema es un razonamiento correcto pero que no muestra alguna de sus premisas, aunque la omitida fácilmente puede ser deducida del razonamiento mismo. Por ello se dice, con acierto, que en los entimemas la totalidad de las premisas existen, pero no se mencionan expresamente.

Desde tal significación se conoce al entimema con el nombre de “silogismo truncado”, toda vez que le faltaría alguna de sus piezas.

Empero, no está de más insistir con que el entimema no es un razonamiento originario u ontológicamente incompleto en sí mismo; lo incompleto se predica solamente de su expresión o enunciación.

En el resto de este artículo limitaremos nuestra atención al entimema entendido conforme con este último sentido.

De tal modo, desde una perspectiva estrictamente lógica y luego de apuntar las principales notas que caracterizan esta clase de silogismo

incompleto, procuraremos indagar el funcionamiento del razonamiento entimemático como fundamentación del acto sentencial <sup>10</sup>, así como las condiciones de su validez como motivación legítima de las resoluciones judiciales.

### III. Estructura de los entimemas

En general, el entimema **debe contar con menos proposiciones que las que constituyen el silogismo categórico**, toda vez que en él -necesariamente- se suprime la expresión o enunciación de alguna de ellas en tanto se dan por sabidas por el auditorio.

Consecuentemente, el criterio indispensable para un entimema logrado es que el auditorio realice parte del proceso de “razonamiento” <sup>11</sup> descubriendo y completando intelectualmente el silogismo truncado.

### IV. Motivos que llevan al uso de entimemas

Diversas pueden ser las razones en función de las cuales se acude al uso de entimemas.

Empero, generalmente, el recurso a esta herramienta suele obedecer a tres principales motivos, a saber: 1) Porque **las premisas son obvias o evidentes**, resultando -en consecuencia- redundante o superficial su expresión; 2) Porque alguna de las premisas es **dudosa, vaga o demasiado extensa**, y por ello se prefiere no definirla o precisarla para evitar la dispersión de la discusión, y 3) Porque algunas de las premisas **atienden más al deseo que a la razón**, y por ello, una parte se suprime. En este último caso, el entimema encierra -con frecuencia- un razonamiento ilícito o incorrecto materialmente.

### V. Utilidad de los entimemas

Dentro de la retórica, el entimema se erige en un recurso importantísimo a los fines de dotar **de agilidad y claridad expositiva** al discurso.

En efecto, al partir de la presunción del conocimiento de determinadas premisas o su fácil deducción por parte del auditorio, el retor puede evitar digresiones innecesarias en el iter de su exposición discursiva.

Por ello, se ha sostenido con acierto que el entimema configura una situación retórica, en la que por elegancia, por brevedad, pero -sobre todo- por suponer en el auditorio una inteligencia suficiente como para suplir lo que falta, se silencia algo que está ahí, en la consideración del auditorio y, por lo tanto, no implica ningún problema con respecto al silogismo.

En esta línea, Irving M. Copi enseña que el uso de expresiones entimemáticas tanto en el discurso cotidiano como en la ciencia se debe a que una gran cantidad de proposiciones se pueden presumir del conocimiento común y, gracias a su uso, se evitan problemas, dado que no es necesario repetir lugares comunes y frases hechas que los oyentes o lectores pueden perfectamente aportar <sup>12</sup>.



De igual manera se ha destacado que el entimema es un **arma poderosa, y que -utilizada con propiedad- puede resultar sumamente persuasiva**; siendo su peso convictivo incluso más poderoso que cuando se expresa el razonamiento de una manera completa.

Así, Copi, aludiendo a esta conveniencia retórica de su uso, señala que “... no es raro que un argumento sea retóricamente más poderoso y persuasivo cuando se enuncia entimemáticamente que cuando se enuncia con su detalle. Como escribió Aristóteles en su Retórica, ‘los discursos que... descansan en entimemas despiertan los más entusiastas aplausos’”<sup>13</sup>.

## VI. Peligros del razonamiento entimemático

Sin dejar de reconocer su gran utilidad retórica, resulta conveniente apuntar que los entimemas constituyen también herramientas que -si se utilizan incorrectamente- resultan sumamente riesgosas ya que se presentan como **instrumentos idóneos para disfrazar falacias**, pudiendo inducir con ello a error al auditorio.

Por lo demás, un uso poco cuidadoso del entimema puede **conllevar a serios equívocos**, particularmente entre los no iniciados en el asunto que se debate.

Ello así toda vez que, como lo ha destacado autorizada doctrina, “... la premisa oculta o sobreentendida puede tener una significación diversa para cada uno de los auditorios o para el mismo auditorio, en confrontación con el mismo emisor”<sup>14</sup>.

## VII. Clases de entimemas

De acuerdo con la parte del silogismo que se deja sin expresar, clásicamente se distinguen tres tipos de entimemas:

1. *Entimema de primer orden*: que es aquél en el que no se enuncia o se silencia la premisa mayor del silogismo:

*Pienso*

*Luego, existo.*

En el ejemplo dado la premisa silenciada rezaría: “*El que piensa existe*”.

Es la clase **más frecuente de entimemas**.

Tal generalidad en su uso obedece al hecho de que -en la mayoría de los casos- la premisa mayor trata o alude a una **verdad general** o a un lugar común que no precisa ser expuesta ni defendida.

Por lo demás, se ha destacado que -en ciertas ocasiones- esa premisa mayor no es enunciada por razones de **prudencia**, toda vez que puede resultar una tarea sumamente compleja dotar de un ropaje formal a las verdades generales que -por su extensión- no resultan fácilmente definibles.

Igualmente se ha sostenido que tal enunciación de la verdad general es omitida para evitar los riesgos de que -como ocurre con toda definición- cualquier detalle, cualquier resquicio, dé pie a la réplica del auditorio.

En definitiva, sea que la omisión de la premisa mayor obedezca a razones de obviada, de prudencia o de precaución, lo cierto es que el

entimema de primer orden es aquel que prescinde de la expresión del primer antecedente por entenderlo presupuesto.

2. *Entimema de segundo orden*: es aquél en el que se suprime la premisa menor.

Graficando el uso de esta clase de entimema Cohen y Nagel <sup>15</sup> apuntan el siguiente caso:

*Todos los borrachines tienen corta vida*

*Juan no vivirá mucho.*

La premisa menor silenciada -pero que, reiteramos, está presente en el razonamiento- sería entonces que "*Juan es un borrachín*".

Otro ejemplo de entimema de segundo orden, entre los numerosos que existen desde la dogmática, lo da Mans Puigarnau <sup>16</sup>:

*Todos los hombres son iguales ante la ley*

*Los negros son iguales ante la ley.*

Aunque evidente, no está de más señalar que la premisa menor no enunciada o expresada es la que reza: "*Los negros son hombres*".

3. *Entimema de tercer orden*: es uno en el cual se enuncian ambas premisas pero se suprime la conclusión.

Un ejemplo de este tipo -citado por Cohen y Nagel <sup>17</sup>- es el siguiente:

*La usura es inmoral*

*Esto es usura*

La premisa silenciada se colige así evidente; "*Esto es inmoral*" diría la conclusión cuya enunciación se ha omitido.

Distintos pueden ser los motivos que conducen a la formulación de este tipo de entimemas.

Así, cuando la conclusión de cada parte se sobreentiende y los principios o reglas son obvios, el diálogo se limita a intercambiar razones, ya que devendría un ***sin sentido repetir las conclusiones a cada paso***.

Otras veces, no se enuncia la conclusión por razones de ***conveniencia***. Este es el caso, por ejemplo, de quien la insinúa para dejar que la audiencia saque sus propias conclusiones.

## VIII. Validez de los razonamientos entimemáticos

Es sumamente importante vigilar que en el proceso de construcción del entimema no se cometan errores formales que provoquen la invalidez del argumento.

Hemos dicho ya que el entimema no es un razonamiento incompleto, sino que sólo silencia la enunciación de una premisa que está presupuesta.

Por lo tanto, el razonamiento entimemático no es sino un silogismo categórico, y debe -en consecuencia- cumplir con las reglas de aquél para garantizar la validez formal del pensamiento <sup>18</sup>.

Distinto es el caso, en cambio, de aquellos razonamientos que son propiamente incompletos, esto es, aquellos en los cuales no sólo su expresión es incompleta sino que realmente les falta un tramo en su

construcción. Este tipo de argumentos, genuinamente incompletos, suelen presentarse falazmente como si fueran entimemas, pero -en rigor- resultan inválidos.

Para poder identificar cuándo se está ante un entimema válido y cuándo ante un razonamiento lógicamente incorrecto con apariencia de entimema, Copi apunta dos pasos <sup>19</sup>:

**1. Primer paso.** Consiste en **proporcionar las partes faltantes del razonamiento.**

Para ello, será necesario que primeramente se identifique y precise de qué orden es el entimema. Una vez dilucidado si se trata de un entimema de primero, segundo o tercer orden, deberá expresarse la proposición faltante (ya sea la premisa mayor, la menor o la conclusión) y así exteriorizar el razonamiento completo.

El no cumplimiento de este primer paso podría -eventualmente- llevar a la aceptación de un entimema falso, dándose por supuesta una proposición que en realidad no es la que realmente se omitió en la formulación del argumento y así cometer un error.

Por ello, cuando el auditorio u oyente se encuentra ante un razonamiento entimemático, es sumamente importante que entienda qué parte de éste fue omitida o silenciada (es decir, definir si se trata de un entimema de primer, segundo o tercer orden) y, por otro lado, resulta altamente conveniente que ensaye la proposición faltante para tener de manera completa -ya no entimemática- el argumento y pasar a comprobar su validez.

Es decir, el auditorio a partir del razonamiento presentado como entimemático deberá buscar cuál fue la proposición omitida y reconstruir el argumento, pero sin perder de vista el argumento central.

Aludiendo a la importancia de este paso del procedimiento, Copi enseña que la objeción más demoledora en contra de los entimemas consistiría en demostrar que ninguna premisa, no importa cuán inverosímil sea, podría convertir el entimema en un silogismo categórico válido <sup>20</sup>.

**2. Segundo paso.** Consiste en **probar el silogismo resultante.**

Para llevar a cabo tal comprobación deberá acudirse a las **reglas propias del silogismo categórico**, fiscalizando de este modo que en la construcción del razonamiento entimemático no se han cometido falacias formales.

Efectivamente, para determinar si un entimema es o no válido no se requiere nada más que las reglas de la lógica formal. **No hay, pues, una "lógica de los entimemas"**. Por ello, Copi se ocupa por destacar que la validez lógica de los entimemas se pone a prueba con los mismos métodos que se aplican a los silogismos categóricos de forma estándar y que la diferencia entre entimemas y silogismos es retórica más que lógica <sup>21</sup>.

En esta línea, recordemos que las reglas del silogismo categórico son -en prieta síntesis- las siguientes:

a) Todo silogismo tiene que **tener tres términos, ni más ni menos**: el término mayor, el menor y el medio. Cada término debe tener el mismo significado y la misma suposición en sus dos usos. Si no se utilizan los términos de esta manera, se comete la falacia de los cuatro términos <sup>22</sup>. Con esta regla queda prohibido el empleo de palabras equívocas.

b) Cualquier **término que está distribuido en la conclusión tiene que estar distribuido en las premisas**. Las premisas son la causa de la conclusión. Como cualquier efecto, la conclusión no puede contener más de lo que contiene la causa, ya que ningún efecto es mayor que su causa. Si un término fuera distribuido (o sea, utilizado universalmente) en la conclusión pero indistribuido (o sea, utilizado particularmente) en la premisa, entonces el efecto sería mayor que su causa, lo cual es imposible. La falacia que podría cometerse si no se respeta esta regla estriba en tener más en la conclusión que en las premisas.

c) El **término medio debe estar distribuido al menos una vez**. No se puede establecer una relación entre el término mayor y el término menor en la conclusión a menos que el término medio esté distribuido por lo menos una vez. Si no se puede establecer una identificación del término medio con cada uno de los otros términos, no seguiría ninguna conclusión.

d) **De dos premisas negativas, nada se sigue**. Si ambas premisas son negativas, ambas niegan una identidad entre sus términos y el término medio. No podemos averiguar si el término mayor y el menor están relacionados de alguna manera o no. Para llegar a una conclusión negativa, cuya verdad es demostrada por las premisas, hay -insoslayablemente- que utilizar una premisa afirmativa.

e) **La conclusión siempre sigue la parte más débil**. Esta regla indica que la conclusión no puede ser más fuerte que las premisas. Así, cualquier debilidad en las premisas (negatividad o particularidad) tiene que reflejarse en la conclusión, que sigue como efecto de las premisas. Lo “débil” de una proposición se predica de su aspecto cuantitativo y de su aspecto cualitativo.

En el primer caso, una proposición particular es más débil que una universal porque pretende decir menos; mientras que, en el segundo caso, una proposición negativa es más débil que una proposición afirmativa, porque lo único que predica es el no ser. Hasta aquí las reglas. Tomar en cuenta lo anterior, no es un problema menor. Los argumentos entimemáticos suelen ser criticados porque, por su estructura, se presentan como vulnerables ante la detección de falacias.

## **IX. Los entimemas en la fundamentación de las sentencias. Valoración**

Trasladando las pautas hasta aquí expuestas al ámbito de la sentencia judicial se impone la realización de dos reflexiones indispensables.

La primera de ellas vinculada a la **estructura silogística del acto sentencial**.

Sabido es que, conforme alguna doctrina, el razonamiento del juez plasmado en una sentencia posee una estructura lógica cerrada y rigurosa, cuya premisa mayor es dada por la norma aplicada al caso, mientras la premisa menor es dada por el hecho relevante y la conclusión mecánica y deductivamente obtenida a través de la subsunción del caso a la norma. O sea, para esta posición el raciocinio del juez se reduce a recorrer un *iter* puramente formal y lógico para alcanzar, mediante una estructura silogística, la respuesta adecuada, o mejor dicho, la “correcta”.

Por nuestra parte, discrepando con tal posición y adhiriendo a las reiteradas enseñanzas de la escuela cordobesa de Filosofía del Derecho,

consideramos que el razonamiento que desarrolla el juez al sentenciar nunca puede ser *“un simple silogismo; si bien hay algo en su estructura que lo conforma, la situación es mucho más compleja”*<sup>23</sup>.

Es que la conclusión a la cual arriba el aplicador del derecho es una decisión que no ha sido obtenida a partir de una sencilla deducción, sino que ha sido el fruto reflexivo, ponderado y prudente de numerosas “micro-decisiones”<sup>24</sup>, proceso en el cual intervienen no sólo elementos lógicos, sino también extralógicos tales como la equidad.

En definitiva el discurso jurídico no constituye tan sólo un ejercicio de mecanismos formales inductivo-deductivos, sino que en él necesariamente intervienen valores (justicia, seguridad, etc.) lo que provoca que su producto final (la decisión) no sea -necesariamente- la consecuencia deducida de las premisas que le anteceden.

No obstante lo expuesto, no puede desconocerse que la decisión jurisdiccional sí cuenta con un esqueleto o matriz silogística<sup>25</sup>, y que el conocimiento y fiscalización de dicha estructura resulta de gran utilidad a los efectos de controlar la corrección lógica de la motivación sentencial vertida.

O sea, aun cuando el razonamiento judicial no constituye un trazado rectilíneo del pensamiento deductivo formal, lo cierto es que puede (e, incluso, debe) aceptarse el funcionamiento de un silogismo en la faz postrera de la actividad judicial conducente al dictado de la sentencia.

En efecto, en palabras de Ghirardi, *“sería erróneo decir que sólo es un silogismo; pero sería más desacertado decir que nada tiene que ver con la forma silogística”*<sup>26</sup>.

Por otro lado, la construcción silogística de la sentencia sirve de herramienta al juez para asegurar la observancia de las leyes que rigen el buen pensar. En esta línea, se ha apuntado que *“el silogismo, utilizado correctamente, puede ser un elemento de la fundamentación racionalmente válido”*<sup>27</sup>, agregando -el mismo autor- que *“La subsunción del hecho en la norma es la conclusión del juicio del sentenciar. De modo que, aun cuando la racionalidad de la sentencia no consiste en su deducción silogística, no por ello se está autorizado a excluirla de toda estructura lógica (...) La actividad jurisdiccional está constituida por el procedimiento de la subsunción basada no en el logicismo abstracto, en la lógica de las palabras, sino en la lógica real, en la lógica de los hechos y de las cosas”*<sup>28</sup>.

Consecuentemente, y partiendo de esta matriz silogística insoslayable de toda resolución judicial, podemos afirmar la posibilidad material de utilizar entimemas (en cualquiera de sus tres órdenes) en su formulación.

En efecto, y con independencia de la validez o no de la fundamentación de tal pronunciamiento (cuestión que analizaremos a continuación), lo cierto es que en la motivación sentencial podría omitirse la cita de la regla de derecho que se ha aplicado (entimema de primer orden), o bien prescindirse de la expresión de los hechos controvertidos y de la prueba rendida (entimema de segundo orden), o -finalmente- callarse la decisión o *imperium* al que se ha arribado (entimema de tercer orden)

Una segunda consideración que, a nuestro juicio, se impone en el presente análisis consiste en advertir que la **utilización de entimemas en la fundamentación de una resolución judicial nunca se presenta como una metodología recomendable o ideal.**

Es un lugar común que la fundamentación de las resoluciones judiciales (apoteagma hoy consagrada por todos los ordenamientos jurídicos vigentes

<sup>29)</sup> debe estar sujeta al **principio de verificabilidad** <sup>30</sup>, regla conforme la cual *“la motivación del juez, la fundamentación de la sentencia, debe expresarse de tal manera que pueda ser verificada. Esto es, los motivos deben ser claros y expresos, lo cual proscribire toda formulación manifestada en lenguajes oscuros, vagos o ambiguos (...) Debe ser lo suficientemente clara y expresa (la fundamentación) como para que el lector pueda seguir el hilo de su razonamiento, para que éste sea verificable; esto es, para que pueda ejercerse el control de logicidad instaurado luego de un largo camino”* <sup>31</sup>.

Dicho principio, exige entonces que en la motivación sentencial se plasme -de una manera explícita, sencilla y concreta- todos y cada uno de los antecedentes y razones en los que se ha apoyado el juzgador para arribar a su decisión <sup>32</sup>.

Siendo así, la omisión de alguna de tales consideraciones o el silenciamiento de alguna premisa del discurrir racional nunca puede ser presentado como un “modelo” o regla de lo que debe ser la fundamentación del acto sentencial.

Reiteramos, lo ideal es que el juez exponga acabadamente la totalidad de su iter racional, transparentando *in totum* el juicio lógico que lo ha conducido a la decisión adoptada. Ergo, el entimema (que presupone precisamente el silenciamiento de algún tramo de tal discurrir racional) no puede considerarse una herramienta de buena técnica judicial.

No obstante ello, como veremos a seguir, atendiendo a la realidad cotidiana de nuestros tribunales <sup>33</sup> y en virtud del principio de trascendencia (rector en materia de impugnación de actos procesales, incluida la sentencia) es que la jurisprudencia del tribunal casatorio cordobés viene paulatinamente admitiendo la validez de ciertas fundamentaciones sentenciales aunque configuren un razonamiento entimemático; ello así, claro está, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones y se trate de determinada clase de entimemas.

## **X. Las reglas clásicas de validez de los entimemas en el razonamiento forense**

### *1. Aproximación inicial*

Hoy, y reiteramos más con fundamento en la tradición oral que en la escrita, se han elaborado ciertas reglas y condiciones cuyo cumplimiento validaría la fundamentación sentencial entimemática.

Así, en las clases de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Córdoba se viene enseñando desde antaño que algunos tipos de entimemas forenses, cuando se verifica la presencia de ciertas circunstancias, no tornan ilícita la motivación, subsistiendo ella incólume aun cuando el juzgador hubiera omitido la indicación precisa de alguna de las premisas del silogismo sentencial.

Tales enseñanzas, han sido recogidas por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, órgano que a través del ejercicio de su función casatoria ha declarado válidas y suficientemente fundamentadas resoluciones jurisdiccionales que contienen entimemas.

A continuación nos ocuparemos por enunciar las reglas de validez de los entimemas forenses, desarrollando una breve explicación de cada una de

ellas y avalar su utilización con la cita de los respectivos precedentes jurisprudenciales.

Sólo resta aditar, aunque pueda resultar obvio, que si nos ceñimos al ámbito de la motivación sentencial para su validez no sólo deberán observarse las reglas de validez que se analizarán *infra* sino también las generales de todo entimema.

## 2. Entimemas forenses de primer orden

Si, como anticipáramos, la matriz silogística de la sentencia judicial importa equiparar a la premisa mayor del razonamiento con la norma o regla de derecho aplicable al caso sometido a juzgamiento, esta clase de entimemas ocurriría cuando en la resolución *no se expresara -de modo explícito- el sustento normativo del que deriva la decisión finalmente acordada.*

Se ha dicho que este tipo de razonamiento forense entimemático sería el *más frecuente y el que menos dificultad ofrecería*, puesto que *"... en el mismo queda subsumida la norma de derecho que se aplica en el caso concreto, y que en términos generales pocas veces es el punto de conflicto entre las partes argumentantes"* <sup>34</sup>.

En orden a su validez, *la regla es que esta clase de motivación sentencial abreviada o entimemática resulta legítima.*

Este es el principio.

La *excepción*, que tornaría inválida la fundamentación estaría dada por aquellos casos en los que *la elección o hermenéutica de la regla de derecho aplicable haya sido objeto de especial debate y controversia.*

Dicho de otro modo, si la premisa normativa hubiera sido particularmente discutida en el proceso (ya en orden a cuál es la disposición aplicable, ya en referencia a la interpretación que cabría acordarle a tal regla) los entimemas de primer orden resultarían inválidos, afectando -por ello- la legitimidad de la fundamentación desarrollada.

De tal guisa, a excepción del supuesto antes enunciado, la no indicación expresa de la norma en la que se funda lo resuelto no sería una irregularidad de entidad suficiente como para provocar la invalidez de la sentencia, autorizándose su utilización en la motivación de la resolución.

En este sentido, el tribunal casatorio local ha declarado que: *"... la ausencia de citas legales no torna en infundada a la sentencia. Y ello así, porque el deber del juez consiste en 'aplicar' el derecho y no en 'enunciarlo'. Resulta correcto que en el pronunciamiento objetado no se indicó la prescripción normativa aplicada, pero no menos exacto es que dicha ausencia en nada afecta su validez formal, cuando el resultado se asienta en un análisis consciente y maduro de la plataforma ofrecida que, a posteriori, condujo a la conclusión motivo de agravio. Esto es: que independientemente de la falta de cita legal, en el caso resulta evidente el entendimiento asignado por el tribunal de mérito a la cláusula penal motivo de ejecución y, siendo así, dicha motivación perfectamente controlable por los interesados, sirve para precisar la extensión del proveimiento"* <sup>35</sup>.

En el mismo sentido, y dando otros argumentos, el alto cuerpo ha decidido que: *"... la no indicación de la norma en que se motiva lo resuelto no es una irregularidad de la sentencia siempre que la regla jurídica pueda extraerse con facilidad de su línea argumental. Por el contrario, es*

*sumamente frecuente en el ámbito forense el uso de entimemas del primer orden (emplazamiento argumentativo que se da cuando se silencia la premisa mayor, cuando la misma no es enunciada aunque resulta presupuesta), siendo su empleo absolutamente válido salvo supuestos donde la controversia haya versado únicamente sobre la premisa normativa, hipótesis que -por cierto- no es la de autos”* <sup>36</sup>.

Por otro lado, y pronunciándose por la invalidez de la motivación entimemática de primer orden, el tribunal cimero ha anulado sentencias en las cuales -pese a haberse controvertido expresamente la interpretación a acordar a la regla de derecho aplicable- de un modo entimemático la Cámara omitió o prescindió de expresar las razones que justificaban la hermenéutica asumida como auténtica (que, a la sazón, resultaba contraria a los intereses del casacionista). Así, ha sostenido que: “... cuando el juzgador base sus conclusiones en una determinada hermenéutica legal, respecto de un texto normativo que admita interpretaciones en sentido contrario, la solución a la que pretenda arribar requerirá, para gozar de una plenitud intelectual, de los argumentos que expliquen la coherencia y utilidad del criterio que se estima correcto y, por otra parte, la demostración del desacierto en que se caería de seguir la tesis contraria; esto así, en función del carácter epagógico propio del razonamiento forense judicial (...) la premisa de derecho requerible debía incluir un desarrollo argumental sobre las normas en cuestión, interpretadas de tal forma que permitiera entender legalmente aceptable a la ausencia de presentación de libros para acreditar el valor de la empresa. No sólo ello, sino que en tal hermenéutica, debía incluirse una concreta refutación a la postura jurídica de la demandante...” <sup>37</sup>.

### 3. Entimemas forenses de segundo orden

**Mucho más compleja y difícil** es la admisión de esta clase de entimemas en la motivación de la decisión jurisdiccional.

Sentado que ello implicaría la omisión de expresar la premisa fáctica del razonamiento sentencial (esto es, la indicación y fijación de los hechos así como la ponderación de la prueba rendida al respecto) lo cierto es que su legitimidad se torna mucho más dudosa.

Y es que, admitir la posibilidad de un discurrir jurisdiccional entimemático de segundo orden significaría -en principio- autorizar sentencias dogmáticas y desvinculadas de los hechos singulares que han sido sometidos a juzgamiento, todo lo cual desvirtúa la propia naturaleza y *ratio* de toda sentencia cual es la de ser la “justicia del caso concreto”.

Por lo tanto, **la regla es -a la inversa que en el supuesto anterior- la invalidez de este tipo de razonamientos forenses como fundamentación legítima y suficiente** de las resoluciones jurisdiccionales.

Así lo tiene decidido -en reiterados pronunciamientos- el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en la inteligencia de que: “... analizados los términos del fallo en crisis, se advierte la inexistencia de un itinerario racional eficiente que justifique el arribo a la mencionada conclusión (...) el temperamento bajo examen no ensaya la ponderación de ningún elemento probatorio del cual se pueda colegir que el campo en cuestión carece de riego. Es más, ni siquiera se observa la elaboración de un juicio del tipo presuncional, que sobre la base de indicios comprobados permitan inferir la



*inexistencia de riego en el inmueble (...) Lo expuesto, basta para descalificar la fundamentación del fallo (...) Ello así, pues el tribunal a quo ha elaborado su temperamento partiendo de su propia conclusión respecto de las características del campo, omitiendo brindar las operaciones mentales que a partir del marco fáctico y probatorio resulten idóneas para sustentarla”<sup>38</sup>, agregándose en otro precedente que “La sentencia para ser eficaz, debe estar fundada lógicamente y legalmente (art. 155 Const. Pcial. y artículo 326 de ley premencionada). No ostenta este requisito interno el pronunciamiento huérfano de sustento probatorio (fundamentación materialmente inexistente) o apoyada en elementos probatorios no identificados (fundamentación global). La motivación de la sentencia, para ser válida, debe ser suficiente, esto es, estar constituida por elementos aptos para producir razonablemente un convencimiento cierto o probable de los hechos controvertidos en la causa (...) Sobre la base de esos prenotados, prima facie, la sentencia recurrida se presenta como infundada, en cuanto no constituye valoración suficiente de la prueba la expresión ‘mediante abundante prueba testimonial el actor intentó demostrar la veracidad de la mayoría de los hechos denunciados’ (fs. 528) así como otras referencias globales al caudaloso material probatorio incorporado en autos. La sentencia no expresa, en sus fundamentos, un análisis crítico de los elementos de convicción arrojados al proceso, de los cuales resulta la base fáctica que le sirve de sustento”<sup>39</sup>.*

No obstante lo dicho, se ha admitido **un supuesto de salvedad a tal regla.**

Aludimos a aquellos casos donde -excepcionalmente- el *thema decidendum* se limita exclusivamente a una **cuestión de puro derecho.**

En efecto, en aquellos supuestos -infrecuentes por cierto- donde la plataforma fáctica ha quedado consentida por ambos litigantes, existiendo acuerdo absoluto respecto de las circunstancias de hecho que caracterizan el caso, se ha admitido la posibilidad de que el juzgador silencie u omita expresar la premisa menor del silogismo sentencial.

En esta línea, y para justificar el rechazo de un recurso de casación, el alto cuerpo provincial sostuvo que “... el recurrente se limita a denunciar el presunto dogmatismo del fallo en crisis, pero sin proponer argumento alguno que acredite un quiebre en el razonamiento del tribunal a quo, o la insuficiencia de la argumentación esgrimida. En un intento por cumplir con tal actividad, el impugnante denuncia la ausencia de ‘... ponderación crítica de los elementos probatorios...’, pero es del caso, que el ‘thema decidendum’ refiere a una cuestión de puro derecho, en la que no entran en juego otros aspectos fácticos o probatorios que no sea lo que indican las constancias de autos respecto al periodo de tiempo en que se prestaron los servicios profesionales. Ante un tema de estricta naturaleza doctrinal, es suficiente que el juez oponga al razonamiento de la parte, la formulación doctrinaria adversa, en tanto gire en torno, exactamente, a la cuestión que determinó la solución judicial. La censura, entonces, se torna ineficiente, pues (...) la índole de la materia controvertida no compromete la ponderación de otros datos fácticos o probatorios que el que ha tenido en cuenta el tribunal a quo para sustentar su postura”<sup>40</sup>.

#### 4. Entimemas forenses de tercer orden

Finalmente, respecto de aquellos entimemas donde lo silenciado es la conclusión, se ha afirmado **siempre su invalidez absoluta sin admisión de excepción alguna**.

Así, la doctrina especializada enseña que: “... el entimema de tercer orden por principio está excluido, toda vez que la conclusión del razonamiento judicial, y que se expone en la parte resolutive de la sentencia, es lo único que no puede estar en manera alguna sobreentendido; debe haber por prescripción procesal precisa una resolución acorde al derecho reclamado por las partes”<sup>41</sup>.

Por lo demás, lo cierto es que el art. 327 C.P.C.C. de la provincia de Córdoba expresamente impone que la sentencia contenga “*decisión expresa con arreglo a la acción deducida en el juicio, declarando el derecho de los litigantes, dictando la condenación o absolucón a que hubiere lugar y el pronunciamiento sobre costas y honorarios*”.

Ello patentizaría la invalidez de cualquier resolución que adoleciera de su *imperium* o conclusión.

## **XI. Una revisión de la regla de invalidez del razonamiento judicial entimemático de tercer orden**

No obstante reconocer los argumentos que justifican la última de las reglas expuestas (la referida a la invalidez de los entimemas de tercer orden), consideramos que ésta debería ser flexibilizada y reformulada en función de la cada vez más aceptada **teoría de las decisiones implícitas**<sup>42</sup>.

Conforme tal doctrina, de cuño claramente pretoriano, el hecho de que los jueces no se pronuncien en forma expresa sobre alguna cuestión sometida a su conocimiento, no constituye siempre y en todos los casos una anomalía que afecte la validez del pronunciamiento o de su motivación.

Más vinculado a nuestro objeto de estudio, podría enunciarse la teoría aludida del siguiente modo: la circunstancia de que en el silogismo sentencial se omita expresar la conclusión no siempre se erige en un razonamiento incorrecto.

Al contrario, y siempre que se cumplan con ciertas otras condiciones que a continuación explicaremos, los *razonamientos entimemáticos de tercer orden pueden también, en ciertos casos, ser admisibles y erigirse en fundamentaciones lógicamente correctas*.

Veamos ahora los supuestos en los que tales entimemas forenses resultarían -a nuestro juicio- válidos:

### *1. La conclusión implícita inferida de la simple omisión decisoria*

En ciertos casos, se ha sostenido que la **mera omisión de resolver determinadas cuestiones debe, necesariamente, entenderse como un rechazo de las mismas**.

De tal modo, el silencio conclusivo guardado con relación a tales materias no se erigiría en un razonamiento judicial inválido, sino en uno eficaz y con un significado jurídico específico y concreto: el rechazo, la pretensión.

Esto ha sido lo que -por ejemplo- ha decidido el Tribunal Superior de Justicia en oportunidad de controlar una sentencia de cámara que había omitido pronunciarse sobre el pedido de deserción del recurso de apelación articulado por la parte recurrida. Sostuvo el alto cuerpo al respecto: “... la omisión que se denuncia, esto es, no tratamiento del pedido de deserción del recurso de apelación, no constituye por sí vicio invalidante de la resolución atacada. Ello es así por cuanto el tribunal de alzada es el juez del recurso y por lo tanto quien debe determinar si el escrito presentado resulta suficiente como expresión de agravios. Si nada menciona al respecto, es porque estima que el escrito cumple con los requisitos mínimos para constituir una crítica al resolutorio de primera instancia. En ese sentido se ha sostenido que: ‘... si el tribunal de apelaciones, sin hacer referencia alguna sobre la suficiencia o insuficiencia del escrito de expresión de agravios, trata de éstos, es porque, tácitamente, ha considerado que se trata de una pieza idónea para llenar su objeto...’ (Acosta, *Procedimiento Civil y Comercial en Segunda Instancia*, t I, p. 214, cita efectuada en ‘El recurso ordinario de apelación en el proceso civil’, Loutayf Ranea, tomo 2, Editorial Astrea, 1989, ps. 165/166)”<sup>43</sup>.

## 2. La conclusión implícita inferida del contexto decisorio o de los antecedentes de la causa

Enseña Peyrano que “La simple lectura atenta de una resolución judicial permite, de ordinario, ponderar su contexto de modo tal de poder establecer si determinada cuestión no resuelta expresamente, sí lo fue, en cambio de modo tácito”<sup>44</sup>.

Pues bien, en estos casos, **la conclusión del silogismo sentencial ha sido silenciada, no expresada; sin embargo, la misma puede ser inferida de una lectura contextual del pronunciamiento.**

En estos supuestos, donde claramente se presenta un razonamiento entimemático de tercer orden consideramos que la fundamentación también es legítima.

Así lo ha considerado también el tribunal local casatorio en un caso donde la sentencia atacada, pese a haber dado tratamiento a la excepción de falta de acción planteada por una de las partes en los considerandos, había omitido consignar en su parte resolutive el rechazo de ella. Apuntó el superior que “... las sentencias deben ser consideradas como una unidad lógica jurídica -siguiendo los lineamientos de la C.S.J.N.- de modo que los considerandos pueden servir para establecer el alcance de la parte resolutive o aún integrarla, por remisión a los mismos. Es real que la prescripción formal (art. 384 C.P.C.C.) requiere pronunciamiento expreso según las pretensiones deducidas pero no existe violación de la ley por la ley misma que habilite el control por esta sede de casación; es preciso que esté presente un agravio al litigante que justifique la vía recursiva intentada pues ello hace a la esencia de la impugnación propuesta. Ello sin dejar de destacar que, al haber entrado la cámara a resolver sobre la cuestión de fondo, no puede afirmarse, sin forzar el sistema legal, que aquélla haya omitido declaración sobre la excepción de falta de acción. El acto decisorio impugnado contiene el pronunciamiento de rechazo por implicancia: no se concibe en un razonamiento lógico jurídico, el acogimiento de la pretensión sustancial sin que, previamente se haya rechazado la excepción de falta de acción”<sup>45</sup>.

## XI. Conclusiones

Reconocemos que, en función del deber de motivar las sentencias, los jueces deberían ser cuidadosos de expresar y precisar las premisas en las que basa su razonamiento, transparentando íntegramente su juicio lógico.

El ideal o modelo, entonces, consiste en procurar que el aplicador del derecho exponga acabadamente la totalidad de su iter racional que lo ha conducido a la decisión adoptada.

Siendo ello así, el entimema (que presupone precisamente el silenciamiento de algún tramo de tal discurrir racional) no debería ser considerado ni postulado como una herramienta de buena técnica judicial.

Sin embargo, frente a una decisión jurisdiccional justa que contenga un razonamiento entimemático no basta alegar e identificar la utilización de ese silogismo abreviado invalidando sin más su fundamentación.

Por el contrario, coincidimos con Peyrano en la necesidad de aprender a *“escuchar realmente la resolución judicial para apreciar en debida forma toda la riqueza decisoria que puede encerrar y que a veces pasa inadvertida”*<sup>46</sup>.

Las voces del silencio de una sentencia, aquello que tácitamente expresa, muchas veces se encuentran sobreentendidas por ser evidentes, y ello de ninguna manera puede invalidar la resolución a través del control de logicidad.

### Notas:

<sup>1</sup> Me refiero principalmente al Dr. Olsen A. Ghirardi, referente insoslayable de la escuela cordobesa de Filosofía del Derecho y quien con más énfasis ha desarrollado la Teoría del razonamiento judicial práctico prudencial en el país y al Dr. Armando S. Andruet (h) actual titular de la referida cátedra y formador de numerosos discípulos entre los que tengo el honor de incluirme.

<sup>2</sup> Confr. FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza, 1997, ps. 242 y 243.

<sup>3</sup> Etimológicamente la palabra deriva del latín *enthymema* y de la voz griega *ἐπιθυμία* o *enthymema*; en ambos casos significa *“en + thumos (mente) - ‘que ya reside en la mente’”*.

<sup>4</sup> An. Pr., II 27

<sup>5</sup> En el ámbito de lo jurídico, nos parece de suma utilidad la lectura de la aproximación que sobre el tópico ha sido formulada por Armando S. ANDRUET (H), *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2003, p. 111 y ss.; ib. *“Aportes para una teoría fenomenológica de la decisión jurisprudencial”* en Olsen A. GHIRARDI (director), *Actitudes y planos en el razonamiento forense*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 2002, p. 35 y ss., y Chain PERELMAN - OLBRECHTS - TYTECA, *Tratado de la argumentación*, Madrid, Gredos, 1994, p. 357.

<sup>6</sup> Y por lo tanto, constituye un razonamiento cuyas premisas son meramente probables o constituyen simplemente ejemplos

<sup>7</sup> Esta alusión a la retórica hace que algunos entiendan también entimema como *“argumento probable”*, pero eso no siempre es así, sino que depende de lo que se exprese como implícito

<sup>8</sup> Juan A. CASAUBON *Nociones generales de lógica y filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ed. de la Universidad Católica Argentina, 2006, p. 161.

<sup>9</sup> Olsen A. GHIRARDI, *Introducción al razonamiento forense*, Buenos Aires, Dunken, 2003, p. 17.

<sup>10</sup> Enseña Ghirardi que el entimema (junto con las inferencias y los condicionales) -aunque heredadas de los griegos- constituyeron herramientas lógicas ampliamente utilizadas y enseñadas por Cicerón en el Foro romano. Sostiene al respecto, el autor: *“En **El arte de la invención** Cicerón nos expresa algunos consejos que tienen hoy todavía toda su fresca validez. Considero que podría ser de mucho provecho su lectura por parte de los*

estudiantes de derecho y, quizá, para todos los que somos” (Introducción al razonamiento forense, Buenos Aires, Dunken, 2003, ps. 17 y 18).

<sup>11</sup> “La relación que existe entre la memoria y este proceso se ve mejor cuando narramos -en vez de analizar- el procedimiento entimemático. Por medio del lenguaje, el orador presenta un grupo de símbolos creados para iniciar -y no para completar- la línea de argumentación. En el momento elegido por el orador, el oyente mismo identifica el punto central del argumento basándose en su propio ímpetu sináptico de memoria que le permite captar la totalidad del argumento. Este momento de Descubrimiento es placentero, porque refuerza su consideración hacia su propia sagacidad. Como depende de la memoria del oyente, este proceso no puede ser demasiado largo, por el riesgo de perder la capacidad del oyente de crear la conexión definitiva. Dicho de otra manera, el Descubrimiento es una herramienta para recordar, que engancha memorias posiblemente dispares y así logra crear una unidad comprensible. Un orador hábil puede recorrer toda una gama de iniciaciones de la memoria antes de permitir un disparador final” (James J. MURPHY, “La metarretórica de Aristóteles”, Anuario filosófico, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1998 (31), p. 480 y ss.).

<sup>12</sup> Irving COPI, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1986. Dice literalmente el autor: “La mayoría de los oradores y escritores se ahorran muchas molestias al no tener que repetir proposiciones bien conocidas y quizás trivialmente ciertas, que sus oyentes o lectores pueden perfectamente agregar por sí mismos” (ob. cit., p. 255).

<sup>13</sup> Confr. Irving M. COPI, op. cit., p. 255.

<sup>14</sup> Armando S. ANDRUET (H), ob. cit., p. 112.

<sup>15</sup> Morris COHEN - Ernest NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico*, Buenos Aires, Amorrortu, 1983, p. 98.

<sup>16</sup> Jaime M. MANS PUIGARNAU, *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 119.

<sup>17</sup> Morris COHEN - Ernest NAGEL, ob. cit., p. 98.

<sup>18</sup> En contra de ello, algunos consideran que el entimema constituye un “silogismo imperfecto”, aunque aclarando que tal imperfección no estaría en “su elemento formal o consecuencia, sino en los elementos materiales de su estructura” (Ernesto DANN OBREGÓN, *Lógica*, Santa Fe, Castellví, 1947, p. 242).

<sup>19</sup> Irving COPI, op. cit., p. 256.

<sup>20</sup> Irving COPI, op. cit., p. 256.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> También conocida con el nombre de “homonimia”.

<sup>23</sup> Olsen A. GHIRARDI, *Lógica del proceso judicial*, 2ª ed., Córdoba, Lerner, 1992, p. 76.

<sup>24</sup> Terminología utilizada por Ghirardi en sus diversas obras sobre el tema. Por ejemplo, *Lógica del...* cit., 2ª ed., Córdoba, Lerner, 1992.

<sup>25</sup> Donde la premisa mayor sería la norma o regla de derecho aplicable, la menor los hechos y la decisión o *imperium*, la conclusión del silogismo categórico.

<sup>26</sup> Olsen A. GHIRARDI, *Lógica del...* cit., p. 76. En la misma línea explica PEYRANO que “... todo el material correspondiente a la causa es expuesto bajo la forma de un clásico silogismo formal; ello por más que, en los hechos, haya funcionado el razonamiento dialéctico para elaborar los antecedentes de la conclusión que es la resolución judicial respectiva” (Jorge W. PEYRANO, *Derecho procesal civil*, Lima, Perú, Ed. Jurídicas, 1995, p. 57).

<sup>27</sup> Román Julio FRONDIZI, *La sentencia civil*, La Plata, LEP, 1994, p. 23.

<sup>28</sup> Román Julio FRONDIZI, “El razonamiento y la decisión judiciales”, en *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Olsen A. GHIRARDI (director), Córdoba, Advocatus, 2000, p. 165.

<sup>29</sup> El deber de motivación se encuentra consagrado expresamente en el art. 155 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y encuentra correlato en distintas disposiciones de los códigos procesales de cada fuero (v.gr., art. 326 C.P.C.C. Cba.). Por lo demás, tal manda también se encuentra ínsita -dentro de la Carta Federal- en los derechos vinculados con las garantías de la defensa en juicio y debido proceso (art. 18), de propiedad (art. 17), de legalidad (art. 19) y de razonabilidad (art. 28).

<sup>30</sup> Con relación al principio de verificabilidad, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, se ha ocupado por destacar -en diversos precedentes- que: entre las máximas del pensamiento que condicionan la correcta construcción de un acto jurisdiccional válido, se encuentra el debido respeto al principio de verificabilidad, que -como tal- integra la teoría del razonamiento correcto y que genéricamente queda atrapado en la exégesis que este T.S.J. viene dando a los presentes tópicos, dentro del principio de razón suficiente, el cual impone al juzgador la transcripción, si bien no de la totalidad del itinerario racional requerible para

arribar a una conclusión determinada, el de aquellos nudos intelectivos del acto jurídico que resultan bastantes para poder llevar adelante la tarea de contralor del mencionado razonamiento del sentenciante. De tal guisa, la solución a la que pretenda arribar el tribunal requerirá, para gozar de una plenitud intelectual, de un razonamiento que explique la coherencia y utilidad de la pretensión que se estima correcta y que, por otra parte, muestre también el desacierto en que se caería de seguir la tesis contraria que proponga el adversario perdedor, ello así, en función del carácter epagógico, propio del razonamiento forense judicial” (Conf. T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Furlan de Grosso, Clorinda c/ Emp. Punilla José Brandalise S.R.L. - Desalojo - Otras causas - Recurso de apelación - Recurso directo” (F-14-05), Sent. Nº 74 del 22/8/07).

<sup>31</sup> Olsen A. GHIRARDI, *Lógica del...* cit., p. 127 y ss..

<sup>32</sup> En la misma inteligencia, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha sostenido que: *“Entre las reglas del pensamiento que condicionan la correcta construcción de un acto jurisdiccional válido, se encuentra el debido respeto al principio de razón suficiente, el cual impone al juzgador la transcripción de la totalidad del itinerario racional requerible para arribar a una conclusión determinada, actividad esta que incluye la correcta consideración razonada de la base fáctica, jurídica y probatoria, que cuente con trascendencia dirimente para la dilucidación de la litis. (...) El proceso intelectual descrito,... también rige en la elaboración del razonamiento pertinente para interpretar la norma aplicable al caso...”* (T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Socca Eduardo - Solicita inscripción - Rec. directo - Rec. de casación”, Sent. Nº 126 del 6/9/01).

<sup>33</sup> Caracterizada por el notable incremento de la litigiosidad y consecuente aumento de causas y de resoluciones a dictar, insuficiencia de medios materiales y personales, apremio de los plazos procesales, etc..

<sup>34</sup> Armando S. ANDRUET (h), *ob. cit.*, p. 112.

<sup>35</sup> T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Candellero de Rivarola, Emilia c/ Carlos Arturo Figueroa - Ordinario - Recurso directo”, A.I. Nº 365 del 20/8/99)

<sup>36</sup> T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Chavero, Beatriz del Valle c/ Ceba - Ordinario - Cobro de pesos - Rec. de apelación (Expte. Nº 503012/36) - Recurso directo” (C-12-05), Sent. Nº 117 del 22/10/07.

<sup>37</sup> T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Capillitas S.A. c/ Juan Antonio Pastorino S.A.C.I.F. y otro - Escrituración - Recurso directo - (Hoy recurso de casación)”, Sent. Nº 71 del 28/6/05).

<sup>38</sup> T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Suc. de Juan Feliciano Manubens Calvet c/ Modesto Bringas - Reivindicación - Inc. de reg. de hon. del Dr. Luis A. Quiroga - Rec. de revisión”, A.I. Nº 76 del 31/3/00.

<sup>39</sup> T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Garnero, Américo c/ Estela Ramón A. Garnero s/ Revocación de donación - Recurso de revisión”, Sent. Nº 192 del 10/11/98.

<sup>40</sup> T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Suc. de Juan Feliciano Manubens Calvet c/ Modesto Bringas - Reivindicación - Inc. de reg. de hon. del Dr. Luis A. Quiroga - Rec. de revisión”, A.I. Nº 76 del 31/3/00.

<sup>41</sup> Armando S. (h) ANDRUET, *ob. cit.*, p. 112.

<sup>42</sup> Para ahondar en las aristas procesales de dicha teoría recomendamos la lectura de la obra de Jorge W. PEYRANO, *ob. cit.*, p. 507.

<sup>43</sup> Conf. T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Banco Quilmes S.A. c/ Barracas La Unión S.A. y otro - Ordinario - Recurso directo”, Sent. Nº 24 del 28/3/01.

<sup>44</sup> Jorge W. PEYRANO, *ob. cit.*, p. 509.

<sup>45</sup> Conf. T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Olivera de Trincado, M. del C. c/ Herederos de la suc. de Jorge Esper Teme - Filiación - Rec. directo - Hoy revisión, Protoc. Flia.”, Sent. Nº 1 del 30/5/96.

<sup>46</sup> Jorge W. PEYRANO, *ob. cit.*, p. 513.

# EL DERECHO Y LA FEMINIZACIÓN DEL FENÓMENO LABORAL

PATRICIA ELENA MESSIO

**Sumario:** I. Introducción. II. Sobre el concepto de trabajo. III. El derecho como instrumento de cambio social. IV. La sociología del trabajo. V. El feminismo. 1. Discursos feministas. 2. Precisiones terminológicas. 3. La cuestión del género. VI. La feminización del fenómeno laboral. VII. Crecimiento y desarrollo. VIII. Nuestra postura. IX. Conclusión.

## I. Introducción

Hacia fines del siglo XX y a comienzos del XXI, la mayor parte de los países occidentales afrontan serios desafíos en el ámbito del mercado de trabajo, como son los problemas del desempleo, la precarización laboral, y la pérdida de la protección social.

Simultáneamente, otras transformaciones con una gran incidencia social van ganando terreno. Las más destacables son: el envejecimiento de la población, la modificación en la estructura familiar y, por último, la creciente participación de las mujeres en el mundo laboral <sup>1</sup>.

Planteado el tema, abordarlo desde la sociología del derecho es una cuestión verdaderamente ardua. Como ciencia, la sociología estudia los fenómenos sociales, no de una manera aislada sino en su contexto propio, siendo una ciencia práctica, esto es, no se contenta con conocer la realidad, sino que actúa sobre ella. Por su parte, el derecho es una de las más complejas manifestaciones colectivas, en tanto carga sobre su espalda la ambiciosa tarea de regular todo otro fenómeno social. Sucede que con frecuencia la norma y la realidad se encuentran en disonancia, y allí es donde la sociología del derecho hace campo de estudio.

El escenario se completa con un sutil acercamiento a la teoría feminista y sus reivindicaciones laborales. Comenzaremos afirmando que las posturas feministas son ciertamente complejas, al punto de que se apartan de los lineamientos filosófico-sociológicos tradicionales. En efecto, la relación entre la sociología y el feminismo es complicada. Por un lado, existe un grupo de sociólogos feministas; por otro, el pensamiento más profundo del feminismo desconfía de los sociólogos puesto que, a menudo, convierten a los actores sociales en objetos de estudio, mientras que para esta ideología las mujeres dejan de ser objetos y se convierten en sujetos de sus propias experiencias. Al mismo tiempo, los marxistas entienden que la sociología implícitamente apoya la explotación de la mujer, porque la consideran un agente de la ideología capitalista, reproductora de un *status quo* (aun si el trabajo no está directamente financiado por un gobierno o encaminado al adoctrinamiento popular) <sup>2</sup>.

Ante todo, debemos dejar en claro que la sociología no es, en sí misma, feminista, del mismo modo que no tiene tinte político. No nos es grato advertir la confusión que muchos críticos hacen entre nuestra disciplina y las ideologías y lineamientos políticos de quienes la cultivan.

Entre los integrantes intentamos aproximarnos a una respuesta, podemos añadir: ¿Cuál es el verdadero sentido del concepto trabajo?; en el marco de una sociedad democrática ¿el trabajo se entiende como realidad integral o como realidad productiva?; ¿cómo se define el rol de la mujer en

los actuales escenarios laborales?; ¿asistimos a la era de una feminización del fenómeno laboral?; ¿entendemos el trabajo desarrollado en un país en términos de desarrollo?; ¿existe un perfil de la mujer argentina en los presentes contextos sociales?

Si bien quizás no podamos satisfacer los interrogantes con la profundidad que éstos requieran para el lector, esperamos sean un aporte para la reflexión personal.

## II. Sobre el concepto de trabajo

Siguiendo a Anthony Giddens, entendemos el trabajo como *la ejecución de tareas que suponen un gasto de esfuerzo mental y físico, y que tienen como objetivo la producción de bienes y servicios para atender las necesidades humanas, en tanto que ocupación o empleo es el trabajo que se realiza a cambio de una paga o salario* <sup>3</sup>.

A los fines de esta exposición nos referiremos a una concepción amplia del fenómeno laboral, relegando el concepto de la ley 20.744 sobre contrato de trabajo al aspecto meramente técnico, propia del derecho del trabajo, y que encuentra campo de aplicación sólo sobre los trabajadores en relación de dependencia <sup>4</sup>. Nuestro concepto engloba no sólo a las actividades retribuidas materialmente sino también a las que aportan recompensas intrínsecas, de autorrealización; y no sólo a los trabajadores dependientes, sino también a quienes realizan este tipo de actividades por cuenta propia. Para otros, el trabajo únicamente conlleva recompensas extrínsecas, y es evidenciado más como un deber o una disciplina coercitiva <sup>5</sup>.

Consideramos a esta actividad integral como una de las vías más excelsas de desarrollo personal, puesto que dignifica a la persona humana, constituyendo un derecho individual indiscutible que debe ser, públicamente garantizado. En este punto, no compartimos las consideraciones productivistas que le atribuyen como único fin la realización de actividades económicas en términos mercantiles, rechazando toda otra posibilidad -piénsese en el trabajo doméstico, reducto femenino por antonomasia-.

La excelsitud de las prácticas laborales no fue siempre apreciada. En un principio, la actividad dependiente estuvo despojada de todo valor social -a excepción de la labor artesanal-, escenario que se prolongó hasta el estallido de la cuestión social, esto es, del conflicto generado en base a la desigual distribución de la riqueza como consecuencia de la revolución industrial.

La situación acaecida fue uno de los temas más emblemáticos de esta disciplina, que ha dado lugar a debates entre eximios pensadores liberales, socialistas y católicos, pero que por sobre todas las cosas ha servido para evidenciar ***el derecho como instrumento de cambio social***.

La revolución industrial es el momento histórico que marca el punto de inflexión, dando comienzo a las prestaciones laborales en relación de dependencia y por cuenta ajena <sup>6</sup>, y haciendo necesaria una inminente regulación en materia de jornada laboral, accidentes de trabajo y toda otra cuestión anexa, en virtud de los grandes abusos generados. El naciente derecho laboral se creó sobre la base de leyes de orden público, y derogó el resabio del derecho quirritario que la Revolución Francesa no había sino hermosado, al exaltar el liberalismo y la autonomía de la voluntad <sup>7</sup>.



La conciencia sobre la cuestión proletaria pronto da nacimiento al constitucionalismo social, movimiento que pugnó por el reconocimiento en las cartas fundamentales de los derechos de segunda generación, es decir, los derivados de relaciones de trabajo. Tuvo su primera manifestación en México y Alemania a principios del siglo XX, pero no fue hasta 1957 que en nuestro país cobró forma definitiva <sup>8</sup> con la consagración del art. 14 bis de la Constitución Nacional <sup>9</sup>, que no sólo reproduce el derecho individual del trabajo, sino también instituciones del derecho colectivo y de la seguridad social. Sucede, sin embargo, que muchas de sus disposiciones son definidas como programáticas y corren riesgo de desuetudo <sup>10</sup>.

Fue en este marco en que se dotó al trabajo dependiente del amparo más profundo. En efecto, citando a uno de los viejos teóricos del derecho laboral argentino, *querer excluir a los trabajadores dependientes de la parte que les toca en la sociedad no es falta de justicia social, sino que es una injusticia lisa y llana* <sup>11</sup>. El trabajo es la base de la economía <sup>12</sup>, y de la prosperidad de una nación.

Hoy en día los lineamientos de la cuestión social necesitan ser *aggiornados*, pero la problemática de fondo se mantiene, **sólo que el género ocupa el centro de atención.**

### III. El derecho como instrumento de cambio social

Como ya hemos desarrollado en otro texto, el cambio social tiene innegables implicancias en el derecho. La realidad social nutre la norma legislativa, desde que ésta debiera ser *la captación del estado oscuro de la conciencia social* <sup>13</sup>. En efecto, las necesidades sociales fueron plasmadas en una regulación tuitiva del trabajador dependiente. La cuestión social se impuso en la agenda legislativa.

Más interesante aún, a los fines de comprensión de nuestro fenómeno, es la utilización del derecho como instrumento del cambio social, no sólo captador o reglamentador de un trasfondo dado, sino como agente de imposición de metas colectivas. Por ejemplo, la legislación laboral no nació espontáneamente, como consagración de una costumbre ya existente, sino que fue establecida a los fines de imponer determinada conducta: el respeto de derechos de entidad tal que podrían calificarse como naturales. En ese momento no estaba en la clase empresarial la voluntad de verse obligada por tales normas.

La labor legislativa tuvo un propósito tanto inductor como coactivo. Inductor, puesto que pretendió educar y promover ideas que conllevaron a la modificación de valores existentes en parte de la sociedad. Coactivo, ya que entendió que era necesario el inminente aseguramiento de tales derechos <sup>14</sup>.

Hoy podríamos preguntarnos si la tarea fracasó, si pese a la legislación existente el trabajo en negro y la creciente pobreza no son las remesas de un modelo que se perfiló como necesario, pero que fue sin dudas obsoleto.

Sabemos que la eficacia del cambio radica en el interés del agente de cambio como en el tiempo con que cuenta para lograrlo <sup>15</sup>. En virtud de esto creemos que no se debe ser pesimista, que existe voluntad de cambio, aunque el tiempo siga transcurriendo.

Lamentablemente con frecuencia se hace uso de legislación meramente simbólica, que antes que promover la transformación, tiende a evitarla. Se

crean normas que generan complacencia social, pero con escasas posibilidades de realización <sup>16</sup>. Se alisan fricciones, pero se mantiene el *status quo*. Nuestro derecho se encuentra plasmado de esta clase de elementos. Bástenos analizar el art. 14 bis de la Constitución Nacional, para darnos cuenta de la cantidad de disposiciones programáticas con las que cuenta.

Dos aspectos deben ser resaltados. Por un lado, la población no siempre adopta una actitud pasiva frente a la reforma legislativa. Todo grupo con intereses creados en el sector apoyará o repudiará el cambio según represente o no una amenaza para ellos. Por otro, no toda mutación jurídica significará una real evolución en el campo. El progreso es sólo un juicio valorativo. No implica más que el cambio en una dirección deseable <sup>17</sup>.

#### **IV. La sociología del trabajo**

Mientras bajo este rótulo los europeos estudiaban la sociología industrial, focalizada en el proceso productivo, los norteamericanos analizaban los fenómenos psicosociales, prestando más atención al trabajador y menos a la actividad <sup>18</sup>. En realidad, los primeros cultivaron la denominada metasociología <sup>19</sup>, antes preocupada del desarrollo teórico que de las investigaciones empíricas. Esto ilustra por qué el esquema conceptual europeo se mantuvo relativamente estancado, ensayando un desarrollo teórico de la cuestión social, mientras que la sociología de Chicago generó una fértil tarea productiva.

No obstante, hay acuerdo en que la revolución industrial a la postre trajo una verdadera revolución social. En un principio fue crucial la comprensión de la cuestión obrera, pero pronto los teóricos pusieron énfasis en el estudio de los factores humanos para tratar de entender el mecanismo social de la industria, dando a luz a la sociología del trabajo <sup>20</sup>.

Sin embargo, desde hace varias décadas poco interesa la cuestión proletaria, al menos como fue entendida por los autores clásicos, con excepción de la doctrina social católica que continúa denunciándola en sus documentos más recientes.

El nuevo núcleo de análisis es la industria que, en términos sociológicos, es la *transformación socio-técnica de todos los productos naturales, por obra de los agentes económicos organizados en sistemas determinados, con el objeto de satisfacer las necesidades y deseos humanos* <sup>21</sup>.

Dentro de este esquema tenemos un aspecto económico, vinculado con los procesos de transformación; un aspecto técnico, como medio particular; y un aspecto social: el ambiente <sup>22</sup>.

Esta arista es la actualmente relevante, en tanto permite estudiar las relaciones humanas en el marco de la empresa. Se centran las energías en analizar empíricamente los detalles más mínimos de la microsociología industrial. Pues, a partir de 1970 esta rama de estudio cambió su atención desde una visión predominantemente social hacia una económica. En los primeros años -desde 1930- los trabajadores eran vistos como actores sociales con subculturas propias. Hoy se advierten como objetos pasivos empujados por fuerzas impersonales. Se estudian sus rentas, habilidades, los mercados de capital humano y el proceso de trabajo en sí mismo, que abstrae el trabajo del trabajador y lo convierte en un objeto de cambio <sup>23</sup>.

Sucede que si bien desde siempre la economía influyó sobre la sociología, hoy se toman ideas económicas y se las trata como si fuesen sociológicas <sup>24</sup>.

La impersonalización del trabajador contrasta con el protagonismo que el feminismo reclama para los suyos, en tanto los estudios en el campo demuestran que son las mujeres quienes más sufren las consecuencias del encrudecimiento del proceso laboral. En consonancia y con ocasión del día internacional de la mujer, la OIT difundió un informe en el que expresaba que el número de mujeres en la fuerza laboral del mundo es mayor que nunca antes, pero la persistencia de la brecha de género ha contribuido a una feminización de la pobreza entre los trabajadores <sup>25</sup>.

## V. El feminismo

En los últimos años se han publicado gran cantidad de trabajos sobre el llamado "Movimiento de liberación de la mujer" <sup>26</sup>. Bajo estos conceptos se intenta explicar cuestiones tales como por qué muchas mujeres se quejan de su estado o por qué se sienten oprimidas, las causas, reales o supuestas, de la aludida opresión, las soluciones posibles para salir de un estado de servidumbre, las formas que podría adoptar una sociedad sin discriminación sexual, entre otros.

El feminismo es el conjunto de creencias e ideas que pertenecen al amplio movimiento social y político que busca alcanzar una mayor igualdad para las mujeres <sup>27</sup>.

Se ha afirmado que *las posturas feministas establecen un paralelismo entre la cultura de la mujer y la cultura de los países del Tercer Mundo y se presentan a sí mismas como una minoría cultural* <sup>28</sup>. En verdad, realizan una constante crítica de los paradigmas conocidos, no sin tintes contradictorios, pero bajo un común denominador: liberar al género femenino de la subyugación al que ha sido sometido, tal como ya nos referimos al inicio.

Sobre esto, no podemos afirmar, sin más, que toda elaboración cultural encuentre fundamento en un sistema opresor que opere al modelo de la superestructura marxista -reproductora, omnipresente e inevitable-. Ahora bien, son innegables los aportes que estas corrientes de pensamiento han hecho para el entendimiento de la posición actual de la mujer en el ámbito social.

### 1. Discursos feministas

Los movimientos feministas son hijos del siglo XX, aunque al respecto existen posturas desde mucho tiempo antes. En la década de 1960 se genera una fuerte reacción frente a la antropología, pues se entendía que había relegado a las mujeres a un segundo plano. En consecuencia, se esbozaron explicaciones monocausales a la misoginia denunciada. Claro está, parcialismos fácilmente rebatibles <sup>29</sup>.

En la actualidad, el feminismo moderno trata de superar la idea de opresión y patriarcado, apuntando a un discurso informalista, en tanto entiende que la sexualidad no puede ser captada por ninguna regla <sup>30</sup>. A tono, y según la postura de Sherry Ortner, las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer sólo tienen sentido dentro de sistemas de valores

definidos culturalmente, ya que sitúa el problema de la asimetría sexual al mismo nivel que las ideologías y los símbolos culturales <sup>31</sup>.

No obstante la nueva orientación teórica, es incontestable que en un momento determinado los movimientos feministas hicieron de la dominación una universalidad categórica con el fin de fortalecer sus propias reivindicaciones <sup>32</sup>. Esto se evidencia sobremanera en sus análisis lingüísticos.

Según Luce Irigaray, las mujeres constituyen una paradoja dentro del discurso de la identidad ya que son el no sexo, *el sexo que no es uno*, pues el lenguaje es, en sí mismo, falocéntrico y misógino. *Las mujeres representan el sexo que no puede pensarse, una ausencia y una opacidad lingüística* <sup>33</sup>. En el otro extremo, Simone de Beauvoir entiende que mientras la persona individual y el género masculino están fusionados, el género femenino aparece como *lo otro*. No es el no género, sino todo lo contrario, aquello que es posible individualizar. Sostiene que *el "sujeto" dentro del análisis existencial de la misoginia siempre es masculino, fusionado con lo universal, y se diferencia de un "otro" femenino fuera de las normas universalizadoras de la calidad de persona* <sup>34</sup>.

Al tiempo que Lacan afirmaba que el sexo era una posición simbólica que uno adopta bajo la forma de castigo, esto es, producto de un estricto control social <sup>35</sup>; Foucault proponía la sexualidad como un sistema histórico abierto y complejo de discurso y poder que produce el término sexo como parte de una estrategia para ocultar y, por lo tanto, perpetuar las relaciones de mando <sup>36</sup>.

Lo cierto es que en la evolución del pensamiento, la categoría de sexo ha sido relegada y emerge el género, no como un término de una relación continuada de oposición al primero, sino como el término que lo absorbe y lo desplaza <sup>37</sup>.

Ahora bien, hay algo que no podemos pasar por alto: ***el género es un atributo personal, pero no es sustancia, sino accidente***. El feminismo humanista tiene en claro que por sobre todas las cosas subyace una persona, portadora de atributos esenciales y no esenciales, con capacidad universal para el razonamiento, la deliberación moral o el lenguaje. La identidad de una persona escapa a la sola caracterización de sexo. Una noción particular de identidad es errónea. La especificidad de lo femenino es descontextualizada si se separa analítica y políticamente de la constitución de clase, etnia, raza y otros indicadores de estatus-roles <sup>38</sup>.

## 2. Precisiones terminológicas

Ciertamente el conceptualizar implica, de algún modo, encerrar una realidad en límites terminológicos. No obstante, el abordar la presente temática nos obliga a ello. Esto es por la vasta doctrina y pensamientos dicotómicos que pueden nacer de una mera diferencia en la interpretación de las expresiones utilizadas, hecho que se vislumbra con gran frecuencia en el mundo del derecho.

Es así pues que al hablar de sexo entenderemos las diferencias biológicamente determinadas con carácter universal entre los hombres y las mujeres; y al referirnos al género <sup>39</sup>, diremos que es el conjunto de características sociales, culturales, políticas, psicológicas, jurídicas y económicas asignadas a las personas en forma diferenciada de acuerdo al

sexo. El concepto de género es una construcción social, un producto de la cultura que establece qué es lo propio del varón y de la mujer y que se aprende a través del proceso de socialización <sup>40</sup>.

### 3. La cuestión del género

Ya hemos revelado que el género es un concepto controvertido. Muchas veces es presentado como un estatus adscripto <sup>41</sup>, esto es, inevitable; como el producto más elemental de la naturaleza, manifestación más primaria del ser del hombre. Todos nacemos hombres o mujeres, es una realidad incontrastable. Pues bien, género es, con propiedad, un concepto relacional.

En toda relación intervienen dos sujetos, aunque uno de ellos sea un ente abstracto e impersonal, un ente supuesto <sup>42</sup>. Asimismo, en toda interacción uno elige cómo *presentarse*, aunque a veces esa elección resulte espontánea e inconsciente, ya que está condicionada por factores culturales. Intervienen en la *presentación* o *exhibición* una serie de elementos, que en la visión teatralizada de Goffman constituyen el medio, la apariencia y los modales. Uno elige o construye, en mayor o menor grado, su propia fachada.

El medio, entendido en términos geográficos, poco interesa a este análisis, pues tiende a aparecer fijo, aunque debemos salvar que ningún estudio sociológico que aspire a la corrección puede prescindir de las circunstancias de lugar <sup>43</sup>.

Con relación a la apariencia y los modales, representan la fachada personal que identifican al actuante mismo, y la sociedad espera que sigan al individuo dondequiera que vaya. La apariencia está constituida por los estímulos que nos informan sobre el estatus social y del estado ritual temporario del individuo <sup>44</sup>. A su vez, los valores culturales prevalecientes en un establecimiento social determinan la actitud de los participantes acerca de muchas cuestiones, y al mismo tiempo instauran un marco de apariencias que es necesario mantener, sean cuales fueren los sentimientos ocultos detrás de esas apariencias <sup>45</sup>. En suma, la sociedad en su conjunto aspira a que haya cierta armonía entre medio, apariencia y modales.

Expuesta la concepción interaccionista tradicional, retomo el punto inicial, pues las teorías feministas exaltan los sentimientos que las apariencias ocultan, repudian las actitudes *esperables* frente a estímulos *rituales*, y tiran por la borda toda necesidad de adecuación entre el individuo y el medio social. Los sujetos construyen la sociedad y no la sociedad a los sujetos, al menos no al punto de determinarlos. Cada cual es sujeto de sus propias experiencias.

Y bien, para la gran mayoría de las feministas, el género no es un estatus adscripto, sino adquirido, construido. Cada uno elige o es socializado con determinada apariencia, que conlleva determinados modales, pero no es una imposición natural, sino cultural.

En efecto, esbozamos la distinción entre sexo, género y sexualidad. El sexo es una verdad somática, el género y la sexualidad son realidades interaccionales. Resulta imposible desligar el género de las interacciones en el ámbito político y cultural en que se producen y mantienen, pues es el significado cultural que asume el cuerpo sexuado, pero no es el resultado causal del sexo y tampoco es tan aparentemente fijo como éste <sup>46</sup>. Afirma Judith Butler que "... *aun cuando los sexos parezcan ser nítidamente*

*binarios en su morfología y constitución, no hay razón para suponer que también los géneros deberían seguir siendo sólo dos”* <sup>47</sup>. En sintonía, Scott sostiene que *“las categorías sexuales de hombre y mujer -nosotros diríamos género masculino y femenino- no son universales, lo cual obliga a precisar cuál es el contenido que cada sociedad otorga a cada una”* <sup>48</sup>.

Por género significamos, en verdad, *identidad de género*; donde además del femenino y masculino debe considerarse la aparición del transgénero y la transexualidad. *El transgénero se refiere a aquellas personas que se identifican o viven como el otro género... Los transexuales y las personas del transgénero se identifican como hombres, como mujeres, o como trans, esto es, como transhombres o transmujeres. Cada una de estas prácticas sociales conlleva diferentes cargas sociales y promesas* <sup>49</sup>. Este es el núcleo actual del pensamiento feminista.

## **VI. La feminización del fenómeno laboral**

Avanzados en este tópico, nos permitimos afirmar que desde la última década del siglo pasado surgieron nuevas posturas que ya no centraron su estudio en una crítica social de tinte marxista, cuyo centro era la olvidada dimensión del trabajo doméstico, sino que realizaron profundos análisis de los problemas sociales generados por la crisis de la sociedad del trabajo. Se trató de encontrar perspectivas feministas a la dimensión laboral <sup>50</sup>.

El mercado de trabajo femenino, sobre todo en los estratos medios y bajos, es un mercado muy segmentado horizontalmente. Es decir, se caracteriza por la concentración de las mujeres en un conjunto reducido de ocupaciones que se definen típicamente como femeninas y en los puestos de menor jerarquía de cada ocupación.

Con esto, no queremos afirmar que el contenido de las relaciones entre los géneros sean constantes culturales porque, en realidad, dependen directamente del trasfondo socio-cultural <sup>51</sup>.

Tradicionalmente se reservaron ciertos oficios y profesiones al reducto femenino <sup>52</sup>. En particular, como las representaciones sobre la mujer descansan en un conjunto de significados fuertemente asociados a su componente sexual, se le asignaron determinados roles, cualidades y capacidades <sup>53</sup>; y es el ámbito doméstico el espacio social delimitado en el que se produjo y reprodujo este esquema social, aunque no podemos obviar que dicha socialización se extendió a ciertos estudios, como el magisterio, las letras o las artes; y a ciertas profesiones, como las de empleada doméstica, secretaria, peluquera, enfermera o asistente social <sup>54</sup>.

Comas nos explica que hay una serie de estereotipos en cada sociedad, en relación con el carácter y la manera de ser de hombres y mujeres, que contribuyen a definir las actividades que se consideran más apropiadas para cada género, al punto de que las ocupaciones asignadas a las mujeres representan una prolongación de las actividades realizadas en el ámbito familiar <sup>55</sup>.

Por cierto, en las sociedades agrarias la participación femenina en las actividades productivas era de igual importancia que la masculina. En los períodos preburgueses, las mujeres tenían bastantes posibilidades de ejercer influencia a través de mecanismos informales, al extremo de que Heinz y Honegger recuerdan que la superioridad del hombre en la sociedad premoderna era más simbólica que real. No fue sino a partir del siglo XVIII

que se redujo el ámbito femenino a lo privado, como madres y amas de casa, pero aún allí, sólo era reservado a las clases más pudientes, ya que las mujeres más modestas nunca dejaron de ejercer tareas productivas <sup>56</sup>.

En plena revolución industrial, los empresarios acostumbraban a contratar unidades familiares -marido, esposa e hijos-; aunque posteriormente, y quizás por influencia de una legislación más tuitiva, se confinó definitivamente a las mujeres con el trabajo doméstico, reservando los empleos industriales para el marido <sup>57</sup>.

En este punto, estamos en condiciones de afirmar que en la sociedad industrial moderna las mujeres eran relegadas, respetadas en un estado inferior y, como consecuencia, la ideología femenina fue tradicionalmente ridiculizada, mientras que la masculina fue ensalzada <sup>58</sup>.

En la década de 1950, al producirse un cambio sustancial en la política de industrialización que favoreció el crecimiento de las industrias -textiles y de alimentos- se abrieron nuevamente las puertas del mercado del trabajo a las mujeres.

Sin embargo, según datos analizados por Wainerman, en el mismo período se produjo un cambio sustancial en la política de industrialización que favoreció el crecimiento de industrias dinámicas -metalúrgicas, mecánicas, químicas y petroquímicas- en detrimento de las de consumo. El sector "dinámico" se apoyó en la tecnología antes que en el trabajo humano, produciendo un desplazamiento de la mano de obra femenina. En este proceso las mujeres se concentraron en el sector terciario, es decir en actividades ligadas al comercio, a los transportes y a los servicios <sup>59</sup>.

Hoy en día, las mujeres que trabajan suelen tener empleos mal pagos y rutinarios <sup>60</sup>; sumado al hecho de que aún deben hacerse cargo de las tareas domésticas, ya que la educación de los hijos, las compras del hogar y otro rango de actividades son vistas como de su exclusiva responsabilidad <sup>61</sup>. La *doble socialización* -ama de casa y profesional-, se ha convertido en el modelo oficial. El papel del hombre como sustentador familiar se ha disuelto con la precarización de las condiciones laborales y con la erosión de las tradicionales relaciones de familia. El fordismo es, al decir de Scholz, el punto de inflexión de este fenómeno <sup>62</sup>.

Ahora bien, la mundialización de la economía y la nueva estructura económica afectaron doblemente a las mujeres, ya que se amplió la oferta de trabajos precarizados para los sectores mayoritarios, al tiempo que aparecieron ocupaciones de alta calidad para un reducido grupo de trabajadoras altamente cualificadas <sup>63</sup>. Los mismos atributos que condenaron a las mujeres a la esfera privada, las ubican en los puestos directivos, ya que la cooperación y flexibilidad parecen apropiadas para un mundo lleno de incertidumbres y tensiones <sup>64</sup>.

En particular, fue la expansión de la educación el factor que ha tenido el efecto superlativo en el incremento de la demanda laboral de las mujeres, sumado al hecho de que los cambios sociales implicaron la postergación del matrimonio y la reducción del tamaño de la familia <sup>65</sup>.

El nivel de educación tiene tres consecuencias principales sobre la inserción en el mundo del trabajo: estimula el ingreso o reingreso en una actividad profesional, permite a las jóvenes con títulos superiores integrarse a profesiones caracterizadas por ser "masculinas" y, por último, permite una variedad de utilidades profesionales de un mismo título <sup>66</sup>.

La tesis mantenida por Golberg, de que el proceso de socialización se limita a reflejar la realidad biológica básica revela ser uno de los aspectos

de la todavía muy debatida “relación entre naturaleza y cultura”, o entre “realidad biológica” y “realidad social” <sup>67</sup>.

Siguiendo nuestra línea de pensamiento, es que debemos abandonar las perspectivas sexistas a la hora de selección del personal. Frecuentemente se idealizan las condiciones masculinas y se menoscaban las femeninas. Las mujeres, además de aptitudes intelectuales, requieren “buena presencia”; exigencia por demás subjetiva, reproductora del sistema social que les otorga una actitud pasiva y una posición relegada, cuestión que analizaremos mas adelante.

Partiendo de la premisa en que nos apoyamos, hablamos de una misma substancia (persona). Entonces, el orden de mérito debería dibujarse a partir de decoros personales y estatus adquiridos <sup>68</sup>. De esta manera promover el acceso de la persona al mercado laboral, en iguales condiciones y mecanismos, cualquiera sea su género.

Algunas feministas opinan que aunque la norma “paga igual por igual trabajo” es un paso en el buen camino, no basta para formar una sociedad igualitaria en la cual las mujeres tengan los mismos deberes y responsabilidades que los hombres.

Con esto, debemos abandonar aquellas posiciones harto frecuentes teñidas de consideraciones que presuponen diferencias de género fundadas en pseudo distinciones de “aptitudes intelectuales”. La mujer ha demostrado en vastas ocasiones una capacidad de respuesta inmensurable en el ámbito laboral, tanto profesional como académico.

Es lamentable afirmar -aunque no por ello menos cierto- que la diferencia negativa proviene en gran proporción del propio sector femenino. La mujer, en su afán por arribar a una igualdad en el trato profesional, muchas veces no la ha sino remarcado; tal es el caso del llamado “cupos femeninos”. La lucha debe tender a un reconocimiento de las capacidades femeninas como persona y al logro de sus objetivos mediante vías legítimas para demostrarlo.

No obstante ello, no es nuestra intención detenernos en este planteo. Lo que sí pretendemos es llamar la atención en lo referente a cuáles son las consideraciones contempladas a la hora de acceder o en su caso, ascender en el mercado laboral. Dicho de otra manera, qué prima en la elección de una mujer para un puesto de trabajo o bien, qué concesiones debe realizar ésta última, para cumplir con los requisitos exigidos. ¿Cuáles son las vías de acceso? ¿Cuáles son los costos que debe resignar?

Es así como se presentan las transgresiones a los mecanismos de acceso y ascenso. Se trata de una realidad, aun cuando lamentable, habitual. Pero la habitualidad, ¿tiñe de legítima esta práctica?, ¿qué sucede cuando una conducta reprobada en sus orígenes, es arrutinada y reconocida como válida?

La imagen aparece ocupando un primer lugar en la lista de requisitos mínimos que debe cumplir la mujer. La “buena presencia” es ineludible.

La identificación de la mujer con su yo físico es cosa común por parte de los hombres, y aun de no pocas mujeres. Georg Simmel tendió a poner en relieve la mencionada identificación, reduplicándola mediante la identificación del cuerpo de la mujer con su sexualidad: *“En la mujer, la sexualidad se confunde con su naturaleza profunda, constituye su esencia prima harto inmediata y absolutamente para que necesite manifestarse o realizarse en la tendencia hacia el hombre o como tendencia hacia el hombre”* <sup>69</sup>.



Las feministas no consideran este tipo de objetivación sexual como una demostración de una sana sexualidad o de erotismo, sino más bien como una forma de sojuzgamiento. De esta manera, ser alabada por cualidades físicas puede ser adecuado y grato en ciertas circunstancias, pero no cuando lo que está en el candelero son las capacidades intelectuales para desempeñar tal o cual empleo. De hecho, es un modo sutil de rebajar a la interpelada <sup>70</sup>.

Esta objetivación sexual se enmarca en uno de los modos de “opresión sexual”, que no es sino una opresión de tipo psicológica <sup>71</sup>. Esta última, se parece a la económica por estar ambas institucionalizadas y por ser ambas sistemáticas. Condiciones que hacen que la dominación parezca menor, de modo que la persona subyugada es “*incapaz de comprender la naturaleza de lo que causa su sojuzgamiento*” <sup>72</sup>.

Una cuestión destacada en gran parte de la literatura feminista es la de la auto-objetivación que se produce en la mujer a consecuencia de la objetivación sexual antes descrita, que no es otra cosa que sostener lo que ya anticipábamos en cuanto al papel que desempeña la mujer en causa del cuestionado efecto.

## VII. Crecimiento y desarrollo

La idea de progreso domina las posturas más clásicas sobre cambio social. Implica la superación de los estadios en el devenir del desarrollo. El siglo XVIII desde el punto de vista económico, y el siglo XIX en la esfera política, elevaron esta concepción a su etapa de apogeo, pero las guerras mundiales hicieron que en el siglo XX el término dejase de ser entendido en sentido objetivo, y haya cobrado un significado valorativo. Se puso en tela de juicio que el progreso sea siempre probable, y la evolución inevitable <sup>73</sup>.

En el contexto de su esplendor, que sirvió de cuna a las concepciones neoliberales, el crecimiento económico se transforma en uno de los objetivos políticos y económicos fundamentales para los países. Sin perjuicio de ello, es necesario hacer hincapié en que el **crecimiento** no implica necesariamente el **desarrollo**, nociones que suelen confundirse en América Latina <sup>74</sup>.

El desarrollo social tiende a un mejoramiento en las condiciones de vida; mientras que el crecimiento económico es definible sólo como *la expansión del PBI potencial de un país* <sup>75</sup>, pero encuentra como pilar el perfeccionamiento de los factores de producción, especialmente de la mano de obra cualificada, resultando esenciales la disminución del analfabetismo, la igualdad de oportunidades laborales, la mejora de la salud y la capacitación constante. Por supuesto, el cambio tecnológico ha condicionado estas exigencias <sup>76</sup>.

El desarrollo conjuga los indicadores económicos con los indicadores sociales. Así planteado se observará que a mayor desarrollo existen mayores posibilidades de crecimiento. Sin embargo, las políticas actuales descuidan la promoción humana al subestimar la importancia del trabajador dependiente, y fincan toda su atención en el deseo productivista -lo que impacta doblemente en las mujeres-. No obstante, como se ha visto, la cualificación del trabajo es uno de los requisitos indispensables para la expansión económica. Esto es, **atentan contra el crecimiento** (no hablamos de desarrollo, puesto que es una meta indiscutible) **tanto la falta de seguridad jurídica como la falta de promoción social.**

La época que nos toca vivir está caracterizada tanto por el desprestigio del socialismo, con su crisis a fines de la década del ochenta, como por el fracaso de las recetas neoliberales <sup>77</sup>. El balance socio-económico (la promoción, el desarrollo) es claramente negativo. En palabras de Schieckendantz, *“La estrategia basada casi exclusivamente en el credo neoliberal predominante (confianza en la capacidad del mercado, estado reducido, combate contra la inflación, equilibrio presupuestario, desregulación y privatizaciones) no concretó la solución prometida a los desafíos inseparables de crecimiento económico, pleno empleo y distribución más justa de los bienes producidos”* <sup>78</sup>.

La sociología del derecho y el derecho del trabajo nos pueden ayudar a comprender y remediar la situación existente. La primera, acercando posiciones; el segundo, en tanto se estructura de una forma verdaderamente mutable, pero con firmes principios doctrinarios (consagrados legislativamente) que coadyuvan a protegerlo en su esencia. Dichos lineamientos se dirigen tanto al legislador, que ha de tenerlos en cuenta a la hora de la reforma normativa, como al juzgador, quien debe interpretar los textos legales y cláusulas contractuales bajo su luz clarificadora.

## **VIII. Nuestra postura**

Se ponen de relieve en numerosas ocasiones la ineficiencia e ineficacia del desempeño laboral en tareas ejecutivas o de gestión de las mujeres insertas en cadenas de mando. Lo cierto y lo curioso es que muchas veces hemos observado que su selección obedece a motivos individualistas y espurios de tan sólo algunos hombres que, detentando los poderes de alto mando, se vuelven profundamente vulnerables a maniobras de seducción provenientes de mujeres que dicen renegar de ser consideradas objeto.

Status, poder y dinero no definen la vocación, ni la misión, ni la función que la persona en sociedad aspira para su desarrollo integral. Es momento de una seria y fuerte introspección y actual crítica que permita visualizar las debilidades de hombres y mujeres al momento de definir puestos de trabajo, y el modo de llevar a cabo el trabajo.

A veces, aquellos hombres que critican a las mujeres, haciendo alusión a problemas de relación o eficacia en el desempeño, suelen coincidir con ser los mismos que designan o promueven el desarrollo y carrera de mujeres que dejaron “quizás” entrever las posibilidades de dar satisfacción, al menos visual, al sexo masculino.

Por su lado, la mujer debe encontrar su perfil en esta vorágine de encontrar espacio para su desarrollo laboral, encontrar su perfil, que no debe masculinizarse para la búsqueda de oportunidades, que no debe asimilarse al modo de ser y actuar masculino, que no debe renegar de la maravillosa femineidad.

No creemos en el feminismo y el machismo como posturas encontradas y extremas. Creemos sí en la necesidad de reivindicar la masculinidad y femineidad propia de nuestras diferencias en el ser hombre y en el ser mujer, y no fruto del antagonismo y la lucha.

La diferencia de perspectivas es lo que enriquece la mirada de los distintos aspectos de la vida personal y social.

La consideración del otro, sea masculino o femenino, como personas, sin juegos semánticos e intelectuales estériles, que sólo aportan confusión a este, a veces, enmarañado núcleo de discusión, será el inicio de un proceso fructífero para el análisis de las diferencias y los encuentros.

La mujer y la victimización en el desempeño de sus roles considerados como estigmas sociales, no deben ser la excusa para justificar posturas “a veces” que la coloquen en la misma condición de objeto de la cual reniegan.

En el serio problema que se afronta con nuestros hermanos uruguayos, de repente una mujer autotitulada embajadora o colaboradora, o en realidad no sabemos con precisión cuál era el status que pretendía detentar, ¿representó? a la mujer argentina como si gozase de consenso y representatividad entre las mujeres argentinas. La irrupción de su figura ante los allí presentes que intentaban resolver un conflicto, se visualizó con el escaso vestuario y modales correspondientes -con absoluta seguridad- para otra ocasión (artística ¿quizás?). Analizando el ámbito en el que el hecho se produjo, deberíamos inferir que la mujer para lograr ser escuchada debía presentarse como objeto visual ante quienes detentan poder de decisión.

El tema ocupó algunos días de entretenimiento para nuestros medios de comunicación, de chistes machistas, y hasta de consideraciones teóricas, pero no sobre el conflicto que, supuestamente, era el centro de preocupación sino sobre las dotes femeninas de la presunta representante de la mujer argentina.

Enorme fue la confusión en todos los niveles de análisis que llamaban a veces “transgresión” a la actitud adoptada por la supuesta embajadora femenina.

Su representación no había sido ni más ni menos que la patética imagen de concebir a la mujer sólo en la posibilidad de la oferta visual y sexual para el logro de sus objetivos.

Consideradas actitudes de esa índole permiten vislumbrar la subestimación de la capacidad intelectual del sexo masculino, a la hora de considerar, que ellos sólo son capaces de dialogar o prestar su atención ante la imagen casi desnuda y provocativa de una mujer.

Se escuchó hablar de valentía, lo cual era indudablemente una falta de consideración para tantas personas que día a día, con valentía, aportan su esfuerzo para la construcción de una sociedad. Quizás estamos en un tiempo de ponderación diferente.

Lo cierto es que debemos preocuparnos y ocuparnos por reflexionar sobre lo verdaderamente importante. La persona no es un status o un rol, es un conjunto de ellos que deben armonizarse coherentemente para lograr el desarrollo de la personalidad individual y social.

No se trata de una fusión de roles masculinos y femeninos. Se trata de su complementariedad, que nos permitan valorar las distintas perspectivas de varón y mujer que podrán fusionarse en el objetivo común de lograr el mejor desempeño de las funciones. Se trata de comprender que no hay masculinización ni feminización en el desempeño laboral, sino que debe haber comunión de proyectos para cumplir el efectivo desempeño de las tareas que tenemos a nuestro cargo. Y en ello, el ser varón o el ser mujer, no diferencia.

Invitamos a ser conscientes de nuestras imperfecciones, de nuestras debilidades, de nuestro ser humano para mejorar, cambiar o modificar actitudes que no dependen de ser varón o mujer, dependen de ser

**personas comprometidas** que dignifiquemos nuestras labores sin egoísmos ni egocentrismos o luchas de poder, para ocupar y no para ocuparse, para figurar en el escenario de la posmodernidad impidiendo el genuino desarrollo laboral de aquellos a quienes anima el deseo de participar en la verdadera construcción de este edificio sin fin que es la vida auténtica de las personas.

Ninguna teorización sobre recursos humanos es posible sin generar los vínculos de respeto y comunicación necesarios entre las personas. Prestar atención a quienes nos rodean no es un proceso identificatorio físico, es comprender al otro en todas sus dimensiones para valorarlo.

## IX. Conclusión

No compartimos el feminismo entendido en cuanto posición extrema, generadora de posturas antagónicas que disten de lograr una fusión de objetivos e intereses individuales y sociales entre las distintas perspectivas del ser femenino y ser masculino.

Debe entenderse el concepto tan mentado de la igualdad como la idéntica posibilidad de apertura de las alternativas, para toda persona -sea masculino o femenino- siempre atendiendo a la riqueza de las diferencias entre lo masculino y lo femenino.

Toda sociedad que se precie de valorar a las personas en su conjunto, debe promover esta igualdad de alternativas y oportunidades, es cierto que los avances logrados en relación a la equidad de género han sido destacables, pero *“aún persisten los estereotipos sexuales y la incompreensión mutua, lo cual sigue dificultando el avance hacia la igualdad entre los sexos que, a fin de cuentas, es necesaria para el progreso de toda la humanidad”*<sup>79</sup>.

La promoción debe comenzar por el ámbito laboral real, pues es allí donde se observan las más temidas diferencias -la igualdad legislativa es, desde hace tiempo, una realidad incontestable-. Son, en muchas ocasiones, las mujeres quienes más sufren el trance social.

Se necesitan firmes políticas de Estado para paliar esta crisis. América Latina no es ajena a este problema, en efecto, es el lugar más inequitativo del planeta. En otros continentes hay más pobres, pero las sociedades latinoamericanas son las más injustas del mundo por su brecha creciente entre ricos y pobres<sup>80</sup>.

La *doble socialización* de la mujer insume el doble de energías, y muchas veces requiere de una opción, de ahí su frágil situación y la necesidad de atender a la problemática que puede acarrear esta elección en términos de desarrollo integral, lo cual involucra el derecho de la mujer de desempeñar los distintos roles que debe asumir sin que se excluyan entre sí. Esto lleva, a una adecuada preparación para los roles en los procesos de socialización que permitan la realización de la mujer en el desempeño laboral, sin significar sacrificar su rol como mujer, como madre, como miembro de la institución familiar si esa fuera su elección.

Es importantísimo fincar el estudio en la real finalidad del derecho laboral: el de ser por excelencia el medio de tutela de los trabajadores dependientes. De otra manera estaríamos en medio de un proceso involutivo.

No abogamos por el estancamiento productivo; es imperiosa la ampliación de las fronteras de posibilidades de producción, pero no sobre la base de la renuncia de a la dignidad del hombre. A tal fin es menester la inversión en recursos humanos, no para garantizar la rotación de mano de obra que sólo beneficiaría a los grandes capitales, sino para generar verdadera cualificación, que permita apostar a un mayor desarrollo tecnológico y a una mejor calidad de vida. El derecho laboral es uno de los principales garantes de la realización individual.

Si bien reseñando la historia fue necesario acudir a procesos más imperativos para lograr la igualdad de derechos, hoy la realidad nos muestra otro escenario y por ende otras necesidades.

La mujer ya no asiste a la lucha por ocupar espacios sociales y laborales, ahora la inquietud se centra en cómo hacerlo y en definir el perfil que la misma adopta en esta apertura real y concreta.

Ya no es necesario pensar la mujer en la sociedad en términos de cupos obligatorios, y si bien subyace el poder masculino a veces con cierto resabio autoritario a la hora de decidir y definir qué estilo de mujeres son las bien recibidas en el mercado laboral, sólo la mujer podrá superar esta situación marcando su impronta y delineando su perfil.

Los únicos factores determinantes a la hora de la selección de candidatos para un puesto de trabajo debieran ser los decoros personales y estatus adquiridos. Contribuyamos, entre todos, a que el feminismo sea sólo un movimiento histórico.

No se trata de una fusión de roles masculinos y femeninos. Se trata de su complementariedad, que nos permitan valorar las distintas perspectivas de varón y mujer que podrán fusionarse en el objetivo común de lograr el mejor desempeño de las funciones. Se trata de comprender que no hay masculinización ni feminización en el desempeño laboral, sino que debe haber comunión de proyectos para cumplir el efectivo desempeño de las tareas que tenemos a nuestro cargo. Y en ello, el ser varón o el ser mujer, no diferencia.

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: Ab. María Florencia Santi Feuillade; y ayudante alumno Emiliano Blangero.

Notas:

<sup>1</sup> [www.dialogo-argentina.org.ar](http://www.dialogo-argentina.org.ar)

<sup>2</sup> Ann OAKLEY, "Feminism and Sociology - Some Recent Perspectives", en *The American Journal of Sociology*, vol. 84, Nº 5, University of Chicago Press, 1979, p. 1259.

<sup>3</sup> Confr. Anthony GIDDENS, *Sociología*, Madrid, Alianza, 1998, p. 397.

<sup>4</sup> Art. 4º ley 20.774.- *Concepto de trabajo*. Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley.

<sup>5</sup> Confr. J. A. NOGUERA, *El concepto de trabajo y la teoría social crítica*, Papers 68, 2002. En [www.bib.uab.es/pub/papers/020286m68p141.pdf](http://www.bib.uab.es/pub/papers/020286m68p141.pdf)

<sup>6</sup> Confr. J. A. GRISOLIA, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 11.

<sup>7</sup> Confr. C. SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1964, p. 162.

<sup>8</sup> No debe pasarse por alto la Constitución de 1949, que mantuvo su vigencia hasta 1956.

<sup>9</sup> Arts. 23 y 24 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

<sup>10</sup> El desuetudo es la costumbre con eficacia derogatoria de una norma. Sánchez Viamonte explica que la Constitución Nacional en la época de su redacción no podía prever la evolución de este nuevo derecho, por lo que se limitó a consagrar la existencia del derecho de “trabajar y ejercer toda industria lícita” en el art. 14 y el de “ejercer industria, comercio y profesión” en el art. 20. C. SÁNCHEZ VIAMONTE, op. cit., p. 164.

<sup>11</sup> E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1962, t. 1, p. 11.

<sup>12</sup> Confr. A. GIDDENS, op. cit., p. 397.

<sup>13</sup> E. MARTÍNEZ PAZ, *Sistema de filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1940, p. 231.

<sup>14</sup> M. GERLERO, “La ley: del control al cambio social”, artículo inédito, [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar).; R. COTTERRELL, *Introducción a la sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 59.

<sup>15</sup> Confr. M. GERLERO, op. cit.

<sup>16</sup> Confr. COTTERRELL, R., op. cit., p. 60.

<sup>17</sup> Confr. P. HORTON - C. HUNT, *Sociología*, México, McGraw Hill, 1988, p. 542.

<sup>18</sup> Confr. J.J. CASTILLO, “La sociología del trabajo hoy: la genealogía de un paradigma”, en E. LA GARZA (comp.), *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*, México, FLACSO-FCE, 2000.

<sup>19</sup> Al respecto se puede consultar el artículo de George RITZER, “*Sociology of Work: a Methateoretical Analysis*”, en *Social Forces*, vol. 67, Nº 3, University of North Caroline Press, 1989.

<sup>20</sup> Confr. A. POVIÑA, *Sociología*, Córdoba, Assandri, 1966, p. 387.

<sup>21</sup> A. POVIÑA, op. cit., p. 387.

<sup>22</sup> Confr. A. POVIÑA, op. cit., p. 388.

<sup>23</sup> Confr. I. HARPER SIMPSON, “*The Sociology of Work: Where Have the Workers Gone?*”, en *Social Forces*, vol. 67, Nº 3, University of North Carolina Press, EE.UU., 1989, ps. 563 y 564.

<sup>24</sup> Las nuevas áreas de la literatura sociológica son: el proceso de empleo (*labor process* - connotación física económica en contraposición a *work process*), la dualidad económica y los mercados de trabajo segmentados, y la determinación del salario. Confr. I. HARPER SIMPSON, ob. cit., p. 572.

<sup>25</sup> OIT, *Tendencias Mundiales del empleo de las mujeres 2007*, en [www.oit.org.pe](http://www.oit.org.pe)

<sup>26</sup> José FERRATER MORA - Priscilla COHN, *Ética aplicada del aborto a la violencia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, p. 109.

<sup>27</sup> O. M. FISS; *¿Qué es el feminismo?*, Alicante, 14 Doxa 319, 1993.

<sup>28</sup> D. SCHWANITZ, *La cultura*, Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 358.

<sup>29</sup> Confr. T. BAÑEZ TELLO, “Género y trabajo social” en *Acciones e Investigaciones Sociales, Escuela Universitaria de Estudios Sociales*, Nº 6, nov. 1997, Zaragoza, p. 151 y ss..

<sup>30</sup> Confr. J. BUTLER, *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 33.

<sup>31</sup> Confr. T. BAÑEZ TELLO, ob. cit., p. 151 y ss.

<sup>32</sup> Confr. J. BUTLER, *El género en disputa*, México, Paidós, 2001, p. 36.

<sup>33</sup> Confr. J. BUTLER, *El género en disputa*, p. 42.

<sup>34</sup> J. BUTLER, *El género en disputa*, p. 44.

<sup>35</sup> J. BUTLER, *Cuerpos que importan*, Buenos Aires, Paidós, 2005, p. 146.

<sup>36</sup> Confr. J. BUTLER, *El género en disputa*, p. 128.

<sup>37</sup> Confr. J. BUTLER, *Cuerpos que importan*, p. 23.

<sup>38</sup> Confr. J. BUTLER, *Deshacer el género*, p. 36 y ss.

<sup>39</sup> [www.cnm.gov.ar](http://www.cnm.gov.ar)

<sup>40</sup> Entendemos al proceso de socialización como el conjunto de experiencias que tienen lugar a lo largo de la vida del hombre que le permite desarrollar su potencial humano y aprehender las pautas culturales de la sociedad en la que van a vivir inmersos. Confr. J. MACIONIS y K. PLUMMER, *Sociología*, Madrid, Prentice Hall, 2001, p. 132.

<sup>41</sup> Estatus adscripto es aquél que recibimos sin ninguna acción o intervención de nuestra parte. Nos es acordado. Confr. E. AFTALIÓN, “Abogados y jueces en la evolución del derecho argentino”, LL. 123 -1130.

<sup>42</sup> Al respecto puede consultarse lo relativo al control social interno desarrollado en nuestro artículo “¿Es posible una mirada antropológica del control social?” en: *Alfredo Poviña (in memoriam)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, diciembre de 2004.

<sup>43</sup> Confr. E. GOFFMAN, *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Buenos Aires, Amorrortu, 1994, p. 35.

<sup>44</sup> Confr. E. GOFFMAN, ob. cit., p. 35 y ss..

<sup>45</sup> Confr. E. GOFFMAN, ob. cit., p. 257.

<sup>46</sup> Confr. J. BUTLER, *El género en disputa*, p. 35 y ss..

<sup>47</sup> Confr. J. BUTLER, *El género en disputa*, p. 39.

<sup>48</sup> Confr. T. BAÑEZ TELLO, ob. cit., p. 151 y ss..

<sup>49</sup> J. BUTLER, *Deshacer el género*, p. 20.

<sup>50</sup> Confr. R. SCHOLZ, "Sobre la relación de género y trabajo en el feminismo" en <http://lahaine.org/pensamiento/sobrefem.htm>

<sup>51</sup> Confr. R. SCHOLZ, ob. cit..

<sup>52</sup> Se suelen emplear términos tales como estereotipo de género para referirse a la tipificación social del ideal masculino y femenino, o estereotipo laboral para indicar la tipificación en el ámbito del trabajo de ciertas ocupaciones como femeninas y otras masculinas (Consejo Nacional de la Mujer: [www.cnm.gov.ar](http://www.cnm.gov.ar)).

<sup>53</sup> No queriendo significar, de modo alguno, capacidades intelectuales, sino "capacidades" sociales en dicho contexto temporal.

<sup>54</sup> Confr. T. BAÑEZ TELLO, ob. cit., p. 151 y ss..

<sup>55</sup> Confr. T. BAÑEZ TELLO, ob. cit., p. 151 y ss. Esto no sólo se evidencia en el ámbito laboral, sino también en el campo de la ética. En consecuencia, Carol Gilligan sostiene que mientras los hombres han dominado la teoría moral, la perspectiva femenina se ha considerado menos desarrollada y sofisticada. Sin embargo, hoy en día se advierte que en tanto la ética masculina tiene una orientación hacia la "justicia", la femenina se orienta hacia la "responsabilidad". Confr. Allen CYPHER, Notes on "In a different voice" by Carol Gilligan; en <http://www.acypher.com/BookNotes/Gilligan.html>.

<sup>56</sup> Confr. R. SCHOLZ, ob. cit..

<sup>57</sup> Confr. A. GIDDENS, op. cit., ps. 410 y 411.

<sup>58</sup> A. OAKLEY, op. cit., p. 1260.

<sup>59</sup> Confr. C. WAINERMAN, "Segregación o discriminación", Boletín Informativo Techint N° 285, Buenos Aires, enero-marzo, 1996, p. 67.

<sup>60</sup> Confr. A. GIDDENS, op. cit., p. 411.

<sup>61</sup> H. C. BOLAK, "When Wives are Major Providers: Culture, Gender and Family Work", en *Gender and Society*, vol. 11, N° 4, Sage, 1997, p. 416.

<sup>62</sup> Confr. R. SCHOLZ, ob. cit. Cabe aclarar que el paradigma fordista ya se encuentra superado, en tanto los cambios tecnológicos de la década de 1970 lo tornaron demasiado rígido, pues se lo relacionó con la monotonía, la excesiva burocratización, y se lo tachó por contrariar los principios de la creciente ecología. Confr. Washington SOUZA, "Fordism and its Multiple Sequels: the Re-organization of Work in Britain, France, Germany and Japan", en [http://www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism\\_materials/souza.pdf](http://www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism_materials/souza.pdf). Sin embargo, los paradigmas reemplazantes no han podido contrarrestar la incipiente despersonalización del fenómeno laboral. Ya que, si bien el mecanismo toyotista tiene la ventaja de humanizar el flujo productivo, conlleva el notable inconveniente del mínimo empleo de mano de obra -muy perjudicial en países como el nuestro donde los índices de desocupación son alarmantes-junto con el gran stress que las cadenas de producción ocasionan. Confr., B. WATANABE, KAROISHI, "Nuevo estilo de muerte causado por el trabajo" en *Japón ¿milagro o pesadilla?: una visión crítica del toyotismo*, Buenos Aires, Tel, 1997.

<sup>63</sup> R. AGUIRRE, "Ciudadanía social, género y trabajo en Uruguay", en *El Uruguay desde la Sociología*, Departamento de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 2002, p. 200. En un artículo sobre la situación de la mujer rural en la India, se afirma que las cifras muestran... una precarización y feminización de la fuerza laboral en las zonas rurales, con un aumento mayor y más significativo de la cantidad de trabajadoras marginales; A. T. SWAPAN GANGULY, *Feminización de la Fuerza laboral agrícola de la India*, p. 29.

<sup>64</sup> Confr. OIT, "Mujeres, género y trabajo (Parte II)", Revista Internacional del Trabajo, vol. 118, 1999, p. 390.

<sup>65</sup> Confr. C. WAINERMAN, *Vivir en Familia,....*

<sup>66</sup> Confr. L. PAUTAÍS, "¿Primero... las damas?" en *Contra la exclusión*, Rubén Lo VUOLO (comp.), Buenos Aires, Ciepp, Miño y Dávila Editores, p. 255.

<sup>67</sup> José FERRATER MORA - Priscilla COHN, *Ética aplicada del aborto a la violencia*. Madrid, Alianza Universidad, 1982, p.114.

<sup>68</sup> Se conoce por estatus adquirido la posición social que se ha asegurado por medio de la elección y de la competencia individual. Confr. P. HORTON - C. HUNT, op. cit., p. 128.

<sup>69</sup> Georg SIMMEL, *Filosofía de la coquetería, Filosofía de la moda. Lo masculino y lo femenino*, Madrid, Edit. Esp., 1945, p. 151.

<sup>70</sup> José FERRATER MORA - Priscilla COHN, ob. cit., p.119.

<sup>71</sup> Una persona se halla sexualmente objetivada cuando sus órganos y funciones sexuales son separados del resto de su personalidad y reducidos a la condición de meros instrumentos, o bien son considerados como si fueran capaces de representar a la persona.

<sup>72</sup> José FERRATER MORA - Priscilla COHN, ob. cit., p.118.

<sup>73</sup> Confr. R. BIERSTEDT, *The Social Order*, Estados Unidos, McGraw Hill, 1957, ps. 532 y 533.

<sup>74</sup> Confr. E. GUDYNAS - C. VILLALBA MEDERO, "Crecimiento económico y desarrollo: una persistente confusión", en *Revista del Sur* N<sup>o</sup> 165, Red del Tercer Mundo, Montevideo, mayo-junio de 2006, p. 3.

<sup>75</sup> P. A. SAMUELSON - W. D. NORDHAUS, *Economía*, Madrid, McGraw Hill, 1998, p. 512.

<sup>76</sup> Confr. P. A. SAMUELSON - W. D. NORDHAUS, op. cit., ps. 513 y ss..

<sup>77</sup> Confr. C. SCHIECKENDANTZ, "Los signos de los tiempos actuales desde una perspectiva latinoamericana" en J.O. BEOZZO, P. HÜNERMANN Y C. SCHIECKENDANTZ; *Nuevas pobrezas e identidades emergentes*, Córdoba, EDUCC, 2006, p. 99.

<sup>78</sup> C. SCHIECKENDANTZ, op. cit., ps. 113 y 114.

<sup>79</sup> OIT, ob. cit., p. 387.

<sup>80</sup> Confr. C. SCHIECKENDANTZ, op. cit , p. 115.



# DERECHO, POLÍTICA Y VALORACIONES

CARLOS ENRIQUE PETTORUTI

**Sumario:** **I.** Los ámbitos del derecho y la política. **II.** La teoría kelseniana del control jurídico del poder político. **III.** La politización de lo jurídico. **IV.** Aportes críticos a la controversia: Heller, Ehrlich y Kriele. **V.** La paradoja de una pureza no tan pura. **VI.** Derecho, política, historicidad y valoraciones. **VII.** La “praxis humana” como punto de integración de los fenómenos jurídico y político.

## I. Los ámbitos del derecho y la política

La filosofía jurídica y la filosofía política se hallan estrechamente relacionadas. No podría ser de otra forma: las palabras “derecho” y “política” no constituyen patrimonio intelectual de ninguna de las etapas de la historia de la humanidad: se hallan presentes en todas ellas, precisamente porque son dos palabras estrechamente vinculadas a la esencia de nuestra “hominidad”.

Esa sea, tal vez, una de las razones por las cuales ambas palabras presentan tan alto grado de ambigüedad y vaguedad. La distinta extensión y sentido que se ha tenido y se tiene del derecho y de la política tornan dificultoso establecer una definición conceptual de cada una de ellas, que han llevado a algunos pensadores a la asimilación, a la distinción y hasta a la oposición de ambos términos.

Las disputas por el poder, la entronización de las ideologías y el derecho como una espada de doble filo para controlar o concretar ambas, constituyen una problemática que se ha presentado en reiteradas ocasiones y bajo innumerables formas a lo largo de toda la historia de la humanidad.

No obstante ello, tal vez sea durante el siglo XX, y a raíz de los cimbronazos que en la cultura europea produjeron la Primera y la Segunda Guerras Mundiales, cuando con mayor obstinación y prolijidad se han planteado fundamentos y teorías tendientes a establecer el control del poder político a través del derecho y viceversa.

No es casual que estas concepciones surgieran en el marco del régimen político y constitucional de la República de Weimar en Alemania y de los Habsburgo en Austria, en donde no sólo el positivismo jurídico, sino también el sistema dodecafónico, la ruptura artística con los pintores de la “Secession”, las nuevas formas literarias y periodísticas, los métodos analíticos, la arquitectura del “Bauhaus” y, en fin, el programa filosófico del Círculo de Viena produjeron numerosas intersecciones y cruces entre el desarrollo social y político, las metas y preocupaciones generales en diferentes campos del arte, de la ciencia y de la filosofía.

En el marco de este panorama modernista se desarrolló paralelamente una sociedad estructurada sobre la base de grandes diferencias raciales, lingüísticas, religiosas e históricas, con una gran crisis social y económica, con el gran cambio político que significó la Primera Guerra Mundial y sus consecuencias, que ineludiblemente se proyectaron al estallido de la segunda conflagración mundial.

Las ideas de cambio y pluralidad, y los problemas que éstas acarreaban fueron enfocados desde concepciones filosóficas muy dispares: o bien

proponiendo una unidad impuesta a través de la consagración de determinados principios metafísico-axiológicos, o bien a través de la regulación tolerante que permitiera una convivencia de subjetividades.

La influencia de las circunstancias de la época se advierte en las concepciones filosófico-políticas de Hans Kelsen y de Carl Schmitt, quienes tal vez representan con mayor claridad esta confrontación por momentos más aparente que real.

## **II. La teoría kelseniana del control jurídico del poder político**

Parte de los fundamentos filosóficos de la teoría kelseniana se hallan en el marco de esa sociedad típicamente burguesa y tradicional que se desarrolló en la Viena de principios del siglo XX

Kelsen surgió como un pensador que enmarcó el positivismo jurídico austríaco de la época con base en una verdadera teoría del conocimiento: ésta fue una verdadera marca del positivismo lógico del Círculo de Viena. El mismo Alfred Verdross señaló que *“En esa época teníamos muy destacados profesores, pero lo que necesitábamos era una Universidad en la cual las distintas ramas jurídicas pudieran hallarse unificadas. La tarea de organizar una teoría unificada de la ciencia jurídica y vincularla con el análisis gnoseológico del derecho fue asumida por Kelsen”* <sup>1</sup>.

La *Teoría pura del derecho* tiene importantes implicancias políticas pues supone, en primer lugar, una lucha por el Estado de derecho.

Kelsen se vio influenciado, en primer término, por la filosofía kantiana. El mismo así lo reconoce en su “autopresentación” escrita en 1927, cuando expresa que halló en Kant la pureza metódica para la ciencia jurídica, fundamentalmente reafirmando la diferencia entre “ser” y “deber”. Kant fue así, para Kelsen, una verdadera “estrella orientadora” influenciado por la corriente sud-occidental alemana, para pasar luego en 1912 a dirigir su atención hacia el problema del “querer” vinculado con el derecho y el Estado desde la perspectiva del “querer puro” de Hermann Cohen <sup>2</sup>.

A partir de la notable preocupación por la distinción entre “ser” y “deber” sostiene Kelsen que la ciencia jurídica tiene como única misión el conocimiento del sistema jurídico, y no su explicitación deontológica.

La idea de libertad también tiene bases eminentemente kantianas en Kelsen. Para Kant, el mundo está determinado causalmente, y sólo donde interviene el hombre hay causalidad a través de libertad. Para Kant la libertad es un quehacer fundado en la validez inmanente de la moral, para Kelsen una característica del querer humano que subyace a toda creación normativa.

La enseñanza kelseniana reposa en la línea del espíritu de su tiempo. Como teoría, fue en su momento muy progresista pues significó la lucha contra el derecho estatal en una monarquía respaldada en un estado de policía. Por ello, fue relativamente aceptada por el sistema oficial. Kelsen realmente contradujo el espíritu y los postulados científicos de su época: luchó por la objetividad de la ciencia jurídica en un mundo científicamente empirista, quiso constituir una ciencia teórica fáctica, y por ello tuvo acuerdos con el positivismo filosófico, a pesar de que en el ámbito de los hechos y de las descripciones tuvo una concepción distinta a las

enseñanzas del positivismo, y con su concepción dinámica de la teoría del derecho trató de alcanzar la unidad del fenómeno jurídico <sup>3</sup>.

La preocupación de Kelsen por el derecho y la organización del Estado se funda en la necesidad de lograr una identidad de representación ontológica entre derecho y Estado, frente a la realidad de un Estado austríaco compuesto por grupos tan distintos por su raza, idioma, religión e historia, que en la visión y experiencia kelseniana dieron por tierra con las teorías que como ficciones, pretenden fundamentar la unidad del Estado en algún nexo psicosocial o biológico de los hombres que jurídicamente integran el Estado <sup>4</sup>.

Vinculado con lo antedicho, se consolida en esa época la posición de Kelsen sobre la relación entre el derecho nacional e internacional: siempre se resistió con amplios fundamentos técnico jurídicos (y no políticos) al *Deutschtum* (Germanismo) y al *Anschluss* (anexión de la República Austríaca al entonces Reich alemán) aunque, en alguna ocasión, su indiferencia a la nacionalidad apoyada en la vieja Austria supranacionalista le valieran el epílogo de “fascista”.

La fuerte oposición que desató su tesis sobre la identidad entre Estado y derecho lo llevó a plantearse si el Estado -como se afirma- puede separarse de lo jurídico y ser considerado en sentido sociológico, tema que trató en su escrito: “El significado sociológico y jurídico del Estado” <sup>5</sup>.

La situación política vivenciada en Austria y Alemania en los comienzos de la década de 1930 lo llevó a escribir desde Colonia, Alemania: “¿Quién debe ser el tutor de la Constitución?”.

Partiendo entonces de la base de que una verdadera ciencia del derecho debe prescindir de los antagonismos y falacias y desechar los argumentos políticos pues su objetivo como ciencia permanece totalmente indiferente a éstos <sup>6</sup>, es comprensible entonces la fundada preocupación de la *Teoría pura del derecho* por deslindar lo político de lo jurídico a través de la propuesta de las purificaciones metodológicas, pero a su vez por lograr una “juridización” de la política. Esta última tarea la encara Kelsen muy especialmente en su *Teoría general del derecho y del Estado* <sup>7</sup> cuando en su afán de lograr la unidad de objeto de la ciencia del derecho aborda y unifica todos aquellos dualismos que se fundan ideológicamente en la autonomía de la política, especialmente, los de derecho público y derecho privado, derecho y Estado.

El dualismo en el cual se evidencia en forma más explícita la finalidad de garantizar la autonomía de las decisiones políticas por sobre las normas jurídicas o el ordenamiento jurídico es el que se plantea entre el derecho público y el derecho privado.

Dicho en palabras de Kelsen: “*trátase de una división de las relaciones jurídicas; mientras que el derecho privado relaciona sujetos equivalentes con el mismo valor jurídico, el derecho público establece una relación entre dos sujetos entre los cuales uno tiene frente al otro un valor jurídico superior*” y “*el plus valorativo que corresponde al Estado -es decir, a sus órganos- en relación con los súbditos, consiste en que el orden jurídico otorga a los hombres calificados como órganos del Estado, o a ciertos de ellos -las llamadas autoridades- la facultad de obligar a los súbditos mediante una manifestación unilateral de voluntad (una orden)*” <sup>8</sup>.

Kelsen sostiene que las diferencias entre ambas relaciones jurídicas se fundan en la pretensión de dar distinto sentido e intensidad a la validez de las normas jurídicas, las cuales en el caso del derecho privado se tratarían

de normas jurídicas en sentido estricto, y en el caso del derecho público no, ya que deben sucumbir ante las urgencias de los fines del Estado.

De esta manera se estaría asegurando la libertad de acción al gobierno de turno y los órganos que lo componen, imponiendo que las cuestiones políticas (o de política de Estado) se vinculan a las cuestiones de derecho constitucional y administrativo, dejando al derecho privado al margen de esta situación. Dice así Kelsen que *“este dualismo, lógicamente insostenible, no tiene carácter teórico alguno, sino sólo ideológico. Desarrollado por la doctrina constitucional, sirve para garantizar el gobierno, y al aparato administrativo subordinado, una libertad deducida de la naturaleza de la cosa; no una libertad frente al derecho, lo cual sería a la postre imposible, pero sí frente a la ley, frente a las normas generales creadas por una representación popular o con la participación esencial de ésta”*<sup>9</sup>.

El trasfondo ideológico es evidente, pero se disuelve cuando Kelsen plantea que tanto los actos del Estado (supuestamente exentos del control del derecho por tratarse de actos políticos), son todos actos creadores de normas imputables a un único y mismo ordenamiento jurídico.

Estrechamente vinculado con este dualismo se encuentra el de derecho y Estado. Aquí se plantea clásicamente que el Estado es una entidad distinta, independiente y anterior al derecho: el Estado es un ente constituido por una población asentada en un territorio y que detenta un poder que se manifiesta en la efectividad de un orden jurídico, por lo tanto, el Estado crea al derecho.

Según Kelsen, todas las teorías que tienden a legitimar el Estado por el derecho, intentan reforzar la autoridad del Estado.

Pero, en realidad, lo que tienen en común los hombres que pertenecen a un mismo Estado no es otra cosa que el conjunto de normas que regulan recíprocamente su conducta<sup>10</sup>.

Kelsen sostiene que el Estado es un ordenamiento jurídico, aclarando que no ocurre lo mismo a la inversa, es decir, no todo ordenamiento jurídico es un Estado. Esto último se evidencia en los casos del derecho primitivo y del derecho internacional: en ambos casos, la existencia de normas jurídicas es innegable, pero éstas no se hallan centralizadas en cuanto a sus organismos de creación y aplicación. El Estado es, así, un ordenamiento jurídico con cierto grado de centralización en la producción y ejecución de las normas jurídicas.

Por supuesto que es posible referirse al Estado en un sentido restringido haciendo alusión solamente al conjunto de órganos que lo componen, pero, en sentido amplio, el Estado “es” el derecho, y lo que erróneamente se entiende como elementos empíricos que componen el Estado, tienen en realidad una significación jurídica: el territorio no es el terreno físico sino el ámbito de validez territorial de las normas del ordenamiento jurídico; la población no hace referencia a los seres de carne y hueso, sino al concepto jurídico de persona, por lo tanto está integrada por todos aquellos centros de imputación normativa a las cuales se refiere el ordenamiento jurídico, y el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad del ordenamiento.

Debe aclararse que Kelsen no considere desde esta perspectiva al Estado como fenómeno sociológico no implica negar la realidad fáctica de lo que se denominan “hechos estatales”, lo que ocurre es que su cualidad estatal sólo nace de una interpretación mediante un ordenamiento normativo<sup>11</sup>.

Como lógica consecuencia, este contexto teórico lleva a sostener la necesidad del control constitucional del poder a través de la función jurisdiccional ya que la constitución como máxima norma jurídica positiva de un sistema de normas que unificadas se identifica con el Estado, presupone que todo conflicto de intereses es, necesariamente, un conflicto de carácter jurídico y como tal, sujeto a la decisión controversial de los jueces.

### **III. La politización de lo jurídico**

Frente a las ideas relativistas, científicas y antimetafísicas pregonadas por los pensadores influidos por el Círculo de Viena, otras concepciones se fueron consolidando en la Europa Central, orientadas dentro de lo que fuera el romanticismo alemán del siglo XIX.

La concepción de la Escuela Histórica de Puchta, Hugo y Savigny, el concepto cuasi-metafísico del “espíritu del pueblo” (*Volksgeist*), la interpretación intelectualista del derecho propuesta por la dogmática y su posterior paso de lo conceptual a lo finalista, lo cual derivó hacia concepciones politizadas en la interpretación y aplicación del derecho a través del voluntarismo amorfo de la “Escuela del Derecho Libre” (*Freirechtsschule*), contribuyeron a consolidar una visión filosófica de la política deslindada o, mas bien, supraordinada al derecho.

Con la caída de la República de Weimar y el advenimiento del nacionalsocialismo alemán en 1933, surge una concepción distinta del Estado entendido no tanto como una comunidad de leyes sino como una comunidad del pueblo (*Volksgemeinschaft*) fundada sobre la sangre y la raza.

En ese contexto bien podría afirmarse que el principio de control jurídico constitucional propuesto por Kelsen fue subvertido: los jueces no controlan las decisiones políticas con instrumentos jurídicos sino que las normas son controladas sobre la base de ideologías políticas: el juez es concebido como un representante de esa comunidad viviente y debe atenerse más que a las leyes a los principios y las directrices de quien encarna el espíritu de dicha comunidad (el “*Führerprinzip*”) <sup>12</sup>.

Las ideas opositoras a la República de Weimar, aun antes de que Hitler fuera designado canciller, fueron especialmente sostenidas por Carl Schmitt (1888-1985), quien en 1928 realizó uno de sus más importantes trabajos científicos: su *Teoría de la Constitución* o “*Verfassungslehre*”, en donde efectuó un análisis jurídico sistemático de la Constitución de Weimar, a la cual inculpaba de sostener un liberalismo neutralizador y debilitador del Estado, que no permitía solucionar los problemas de la democracia de masas, ya que la fuente del parlamentarismo democrático se hallaba en el caduco método de gobierno burgués <sup>13</sup>. El principio que debe regir la democracia no es el pluralismo o la libertad sino la igualdad, principio que debe primar por sobre los conceptos liberales de discusión y publicidad.

Suele considerarse que la desilusión de Schmitt respecto del sistema parlamentario y sus debilidades fue al menos uno de los motivos que lo instaron a formar parte del nacionalsocialismo. Con esta visión escribió su artículo “El Führer protege al derecho” (*Der Führer schützt das Recht*), publicado en 1934 en donde se consolida la afirmación teórica del control del derecho por el poder político al señalar que “*el Führer protege al derecho de los peores malos usos cuando frente a la visión del peligro, con*

*la fuerza de su poder de conducción como máxima fuente jurídica, crea el derecho. El verdadero conductor también es, siempre, juez. Esta atribución surge de la esencia de su función de conducción”* <sup>14</sup>.

Schmitt construyó una teoría del Estado sobre el presupuesto de “lo político” que se manifiesta en la pura voluntad de la categoría fundamental “amigo-enemigo”, de donde deriva un decisionismo político que parte de la identificación del Estado y el pueblo, para llegar a la conclusión de que el derecho procede del Estado <sup>15</sup>.

Para Schmitt *“la enemistad absoluta no es sino el grado de máxima tensión a que puede llegar la beligerancia y plantea hasta qué punto resulta un esfuerzo baldío el propósito, no importa si confeso o no, de hallar una esfera neutral despolitizada donde el conflicto se diluya a punto de su posterior desaparición”* <sup>16</sup>.

En este marco, el derecho no puede limitarse a constituir una mera abstracción normativa, sino que se halla estrechamente vinculada con el concepto de “decisión”, ya que para que una norma pueda establecerse, necesita de una voluntad específica que la convierta en derecho positivo.

Aparentemente en este aspecto puede advertirse alguna similitud con algunos postulados de la *Teoría pura del derecho*, cuando Kelsen caracteriza a la norma como el sentido de un acto de voluntad. Así expresa en su *Teoría general de las normas*: en tanto la palabra “Norma” representa una prescripción o mandato, significa que algo debe ser u ocurrir. Su expresión verbal es un imperativo o regla imperativa (*Soll-Satz*). El acto cuyo sentido es que algo es ordenado o se halla prescripto es un acto de voluntad <sup>17</sup>. Claro es que luego se ocupa de aclarar que no corresponde sostener que esto no implica que la norma “tenga” un sentido, sino que la norma “es” un sentido: el acto de voluntad, como acto del “ser” tiene el sentido de un “deber”. Ese “deber” es la norma <sup>18</sup>.

Pero para Schmitt las normas siempre suponen una regulación dentro de un contexto de normalidad. Cuando una situación se vuelve políticamente extraordinaria será la decisión del soberano la que funde la norma. Por ello, las normas jurídicas (*Rechtsnormen*) y la concreción de las normas jurídicas (*Rechtsverwirklichungsnormen*) pueden hallarse contrapuestas o separadas, ya que lo político sigue una lógica “constitutiva”, mientras que lo jurídico una lógica “regulativa”.

#### **IV. Aportes críticos a la controversia: Heller, Ehrlich y Kriele**

Entre aquellas posiciones que objetaron el intento de la *Teoría pura del derecho* de constituir una ciencia jurídica prescindiendo de elementos sociológicos y políticos hallamos a Hermann Heller (1881-1933); claro es que esta discusión teórica no obsta a que tanto Heller, como Kelsen y Hugo Preuss sean considerados tres patriotas constitucionales alemanes <sup>19</sup>.

Heller fue uno de los sostenedores de los principios democráticos de la Constitución de Weimar. Siguiendo la línea de Hugo Preuss, corrió con un gran compromiso histórico que se halla en sus raíces liberales, tratando de construir un derecho estatal de base social opuesto a la barbarie fascista. Formó parte del Círculo de Hofgeismar en donde se sentaron las bases de la socialdemocracia <sup>20</sup>.

En principio consideró inadmisibles la diferenciación kelseniana entre ser y deber ser, ya que en su opinión ello constituye una limitación de los múltiples sentidos y dimensiones que posee el concepto “norma”, produciendo un abismo entre el concepto filosófico y empírico del término.

Según Heller, lo normativo reconoce como fundamento a la voluntad colectiva, y es por ello que la problemática jurídica radica en el entrelazamiento entre lo empírico y lo teórico en el ámbito normativo. Desde una posición eminentemente culturalista afirma que es imposible desligar los conceptos jurídicos de la sociología y de la ética, pues de otra manera, la pureza propuesta por Kelsen nos lleva a una teoría del Estado sin Estado y a una ciencia jurídica sin derecho <sup>21</sup>.

Como lo destaca Smith, en Heller *“el ser de lo social no es algo performado, rígido ni estático. Ese ser radica en el propio dinamismo de la idea humana, profundamente impregnada de ideologías en constante renovación”*. *“La aprehensión de elementos esenciales a través de valoraciones es, pues, un momento inescindible en el conocimiento de toda realidad social”* <sup>22</sup>.

Heller entiende al Estado conectado estrechamente con la realidad social, dentro de la cual también se encuentra el individuo, ya que en su opinión no hay una existencia individual aislada y autónoma de la realidad social, pero también afirma que socialmente no existe una voluntad humana libre de normas, normas que, por otra parte, sólo pueden ser eficaces a través del querer humano.

Y en esto se marca también su oposición a la concepción de Schmitt, a quien también acusa junto con Kelsen de ser *“ejecutores testamentarios del positivismo científico, en cuanto consideran, en un caso al orden normativo y en el otro al centro del poder, de un modo aislado y prescindiendo de su correlación entre sí”* <sup>23</sup>.

Por ello Heller entiende a la *teoría del Estado* como aquella que *“se propone investigar la específica realidad de la vida estatal que nos rodea. Aspira a comprender al Estado en su estructura y funciones actuales, su devenir histórico y las tendencias de su evolución”* <sup>24</sup>, y para él, la ciencia del Estado, como todo conocimiento histórico-sociológico, tiene que partir de la conducta del hombre <sup>25</sup>.

Otra concepción marcadamente sociologista que cuestionó la posición kelseniana fue la de Eugen Ehrlich, para quien la sociología del derecho es la única y verdadera ciencia del derecho: el derecho está en la vida social y a ella hay que acudir para conocerlo, razón por la cual las posiciones del formalismo jurídico resultan insuficientes para hallar una solución.

Enrolado dentro de la Escuela del Derecho Libre juntamente con H. Kantorowicz, planteó la diferencia entre el derecho vivo (*lebendes Recht*) y el derecho válido (*geltendes Recht*) producto de la autoridad estatal. El derecho estatal es una imposición del Estado sobre la sociedad y se compone sólo de normas de decisión (*Entscheidungsnormen*) -en esto se acerca al decisionismo schmittiano-, por lo cual el principio de coactividad es propiamente estatal aunque no necesariamente una característica del derecho vivo <sup>26</sup>.

Kelsen objetó firmemente a esta postura que *“el derecho es un orden que asigna a cada miembro de la comunidad sus deberes y, por ende, su posición dentro de la comunidad, por medio de una técnica específica, estableciendo un acto coactivo, una sanción dirigida contra el individuo que no cumple su deber. Si ignoramos este elemento no podremos diferenciar el orden jurídico de otros órdenes sociales”* <sup>27</sup>.

Finalmente, dentro de las nuevas concepciones eticistas que se opusieron al logicismo teórico de la *Teoría pura del derecho* desde la perspectiva de la rehabilitación de la razón práctica, hallamos la posición de Martin Kriele.

Kriele puede hallarse enrolado en las posiciones iusfilosóficas de posguerra que, partiendo del iusnaturalismo de Gustav Radbruch trataron de hallar una vía intermedia a través de una hermenéutica no-positivista del derecho, que se consolida en la actualidad con posiciones como la de Robert Alexy.

Crítica Kriele la tajante división entre derecho y razón práctica marcada por el positivismo y propone recrear un vínculo entre el mundo del derecho y el de la moral. Elabora así una teoría del Estado crítica tratando de evitar la separación entre ser y deber, para lo cual no intenta responder cómo es creado el Estado o cómo debería ser creado, sino por qué ha sido creado. Y para Kriele, el problema de la legitimidad es un problema moral.

Para Kriele, la rehabilitación de la razón práctica en el seno de los problemas políticos y jurídicos responde a la necesidad permanente de hallar las bases de una “vida buena” (en sentido aristotélico) en el Estado <sup>28</sup>.

## **V. La paradoja de una pureza no tan pura**

Según lo expresa Robert Walter <sup>29</sup>, la *Teoría pura del derecho* no es una presentación de resultados finales, sino un permanente desarrollo que debe ser llevado adelante y mejorado; por ello, aunque de hecho no es la única teoría sobre el derecho, nos sirve con sobrada amplitud para estas reflexiones. También así lo destacan Weinberger y Krawietz: cuando deseamos adoptar una posición respecto de la *Teoría pura del derecho*, debemos tener en cuenta que las opiniones kelsenianas fueron modificándose en distintos puntos a través de su desarrollo <sup>30</sup>.

Por ello podemos decir que en el ámbito de la teoría jurídica, la obra de Kelsen ha sentado las bases para un abordaje jurídico, pero desde múltiples perspectivas integradas. Las particulares situaciones sociales e históricas que contribuyeron a su conformación, como así también sus fundamentos iusfilosóficos amplios y culturalmente variados la constituyeron en una poderosa herramienta para el acercamiento metodológico al estudio del fenómeno jurídico.

Así, corresponde destacar: su descripción del fenómeno jurídico como un método social de determinación de conductas humanas, la vinculación entre el derecho y el poder, la vinculación de las normas con el querer o voluntad y, por lo tanto, con la problemática de la libertad, la distinción entre ser y deber ser, que más allá de ser compartida o no, supone un aporte metodológico importantísimo para contextualizar al fenómeno jurídico dentro de la realidad social, y además la distinción entre ciencia jurídica y política como aporte metodológico. Pero su propuesta debe ser entendida como una valiosa herramienta de análisis e interrelación.

Por ello, puede afirmarse que la visión de la obra kelseniana como una tarea estrictamente jurídico-formal que tantas críticas y oposiciones le ha valido, es incompleta.

Recordemos en este sentido que el mismo Kelsen ha destacado una profunda vinculación entre política y filosofía por cuanto toda concepción de la vida, especialmente de toda doctrina política, se integra en la correspondiente concepción del mundo, en un sistema filosófico. A partir de allí Kelsen comenzó a distinguir los caracteres filosóficos de las dos formas políticas fundamentales: la autocracia y la democracia.



En tal sentido, señala que la base de todo sistema democrático es el sostenimiento no sólo de la libertad en sentido metafísico e individualista, “*el sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás*”<sup>31</sup>.

Para Kelsen, la posición del individuo frente al poder es determinante de la forma política. Citando en este sentido la obra de otro de los integrantes del Círculo de Viena, Sigmund Freud en su trabajo *Psicología de masas y análisis del yo (Massenpsychologie und Ichanalyse)* destaca que “*la actitud que el sujeto adopta frente al problema del poder -el problema fundamental de la política- depende esencialmente de la intensidad de su voluntad de poder. Y en una forma política en la que el poder predomina, el individuo, al someterse, tiende a identificarse con el poder que le somete*”<sup>32</sup>. Afirma así que la idea central de la autocracia es la maximalización del poder: el secreto de la obediencia está en la identificación con la autoridad.

La democracia, en cambio, se presenta como un sistema limitativo de la autoridad, de esencia dialéctica o discursiva, garantizadora del valor paz. Y esa libertad de la democracia es la única en la que puede progresar el conocimiento científico.

La conexión entre este fundamento axiológico y político con el corazón de la teoría kelseniana se halla en su afirmación de que el demócrata propende más al derecho positivo que al derecho natural, porque la organización y control de las funciones estatales se efectúan a través de la legalidad, entendida como la previsibilidad que se establece a través de las normas legisladas.

En cuanto a la dirigencia política, Kelsen sostiene que la democracia no admite caudillismos ni paternalismos pues aspira a ser una sociedad de colaboración entre iguales, sin direcciones tuteladoras. A través de la legalidad, la libertad, la tolerancia y el respeto de las minorías, la democracia crea a sus propios adversarios, mientras que la autocracia los suprime. En síntesis, de la idea del “Estado soy yo” de la autocracia, se debe pasar a la idea democrática de “el Estado somos nosotros”.

Por supuesto que toda esta fundamentación kelseniana sólo puede sustentarse desde una posición axiológica relativista, crítica y empírica. Por este motivo, puede sostenerse que aunque Kelsen no lo hubiera desarrollado explícitamente, su concepción jurídico-política tiene estrecha relación con las posiciones de la nueva retórica y de la lógica argumental que comenzaron a abrirse paso y desarrollarse en la posmodernidad.

Las ideas de Kelsen fueron desarrolladas en similar sentido dentro de la Escuela de Brno, en la Universidad checa de Masarik. Allí, siguiendo las líneas de su fundador Franz Weyr, Jaroslav Kallab en un artículo denominado “Derecho y política”<sup>33</sup> señala que tratamos de comprender en forma unificada cómo debería ser el mundo a través de una regla positiva de derecho, lo que significa que atendemos a la política en el marco del derecho válido, y desde otra perspectiva, el pensamiento político debe relacionarse con una parte del ordenamiento jurídico, porque es un pensamiento sobre un mundo real y no un mundo imaginario.

Kelsen defendió las tendencias parlamentarias contra las ideas de las dictaduras fascistas y bolcheviques en su obra *El problema del parlamentarismo*<sup>34</sup>. En un congreso de Sociología de Viena en 1926, presentó su trabajo: “Acerca de la sociología de la democracia”, donde confrontó la ideología de la libertad de la democracia en la realidad social, con el sentido de cada uno de los órdenes jurídicos positivos que rigen como

democracias, y la situación psicológica a la que en esos órdenes jurídicos se hallan sujetos los hombres.

## **VI. Derecho, política, historicidad y valoraciones**

Como producto del mundo de la cultura, el hecho histórico ha demostrado encarnar un valor en virtud del cual fue creado, y esto es precisamente lo que lo distingue del fenómeno natural.

Claro está que las dificultades se presentan cuando tratamos de establecer cuál es la relación que existe entre el hecho histórico y la valoración, en qué medida puede existir un condicionamiento de un proyecto histórico a un sentido valorativo, o viceversa.

La respuesta no es simple. Alfred Stern <sup>35</sup> afirma que existen limitaciones objetivas en el análisis del hecho histórico: una de ellas es, a su juicio, la lógica, y la otra, el documento: el historiador se ve constreñido a elegir una posibilidad lógica entre una determinada variedad de hechos documentados, aunque corresponde advertir que este proceso de selección supone un acto interpretativo, y como tal, la influencia de un conjunto de valores. Por ello, no es desacertada la tesis sostenida por muchos filósofos e historiadores (Stern cita como ejemplo a Bergson, Croce y Sartre) en el sentido de que la interpretación del pasado social está siempre en suspenso, y la importancia de los hechos históricos depende de nuestras valoraciones presentes y hasta de nuestras esperanzas y proyecciones futuras.

Es que la valoración misma, entendida como una relación entre un sujeto y un objeto, constituye una experiencia histórica individualmente irrepetible.

En este sentido, Georg. H. Von Wright en su trabajo en materia axiológica titulado *Valoraciones, o cómo decir lo indecible* <sup>36</sup> señala que una valoración presupone un sujeto valorante y se refiere a un objeto valorado. El sujeto es típicamente un ser humano individual, pero puede, sin embargo, ser también una colectividad, como por ejemplo, una sociedad, una tribu o una cultura. Llega a afirmar Von Wright que también puede hablarse en algún sentido de valoraciones animales (tal como por ejemplo, a un perro le gustan o le disgustan distintos alimentos), pero las valoraciones humanas tienen peculiaridades conceptuales que las diferencian de los animales, haciéndolas más ricas y más variadas.

Dice Von Wright que las valoraciones son dependientes del tiempo. El mismo objeto puede ser valorado deferente por el mismo sujeto en el transcurso del tiempo. Cuando el sujeto es una colectividad, sus valoraciones pueden ser expresadas como histórico-dependientes. Esta dependencia es de particular interés cuando el tema a considerar es lo que nosotros llamamos "cultura".

Sobre estas bases, debemos descartar la absoluta individualidad subjetivista del valor, ya que de la misma forma en que existen variedad de valoraciones individuales, personales y discrepantes, existen, como dice Henkel, amplios campos de valoraciones supraindividuales e intersubjetivas. Estos criterios, muchas veces, reobran sobre los individuos condicionando, a su vez, sus propias actitudes valorativas, formándose así una especie de valores supraindividuales que son, podríamos decir, parcialmente objetivos,

ya que no dependen del exclusivo arbitrio del sujeto, pero por otra parte son subjetivos, porque tienen su origen en criterios de valoración individuales.

Es así como surge un orden valorativo supraindividual que se halla siempre en movimiento. Esta mutabilidad del orden social de valores es producto de la misma transformación que supone la historicidad.

Claro que estos cambios no son abruptos, sino lentos y hasta, a veces, imperceptibles, llegando a constituir valores estables que se dan en diversas unidades culturales.

Esta estrecha vinculación de influencia recíproca entre el hecho histórico y el valor -casi a la manera del método empírico dialéctico explicado por Cossio- se complejiza cuando insertamos en ella la problemática jurídica, pues ésta representa un tránsito histórico teleológico hacia una determinación futura, cierta y organizada.

Juan Carlos Smith <sup>37</sup> expresa que cada una de las formas de vida u órdenes de comportamiento que integran el mundo de la cultura humana se hallan organizadas por un sistema de normas explicitadas en grado variable, que constituyen su estructura lógica, pero también existe la connotación fundamental de sus contenidos axiológicos. En efecto -dice- dichas normas confieren al comportamiento que regulan un determinado sentido lógico, caracterizándolo como permitido, exigido o prohibido, al tiempo que también representan, por implicación, un cierto esquema axiológico, es decir, una serie de valoraciones sociales, referido al conjunto de posibilidades de obrar contenido en el marco de cada norma.

## **VII. La “praxis humana” como punto de integración de los fenómenos jurídico y político.**

La realidad jurídica se halla constituida por aspectos formales y materiales. Las normas jurídicas constituyen, por un lado, la expresión de un criterio lógico de ordenación social, pero por otra parte incorporan esquemas axiológicos que son formulados por la fuente normativa.

¿De dónde obtiene la norma ese fundamento material? ¿Cómo se forman esos esquemas axiológicos?

La realidad histórica es productora de valoraciones que pasan del campo extrajurídico al campo jurídico -a través de la función objetivante de las normas- produciéndose, de esta manera, la adaptación de un sistema jurídico a los requerimientos de su tiempo. Hemos visto que la misma asepsia valorativa que pretendió imponer la *Teoría pura del derecho*, no pudo evitar hallarse impregnada de la realidad histórica que le dio origen. Pero ello no significa necesariamente que debamos remitirnos a la otra posición extrema, como la de Carl Schmitt, considerando al derecho solamente como un instrumento de los fines de la política.

Como anticipa Smith, toda teorización sobre valores debe ser referida a situaciones empíricas y concretas para poder ser aprehendida estructurada ontológicamente. Por ello resulta insuficiente toda visión ontológica del derecho que lo distancie o aisle de esta realidad, toda vez que la ciencia jurídica no sólo debe abordar la problemática relativa a la función y alcance significativo de las normas sino que también abarca una teoría sobre los hechos de conducta del hombre y sus producidos, y ello supone la ontologización de las vivencias axiológicas.

En la actividad normativa se incorporan contenidos obtenidos como consecuencia de un proceso en el cual se toma la esencia del hecho histórico a través de sus características relevantes de acuerdo con la finalidad buscada por el individuo. A través de este sentido que podríamos denominar “histórico-teleológico” la historia opera como un factor de renovación de las formas de vida, de los contenidos del derecho y de las concepciones sobre la justicia.

Por ello, el contexto del proceso de fundamentación normativo debe comprender sus aspectos lógicos, entendidos éstos como instrumentos de validación y coherencia, pero en modo alguno pueden omitirse los aspectos axiológicos, en tanto finalidades a concretar a través de esos instrumentos.

Así, todo proceso de creación y aplicación o de fundamentación y derivación de las normas de un sistema, necesitan de la instancia instrumental que fundamenta la creación de la norma (fundamento instrumental) pero no se completa sino cuando se da la condición de los fines por los cuales la norma se ha generado (aparece aquí la eficacia como conjunto de factores que condicionan la validez de la norma creada).

En otras palabras, puede sostenerse que la dimensión instrumental de la validez opera por sí misma en el momento de nacimiento de la norma, pero, en definitiva, la vida de ésta habrá de depender además de la dimensión teleológica.

De esta manera es posible arribar a la conclusión de que la validez del derecho está configurada por una consecución de etapas que desde lo instrumental y lo teleológico se replican en todas las etapas del fenómeno de creación y aplicación del derecho: la fundamentación del derecho, su creación instrumental sobre la base de esquemas apriorísticos, su condicionamiento a través de la receptividad de los principios axiológicos forjados en el ámbito de la sociedad, y el acatamiento *a posteriori* de las normas creadas, lo cual se manifiesta en la eficacia, que nuevamente reobra sobre el ordenamiento jurídico, refundamentándolo permanentemente y justificando su existencia.

Esta doble perspectiva de la validez normativa permite afirmar que lo político se halla ínsito dentro de la esencia misma de lo jurídico, y ello no afecta la objetividad de la ciencia jurídica, pues las normas -como lo sostiene Juan Carlos Smith- poseen necesariamente una función política, ya que siempre son creadas a través de un proceso de sucesivas interpretaciones, prácticas y generalizaciones de los principios filosóficos relativos a la organización social, al origen y funciones del poder político y a los criterios de distribución de éste <sup>38</sup>, lo cual no es otra cosa que la esencia misma de la vida social del hombre.

Esa característica es la que hace del derecho algo dinámico, no estático, pues como señala Olsen Ghirardi: *“el fenómeno jurídico se da en un mundo humano, cuyos seres han devenido personas y que se vinculan entre sí a través de una situación dada, en una trama de acciones relevantes, en sociedad”* <sup>39</sup> es, en definitiva, una *“modalidad de la acción humana”* <sup>40</sup>.

Por ello se hace difícil concebir un camino que no sea el del derecho juntamente con sus fundamentos políticos, ya que al considerarlo como “praxis” humana se constituye en un obrar, un “haciéndose” que transita permanentemente bajo la influencia instrumental de la razón y las metas finalistas de los valores.

Notas:

- <sup>1</sup> Robert WALTER, "Die Rechtstheorie in Österreich im XX. Jahrhundert", Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. LXIII/2, Wiesbaden, Ed. Franz Steiner, 1977.
- <sup>2</sup> Hans Kelsen, "Selbstdarstellung" publicado en *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, 2006.
- <sup>3</sup> Ota WEINBERGER y Werner KRAWIETZ, "Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker", Viena, Ed. Springer, 1988.
- <sup>4</sup> Rudolf Aladar MÉTALL, *Hans Kelsen, vida y obra*, ob. cit..
- <sup>5</sup> Hans Kelsen, "Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht", Tübingen, 1922.
- <sup>6</sup> Hans Kelsen, ob. cit., p. 114.
- <sup>7</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- <sup>8</sup> Hans Kelsen, ob. cit., p. 286.
- <sup>9</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. R. Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 288.
- <sup>10</sup> Hans Kelsen, ob. cit., p. 54.
- <sup>11</sup> Rudolf THIENEL, "Derecho y Estado en la percepción de la teoría pura del derecho", en *Problemas centrales de la Teoría Pura del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 119.
- <sup>12</sup> Guido FASSÒ, *Historia de la filosofía del derecho*, t. 3, p. 258.
- <sup>13</sup> Conf. <http://de.wikipedia.org> Carl Schmitt: Leben und Denken.
- <sup>14</sup> Conf. <http://de.wikipedia.org> y KUNZE, Klaus, Aufsätze: Rezension "Carl Schmitt" von Paul Noack: <http://kunze.ahnenforschung.net>
- <sup>15</sup> José FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía: "Schmitt, Carl"*, Madrid, Alianza, 1979.
- <sup>16</sup> Vicente Gonzalo MASSOT, "Por qué Schmitt", en *Carl Schmitt, su época y su pensamiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2002
- <sup>17</sup> Hans Kelsen, "Allgemeine Theorie der Normen", Manz-Verlag, Wien, 1979, p. 2.
- <sup>18</sup> Hans Kelsen, "Allgemeine...", ob. cit., p. 21.
- <sup>19</sup> Christoph MÜLLER, "Drei grosse deutsche Verfassungspatrioten", Konrad Adenauer Stiftung: [www.kas.de](http://www.kas.de)
- <sup>20</sup> <http://de.wikipedia.org>
- <sup>21</sup> Luis RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1979, ps. 47 y 48.
- <sup>22</sup> Juan Carlos SMITH, *El desarrollo de las concepciones iusfilosóficas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- <sup>23</sup> Gherart NIEMEYER, Prólogo a la *Teoría del Estado* de Hermann HELLER, México, Fondo de Cultura Económica, 1942.
- <sup>24</sup> Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 21.
- <sup>25</sup> Hermann HELLER, ob. cit., p. 28.
- <sup>26</sup> Gregorio ROBLES, *Epistemología y derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, p. 27 y ss..
- <sup>27</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, p. 33.
- <sup>28</sup> Gregorio ROBLES, ob. cit., p. 79 y ss..
- <sup>29</sup> Robert WALTER, "Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre", en *Festschrift für Ulrich Klug zum 70 Geburtstag*, Colonia, ed. Peter Deubner.
- <sup>30</sup> Ota WEINBERGER y Werner KRAWIETZ, "Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker", Viena, Ed. Springer, 1988.
- <sup>31</sup> Hans Kelsen, "Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, México, Nacional, 1974, p. 138.
- <sup>32</sup> Hans Kelsen, ob. cit., p. 139.
- <sup>33</sup> Jaroslav KALLAB, "Recht und Politik, eine methodologische Studie", en *Die Brünner rechtstheoretische Schule*, Schriftenreihe des Hans Kelsen Institut, Band 5, Manz-Verlag, Wien, p. 206.
- <sup>34</sup> Hans Kelsen, "Das problem des Parlamentarismus", Wien und Leipzig, 1924.
- <sup>35</sup> Alfred STERN, *La filosofía de la historia y el problema de los valores*, Buenos Aires, Eudeba, 1970.
- <sup>36</sup> Georg H. VON WRIGHT, "Valuations. Or how to say the unsayable" (Se consultó versión no editada).
- <sup>37</sup> Juan Carlos SMITH, *Los supuestos de la ciencia política*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- <sup>38</sup> Juan Carlos SMITH, ob. cit., p. 21.

<sup>39</sup> Olsen A. GHIRARDI, *El razonamiento forense*, Córdoba, Ediciones del Copista, 1998, p. 29.

<sup>40</sup> Olsen A. GHIRARDI, *Common Law & Civil Law*, Córdoba, Advocatus, 2007, p. 7.

# UN TEST FILOSÓFICO A LA TEORÍA DEL CONFLICTO DE DERECHOS

MARINA ANDREA RIBA

**Sumario:** **I.** ¿Conflicto o delimitación de derechos? 1. El tema. 2. Un punto de partida: conceptualización de los derechos subjetivos. 3. Conflicto de derechos vs. delimitación de derechos. 4. Nuestra opinión: el verdadero problema es de delimitación de derechos. **II.** Formas de delimitación de derechos subjetivos. 1. Necesidad de un patrón objetivo. 2. Técnicas de delimitación. **III.** El rol de los jueces en la delimitación de derechos. 1. Presupuesto preliminar: juez razonable. 2. Determinación de los derechos en el caso particular (identificación del contenido -faz interna- y limitación del ejercicio -faz externa- como modo de resolver en el caso concreto). 3. Delimitación de derechos y valoración. 4. La argumentación y la delimitación de derechos. **IV.** Conclusión.

## I. ¿Conflicto o delimitación de derechos?

### 1. El tema

Los operadores jurídicos, los justiciables e incluso los tribunales de justicia consideran, sin mayores dubitaciones ni contratiempos argumentales, que los derechos pueden entrar en pugna.

Para ellos, el posible conflicto de derechos constituye un dato cierto y objetivo, e incluso han desarrollado diversas y variadas técnicas para su resolución.

Sin embargo, el pensamiento de estos operadores jurídicos que no son iusfilósofos (y su propio aparato conceptual) no se corresponde con las vacilaciones, obstáculos y discrepancias que sobre la materia se presentan en un plano filosófico.

Considerando el vínculo inescindible que la teoría general del derecho tiene con la filosofía como fundamento último de los fenómenos jurídicos, es que corresponde someter esta teoría del conflicto de derechos a un test o evaluación, desde la óptica de la filosofía del derecho.

### 2. Un punto de partida: conceptualización de los derechos subjetivos

a) Frente a una situación que plantea un aparente conflicto de derechos subjetivos, se plantean algunos interrogantes primarios.

¿Existen verdaderas contradicciones de derechos y entonces lo que hay por resolver es un conflicto real de derechos? ¿O en realidad cada derecho se encuentra intrínsecamente limitado, lo que hace imposible un conflicto entre dos derechos reales? Y si pensamos que los derechos se encuentran limitados en sí mismos: ¿habrá entonces un ejercicio abusivo de derechos? ¿O lo que existe son derechos subjetivos extralimitados y lo que hay es un problema de delimitación de derechos?

A fin de abordar el tratamiento del tema propuesto se presenta como punto de partida inevitable la conceptualización de los derechos subjetivos, pues de ella depende la postura que se adopte con respecto a los interrogantes que hemos planteado <sup>1</sup>.

b) Puestos en esta tarea y simplificando al extremo las posiciones que al respecto se han desarrollado identificamos:

Por un lado, la *doctrina solidarista clásica* de corte realista que concibe al derecho como una medida justa, y los derechos subjetivos -derivados de las normas jurídicas- desde su nacimiento están limitados intrínsecamente por los derechos de los otros; el orden de lo justo y debido es previo a los derechos subjetivos. En definitiva, la visión realista parte del hecho de la convivencia en medio de una dotación escasa de bienes, considerando a los derechos dentro de un orden de reparto, distribuciones e intercambios.

Por otro lado aparece la *doctrina individualista*, que presenta a los derechos subjetivos como absolutos. Esta concepción parte de la premisa de que los derechos subjetivos son atributos originarios de los individuos, como propiedades innatas suyas, son expresión de la autonomía de la voluntad, luego en su ejercicio pueden resultar perjudiciales a otras personas -abuso del derecho-. El derecho ya no tendrá que ver con la conducta justa debida sino que será el fruto de la voluntad individual puesta al servicio de los derechos de ese mismo individuo, donde el propio individuo es el fundamento de esos derechos. Queda claro, entonces que los derechos en el marco individualista-liberal aparecen como derechos ilimitados, absolutos o irrestrictos en tensión con los derechos de los otros, con la sociedad y con el Estado.

c) En esta diferenciación ensayada, es pertinente también precisar que no todo interés que se manifiesta en la realidad (máxime en el contexto de las modernas sociedades democráticas) constituye un derecho subjetivo.

Partimos de la premisa de que para que una inclinación básica adquiera eticidad es necesario que sea el resultado de una acción deliberada (libre) elegida como apta para satisfacer una tendencia que, a la razón práctica, se presenta como perfectiva de la personabilidad del hombre. Asimismo los bienes humanos primordiales que integran la perfección del hombre son sólo alcanzables en el ámbito de la comunidad política.

Ahora bien, los "derechos" humanos son aquellos que tienen por contenido esos bienes humanos básicos en su realización social, o sea, en cuanto la realización o preservación de ese bien depende o puede ser afectado por las conductas de otros en el marco de la sociedad política. A la inversa, allí donde la existencia o subsistencia de uno de esos bienes no esté directamente en juego, no corresponde hablar de derechos humanos, sino meros intereses o preferencias particulares <sup>2</sup>.

Advertimos entonces que en el marco de las sociedades democráticas y pluralistas, habrá aspiraciones, anhelos, preferencias, deseos de los individuos en particular o de grupos sociales -por cierto legítimas- que pueden entrar en pugna, pero que no siendo derechos deben permanecer en otra esfera no jurídica. Pretender subsumirlas bajo el concepto "derecho" puede colocarnos o bien frente a la llamada "tendencia inflacionaria de derechos" <sup>3</sup>, lo que generaría imprecisión y vaguedad descalificando la noción misma de derecho -significar todo como derecho equivale a no significar nada-. O bien que la defensa o protección de derechos humanos sea el ropaje bajo el cual se sostengan conveniencias o posiciones políticas, fenómeno denominado "inclinación al compromiso político" <sup>4</sup>.

En definitiva, la multiplicidad y eventual conflicto de intereses en el marco de las comunidades contemporáneas es un hecho indudable, consolidado al amparo del modelo de democracia pluralista. Sin embargo, de esta circunstancia no puede inferirse sin más la existencia de tantos derechos subjetivos como intereses expuestos en la realidad.



### 3. Conflicto de derechos vs. delimitación de derechos

La breve conceptualización de los derechos subjetivos intentada, clarifica algunas de las cuestiones sobre la que nos interrogábamos:

a) Si se consideran los derechos subjetivos como derechos ilimitados y absolutos es posible hablar de verdaderos conflictos y contradicciones de derechos generados por el ejercicio discrecional que la misma naturaleza y condición del derecho autoriza <sup>5</sup>.

Es que la propia tesis del conflicto presupone una visión individualista y liberal, que lleva a concebir a los derechos subjetivos desprovistos de deberes correlativos. La teoría proviene de visiones que desconocen que los derechos en sí mismos son limitados, y se orienta a pensarlos como fuerzas físicas en sí mismas ilimitadas que se limitan exteriormente al "colisionar" entre sí.

De modo que siendo los propios sujetos el fundamento último de los derechos, es imposible que esos derechos sin una regla o medida objetiva, no tiendan a desorbitarse y pensarse como absolutos, volviéndose inconciliables y anárquicos. De modo que decir que "el derecho de uno llega hasta donde empieza el derecho de los demás" resulta una frase vacía, pues se carece de una medida objetiva que determine dónde comienzan los derechos de los demás <sup>6</sup>.

b) Por el contrario, una concepción más realista y humana de los derechos, donde los derechos subjetivos se encuentran intrínsecamente limitados con ejercicios igualmente limitados, parece no admitir la existencia de verdaderos conflictos.

Las normas se presentan generales y abstractas y los derechos concretos y determinados. Los derechos se poseen en situaciones concretas y determinadas por la aplicación de una norma a una situación fáctica prevista en ella conforme el título jurídico que el precepto tutela. Así determinados, en el caso concreto, única dimensión en la que un derecho subjetivo existe, éstos se presentan limitados y nunca en contradicción con otros.

En efecto, si se consideran los derechos subjetivos limitados por diversas normas positivas que rigen la situación concreta (normas naturales o positivas que son previas a los derechos subjetivos) frente a dos "aparentes" derechos en pugna puede verse que uno es en rigor derecho y el otro no lo es, o al menos deja de serlo en tales situaciones y frente al que se consagra derecho.

Aquí el principio de autolimitación que postula que "el derecho de uno termina donde empieza el de otro", cobra sentido toda vez que, en su ejercicio, los derechos se presentan intrínsecamente ligados a un deber jurídico, de modo que a cada derecho subjetivo le corresponde correlativamente un deber que lo limita <sup>7</sup>.

En consecuencia, si los derechos subjetivos existen en concreto, son limitados y su ejercicio regular termina donde empieza el ejercicio de otro derecho concreto e igualmente limitado, toda conducta que se pretenda realizar fuera del ámbito específico de libertad jurídicamente tutelado (fuera de esos límites) no será derecho.

Si derecho es conducta recta <sup>8</sup>, más allá del límite de cada derecho habrá ejercicio irregular, conducta abusiva, derecho aparente, mas no habrá derecho (conducta recta).

La pugna entre derechos subjetivos será la pugna entre un derecho real y otro derecho aparente.

Luego, no existe conflicto de derechos <sup>9</sup>.

Lo que hay que resolver entonces no será una lucha entre derechos sino cuál de los derechos es el real y cuál el aparente, y no en razón de una jerarquía o prioridad preestablecida, sino conforme el ejercicio regular de los derechos según su contenido y alcance. Así, el derecho cuyo ejercicio haya sido regular (derecho real) triunfará frente al derecho ejercido en forma abusiva.

Concluimos el punto con una atinada explicación de Camilo Tale: *"... todo derecho subjetivo surge de una norma jurídica natural o positiva. Si se trata de la ley natural, no puede haber contradicción entre sus preceptos, pues son obtenidos por la razón a partir de principios evidentes. Si aparece una contradicción entre derechos subjetivos emanados de diversas reglas del derecho positivo, tal discordancia puede ser aparente o real. En el primer caso, la situación se aclara con la adecuada interpretación; en el segundo caso el problema debe resolverse aplicando los criterios que se aplican para remediar las contradicciones normativas, o sea que se debe seguir la solución mas justa y más acorde con el bien público. De modo que al fin y al cabo la contradicción entre los derechos subjetivos es sólo aparente..."* <sup>10</sup>.

c) Lo dicho marca la debilidad de los métodos de resolución de conflictos de derechos.

En efecto, observamos que en la práctica judicial se han propuestos diferentes técnicas que intentan resolver los llamados "conflictos de derechos" que han oscilado entre sacrificar derechos hasta jerarquizarlos, armonizarlos y balancearlos.

Así, algunos optan por efectuar una ponderación de los intereses en juego y hacer valer así los derechos que deben prevalecer sacrificando, en alguna medida, uno en aras del otro, total o parcialmente.

Otros, intentan armonizar los derechos contrapuestos, y no sin dificultades pretenden -mediante distintos niveles valorativos- jerarquizar en abstracto los derechos estructurándolos en distintas categorías articuladas entre sí mediante relaciones de subordinación, para luego balancear en el caso concreto los derechos en juego. La solución que obtenga los mayores beneficios sacrificándolos en la menor medida posible será la acertada <sup>11</sup>.

En esta misma línea, en caso de no poder armonizar adecuadamente y como método subsidiario se propone priorizar unos derechos sobre otros -dando primacía al que aparezca como jerárquicamente superior-. Tal el criterio de solución de conflictos imperante en la C.S.J.N. <sup>12</sup>. Las técnicas utilizadas por el alto cuerpo para la "interpretación armonizante y la subsidiaria priorización de derechos", se corresponden con los denominados métodos de categorización <sup>13</sup> y balanceo de derechos <sup>14</sup>.

En definitiva, la práctica judicial argentina demuestra que los llamados "conflictos de derechos" se resuelven mediante esquemas de coordinación y subordinación, en que la ubicación relativa dentro del sistema axiológico de cada derecho resulta dirimente <sup>15</sup>.

En ese reconocimiento se ha expresado: “... Implícita o explícita en estos razonamientos, aparece la idea de axiología constitucional, conforme la cual el sistema jurídico positivo se encuentra articulado a partir de una red de valores jerárquicamente ordenados, conforme un diseño constitucional, de suerte que los derechos individuales y su relación dialéctica con la autoridad no se establecen en forma horizontal (con todos los derechos en un mismo nivel), sino escalonadamente, reconociendo rangos y jerarquías”<sup>16</sup>.

Algunas de las objeciones que se formulan frente a estas técnicas, son:

- Imposibilidad de atender a todos los intereses en su máxima medida puesto que la solución que se obtenga importará sacrificar total o parcialmente uno de los intereses jurídicos protegidos<sup>17</sup>.

- Imposibilidad de reducir los intereses jurídicos mensurándolos conforme un denominador común y luego “compensar” intereses de un titular de derecho con los de otro<sup>18</sup>.

- Desconocimiento de la existencia de derechos fundamentales absolutamente “inviolables”, que si bien puede hablarse de alguna “jerarquía” de derechos, no es lícito desconocer un derecho por más inferior que sea sin cometer una injusticia<sup>19</sup>.

- La idea de que existen verdaderos conflictos de derechos viola el principio lógico de no contradicción. En efecto, si un derecho es el poder o facultad para exigir o realizar rectamente determinadas conductas, no se concibe que una persona en el mismo momento y bajo idénticas circunstancias, pueda y no pueda hacer o exigir alguna cosa, pues estaríamos frente a exigencias jurídicas contradictorias (estar obligado a algo y a su contrario).

Las críticas anotadas quedan reflejadas en un pasaje de Massini Correa a propósito de los derechos humanos: “... es preciso recordar que al ser cada uno de los bienes que los derechos humanos resguardan estrictamente básico para el perfeccionamiento humano, no es posible efectuar preferencias sobre ellos. Ha sostenido a este respecto Finnis que ‘más importante que precisar el número y la descripción de estos bienes o valores, es establecer el sentido en el que cada uno de ellos es básico’. En primer lugar, cada uno es del mismo modo una forma autoevidente del bien. En segundo lugar, ninguno puede ser reducido analíticamente a un mero aspecto de alguno de los otros, o un mero instrumento para la prosecución de alguno de ellos. En tercer lugar, cada uno, cuando concentramos la atención en él, aparece razonablemente como el más importante. Por ello no existe entre ellos una jerarquía objetiva (...). Cada uno es fundamental; ninguno es más fundamental que cualquiera de los otros, porque cada uno puede razonablemente ser centralizado y, en ese caso, reclama la prioridad de valor. De aquí que no existe la prioridad objetiva de valor entre ellos...”<sup>20</sup>.

Como puede advertirse, las técnicas examinadas presentan en sí mismas una debilidad estructural, proveniente de individualizar un conflicto de derechos, sin advertir la verdadera problemática: la de la delimitación de los derechos<sup>21</sup>.

#### 4. Nuestra opinión: el verdadero problema es de delimitación de derechos

En esta instancia creemos que lo que desde una perspectiva estrictamente práctica se presenta como la “tesis del conflicto de derecho” no encuentra sustento desde la óptica filosófica bajo la cual pretendemos observar el fenómeno jurídico descripto.

En efecto, partiendo de la postura iusfilosófica realista -derechos subjetivos limitados (en su contenido, alcance y ejercicio)- observamos que el denominado “conflicto de derechos” es sólo la dermis de una problemática que ontológicamente se presenta como un problema de delimitación de los derechos.

En todo caso reconocemos la existencia de derechos subjetivos que, en abstracto -dada la generalidad propia de las normas que los reconocen- pueden presentarse en conflicto; sin embargo, en el caso concreto, donde los derechos subjetivos devienen constitutivamente limitados (o potencialmente delimitables), aquel conflicto no es más que una apariencia<sup>22</sup>.

En los casos concretos no existen conflictos reales de derechos, pues cuando acontece una pugna de derechos subjetivos, lo que acontece, en rigor, es un sujeto con un verdadero derecho -en tanto realiza conductas que se corresponden con el ejercicio regular de un derecho (conducta recta)- y otro que tendrá tan sólo un aparente derecho -sus conductas no se corresponden con aquel ejercicio regular-, dado que es imposible que ambos existan de modo real.

Frente a tales casos, será necesario identificar los derechos subjetivos en juego delimitando su contenido, su alcance y su ejercicio regular resolviendo, en definitiva, quién de los sujetos involucrados tiene realmente derecho en el caso concreto y quién no. La solución así no sacrifica ni viola derechos, simplemente dilucida cuál de los derechos es el real y cuál el aparente.

En estos términos la teoría del conflicto deja de ser una teoría sobre la existencia de verdaderos derechos contradictorios, para transformarse en un procedimiento de análisis jurídico que conmina al operador ante un caso concreto, a considerar qué derechos *prima facie* entran en juego, identificar el contenido y delimitar su alcance, para a la postre establecer cuál es el verdadero derecho que en ese caso particular existe y debe respetarse.

De lo que se trata entonces es de encontrar herramientas que fortalezcan el razonamiento judicial a la hora de resolver los casos particulares a fin de delimitar de manera razonable y justa los derechos subjetivos en concreto.

Nos ocuparemos de esta cuestión en el apartado siguiente.

## **II. Formas de delimitación de derechos subjetivos**

### *1. Necesidad de un patrón objetivo*

Si cada derecho termina donde comienza otro derecho y el verdadero problema estriba en **delimitar** el comienzo y fin de cada uno de los derechos que se hallen en pugna en un caso concreto, necesitamos de un parámetro objetivo y superior que de algún modo dé sentido a la fórmula de autolimitación postulada.

Es decir, el enfoque de la cuestión nos sitúa frente a la necesidad de contar, a fin de delimitar razonablemente los derechos en juego, con una

medida objetiva que nos permita determinar efectivamente y en concreto dónde termina un derecho y dónde comienza el otro.

Preliminarmente y desde una dimensión axiológica del sistema jurídico-normativo reconocemos la existencia de determinados valores centrales que ordenan, sustentan y condicionan el mundo jurídico. Dichos valores no pueden verse afectados por interpretaciones o ponderaciones, sin correr el riesgo de debilitar las bases sobre las cuales la red axiática se posa <sup>23</sup>. Tales son: la **dignidad de la persona** humana (concebida ésta como noción fundante de la sociedad y el orden jurídico) <sup>24</sup>; la **justicia** (como valor propiamente jurídico) y el **bien común** (“valor síntesis” conforme criterio de nuestro máximo tribunal en el caso “Quinteros”, Fallos 179:113).

Creemos que esos valores resultan medidas de imprescindible consulta y consideración a la hora de delimitar derechos.

Por último, reconocemos otro elemento como pauta objetiva y superior para delimitar razonablemente derechos es **la naturaleza humana**. El ser propio del hombre se vislumbra como referencia objetiva sobre la que se levanta el orden de la praxis y adquiere especial aplicación a fin de diagramar el orden de los poderes jurídicos que corresponden a los hombres <sup>25</sup>.

## 2. Técnicas de delimitación

### 2.1. Algunas consideraciones generales

Previo a ingresar al análisis de las técnicas que se han propuesto a fin de delimitar derechos, corresponde considerar algunas características propias de los derechos subjetivos en orden a su potencialidad delimitable.

Así diremos, siguiendo a Robert Alexy <sup>26</sup>, que los derechos pueden limitarse desde dos perspectivas: una externa y otra interna. En la primera se parte de la definición del derecho en sí, sin restricción alguna, y luego se procede a señalar sus límites con lo que se obtiene el “derecho restringido”.

Desde la perspectiva interna, los derechos aparecen con un determinado contenido, luego la preocupación no se vuelca en los límites sino en fijar el contenido a partir de la mayor o menor amplitud con la que se define.

Traspolando la distinción precedente al campo de los derechos subjetivos <sup>27</sup> observamos que el modo en que pueden limitarse dependerá del enfoque desde el cual a ellos se accedan. Veamos:

Desde un enfoque teórico de los derechos resulta válida la perspectiva interna desarrollándose así la denominada doctrina del “**contenido esencial**” <sup>28</sup>. La tesis desarrollada se orienta a identificar los límites internos de cada derecho delimitando su contenido esencial. Para ello será necesario acudir a la naturaleza jurídica del derecho o al modo en que es entendido por los juristas y a la finalidad del derecho; considerando los bienes humanos que quiere proteger y al fin último de todos los derechos (dignidad humana) <sup>29</sup>.

Afirma Cianciardo que “... un examen de cada derecho fundamental desde su contenido propio se presenta como un camino posible para superar las estrecheces y aporías del conflictivismo” <sup>30</sup>. El autor propone indagar acerca del contenido inalterable o esencial del derecho fundamental de que se trate, a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y

conceptos morales que se encuentran en su base, y con la finalidad a la que obedece su protección <sup>31</sup>.

Continuando con el análisis propuesto y desde una perspectiva práctica, ya situados en el plano concreto resulta útil limitar externamente el derecho (perspectiva externa). En tal caso, cuando hay que dilucidar si bajo determinadas circunstancias un sujeto cuenta con un derecho subjetivo real, habrá ciertas exigencias “externas” que deberán ser consideradas a fin de obtener el derecho subjetivo restringido. Entre ellas mencionamos las características personales del propio acreedor o del deudor <sup>32</sup>, otros derechos del titular, los deberes del acreedor <sup>33</sup>, los derechos de los otros, el bien común, la moral social y otras circunstancias vinculadas a límites espacio-temporales.

Ahora bien, entendemos que las perspectivas de limitación de los derechos (externa e interna) resultan dos momentos de un mismo proceso. En efecto, a fin de delimitar derechos subjetivos en tensión, se deberá preliminarmente identificar el contenido esencial conforme el alcance normativamente fijado, para luego desde ese mismo contenido esencial y alcance concreto comprobar, en base a parámetros externos, si su ejercicio es regular.

En definitiva, se comprueba si el contenido esencial se ajusta a la definición normativa (faz interna) y luego se verifica si ese contenido esencial se respeta delimitando su ejercicio (faz externa).

## *2.2. La delimitación mediante herramientas desarrolladas en el marco de la tesis del conflicto de derechos*

Dentro de la multiplicidad de técnicas desarrolladas a fin de resolver los denominados “conflictos de derecho”, rescatamos algunas que entendemos resultan válidas para la delimitación del contenido de los derechos en el caso concreto.

a) *Método de acceso a los valores* <sup>34</sup>: la determinación del carácter del valor de una disposición constitucional dada puede realizarse inductivamente estimado; primeramente, su justicia o injusticia (definiendo su juridicidad y su estimativa valiosa), proponiéndose variados submétodos que permiten corregir o confrontar aquella primaria calificación axiológica derivada del método madre de la justicia de la norma:

*Fraccionamiento*: señala que a raíz de numerosos obstáculos (a veces insalvables), no es posible para una disposición ser “justa en lo absoluto” bastando para su consideración legítima como valor que sea “relativamente justa” (cambio del criterio de justicia por el tiempo, el lugar, cegueras axiológicas derivadas de la falibilidad del hombre, normas genéricamente legítimas injustas en casos concretos).

*Generalización*: consiste en proyectar una solución reputada como justa a la generalidad de los casos análogos, constatando si es realmente legítima o lo es sólo en apariencia.

*Comparación*: propone confrontar el criterio local de justicia con el propio del resto del mundo, para descubrir eventuales cegueras axiológicas en razón del lugar.

*Compensación*: supone un sistema de equilibrio legítimo en el plexo estimativo a raíz de un balanceo y *clearing* de valores que justifica y valoriza instituciones destinadas a mantener ese equilibrio inestable.

*Variación:* juzgada la legitimidad de una norma (y luego, su naturaleza de valor) reemplazando hipotéticamente los protagonistas o la situación concreta en que ésta es estimada por otra análoga pero diferente.

*b) Jerarquización general y abstracta de derechos*<sup>35</sup>: admitimos como válida y eficaz a fin de resolver el problema de delimitación indicado, la propuesta de elaborar una jerarquización general y abstracta de derecho, esto es, sin pretensión de ser absoluta o válida para todos los casos<sup>36</sup>.

En esa tesis se considera que los derechos subjetivos son en concreto no en abstracto, luego no hay verdaderos conflictos de derechos; en todo caso, habrá conflictos y jerarquías en abstracto y determinación de derechos en concreto.

Así entendido, un derecho subjetivo determinado por un criterio seleccionado y valorado en concreto puede no coincidir con el derecho subjetivo que, conforme la jerarquización abstracta y general, se postule como superior. En definitiva, la jerarquización así presentada es una pauta no condicionante de la determinación de los derechos subjetivos que puede, por lo tanto, ceder en el caso concreto.

*c) Jerarquización valorativa:* otra alternativa que consideramos válida para el fin procurado es la llamada "jerarquía valorativa". Conforme este método, la jerarquización no es establecida en abstracto, sino en su aplicación al caso concreto. Se establece una jerarquía que se denominó, de forma muy adecuada, una jerarquía móvil, es decir, aunque en un caso concreto P1 desplace a P2, bien puede ser que en otro caso P2 desplace a P1<sup>37</sup>.

### **III. El rol de los jueces en la delimitación de derechos**

#### *1. Presupuesto preliminar: juez razonable*

El "juez razonable" es aquel que actúa bajo la órbita de los principios lógicos y las reglas de la experiencia, decidiendo en ejercicio de la virtud de la prudencia, y buscando una solución justa y aceptable, que dirima las controversias sometidas a su conocimiento dando "lo suyo" a cada una de las partes del proceso.

Desde esa premisa, la función judicial se dirige en concreto y para cada proceso a la justa composición de los intereses de las partes. Lo "justo concreto" es el omega, el horizonte de su actuación.

En la solución de los casos concretos no se trata entonces de una rígida custodia de las reglas legales positivas, sino de una búsqueda dinámica, flexible y constructiva de la decisión justa (correcta). Así, la función judicial es -esencialmente- constructiva, creativa, innovadora. Tiende a la determinación de lo justo en una relación social que, informada por el equitativo reparto de los derechos de las partes, deviene en relación jurídica.

Esta función judicial compromete entonces aspectos que exceden con creces el conocimiento del derecho escrito y de los precedentes jurisprudenciales. Representa un modelo de fallar que exige "jueces razonables" que se introduzcan valorativamente en sus causas.

Esta definición en orden a la función judicial, ofrece la primera línea de solución acerca de la delimitación de los derechos subjetivos a fin de resolver los aparentes conflictos.

## *2. Determinación de los derechos en el caso particular (identificación del contenido -faz interna- y limitación del ejercicio -faz externa- como modo de resolver en el caso concreto)*

Dijimos que en las situaciones concretas todo derecho se encuentra constitutivamente limitado: es derecho a realizar una conducta (limitación real), de determinada persona (limitación personal), en determinado lugar (limitación espacial) y momento (limitación temporal), y con determinada finalidad (limitación teleológica).

Afirmamos también que ante una pugna de derechos subjetivos de lo que se trata es de identificar los límites intrínsecos y extrínsecos que cada derecho constitutivamente posee a fin de determinar, en el caso concreto, cuál es el derecho real y cuál el aparente, a cuyo fin transpolamos algunas técnicas desarrolladas en el marco de la tesis conflictualista.

En esta instancia pretendemos sumar a las técnicas presentadas algunos posibles caminos que deberán considerarse a fin de que de la delimitación que de los derechos subjetivos se haga, resulte la solución más justa para el caso concreto.

Sin ánimos de agotar las pautas posibles mencionamos las siguientes:

- Interpretación teleológica-sistemática de la norma positiva que reconoce el derecho subjetivo en cuestión, es decir, considerar la norma como inserta en un ordenamiento jurídico que presenta un plexo axiológico con determinados fines y valores que nos dará criterios para valorar los bienes jurídicos en juego.

- Indagar por la naturaleza jurídica y la finalidad del derecho subjetivo en juego considerando los bienes humanos que quiere proteger (determinar cuáles y en qué medida deben ser protegidos) y considerando el fin último de todos los derechos (dignidad humana).

- Recurrir a las reglas de razonabilidad práctica desde las cuales podrán ser buscados y descubiertos naturalmente los bienes humanos básicos <sup>38</sup>, y determinada en el caso concreto la conducta razonable, y los derechos subjetivos que le corresponden <sup>39</sup>. En efecto, las normas que declaran la existencia de determinado derecho no implican reconocer el poder jurídico de obrar cualquier cosa, en cualquier circunstancia o con cualquier finalidad, sino la de identificar bienes o intereses jurídicos que se protegen en la medida en que esa protección cumpla con las exigencias de la razonabilidad práctica, es decir, no destruya o posponga directamente ningún bien humano fundamental.

- Considerar la complejidad de los derechos en juego a fin de poder reconocer los distintos derechos que pueden nuclearse bajo la órbita de un derecho subjetivo nominado.

Por último y como pauta general de necesaria consideración a propósito de ponderar y delimitar derechos compartimos las palabras de Prieto Sanchís en este sentido: *"... los derechos humanos son 'por naturaleza' limitados o, si se prefiere, presentan unos límites inmanentes que derivan de la propia necesidad de preservar no sólo los demás derechos, sino también otros bienes constitucionalmente valiosos; pero esa limitación ha de estar en todo caso justificada, es decir, no sólo ha de poder invocar en su favor algún otro derecho o valor constitucional, sino que ha de acreditar una adecuación o proporcionalidad entre la necesidad de la medida para*



*preservar ese derecho o valor y el sacrificio que la misma comporta para la libertad fundamental. En principio, y salvo que la prioridad derive de la propia Constitución, todos los derechos y valores constitucionales se sitúan en un plano de igualdad o importancia equivalentes, por lo que 'se impone una necesaria y casuística ponderación' (STC 104/1.986, de 17 de junio, f. j. 5); ponderación cuyo resultado es difícilmente previsible y que, desde luego, no puede ofrecernos una 'teoría general' de los límites que permita asegurar cuándo hemos de reconocer preferencia al derecho y cuándo hemos de sacrificar éste en aras de otro derecho o valor, pero que representa una garantía mínima de toda disposición limitadora de las libertades..."*<sup>40</sup>.

### 3. Delimitación de derechos y valoración

En este punto de nuestro análisis resulta claro que el verdadero problema no es de conflicto sino de delimitación de derechos. Y que dicha dificultad se supera, en los casos concretos, mediante un procedimiento de análisis jurídico que conmina al operador a considerar qué derechos *prima facie* entran en juego, identificar el contenido y delimitar su alcance, para a la postre establecer cuál es el verdadero derecho que existe y debe respetarse.

Ahora bien, esa decisión es realizada por un operador jurídico que es, antes que un "juez razonable", un ser humano, con sentimientos, emociones, prejuicios y opiniones, por lo que en cada decisión que adopta involucra toda su personalidad. Circunstancia tan inevitable como deseable si se trata de resolver cuestiones propiamente humanas.

En este sentido creemos que resulta un hecho innegable que las resoluciones judiciales no siempre se dictan en base a cuestiones estrictamente fácticas y jurídicas, apareciendo algunos otros condicionamientos que influyen en su conformación. Nos referimos a elementos extrajurídicos (condicionamientos), que parecen inducir o imponer conclusiones no siempre coincidentes con los dictados de las normas o reglas de derecho que los magistrados deben considerar para fallar<sup>41</sup>.

De igual modo, la resolución de los llamados problemas de delimitación de derechos importa, a más de la interpretación cognoscitiva de las normas y circunstancias que limitan los derechos, una actitud valorativa de la conciencia jurídica de quien juzga. Dicha actividad no puede definirse como el producto de una estimación plenamente objetiva de los intereses jurídicos en juego. Más bien aparece como la asunción del juez del problema que es sometido a su conocimiento desde su total personalidad<sup>42</sup>.

Al respecto, Prieto Sanchís sostiene que si bien la ponderación no equivale a irracionalidad, no significa tampoco que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas, esto es, el que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengán impuestas por el derecho; *"es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin 'red normativa', a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo"*, pues *"decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración, valoración en la que -aunque no se quiera- pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia*

*'cuantificación' de costes y beneficios en el caso concreto*". En definitiva, es posible afirmar que lo que parecen hacer los principios constitucionales es justamente cercenar la discrecionalidad del legislador, pues en el esquema del constitucionalismo contemporáneo el sistema queda saturado mediante los principios, con la particularidad de que estos principios, que antes han limitado la libertad política del legislador, se muestran después como dúctiles instrumentos en manos del juez. La conclusión puede formularse así: *"la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial: bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional"* <sup>43</sup>.

Ahora bien, asumir la presencia de lo que denominamos "condicionamientos extralógicos" en los procesos de valoración de los derechos subjetivos, obliga a pensar, una vez más, en la necesidad de establecer ciertos controles relativos a la introducción e influencia de elementos no jurídicos en las resoluciones en pos del respeto de los principios constitucionales que las nutren, aspecto éste que excede los límites del presente análisis.

#### *4. La argumentación y la delimitación de derechos*

Hemos dicho antes de ahora que los elementos no jurídicos pueden reducirse si se obliga al juez a fundar su decisión y argumentar, reduciendo el margen de discrecionalidad. En esa oportunidad presentábamos a la teoría de la argumentación como mecanismo de contralor de la razonabilidad de las resoluciones judiciales.

Dispuestos a ponderar y delimitar derechos, avizoramos la teoría de la argumentación como una herramienta válida para marcar un adecuado punto de equilibrio, que ofrece garantías reales de objetividad en la determinación de la admisibilidad de los condicionamientos, en tanto que exige confrontar las evaluaciones críticas del juzgador con parámetros generales de objetividad, impuestos por la construcción de un razonamiento dirigido a un auditorio racional.

En este cuadro, en tanto que los jueces transfieran a las motivaciones de sus sentencias los verdaderos motivos de la decisión, una vez expuestos serán controlados inflexiblemente por ese auditorio racional, que aparecerá determinando la objetividad e imparcialidad de lo decidido, y declarando la aceptación de los contenidos extralógicos, o negando tales atributos.

De este modo, al proceso individual de control de objetividad-admisibilidad de condicionantes, le sigue una instancia de control intersubjetivo al menos potencial, que impone una construcción de fundamentos idónea para superar el examen de racionalidad al que se somete la decisión.

En este sentido, los efectos de la teoría de la argumentación se proyectan sobre la cuestión valorativa: en la medida que se acoten las posibilidades de los magistrados de resolver de manera infundada, se reduce el margen de arbitrariedad, y se dificulta significativamente la chance de que se incurra en subjetivismos.

Así, además de los controles externos o represivos, la obligación de fundar la sentencia actúa preventivamente, limitando la posibilidad de valoraciones axiológicas en los casos concretos. Cuanto más rigurosos sean los deberes de fundamentación, menos factible será que el juez obre de manera arbitraria.

El control de la discrecionalidad mediante la exigencia de una argumentación objetiva y razonable comporta una sólida valla contra la parcialidad, la arbitrariedad y la injusticia y, con ello, una herramienta de realización de la función judicial.

Citamos un pensamiento relativo al tema de Javier Ansuátegui: *"... la lógica del constitucionalismo y de las exigencias limitativas del poder que le son consustanciales, impone al juez la obligación de poner un especial empeño a la hora de motivar su decisión, a la hora de explicar cuáles son las razones que ha tenido en cuenta en su razonamiento intelectual y que le han llevado a adoptar una concreta y determinada decisión, en contra de otras posibilidades. Asimismo, la razonabilidad, entendida como elemento básico del test de aceptabilidad al que debe ser sometida la decisión judicial es, en este sentido, una de las manifestaciones que presenta la seguridad jurídica en el constitucionalismo contemporáneo..."*<sup>44</sup>.

#### **IV. Conclusión**

De las líneas precedentes inferimos que el verdadero problema que presentan los derechos individuales es el de su delimitación, y no el de la existencia de contraposiciones y conflictos.

Esto incide sobre los métodos o técnicas de resolución de situaciones críticas, que no deberían articularse en una lógica agonal o conflictual, por lo que sería razonable dejar de lado cualquier visión bélica sobre la materia y, consecuentemente, alejando retóricas de aniquilamiento, dominación o supresión de derechos.

La dinámica de la delimitación interna del derecho propone reemplazar estos modos de proceder por otros más objetivos, afincados en una visión solidarista del derecho en la que la justicia (componente axiológico de los derechos subjetivos) no es un convidado de piedra al momento de determinar qué es lo que a cada uno es rectamente debido.

No se trata entonces de privilegiar a unos y postergar a otros, sino de encontrar el justo punto medio resultante de una más profunda indagación en la naturaleza y esencia de los derechos.

Ni se trata de inventar o pergeñar exóticas soluciones, sino simplemente de mirar mejor, pues en la esencia misma de los derechos se encuentran las respuestas.

Notas:

<sup>1</sup> Cabe aclarar que para el presente trabajo consideraremos a los derechos subjetivos en un sentido amplio de conceptualización (comprensivo de los derechos humanos como especie de derechos subjetivos fundamentales o naturales). Abordando su estudio desde una doble perspectiva: a) su dimensión jurídica-normativa desde la cual se indaga por los derechos subjetivos que corresponden a los sujetos conforme la declaración o reconocimiento en un sistema jurídico determinado, cuáles son sus alcances y límites. b) su dimensión ética-moral desde la cual se investiga acerca de por qué los hombres tienen derechos y cuáles son, independientemente de que un orden jurídico positivo los declare o reconozca.

<sup>2</sup> Confr. MASSINI CORREA, *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 145 y ss..

<sup>3</sup> Confr. MASSINI CORREA, *ob. cit.*, p. 269.

<sup>4</sup> Confr. MASSINI CORREA, *ob. cit.*, p. 272.

<sup>5</sup> Afirma Cianciardo, a propósito de analizar la visión conflictualista de los derechos fundamentales en tres sentencias judiciales: "... Los derechos en juego aparecen identificados ya con facultades de acción en principio ilimitadas, ya con normas iusfundamentales. Ambas conceptualizaciones tornan inevitable el conflictivismo, es decir, la colisión de derechos entre sí. La primera, porque una libertad sin límites chocará de modo inevitable con otra libertad ilimitada. La segunda, porque el presupuesto de hecho de las normas iusfundamentales tiene una amplitud tal que no parece posible eludir las colisiones de una norma con otra" (Juan CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, ps. 77/78).

<sup>6</sup> Carlos MASSINI CORREA, *ob. cit.*, ps. 210/211.

<sup>7</sup> Sostiene Massini Correa que no hay derecho subjetivo sin un correlativo deber en otro sujeto; dicho de otro modo: que los bienes y servicios que son objeto de un derecho han de ser aportados por alguien sobre quien recae la obligación de proveerlos. Citando a Von Wright agrega el autor "... que esta noción de un derecho es una idea normativa con un característico aspecto dual. Desde el punto de vista del tenedor del derecho, un derecho, en este sentido, es una libertad o permiso de obrar en un cierto modo. Desde el punto de vista de los obligados, el derecho es una prohibición de interferir con la acción de un tenedor del derecho, si éste decide valerse de su derecho..." (Carlos MASSINI CORREA, *ob. cit.*, p. 211).

En esta misma línea ha expresado el Dr. ANDRUET: "Se puede afirmar que el derecho se convierte en un verdadero catalizador entre las libertades -por una parte- que el ciudadano reclama como propias y son posibles de auspiciar y propender y que en términos jurídicos serían de lectura constitucional prima facie y aquellas otras voliciones y pulsiones -en segundo lugar- de la misma fuente liberaria humana, pero que por su grado, intensidad, trascendencia o funcionalidad, entrarían de alguna manera en conflicto con las 'libertades constitucionales prima facie' de otros ciudadanos y que, por lo tanto, el derecho tiene que delimitar, generando alguna cuota de restricción, lo cual tal como se puede reconocer es de naturaleza violenta..." (confr. Armando S. ANDRUET (h), "Libertad, violencia y derecho: un encuentro desde la autonomía personal y la realización democrática", Foro de Córdoba N° 100, Sección Doctrina, 2005, p. 36).

<sup>8</sup> Ello de conformidad con la afirmación de Tomás de Aquino en cuanto a que el derecho es, primariamente, la misma cosa justa, la obra debida a otro según cierto modo de igualdad, que será siempre algo concreto y preciso (T. AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q 67, a.2.c.).

<sup>9</sup> Partiendo del presupuesto filosófico de que existe en derecho una "única respuesta correcta" la doctrina iusfilosófica clásica sostiene la imposibilidad de que existan conflictos de derechos, pues uno tendrá derecho y el otro no (en tal caso tendrá una opinión, un deseo, un particular punto de vista sobre la cuestión pero no un derecho). Desde la misma concepción clásica tampoco parece correcto decir que alguien abusa de un derecho subjetivo, porque allí donde su pretensión es abusiva, ya deja de tener el derecho de exigirla y el otro tampoco tiene el deber correspondiente. No puede haber "abuso de derecho" porque allí donde hay abuso en determinado comportamiento de la persona, ya deja de haber derecho a realizar ese comportamiento (confr. Camilo TALE, "El denominado 'abuso de los derechos', la supuesta contradicción y la pretendida jerarquía entre los derechos", *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Córdoba, Alveroni, 1995, Capítulo 8, p. 122.). En idéntico sentido, Maximiliano Rafael CALDERÓN, "La lesión como desequilibrio contractual abusivamente generado", en *El abuso en los contratos*, Guillermo P. Tinti (coord.), Buenos Aires, Depalma, 2002, p. 85 y ss..

<sup>10</sup> Camilo TALE, *ob. cit.*, p. 127.

<sup>11</sup> En relación a la jerarquización abstracta de derechos o valores son atinadas las palabras de Chain PERELMAN "... cabe observar una nítida diferencia entre los discursos sobre hechos reales y los discursos sobre valores. En efecto, lo que se opone a lo verdadero es únicamente lo falso y lo que es verdadero para algunos, debe serlo para todos. No hay por qué elegir entre lo verdadero y lo falso. Sin embargo, lo que opone a un valor no deja de ser un valor, aunque la importancia que se le conceda o la vinculación que se le testimonee no impiden eventualmente sacrificarle para salvaguardar otro valor. Por otra parte, nada garantiza que la jerarquía de valores de uno sea reconocida por otro. Más aún, nada garantiza que la misma persona en el curso de su existencia continúe siempre fiel a los mismos valores: el papel de la educación, la formación espiritual y la posibilidad de conversión suponen precisamente que las actitudes, las tomas de posesión y las jerarquías de valores no son inmutables" (Chain PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 144.).

Coincide Robert Alexy cuando señala: *“puede ya dudarse si una sola persona puede indicar todos los valores más concretos que pueden ser relevantes desde su punto de vista para el juicio y la decisión iusfundamental. En todo caso, no ha de ser posible formular un catálogo completo que cuente con la aprobación de todos. Ya esto plantea dificultades al concepto de un orden jerárquico de valores. Si no es posible formular un catálogo exhaustivo, entonces hay que ordenar algo que sólo es conocido de forma incompleta... Es fácil comprender que es inaceptable un orden de jerarquía abstracto de valores de derecho fundamental...”* (Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 153).

<sup>12</sup> Con relación a los derechos, la Corte Suprema ha postulado la igualdad jerárquica (presente en la estructura de facultades constitucionales y en su axiología), estableciendo como primer criterio resolutorio de conflictos la “armonización” (Fallos 255:293; 256:241; 258:267; 259:403; 264:94; 311:1438, entre otros). Cuando no es posible armonizar los derechos en juego, postula -como criterio subsidiario- la priorización relativa al derecho más apreciado (caso “Ponzetti de Balbín, Indalia y otro c/ Editorial Atlántida S.A.”, Fallos 306:1892. Sin embargo advertimos que, en otros fallos ha admitido los conflictos de derecho (ver Fallos 255:330; 264:416; 312:496) privilegiando algunos derechos por sobre otros (ver autos “Ponzetti de Balbín”, Fallos 306:1982).

<sup>13</sup> **“Categorization of rights”**, como el método mediante el cual se categorizan los derechos en abstracto, otorgándoseles un rango o jerarquía, luego se comparan los derechos en juego y se hace prevalecer el de jerarquía superior. Valgan como ejemplo las llamadas “libertades preferidas” reconocidas por la jurisprudencia norteamericana, como la libertad de prensa, que gozaría de un rango superior a otros derechos y dan lugar al “escrutinio estricto”. Se inscriben en esta línea algunos trabajos de Miguel Ekmejdian sobre la existencia de una jerarquía entre los derechos constitucionales (Miguel EKMEKDJIAN, “De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles”, E.D. 114-945).

<sup>14</sup> **“Balancing o ponderación”**, técnica que trata de sopesar los derechos en juego ya no conforme jerarquías abstractas sino considerando las circunstancias del caso, para determinar en qué medida deben ser sacrificados o preferidos de modo de lograr el mayor reconocimiento posible de todos. Constitucionalistas como Alberto Bianchi o Néstor Sagüés han escrito párrafos que los acercan a esta posición (Alberto BIANCHI, “La Corte Suprema ha establecido su tesis sobre la emergencia económica”, L.L. 1991-C-141; Néstor P. SAGÜÉS *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995).

<sup>15</sup> Rescatamos en este punto la propuesta realizada por Fernando TOLLER en el artículo “Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales”, en *Anuario de Derecho 4. Universidad Austral*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998. p. 225.

<sup>16</sup> Confr. Maximiliano CALDERÓN e Ilse ELLERMAN, “Los valores en la Constitución Argentina”, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho Nº 3 (<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/valores.htm>). “La ideología y axiología de la Constitución Nacional Argentina”, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho Nº 6 (<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero6/axiologia.htm>).

<sup>17</sup> Por ejemplo, si consideramos un caso en el que entran en conflicto derechos o aparentes derechos a la privacidad, la libertad, la vida, la igualdad, como no puede atenderse a todos en su máxima medida, la solución será aquella que, mediante un cálculo de los intereses jurídicos en juego, sacrifique la menor proporción de bienes jurídicos o que promueva mayores bienes jurídicos a costa de sacrificarlos en la menor medida.

<sup>18</sup> En este sentido nos preguntamos: ¿Qué vale más, la vida de una persona o la integridad física de otra? ¿Cómo mensuramos los intereses en juego? ¿Cómo compensamos legítimamente los intereses de uno atentando contra los del otro? Aunque podríamos sostener que la conservación de la vida es más importante que la conservación de todos los órganos no vitales, y admitiríamos el derecho a practicar al paciente una mutilación para salvar el organismo, ¿admitiríamos también que se le practique a una persona, contra su voluntad, una ablación de un riñón para salvar la vida de otra persona?

Para adquirir claridad de la imposibilidad de una jerarquización absoluta y general de valores en el derecho, volvemos a las palabras de Robert Alexy quien, frente al problema de la jerarquía, señala como principales obstáculos para una jerarquía de valores la imposibilidad de determinar o concretar el número de valores que se someterán a jerarquización así como la dificultad de conferir valores métricos *a priori* a los valores que faciliten su jerarquización, concluyendo que *“no es posible un orden de los valores o principios que fije la decisión iusfundamental en todos los casos de un manera intersubjetivamente obligatoria”* (Robert ALEXY, ob. cit., p. 156).

<sup>19</sup> *“El planteamiento jerárquico de las relaciones entre los derechos fundamentales proviene de la aplicación imponderada de principios jurídicos iusfundamentales... Tampoco la*

*ponderación propuesta por un sector del conflictivismo alcanza a resolver el problema de la fundamentación adecuada de las soluciones iusfundamentales. La razón de esta insuficiencia radica en la falta de un criterio ontológico que permita distinguir materialmente a un derecho de otro...*" (conf. CIANCIARDO, ob. cit., p. 135).

<sup>20</sup> Carlos MASSINI CORREA, ob. cit., p. 145.

<sup>21</sup> En el sentido que proponemos compartimos plenamente la conclusión formulada por CIANCIARDO: *"... quienes aceptan la existencia de conflictos entre derechos fundamentales los resuelven o bien de manera inaceptable (mediante jerarquizaciones y ponderaciones), o bien recurriendo a herramientas técnico-jurídicas cuya aplicación contradice los presupuestos de los que parten (caos de la máxima de razonabilidad). Ambas alternativas conducen a idéntico desenlace: la necesidad de abandonar el conflictivismo y de replantearse los presupuestos teóricos que lo han producido"*.

<sup>22</sup> Es que cuando los derechos constitucionales se ejercen en su auténtico sentido media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lastimar el ejercicio de otros (C.S.J.N., "Larocca, Severo, en Scotti o Scotti Bruzone, Humberto s/ soc.", 1964, E.D., t. 9, p. 290, consid. 8 del voto de la mayoría, citado por CIANCIARDO, ob. cit., p. 290).

<sup>23</sup> En relación con la existencia de valores en el mundo jurídico recomendamos la lectura del artículo del Dr. Maximiliano Rafael CALDERÓN, "Los valores en la Constitución Argentina", en Revista Telemática de Filosofía del Derecho N° 3 (<http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero3/valores.htm>). Y en relación a la axiología constitucional el artículo del Dr. CALDERÓN en coautoría con la Dra. Ilse ELLERMAN llamado "La ideología y axiología de la Constitución Nacional Argentina", en Revista Telemática de Filosofía del Derecho N° 6 (<http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero6/axiologia.htm>).

<sup>24</sup> Considerada por el Dr. Andruet, en sentido similar al propiciado: *"... los derechos constitucionales, en cualquiera de los modos que aquí formulamos, reposan siempre sobre un mismo fundamento: la dignidad de la persona humana. Es ese el primer cartabón cualitativo de medición"* (conf. Armando S. ANDRUET, art. cit., nota 46, p. 40).

<sup>25</sup> MASSINI CORREA, ob. cit., p. 211.

<sup>26</sup> Postulado formulado a propósito de analizar el problema de la amplitud de los derechos subjetivos en Robert ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, Cap. VI.

<sup>27</sup> Seguimos en este punto a Luis VIGO, "Consideraciones iusfilosóficas sobre el 'abuso del derecho'", en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 17, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 308.

<sup>28</sup> Así denominada en la fórmula constitucional (art. 28) y los art. 19.2 de la Constitución alemana y art. 53.1 de la Constitución española.

A propósito de un conflicto entre la libertad de información (art. 20.1.d) CE) y el derecho al honor (art. 18.1 CE) el Tribunal Constitucional Español (STC 31-5-1993, N° 178/1993, Fecha BOE 05-07-93) se pronunció en el siguiente sentido: *"...Como los derechos fundamentales tienen límites (tal y como ha expuesto el TC en multitud de ocasiones), para una correcta ponderación se ha de estar a la definición constitucional y al concreto contenido esencial de cada uno, pero ¿qué se entiende por "contenido esencial"? Según la STC 11/1981, de 8 de abril, para delimitar el contenido esencial cabe seguir dos caminos: 'El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar naturaleza jurídica' y, así, lo compone 'aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose por así decirlo'. En el segundo camino se puede hablar 'de una esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos' (se lesionaría 'el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección')"*.

<sup>29</sup> Sugerimos para la profundización de este punto la lectura de: Fernando TOLLER, "Propuesta para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales", en *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, N° 4, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; y "Posición constitucional de los derechos fundamentales y garantía del contenido esencial", en *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, N° 4, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

<sup>30</sup> CIANCIARDO, ob. cit., p. 135 *in fine*.

<sup>31</sup> La propuesta es presentada por el autor en el marco de análisis relativo a la máxima de proporcionalidad o razonabilidad como técnica idónea para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales por parte de los poderes estatales y posible salida a los conflictos entre derechos (CIANCIARDO, ob. cit., p. 289).

<sup>32</sup> Por caso el cumplimiento de una obligación de hacer frente a la aparición de una incapacidad física.

<sup>33</sup> Ello conforme la tesis de que a cada derecho subjetivo le corresponde correlativamente un deber jurídico.

<sup>34</sup> Propuesta elaborada en el marco del análisis relativo a la determinación del carácter del valor de una disposición constitucional dada por Maximiliano CALDERÓN en *De los valores en la Constitución Nacional Argentina*, loc. cit., siguiendo a Néstor Pedro Sagüés.

<sup>35</sup> Propuesta por Tale (confr. Camilo TALE, ob. cit., p. 129) y Hernández, (confr. Héctor H. HERNÁNDEZ, *Derecho subjetivo y derechos humanos. Doctrina solidarista*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 242).

<sup>36</sup> En similar sentido sostiene Zagreblesky que, por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores, pues si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. Ciertamente, en caso de conflicto, el principio de más rango se erigiría en soberano entre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él, privando de eficacia a todos los principios inferiores y dando lugar a una "tiranía del valor" esencialmente destructiva (vid. Gustavo ZAGREBLESKY, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, Madrid, Trotta, 1999, ps. 124 y 125).

<sup>37</sup> Confr. Juan J. MORESO, "Conflictos entre principios constitucionales", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (comp.), Madrid, Trotta, 2003, p. 103.

<sup>38</sup> Entendemos que el derecho no se agota en normas creadas (derecho positivo) sino que existen normas de justicia dadas (derecho natural) que deben ser tomadas para resolver los casos concretos, exigencias de lo justo y en particular del bien común como fin del derecho.

<sup>39</sup> Ello en cuanto toda conducta humana necesariamente participa o realiza alguna de las formas de los bienes humanos básicos. Luego, la ley natural, descubierta por nuestra razón práctica, nos lleva, en primer lugar, a buscar el bien y evitar el mal, y luego a identificar esos bienes humanos básicos que debemos buscar, promover y proteger. Para llegar a otros principios éticos, debemos aplicar a la consecución de los bienes humanos básicos ciertos criterios de razonabilidad práctica que deben darse todos en cada acto y que darán lugar a normas éticas más concretas -principios de la ley moral natural- entre las que están las exigidas por la justicia (principios del derecho natural).

<sup>40</sup> Luis PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 147.

<sup>41</sup> En particular nos hemos referido al tema en nuestro trabajo "Los condicionamientos extralógicos en las resoluciones judiciales (defectos y fortalezas de los jueces propiamente humanos)", publicado en *El fenómeno jurídico*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Advocatus, 2003, p. 210 y ss.

<sup>42</sup> Por caso, su propio sentimiento de lo "justo" supone un dato previo a todo razonamiento que estará determinado por el entorno social del juzgador, es imposible que éste sea una máquina y si no lo es, entonces su manera intelectual de reaccionar será el resultado de un conjunto de influencias.

<sup>43</sup> Luis PRIETO SANCHIS, "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", *Doxa* Nº 23, 2000, ps. 173 y 181.

<sup>44</sup> Vid. Javier ANSUÁTEGUI, "Creación judicial del derecho: crítica de un paradigma", en *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 554. Ramón RUIZ RUIZ, RTFD, especial décimo aniversario, 1997/2007 XXIV.

# LA VIGENCIA DE NIMIO DE ANQUÍN

LUIS ROBERTO RUEDA

**Sumario:** I. Introducción. II. En lugar de una biografía. III. El nuevo eón del mundo. IV. Los huéspedes irreductibles. V. La razón y la fe. VI. ¿Para qué poetas en tiempo miserable? VII. Nimio de Anquín (1986-1979).

## I. Introducción

1. Cuando finalice el año que transcurre se cumplirán diez años desde que se me invitara a integrar el entonces naciente Instituto de Filosofía de Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Como sucede con algunos acontecimientos de la vida, prevaleció en mi espíritu una grata sorpresa que rara vez se distancia de la a veces recóndita y humana vanidad constitutiva de nuestra personalidad, muchas veces, psicológicamente predispuesta a reconocer ciertos eventos con gratitud, mientras que relega a otros, por algún inescrutable motivo, a quedar ocultos en algún pliegue del inconsciente individual.

Pero sucede que la sensación que en lo personal ello significó, sólo podría obviarse si el hecho hubiese sido *necesario* (es decir, si hubiese tenido que suceder en algún momento, como si después de un tiempo y del cumplimiento de determinadas exigencias se obtiene un título universitario), pero, de hecho, no era así y nunca lo fue. Si bien asumía de donde se originaba el desinteresado ofrecimiento, la circunstancia de no haber sido alumno del director e inspirador del Instituto, sino tan sólo un lector más de su pensamiento por sus obras y, a la vez, asistente a sus cursos y conferencias, me compelió a asumir un compromiso intelectual que, hasta el presente, no dejó de inquietarme en la cotidianeidad de la labor desarrollada.

Sucede que en ese entonces desconocía lo que, tras estos años de pertenencia a ese espacio académico, hoy recapitulo hasta este presente: por una parte, el hecho de que -intelectualmente hablando- no se puede "vivir de rentas" apoyado sobre el simbolismo de algunos logros obtenidos. Y por otra, intuía -aunque no podía entonces prever- que el trabajo a emprender contenía, en su concepción y alcance, un proyecto *sin concesiones a la apariencia* que las instituciones del saber en ocasiones generan. Así aprehendí durante estos años, cómo un maestro puede dirigir sin imponer, y sugerir como sugieren los que *saben que saben*, con la "serena amplitud de criterio" que Alberto Caturelli, con la objetividad del buen observador, le adjudica a la persona de Olsen Ghirardi <sup>1</sup>.

2. Pero mencionar un tiempo y a las personas pensantes en él involucradas, intentando hacerlas presente únicamente por las ideas que quedan escritas, explica sólo en parte las vivencias por uno transitadas. Más complejo resulta intentar expresar en palabras, como introducción a un trabajo académico y justificando el tema que lo motiva, los distintos estados subjetivos por los que se ha transitado en las reuniones de un grupo de trabajo intelectual durante una década, razón por la cual deviene en prudente echar mano de la síntesis para comentar la vivencia personal.

En ello nos apoya la psicología, en tanto ayuda a recordar con alguna fidelidad: desde las primeras reuniones hubo alusiones de Ghirardi y



esporádicos diálogos sobre la persona y el pensamiento de Nimio de Anquín. De una u otra forma no dejaron de estar presentes las referencias al filósofo cordobés, posiblemente considerado parte del pasado por los juristas más jóvenes, pero constitutivo de un acontecer más reciente para quien esto escribe, y parte de la historia propia de aquellos que fueron sus *discípulos*, contemporáneos de una época fundacional de la filosofía *en y desde* Córdoba, en tiempos difíciles en los que, desde el momento presente, resulta necesario repasar.

En este sentido nos encontramos, tanto por razones cronológicas como por los cambios sociales y políticos operados, integrando una suerte de "generación intermedia", y, como tal, con alguna posibilidad de lograr rescatar de un injusto ostracismo intelectual a los que fueron fuente genuina de un verdadero *pensar* (las más de las veces pensando en la adversidad), tal como afortunadamente fuera en tiempo reciente recordada la persona de Alfredo Fraguero tras el centenario de su nacimiento.

3. Es por ello que nos consideramos producto de esa generación, que no es la misma que la de sus *discípulos*, toda vez que nuestro compromiso con la historia y con ese tiempo seguramente no nos hace acreedores de esa calidad. Pero sí nos sentimos generacional y cronológicamente parte de los que fueron sus *alumnos*: esto es, los alumnos del último tramo de la vida de Nimio Juan Manuel de Anquín, sin incurrir, a su vez, en el olvido de los grandes maestros que tuvimos en la Facultad de Filosofía, como Manuel Gonzalo Casas o Arturo García Astrada, entre otros que no son ni serán por méritos propios, reconocidos o no, merecedores del olvido.

Como no es nuestro propósito trazar en este espacio un semblante descriptivo y totalizador acerca de la obra de De Anquín, creemos acertado pensar al maestro con la mayor honestidad y rigor intelectual posible del modo en que lo hemos rescatado a través del tiempo, como buenos pagadores -al menos en parte- de las desinteresadas enseñanzas recibidas, intentando mostrarlo con la mayor fidelidad posible, sirviéndonos de lo que nos transmitieran sus discípulos, con un propósito concreto: acercarlo a esta nueva generación, a veces con reparos injustificados hacia nuestra tradición pensante.

En ese menester conviene hacerlo "desacralizando" una figura que, en lo personal, "... *sobresalía por su seriedad, su circunspección y la profundidad de sus conocimientos...*", y a quien "... *no era frecuente verle reír o sonreír*", mas no por ser de una personalidad autoritaria, sino porque "... *era simplemente su forma de ser, la del hombre que pensaba, que pensaba con profundidad filosófica*"<sup>2</sup>.

4. Contestes con ese espíritu, recordamos al filósofo cordobés como un docente paradigmático de la Universidad Nacional de Córdoba, particularmente en los tumultuosos comienzos de los años setenta, y que respondía aún al fidedigno retrato que de él hace Ghirardi, su discípulo y alumno de casi treinta años antes: según lo describe, era un "*profesor de otra dimensión*", con una profundidad de pensamiento europea, equiparable incluso a la de Rodolfo Mondolfo, y con quien "... *no se podía hablar impunemente*". Dicho en nuestra jerga estudiantil, con Nimio, '*no se podía guitarrear*'..."<sup>3</sup>.

La identidad de nuestro De Anquín (el de los *alumnos*, a los que nos toleraba en ocasiones el trato de "don Nimio"), con aquel de un tiempo de esplendor en el pensamiento filosófico cordobés, se proyectaba aun en el

contexto universitario, político y social del entonces Estado de derecho de hace algo más de tres décadas.

De Anquín tenía ya el espíritu curtido de avatares e injusticias: dejado cesante sin sumario previo en 1955 por la llamada “revolución libertadora”, el 3 de febrero de 1964 -según una versión que nos resulta confiable<sup>4</sup>- durante la presidencia de Arturo Illia, quien había expresado que “cesaban con su gobierno las discriminaciones en el país”, solicita su reincorporación a sus cátedras sin que se hiciera lugar a su solicitud.

No obstante, “Recién es reincorporado a ellas bajo el rectorado de Rogelio Nores Martínez en 1969, por propuesta e iniciativa de quien entonces se desempeñaba como decano de la Facultad, su alumno y discípulo Olsen A. Ghirardi”, según la citada crónica de Linossi.

5. Con anterioridad a esos acontecimientos, cuando promediaba la década del cuarenta, el selecto grupo de alumnos -algunos luego sus *discípulos*- que asistían puntualmente a sus clases en el Instituto que poco después fuera la Facultad de Filosofía y Humanidades en la avenida General Paz 120<sup>5</sup>, fueron parte de un proceso fundacional para la filosofía en Córdoba. Las resonancias culturales de la Segunda Guerra Mundial que concluía, y los profundos cambios políticos y sociales iniciados, habían incidido fuertemente en los hombres pensantes de ese entonces con distinta intensidad, pero con mayor acento en los espíritus filosóficamente sensibles como el de De Anquín.

En el prólogo a sus *Escritos políticos*, alude don Nimio a su experiencia de “la guerra del ‘39 y de sus secuencias aún perdurables”, refiriéndose a ese período “agitadísimo de la historia universal contemporánea”. En el mismo escrito observa que “Al momento desdichado - dichoso de la caducidad y superación, Hegel lo llamó *Aufhebung*. Hoy estamos en presencia de un mundo de dos mil años que ha caducado. Nuestro **ser naci-ente** está metido en esta noche de *Aufhebung*, que ahora tiene proporciones globales por primera vez, pues antes comprendió solamente a Europa y Asia”<sup>6</sup>.

Sin embargo, es de suponer que el ámbito de orden intelectual que imperara en la vieja facultad de los cuarenta ya no era el mismo después de finalizada la década del sesenta, y no sólo por el crecimiento cuantitativo de la Universidad: convivíamos, entre 1970 y 1975, en un debate permanente y desorganizado (algo bien distinto de una racional pluralidad ideológica que, de hecho, existía), donde la puntualidad, por cierto, no era prioridad para el alumnado, con excepción de las clases de De Anquín en el Pabellón Francia y, alguna vez, en los alrededores de la Ciudad Universitaria.

Las preferencias intelectuales variaban sobre nuevas ideas (y con el apresuramiento con que nos llegaban) y, aunque no lo sabíamos, pensábamos con los mismos cimbronazos e intranquilidades que se sucedían fuera de la Universidad. De Anquín era el mismo -el del comentado perfil trazado por Ghirardi- y uno de los pocos profesores que inspiraban genuino respeto. Otros, más jóvenes, convocaban por su elasticidad de pensamiento y flexibilidad evaluativa<sup>7</sup>, aun cuando ello no debe entenderse como una generalización que podría resultar arbitraria.

## II. En lugar de una biografía

En 1975 De Anquín escribió lo que seguidamente transcribimos, y que creemos lo más adecuado para no introducir una de las enunciaciones biográficas usuales, cuyo espacio creemos poder emplear en el presente con mejor propósito:

*“La biografía de un filósofo (en el supuesto de que lo sea), no se mide en años, sino en lo que Kant llama ‘Mündigkeit’, o sea, la mayoría de edad. Lo fundamental para quien se dedica a la tarea del pensar es lograr esa condición, que se identifica con la madurez filosófica y que no está ligada necesariamente a los años, pues a veces no se logra en una larga vida. Mejor aún: pocas veces se logra, pues, la mayoría de los hombres no se percata que solamente piensa lo que otros le imponen. La biografía de un sujeto pensante está signada, pues fundamentalmente por el logro de su ‘mayoría de edad’, que no es un término cronológico sino espiritual. Las pericias de un itinerario especulativo tienen un interés relativo antes de llegar a la ‘Mündigkeit’; después de la madurez el interés no es tan incierto y hasta puede ser grande, lo mismo su ejemplaridad. Pero el propio sujeto no puede decirlo: solamente ofrecer a los demás su obra y su enseñanza, para que las juzguen y resuelvan si tienen un valor real, si no son una repetición servil de lo que otros dijeron, o si aportan algo nuevo y digno en el conocimiento del Espíritu”.*

Si analizamos con algún detenimiento los conceptos que encierra el párrafo, encontraremos un parentesco natural con la preocupación de Heidegger, intuitivo y profundo perceptor de las dificultades del *hacer saber* a otros lo que se conoce (necesidad de cierta *alteridad gnoseológica*, si esto existe) lo que se vivencia sobre el Ser; es decir, sobre lo que ocupa específicamente a la filosofía en cuanto tal. Para el filósofo alemán: *“Pocos son lo suficientemente expertos en distinguir la diferencia entre un objeto enseñado y una cosa pensada”*<sup>8</sup>. Ello incluye un presupuesto -o *aporía*- en lo que hace al pensar de los que *piensan* filosóficamente: el imperativo de saber transmitir el genuino filosofar, actividad la cual, mediante el ejercicio docente, adquiere el carácter de cierta *obligación* hacia los receptores de lo que conlleva una intuición fundamental.

La *“mayoría de edad”* -en el sentido kantiano en el que se refiere- *“no es un término cronológico sino espiritual”*, dice de Anquín, apreciación que podría adolecer de obviedad para un lector desprevenido, pero que definitivamente no lo es. Para el Doctor de Maguncia lo cronológico no tiene que ver con *su* cronología personal, pues ésta, en ese momento de su vida y, particularmente en lo que hace a su pensamiento, resultaría a nuestro modo de ver una cuestión secundaria. (Al *kronos* en sentido platónico lo llamaba *“tiempo mortal”*, explicitándolo como *“compás”* de la eternidad, aunque creemos ver en ello su idea distintiva respecto del *kairós* como *“instante decisivo”*, el único y final, a partir del cual *“no habrá más tiempo”*, sobre lo que volveremos *infra*).

Pero Nimio de Anquín, a quien conocimos en su *“mayoría de edad”* cronológica e intelectual, y tras una crisis de su pensamiento que por entonces no intuíamos ni podíamos intuir en toda su dimensión (marcada por el límite de dos etapas tras *El Ser visto desde América*, como refiere García Astrada), puesto que *no lo entendíamos en su propia temporalidad*. Como jóvenes estudiantes de filosofía, nos nutríamos, en alguna medida, de la consistencia de un pensamiento que estaba fuera de lo habitual (entendido lo de *“habitual”* como la omnipresencia en la pedagogía argentina de entonces de trabajos introductorios como los de Julián Marías, García Morente o Jolivet), pero que, desde nuestros espíritus inquietos, más

prestos a polemizar que a *pensar*, lo enseñado por el pensador no podía ser absorbido con serena racionalidad.

Pero tengamos presente, antes de proseguir en el discernimiento que nos ocupa, que De Anquín advertía que “*el propio sujeto no puede decirlo* (madurez - mayoría de edad), sino que puede ‘*solamente ofrecer a los demás su obra y su enseñanza*’, para que las juzguen y resuelvan si tienen un valor real, **si no son una repetición servil de lo que otros dijeron**”. A este respecto, nada hay de servil y mucho menos de repetición de “otros” en las enseñanzas de don Nimio, que va haciendo surgir y resurgir, en un permanente *ida y vuelta* de insobornable cuño filosófico, ideas de los sistemas que algunos ilustrados y posmodernos creyeron superados.

### III. El nuevo eón del mundo

Es por ello que, si tuviésemos que escoger una lectura de Nimio de Anquín que atraiga y que a la vez proyecte algunos de los datos centrales de su filosofía, posiblemente, como intentamos hacerlo en este ensayo, nos inclinaríamos por su concepción del *nuevo eón del mundo*. Mediante ella, el filósofo se encamina sobre la idea de un único eón a partir del judeo-cristianismo, con la pérdida de conciencia del “tiempo sucesivo”, toda vez que “... *ya no hay o no habrá más eones, sino uno solo (una plenitud de eones), pues el instante decisivo hace morir al tiempo, que desde entonces es tiempo mortal cuyo límite es el kairós (...) que es el punto final*”<sup>9</sup>. Ello así dicho podría parecer que estamos frente a un tema de complejidad filosófica, a menos que vayamos por partes.

En el inicio mismo del trabajo: *La Argentina frente al nuevo eón del mundo*, expone preliminarmente las condiciones que nos reclamaba a sus alumnos para seguir su pensamiento: 1º) *la conciencia de la eternidad del Ser*, y 2º) *la aptitud de advertir que vivimos en una nueva edad, “no en el sentido de una renovación transitoria, sino en el sentido radical de algo totalmente nuevo”, que es lo que de Anquín llamaba nuevo eón “de acuerdo a una tradición griega”*.

1.1. La primera exigencia aludida (*conciencia de la eternidad del ser*) rige todo el constitutivo intrínseco del pensamiento del autor de *Ente y Ser*. Tal *conciencia*, según nuestro modo de ver, si bien es un concepto teórico por naturaleza, en modo alguno es un concepto abstracto, y, menos aún, contingente. Viene a constituir la posibilidad primera de concebir a la filosofía, que no es otra cosa que la metafísica, a partir de Aristóteles y hasta el surgimiento del cristianismo<sup>10</sup>. Con él no se oscurece la idea del Ser, sino que, por el contrario, se fortifica y se lo observa (en su *mostración*, ya que el ser no se demuestra) en una nueva dimensión, como lo patentiza el pensamiento de San Agustín por la vía platónica, y, posteriormente, la gran síntesis tomista por el sendero aristotélico, y dando por sentado que, en filosofía, “*todo lo que viene después de Aristóteles es episódico*”<sup>11</sup>.

No es nuestro propósito reproducir la profunda visión aristotélica deanquineana y sus consecuencias, pero sí advertir que no tuvo ante la misma una actitud ingenua o reverente: “*El sistema aristotélico no es de una originalidad irrecusable, porque sus ingredientes le son ajenos: la materia es presocrática, mientras que la forma es platónica. En definitiva, el aristotelismo es una síntesis de los elementos extrapolados, que logran una formulación en el hylemorfismo (...) El pensamiento aristotélico desde que*

nace en los Diálogos hasta que culmina en la metafísica tardía, aparece bipolarizado, o sea que **se mueve en la más absoluta inmanencia**. Con él se cierran todas las posibilidades de romper las barreras del Ser, unívoco y eterno, en el supuesto de que el Ser pueda llamarse una barrera <sup>12</sup>.

Hecha esta observación, veamos lo que queremos exponer respecto de su segunda condición; es decir, sobre la *aptitud de advertir que vivimos en una nueva edad* o en nuevo eón. En primer lugar, la idea de que el mundo en el transcurso de su vida eterna cumple una edad y asiste simultáneamente a la caducidad de todas sus instituciones, entrando en otra para recomenzar su existencia, parece ser, según de Anquín (nota N° 8), de origen iranio y se encuentra implícita en la escatología zarathústrica o zoroástrica <sup>13</sup>. Siguiendo su análisis, es Aristóteles quien la conceptualiza en su obra de la juventud *Sobre la filosofía*, donde “*enuncia la teoría de los ciclos eónicos, que tendrían como hitos a las grandes figuras históricas*”; así, después de Zaratustra que señala un eón, “*sería Platón quien señalaría otro a 4.000 años de distancia*”.

El citado artículo de Buela nos permite esbozar una idea más clara de lo que debe entenderse por eón: vendría a indicar el concepto de grandes ciclos temporales pero no de tiempo cíclico, que es algo diametralmente distinto, pues los eones son unidades no normalizadas de tiempo, desde que no indican un período temporal regular y establecido, y pueden ser de mayor o menor duración uno de otro. Es decir que el eón marca, de alguna manera, el ritmo eterno de los tiempos que están más allá o sobre el desarrollo histórico mundano.

Asimismo, si dejamos de lado la mirada de corrientes agnósticas que han hecho del concepto de eón “*un amasijo incomprensible de opiniones de las más diversas, arbitrarias e irreflexivas, podemos decir del eón que tiene como punto de partida las grandes figuras históricas*” <sup>14</sup>, veremos en consecuencia, que el término griego de eón es *aión*, que significa duración casi ilimitada de tiempo, teniendo su equivalente latino en *aevum*, entendido como edad o época, empleándose también el término “eón” en geología y paleontología para indicar los larguísimos espacios de tiempo que ocupan las edades.

1.2. Para De Anquín un nuevo eón comienza con Cristo: éste habría tenido una duración menor al zarathústrico, “*lo cual no indica nada en su contra, pues el ritmo de la eternidad tiene compases distintos*”. De este modo, el eón cristiano habría durado dos mil años, es decir, una perduración mayor que el griego y “*tal vez menor que el zarathústrico*”. Las características esenciales de estas duraciones son vistas por el filósofo del siguiente modo: el eón zarathústrico es *teogónico*; el griego es *ontológico* y el cristiano es *teológico*, y cualquiera de ellos, al perder su característica esencial, se extingue.

Mientras que las teogonías fueron reducidas a nada por el pensar conceptualizante de los griegos, las construcciones cosmológicas de los helenos se derrumbaron ante el creacionismo judeo-cristiano: “*Ahora es del caso preguntarse si el creacionismo que informa constitutivamente el eón cristiano ha caducado (cuando digo creacionismo comprendo toda la teología de la creación). El tiempo que ahora vivimos, me mueve a responder afirmativamente aquella pregunta. Todas las circunstancias que nos rodean nos dicen que el eón cristiano ha cumplido su ciclo*” <sup>15</sup>.

Pero detengámonos en este punto para hacer una advertencia tanto al lector desprevenido como al conocedor prejuicioso de la filosofía de Nimio

de Anquín (actitud que es -dicho sea de paso- el pretendido modo de “conocer” del estudioso *ilustrado*). Sucede que su derrotero va por el sólido sendero que desde un comienzo amojonara: la *eternidad del ser* y la *conciencia de vivir algo totalmente nuevo*, esto es, transitar un cambio que, visto desde la metafísica, requiere su correspondiente grado de abstracción.

El filósofo no está razonando en las categorías rígidas que tiendan a corroborar una tesis definitiva y total, al modo de la construcción comteana, necesitante de establecer en momentos históricos determinados, “estadios” sucesivos para arribar al positivo, ni tampoco está, mediante el argumento filosófico, pregonando el fin del cristianismo (el cual, como catolicismo, contiene el dato intemporal que en parte se justifica con la fe), según cuestionan los creyentes católicos *stricto sensu*, aun cuando de una primera lectura pueda parecer lo contrario, como se verá más adelante.

Bien entendido, De Anquín viene a poner en claro, con sólido fundamento en la historia del modo por él aprehendida, aquello que antes era ocultado, precisamente en nombre de una fe confrontativa con la razón, empecinados en defender -más que en esclarecer- la primacía y proyección del mundo medieval, primacía ésta que, a pesar de ello, había fenecido, independientemente de los rasgos esenciales que aún en la actualidad le reconocemos y a la que nos hemos referido en otro espacio.

En uno de los pocos reportajes periodísticos que conocemos de De Anquín, el entrevistador le preguntó si era posible la exposición de este proceso -el cristiano bimilenario- con alguna exactitud histórica, a lo cual el autor de *Ente y Ser* le respondió: “¡Claro que se puede!”, pasando a exponer lo que -más ampliamente- desarrolla en *La Argentina en el nuevo eón del mundo*. A estar por la crónica de la entrevista <sup>16</sup>, Nimio entrecerró sus ojos, como quien “hace memoria”, para después dejar paso a la medida precisión de las palabras.

Tras indicar que históricamente después de los años inciertos de la época evangélica y de los Padres Apostólicos, el cristianismo se constituyó, como catolicismo, en la religión de Europa, erigiéndose en la religión del Imperio Constantino, respondió a la pregunta: “*El cristianismo, que aspiraba a ser la única religión sin raza (pues fuera de él no hay ninguna religión sin raza), se asentó en el supósito de la raza blanca del Imperio. Desde entonces tomó un incremento colosal bajo el nombre de catolicismo. Y así, la historia del cristianismo llega a ser la del catolicismo. Y, a su vez, la historia del catolicismo lo es la de Europa. La primera faz de esta historia es como una catábasis, un descenso poco más o menos analógico del cielo a la tierra. Su expresión ambiciosa es el ideal del Reino de Dios como arquetipo político. Inocencio III es quien expresa con mayor energía la convicción de ser un mediator Dei, una especie de hipóstasis humana entre Dios y los hombres. Pero Inocencio es el cenit de esa idea, bastante coherente, por lo demás, con un sentido agustiniano de la historia, aunque no tanto con la mente de la teología tomista*”.

(Inocencio III fue el Papa que, al inaugurar el Cuarto Sínodo de Letrán el 11 de noviembre de 1215, invitando a la reforma de la Iglesia, decía: “*Comenzad por mi santuario, pues ha llegado el momento en que, según la sentencia del Apóstol, debe comenzar el juicio sobre la casa del Señor*”. Cinco años antes le fue presentado, mientras paseaba por el jardín, un hombrecillo de barba negra y cejas pobladas, que se llamaba Francisco y provenía de Asís, que deseaba fundar una orden sobre premisas de las que Inocencio se percató: restablecimiento de la vida apostólica, con sencillez y

humildad, evitando el pecado y practicando la virtud, pues ello constituía la gracia para aquellos hombres pobres y humildes)<sup>17</sup>.

Proseguimos con el Nimio de Anquín al que nos imaginamos frente a su interlocutor. Es fácil colegir que era simplemente él, pensando sin percatarse mayormente de lo accidental; es decir, sin depender otra presencia que no fuera la de las ideas naturalmente fluyendo, habitado su razonar por la única presencia que realmente importaba: *“Después del siglo XIII, la fe cristiana comienza su descenso, que arrastra consigo a todo el orden institucional católico europeo, que era el único existente (...) Hemos de prescindir de toda esta historia y conformarnos con indicar tres presencias decisivas, que en el siglo XIX constituyen como el remate de esta agonía. Las citaré por orden de aparición: la primera, cuando sale la Fenomenología del Espíritu, de Hegel, en 1807. La segunda, la publicación de la Política Positiva, de Augusto Comte, en 1851-54, y la tercera, la edición de Manifiesto Comunista, de Marx y Engels, en 1884. Estos son tres hechos definitorios como expresiones del final del eón cristiano. ¿Por qué razones? Bien, podemos decir que hasta fines del XVIII todavía era efectiva, aunque muy debilitada, la inhabitación de Dios Creador en la conciencia del hombre y la Teología era inteligible. Pero ya el ujier, o sea la razón, estaba en la puerta del recinto de la conciencia, pidiendo el desalojo para el antiguo huésped, que regresaba después de dos mil años de ausencia. Este nuevo huésped era el Ser eterno greco-parmenídeo, cuyo alegato irrecusable lo constituía la Fenomenología del Espíritu, de Jorge Guillermo Federico Hegel. Esta obra, de inspiración demoníaca (dictada por un daimon, quiero decir), está compuesta alrededor de un solo concepto, el de Autoconciencia que, en su estructura tautológica, significa ‘inhabitación del Ser en la conciencia del hombre’ o, también, ‘conciencia de la eternidad del Ser’...”*.

Ciertamente hay disparadores diversos en esta meditación de De Anquín. En particular, la referencia a *La fenomenología del espíritu* no resulta para nada casual, y no luce primera en su desarrollo solamente por el orden cronológico, dada la coincidencia de su pensamiento con el del filósofo alemán, aun cuando resultaría arriesgado calificar a De Anquín como “hegeliano”. Para García Astrada, si el pensamiento de Heidegger constituye un hito ineludible de la filosofía, ha sucedido algo similar en su oportunidad (comienzos del siglo XIX) con Hegel, para quien el fin de la filosofía culmina en sabiduría, en sofía. *“Sobre lo que acontece después del advenimiento de la sabiduría: si el movimiento dialéctico se detiene, o si la circularidad del Absoluto inicia una nueva vuelta, o sea, se postula el eterno retorno, Hegel guardó silencio”*<sup>18</sup>.

De Anquín, como fino conocedor de las entrañas del sistema hegeliano, tenía bien en claro que tal sistema no dejaba lugar a una mirada retrospectiva conforme a la cual todo pasado sería muerto, como en la visión de Ezequiel, y donde la historia será como *“un paisaje lunar frío y desolado”*, porque *“esta concepción semítica no cabe en el pensamiento hegeliano, que **es el pensamiento del Ser eterno**”*<sup>19</sup> y, por ello, *la Fenomenología es sólo hasta cierto punto una historia, en cuanto puede existir una historia sin tiempo. Dentro de nuestra terminología personal, la llamaríamos una historia en el ‘tiempo eternizado’”*<sup>20</sup>.

Pero ha afirmado el filósofo en el texto citado que *“La razón está pidiendo el desalojo del antiguo huésped, que regresaba después de dos mil años de ausencia”*: lo que retorna es el Ser eterno después de dos milenios y provoca el oscurecimiento inmediato de la idea de Dios Creador. Es el momento histórico -dice- *“... en que el Dios teológico desaparece: **no que***

**haya muerto, porque no se puede declarar muerto a quien no se conoce, sino que su presencia misteriosa es declarada innecesaria.** En este sentido se debe entender el llamado **ateísmo contemporáneo**, que no niega la existencia de Dios Creador (no se puede naturalmente o filosóficamente ni negar ni afirmar la existencia de Dios), sino que declara innecesaria su presencia en el mundo eterno. Con ello se decreta simultáneamente el fenecimiento de toda teología de la creación, o sea de toda la teología, que es la teoría del cristianismo. El cristianismo sin teología queda vacío. No puede haber un cristianismo sin contenido teológico trinitario...”<sup>21</sup>.

#### **IV. Los huéspedes irreductibles**

1.3 En este orden, conviene observar que el “nuevo huésped”, es decir, el Ser eterno, viene para cohabitar (si es ello posible) con el Dios Creador, lo que marcaría el fin del eón cristiano, lo cual, por lo que se dice en la nota respectiva, no significa una afirmación agnóstica ni una arbitrariedad respecto del dogma religioso. Como se tiene sugerido (y que debiera ser motivo de un estudio de mayor extensión), todo el pensamiento de deanquineano tiene una congruencia con una piedra basamental inexcusable, por lo cual el *nuevo eón* que tiene inicio visible a partir de *La fenomenología del espíritu* no incorpora ningún elemento nuevo, aun cuando constituye una originalidad histórica -rebasando la historia de la filosofía- dado que, en la tercera parte del siglo XX, nutrido de novedades y de relativismos diversos, se vuelve sobre la racionalidad griega, dura y consistente a través de los siglos como genuino producto del genio griego.

Ya hemos dicho -para ser entendido del derecho y del revés- que para De Anquín todo lo que viene después de Aristóteles es episódico; pues bien, desde entonces, *“los matices son variados y aún muy variados, pero el escenario es siempre el mismo, y el protagonista que aparece y desaparece es constantemente el Ser (...) No se trata en ningún caso de una repriminación, sino de una aparición o reaparición espontánea y natural que siempre es acogida con general beneplácito, como expresión de una conciencia común”*<sup>22</sup>.

La cuestión del huésped constituye el planteo inicial del trabajo *De las dos habitaciones en el hombre*, publicado por la Universidad Nacional de Córdoba en 1971:

*“El hombre, o sea la conciencia del hombre, es como una casa que espera siempre un huésped. El hombre no puede vivir sin un huésped, que es el sostén de la casa, o sea que es la razón de la casa. Sin el huésped no se explica la casa, es decir, no se explica el hombre. ¿Quién es este Huésped que inhabita la conciencia del hombre? ¿O hay más de un huésped? ¿Hay espacio para otra habitación de otro huésped? (...) Históricamente se puede afirmar la presencia de dos habitaciones posibles y excluyentes, a saber: a) la habitación del Ser eterno en la conciencia del hombre, y b) la habitación en la conciencia del hombre de Dios creador”*<sup>23</sup>.

Este párrafo luce también al inicio del prólogo de Arturo García Astrada a los *Escritos filosóficos*, última y seria compilación de los principales trabajos de Nimio de Anquín. Allí se dice: *“Sucede sin embargo, que su conciencia no fue habitada por un solo huésped, sino que fue el escenario dramático, agónico, de la lucha de dos huéspedes que porfiaban por instalarse en ella.*



Y él no fue un pasivo e indiferente testigo de esa lucha, ni trató de solucionar las aporías que eran la causa de esa lucha, sino que por el contrario, daba a esos luchadores, apelando a su enorme erudición, las armas necesarias para que el combate prosiguiera indefinidamente. En ese combate obsesivo y despiadado, era la conciencia de don Nimio la que iba desgarrándose, la que en un agotador movimiento pendular ascendía a la pura inteligibilidad del Ser y descendía, hasta casi anonadarse, en lo que él consideraba la pura irracionalidad de la Nada. Y esa conciencia así desgarrada se había hecho una sensible caja de resonancia para captar que **en nuestra época algo estaba derrumbándose y hundiéndose en el pasado y algo, con dolores de parto, insistía por salir a la luz**".

Los dos huéspedes luchaban por instalarse en la conciencia del hombre: el Ser eterno de los griegos y el Dios Creador del cristianismo. Para García Astrada la conciliación era imposible habida cuenta de la incompatibilidad irreductible que entre ellos había, "como igualmente irreductible era lo que de ellos se originaba: el ente que participa eternamente del Ser y la creatura creada por Dios. Por ello en algún momento de la evolución de su pensamiento De Anquín creyó en la posibilidad de una síntesis de esas dos posiciones y pretendió dar a ideas originaria y esencialmente teológicas carta de ciudadanía en la filosofía", pero entonces vino la crisis suscitada por la profunda lectura de Hegel, y, también, porque tenía una "fina sensibilidad al espíritu de la historia la cual, en forma dramática, mostraba su nueva era, en la cual todos nosotros vivimos ahora".

1.4. La tesis de la caducidad del eón cristiano del mundo no significa ruptura con el cristianismo, ni tampoco -como dijéramos- intenta invalidarlo *in totum* en favor del advenimiento del huésped resultante del helenismo, e introducido en la conciencia del hombre de la contemporaneidad para desalojar toda creencia y toda cosmovisión trascendente que se muestre *prima facie* incompatible con la vivencia racional del Ser eterno. La afirmación de la conclusión del eón cristiano "... es puramente histórica y no significa un juicio de valor acerca del cristianismo, ni tampoco acerca de su perennidad teológica sustraída al tiempo y al acontecer mundano" <sup>24</sup>.

La conciencia cristiana tiene un eón "único y definitivo", y "... es impenetrable al tiempo eónico sucesivo y acompasado, que no late más en las venas de la creatura. Este es el hecho que inmoviliza toda la historia del pensamiento occidental durante poco menos de dos mil años. Las cosas están consumadas ya en la 'plenitud de los tiempos', o sea, en el eón postrero e irrepetible. La verdad es que todos los cristianos nos movemos en los límites de un solo eón, sin posibilidad de desbordarlo" <sup>25</sup>.

A propósito del tema de Dios en De Anquín, es oportuno no soslayar algunas mínimas precisiones en orden a lo que venimos diciendo, especialmente para no confundir al cristianismo de la concepción eónica que nos ocupa, con su visión del problema de Dios en particular. Durante una clase de metafísica, un alumno le preguntó al maestro, que venía desarrollando su itinerario filosófico sobre el Ser lógica y ontológicamente considerado, lo siguiente: "¿Dios sería la nada?", a lo que respondió: "No. El problema de Dios es un problema que lo vamos a tratar oportunamente con el respeto y el cuidado que se merece. Pero yo distingo entre *Dios creador que es el Dios Uno y Trino*, el Dios de los cristianos, de los judíos y de todas las concepciones teístas, pero el Dios que nosotros hablamos en nuestro lenguaje de filosofía, es el *Ser divinizado*, así que la pregunta correspondería a la divinidad, al ser divinizado; yo no hablo por ahora del

Dios creador, que es un problema aparte, yo hablo del ser y el ser considerado en un aspecto, lo divinizamos y decimos el ser divinizado, la divinidad en cuanto ser y debo decir que la palabra *theos* en griego se ha usado siempre; claro que en la época helenística ya no, cuando apareció el pensamiento judeo-cristiano ya tomó matices distintos <sup>26</sup>.

La distinción no es, por cierto, simplemente metodológica. Tomamos al respecto nota de lo dicho por Manuel Gonzalo Casas, en su estupenda *Introducción a la filosofía*: “Por eso en la filosofía cristiana, no en la filosofía -como diría Nimio de Anquín -, sino **en la conciencia cristiana**, Dios es y era principio, en la creación; camino, en la Redención; fin, en la gloria. Y **Dios, para la metafísica, será Ser**” <sup>27</sup>.

En este orden y retomando la consideración del problema acerca de la posibilidad de una cohabitación en la conciencia del hombre del Ser eterno con la de Dios creador, De Anquín efectúa una distinción entre el *Dios creador judío* y el *Dios creador cristiano*. Con el primero considera que no hay posibilidad de avenimiento, desde que es fundamentalmente equívoco con relación a sus creaturas de quienes lo separa un dualismo radical. “Entre el Dios judío o hay más contacto que el mando y la obediencia, no hay comunidad ontológica que posibilite una mediación. Dios continuará oculto en el Sinaí por siglos y siglos a sus creaturas desoladas”. Todo esto es irracional y excede cualquier comprensión. Se trata de un Dios que crea por ímpetus de mando, con una voluntad desnuda y fría fomenta el terror y el temblor de las creaturas obedientes.

La fe del pueblo que sirve al Dios creador judío es de obediencia ciega. Cita don Nimio a Martín Buber: lo que el Señor ordena hay que obedecerlo ciega e incondicionalmente. La fe de Israel es para obedecer, no para conocer. Este Dios sin amor, pero con voluntad infinita, cada vez tiene que encerrarse más en su poder y ser más uno. No puede, en consecuencia, ser uno y trino, porque si poseyera tal característica perdería su poder y, a su vez, si no es trinitario, no será agapístico y no habrá en él comunicación redentora con sus creaturas <sup>28</sup>.

En definitiva: “Lo único valioso que el judaísmo ha aportado al cristianismo, es el principio de creación, que en última instancia es principio de dualidad radical e irreductible entre el Creador y sus creaturas. Hablando en términos metafísicos, se puede decir que la presencia judía en la conciencia judeo-cristiana, es factor irreductible de equivocidad o como suelo decir, de dualismo radical entre Dios y sus creaturas o entre el Ser y los entes” (o.c.).

En cambio, cree “posible y fecunda” la proximidad del Dios cristiano o del Dios-ágape con el Ser eterno: “Como se habrá visto por el esbozo que ofrecí antes, en la conciencia cristiana hay, desde luego, equivocidad, pero no absoluta. Positivamente hay en ella analogía la cual no es comprensible sin la univocidad. **En consecuencia, el Ser eterno es inteligible y aún asimilable en su aspecto positivo por la conciencia cristiana, que regulará aquella asimilación por una sabia equivocidad, que en ningún caso debe llegar ni siquiera a la vecindad del dualismo radical del judaísmo**” <sup>29</sup>.

1.5. En este punto creemos necesario afirmarnos en nuestro propósito de intentar efectuar un aporte modesto para el inicio de una comprensión de Nimio de Anquín, tomando una de las vertientes que más nos interesa y que no se puede escindir de su pensamiento integralmente considerado, porque, por el costado que fuere, sus núcleos centrales constituyen un “todo” el cual, sin embargo, a veces resulta difícil de hilvanar. Para ello hay

que atender, en alguna medida, a los dos períodos netamente diferenciados en su desarrollo intelectual que distinguió Alberto Caturelli en la biografía que incluyó en su *Historia de la Filosofía de Córdoba*:<sup>30</sup> el primero se extiende desde 1921 a 1951 donde predomina la influencia de Santo Tomás de Aquino, y, el segundo, al período que denomina “ontismo inmanentista”. No nos detendremos aquí en su exposición y significación, más lo tomamos como un dato para aquella pretendida comprensión con relación a lo que estamos diciendo.

En efecto: continuando por el sendero por el que veníamos, pareciera que De Anquín le atribuye una franca carga negativa al judaísmo en el decurso de un eón del mundo, atribuyéndole responsabilidades que habría que distribuir en otros órdenes. Así, al afirmar que la *profecía* no pertenece al orden de la razón, y que tampoco es un defecto del conocimiento natural-racional (como acontece con el *azar*), y que, en definitiva, la profecía no es humana, afirma: “*El origen de este principio irracional o suprracional es judío: la misión del Judaísmo en Occidente ha consistido en introducir el irracional: la Nada, el Profetismo, la Relatividad, el Marxismo, el Freudismo, todos los principios judíos inasimilables por la inteligencia greco-europea*”<sup>31</sup>.

Allí vemos al Nimio apasionado de la madurez: su rechazo visceral de la Nada, es proyectado sobre todos los órdenes de construcción (sean religiosos, teológicos o científicos) que eventualmente pudieran apoyar tan (filosóficamente hereje) afirmación; es decir, denosta con férrea convicción metafísica todo lo que pueda afirmar la nada<sup>32</sup>. Afirma con ello su más profunda creencia: “*Yo, pues, no profetizo, sino que veo históricamente y con modestia predigo. El fin del eón cristiano teológicamente significa la desa-parición de Dios creador de la conciencia del hombre (...) Dios no ha muerto; el afirmarlo sería un disparate y ya dije por qué; pero sí se ha ocultado o ha desaparecido del horizonte del hombre*” (o.c).

## V. La razón y la fe

En virtud de lo dicho, se merece un breve apartado el pensamiento de De Anquín acerca de las relaciones entre filosofía y religión. En *Ente y Ser* se ocupa de la delicada cuestión, y, desde el comienzo, tras el título correspondiente -*Filosofía y religión*<sup>33</sup>- agrega un “*si las hubiere*” (p. 203), o “*las relaciones que hubiere*” (p. 211). El trabajo es como su obra: de una profunda erudición y de una profundidad tal que a muchos creyentes (cristianos y no cristianos) les convendría consultar. Los tópicos se van tratando armoniosamente: qué es religión; la religión revelada; la filosofía como actividad humana; clasificación de las relaciones, para concluir el volumen y el artículo, con “*el difícil problema de la filosofía cristiana*”.

Para José Ramón Pérez<sup>34</sup>, que De Anquín haya usado el método de la tercera escolástica “*resulta evidente con sólo consultar el orden de los capítulos de su único libro publicado en España en la Editorial Gredos*” (*Ente y Ser*), desde que recién en el último de ellos se dedica al tema de la relación entre la razón y la fe, es decir, al problema de la filosofía cristiana. En esto siguió el método común de la escolástica: “*desde la filosofía se enfoca el problema de la fe; así una vez que se han tratado todos los problemas de la filosofía, se intenta considerar la posible relación de la razón con la fe, dándose, en general, por supuesta esta relación que se considera positiva*”.

Pero la consideración de De Anquín es negativa, “resolviéndola en dos páginas que dejan fuera de toda duda la posición del autor”: “Por ello, no hay más que dos posibilidades: la **revelación exterior** y la **religión racional**. La primera es absolutamente externa, y por allí es extraña a la razón y a todas sus construcciones; la segunda es un aspecto de la vida y de la razón, y nada más. No puede haber, pues, estrictamente hablando, ninguna influencia religiosa en filosofía, no puede haber una filosofía cristiana. Este racionalismo intransigente no es exclusivamente laico, y de hecho es también el de algunos intelectualistas”<sup>35</sup>.

Resulta atinada la observación de Pérez, en el sentido de que Nimio de Anquín “durante mucho tiempo de su especulación intentó esta relación y esta apertura de la razón a la fe cristiana; pero, luego de infructuosos esfuerzos llegó a la lógica conclusión que desde la filosofía no se puede acceder al Dios de la revelación puesto que aquella se basta a sí misma no admitiendo, por consiguiente, ninguna realidad más allá y distinta de sí misma. Es por esto mismo que no puede haber ninguna influencia extraña a la razón y a todas sus construcciones” (o.c., p. 45).

El autor abona lo dicho con dos citas a propósito de esta aparente paradoja: la primera, tomada de *Génesis interna de las tres escolásticas*: “Yo, como laico no creo que la escolástica sea un ‘Robot’ inventado para una guerra, sino que se trata de una morada acogedora de la razón humana”, y la segunda, donde daría su opinión definitiva veinte años después de la primera, es de *De las dos habitaciones en el hombre*: “El deseo del hombre por conocer a Dios vivo nunca recibió ningún estímulo de parte de la escolástica, que vista desde afuera parece ahora un castillo de sillares húmedos y callados, inhabitable por el hombre ambicioso de luz y de pensar”.

## VI. ¿Para qué poetas en tiempo miserable?

El 22 de noviembre de 1950, en el salón de grados de la Universidad Nacional de Córdoba, se efectuó un acto académico para entregar al profesor Nimio de Anquín el título de “Doctor *honoris causa*” que le fuera otorgado por la Universidad de Maguncia. Tras agradecer la distinción y ratificar la prioridad que le concedía a la cultura europea (“De Europa nos ha llegado todo lo que culturalmente tiene valor en nuestra vida”), leyó el Breve comentario al “Wozu Dichter” de Hölderlin<sup>36</sup> (¿Para qué poetas en tiempo miserable?).

El verso había sido comentado por Martín Heidegger, de quien De Anquín toma los “desoladores conceptos”, que expondremos en lo esencial para destacar la fuerza de aquellos en las palabras de De Anquín, a la vez que destacamos lo que nos resulta de interés, particularmente por la inquietud que nos suscita el autor del *Hiperión o el Eremita en Grecia*<sup>37</sup>.

2.1. “El fin del Día de Dios para Hölderlin está encajado entre el nacimiento y el sacrificio de Cristo. Desde entonces se hizo la noche sobre el mundo (...) La vejez del mundo está subrayada por el abandono de Dios, por la “ausencia de Dios” (*der Fehl Gottes*)”.

2.2. “Sin embargo, la ausencia de Dios experimentada por Hölderlin no niega ni un progreso de la relación cristiana de Dios en los individuos y en la

Iglesia, ni subestima esta relación. La ausencia de Dios significa que ningún dios asocia ya en sí de una manera visible al hombre y a las cosas, de tal manera que torne inteligible la historia universal y la presencia del hombre en ella. Peor aún: la ausencia de Dios no solamente significa que los dioses y Dios han huido, sino que el resplandor de la divinidad se ha apagado en la historia universal”.

2.3. “El tiempo de la noche universal es el tiempo miserable de que habla el poeta, tiempo que cada día se tornará más miserable aún. Lo es tanto, que ya ni siquiera puede advertir la ausencia de Dios en cuanto ausencia”.

Cita de Anquín un pasaje de Heidegger de la misma obra, donde comenta las *“terribles palabras de Nietzsche: Dios ha muerto”*:

2.4. *“La frase ‘Dios ha muerto’ significa: el mundo suprasensible carece de fuerza operativa. No otorga vida alguna. La metafísica, es decir para Nietzsche la filosofía occidental entendida como platonismo, ha terminado”*. (Agreguemos que, según Heidegger, *“La metafísica es, de arriba abajo, platonismo. El mismo Nietzsche caracteriza su filosofía como una vuelta del platonismo. Con la vuelta de la metafísica, realizada ya con Karl Marx, se ha alcanzado la posibilidad más extrema de la filosofía. Esta ha entrado en su estadio final”*)<sup>38</sup>.

2.5. *“La frase ‘Dios ha muerto’ -prosigue De Anquín en su corto comentario- contiene la comprobación de que esta nada se extiende en torno a nosotros. Nada, significa aquí ausencia de un mundo suprasensible y necesario”*. Según De Anquín, para la cultura occidental Dios ha muerto en la medida de que significa una vivencia o una presencia viva en el alma, *“... aunque no ciertamente en cuanto significa un concepto o una formulación habitual y fría”*. Esta frialdad del alma frente de Dios es el efecto de lo que Hölderlin llamaba *ausencia o falta de Dios*:

**2.6. “... es decir una pérdida de la capacidad natural de advertir la presencia de lo divino o, por lo menos, la ausencia de la conciencia de la ausencia de esa capacidad. Y ciertamente tal pérdida significa una vejez, una esclerosis de la conciencia de la humanidad, un tiempo miserable en que los poetas andan como vagabundos en medio del desprecio de todos; y entonces, ¿para qué poetizar?, ¿para qué crear, para qué engendrar los delicados hijos del espíritu?”**.

2.7. “La muerte de Dios que proclamaba Nietzsche es la muerte de la metafísica, es decir de la filosofía. Una cultura en que los problemas metafísicos no tienen repercusión, pertenece de hecho y de derecho a los *tiempos miserables* de que hablaba Hölderlin”.

**2.8. “Todo esto parece una exageración, sobre todo para el fetichismo beato que se engaña con las apariencias de un culto vacío y de un ceremonial puramente externo. Muchas instituciones están edificadas sobre una oscuridad tenebrosa y de repente se derrumban o se cuartejan inexplicablemente”**.

2.9. Surge en un determinado momento una pregunta de alguna manera "fatal" en la historia del pensamiento desde Parménides hasta nuestros días, y que, según De Anquín, "remueve toda la filosofía". "**¿Por qué hay ente y no más bien nada?**"<sup>39</sup> (...) Naturalmente que es posible una respuesta dialéctica, pero no es ese el problema. La cuestión consiste en preguntarse el porqué de la pregunta". Lo que sigue aporta una esclarecedora distinción -entre las únicas posibles- para ubicarnos frente a aquel interrogante crucial, latente en el verso de Hölderlin:

"Conviene no confundir esta nada con la nada hegeliana. La nada hegeliana se unía en la Aufhebung: la nada y el ente eran superados en la Aufhebung. Pero nuestra nada no es superada por nada, sino que permanece como una presencia, así como permanece el ente. La respuesta a nuestra interrogación nos la da Nietzsche, cuando comprueba que 'andamos errantes como a través de la nada infinita'. La errancia nuestra a través del páramo de la nada, nos ha hecho ciudadanos de la nada, así como antes el hombre se sabía ente".

(Para García Astrada, al pertenecer la nada a la esencia del Ser, se comprende que ella sea origen de todo ente. Por ello, según Heidegger, la vieja fórmula *ex nihilo nihil fit*, de la nada nada sale, adquiere un nuevo sentido que modifica el problema mismo del Ser: *ex nihilo omne ens qua ens fit*, de la nada surge todo ente en cuanto ente<sup>40</sup>).

2.10. Podría pensarse, a esta altura de "comentar el comentario" de De Anquín, que el filósofo ha levantado el vuelo del raciocinio al punto de teorizar sobre una cuestión abstracta y sin significación para el hombre concreto, para el hombre individual, pero ello no es así, desde que, de alguna manera que no muchos piensan, la crisis de la filosofía -o su fin- constituye también el fin del *Hombre*, desde que, al cosificarlo, lo degrada en su humanidad. Pero por el contrario: premonitoriamente, hace más de cincuenta años, De Anquín, a propósito de un poeta alemán, vaticinaba uno de los sesgos devastadores de este tiempo presente: "Esta es una época nominalista, de predominio de lo individual. Jamás el hombre ha profundizado como hoy lo individual, nunca el conocimiento dispuso de mayores medios para indagar positivamente la realidad hasta sus entrañas mismas. Por un lado asistimos así a un desarrollo de la investigación y a la multiplicación de los medios técnicos en proporción asombrosa; y a la formación de una conciencia de la nada. ¡Trágico contraste! Mientras el hombre es más poderoso técnicamente, se degrada su conciencia filosófica".

2.11. Comenzamos así la parte final de nuestro trabajo. Paradójicamente, sólo por una cuestión de método y de tiempo podríamos arrogarle una conclusión, más no por el alcance de las palabras del filósofo: "Ciertamente, Dios no ha muerto, pero el tiempo miserable está en su apogeo (...) Pero sin filosofía no habrá paz, pues sólo ella puede restituir al hombre su dominio sobre las cosas, que ahora lo tienen cautivo en el implacable vórtice de la individualidad (...) No las virtudes, sino los singuladores se han vuelto locos. Locas están las cosas singulares porque no hay freno que las domine. El mundo actual que lo es de la técnica y no de la sabiduría, es así necesariamente el mundo de la anarquía y del azar (...) Pero no somos siervos sino señores de este mundo. Restituyamos la sabiduría en su trono y recuperemos la majestad del hombre sobre las cosas".

## VII. Nimio de Anquín (1896-1979) <sup>41</sup>

*Pensaste lo más hondo. Nada más.  
¿Qué más incumbe al hombre por ser hombre?  
¿Qué después de buscar el quieto nombre  
De la Esfera sin siempre ni jamás?  
¿Qué, más que la razón de las razones  
-razón de ser del astro y de la rosa-  
la razón que ilumina cada cosa  
cuando el hombre despoje sus visiones?  
Y tal fue, señalado, tu destino,  
Tu tiempo, tu vigilia, tu esperanza,  
tu labor, tu fatiga, tu templanza,  
tu palabra, tu amor, tu camino.  
Y así, sin más, tu vida se ha cumplido  
como un Enigma pleno de sentido (1979).*

### *Notas:*

<sup>1</sup> Alberto CATURELLI, *La filosofía en la Argentina actual*, Buenos Aires, Sudamericana, 1971, p. 329.

<sup>2</sup> R.D. Tampieri, en *El curso de lógica de Nimio de Anquín de 1945*, Córdoba, El Copista, 1995, ps. 9/10.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>4</sup> Jorge Alberto LINOSSI, su discípulo y amigo personal (y uno de los pocos que recibiera sus dedicatorias) escribió lo que se transcribe *supra* en un breve trabajo conocido el 29 de noviembre de 2000, *Itinerario de Nimio de Anquín*, con motivo del acto realizado en la Biblioteca Córdoba, con un panel en el que estuvieron: Arturo García Astrada, Ignacio Palacios Hidalgo, Hilda Disandro y José Ramón Pérez. Ghirardi en la introducción a la obra citada, recorre la ficha bio-bibliográfica del pensador “debida a Jorge Alberto Linossi” (p. 20).

<sup>5</sup> El Instituto había sido inaugurado en 1934, oportunidad en que disertó Alfredo Fraguero. La comisión para hacerlo posible fue integrada por Enrique Martínez Paz y Nimio de Anquín. V. Olsen GHIRARDI, *El pensamiento de Alfredo Fraguero*, Córdoba, Advocatus, 2006, ps. 9 y 16.

<sup>6</sup> Instituto Leopoldo Lugones, Córdoba, 1972, p. 8. Lo destacado en negrita nos pertenece, y responde a que, en alguna edición reciente, se escribe “*naciente*” en lugar de “*naci-ente*”, desvirtuando así la fatalidad tipográfica, el concepto esencial sobre el particular.

<sup>7</sup> Las exigencias para aprobar las asignaturas con de Anquín, si bien no eran las mismas de 1945 (v. *El curso de lógica...*, o.c. p. 43), desde que no se exigía una traducción y un breve estudio antes del coloquio final, en nada facilitaban un examen ante la mera presencia de Nimio.

<sup>8</sup> *La experiencia del pensar*, Córdoba, El Copista, 2000, traducción de Arturo García Astrada, p. 29.

<sup>9</sup> N. DE ANQUÍN, *La Argentina en el nuevo eón del mundo*, en *Escritos filosóficos*, Córdoba, El Copista, 2003, p. 215. El trabajo fue reproducido en los *Escritos políticos* (o.c.), y conf. a la nota al pie de la página citada; el trabajo apareció en tres entregas en la Revista Pájaro de Fuego, Buenos Aires, 1979.

<sup>10</sup> No nos referimos al cristianismo como hecho solamente “histórico”, y, por lo tanto, inserto en una temporalidad determinable o medible, pues en tal supuesto nos circunscribiríamos a un análisis distinto: precisamente, por lo dicho *supra*, respecto de que el eón marca el ritmo eterno de los tiempos *más allá o sobre* el desarrollo histórico mundano.

<sup>11</sup> N. DE ANQUÍN, *La presencia de Santo Tomás en el pensamiento contemporáneo*, La Plata, Ediciones Hostería Volante, 1964, p. 10: “*El llamado idealismo platónico es la réplica del fisismo parmenídeo, pero que no lo contradice sino que lo completa y lo integra. Pasado el interregno de la sofística y del socratismo el espíritu griego vigorizado por una fresca*

conciencia antropológica, halló el complemento del mundo ideal en el otro polo de la naturaleza y redondeó su concepción total de la realidad”.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 10/11.

<sup>13</sup> Según Alberto Buela, el concepto de *eón* llega al mundo griego desde la *eschatología* y no *escatología* que significa estudio de los excrementos, de los antiguos persas, desde la tradición de Zaratustra o Zoroastro, *El eón en Schmitt y de Anquín*.

<sup>14</sup> A. BUELA, o.c., “Anotemos -agrega- al pasar la vulgarización del término, hoy en la Argentina la compañía petrolera Repsol-YPF, publicita a diario uno de sus aceites bajo el nombre de ‘Elaión’”.

<sup>15</sup> N. DE ANQUÍN, *La Argentina...*, o.c., ps. 216-217.

<sup>16</sup> Nota dada a Hilario Giménez en la Revista Pájaro de Fuego citada, y que, a su vez, sintetizamos en honor a la brevedad. No se nos escapa la imagen del Maestro a la que refiere el periodista.

<sup>17</sup> V. F. GONTARD, *Historia de los Papas*, Buenos Aires, Compañía Fabril Editora, 1961, t. I, ps. 389-398.

<sup>18</sup> Prólogo a Heidegger, *Un pensador insoslayable*, Córdoba, El Copista, 1998: “En cambio, **la tarea de pensar el fin de la filosofía** consiste, para Heidegger, dando por supuesto el fin de una era, meditar el comienzo de una nueva; meditar en el mismo origen repitiéndose de nuevo. Mejor aún, meditar en lo Mismo originario de una nueva era. ‘Repetir, dice, es dejar venir la inmediatez, reconocer en su necesidad a lo Mismo’. Una expresión que él solía siempre repetir era *Herfunft bleibt stets Zukunft*, el origen permanece siempre futuro”.

<sup>19</sup> Encontramos en *Eticidad, moralidad, libertad* -artículo que dedica a su amigo Jorge Linossi- una mayor explicación: “Es cierto que el idealismo alemán agota la filosofía, pero la agota sólo y en tanto equivale a un retorno al pensar antiguo”. Para De Anquín -como se tiene dicho en más de una oportunidad-, si todo después de Aristóteles es “episódico”, “El idealismo alemán también es episódico, aunque trae consigo ‘velis nolis’ el lastre cristiano. El cristianismo no logró transformar esencialmente al ‘hombre racional’ en ‘creatura racional’, intento malogrado que parece manifestarse en su negatividad sólo después de la síntesis idealista, cuando se llega a la línea del nihilismo”, *Acta Científica*, Simposio Argentino-Alemán, Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, 1975, p. 59.

<sup>20</sup> N. DE ANQUÍN, *Los grandes dialécticos del siglo XIX*, en Documentación Crítica Iberoamericana de Filosofía y Ciencias Afines; Sevilla, abril-junio de 1965, p. 261.

<sup>21</sup> N. DE ANQUÍN, *La Argentina...*, o.c., ps. 218-220. El apunte va dirigido a lo que denomina una “nueva teología”, que “no comienza por allí”, desde que en ésta la especulación trinitaria y su proyección creadora-redentora “... es remitida a la esfera mítica y fundamentalmente ligada al agnosticismo. La llamada teología liberal planteó el problema de si era posible la eliminación de las ‘afirmaciones mitológicas’ del Nuevo Testamento, como punto de partida de una comprensión adecuada de la palabra evangélica”, citando al teólogo liberal Rodolf Bultmann. Pero para De Anquín, “Teología desligada del orden histórico y por supuesto científico, no se compromete con el problema de la creación, y deja abierta la posibilidad de la convivencia religiosa con la Autoconciencia. Se trata de un cristianismo de postrimería, **sin la presencia objetiva y viva de los Misterios que informaban esencialmente a la Teología Especulativa, ahora silenciosa**” (la negrita nos pertenece).

<sup>22</sup> DE ANQUÍN, *La presencia de Santo Tomás en el pensamiento contemporáneo*, o.c., ps. 11-12. “La presencia de este protagonista de toda la historia espiritual griega, le presta a ésta y a su individuo (queremos decir al individuo griego) un **sello definitivo de racionalidad**, es decir, de inteligibilidad, de **lógica** y de **luminosidad**. Y por ello podemos decir sin exageración que **‘todo lo griego es inteligible**, y que **‘todo lo inteligible es griego’**”.

<sup>23</sup> Córdoba, Ediciones del Copista, 2003, p. 133.

<sup>24</sup> N. DE ANQUÍN, *La Argentina...*, o.c., p. 220. “No se equivocó Péguy cuando declaró a Tomás de Aquino muerto y enterrado. Pero el poeta no advirtió, lo que ese óbito significaba. En realidad significaba los funerales de la Teología Especulativa o sea de la Teología Trinitaria de la creación y del Verbo encarnado”.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 221.

<sup>26</sup> La clase se dictó el 15 de setiembre de 1971, según su desgrabación, que posiblemente fuera revisada por el propio De Anquín.

<sup>27</sup> Manuel GONZALO CASAS, *Introducción a la filosofía*, 4ª ed., Madrid, Gredos, 1970, p. 123 (la negrita en cursiva en el original).

<sup>28</sup> Se trata, según de Anquín, de un “Dios racial y cerrado, que solamente es Señor que manda, cada instante se aleja más de sus creaturas envilecidas en la servidumbre sin esperanza”; o.c., p. 224.



<sup>29</sup> N. DE ANQUÍN, *La Argentina...*, o.c., p. 225 (la negrita nos pertenece).

<sup>30</sup> V. Hermes PUYAU, prólogo a *El Ente y la memoria*, Secretaría de Cultura de la Nación, Buenos Aires, Bonum, 1994.

<sup>31</sup> N. DE ANQUÍN, *La Argentina...*, o.c., ps. 226-227.

<sup>32</sup> “*La Nada-nada es tan incompatible, tan absolutamente contradictoria con el Ser (con el hombre que es), que no permite ni ser pensada, ni ser enunciada, ni ser mencionada, si la enunciación y la mención significan algo. La Nada-nada (ontológicamente considerada) implica la desaparición total y radical del Ser, un aniquilamiento sin resto y un silencio eterno*” (*El Ente y la memoria*, o.c., p. 28).

<sup>33</sup> Memoria presentada en el Primer Congreso Nacional de Filosofía de Mendoza, en 1949, cuya conferencia de clausura fuera pronunciada por el entonces presidente de la Nación, Gral. Juan D. Perón, el 9 de abril de ese año.

<sup>34</sup> *Filosofía y teo-filosofía. Nimio de Anquín (1896-1979)*, Córdoba, Ediciones del Copista, 1999: “*Es bien sabido, por otra parte, que toda la escolástica es un método que consiste en filosofar del tal modo que todo su especular, por más autonomía que reclame respecto de la fe, es una preparación para la teología de tal manera que siempre la filosofía, según los escolásticos, queda abierta a un horizonte que la rebasa, que la sobrepasa, que la trasciende. Todo su esfuerzo consiste en encontrar una filosofía abierta a la trascendencia, e.d., a la revelación*” (ps. 44- 45).

<sup>35</sup> *Ente y Ser. Perspectivas para una filosofía del Ser naci-ente*; Madrid, Gredos, 1962, p. 216 (la negrita del original).

<sup>36</sup> La edición originaria fue publicada por el Instituto de Metafísica de la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional de Córdoba en marzo de 1952. Conservo uno de los primeros ejemplares que me fuera obsequiado por uno de los hijos del pensador. La versión más reciente se puede leer en los *Escritos filosóficos*, o.c., ps. 31-43.

<sup>37</sup> Según lo expusimos en *El olvido del pensar* y en *El olvido del pensar en la filosofía y en el derecho*, en las obras colectivas del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2003 y 2004, respectivamente.

<sup>38</sup> *El final de la filosofía y la tarea del pensar*, en *Kierkegaard vivo*; Sartre, Heidegger, Jaspers y otros; coloquio organizado por la Unesco en París, 21 al 23 de abril de 1964, Madrid, Alianza, 1968, p. 133.

<sup>39</sup> “*¿Por qué es en general el ente y no más bien la nada?*”: esta es la interrogación inicial de una obra fundamental de Heidegger, y ocupa el contenido del primer capítulo de su *Introducción a la metafísica (La pregunta fundamental de la metafísica)*, 3ª ed., Buenos Aires, Nova, 1972, p. 39. Con el mismo interrogante cierra el opúsculo *¿Qué es metafísica?* de 1929.

<sup>40</sup> *Heidegger...*, o.c., ps. 67-68. Remitimos, para una mayor comprensión, a la lectura del trabajo citado.

<sup>41</sup> Poema del poeta y filósofo Daniel VERA, escrito en el año de la muerte del pensador; *Perífrasis griegas. En memoria de Nimio de Anquín*, Córdoba, 1981.

# LA DECLINACIÓN DEL DERECHO. ONTOLOGÍA. ONTOLOGÍA DEL DERECHO

HÉCTOR HUGO SEGURA

**Sumario:** Palabras preliminares. **I.** Ontología del hombre. 1. Primeros vestigios del hombre. 2. El mito. Primera etapa de la vida del hombre. 3. El derecho en el mito. 4. Pre-historia. 5. La superación del mito. Karl Jasper y el tiempo eje de la historia. 6. La interioridad insistencial. 7. La intimidad. 8. La personalidad. 9. La ética. 10. La existencia. **II.** Las categorías. 1. Tabla de categorías de Nicolai Hartmann. 2. Las categorías de la armonía y de la pugna, y del derecho. **III.** La conducta del hombre. 1. Acto espiritual de creación de conducta del hombre. **IV.** Exteriorizaciones del derecho en la realidad social. **V.** Ontología. 1. La filosofía es una obra humana que se realiza en dos etapas: la ontología y la metafísica. 2. Ontología del derecho. 3. La coprogramación definitoria del derecho. **VI.** Expresión final.

## Palabras preliminares

La declinación del derecho, ya denunciada por el jurista George Ripert (1863-1936) prosigue sin detenerse. Preanuncia que no es posible reconstituir el derecho en su plenitud, vulnerando sus logros y principios con fórmulas retóricas desprovistas de contenido real, a las que se recurre para suscitar pasiones políticas e intereses subalternos.

El problema radica en las relaciones e intereses político-sociales de los ciudadanos, los cuales hacen concesiones, prescindiendo de las nociones fundantes de lo justo y lo injusto, sobre lo debido y lo indebido, perdiendo el derecho, vigencia, credibilidad y vigor.

Nuestra tarea -modesta por cierto- procura recomponer los principios primigenios y fundantes del derecho, vertebrante en la estructura social y jurídica en la cual vive el hombre, partiendo desde el hombre mismo.

Abordamos nuestra tarea desde la filosofía conforme al alcance y caracteres que le asignamos a la "Filosofía del derecho", cuyo epígrafe, fiel a su semántica, lo enmarca como una rama de la filosofía general, por lo que se impone un previo conocimiento filosófico, para reubicarse en el derecho, rescatando aquello aplicable a él.

Nos consideramos reclinados en favor de una filosofía de tendencia realista, en la dirección aristotélica, con la reposición contemporánea de Nicolai Hartmann (1881-1950) y aportes de Martín Heidegger (1889-1976).

Se hace necesario verificar y repensar algunas nociones que conciernen al hombre, a la realidad societaria y a lo jurídico.

Al referirnos al hombre y a la sociedad, no marginamos al "yo", al "co-yo" (como labor entre muchos) y a lo espiritual". El "yo" es presencia nuclear en la constitución de cada individualidad humana.

En cuanto al espíritu, es éste una composición que excede al mero "yo" y, por supuesto, a él pertenece lo definitorio de lo humano, sin desconocer la complementación de "psoma" y la "psique".

Tampoco se desconoce la inmersión de sus individualidades en la co-espiritualidad programática de las formaciones colectivas de su "ser" en un mundo humano.

El hombre como "ser social" conlleva, como un rasgo esencial de la persona humana, su estructura social y su estructura jurídica, lo que configura necesariamente el ser sujeto de derecho y sujeto de deberes.

En nuestra incursión en la filosofía nos detenemos en la temática de “las categorías” y extraemos de la tabla de éstas, de Nicolai Hartmann, las categorías de la **“armonía-pugna”**.

Explicitamos con precisas referencias la aplicación de las mencionadas categorías en el derecho y sus principios.

Consideramos necesario una exposición previa del hombre, desde una ontología del ente humano, a fin de develar los principios nativos del derecho. Así consideramos al derecho como una concreta coprogramación que reúne dentro de sí caracteres específicos y correlativa realidad humana<sup>1</sup>.

Las posibilidades de conductas deben ser asumidas como programas y coprogramas generados por los “yoes” en la interioridad insistencial y concretados en el mundo existencial.

Retornando a los principios y bases jurídicas en que se asienta el imperio de la justicia y del derecho entre los hombres, se revitalizan la jerarquía de bienes y valores de la coexistencia societaria.

## **I. Ontología del hombre**

### *1. Primeros vestigios del hombre*

Efectuaremos una sumarásimas explicitación sobre el ente humano, investigando las características propias que le confieren identidad y distinción, para que el ente sea.

El vocablo *investigar* proviene de la palabra latina *vestigium*, o sea, “huella”, “planta del pie”, “suela”.

La primera “huella” del hombre tal vez fue una piedra tallada, o una piedra pulida, la cual revela la presencia de un ser capaz de elaborar un objeto distinto de los de la naturaleza.

Esta “huella” inicial devela el alba dudosa del hombre, que se aproxima al millón de años.

Estos objetos, obra del hombre, se conocen genéricamente como cultura, en oposición a lo existente que se conoce como naturaleza.

Este suceso fue el precedente originario para que los objetos del universo se clasifiquen en naturales y culturales. Así el derecho es un objeto cultural porque es una creación del hombre.

Transcribimos la notable anécdota del escritor, político y pensador francés Andrés Malraux: *“Yo obtuve un pequeño éxito el día en que dije en el ‘Consejo de Ministros’ que era el único que ignoraba qué cosa realmente es la cultura. Pero la cultura, en definitiva, es lo que ha hecho del hombre algo más que un simple accidente de la naturaleza...”*.

### *2. El mito. Primera etapa de la vida del hombre*

En su primera forma, la vida del hombre se aproximaba a la convivencia animalesca, instintiva, repetida siempre con modelos hijos.

El grupo mítico no sólo lo componían hombres, también lo integraban animales, plantas, astros, el cielo, la luna, el sol; es decir, todo lo que es queda entramado en una compacta impregnación. No hay individualidades

humanas como centro de iniciativas; la colectividad modela y enclaustra a todos. Hablaban en “nosotros”.

Lo sagrado lo embebía todo; esta peculiaridad se manifiesta porque para ésta la porción geográfica del grupo constituye una zona elegida por la fuerza sagrada, la montaña vecina era el recinto de algo divino, la crianza era un don divino.

Desde lo sagrado y misterioso fundidos en la conciencia colectiva emergían las normas regulativas de la conducta, las festividades, el ciclo del tiempo, las estaciones; todo ello como algo divino sin que todavía existiera una captación intelectual.

En una etapa más avanzada por un espontáneo desarrollo interior, el hombre transmuta en categorías antropológicas y se muestra en que éste convierte de inmediato las cosas de su entorno en paisajes, en escenarios, en divinizaciones, en lugares de estar, en elementos utilitarios.

### *3. El derecho en el mito*

Los conceptos normativos aún no se distinguen entre moral, derecho, divinidades; todo se englobaba en forma unificante.

Sus prescripciones comprenden tanto al hombre como al animal, las plantas; consecuentemente, los animales recibían los castigos cuando transgredía.

Las notas primarias del derecho tienen un sentido coherente con la vida mítica, pues las obligaciones no son impuestas por los hombres, sino por lo sagrado, que es el origen creador y conservador de todo. La transgresión no lo es de una norma humana, sino de la colectividad divina, quien impone el castigo.

Lo justo era lo que disponía cómo se ordenaban las fuerzas sagradas. Lo injusto era la transgresión.

### *4. Pre-historia*

Esta forma de vida mítica se prolongó con largueza en el tiempo. Por eso fue muy difícil avanzar desde los primeros tramos para reconstruir el hacer del hombre.

Por largos milenios el hombre se encuentra estancado en su realización. Las impresiones del mundo exterior no ligan ni retienen objetos, antes bien se muestran como un transcurrir continuo y vertiginoso de impresiones de la sensibilidad que, al no fijarse, se tornan evanescentes, se esfuman.

Este fluir vertiginoso de impresiones fugaces se muestra como un mundo sin memoria, sin tiempo, un mundo que se aproxima sólo al presente.

Este transcurrir del hombre en esta etapa incipiente ha dificultado la reconstrucción histórica, aproximándose a una etapa del hombre a-histórica.

## 5. La superación del mito. Karl Jasper y el tiempo eje de la historia

La superación del mito se inscribe como el suceso asombroso donde ha surgido la fuerza fecunda de transformación del hombre que potencia el mundo en el cual vivimos.

La teoría del “tiempo eje de la historia” representa el gran aporte del filósofo Karl Jasper (1883-1969) en su obra *Origen y meta de la historia*.

Jasper introduce la expresión “tiempo eje de la historia universal” para determinar el fin de la “Edad Mítica” que con largueza se extendió aproximadamente 900 milenios, teniendo en cuenta la antigüedad del hombre en un millón de años.

Considera universal porque es coincidente con China, India y Occidente.

En China se genera el nuevo horizonte del pensar cultural y filosófico con Confucio (559-479 a.C.), en la India el Buda (s. VI a.C.) con las nuevas direcciones filosóficas.

En Grecia elucida el **Logos** contra el mito, generando el desarrollo espiritual de la filosofía, el arte, la ciencia, el derecho, la constitución, el demos, la polis... Origina Occidente, la civilización occidental a la cual pertenecemos.

Para Jasper, este eje de la historia universal se encuentra situado hacia el año 500 a.C., en el proceso espiritual acontecido entre los años 800 y 200 a.C. Allí es el corte más profundo de la historia; allí tiene su origen el hombre con el que vivimos hoy.

Se supera la estructura psicossomática, se libera de las ataduras de su condición biótica y de su naturaleza física en que el hombre vivió enclaustrado.

La etapa mítica con su inmovilidad, llega a su fin.

Con esta liberación espiritual, el hombre se eleva a la conciencia de la totalidad del ser. Es consciente de sus límites y la carga de la vida y el mundo.

Esta total transformación de la existencia humana fue obra de la espiritualización.

## 6. La interioridad insistencial

Por una evolución natural acontece en el hombre una lenta transformación que ilumina su propia “interioridad”; este despertar interior genera la conciencia, conciencia de sí, autoconciencia.

El hombre se desprende de la originaria compactación grupal mítica y encuentra su individualidad; el hombre “se sabe”, “devela” su individualidad ontológica.

La filosofía que estudia la interioridad del hombre se conoce como “insistencial” (de la voz latina *insistere*, que lleva implícita la idea de “interioridad”. El primitivo significado de la proposición “in” en el antiguo latín es de explícita interioridad -hacia dentro-).

El hombre autoconsciente, consciente de sí, acuña el vocablo “yo”.

La entidad interior-insistencial se conoce como “espíritu”, siendo el “yo”, el núcleo del espíritu.

Rescatamos la honda significación del espíritu como lo propiamente humano, que le da identidad y distinción, para que el hombre sea.

El hombre porta el "yo", el hombre es el "yo" y lo expresa en cada acto de su vida, habida cuenta que potencia, el conocer (yo conozco), el querer (yo quiero), el sentir (yo siento), el crear (yo creo).

Resumiendo, en el itinerario de la evolución del hombre, se aparta del "nosotros" grupal, mítico, develando el "yo" individual, libre.

### 7. La intimidad

Además de los apuntados componentes de la interioridad insistencial (el yo y sus potencias), también emerge en el escenario de su vida interior la "intimidad", que tiene su morada en la profunda penetración interior; la intimidad es el superlativo de la interioridad. Es la ultimidad íntima de cada hombre, cuyos rasgos característicos son la ocultedad, la reserva. Es impenetrable, inviolable.

### 8. La personalidad

El espíritu, con su yo nuclear, distingue a cada hombre como una entidad única e irrepetible.

El componente espiritual que dimana del "yo" como el "pensar", el "sentir", el "querer" es único de cada hombre, puede tener afinidad o coincidencia con otros yoes, pero no hay igualdad, siempre hay notas diferenciales.

Emilio Estiu, profesor de Humanidades de la Universidad de La Plata, la define: *"La personalidad es la afinidad que cada hombre en su radical individualidad tiene con las posibilidades programáticas de lo humano, lo cual implica la relacionalidad con los otros hombres, sus haceres y los demás reinos del universo"*.

La personalidad habla del "yo", le pre-indica la afinidad consigo mismo, que diseña su vida interior y su convivencia con otros yoes.

### 9. La ética

También en la vida insistencial está presente la ética.

La ética procede de la voz griega *ethos*, como "carácter", "manera de ser". En su uso se asimila a moral (de la voz latina *moralis*, derivado de *mos*, "costumbre").

Se muestra como una "perfección" (lo bueno) que se graba en el "yo". No obstante conserva su rasgo advenedizo, mudable e inestable, atento a que el yo es "libre".

La ética es una programación consigo mismo. Es el propio "yo" que se autoimpone haceres, que se autolimita en términos de lo que debe hacer y lo que debe "no hacer".

La ética se prediseña como una creación propia, conservada y perfeccionada desde el "yo" que tiene presencia dentro de una realidad conductual.

La ética como modelo de conducta surge desde el yo. Pero por el modo de vivir de otros en la convivencia se ve privada de la reflexión valiosa propia a la manera de una vida impersonal.

No obstante, no puede desconocerse la conducta de hombres volcados a ceñir su “yo” en una vida perfectamente ética.

En el horizonte de la filosofía del derecho se hace necesario tener presente el pensamiento de Aristóteles, explicitado en sus obras de ética. Específicamente, en su *Ética a Nicómaco* cuyo quinto libro dedica enteramente al tema de la justicia.

En la dirección del Estagirita consideramos al derecho como una especificación de la ética que tiene a la justicia como principio.

## 10. La existencia

En nuestra tarea investigativa sobre el hombre hemos referido con suma brevedad la vida interior o insistencial, la morada interior del hombre. Pero el hombre no puede vivir ocluido, cerrado dentro de sí. El ente humano también es un ser abierto, un *ex-sistente*, un *ex-sistere* (del latín significa “fuera de”, derivado de existir, en latín *existere*, “salir”, “aparecer”).

El “yo” fuera, existente, enfrente a la realidad, cosas, animales, plantas, ríos, montaña. A esta multiplicidad Heidegger la unifica con el vocablo “mundo”. El hombre es un *da-sein*, “ser ahí”, “ser en el mundo”.

El mundo como un supuesto continente en el cual el *da-sein* existe en relación con el mundo.

Extraemos de Hartmann: “... así resulta mucho más neto aquello a que tiende Heidegger, el ser abierto del mundo, por ‘ser a la mano’. El mundo no me está abierto como nuevo ‘mundo circundante’, ni mucho menos como en cada caso ‘mío’, sino como el único mundo real en el que se localizan todas las personas”.

## II. Las categorías

### 1. Tabla de categorías de Nicolai Hartmann

La filosofía del derecho es una rama de la filosofía general. Por eso, en primer término se hace necesario el previo conocimiento de la filosofía y, en segundo término, reubicarse en el derecho para aplicar los fundamentos y principios aplicables a él.

Los operarios de la filosofía le han otorgado especial significación a la temática de las categorías o principios precisados por Aristóteles, luego explicitados por Kant.

En la actualidad contemporánea, Nicolai Hartmann se aparta de la metodología de Aristóteles y Kant, presentando una tabla de categorías opuestas y abiertas, en doce parejas <sup>2</sup>.

1. Principio - *Concretum*
2. Estructura - Modo
3. Forma - Materia
4. Interior - Exterior
5. Predeterminación - Dependencia
6. Cualidad - Cantidad
7. Unidad - Multiplicidad

## 8. Armonía - Pugna

9. Oposición - Dimensión

10. Discreción - Continuidad

11. Sustrato - Relación

12. Elemento - Complejo

Escogimos las categorías. Sobre éstas Hartmann efectúa copiosa tematización, manifestando bajo el título **“La repugnancia real y la contradicción”**: *“... Se trataba de saber a qué atenerse acerca del mundo en que vivimos, de la afirmación o negación de este mundo, del optimismo o el pesimismo. Pues lleno de contradicciones... lleno de injusticia, maldad... Tal era lo que se llamaba la imperfección del mundo. Ahora bien, la raíz de ésta se veía en la íntima desarmonía, en la pugna de poderes hostiles. La pugna no es contradicción, sino el choque mutuo de lo incompatible en el mundo real (repugnancia real)...”*.

## 2. Las categorías de la armonía y de la pugna, y del derecho

Hartmann define a las categorías como *“principios comunes a todos los estratos de lo real. Forman la base unitaria del mundo real entero”*.

Este principio nos habilita a la aplicación de las categorías **armonía-pugna**, no sólo a la naturaleza u objetos naturales, sino también al hombre y sus creaciones u objetos culturales. En nuestra investigación, al derecho.

Ese condicionamiento opera en verdad sobre toda la sociedad en que se encuentra enclavado el derecho, y a través de ella incide sobre éste, que es una obra de ella, integrada por hombres; en efecto, para que haya sociedad es necesario también que exista como mínimo la armonía de los yoes que constituyen su trama nuclear. El “querer estar juntos” de dichos yoes entraña una ausencia de pugna total y, por ende, una mayor armonía.

La sociedad es una integración de hombres. Estos son sus “elementos”. Entre ellos propenderá una armonía, una compatibilidad capaz de contrarrestar los factores disgregantes, y esto da lugar a la agrupación y a la persistencia en ella. Cuando, por el contrario, en la sociedad, propenderán las fuerzas pugnantas, ésta se extingue, sin perjuicio de que sus “elementos” pasen a ser partes de otra sociedad o den lugar a una nueva sociedad.

La armonía es congruente, lo compactante, lo que conglojera, lo que da perduración a las concreciones. Las formaciones de los estratos, lo justo, en tanto formaciones, están favorecidas por la armonía. Esas entidades podrán ser más o menos rígidas, más o menos duraderas, pero, si hay conjunción de elementos, de fuerzas, de funciones, de actividad, de fines, todo ello conformado, quiere decir que en esas entidades prepondera la armonía, frente a la pugna.

La pugna destruye las concreciones armónicas, o las debilita, o las tiene en constante asedio. Pero cuanto la pugna destruye algo, la armonía de nuevo recompone con lo desmembrado; o repone otras concreciones en su lugar.

A nosotros nos interesa investigar qué ocurre con la incidencia de la armonía y de la pugna en la concreción derecho. Para con éste se reitera la exigencia común para todos los estratos y formaciones, o sea. El derecho es



a partir de una armonía preponderante. Sin ésta no logra nacimiento y perduración; y, además, sin la prearmonía de la sociedad en la cual el derecho aparece, carecería de cimiento para implantarse y persistir.

Una base funcional armónica da sostén al derecho. Si aquélla se destruye, el derecho se desploma. En efecto, si entre los hombres que integran una sociedad emergen rivalidades, odios profundos, desencuentros violentos, anulación de los principios elementales del convivir en común, o de la “moral colectiva”, etc., el derecho no puede existir.

Quedémonos en la esfera del derecho. Se observa en él que, su fuente creadora (el “nosotros jurídico”, que es la mera modulación del “nosotros social” puesto a elaborar la obra jurídica) y sus fuentes delegadas (“legislador”, “juristas”, etc.), al asumir la obra derecho o, si se quiere, al elaborarla, cuentan con la ineludible presencia de la categoría de la pugna.

La **transgresión** es el momento de inserción de la pugna **en la** armonía **elaborada** por el derecho. Este quiere mejor asegurar la **armonía** que corresponde a las conductas que los hombres de la sociedad tienen por compatibles, por concordantes, por ajustadas (es decir: justas). Empero, su realidad jurídica, como toda realidad, se halla siempre asediada por la **pugna**.

En el “derecho penal” esto se observa con nitidez. Los hombres reunidos en sociedad implican de por sí una preponderancia de **armonía**; sin embargo, dentro de la misma sociedad, hay quienes delinquen, quienes tienden a destruir, a romper, esa concordancia humana. Al elaborarse el derecho, los integrantes han convenido en asumir obligaciones que responden a la conciliación social, armonizante, o sea: “debemos no matar”, “debemos no lesionar”, “debemos no abandonar a las personas incapaces”, “debemos no injuriar ni calumniar”, “debemos no raptar”, “debemos no privar de la libertad a nadie”, “debemos no hurtar ni robar”, “debemos no cometer falso testimonio”, “debemos no encubrir”, “debemos no cometer fraudes al comercio y a la industria”, etc., etc. Pero al asumir esa multiplicidad cimental de obligaciones, por hacerlo con alcances y estructura jurídica, han previsto la posibilidad de la transgresión, y por eso han previsto también el procedimiento restaurador, reparador respectivo.

Nadie duda que, indefectiblemente, alguien habrá de transgredir, y esta certeza proviene de la común experiencia humana, la cual día a día es enfrentada por esa “fuerzas” pugnantas que asedian lo armónico de todas las concreciones, humanas o no. Una sociedad numerosa sabe que, en su recinto, año tras año, se producirán homicidios, lesiones, hurtos, estafas, abandonos de incapaces, extorsiones, etc. O sea, que la propia sociedad conlleva la pugna. Siempre que los factores armonizantes sean superiores, la sociedad perdurará y la pugna quedará contraatacada.

Como la armonía es preponderante (así lo creemos por nuestra parte), dentro de la obra derecho la actividad transgresora no supera al comportamiento de los hombres que ejecutan las obligaciones basamentales asumidas. Si la gran mayoría cometiera homicidios, lesiones, hurtos, estafas, etc., la pugna reinaría y, en tal caso, no habría derecho, ni sociedad, un mundo caótico.

El derecho es, en gran medida, un procedimiento de la sociedad para combatir la pugna; y su forma de combatirla es el empleo de las medidas de seguridad, de prevención, de “sanción” (coactivamente utilizadas) con el concomitante cometido de “reparar”, de “restaurar” las rupturas producidas por aquella. Es decir, el derecho busca rehacer la armonía cuanto ésta ha sido deteriorada.

A su vez, hay que reparar que, en lo social, o en el recinto del derecho (que es, al fin de cuentas, una parte de lo social) cada hombre no es en sí mismo un factor completo en pugna.

Ciertamente, los delincuentes más ampliamente dedicados a transgredir, no constituyen una serie indefinida de actos ilícitos. El asaltante, después de su delito convive con sus familiares, con sus vecinos, con el dependiente de un restaurante, con el empleado de un comercio, con el transeúnte, etc., y, en esos actos, lo hace armónicamente, sujetándose a usos y costumbres e incluso al derecho. De modo que ese delincuente es pugna en determinadas situaciones, muy parciales, dentro de la totalidad de su comportamiento con los otros.

Las escenas de pugna casi total son las que se generan más bien en el caso de los dementes furiosos. Sea por la pérdida de su autodomínio, sea por su continuado comportamiento agresivo, no queda margen para conciliar con él, no quedan tramos para armonizar con su vida; y es por eso que el derecho prevé su separación del medio social, del medio familiar y su ubicación en un recinto de seguridad.

El derecho entonces prevé la pugna, la caracteriza, y se hace cargo de la manera de combatirla para que prepondere la armonía. Los hombres que se han sujetado a un derecho saben, por la inherente labilidad de su voluntad, y por la inherente incidencia de la pugna, que siempre habrán de darse conductas transgresoras.

Es claro que la afirmación que hace de la pugna una categoría no debe provocarnos una desviada interpretación en cuanto al hombre y a la responsabilidad. No obstante la incidencia de esa fuerza desgarrante, entre los hombres, y es lo propio del derecho, ellos se han impuesto combatir la pugna, y la primera arma es el compromiso de ajustarse a las obligaciones asumidas. Cumpliendo las obligaciones se combate la pugna (o sea, la transgresión), y es inherente al derecho, sobre todo, esto de hacer responsable al autor del delito, e impedirle propiamente que invoque aquella fuerza "cósmica", o el "destino", o la "fatalidad". Aquí nos hallamos en una cuestión extrema, de índole metafísica.

### **III. La conducta del hombre**

#### *1. Acto espiritual de creación de conducta del hombre*

El hombre nace y existe dentro de un orden social y dentro de un orden jurídico.

La obra derecho implantada en la sociedad total acopia dentro de sí, en su aspecto material, esas relacionalidades originales que se dan entre los hombres. En efecto, esos "yoes" no están aislados, distanciados, ausentes unos de otros, sino interconectados desde su inicio. Cada hombre aparece en un recinto espiritual que le precede como la familia, la vecindad, etc., y como abierto y ligado con los demás, tanto desde su "yo" al yo de éstos, como en las co-conductas que se entranan y entretejen.

En primer lugar ponemos al descubierto qué ocurre en el proceso creador de conductas. Extraemos los elementos componentes y el modo en que son aprovechados y dirigidos por el yo creador de ellos. Se originan en situaciones simples que se adquieren en la primera etapa del aprendizaje, como el oír, ver, tocar, gustar, comunicar.

En una etapa más avanzada, visualizamos un hombre adulto enclavado ya en un medio social, lo que significa descubrir en él un alto conocimiento práctico, una plenitud de sus potencias y el dominio de sí mismo y de su "yo". Este hombre sabe lo que es ascender a un tren, subir a un ascensor, hablar por teléfono, saludar, etc. Esto nos indica que un hombre tiene delante de sí, tal como lo fija el lenguaje común, "esquemas" de conductas.

Ahora nos es factible ir deslindando dos momentos: por un lado, está el "yo" con sus potencias abiertas al contorno y, por el otro, las figuras de las diversas conductas acuñadas conceptualmente.

Ese yo en su interioridad contiene el saber de una multiplicidad de posibles conductas, saber qué conlleva en su haber, mientras irrefrenablemente sigue conduciéndose en su medio social y con las concreciones de los otros reinos del universo.

Cuando el "yo" pasa a otra conducta respecto a aquella en que se encuentra, ese "yo" comienza "queriendo" esa conducta.

Ese yo quiere "subir al ascensor" u "oír una canción" ese yo puede querer simplemente esas conductas, pero también puede proponérselas como su "fin". Las quiere y las hace su fin y al propio tiempo, ese "yo" desde su interioridad se señala "los medios" a los cuales debe recurrir para arribar al "fin" propuesto.

Además de lo preindicado hay que asumir la totalidad de esa conducta, o sea, hay que convertirla realmente en lo que se debe hacer.

Se hace necesario tener presente que esta elaboración acontece en la interioridad insistencial.

Para que haya una conducta en su realidad tiene que ofrecer su real principio de ejecución y, éste emerge cuando el esquema "fin-medio" queda unido, atado al "yo" por la decisión de éste que lo convierte en un "debo hacer". Justo en ese instante comienza la "ejecución", la "actualización" del esquema, y todo ello se transmuta en una "conducta concreta".

Ese yo queda así "programado", su realidad se muestra como "yo debo hacer la conducta".

Ese programa es un ingrediente vertebrante dentro de la conducta. Es necesario ir y prefijar el itinerario que tiene que recorrer el "yo"; es lo que conduce al "yo", por eso es "conducta."

En toda conducta, el "yo" se impone un hacer, se impone ciertamente un "deber". Este es ininterrumpido "deudor" para consigo, pues cuando llega al fin tiene que seguir en otro "deber hacer".

El hombre puede llevar en su interioridad proyectos para un futuro, con alcance imaginativo, fantasioso... Debajo de ellos lo importante es advertir que el "vivir", el ir desplegándose en la vida es una suerte de programación en "acto".

En todo hombre hay programas anudados a su "yo", de ejecución condicionada, pero de fuerte poder modelante de su vida. También hay programas de más lejana y dudosa ejecución y hay programas que son la dosis de ilusión de esperanza infaltable en lo humano. Todo ello está en el hombre, pero se sostiene en el cimiento de programas reales, insertado en el programa elegido como medio y fin.

Lo que antecede es una visualización de un hombre en el horizonte de una realidad social presente en la conducta como nacida desde su "yo" y asumida, estructurada y ejecutada desde sí.

Siguiendo el impulso decisivo del hacer, el “yo abierto fuera” (existente) en el mundo se hace presente también al próximo (prójimo) que genera una nueva estructura hecha entre dos.

Hay dos “yo” que se convierten en “co-yo”.

Originariamente hay sendos programas que se convierten en co-programas.

La multiplicidad de “yoes” en la realidad social genera la co-vida como la convivencia societaria.

Se hace necesario patentizar que el propio “yo” proyecta (programa) en su interioridad, como la morada que contiene el “acto” que representa la vida del hombre que proyecta los medios y fines enclavado en el tiempo y el espacio.

Heidegger señala la inherencia del proyecto en lo constitutivo de lo humano y su vinculación con el tiempo. Esto es, precisamente, una “proyección”, un proyectar, vocablo que es derivación del latín *jacere* (“arrojar”), y el *projectare*: “lanzar adelante”.

Ahora bien, la ejecución de ese programa asumido lo hace realidad el propio “yo fuera”.

El yo recorre el itinerario para concretarlo en realidad. Es absolutamente necesaria la actividad programática que efectúa el “yo” en la interioridad, como previo a su ejecución en el mundo.

La vida del hombre constituye un fluir programático.

Prescindir de esta puntual actividad programática del “yo” para hacer obrar, equivale a ser arrojado al “vacío”, al extravío del hombre en el mundo.

#### **IV. Exteriorizaciones del derecho en la realidad social**

Cuando salimos a descubrir en la realidad de la convivencia de los hombres, qué es el derecho, nos encontramos con que hay, ciertamente, figuras conductuales, instituciones, haceres, obras, que se distinguen con una peculiaridad que las agrupa y las aparta como algo que reúne una particularidad distintiva.

Entre esas conductas que son algo vivo, real, en las sociedades, encontramos esas formaciones que en el lenguaje cotidiano de la sociedad se denominan: accidentes de trabajo y de tránsito; actos de comercio, de ilícitos, de última voluntad; amparo; arrendamiento; reparación de daños y perjuicios; contratos... y podemos acumular otras referencias, como ser: defraudación; delitos; embargo, hipoteca; hurto; lesiones; legítima defensa; norma jurídica, etc..

Cada uno de los vocablos precedentes apunta a una realidad humana, pues él, el vocablo, ha nacido desde esa realidad que es lo primario. Es innegable que cualquiera de nosotros ha observado alguna vez el suceso de que un hombre lesione a otro, que el agresor sea remitido compulsivamente por la policía ante el juez, y que desde ese hecho se generen consecuencias de índole especial.

También advertimos en la realidad social que estamos enmarcados a través de reglamentaciones generales que se refieren a nuestro comportamiento.

Advertimos que estamos insertos en “códigos civiles”, “códigos penales”, “códigos comerciales”, “códigos laborales”, “códigos de tránsito”, etc. Por momentos nos parece que esos códigos son simplemente “libros” en los cuales se han consignado las normas que deben respetarse; pero, si ahondamos un poco, descubrimos que nosotros mismos estamos conformados por esas normas y que ellas, en consecuencia, son elementos integrativos de nuestra propia realidad espiritual. Nosotros, en convivencia, somos la “realidad código”. Y eso mismo vale con la estructuración de las “constituciones”.

Sintetizando, el hombre, el ciudadano, en la convivencia, en la realidad cotidiana, se comporta en su pluralidad de actos, de acuerdo al contenido de esos “códigos: el acto de comprar cigarrillos en un quiosco, pagar y recibir el vuelto; el acto de frenar el automóvil con la señal roja del semáforo; el hecho de concurrir al registro civil para anotar al hijo recién nacido, son sucesos de la vida diaria conforme a derecho, pero ningún ciudadano lleva el código para consultar y ejecutarlos.

Se explica por qué estamos programados - co-programados en nuestra interioridad, portando el derecho como elemento integrativo.

## **V. Ontología**

### *1. La filosofía es una obra humana que se realiza en dos etapas: la ontología y la metafísica*

La ontología indaga sobre el ente, “todo lo que hay”. El límite del ente es el no-ente. La metafísica se ocupa del no-ente y su conocimiento debe avanzar, más allá de la física, más allá del ente de lo *concretum* y sus “principios”.

La expresión *ta meta ta fisica*, es el nombre para el quehacer de la metafísica.

Aristóteles en su filosofía primera nos expresa: *“hay una ciencia que estudia el ente en cuanto ente y los atributos que esencialmente le pertenecen”*.

Entendemos que la filosofía primera se inscribe en la primera etapa del filosofar, o sea, en la ontología.

También debe considerarse que para el estagirita, la filosofía primera debe investigar las “causas primeras” del ente.

La ontología al procurar el conocimiento sobre el ente, se instala sobre las concreciones, *concretum* y sus “principios” para precisar “lo que es”.

Lo *concretum* se encuentra bajo el dominio de “principios. Conforman un dualismo fundacional del ente.

Es un conocimiento de “principios” se entiende que son principio de algo, justamente de lo *concretum*.

Hartmann nos dice: *“Los momentos que pueden indicarse con mayor facilidad como esencia del principio corresponde consecuentemente en lo ‘concretum’... principio es aquello por lo que puede comprenderse lo ‘concretum’ o, por lo menos, un determinado lado de ello... la relación ontológica fundamental: principio es aquello en que descansa lo ‘concretum’. Un claro destacarse el principio y lo ‘concretum’ frente a frente*

*lo presenta propiamente tan solo la esfera real” (Ontología, Fondo de Cultura Económica, t. III).*

La filosofía del derecho siguiendo el itinerario de la filosofía general se divide en ontología del derecho y metafísica del derecho.

## 2. Ontología del derecho

La ontología del derecho, en las ultimitades de su investigación responde al interrogante ¿Qué es el derecho?, precisando las exteriorizaciones y concreciones ontológicas en procura de determinar el ente derecho.

Este acceso a la ontología jurídica se cumple desde la filosofía general, la que le aporta verdades fundamentales, entre ellas, un conocimiento acerca de la naturaleza del ente humano, pues el derecho es una obra creada por el hombre, programada para vivir en sociedad bajo el sostén que le proporciona la armonía y la justicia.

El devenir del derecho es consecuente con el fluir de la historia. Esa dinámica jurídica perfecciona el sentido de progreso de éste en las distintas etapas históricas, regida por el principio *mutatis mutandi*.

Pero los principios acopiados con la experiencia histórica conforman los cimientos hondos fundantes y sostén del derecho más allá del tiempo histórico como la ética, la armonía, la igualdad, la libertad, la justicia, etc..

No marginamos los principios específicos del accionar jurídico que operan como garantía de él.

Extraemos de Hartmann: *“Todo ser espiritual está en flujo. Tiene historia. La historia no es, sin duda, historia del espíritu, pero sí siempre “también” historia del espíritu. Sin el factor espíritu no se diferencia fundamentalmente del curso de la naturaleza..., lo que de un modo efectivo se mueve, transforma y desarrolla históricamente, son las formas espirituales autocreadas de los pueblos: el **derecho**, la política, las costumbres, el lenguaje, el saber, etc. Son siempre formas de una comunidad” (Ontología, Fondo de Cultura Económica, t. III, p. 28).*

## 3. La coprogramación definitoria del derecho

En concordancia con lo explicitado y sus referencias, consideramos el derecho como una basamental coprogramación jurídica fundacional, en un complejo que se origina en la realidad plural co-yo, la cual en su hondura congregante, “sociedad política”, han co-decidió raigalmente convivir conforme a derecho. Al constituir el derecho co-deciden que todas las relaciones entre sus miembros se regirán por co-obligaciones y co-facultades.

Estos pilares básicos y fundantes del derecho (co-obligaciones y co-facultades), regirán la armonía social asegurando su cumplimiento.

Ahora bien, considerando que el hombre es el ser espiritual “libre” y al ser libre esa condición puede vulnerar e interceptar al derecho programado en el reino de la armonía; puede introducir la pugna.

Ante esta imperfección transgresora y pugnante se hace necesario la intervención restauradora del derecho para recomponer la armonía ante la instancia jurisdiccional.

## **VI. Expresión final**

Prologamos esta comunicación con la ***“declinación del derecho”*** preanunciada tempranamente por el jurista George Ripert.

El siglo XX exhibe los grandes desencuentros del hombre, no sólo el trágico suceso del mundo en guerra, sino también la condena a la marginación y la pobreza de millones de seres humanos.

No marginamos la destrucción de las condiciones de vida del planeta Tierra, que al decir de Heidegger, *“es la morada donde el hombre realiza su destino histórico”*.

Con referencia al derecho, se patentiza exhibiendo la vulnerabilidad y abandono de los logros conquistados por la experiencia histórica. La gravedad que significa la ruptura de los principios hondos y fundantes del derecho.

El interrogante es si el hombre ha tomado conciencia o vive la inautenticidad heideggeriana sin querer asumir su propia realidad de esta orfandad trágica que nos toca vivir.

Notas:

<sup>1</sup> Seguimos el pensamiento del Dr. Abel J. Aristegui, quien introduce el principio co-programático para definir y desarrollar el derecho.

<sup>2</sup> N. HARTMANN, *Ontología*, Fondo de Cultura Económica, t. III, ps. 255/6.

## LE DEDOUBLEMENT DU SUJET: ENTRE SUJET JURIDIQUE ET SUJET SOCIAL \*

JEAN-MARC TRIGEAUD

Le "sujet" est au centre de cette approche.

Certes, tout sujet ne désigne pas forcément *l'homme*.

D'après la tradition de pensée philosophique remontant aux Grecs et transmise au droit romain, au droit qui nous sert toujours d'inspiration latente, il peut s'entendre plus largement des *choses* où s'inscrit l'homme; il peut ainsi viser ce qui est "non humain" en l'homme, la *chose humaine*, à condition d'en chercher et d'en percevoir la référence la plus stable, l'identité en somme, le "transcendantal", ou *l'être*, - ce "sous-jacent", ce "sub-sistant", comme l'enseigne encore une réflexion métaphysique.

Mais, dans le champ du droit et du politique, il semble que ce sujet soit avant tout devenu l'homme. Car non seulement l'homme est l'"auteur" du phénomène culturel "droit" ou "politique", mais il en est aussi le "destinataire" ou le bénéficiaire exclusif.

Or, si le sujet est bien l'homme, et *l'homme individuellement d'abord*, et non l'homme collectivement, c'est-à-dire à travers une institution, ou ce que les juristes appellent une "personne morale"; s'il est l'homme tel que le droit et l'Etat le prennent pour objet, cet homme n'entre successivement sur les scènes juridique et politique, qu'en pratiquant une dissociation interne *entre deux aspects de lui-même*.

D'un côté, il apparaît, en effet, dans sa "personnalité" (ou sa "capacité", capacité dite de "jouissance", *ie* son aptitude à obtenir des droits et à être "personne juridique"); et, de l'autre côté, il s'affirme dans sa "citoyenneté" (sa possibilité d'être représenté politiquement, par le vote notamment).

Le premier aspect est bien sûr plus vaste que le second; il possède une portée *universaliste*, étendue à tous, "à tous les vivants sur la place publique" (selon l'expression d'Euripide).

Le deuxième aspect revêt une portée *généraliste* plus réduite.

L'homme émerge alors dans sa *subjectivité* ou sa qualité de sujet; mais, quelle que soit la dimension *universaliste* ou *généraliste* qu'il assume, il ne se présente jamais ainsi *qu'en tant qu'acteur ou personnage*.

D'où le problème qui se pose aussitôt.

Qu'advient-il à la fois de son mode d'existence spontané, en société, et de sa personnalité profonde, en ce qu'elle indique de plus inaccessible au regard des autres? Qu'en est-il de ce qui dépasse en l'homme l'approche du droit et du politique derrière les apparences socialisées qu'il révèle? Dans quelle mesure l'homme, - l'homme qui s'implique dans le mécanisme d'un droit qui le régit et qui s'en remet au politique qui assure sa défense -, ne se prive-t-il donc pas d'une part essentielle de sa nature, que ce soit dans sa vie sociale ou dans sa vie individuelle et intime?

\*

L'on ne saurait toutefois l'ignorer: ces données en apparence réfractaires au droit et au politique n'en sont pas moins enregistrables par



eux, à la “négative” en quelque sorte, et à des fins protectrices, même si leur définition relève *d’elles-mêmes* ou du principe qui leur est propre, et non du droit, ni *a fortiori* du politique, dont l’usage est censé se régler sur le droit.

Par là, le droit et le politique jouent une double fonction qui profite à la fois à ceux auxquels ils s’appliquent *comme à ceux auxquels ils ne s’appliquent pas*. Car la vie sociale et individuelle exige une protection immédiate, qui doit tenir à la seule existence suspendue à la personnalité juridique, et qui peut pénétrer par sa médiation au cœur de libertés jugées “premières”, et antérieures à la personne comme sujet munie de droits.

Une différenciation s’introduit par conséquent entre ce que l’homme est juridiquement et politiquement et *ce qu’il est au-delà*, dans un domaine qui ne marque aucun recoupement ni avec le droit ni avec le politique, bien que ce domaine soit placé sous leur indiscutable tutelle. Mais faut-il soutenir que, d’une part, l’homme est sujet, au sens d’acteur ou de personnage, interprétant des rôles abstraits préconçus, juridiquement et politiquement, et que, d’autre part, il serait plutôt *auteur libre*, n’étant lié qu’à lui-même, “vraie” personne, au sens du vieux “*dominium sui actus*” de l’Ecole de Salamanque (qui a permis d’asseoir la personnalité des Indiens d’Amérique) ou de la classique “subsistance” ontologique des métaphysiciens de l’existence (comp. chez J. Wahl)? La distinction manque de nuances. Le lien entre les deux personnes, entre la *personne-personnage* et la *personne existence singulière*, ou liberté radicale, dérive de la société, des rapports qui la caractérisent. Tout homme y apparaît nécessairement d’abord, qu’il le veuille ou non, comme personnage ou acteur, - même si un certain “d’abord” ontologique peut précéder le “d’abord” social.

C’est au fond le même comportement social qui est à situer dans deux perspectives.

Tantôt ce comportement qui s’établit en relation avec d’autres, avec nos semblables, est à saisir par l’intermédiaire du droit et du politique, en référence à un modèle implicite tenant à leur conceptualisation du monde; cette conceptualisation peut s’élever *de la généricité politique*, la “citoyenneté”, étroitement centrée sur une communauté ou forme de coexistence nationale donnée, à *l’universalité juridique*, qui est fondée sur la seule “personnalité” et étayée sur la “chose de tous” ou République, appartenant à tous les sujets de droit.

Tantôt ce comportement est à regarder différemment: il ne prend son sens qu’en référence à un principe dont il procure le reflet direct en son seul mode d’être culturel ou individuel, séparément du droit et du politique, instances qu’il respecte, mais dont il attend aussi qu’elles le respectent en dépit de leur incompétence à pouvoir le qualifier autrement que négativement.

Si je suis socialement, et d’emblée semble-t-il, tantôt je tombe sous le contrôle du droit et de l’Etat pour assurer ma conformité aux statuts qu’il m’accorde; tantôt je me soustrais totalement à leur prise, et mon être relationnel et social, qui traduit celui d’un personnage ou d’un acteur, ne se profile plus dès lors sur un archétype fixé par le droit et l’Etat, mais il suppose une culture qui les dépasse et une liberté existentielle qui en montre les limites.

Sans paradoxe, je puis donc être acteur interprétant un rôle adéquat à un statut juridique ou étatique, mais je puis l'être également comme interprétant une subjectivité qui ne repose plus à terme que *sur ma qualité d'auteur libre*, possédant une activité irréductible et originale, ce qui est l'indice de ma personnalité profonde et témoigne d'une véritable "culture", - si la culture est capable d'ajouter au monde une valeur, la plus *universelle* de toutes: la valeur de l'unicité (valeur *singularisant* celle, encore abstraite, attachée à la personne juridique).

Mais il ne s'agirait pas d'admettre que cette ouverture à la liberté humaine peut faire renoncer le droit et le politique à leurs exigences. Telle sera la liberté de création et d'expression ou de conduite de vie qui trouve ses bornes, naturellement, dans le respect de l'ordre public juridico-politique instauré, et qui ne peut se concevoir si elle est susceptible d'entraîner une atteinte à un bien simplement moral revendiqué par d'autres (une religion ou un simple patrimoine esthétique). Il va de soi que le discours qui s'empare du thème de la liberté d'expression est bien inconscient souvent de ce respect de la personnalité juridique de chacun, de ses droits fondamentaux, de sa dignité, et que ladite liberté trouve sa limite dans un tel respect qu'elle ne peut violer sans commettre un délit; et l'on ne saurait par là cautionner implicitement les coauteurs ou les complices intellectuels et matériels d'infractions accomplies en milieu politico-médiatique quand l'on est si prompts à s'inquiéter des conséquences délictuelles elles aussi, évidemment toujours disproportionnées, mais prévisibles, qu'ils engendrent à leur tour: c'est ce qu'en droit pénal l'on nomme habituellement pourtant le consentement de la victime inhérent à l'acte de provocation.

\*

Tout tend à prouver ici que la subjectivité humaine ne se donne précisément à voir que dans ce qui la relie à d'autres et qu'à travers une manifestation sociale. Et c'est en quoi il peut être fait appel aux compétences des sociologues et anthropologues.

Mais le principal problème posé par le droit et par le politique est très particulier. Ecartons le problème latéral, quoique très débattu par la philosophie du droit et la philosophie politique, de leurs rapports mutuels, problème tranché, on est porté à le conclure, par la reconnaissance d'un Etat de droit, où l'Etat assure la forme du droit, sa légalité, mais non son contenu, auquel il assujettit l'Etat sous le nom de République; il lui enseignera ainsi que la République peut être un "contrat" ou un "pacte" quant au gouvernement de l'Etat, mais qu'elle est originellement *une chose* définie et requise par le droit, et qui préexiste audit contrat, et l'oblige à en respecter la dignité et l'égalité préalable des termes: par exemple, on ne peut contractualiser par *consensus* (même suivant une voie référendaire de renfort) ce que l'on doit penser d'une culture, voire d'un pays, ou du sort de non nationaux.

Le problème à retenir est plutôt celui de la justice, et donc d'une valeur, qui est présumée faire *que le droit est droit* et que la politique qui le défend est celle de l'Etat de droit. Et le critère de la solution est simple. Il est fourni *par l'objet considéré lui-même: par l'homme*. Il n'est en l'occurrence de justice que dans le service de cet homme. Dès lors, il importe de savoir

“qui” peut être un tel homme dans l’optique où prétendent se placer le droit et le politique.

Or, avions-nous vu, *deux aspects internes de dédoublement*, qui s’articulent tous deux sur la vie sociale de l’homme.

En réalité, cette vie sociale tend à devenir: soit une *vie juridique* (c’est la *vie des personnes juridiques*, des sujets de droit - d’où la question de savoir qui peut l’acquérir ou la perdre; et, en divers pays, ce n’est certes pas un vaine préoccupation, et cela ne l’a pas été non plus dans notre histoire...); soit elle évolue en une *vie politique* (c’est la *vie citoyenne*, mais qui n’est pas exclusive, car, sur un territoire national donné, vivent, se croisent, et meurent des gens qui ne sont pas des citoyens, qui ont la citoyenneté d’un autre pays, ou ne l’ont plus, et n’en ont aucune).

Mais il y a une “troisième” vie qui n’en est pas moins sociale, mais qui exprime une humanité sans signification juridique ou politique (n’en déplaît au “tout politique” des uns, ou au “politique d’abord” des autres à des époques qui ont fleurté avec ce que l’on nommait les “totalitarismes” - prenons le terme au sens d’Arendt, mais il peut s’appliquer à bien des résurgences contemporaines chez les nostalgiques de C. Schmitt ou certains partisans du systémisme luhmanien...): la considération de cette vie introduit cette fois *une dissociation externe avec les deux aspects précédents*.

Cette vie désigne *la vie culturellement parlant*, où l’homme agit dans sa subjectivité sociale par l’instinct d’ajouter au monde, de créer, et de s’enraciner ainsi au plus profond de son être propre, de sa liberté. *Une telle vie est éminemment personnelle*, et elle présente la société à l’homme comme n’étant plus celle d’une organisation programmée et animale, mais plutôt comme étant celle d’une aventure et d’un destin (ce qui n’est pas une manière esthétique-littéraire de flatter pour moi l’idée bien aliénante ces temps-ci de liberté d’entreprise, qui n’est qu’une liberté économique de produire et non de créer - d’introduire un “*prattein*”, et non une “*poiein*”, diraient les esprits fêrus de culture hellénique -, liberté subordonnée à des biens qui relèvent, eux, entièrement du travail social et d’une définition du droit). Notre homme, celui dont nous parlons, ne vit pas, n’est-ce pas, uniquement de prévisions de salaire et de placements retraite. Et son être suit un opérer d’un autre ordre, un opérer *qui le fait être en même temps ce qu’il est*, contrairement à la lecture purement marxienne qui tirerait quasiment l’être de chacun du seul travail socialisable.

\*

Le droit et le politique ne sont pas étrangers à cette vie culturelle ou personnelle, cette vie des personnes qui s’affirment sous leur aspect le plus existentiel, plus qu’elles ne se conforment à un modèle de sujet juridique ou politique.

Mais s’il y a interrogation, et interrogation de nature philosophique, elle tient justement à la difficulté de la transition entre l’un et l’autre monde: comment passer des aspects juridiques et politiques de la vie sociale à un aspect de cette même vie sociale qui a trait à un élément “tout autre”, le “tout autre”, au fond, de chaque personne, son “je ne sais quoi”, dont elle est justifiée naturellement à se prévaloir?

La difficulté est si mal comprise qu’elle donne couramment lieu à des confusions. Souvent, le droit est malheureusement employé de façon abusive pour régir ce qui est supposé lui échapper, mais qu’il n’en doit pas

moins prémunir activement contre toute atteinte. Nombreux sont en effet les cas où se produit cette pathologie du droit placé sous l'emprise d'un politique qui l'instrumentalise et le coupe de ses principes et de ses fins en jouant de divers amalgames. On est alors en présence de solutions "légales" (voire judiciaires et administratives) mais non forcément conformes au droit; elles prouvent aisément que le politique (ou la pression de l' "irréfléchi" de l'opinion) déborde et transgresse le droit. On se trouve face à de multiples d'institutions procédant d'une expansion inavouée de l'exécutif politique, à travers comités, commissions, hautes autorités ou observatoires, et qui marquent leur prééminence (pour ne pas dire leur hégémonie) sur des instances "de droit" qu'elles vouent aux marges ou neutralisent d'emblée, instances qui auraient cependant vocation à s'exprimer (exemple le plus élémentaire des parquets ou des actions du ministère public en matière de discrimination).

C'est ce qui rend nécessaire un minimum d'analyse permettant de diagnostiquer, très phénoménologiquement, le processus logique et moral d'une telle dérive. Elle implique en réalité des "totalisations" successives par le biais de confiscations de pouvoir indirectes, visant à *nier le troisième aspect de la vie sociale signalé plus haut*, mais s'empressant aussi bien de ramener le premier aspect au second. Elle favorise une "politisation" de la vie sociale qui correspond philosophiquement à *la négation du singulier*, puis à *celle de l'universel*, pour s'enfoncer dans les dédales d'un généricisme qui aboutit précisément à flatter flattant toutes les discriminations jalouses entre catégories.

\*

Laissons tomber le rôle du politique ou de *l'Etat*.

Il suffit de savoir et de rappeler que sa principale mission, dans l'Etat de droit, et à toute époque, et sous tout régime non "totalitaire", est de promouvoir *la chose même* que le droit définit, et d'en respecter par là les données de base et les mécanismes. L'on identifiera aussitôt l'attitude déviée de ce politique lorsqu'il est tenté de se faire son propre droit, de se substituer au droit, et de vouloir englober *la vie entière des personnes*, ce qui implique la négation de l'instance du droit et l'extension, sans réel contrôle juridique, du pouvoir exécutif. C'est une maladie assez classique qui frappe l'Etat, comme elle frappe individuellement les personnes que l'Etat érigé en personne morale tente lui-même d'imiter, à travers ceux qui le représentent, en marquant un instinct de possessivité par souci (bien spinoziste, pour ne pas dire hobbésien ou machiavélien) d'auto-conservation parfois désespérée de lui-même - ce qui peut le conduire à l'absurde d'entêtements passionnels et suicidaires.

Limitons notre réflexion au *droit*, en supposant le soutien proprement "légitime" attendu du politique (et donc de ses "lois").

Qu'en est-il sous cet angle de la vie sociale du sujet, si elle n'apparaît pas juridicisable selon les conditions proposées par le droit; si sa teneur et ses modalités ne sont imputables à aucun processus de définition du droit; et si, au surplus, aucun désaccord formel n'est constaté avec le droit; et si, par conséquent, aucun "*defectus*", aucune "*distancia a norma legis*", ni aucune absence de "congruence", ne sont à relever (pour reprendre le vieux langage de Pufendorf ou de Leibniz, qui prépare Kant et l'idée même du "principe de légalité" cher aux juristes français ralliés aux Lumières); si, en fin de compte, il n'y a aucune contrariété à "l'ordre public", c'est-à-dire

aux lois établies et à leur virtualité d'application en toute leur extension prévisible?

Observons que le droit qui tient ici le politique, dans l'Etat de droit, est borné, de façon très stricte, à cette opération de mesurage abstrait qui l'oblige à mettre entre parenthèses les suggestions d'opportunité ou de valeur qu'une conscience critique alléguerait, suivant des références qu'il aurait à apprécier extérieurement à ses vues, ou à son sens "éthique", si l'on s'exprime avec Hegel. Hegel a d'ailleurs profondément marqué ici de son empreinte la culture juridico-politique de notre temps, quand il s'indigne de la place des conceptions "morales" et donc individuelles dans l'Etat (dans l'acception antigonienne ou christique - legs de la théorie des deux glaives luthérienne, legs lointain, mais le sait-on de la doctrine médiévale averroïste de la double vérité et de la sécularisation de tout transcendant), ce qui rejoint Weber, prônant "l'éthique de la responsabilité" à l'encontre de celle "des convictions".

Notre système, comme celui des sociétés dites "démocratiques", ne peut homologuer idéologiquement une autre méthode. Cependant, s'il était demeuré celui des traditions romanistes, comme c'est le cas de certaines des sociétés visées (les anglo-saxonnes et germaniques) la méthode adoptée serait profondément analogue. Car le droit, étayé sur des notions qui circonscrivent à la fois son domaine et le type de comportement qu'il peut saisir, ne saurait, sans se contredire ni se nier, excéder ses limites, obéir à la fascination d'un politique qui l'y encourage en "pousse au crime" permanent.

Régulateur, le droit est lié par sa propre règle *dont il ne décide pas*, qui est reçue de sa science, à la différence d'un politique qui habitue les esprits à la possibilité singulière de "décider" de tout. Le droit ne se "fait" pas: il se "dit" ("*juris-dictio*" latine ou "*to dikaion*" grec, tiré du verbe "*deiknumi*" signifiant l'acte de montrer ou de constater, "à l'indicatif"). Il est ainsi dans le *dire* de ce qu'il constate et dont il témoigne; dire des choses dans la reconnaissance de leur dignité; dire des rapports entre elles ou avec leurs destinataires dans la reconnaissance de leur intangible égalité et proportionnalité entre elles. Et, parmi les choses, il y a les morales et les matérielles, il y a les religions ou les cultures; comme il y a les biens patrimoniallement appropriés; comme il y a, surtout, les sujets de droits qui sont en somme les choses, "*res humanae*" des Romains, dont relèvent toutes les autres....; et l'on sait que les rapports de référence sont recouverts exhaustivement par l'ensemble des normes juridiques qui en vérifient donc l'égalité, ou la "synallagmaticité" volontaire ou involontaire, dans la plus ancienne acception aristotélicienne du mot "*sunallagma*" ou échange, en termes contractuels ou délictuels.

*D'où le souci de savoir si le droit pourrait être conduit à régir la vie sociale du sujet pour la partie qui ne relève pas formellement de son contrôle et dont il est avéré abstraitement et objectivement qu'elle se trouve en conformité avec les exigences de son ordre public.*

Ne s'y applique-t-il pas toutes les fois que, sur des incitations diverses, l'Etat entend l'utiliser dans l'ignorance de la théorie de ses sources, et dès que se trouve occultée en particulier *la distinction élémentaire entre droit et mœurs, loi et coutume?*

Notre propos n'est pas de scruter l'origine du phénomène, mais force est d'admettre que ces incitations peuvent être artificiellement attribuées à une société manipulée, dressée et domptée, ici ou là, par des méthodes de propagande à peine masquées qui se répercutent grossièrement dans des

modes caractéristiques du processus législatif lui-même, avec la pratique bien douteuse (et de triste mémoire) de commissions *ad hoc*, commissions administratives, ou présentées comme para-parlementaires, commissions à auditions, et dont les questions anticipent inéluctablement sur les réponses possibles à leur apporter. Le contraire de *l'audiatur et altera pars qui* est la devise du débat dialectique et contradictoire de tout droit dans un Etat de droit. Comme si le droit pouvait en tout cas recevoir une autre fin et par là un autre fondement que strictement "juridique", afin d'imposer, en le "décidant", un comportement, en dehors de ceux déjà réclamés par la règle qu'il reconnaît établie.

\*

Les situations auxquelles on peut penser sont celles qui touchent aux expressions culturelles ou religieuses en société, ce qui renvoie à la thématique d'une rencontre des cultures ou religions qui serait inévitablement conflictuelle comme l'ont qualifiée quelques théoriciens aux visées contestables, parce que clairement discriminatoires et *a priori* dévaluatrices des uns par rapport aux autres, et que je m'abstiendrai de nommer. Mais il n'est nullement nécessaire d'aller aussi loin et de prendre le prétexte des expressions justement culturelles et religieuses sans doute plus aisées à interpréter comme manifestation d'un *ethos* social hors des prises du droit. Il y a aussi bien la situation de la personne affaiblie par la maladie, ou à l'épreuve de ses derniers moments d'existence, en présence d'un système toujours susceptible d'abuser de son consentement ou, très directement même, de la maltraiter, surtout s'il bénéficie de l'alibi d'une couverture éthique ayant pour but de la protéger. Globalement, l'idée est que la personne peut être en danger de perdre les conditions mêmes de sa reconnaissance juridique, dès que les masques habituels dont celle-ci s'entoure sont insuffisants à la désigner: quand elle on se place au cœur du singulier même de sa vie, et non plus dans les généralisations ou universalisations de la vie de groupe auxquelles ont recours le politique et le droit; quand, autrement dit, la liberté surgit, purement et simplement, sous les rôles convenus, affichés par les institutions de référence. Me protègent-elles, ces généralisations et universalisations, y compris si je ne veux pas prendre un médicament ou subir un acte chirurgical, ou opposer une réserve de conscience à une pratique professionnelle?

Dans l'ensemble de ces situations, le seul problème qu'est en mesure de poser le droit est de savoir si les biens, les choses, et *d'abord l'identité des personnes juridiques qu'il nomme*, sont respectés dans leur définition, ordonnés à leurs finalités intrinsèques, à leur dignité propre; si, ensuite, ce qui appartient aux personnes l'est, et selon les règles d'égalité qu'ils prescrit en tout processus d'acquisition et d'appartenance; si, enfin, la manifestation de vie sociale heurte ou non l'ordre public établi, dans l'hypothèse où elle se situe au delà de la possibilité même de définition du droit: port d'un vêtement, usage alimentaire ou funéraire, ou moins "collectivee" et plus "individualisée": la liberté de parler à qui l'on veut, celle de contredire, et même d'en faire universitairement profession (puisque, comme le dit Montaigne, toute parole doit avoir son contraire), la liberté encore de fermer ou d'ouvrir les yeux, d'avalier un cachet ou de faire approcher son lit de douleur de la lumière d'une fenêtre...

Mais nous pourrions reprendre aussi, au plan des usages sociaux, le mythe-clé de la pensée antique de la justice, à travers l'opposition

d'Antigone à Créon. Antigone invoque les lois invisibles ou "non écrites" des mœurs, et donc celles du droit qui les protège, lois non pas "éthiques", mais simplement "morales", dans l'acceptation de l'*éthos* - avec un *epsilon* - ou des *mores*.

Il n'est en tout cas pas juridiquement concevable de laisser sans défense une telle manifestation quand elle satisfait à la condition préalable du respect de l'ordre public et de la coexistence des droits acquis; un refus de protection pourrait avoir lieu, par exemple, si le sujet était victime d'agressions ou de discriminations, ou de simples propos ironiques ou caricaturaux à intention de discréditer ou de dévaluer, et déjà porteurs de racisme, au plan éthique, si de tels actes, qui sont par essence constitutifs de délits civilement et pénalement sanctionnables, n'étaient pas évidemment poursuivis, quand bien même leur victime résignée ou consentante ne s'en plaindrait pas. Ce serait sinon, passivement, une démission du droit et un déni de justice.

Mais il en irait de même si l'on prétendait soumettre cette manifestation des mœurs ou d'une liberté singulière à des normes destinées à la modifier ou à l'orienter, sans s'arrêter à la conformité qu'elle présente à l'ordre public, et sans donc avoir pu enregistrer un fait délictuel quelconque, actuel ou potentiel (un "commencement d'exécution"). Ce serait là, activement et directement, une violation cette fois du droit, et donc à une atteinte à la République que le droit contraint l'Etat à servir.

Mais reprenons cette analyse.

Ce que nous pouvons reprocher au *droit qui s'abstient*, d'un côté, et au *droit qui intervient*, de l'autre, paraît de même nature: le droit se retourne contre lui-même et à travers lui, c'est ainsi au fond la République qu'il conteste. Mais c'est, à chaque fois, le politique qui, soit ne le fait pas appliquer, soit l'occulte pour l'instrumentaliser. Ne confondons pas, en effet, le droit et son application (comme on s'y emploie à propos du droit pénal interne ou du droit international public que l'on méconnaît): l'interprétation du droit relève d'actes juridictionnels, mais la "décision" (mot chargé de bien des connotations), la décision de pouvoir engager cette interprétation confiée au magistrat (et, de même, la décision de poursuite des parquets), comme l'application matérielle des décisions rendues, échappent au droit et sont, à divers degrés très distincts, certes, plus ou moins ...politiques!

Il ne faut donc pas prendre les défaillances du politique pour un dysfonctionnement du droit, ni laisser supposer que, si des erreurs se produisent dans le fonctionnement espéré de l'institution judiciaire, elles autorisent à un regard soupçonneux de l'exécutif, qui manipulerait aussi bien le parlementaire, afin de s'immiscer par exemple dans les affaires intérieures du pouvoir disciplinaire des juges. Ailleurs, dans un système où le juge est "source" du droit plus que le législateur, son autonomie de pouvoir sera plus marquée que ne l'est la simple autorité indépendante dont il dispose en France, mais l'on exigera paradoxalement et politiquement la rentabilité de la production jurisprudentielle et la confiance extérieure qu'elle doit inspirer, de manière à n'accepter aucune remise en cause tenant à une démonstration pourtant claire de la vérité. Ce fut le cas du refus répété, en Amérique, de la preuve ADN pour des crimes sexuels dont étaient visiblement innocents des condamnés à mort; et l'on sait que le théoricien Rawls, auteur de la fameuse *Theory of Justice*, a pu justifier, sans émotion, qu'il puisse en être ainsi, et qu'utilitairement il vaille mieux que des innocents soient exécutés devant l'impérieuse nécessité de maintenir le crédit de l'institution...

\*

De plus, force est de distinguer surtout, dans l'approche que le droit a du comportement social, deux techniques très différentes.

- La première technique requiert que l'on se place du point de vue des comportements relevant de l'entier contrôle du droit, ceux de *citoyen* (renvoyant à un statut de rattachement à l'Etat) ou ceux de *sujet de droit* (désignant un statut d'appartenance à la République); le sujet de droit s'entend du sujet capable de jouir de ses droits ou de les exercer, créancier ou débiteur, pourvu de tel ou tel état contenant des prérogatives et des devoirs, etc.; en l'occurrence, le droit assigne au sujet social et individuel un comportement dont il a par essence défini lui-même les composantes, dont il tire les ficelles en grand "marionnettiste" (ce qui correspond à l'image archaïque de la "*persona*" comme masque de théâtre, figurée comme telle sur la scène des *Institutes* de Gaius au II<sup>e</sup> s.); nous ne sommes dès lors, dans notre mode d'être social, que pour autant que le droit nous *fait être* ce que nous sommes et que l'Etat lui-même prête main forte au droit pour assurer le respect, à travers nous, du modèle abstrait qu'il nous impose; et c'est le cas de dire avec Feuerbach et Hegel que plus nous sommes ce modèle et moins nous sommes nous mêmes, individuellement, ou même pour la part de société qui échappe au droit, plus nous sommes justifiés selon le droit, déclarés dignes selon lui. *Menschenwürde*. Il ne s'agit pas pour nous d'être dignes par notre existence, mais de le devenir *en faisant advenir* dans notre comportement la comportementalité abstraite attendue de nous par le droit dans l'Etat: et là s'introduisent tous les idéaux de citoyenneté et de promotion de la valeur du sujet de droit (en écho à un passé peut-être lointain pour nous, mais en regard lucide sur un monde dit civilisé bien inégalement réparti à cet égard, et en rappel des situations où l'homme peut être ignoré, ou l'était encore, il y a peu, en raison de sa naissance ou de son origine, comme citoyen, mais, pire, comme sujet de droit...; et ceux qui acceptent cet effort de reconnaissance parfois relativement tardif et en tout cas encore inégal sur leur sol n'y consentent guère aisément en dehors: le cinquantenaire Unicef de la convention protectrice de l'enfance fêté par CNN attend toujours la ratification du pays dont cette chaîne de télévision est la ressortissante; l'enfant est-il partout et en tout lieu citoyen? Il peut porter un tablier et entonner l'hymne national ou même celui du pays bienfaiteur, et ne pas l'être. Alors, est-il au moins personne juridique? Là est la question... Comment aurait-il des libertés s'il ne peut avoir de droits, si sa capacité juridique est niée?

- Mais la seconde technique (à laquelle fait d'ailleurs allusion ce dernier exemple, et ce renvoi à la liberté plus qu'au droit) vise précisément l'attitude du droit en présence de ce qu'il doit protéger et défendre *quand il cesse d'être maître de sa définition et donc de ses principes, sur quoi il fait abandon de compétence, tout en déléguant indirectement son autorité*.

Qu'en est-il, en effet, quand le comportement social échappe à la définition du droit, quand ce n'est plus même la citoyenneté qui est en cause, ni même encore la personnalité juridique (quoique l'un des problèmes à poser dans le rapport Etat et République, par l'intermédiaire du droit, soit celui de l'éviction de la qualité universelle de personne juridique par celle, seulement générale, de citoyen)? Qu'en est-il lorsque le comportement témoigne, dans le langage même des sources du droit, non plus de droits, dits subjectifs, de pouvoirs permis ou habilités par la norme,



qu'ils soient positifs (établis, "droits de" ou droits dérivés) ou naturels (et "positivisables", comme "droits pour"), mais *lorsque ce comportement est le reflet de pures libertés sous les droits*, de libertés qui, à la différence des droits, n'obligent personne à coopérer à leur exercice, à agir avec elles - comme pourrait l'être à la limite, bien que sans mécanisme "débitorial" certes, l'incitation prosélyte à "suivre", entraînant dans une conduite de type "sectaire", qui ferait fraude à l'ordre public, et dont l'influence serait avérée sur l'assentiment des consciences.

\*

Si par conséquent le droit doit s'appliquer pour défendre et protéger, il n'en doit pas moins renoncer à interpréter selon ses exigences, c'est-à-dire en vertu de ses principes et définitions, d'après un modèle préconçu; il doit plutôt abandonner le critère de toute interprétation aux principes et définitions dont se réclame le comportement en cause. S'il s'agit d'un vêtement, c'est à la culture ou à la religion de l'évaluer, et c'est à elle à le réformer, dès qu'elle l'estime opportun, en sachant être aussi à l'écoute des sollicitations extérieures; le juge européen n'a pu, par exemple, se faire l'interprète, au titre de la *CEDH*, du port du voile en fonction d'une religion dont il est seulement chargé de recueillir les avis; ce n'est donc pas au droit à émettre une interprétation propre, puisqu'il est supposé qu'en l'occurrence le comportement apprécié respecte l'ordre public instauré par lui et s'accorde aux définitions qui le fondent, tandis que l'éventuelle agression verbale ou physique que pourrait subir par intolérance le sujet du comportement appartient sans nul doute aux définitions du droit, en termes de délit civil et pénal.

Tantôt le droit ne voit que *le personnage* et interprète le comportement de chacun en fonction de sa conformité par rapport aux normes qu'il a édictées; tantôt il voit *la personne* victime et ne regarde le personnage que du point de vue de son agresseur délinquant: il renvoie alors à la simple liberté de cette personne quant au comportement ou à l'acte qui a été l'objet de l'agression dont elle se plaint ou qui a servi de prétexte à cette agression, un acte accompli individuellement, en groupe ou en communauté, sans que le droit ait naturellement à se faire l'interprète des principes ou définitions applicables à la personne ou dont la personne agissante se réclame en pareille situation, une telle personne devant être justement *présumée libre* et non agie, *auteur* et non *acteur de ses actions*.

Ce dédoublement du droit (qui correspond à celui du sujet en *personnage* et en *personne*) a jadis fait la célébrité d'une figure de la Renaissance hollandaise sur la page de garde des livres de droit civil: la double justice, la *Janusköpflige Justitia*, y apparaît aux yeux bandés et aux yeux ouverts, à la balance et à l'épée... Sa fonction n'est pas la même selon qu'elle est en présence du personnage abstrait ou de la personne concrète, du pensé uniforme ou du vivant multiforme. D'un côté, elle mesure les profils de comportements à l'aune de ceux qu'elle a institués, sans faire acception de qui que ce soit; de l'autre, elle accueille et place sous sa protection quiconque est atteint dans son être propre et en dehors toute qualification reçue de ses normes.

Mais voilà qui ne cesse de montrer par la même occasion, -comme c'est le cas à travers les difficultés rencontrées aujourd'hui concernant le respect des cultures et religions ou l'élémentaire respect peu évident du malade ou de l'agonisant -, que *le sujet lui-même est donc double: qu'il est politique*

*uniquement s'il est juridique en même temps, mais qu'il n'est juridique et donc politique que s'il est social, mais que, étant social, il n'est pas que social, et que le social est la manifestation relationnelle de ce qui ne l'est pas, de la "personnalité" profonde en somme, de ce que le langage métaphysique importé d'une autre époque a nommé la personne per essentia ordonnée à elle-même, au principe de son existence, et même au don aux autres de cette existence dans l'abnégation de soi et sans nécessairement de recherche d'une contrepartie, ainsi que toute entreprise humanitaire pourrait le démontrer (malgré les suppositions leibniziennes qui sont devenues rawlsiennes), personne distincte de la persona in obliquo perçue dans son lien avec les autres, dans la perspective d'un partage, cette fois, où chacun prend sa part et peut spéculer sur sa perte ou sa conservation, partager pouvant être le meilleur moyen, n'est-ce pas, de conserver sans diminution à craindre (c'est générosité des dons fiscaux bien calculés qui accompagnent l'activité des puissances financières, particuliers ou entreprises).*

\*

Si, cependant, l'on tient compte de ces données, que confirme l'enseignement fondamental reçu de l'existence même du droit en société, deux points appellent l'attention.

D'une part, c'est un constat critique, se produisent sans cesse des violations du droit par l'Etat, surtout quand il invoque la liberté qu'il entend enrégimenter et contrôler; or l'Etat n'est l'auteur du droit que dans sa forme légale, non dans son contenu que le droit et sa science lui imposent sous le nom de République. D'où la nécessité d'un permanent plaidoyer en faveur de non confusion du droit et de l'Etat. Garantir n'est pas créer. L'Etat est chargé de la promotion et protection de ce dont il n'a pas à préjuger de la justification reçue de plus haut que lui. Bien des solutions émises par des textes ces dernières années sont certes légales, mais elles transgressent à l'évidence la règle de droit, et l'on imagine mal leur application par un juge qui ne peut que dire le droit à travers la loi. D'où l'absence de jurisprudence d'ailleurs (cour de cassation et conseil d'Etat compris) sur des questions qui ne sont réelles que dans un discours médiatico-politique, mais qui relèvent de l'illusion de rhétorique pour le juriste quand elles n'existent pas dans les seules réalités ou les seuls faits que retient le droit: les décisions des juges au plus haut degré de juridiction comme assorties d'une autorité suffisante.

D'autre part, c'est un héritage de "civilisation" essentiel et universel (couvrant toute espèce de société, car je ne crois pas qu'une société humaine, je m'adresse à des anthropologues et sociologues, puisse être sans Etat et sans droit organisé, comme sembleraient l'admettre Pierre Clastres ou Evans Pritschard, ou, pire, sans civilisation, sans principe de justice implicite animant et la forme étatique et le fond juridique), c'est un héritage donc qui peut passer inaperçu, y compris aux juristes techniciens eux-mêmes: le droit a pour première vocation (tel est le souvenir de la justice "aux yeux ouverts") de défendre les libertés dans l'existence, avant les droits proprement dits, ces libertés qu'impliquent la "personnalité juridique" ou la qualité de "sujet de droit" -laquelle ne commence il est vrai qu'à des droits strictement énoncés-, ces libertés que présupposent en toute rigueur des Déclarations des droits (qui sont justement "déclaratives", et non "constitutives", ne préjugant pas de ce qui là encore leur préexiste).

Or ce qui peut faire l'unité dans une société, à travers les manifestations de ces libertés, passe forcément par un droit vigilant à cet égard. Et ce qui peut faire l'unité entre diverses sociétés et divers Etats passe de même par le contrôle actif, mais toujours ouvert à ce qui le dépasse, d'un droit capable de s'incliner devant la société de l'homme tout court, de tout homme, hors qualification, hors catégorie de sexe ou d'origine ou d'âge, qui dort, mange, boit, lit et vote, mais sans qu'on puisse jamais vraiment savoir, parce qu'il est libre, s'il ne va pas faire le contraire, s'il n'est pas une sorte de *Voyageur sans bagages* comme dans la pièce d'Anouilh, un grand présent immanent mais un grand absent peut-être aussi, parce qu'ici comme il pourrait être ailleurs, parce que de cette communauté ou de ce parti, comme il pourrait en être d'une ou d'un autre, sans cesse en station, et sans cesse en départ, "ondoyant et divers" a dit Montaigne, jamais saisissable au fond, tout en respectant et le droit et la société, - dans la mesure donc et surtout, c'est le seul point d'observation impitoyablement exigeant du droit comme garantie de tous, *où cela ne se tourne ni idéologiquement, ni moralement, ni physiquement, ni économiquement, même de façon indirecte ou virtuelle, contre qui que ce soit.*

*Notas:*

- Conf. à l'Ecole doctorale (anthropologie, sociologie, psychologie, sc. de l'éducation) de l'Université Bordeaux Victor Segalen (Bordeaux II) du mercredi 7 mars 2007 (amph. A. Pittres).

## **LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL INTERPRETATIVA**

RODOLFO L. VIGO

Los derechos humanos se tornan una realidad operativa en el derecho vigente de los Estados que pertenecen a la cultura occidental a partir de la Segunda Guerra Mundial. Precisamente, en Nuremberg cuando se condena a funcionarios nazis que habían cumplido la ley y violado el derecho porque aquella había incurrido en una injusticia extrema, marca el inicio de ese proceso de reconocimiento de que hay un núcleo de juridicidad indisponible que el constituyente, legislador o juez no pueden negar porque si lo hacen no lograrán crear normas jurídicas. Estas normas jurídicas que incurren en "injusticia extrema" -según la fórmula de Radbruch- son proyectos abortados de derecho porque dado su contenido intrínseco y gravemente injusto no logran nacer como normas válidas jurídicamente. En definitiva, el análisis de validez de las normas jurídicas incluye ese control a los fines de comprobar si ellas superan el umbral de injusticia extrema (Alexy), con la prevención de que si se constata tal infracción extrema no llegarán a ser derecho no obstante que hayan superado esas normas los otros requisitos de validez sistémica, tales como el órgano, el procedimiento y la no contradicción con la norma superior.

Más allá de que habría diversas formas de explicar el contenido de esa "injusticia extrema" quizás la más fácil sea hoy recurrir a asimilarla con los derechos humanos fundamentales, de manera que cuando nos enfrentamos con unas violaciones graves, extensas y evidentes de éstos no podamos reconocer, en esas realidades, algo que pertenece al derecho vigente y que por ende nos obligue. Esa asimilación incluso fue propuesta por el mismo Radbruch y, en definitiva, también podemos verla reflejada en la distinción entre "ley y derecho" que introduce por primera vez en Europa la Ley Fundamental de Bonn del '49, en tanto nos podemos encontrar con una ley que sin embargo no sea derecho en razón -por ejemplo- de violar los derechos humanos de manera inequívoca.

Por supuesto que en ese proceso de reconocimiento operativo de los derechos humanos debemos consignar tanto como causa y también como efecto, la gran diversidad de tratados y pactos internacionales que fueron teniendo como objeto su reconocimiento y la configuración de instituciones y órganos jurisdiccionales que velarían por su efectivo respeto. Otro factor igualmente muy importante en aquel proceso fue el descubrimiento en Europa de que la Constitución era jurídica y que, por ende, permitía y exigía que se controlara desde ella a las demás normas, incluso aquellas que hacía el legislador. Pues recordemos que Europa recién descubre efectiva y definitivamente en la segunda mitad del siglo XX que la Constitución no sólo hablaba en términos de derechos y deberes al legislador sino a todos los órganos del Estado y a la sociedad, y que para asegurar esa prevalencia de la Constitución resulta necesario la creación de tribunales a los que se le encomendarán ese control de constitucionalidad.

Ese reconocimiento operativo de los derechos humanos traerá aparejado un impacto tremendo sobre la actividad jurisdiccional interpretativa. En efecto, ese solo dato resulta absolutamente decisivo como para poner en crisis a la teoría conforme a la cual los jueces realizaban la tarea interpretativa. Nos referimos a aquella teoría que Europa crea e impone

monopólicamente a lo largo del siglo XIX y que podemos reconocerla con los nombres de legalista, exegética, dogmática, iuspositivista o simplemente decimonónica. Recordemos que dicha teoría será configurada por Savigny, la escuela exegética francesa y el primer Ihering, y contará con el respaldo político decisivo de la Revolución francesa. A la teoría decimonónica interpretativa le resultará muy difícil o imposible digerir la operatividad de los derechos humanos, y es precisamente esa dificultad o imposibilidad la que queremos explicar en esta conferencia.

1. Los derechos humanos no son normas jurídicas: el modelo decimonónico afirmará que el derecho es un sistema de normas. Era la estructura típica de las normas la vía escogida por el derecho para formularse autoritativamente, y según ella se definía un supuesto fáctico al que se le atribuían ciertas consecuencias. El derecho vigente estaba compuesto por una serie de hipótesis fácticas que para el caso que ellas efectivamente se dieran correspondía que se aplicasen las respectivas consecuencias. Como recordamos, desde un punto de vista lógico, la estructura normativa constituía un juicio, más allá de las discusiones sobre el tipo de juicio que era: si hipotético, categórico o disyuntivo.

Los derechos humanos en su formulación esencial no responden a aquella estructura, dado que no definen ni supuestos fácticos ni consecuencias. El derecho a la libertad, la igualdad, a la dignidad y los que queramos imaginarnos, dejan indeterminados los supuestos fácticos en donde ellos rigen y también dejan sin definición las consecuencias que acarrearán su infracción o falta de respeto. Conocidas son las polémicas que en las últimas décadas se han generado en torno a las visiones normativistas frente a las visiones principialistas del derecho, pues en el mundo anglosajón esa polémica remite a "Hart versus Dworkin" y en el derecho continental a la confrontación entre Kelsen y Esser. Recordemos que el fundador de la teoría pura del derecho cuando falleció en 1973 estaba escribiendo un libro que en su capítulo 28 rechazaba la posibilidad de los principios en el derecho dado que con ellos se introduciría la moral o los valores en el derecho y se frustraría su propósito de una verdadera ciencia jurídica movilizadora por la exactitud y la objetividad en el conocimiento como consigna en el Prólogo de *La teoría pura del derecho*. Precisamente esa polémica tiene que ver con los derechos humanos atento a que un contenido evidente de los principios serán los derechos humanos. Los grandes teóricos del principialismo jurídico, como Dworkin o Alexy, no dudan en reconocer en esos principios a los mismos derechos humanos fundamentales.

2. Los derechos humanos no permiten una aplicación silogística directa: en la visión decimonónica, la estructura interpretativa respondía a un silogismo en donde la norma constituía la premisa mayor y el hecho la premisa menor, lo que permitía que a través de un mecanismo subsuntivo se aplicarían las consecuencias previstas en la norma. Esa estructura ya no es posible en el caso que invoquemos derechos humanos dado que éstos no pueden operar directamente como una premisa mayor donde aparezca el término mayor y el término medio según las reglas del silogismo que nos vienen desde Aristóteles. No existe la posibilidad de encontrar un hecho que pueda funcionar como premisa menor en donde tengamos el término menor y el término medio que posibilite la inferencia silogística.

Los derechos humanos para estar en condiciones de regular situación fácticas particulares requieren ser formulados o proyectados a través de normas donde se definan los tipos abstractos en donde luego queda subsumirse el caso que pretendemos regular. Así, por ejemplo, si yo quiero resolver desde el derecho humano a la igualdad la situación fáctica de pagos salariales diferenciados a hombres y mujeres, se torna necesario construir una norma que fundada en el derecho de la igualdad impida jurídicamente pagos diferenciados según lo realice un hombre o una mujer, y entonces sí desde esa norma que obligue a la igualdad de salarios sin diferenciaciones fundadas en el sexo del trabajador podré resolver el caso que tengo en donde el empleador Juan ha pagado a María un salario menor del que le paga a Pedro en razón de su condición de mujer imponiéndole a Juan un salario igual para María y para Pedro como condenarlo a pagar las diferencias salariales acumuladas durante el tiempo de la relación laboral.

3. En los derechos humanos no cabe la utilización de los métodos interpretativos típicos: Savigny consagrará la exitosa fórmula que interpretar una norma era “desentrañar el pensamiento del legislador ínsito en la ley” y para ello propuso cuatro métodos: a) el gramatical (las reglas gramaticales a las que debió recurrir el legislador); b) el lógico (lo que quiso establecer el legislador); c) el histórico (se comparaba la anterior ley con la nueva); y d) el sistemático (contemplar la ley en el marco de un sistema fuerte). Por supuesto que esos métodos no resultan procedentes para los derechos humanos en tanto: a) el recurso a la fórmula lingüística en que esté expresado el derecho humano carece mayormente de trascendencia significativa; b) porque la decisión del legislador al limitarse a reconocer y no crear el derecho humano no es relevante dilucidar lo que quiso hacer; c) no cabe la aplicación del método histórico en tanto los derechos humanos fundamentales no pueden someterse -diría Dworkin- al test de origen o pedigrí; y d) admiten -en el mejor de los casos- un sistema dinámico y puesto a prueba en cada problema jurídico a resolver.

En la propuesta de Alexy, el método con el que se operan los principios es el de la ponderación, de manera que el intérprete debe disponerse a pesar los principios que aparecen en tensión y que reclaman diferentes soluciones para el caso planteado. Ello es precisamente lo que normalmente ocurre en casos jurídicamente importantes o trascendentes, y en ellos, el intérprete debe ponderar el reconocimiento y el costo que asumen los derechos humanos en juego, así cuando se ponen en tensión la libertad de expresión y la dignidad humana, la seguridad jurídica y la equidad, el derecho de la comunidad y el derecho del individuo, etc. Parafraseando a Pound, diríamos que el derecho humano nos brinda sólo una orientación para el razonamiento interpretativo, pero sería ingenuo suponer que hay como un “sentido” único, definitivo y canónico que se “desentraña” y posibilita la solución para el caso que convoca al intérprete. Los derechos humanos al tener una amplia capacidad regulatoria, le reclaman al intérprete que le presten atención para resolver sus casos, pero las soluciones que posibilitan uno u otro resultan habitualmente diferentes o no coincidentes

4. Los derechos humanos apelan al saber práctico: el modelo de saber que predominará en el siglo XIX será el físico-matemático, y ello se consolidará cuando al finalizar el primer tercio del siglo XX el Círculo de Viena establecerá que los dos únicos caminos para el saber son: el camino a

*posteriori* que verifica empíricamente los juicios o el camino tautológico a priorístico de la lógica y la matemática. En definitiva, desde ese paradigma queda invalidado a la hora de ocuparnos de la praxis humana cualquier intento de conocerla con la finalidad de ordenarla o valorarla. A comienzos del '70 se extenderá de manera cada vez más visible la propuesta de "rehabilitar la razón práctica" y, consiguientemente, por distintas vías filosóficas se intenta superar la condena que se había hecho en torno a los enunciados valorativos como meras expresiones emotivas irracionales o solipsistas.

Teniendo los derechos humanos un contenido claramente ético o axiológico resulta apropiado para su conocimiento y operatividad un tipo de saber que afronte a las conductas humanas con el propósito de establecer racionalmente la más valiosa, mejor o preferible con relación a aquellos derechos, pero para ello debe resignarse a lograr certezas probables o excepcionales y optar por un camino que asuma el diálogo, la deliberación o la controversia. Podemos una vez más proyectar al campo de los derechos humanos las explicaciones que en torno a los principios brindan tanto Dworkin como Alexy; el primero cuando los define como "exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad" y, el segundo, cuando los identifica con "mandatos de optimización" en razón de que no exigen una cierta y agotadora conducta sino la mejor posible en base a las posibilidades fácticas o jurídicas correspondientes. A tenor de esas caracterizaciones, los principios y, por ende, los derechos humanos, resultan inadecuados para ser conocidos y operados desde un saber que rechaza valoraciones, que pretenda certeza absoluta o sin excepciones o que no esté dispuesto a someterse a un procedimiento dialógico que, dentro de ciertos márgenes, configure lo correcto o lo justo

5. 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. Desde esa perspectiva no sólo no cabían las valoraciones sino tampoco las propuestas de *lege ferenda*, y el intérprete debía limitarse a ser ese "ser inanimado" que se limitaba a decir las palabras de la ley para el caso -según la repetida descripción y propuesta de juez que consagró Montesquieu-. Además, esa ciencia jurídica dogmática estaba fuertemente atada a la enciclopedia jurídica, de manera que se configuraba en torno a las diferentes ramas del derecho que en definitiva coincidían con los códigos que el legislador había sancionado.

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 su sociedad. Es evidente que el ámbito de la gnoseología jurídica más idóneo para comprender los derechos humanos será el de la filosofía jurídica dado que su contenido nos enfrenta a valores y, en última instancia, a la pregunta primera por el "sentido" del derecho y la posibilidad de obtener alguna respuesta racional. Seguramente, como recordaba Maritain, en oportunidad de acordar la lista de los derechos humanos fundamentales, será muy fácil establecer esa nómina pero a la hora de fijar su significado surgirán grandes dificultades a tenor de la filosofía jurídica que inspira al jurista. Escasa coincidencia alcanzará en torno al derecho humano a la libertad quien adscribe una filosofía jurídica de corte individualista respecto a quién reconoce el "bien

común” como fin del derecho; o cuál es el contenido de la dignidad humana entendida desde una matriz iusnaturalista o desde otra iuspositivista. En definitiva, si como jurista opto por un reductivismo gnoseológico científicista seguramente los derechos humanos me resultarán una realidad poco inteligible o misteriosa, además de peligrosa.

6. Los derechos humanos resisten visiones juristicistas: el juridicismo fue otra característica del modelo teórico que se propuso por el paradigma decimonónico en el sentido de que el derecho podía y debía ser comprendido sólo desde el derecho. La realidad del derecho construida legislativamente se ofrecía a los juristas como una realidad autónoma y autosuficiente que no requería de contaminaciones morales, económicas, políticas, etc. Más aún, los científicos se detuvieron en procurar no sólo delinear sus respectivas ramas como “verdaderas” ciencias sino en deslindar el derecho de las tradicionales tentaciones contaminantes que venían desde la moral u otras dimensiones de la realidad. Alguien que sabía derecho no necesita recurrir a otros tipos de saberes dado que su realidad la definían las normas jurídicas y su tarea se reducía a descubrir su sentido en el marco de un sistema jurídico que contaba con límites perimetrales estrictos y que definía claramente la jerarquía, la coherencia y la completitud de esas normas.

Los derechos humanos claramente resisten ese juridicismo dado que su comprensión y operatividad requiere apertura y previsión a las dimensiones casuísticas en donde ellos se proyectarán. Una solución jurídica para un determinado problema inferida desde algún derecho humano supone inexorablemente pensar en ese hombre y sociedad implicada, donde no sólo estará el derecho sino todas las otras dimensiones que le son inherentes y cuyo desconocimiento puede generar una solución imposible o integralmente incorrecta o inhumana. Los derechos humanos cuando obligan, permiten o prohíben lo hacen desde la humanidad comprendida en esas personas humanas interactuando en un determinado lugar y espacio, y para poder hacerlo del mejor modo para el hombre o los hombres implicados, necesita una mirada abarcativa de toda las dimensiones que ofrece la realidad más allá de los intereses cognoscitivos específicos que pueden estar presentes. Los derechos humanos imponen una mirada no sólo reducida al derecho sino comprensiva de las diferentes dimensiones en las que éste se mezcla y cuya ignorancia puede terminar generando caricaturas o monstruosidades del derecho.

7. Los derechos humanos imponen visiones constitucio-nalistas: el modelo decimonónico se basó en la sinonimia entre derecho y ley, pero como ya apuntamos, ese modelo entrará en crisis después de la Segunda Guerra Mundial cuando empieza a configurarse el Estado constitucional que reemplazará al Estado legalista. Ha sido tan fuerte el impacto que ha producido la operatividad de la Constitución sobre el derecho y la cultura jurídica europea que ha comenzado a hablarse de “neoconstitucionalismo” como una nueva teoría jurídica que propondrían autores como Ferrajoli, Alexy, Zagrebelsky, Nino, entre otros. Por encima de las teorías, pareciera consolidarse la idea que la Constitución es el *higher law* y, en consecuencia, rige en términos de derechos y deberes para toda la sociedad, para todos los órganos con competencia jurígena y para todos los juristas. De ese modo corresponde que el juez recurra en todos sus casos a buscar como primera fuente de respuesta jurídica a la misma Constitución, la que siempre le



hablará sea de manera positiva o simplemente indicando los márgenes con los que cuenta para determinar la respuesta jurídica para el caso respectivo.

Precisamente, la Constitución es el lugar privilegiado dentro del derecho positivo para los derechos humanos, dado que éstos pretenden regular a la totalidad de la sociedad, incluida de manera privilegiada -pero no exclusiva- la relación de los ciudadanos con el poder y los órganos del Estado. Esa operatividad directa de la Constitución exige del juez y de todo juez una sólida formación y conciencia constitucional, al margen de aquella con la que debe contar a tenor de la competencia material que tiene asignada. El juez actual requiere además de una sólida formación constitucional también una matriz apropiada para poder operar con ella dada la inaplicabilidad -como arriba se subrayó- de la teoría interpretativa decimonónica construida en base a la ley. Más aún, no sólo conciencia constitucional para posibilitar la eficacia prevalente de los derechos humanos sino también advertir que éstos son el principio y fin del derecho, en tanto el sentido de su existencia y justificación es beneficiar al hombre y a la sociedad. Esa comprensión de la Constitución trae aparejado casi automáticamente una preocupación por la vigencia de los derechos humanos superando las meras exigencias que impone al juez la rama del derecho sobre la que tiene competencia.

8. Los derechos humanos desbordan y alteran la nómina y noción de fuente del derecho: el modelo decimonónico encomendó fundamentalmente a los Libros Primeros de los Códigos Civiles establecer la nómina de las fuentes del derecho y lo que le correspondía hacer al jurista con ellas a los fines de encontrar la solución jurídica para sus casos. Esa nómina giraba en torno a la ley y así la costumbre que se admitía era la interpretativa -de la ley- y la supletoria -de la ley- y frente a la remota posibilidad de un silencio legal aparecía la alternativa de recurrir a los medios de integración de la ley.

El reconocimiento operativo de los derechos humanos pone en crisis esa nómina e incluso la noción misma de fuente del derecho. En efecto, según hemos puntualizado arriba, operar o interpretar jurídicamente derechos humanos no puede consistir en “desentrañar el sentido de una norma” y, entonces, el intérprete debe optar por distintas soluciones que desde el derecho vigente se le ofrecen desde diferentes derechos humanos, pero esa opción no puede ser arbitraria sino que se le exige que sea justificada racionalmente. Precisamente aquí aparece otra noción más realista de fuente del derecho, y así para autores como Aarnio ese nuevo concepto coincide con “los argumentos a los que puede recurrir un juez a los fines de dictar sentencias válidas”. Ofreciendo los derechos humanos respuestas diferenciadas para los casos jurídicamente importantes, la racionalidad del derecho pretende que esa opción se justifique con argumentos (recordemos que según una definición clásica argumento es “lo que arguye la mente en caso de dudas”), o sea que frente a cuestiones que pueden ser respondidas de distinta manera se torna racionalmente necesario que se respalde la opción escogida con razones o argumentos. Los resultados interpretativos inferidos de derechos humanos requieren una tarea racional argumentativa o justificadora, y esos argumentos que el juez encuentra disponible en su derecho vigente -no son creados por él- coinciden con los lugares o fuentes adonde cabe ir a buscar los derechos y deberes en los que se concreta dicho derecho.

9. Los derechos humanos internacionalizan al derecho: el modelo legalista derivó armónicamente de la noción de soberanía con la que se fueron forjando los Estados nacionales. Una de las características de esos Estados soberanos -Bodin de por medio- fue imponer, sin rendir cuentas a nadie, el derecho que regiría en sus respectivos territorios.

Los derechos humanos como es bien sabido no sólo internacionalizan al derecho en tanto terminan regulando a los Estados imponiéndoles deberes y exigencias cuyo incumplimiento puede generar reclamos jurisdiccionales, y por esa vía se termina consolidando la posibilidad de reconocer a las personas físicas legitimación para ante los tribunales internacionales o regionales. Sin duda que nuestro continente también avanzó generosamente por ese camino del derecho comunitario, y logró establecer un espacio interamericano efectivo para los derechos humanos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica a través de sus fallos y opiniones consultivas, como así también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Washington, fueron poniendo en interrogantes el clásico apotegma de la supremacía de la Constitución y debilitando las visiones chauvinistas imperantes. Los derechos humanos han demostrado la utilidad para fortalecer la conciencia de un espacio cultural, territorial y personal en común, y es tarea de los jueces posibilitar que los pactos respectivos no sean meros propósitos a lograr sino vías operativas concretas de distinta índole. Precisamente, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que es también responsabilidad de los poderes judiciales el velar por el cumplimiento de los derechos humanos, y la vía de las llamadas "omisiones constitucionales" puede ser empleada en el campo de los derechos humanos para no dejar librada a la voluntad de los otros poderes su efectiva vigencia.

10. Los derechos humanos tensionan a la seguridad en aras de la equidad: en sintonía con la burguesía triunfante, el gran valor jurídico que alentaré la Revolución Francesa será el de la seguridad jurídica. Más aún, uno de los cuatro derechos que se consagrará en la famosa Declaración de 1789 será ese derecho a la seguridad, que bajo el principio que las leyes se presumen conocidas después de publicadas, el paradigma del *dura lex sed lex* y la amenaza a los jueces de imputarlos del delito de prevaricato si se apartaban del sentido de la ley, procura brindar absoluta previsibilidad jurídica a los comportamientos humanos. No faltaron autores que avalaron con sus teorías esta prevalencia de la seguridad como el único valor o aquel decisivo para el cual existía el derecho.

Aquella obsesión y ficción de una seguridad jurídica absoluta ha entrado definitivamente en crisis, y ha sido la preocupación por los derechos humanos uno de esos factores que la ha debilitado. Es que no puede aducirse seguridad frente a un derecho extremadamente injusto, a lo sumo sólo desde algún nivel de justicia puede pretender adjetivarse el derecho con la seguridad. La difusión de los derechos humanos ha fortalecido la conciencia en la sociedad que por encima de valores formales debe prevalecer el respeto al hombre y que la injusticia grosera no puede obtener el respaldo o la protección del derecho y los juristas. Incluso, un importante respaldo a ese nuevo paradigma axiológico del derecho lo constituye el Estatuto del Juez Iberoamericano que las 22 Cortes Supremas de Iberoamérica aprobaron en Canarias del 2001, cuando en su art. 43 invocan para la tarea judicial el principio de equidad y que se aprecien al fallar las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables. Si la equidad es la justicia para el caso, no caben dudas que ella nos habla de derechos

humanos dado que frente a la violación de éstos ya no queda espacio para la justicia en cualquiera de sus formas.

11. Los derechos humanos potencian la judicialización de la vida social: para el modelo decimonónico el campo de lo jurídico coincidía con los casos que se habían previsto en las normas legales, en consecuencia, y en un sentido estricto podía sostenerse que el derecho carecía de lagunas atento a que si aparecía un caso que no estaba receptado en alguna ley, ese caso no era jurídico y, por consiguiente, no debía ingresar a los tribunales.

Sin embargo, la presencia operativa de los derechos humanos rompe aquella solución ingenua y dogmática de la plenitud del derecho. Ya hemos hablado de la indeterminación de los derechos humanos y de su fuerza expansiva en orden a la solución de casos jurídicos. Esa característica ha generado forzosamente la juridización de la vida social, y con ella, la respectiva judicialización. Es bastante evidente cómo ingresan a los tribunales pedidos que tradicionalmente hubiesen resultado inconcebibles que se pretendiera que los jueces los resuelvan, pero bajo el paraguas generoso de los derechos humanos ello se ha posibilitado. Esta juridización y judicialización de la vida social ha potenciado la actuación y el poder de los jueces, pero al mismo tiempo ello ha generado preocupación en orden a evitar un desborde en el Poder Judicial que afecte el funcionamiento de los otros poderes del Estado. No sólo aparece aquí toda la ya mencionada necesidad de una apropiada argumentación judicial a la hora de inferir desde los derechos humanos alguna solución jurídica, sino también aparece la necesidad de que los jueces actúen con *self restraint*.

12. Los derechos humanos se tornan decisivos e importantes desde teorías “no positivistas”: Gregorio Robles ha concluido que sólo desde convicciones iusnaturalistas es posible hablar de derechos humanos en un sentido fuerte. En coherencia con sus planteos iuspositivistas estrictos, Eugenio Bulygin ha manifestado su desazón sobre los derechos humanos atento a que ninguna realidad empírica puede conocerse que a ellos corresponda. Speamann ha afirmado que desde planteos iuspositivistas, los derechos humanos resultan ser edictos de tolerancia revocables.

Todos esos juicios ponen de relieve que si pretendemos sostener derechos humanos desde posiciones iuspositivistas terminamos postulando una realidad que se apoya en alguna decisión que la ha constituido como tal y, en consecuencia, la misma fuerza o voluntad que la hizo nacer puede hacerla desaparecer o modificarla. Por el contrario, si con el nombre de derechos humanos apuntamos a una realidad indisponible que sólo cabe reconocer y proyectar a nuestro tiempo y lugar, el límite o exigencias que ellos traducen resultan imposibles de ser cambiados sustancialmente y sólo puede adaptárselos. La posibilidad de, por ejemplo, contar con el “derecho a la objeción de conciencia” sólo tiene sentido desde planteos no iuspositivistas dado que de lo contrario bastaría la norma positiva que lo suprima para que deje de existir. Esta comprensión “no iuspositivista” de los derechos humanos también se refleja en el lenguaje de los respectivos tratados internacionales, dado que -como lo ha explicado Javier Hervada- aquellos apelan a una terminología propia o armónica con planteos iusnaturalistas. Así por ejemplo constituyen manifestación evidente de ese enclave cuando se habla no de creación de derechos humanos sino de reconocimiento, cuando se invocan derechos humanos inherentes o universales, etc..

## **Conclusión**

Sin perjuicio de que algunos de los puntos aludidos resulten, en algunos casos, redundantes y sea posible distinguir tesis más decisivas que otras, lo cierto es que por razones pedagógicas y aún asumiendo aquel riesgo, hemos querido reseñar diferentes consecuencias que conlleva el reconocimiento operativo de los derechos humanos sobre la actividad jurisdiccional interpretativa según la matriz decimonónica o legalista. La conclusión es que ese paradigma configurado en Europa a partir de la Revolución Francesa es evidentemente incompatible con la presencia operativa plena o fuerte de los derechos humanos en el derecho vigente. Más aún, no sólo se altera profundamente el quehacer interpretativo, sino que también se pone en crisis la teoría del derecho que sustentaba aquella teoría decimonónica iuspositivista.