

Miguel Angel Ciuro Caldani

PROYECCIONES ACADÉMICAS DEL TRIALISMO

V

Interpretación Judicial

Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social
Facultad de Derecho I Universidad Nacional de Rosario

Rosario
2023



FDER

UNR



Miguel Angel Ciuro Caldani

Profesor honorario de la Universidad Nacional de Rosario y emérito de la Universidad de Buenos Aires

PROYECCIONES ACADÉMICAS DEL TRIALISMO

V

Interpretación judicial

Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario



Ciuro Caldani, Miguel Angel

Proyecciones académicas del trialismo : interpretación judicial / Miguel Angel Ciuro Caldani.- 1a ed.- Rosario : FDER Edita, 2023.

384 p. ; 21 x 16 cm. - (Proyecciones académicas del trialismo ; 5)

ISBN 978-631-90323-0-7

1. Filosofia del Derecho. I. Titulo.

CDD 340.1

Fecha de catalogación 28/11/2023

© Miguel Angel Ciuro Caldani. 2023

San Lorenzo 1155 8 "A"

2000 Rosario – Argentina

Queda hecho el depósito que establece la ley 11.723

FDER EDITA

Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Córdoba 2020. 2000, Rosario, Santa Fe, Argentina.

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, alquiler, la transmisión o la transformación de este libro de cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

Diseño editorial: Diego Mendi

*A la memoria luminosa de mis padres,
Lucía y Miguel.*

*Con gratitud al recuerdo de
Salvador Ciuro Domina.*

A Marianela Fernández Oliva

ÍNDICE

<i>Clase 1. El módulo Interpretación Judicial. La interpretación. La judicialidad. La judicialidad según las concepciones del Derecho</i>	9
<i>Clase 2. La judicialidad según las concepciones del Derecho (continuación)</i>	61
<i>Clase 3. La judicialidad según las concepciones del Derecho (continuación)</i>	95
<i>Clase 4. La judicialidad según las concepciones del Derecho (continuación)</i>	111
<i>Clase 5. La interpretación en el Código Civil y Comercial</i>	139
<i>Clase 6. La interpretación en el Código Civil y Comercial (continuación)</i>	173

<i>Clase 7. Revisión del funcionamiento normativo. Desarrollo trialista. La teoría trialista del mundo jurídico en su conjunto</i>	193
<i>Clase 8. La teoría trialista del mundo jurídico en su conjunto (continuación)</i>	253
<i>Clase 9. La teoría trialista del mundo jurídico en su conjunto (continuación)</i>	293
<i>Clase 10. Análisis de casos</i>	301
<i>Clase 11. Análisis de casos (continuación)</i>	343
<i>Clase 12. Análisis de casos (continuación)</i>	351

CLASE 1 (*)

Presentación

Buenas tardes. Soy Miguel Ángel Ciuro Caldani, uno de los profesores del *módulo de Interpretación Judicial*, espero que tengamos una fructífera colaboración.

El módulo Interpretación Judicial

1. El mundo actual es sumamente *complejo*, en una *nueva era* signada por nuevas conciencias jurídicas, grandes desequilibrios en la adjudicación de bienes y una enorme revolución científica y técnica. Afortunadamente es un mundo *democrático*. Digo la palabra afortunadamente con mucha convicción, porque viví tiempos en que no había democracia en la Argentina y era una condición muy disvaliosa.

(*) Notas básicas de clases dictadas por el autor en el módulo Interpretación Judicial de la Maestría en Magistratura de la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

Todos los poderes y todas las personas padecíamos por la falta de democracia. Claro está, de todos modos, que la democracia resuelve en términos de mayoría y hay que tener en cuenta también los derechos de las minorías. Me parece que una democracia valiosa, justa, es una democracia en la que la mayoría respeta a las minorías. Por esto, pese a una presencia de Ustedes limitada, hemos decidido empezar. La minoría que se había hecho presente tiene derecho. Por supuesto, también cada uno debe recibir en la mayor medida posible, que es otra idea básica de la *educación*, en este caso, en la educación permanente a nivel de posgrado: a cada uno en la mayor medida que pueda recibir. Momento llegará en que haremos lo posible para atender a las posibilidades de quienes no pudieron conectarse. La democracia es un requisito indispensable de lo que consideramos un Derecho justo, pero no es suficiente. Se requiere, por ejemplo, el *desarrollo* individual y social. Para contribuir a tales exigencias de lo que construimos como justo comprometemos nuestro mejor empeño.

2. Considero que nuestro *módulo* dentro de la Maestría tiene un valor muy especial, muy

calificado.¹ Si se hiciera la prueba de buscar un consenso significativo de la tarea judicial y si se preguntara a personas que pertenecen o no al ámbito de los profesionales del Derecho qué hacen los jueces, seguramente dirían que *hacan justicia* y si se intensificara la investigación para saber cómo hacen justicia seguramente la mayoría, en países como la Argentina, de sistema romano-justiniano-germánico, diría que hacen justicia *interpretando y al fin aplicando leyes*. En el consenso general, el módulo Interpretación Judicial es de gran importancia en la tarea de formar jueces, sobre todo si es a nivel nada menos que de Maestría.

3. Tratemos qué entendemos por interpretación judicial. Usamos dos palabras que dan un significado complejo. Procuraremos aclarar el significado de cada una de ellas. No tienen significados únicos, sino que son palabras de diversas significaciones, son multívocas y, además de tener significaciones complejas en sí, tal complejidad se acentúa por las relaciones entre ambas.

¹ V. Plan de Estudios de la Maestría en Magistratura, UBA, http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/mae_magistratura_plan.php, 2-10-2022.

La interpretación

4. Según algunas versiones, la palabra *interpretación*, de origen latino, como ustedes tal vez sepan, quiere decir etimológicamente “inter”, que está “entre” y “pret” es affn a precio, indica comprar y vender, colocarse entre dos cosas, entre dos personas en el curso de un texto, atribuyendo un sentido. En este caso, del módulo de interpretación judicial, la interpretación suele estar entre los autores de las normas a interpretar, a menudo normas de constituciones, leyes, contratos, etc. y los jueces como encargados de la interpretación. Nuestra interpretación se encamina a la aplicación, puede decirse al fin a la totalidad del *funcionamiento* de esas normas, que con un sentido más amplio, llamamos normatividades incluyendo normas con alcance específico, principios, imperativos, instrucciones, etc. También cabe referirse a la interpretación de las normatividades que Ustedes elaboran, principalmente las *sentencias*, que serán interpretadas por las partes y al fin el resto de la sociedad.

Tal vez, con un alcance tridimensional normo-socio-axiológico, quepa referirse también a la “interpretación” de los hechos y los valores jurídicos. Con referencia a la Real Academia Española podríamos tomar las acepciones de interpretar como explicar o declarar el sentido de algo, principalmente de un texto, o explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos. Los humanos somos intérpretes permanentes en diferentes áreas, no solo jurídica, también artística, científica, filosófica, religiosa, etc. La interpretación puede ser más literal o histórica, referida a su origen; auténtica o no auténtica; gramatical, lógica, histórica o sistemática; extensiva o restrictiva, etc.

5. Paralela a la palabra interpretación es otra palabra, en cambio, de origen griego, que en muchos lugares van a encontrar como sinónimo, “hermenéutica”. Los significados no son exactamente los mismos. La hermenéutica, afín a la tarea de Hermes, dios de la comunicación, del comercio e incluso de las trampas, se refiere más al otorgamiento más libre de un sentido. El hermeneuta suele tener más creatividad que el intérprete. Por otra parte, en el campo de la

hermenéutica se suele afirmar que cualquier conocimiento de las cosas es mediado por una serie de prejuicios, expectativas y presupuestos, que encauza la comprensión. La hermenéutica se abre más a la *complejidad pura* con que nos parece legítimo concebir el mundo. La complejidad impura, que mezcla, no nos resulta satisfactoria, tampoco aceptamos la simplicidad pura, que de alguna manera la supera; nos resulta el deber de buscar la complejidad pura, que analiza, purifica, e integra. La complejidad impura mezcla mundo y razón; la simplicidad pura tiende a aislar la razón recortando el mundo; la complejidad pura integra razón y mundo.

Las referencias a la interpretación y la hermenéutica deben ser enjuiciadas según se hagan cargo mejor de la complejidad pura. En la complejidad pura del Derecho nos hemos de referir a la tridimensionalidad de normatividades, realidad social y valores con diversas especificidades.

Cuando era joven, de esto hace ya mucho tiempo, en países del sistema romano-justiniano- germánico, como la Argentina, la

tarea judicial era considerada más de interpretación de la ley, pero ha avanzado una tendencia hermenéutica. Tal vez como ejemplo quepa referir que, con un sentido más interpretativo, en la sentencia del caso "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento". obrante en "Fallos", tomo 322, vol. 2, págs. 1616/1682, en 1999, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la Convención reformadora de la Constitución de 1994 se excedió en la habilitación de la ley 24.309 al incluir en el artículo 99 inc. 4 el límite de edad de 75 años prorrogable para el desempeño de los jueces. Se dijo entonces que la Convención de 1994 exorbitó sus facultades pues, como estableció el artículo 4º de la ley 24.309 ella "se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados por el Congreso Nacional para el debate, conforme lo establecido en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración" y "la Convención Constituyente es autónoma para pronunciarse positiva o negativamente sobre la reforma propuesta pero nada más. Si excede esas

facultades, la reforma es inconstitucional y es a los jueces a quienes se ha confiado la tarea de velar por la integridad de la Constitución y declarar tal inconstitucionalidad". En cambio, con un sentido más hermenéutico, en el caso "Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional", obrante en "Fallos", t. 340, págs. 257/344, en 2017 la Corte con otra composición decidió por mayoría que el límite había sido correctamente establecido. La Corte entendió, ahora, con la importante disidencia del doctor Carlos Rosenkrantz, que el control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Convención Constituyente. En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de esa Convención. Se señaló que la comentada era la única disposición constitucional que había sido declarada inconstitucional. Otra opinión, distinta de la expuesta por la mayoría y muy atendible, es que el pueblo no votó por esa reforma.

El avance hacia la hermenéutica resulta también en el Código Civil y Comercial de 2014, cuyos tres primeros artículos tienen una fuerza innovadora muy grande.

Dado que en algunos medios se dice que las juezas y los jueces aplican leyes, es conveniente destacar, en la denominación del módulo, que interpretan, cumplen la *difícil* tarea que genéricamente puede denominarse interpretar la juridicidad existente, que el mecanismo deductivista, por ejemplo de la escuela de la exégesis, tiende a simplificar. Para interpretar el derecho deben estudiarlo; para interpretar los hechos deben conocer la *vida*, de cierto modo, tener capacidad de percepción que puede mejorar con la experiencia vital. Por esto, para algunos desempeños judiciales se exigen antigüedad en el ejercicio de la abogacía en sentido genérico y cierta edad. En las profesiones jurídicas hay que tener astucia para evitar de manera valiosa los aspectos negativos de la vida.

Los *casos* judiciales se suelen clasificar como fáciles, difíciles y trágicos. En realidad, no hay casos que sean en sí fáciles, el derecho es

complejo y difícil, hay casos a los que damos una construcción fácil porque fraccionamos una parte suficiente de su despliegue.

6. La interpretación judicial ocurre en la *complejidad del Derecho* y éste en las complejidades de la *vida humana* y del *Cosmos*. La interpretación judicial ha de apoyarse en la comprensión más cabal posible de la *tarea judicial* y del *Derecho* en su totalidad. Según la construcción trialista que proponemos, el Derecho es básicamente *adjudicación de vida*, de modo específico, *reparto* de vida, es decir, adjudicación de vida por la conducta de humanos determinables. Los repartos son necesarios para que la vida se desarrolle y la judicialidad es necesaria para el mejor desarrollo de los repartos. Así como los médicos procuran prolongar la vida, los juristas repartimos vida. Las juezas y los jueces son juristas que cumplen una tarea particularmente calificada. La judicialidad es, de manera destacada, necesaria para el despliegue de nuestra vida.

Si el Derecho fuera un producto del Estado, que es una manera histórica de

organización de la vida, podría desaparecer; como es reparto de vida existe mientras ésta existe. De aquí la *permanencia* de la tarea calificada de juezas y jueces. A medida que ubicamos la judicialidad en la vida, se advierte que a menudo trascendiendo el sentido de la interpretación puede ser precisa la plenitud hermenéutica.

Dentro del complejo de la referencia al Derecho, es esclarecedor pensar la tarea interpretativa en sentidos de *plenitud enciclopédica*. Habría que elaborar una Enciclopedia de la Judicialidad dentro de la cual sería importante la Interpretación Judicial.

7. Entrando en el contenido más concreto del módulo, vale señalar que según el Código Civil y Comercial de 2014 la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Las juezas y los jueces han de ser así, de manera que genera muchos debates, más hermeneutas que intérpretes. Los jueces y las

juezas han devenido de cierto modo en hermeneutas.

8. Vale siempre tener presente que nuestro curso está dedicado a comprender la interpretación y en general el *funcionamiento normativo*. La interpretación en sentido estricto es parte del funcionamiento normativo. Este funcionamiento se compone de *tareas* de *reconocimiento* de la normatividad o sea elegir una normatividad; *interpretación* con alcance estricto, es decir atribuir un sentido a la normatividad elegida; *determinación*, o sea completar esa normatividad; *elaboración*, es decir hacer una normatividad que no se hizo o resulta descartada; *aplicación*, o sea encuadrar el caso en la normatividad y efectivizarla; *síntesis*, es decir, adaptar normatividades que no encuentran cabida en el caso y *argumentación*, o sea, aducir, dar, escuchar y sopesar razones. Se trata de tareas y no de etapas, porque se esclarecen recíprocamente.

La judicialidad

9. La segunda vertiente significativa del nombre de nuestra asignatura está constituida por la expresión *“judicial”*. Obviamente todos los humanos interpretamos de manera permanente, la interpretación no es solo judicial, vivimos interpretando vivimos reconociendo significados, las juezas y los jueces lo hacen en circunstancias especiales, de judicialidad.

El intérprete en el arte tiene una creatividad muchas veces más parecida a la que desarrolla hoy el juez e incluso mucho mayor. El intérprete de la obra de arte recrea y lo hace de manera muy legitimada. Con una creatividad mayor que la judicial. No todos los *“Mozart”* o *“Beethoven”*, de cualquiera de sus obras, han de pretender ser iguales, ni siquiera han de tener el parecido relativo exigido a los resultados de los jueces. Por esto los intérpretes en las obras de arte suelen tener un prestigio mayor que el de los intérpretes jurídicos, en este caso jueces y juezas. Tal vez, con todo respeto, un prestigio excesivo en comparación con el que se mantiene para los autores de las obras interpretados. Parece que más personas se remiten a Barenboim o Argerich y mucha menos gente tiene presentes a los compositores y las compositoras de las

obras que ejecutan. La interpretación artística es una interpretación muy libre. Mucho se discuten no solo las derivaciones sino las interpretaciones de las obras de Georg Wilhelm Friedrich Hegel o Karl Marx. También el intérprete filosófico goza de cierta libertad. En cambio, por ejemplo, en el terreno religioso se debate mucho el alcance interpretativo. En gran medida el conflicto entre el catolicismo y la Reforma se basa en quién tiene derecho a interpretar. Evidentemente la Iglesia Romana proclama la autoridad del Papa como último intérprete autorizado. Cada protestante tiene libre interpretación. Si el Sumo "Pontífice" interpreta de una determinada manera y lo hace ex cathedra, desde la cátedra de Pedro, su enseñanza es doctrina inapelable que debe ser admitida por todos los que deseen ser católicos. Es semejante a la cosa juzgada en cuanto es definitivo, pero dentro de las comunidades jurídica o política se puede decir que no se comparte la interpretación, aunque sea de una cosa juzgada, en tanto no se puede sostener dentro del catolicismo que no se comparte la enseñanza ex cathedra del Pontífice. Se puede no compartir lo que el Papa dice cotidianamente, no se puede cuando se pronuncia ex cathedra. Entre

los protestantes basta con invocar la libre interpretación, entre los católicos antes hay que verificar si el Papa no se ha pronunciado ex cathedra. Solo en este caso se puede disentir con las enseñanzas papales, con una fe que suele ser llamada audaz. Es más, en el catolicismo todos los dogmas de fe son indiscutibles.

10. La interpretación y la hermenéutica son despliegues de la cultura y como tal son siempre *tridimensionales*, integran hechos, lógica y valores. Toda interpretación en sentido amplio incluye hechos donde se despliegan la vida y los intereses; lógica, que suele manifestarse como razones, y valores, que se constituyen como preferencias dignas.

Todas las interpretaciones y todas las teorías de la interpretación son tridimensionales. Incluyen intereses, razones y preferencias valorativas. Solo cuando se las considera con estos alcances inescindibles se las comprende en plenitud. Interpretar es resolver *intereses* de una manera especial, referida a lo interpretado. La interpretación se produce mediante *fuerza* que cambia el campo interpretativo y requiere fuerza para realizarse.

En cada área de la cultura la interpretación tiene alcances y autoridades diferentes. Incluso la fuerza de las fuentes es diversa, en Roma había un apego legal más intenso que en Grecia, tal vez sea representativo que la palabra interpretación sea tomada del latín y la palabra hermenéutica sea tomada del griego. Incluso, en Grecia era destacadamente relevante la “autointerpretación”. Había un templo muy famoso donde estaba el oráculo de Delfos, del que surgían los anuncios del Porvenir y en el frontispicio decía “Conócete a ti mismo”. Creo que es imprescindible conocerse uno mismo para poder vivir una vida plena, saber quiénes somos, también como jueces. Tal vez seamos una obra compleja de lo que quizás pueda denominarse naturaleza, de lo que sea posible considerar cultura, del no descartable azar y de nuestra propia conducta, pero es muy esclarecedor tratar de conocernos a nosotros mismos y conocer los medios en que vivimos, por ejemplo, la circunstancia, la *circunstancia judicial concreta*. Este conocimiento, debidamente circunstanciado, es relevante para todos los humanos y para las juezas y los jueces de manera especial.

11. La interpretación que nos ocupa es judicial. Es siempre muy relevante que se pregunten *qué es ser jueza o juez*, de modo muy especial en un curso de Interpretación Judicial. Algunos responden, con acierto, que es un honor y una responsabilidad. Es cierto que se trata de honor y responsabilidad especiales, pero en ese camino encontramos honores y responsabilidades de otras actividades, de ejercicio profesional, docentes, de investigación, etc. Alguien responde que resuelven conflictos con el Derecho Positivo, también me parece acertado. Creo que el papel de juez, sumamente importante en la historia de la civilización, puede referirse de una manera adecuada con la expresión de John Locke que afirma que allí donde existen dos hombres que carecen de una ley fija y de un juez común al que apelar en este mundo para que decida en las disputas sobre derechos que surjan entre ellos siguen viviendo en *estado de naturaleza* ("Ensayo sobre el gobierno civil"). Aunque en nuestro tiempo se extiende la idea de que haya jueces parciales, por ejemplo, para corregir desigualdades estructurales, consideramos que sobre todo cabe pensar que cuando dos personas no tienen

un *tercero imparcial* que resuelva sus conflictos, sea o no según una ley pre establecida, viven en el estado de naturaleza. Ustedes son personas que van a hacer a la civilización, van a hacer a la a la construcción misma de la *vida social*. La tarea es difícil porque, si bien la mera aspiración a la imparcialidad es una “simplicidad pura” que avanza sobre la “complejidad impura” de la mera parcialidad, la complejidad del mundo excede esta simplicidad. Pese a la pequeñez humana, cada persona, cada justiciable y cada juez, corresponde a un *punto del Cosmos* enormemente complejo. Si comprenden que los casos y las soluciones son diálogos entre esas circunstancialidades, a resolver de la manera que resulte más valiosa posible, habrán avanzado desde la simplificación de la imparcialidad abstracta a la “complejidad pura”, cósmica, de la imparcialidad concreta. La imparcialidad no es una ilusión, como dicen algunos sectores radicalizados, es una realización a lograr en cada instante del desempeño judicial avanzando, en la mayor medida posible, en la difícil superación del saber que no se sabe atribuido al maestro Sócrates. Cada caso es una manifestación del Cosmos

enorme, pero la judicialidad y la imparcialidad concreta consisten en gran medida en construir sus alcances en partes fraccionadas para hacer lo mejor posible en aspectos puestos a nuestro alcance de las vidas de las personas. Todo lo que hacemos nos resulta notoriamente “imperfecto”, pero la administración de justicia es una de las tareas más “perfectibles” y humanas que se pueden realizar.

La imparcialidad es *intervitalidad*, relación entre intereses y fuerzas que son expresiones de vidas. Esas relaciones pueden plantearse y resolverse en términos de coexistencia, prevalencia, integración y desintegración. Para reconocer conceptualmente tales planteos y soluciones conviene aprovechar la teoría de las *respuestas jurídicas y vitales* que proyectamos desde el Derecho Internacional Privado. El desempeño judicial es excepcionalmente internacional, pero siempre es intervital. Las diversas posiciones de las partes y los jueces aparecen según quiénes *califican* y cómo se califican los alcances problemáticos; si las partes o el magistrado pueden hacerse fraude; si una posición puede *reenviar* a otra y si las partes o los jueces tienen

posibilidades de *evitar agresiones* que los pongan en peligro.

Existe la posibilidad de una *norma indirecta generalísima de judicialidad*, con problemas relacionados con su antecedente, que capta el problema a solucionar y con su *consecuencia*, que capta la solución. El antecedente y la consecuencia tienen *características positivas y negativas* que viabilizan o excluyen las soluciones. Toda la problemática es desplegada por la cuestión de las calificaciones, que define los términos. En la característica negativa del antecedente aparece el fraude, cuando se manejan los hechos para obtener respuestas distintas de las normalmente debidas. En la característica positiva de la consecuencia surge la posibilidad de reenvío a otras problemáticas. En la característica negativa de la consecuencia aparece la posibilidad de rechazar ataques contra la existencia misma del protagonista de referencia (en Derecho Internacional Privado, orden público).

Importa, así, *calificar* las cuestiones, condición que se hace especialmente notoria

cuando, como ocurre habitualmente en la justicia penal, hay que resolver la carátula del caso ¿es homicidio o legítima defensa? En los casos de locación ¿cuánto es contrato de locación o acceso a la vivienda? En los casos de estímulo a los arrepentidos, si se pacta un cambio de carátula hay integración. Calificar es en principio predominar y otorgar predominio. Una parte puede hacer *fraude*, presentando como locación de servicios lo que es contrato de trabajo. La misma jurisdicción puede ser usada fraudulentamente, engañando a los magistrados, produciendo ejecuciones falsas, etc. Hacer fraude es predominar de manera indebida. ¿Una parte puede lograr *reenviar* un caso civil a penal? Poder reenviar puede ser predominar. ¿Una parte puede o no hacer *abuso* de su derecho? Si las partes pueden evitarlo hay coexistencia, de lo contrario hay predominio y desintegración.

Es en principio correcto que la justicia sea representada con una balanza. El papel de las jueces y los jueces es en gran medida *ponderar*. ¿Qué ponderan? Intereses, fuerzas, significaciones vitales.

12. La judicialidad no es la única pero sí una de las más calificadas vías de solución de controversias, que nos merece especial consideración. Para concretarla hay que ubicarla en las circunstancias de *materia, espacio, tiempo* y *personas*. Cada materia, cada espacio, cada tiempo y cada despliegue personal del desarrollo judicial tienen significados particulares.

Aunque la historia contrafáctica suele estar desacreditada, parece importante pensar qué ocurriría si algo que ocurre no ocurriera. ¿Cómo sería el mundo *sin jueces*? Viviríamos en estado de naturaleza, creemos que sería la guerra de todos contra todos. De cierto modo, Ucrania y a Rusia han vuelto al estado de naturaleza: en lugar de resolver el problema un tercero imparcial lo resuelven mediante la acción directa y la violencia.

Ahora, cuando con frecuencia se critica a los jueces, yo creo que hay que contribuir a lograr marcos de justicia hablando también bien de los jueces. Es necesario hacer la crítica de los jueces como la crítica de cualquier actividad - la del profesor, la del investigador, la del profesional de la abogacía, la del médico, etc.

- pero preguntemos a los hipocríticos cómo sería el mundo sin jueces. Si no hubiera médicos mucha gente moriría antes y si no hubiera jueces la gente viviría a los tiros. Las juezas y los jueces, como todas las demás personas, tienen diferentes grados de virtud e idoneidad y son perfectibles: para lograr que tengan el mayor nivel posible hacemos lo que está a nuestro alcance, por ejemplo, en nuestra Maestría.

Si una jueza o un juez dejan de ser terceros imparciales de manera concreta, que pueden ponerse en los lugares de las partes sin quedar en ellos, atender a las igualdades y las desigualdades, a los méritos de las conductas y los merecimientos de las necesidades, a las responsabilidades y las posibilidades de contribución, etc., dejan de ser juezas y jueces. Entonces disimulan perversamente estados de guerra. Este disimulo es lo peor que los magistrados y al fin cualquier persona pueden hacer. Entonces se muestran máscaras que exhiben lo que las cosas no son. El profesor que hace de profesor y no educa, el investigador que aparenta ser investigador y no investiga, el juez que hace de juez y no es un tercero imparcial son negaciones de su razón de ser.

La imparcialidad no es ceguera, es estar *dispuesto sinceramente* a dar a cada uno lo que le corresponde, sin incorporar preferencias de conveniencia personal directa o indirecta. La imparcialidad *no es neutralidad*, es compromiso en el dar a cada uno lo que le corresponde. Antes que un supuesto juez, que es parcial, es mejor la guerra. Mejor que la presencia de un profesor que no educa es que los alumnos estudien solos. En cambio, cuando se trata de terceros imparciales que usan un derecho pre establecido o no, que incluso resuelven integrando lagunas normativas, las juezas y los jueces son una de las más dignas realizaciones de la *condición humana*. Ahora vivimos una *nueva era* con una enorme carencia de normas, que es laguna de los ordenamientos normativos, y los magistrados deben resolverla con un Derecho que a menudo no está hecho y van elaborando, como por ejemplo ocurría en los comienzos de la vieja Roma.

13. La imparcialidad se aprecia con diferentes amplitudes y profundidades según la construcción del *Derecho* que se utilice. En nuestro caso, nos referiremos a la imparcialidad socio-normo-axiológica con especificidades de

alcances, dinámicas y situaciones que plantea dentro del *tridimensionalismo* la *teoría trialista del mundo jurídico*. Por ejemplo, según el trialismo, el Derecho se desenvuelve en relación con decisiones adoptadas en marcos comunes sociales de intereses y fuerzas, de construcciones lógicas normativas y de valoraciones referidas a los intereses, las fuerzas y las construcciones normativas y esas dimensiones comunes tienen especificidades según sus alcances, dinámica y situaciones.

Los despliegues básicos de las decisiones, en este caso judiciales, de la naturaleza, las influencias humanas difusas de la economía, la religión, la lengua, la ciencia y la técnica, el arte, la historia, la educación, las concepciones del mundo, la filosofía, etc. constituyen posibilidades de parcialidades e imparcialidades a tener en consideración. Las parcialidades y las imparcialidades ocurren en relación con esas causas. Hay parcialidades e imparcialidades desenvueltas en zonas áridas o fértiles; más feudales o capitalistas, burguesas o proletarias; más católicas, protestantes, ortodoxas, musulmanas; por el uso de diversos idiomas; más o menos incorporadas al mundo

tecnológico; por educación diferente; por concepciones del mundo distintas, etc.

El juez imparcial cumple una función fundamental, fortalece el orden como paz, que es orden encaminado a la justicia, consolida la coherencia como armonía, que es coherencia dirigida a la justicia. Como dijo muy bien uno de Ustedes, el ejercicio de la magistratura es una responsabilidad y un honor muy grandes. Cuando son jueces deben preguntarse quién y por qué, con qué legitimidad, están puestos a resolver las vidas de las personas. La ley, la positividad, por sí solas no legitiman. Es análogo a lo que sucede con los abogados litigantes, los profesores, los investigadores, etc.: la ley por sí sola no los legitima. Hace más de sesenta años que soy profesor y siempre trato de responder acerca de la legitimidad de mi desempeño. ¿Qué título tengo yo para juzgar si una persona va a ser o no abogada, magíster, doctor ...? Imagínense lo grave que sería que tuviera que responderme que me pusieron amigos, quizás en un concurso amañado. ¿Qué derecho tenemos en nuestras tareas para resolver las vidas de los demás?

No les estoy preguntando si está el policía que pueden llamar si les “faltan el respeto”, les estoy preguntando si realmente están capacitadas o están capacitados para ser terceros imparciales que resuelvan los conflictos con legitimidad. Ser imparcial es algo especialmente difícil, porque es inevitable que seamos de alguna manera *partes*, pero es imprescindible lograrlo en la mayor medida posible. Todos somos parte, si tuviera que juzgar cualquier caso es inevitable que estaría más cerca de una u otra parte, por ejemplo, de la víctima o del reo, del acreedor o el deudor, etc. Sobre esa dificultad hay que lograr imparcialidad. Imparcial quiere decir que al final uno no favorece a una parte porque sí, que favorecerá a una parte con un fundamento legítimo, que es el fundamento de la legitimidad de su existencia. Siempre es posible equivocarse, pero tenemos el mandato de haber hecho todo lo posible para que eso no ocurra. Todos cometemos errores, la justicia humana, como todo el resto de nuestro obrar es imperfecta y casi siempre perfectible. Aunque resulte imperfecta, por lo menos se debe haber hecho el

esfuerzo más serio que se pudo para hacer lo correcto.

14. Para aproximarnos a la imparcialidad elegimos entre los que son menos parte y hay que cultivar la imparcialidad. Siempre se es en alguna medida parte pero, por ejemplo, a través de las recusaciones y de las excusaciones vamos construyendo algún grado de no ser parte, de imparcialidad. La relativa desgracia está en que cuando el juez toma el caso le *aparecen otros intereses personales* que no tenía cuando no lo había asumido. Al solucionar el caso, la jueza o el juez, pueden resultar indirectamente beneficiados o perjudicados, con un ascenso, un reconocimiento, una persecución, una venganza, etc. Es un gran problema cómo lograr que con personas que en alguna medida son o devendrán parte y no pueden dejar de serlo del todo se realice la imparcialidad. Lograr un tercero imparcial es algo muy difícil, pero a menudo maravilloso. Razones familiares, de género, de clase, ideológicas, etc. nos acercan, de modo inevitable, en cierta medida a algunas partes. Recuerden que si no se logra que la jueza o el juez sean imparciales, porque ponen sus propios intereses, se vive en estado de naturaleza.

Para apreciar las características de los casos hay que tener apertura mental, esto quiere decir que es necesario lograr *sabiduría*. La sabiduría es más que mero saber, más que el conocimiento. Aunque no sepa todo, el magistrado y la magistrada han de tener la mente abierta lo más posible a todo. No se trata de saber todo, sino de la apertura personal para comprender todo. La sabiduría es cultivable a través del saber y el desarrollo de la plenitud de la persona. Deben considerar el Derecho en la complejidad que hemos referido, en sus alcances especiales materiales que se tratan en la Teoría General del Derecho abarcadora las ramas jurídicas; espaciales, considerados por ej. en el Derecho Comparado; temporales, referidos en la Historia y la Prospectiva del Derecho y personales, en la plenitud que tal vez pueda denominarse Prosopología y Etopeya Jurídicas. De cierto modo, aunque a veces se pretenden modelos parciales, por ejemplo de jueces literatos o matemáticos, consideraremos que es esclarecedor referirse al *juez filósofo*, el que intenta saber y hacer en la complejidad del Cosmos.

Es más, el mundo jurídico tiene *horizontes* por las dimensiones referidas y su conjunto y los magistrados han de enriquecer sus perspectivas recibiendo los aportes que sean necesarios. Esos horizontes son de Cosmología, Astronomía, Astrofísica, Geografía, Biología, Psicología, Sociología, Economía, Historia, Antropología, Lógica, Metodología, Lingüística, Moral, Política general, Filosofía, etc. Al fin las juezas y los jueces deben protagonizar con lucidez la cultura jurídica y la cultura toda. El complejo de esas perspectivas puede contribuir, en las medidas necesarias, a aclarar la tarea de los jueces y las juezas, por ejemplo, para el funcionamiento normativo. Existe, incluso, la posibilidad de una *Enciclopedia Judicial*, parte de la Enciclopedia Jurídica. La apertura a la sabiduría se logra con más plenitud cuando se ama lo que se hace. Como en todas nuestras actividades, hay cierto “eros”, el *eros* de la judicialidad. Existe un eros del funcionamiento normativo, que incluye la interpretación en sentido estricto.

15. Las actitudes de los jueces son siempre, también al interpretar y en general al hacer funcionar las normatividades, de maneras distintas que pueden corresponder a diversas

clasificaciones. Una de ellas es la que utiliza el jurista belga François Ost, por ejemplo en un artículo “re-publicado” en el año 4 de nuestra revista “Academia”, quien diferencia al juez Júpiter, el juez Hércules y el juez Hermes. Son juezas y jueces que construyen de diversas maneras su desempeño y la imparcialidad. ¿Quién era Júpiter? El dios supremo de los romanos, de cierto modo el Zeus de los griegos. El juez denominado Júpiter mira hacia arriba, tiende a actuar como un dios todopoderoso, referido a una ley suprema, divina o incluso humana. Hércules, hijo de Júpiter y de una mortal, un semidiós al fin divinizado, autor de grandes hazañas, corresponde a un juez que se siente más él mismo la fuente del Derecho. Hermes, hijo de Zeus, es el dios griego de los mercaderes, pero también de los ladrones, de la comunicación, de la negociación, de la astucia. A semejanza del dios al que se lo refiere, el juez Hermes es un comunicador, un intermediador entre las partes más referido al proceso. El juez Júpiter a través de una remisión a algo superior puede cambiar sustancialmente el mundo, el juez Hércules lo considera una tarea personal, el juez Hermes reconoce al mundo en su realidad y

procura mediar en las soluciones. El juez Hércules, con su sentido de tarea grandiosa, es también referencia para Ronald Dworkin. Tal vez se pueda ubicar como jueces Hércules a quienes declarando la inconstitucionalidad de la inexistencia de divorcio vincular en el caso Sejean contra Saks de Sejean intensificaron la necesidad del dictado de una nueva ley de matrimonio, la 23.515, que admitía el divorcio vincular. Algo análogo ha sucedido con los desempeños de jueces que impulsaron a través de sus sentencias el dictado de la ley 26.618, de matrimonio denominado igualitario, quizás mejor, matrimonio según las particularidades de la persona. Se combinan así, con referencia a religiones de diferentes culturas, aunque fueran muy próximas, las distintas maneras de actuar que puede recorrer el juez.

Se trata de *modelos vitales*. Cuando estudiaba abogacía, la pareja se pensaba en términos Júpiter, luego se la desenvolvió a través de Hércules, ahora se la resuelve en términos de Hermes. Tal vez Hermes llegue un día a matrimonios de más de dos personas. Personalmente entiendo que ya no hay razones sólidas para denegarlos. Les comento que en

materia de Familias, mejor denominada en plural, por la diversidad de modelos, las soluciones suelen dejar un sabor amargo por no haberse hecho todo lo que podía necesitarse. En ciertos ámbitos hay combinaciones, por ejemplo, en el Derecho Penal argentino se ha debilitado mucho el modelo Júpiter, pero hay jueces Hércules, que pretenden proteger intensamente a los reos, y hay casos de Hermes, que admiten soluciones de mediación.

16. La historia de la administración de justicia, por obra de jueces de tribunales comunes o de otros órganos, registra grandes injusticias, como la que se concretó con la muerte de *Sócrates*, pero, incluso desde nuestra posición de agnóstico, consideramos que como idealidad la injusticia en estado de pureza podría haberse producido en el juicio a *Jesús* porque, aunque sea por hipótesis, era absolutamente inocente, dado su carácter de persona de un Dios perfecto, Jahvé, que lo sería. En el relato religioso se indica que *Jesús* había tenido todas las tentaciones que Ustedes saben y no había aceptado ninguna. En ese caso el juicio a *Jesús* sería la tragedia judicial por excelencia, la injusticia en estado de pureza total, la condena a

muerte infamante de quien era puramente inocente. Interesa, por numerosas razones, considerar el juicio a Jesús y los papeles de sus otros protagonistas. Se presentan en él modelos de juez que debemos comprender, pero no realizar.

El pueblo judío se consideraba identificado por su Alianza con ese Dios único, creador, persona, omnisciente, omnipotente, omnipresente, casi innombrable e irrepresentable. Todavía muchos judíos se niegan a escribir el nombre de su Dios completo y a pronunciarlo. Cuando se refiere a sí mismo Jahvél no se remite a caracteres particulares, simplemente dice que es el que es, el que será. Es tan enorme, que cualquier otro dato lo desfiguraría. En la enseñanza de Jesús ese Dios tiene un hijo. Incluso se relata que Jesús resucita a Lázaro. Se contrariaban así caracteres nucleares de la divinidad fundante de la cultura judía y las creencias del saduceo Caifás, como tal negador de la resurrección, que era el sumo sacerdote. Jesús, invocando su filiación divina, aparecía como el hereje y blasfemo por excelencia. Luego los cristianos agregarían que era el mismo Dios en una de sus personas. El

Sanedrín, consejo nacional y religioso de los judíos se entera de las enseñanzas del Maestro. Jesús es enjuiciado en él. Caifás, el sumo sacerdote, en un proceso incluso formalmente cuestionado, pregunta a Jesús si ha dicho que es el hijo de Dios y el enjuiciado le contesta tú lo has dicho. Caifás creía que convenía que uno solo pereciera por el pueblo y no que pereciera toda la nación. Al escuchar la respuesta de Jesús considera que el reo debe morir, pero como los judíos no podían aplicar la pena de muerte lo llevan ante quien podía condenarlo a ella, el procurador romano Poncio Pilato.

Pilato, un romano, sin la fundacional religiosidad judía y perteneciente a un pueblo politeísta, es mucho más tolerante y no ve nada malo en Jesús, procura salvarlo con un castigo menor, incluso busca desviar el caso hacia Barrabás, pero los judíos, empecinados en la muerte de Jesús cambiaron el cargo de blasfemia por el de rebelión. Sabiendo que el sentido del decir de Jesús respecto del Reino se refería a otro mundo, porque él había dicho que el Reino no era de aquí, lo acusaron de haber dicho que era el rey de los judíos y amenazaron a Pilato diciéndole que si no lo condenaba no era amigo

del Emperador, lo que podía traerle consecuencias gravísimas. Pilato se asustó y proclamándose inocente de la muerte del justo admite la muerte de Jesús en la infamante y crudelísima pena de cruz.

Caifás es el modelo del juez empecinado. Tal vez haya que comprender que tuvo la enorme desgracia de que le tocara el caso más conmovedor de nuestra cultura y creyó que la muerte del justo era una manera de salvar la identidad su pueblo. Pilato es un modelo de juez pusilánime. Quizás Caifás y Pilato tuvieron la desgracia de que les tocara el caso enorme por excelencia, tal vez no imaginaron las gravísimas consecuencias que para ellos y el resto de los judíos, considerados pueblo deicida, tendría la muerte de Jesús. Sin embargo, creo que sus experiencias valen para rechazar el empecinamiento y la pusilanimidad. Si son caprichosos o cobardes no sean juezas ni jueces. Hay que tener honestidad para no encapricharse y saber cuándo uno se equivocó. Hay que tener la firmeza de defender a quien corresponda, sea cual fuere el costo personal.

17. El relato bíblico nos cuenta, además, la sabiduría de jueces como Salomón, profundo conocedor de los caracteres de las personas. Recordarán que ante la disputa de dos mujeres por la maternidad de un niño la resolvió a favor de la que quería que viviera, en lugar de la que aceptaba partirla.

18. En el marco de los Critical Legal Studies, Duncan Kennedy se ha referido a los jueces activistas, mediadores y bipolares. Kennedy desarrolla la idea de que los jueces deciden los casos de forma *ideológica* pero que, al propio tiempo, niegan ese contenido ideológico.

Como pueden apreciar, hay diversos tipos de juezas y jueces, a los que se refieren diferentes clasificaciones, y esto se manifiesta de manera notoria en la interpretación. Me parece conveniente que adviertan que las actitudes judiciales dependen en gran medida de las circunstancias de los casos, las sociedades, los gobiernos y los jueces de que se trate. Es bueno que se reconozcan en *su identidad judicial*.

19. Tratando de encontrar matices en el desempeño interpretativo se suele hacer

referencia a casos “fáciles” y “difíciles”, adjudicando en este último tipo más facultades judiciales. Creemos que en la gran complejidad de la vida todos los casos pueden presentársenos como fáciles o difíciles según los construyamos. La facilidad de la ejecución de un cheque es tal porque recortamos, por ejemplo que, como consecuencia de esa ejecución, puede producirse el derrumbe económico y personal del librador.

20. En la consideración de situaciones concretas, en la *Argentina* he visto muchos casos de jueces heroicos y siento un gran respeto por la actividad judicial. No comparto lo que se hace degradándola. Sin embargo, en nuestro país y en otros lugares hay judicialidades criticables. Me vienen a la mente, por ejemplo, los jueces que recibieron la notificación del golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930 del gobierno militar que había destituido al presidente constitucional Hipólito Yrigoyen y no la rechazaron, sino tomaron nota de la usurpación que controlaba al país y en cierta medida la legalizaron. Tengo sus nombres bien grabados en mi mente, pero no voy a mencionarlos por respeto a la muerte.

Gran parte de mi vida la he vivido bajo gobiernos de facto y sé lo que eso significa. Tal vez las desdichas de tantas dictaduras se debieron en parte a que no hubo jueces que rechazaran aquel atropello. La Corte debió contestar al general José Félix Uriburu: Usted no es el presidente, el presidente se llama Hipólito Yrigoyen y Usted debe restituirlo en la plenitud de sus funciones de inmediato. Es cierto que les hubieran respondido con la ocupación del Palacio de Justicia, pero estoy convencido de que es lo que le debieron contestar. La historia lo muestra.

21. La historia judicial de los *Estados Unidos de América* es una manifestación a menudo notoria de diversos modelos de jueces. Cabe mencionar el modelo de la *autorrestricción* judicial, que en la duda se inclina por la constitucionalidad de las leyes atendiendo a la habilitación democrática del legislador, y el modelo del juez *activista*, que suele inclinarse a soluciones más audaces que considera progresistas. En la primera corriente se encuentra el juez Oliver Wendell Holmes; en la otra, al juez Earl Warren. La denominada Corte Warren actuó entre 1953 y 1969 y, por ejemplo,

eliminó la segregación racial en las escuelas, prohibió usar pruebas obtenidas indebidamente, obligó a informar a los detenidos de sus derechos e impuso la posibilidad del matrimonio interracial.

La *Unión Europea* es en gran medida resultado de los avances concretados por el Tribunal de Justicia. Cabe recordar a jueces como Giovanni Falcone, el heroico magistrado *italiano* asesinado por la mafia en 1992, en un crimen que comenzó afortunadamente un gravísimo traspie para la organización criminal. La muerte de Falcone fue resultado de una tarea judicial que seguramente salvó a muchas personas.

Al fin, la tarea jurídica, en este caso judicial, suele ser más difícil y riesgosa porque se enfrenta a la no infrecuente maldad de los humanos.

La judicialidad según las concepciones del Derecho

22. Ahora vamos a hablar del papel que le corresponde al juez según distintas *concepciones del Derecho*. Vamos a referirnos a lo que piensan

por Derecho distintas corrientes filosóficas que, como consecuencia de su manera de pensarlos, tienen una manera diferente de concebir la tarea judicial, correspondiendo, abierta o veladamente, al despliegue vital en el curso del juego de intereses y fuerzas. Las teorías fijan andariveles del pensamiento y el obrar, también para el desempeño judicial, y esos andariveles no surgen de la nada ni son irrelevantes en el juego de la vida, en ellos se desenvuelven los intereses y las fuerzas.

23. Los géneros literarios pueden desenvolverse con diferentes grados de tensión, pueden ser comedias, cuando se quitan las tensiones; dramas cuando las tensiones tienen soluciones aceptables y tragedias cuando las tensiones tienen culminaciones inaceptables. El Derecho suele ser dramático, pero tiene ciertos alcances trágicos. Apoyándose en el mito de Antígona Sófocles nos brinda una de las grandes tragedias griegas, que lleva ese nombre. En Antígona se relata la tensión permanente, a menudo insatisfactoriamente resuelta, entre el Derecho puesto y el que debe ser, al fin, en respectivas radicalizaciones, entre el *positivismo* que se aferra a lo establecido y el *jusnaturalismo*

que descarta lo establecido en aras de lo que debe ser. Aunque, como veremos, hay diversas orientaciones relacionadas con el tema, en cada circunstancia todo juez se desenvuelve en mayor cercanía con alguno de los dos extremos.

24. El *jusnaturalismo*, mejor en plural los *jusnaturalismos*, son representados en el relato de “Antígona” por la actitud de la heroína. Nos referiremos principalmente a las posiciones *jusnaturalistas* tradicionales de Santo Tomás de Aquino y el *racionalismo alemán* del siglo XVIII y las propuestas de este tiempo referidas a la *injusticia extrema*, los *neoconstitucionalismos* y el *razonamiento por principios*.

Santo Tomás de Aquino nació alrededor de 1226 y murió en 1274. Vivió 48 años. Su obra principal es la “*Suma Teológica*”. Por ese entonces en Europa había un resurgimiento de las condiciones de vida impulsado por el *capitalismo*. En lugar de rechazar la riqueza del mundo nuevo, como *San Francisco de Asís*, *Santo Tomás de Aquino* corresponde a una adaptación del pensamiento cristiano al nuevo mundo. Para desarrollar esta actitud, a diferencia de *San Agustín*, que se había referido a *Platón* y había

considerado a nuestro mundo producto del pecado, Santo Tomás se remitió al pensamiento de Aristóteles y valoró nuestro mundo. Tuvo en mayor estima al derecho que establecemos los humanos. Tomás distingue la ley eterna, el plan con el que Dios hizo al mundo, que no podemos conocer en plenitud; la ley natural, que es la parte de la ley eterna que resulta cognoscible a los humanos a través de la razón, sobre todo en cuestiones que hacen a la convivencia; la ley divina, parte de la ley eterna que conocemos por revelación a través de la Iglesia y la ley humana, que establecemos los humanos según la ley natural. Si lo que los humanos mandamos no está de acuerdo con la ley natural en cuestión que hace al bien divino debemos desobedecer, por ejemplo, si se mandara disolver a la Iglesia, pero si lo que los humanos mandamos no está de acuerdo con la ley natural en cuestión que no hace al bien divino, hay que elegir el mal menor. Así puede ser que se deba obedecer un mandato humano que establece el matrimonio homosexual. Hay jueces que al resolver consideran que están haciendo ley humana en sentido tomista, de modo que sus decisiones son pensadas como instrumentos de la ley natural y

de la ley eterna, con las consecuencias que esto significa. Entre los exponentes del tomismo en la actualidad cabe mencionar a John Finnis. En la Argentina es dado citar a Guido Soaje Ramos, Juan Alfredo Casaubón, Carlos Ignacio Massini-Correas y Rodolfo Luis Vigo.

A diferencia del jusnaturalismo relativamente moderado que ejemplificamos con Tomás de Aquino, el jusnaturalismo de los *siglos XVII y XVIII*, dominado por el racionalismo, evoluciona en un sentido más radicalizado. A diferencia de la Edad Media, mejor denominable Edad de la Fe, en que vivió Tomás, ahora estamos en la Edad Moderna, la Edad de la Razón y la Experiencia. En el siglo XVII el holandés Hugo Grocio se refiere a un Derecho Natural que existiera aunque Dios no existiera, cosa que, preventivamente aclara, no podría afirmarse sin grave pecado. Remite su conocimiento a la razón y el consenso de los pueblos. Dos títulos de gran relevancia moderna. En este jusnaturalismo cabe mencionar a los alemanes Gottfried Leibniz y Christian Wolff, cuyo pensamiento suele ser más radicalizado. Para este jusnaturalismo, el derecho vale y obliga porque es racional y en este carácter posee caracteres de universalidad

y eternidad. El derecho no racional, injusto, no debe ser obedecido. Se consideraba que el Derecho tenía profunda afinidad con la Matemática. En el marco del despliegue jusnaturalista moderno, culminante en la realidad en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la Codificación, promovidas en gran medida por la burguesía, se presentaba al derecho establecido por ser correspondiente a los intereses de la clase dominante como “el Derecho” en sí mismo, que en gran medida era, según dijimos, universal y eterno. Vale que toda jueza o todo juez se pregunten cuánto consideran que sus decisiones son aplicaciones de la razón y en qué medida ésta se desenvuelve de manera matemática, como se llegó a sostener.

Las consideraciones tomistas y del racionalismo alemán de los siglos XVII y XVIII son, en diversos grados, difícilmente aceptables con alcances generales en nuestro tiempo. El jusnaturalismo más frecuente en nuestra época es el de la referencia a la *injusticia extrema*, la vertiente *neoconstitucionalista jusnaturalista* y el *razonamiento por principios*, cuando éstos son remisiones a lo valioso.

Al concluir la Segunda Guerra Mundial los vencedores, deseosos de afirmar el marco de legitimación de su triunfo, enjuiciaron a los vencidos en los llamados Juicios de Núremberg. Los enjuiciados pretendieron valerse de la excusa de obediencia debida a las órdenes superiores del gobierno alemán, pero en diversos ámbitos se rechazó la defensa invocando la existencia de derecho internacional legal y consuetudinario opuesto a dichas disposiciones. Se sentaron, de ese modo, los llamados Principios de Núremberg. En ese marco, el jurista Gustavo Radbruch sostuvo que la injusticia extrema no es Derecho, de modo que las órdenes alemanas no eran Derecho y no debían ser acatadas. Una situación formalmente análoga a la de los juicios de Núremberg se planteó con los tribunales que enjuiciaron a los guardianes del Muro de Berlín, a la caída de Alemania Oriental. En este caso, la teoría fue planteada por Robert Alexy. En la Argentina, el tema ha sido desplegado por el profesor Rodolfo Vigo y hay un libro titulado “La injusticia extrema no es derecho” editado por nuestra Facultad y la editorial La Ley.

En cuanto a los *neoconstitucionalismos* que, en diversos grados, se remiten a consideraciones de justicia, cabe tener en cuenta que se trata de una corriente compleja que se remite a la operatividad de la constitución, encomendada en gran medida a los jueces. La constitución y a veces el bloque de constitucionalidad son entendidos con fuerte presencia de principios relativamente indeterminados y el papel judicial tiende a desplazar al legislador como aplicador autorizado de esas normas superiores. A fines de la Segunda Guerra Mundial se afirmó la idea de que para asegurar que las constituciones respetuosas de los derechos humanos fueran cumplidas era importante que hubiera una intervención judicial más activa. Se generan así, por un lado, cierto conflicto entre los títulos más democráticos que suelen tener los legisladores y los más integrados de erudición que poseen a menudo los jueces y por otro lado la posibilidad de que, con cauces para el jusnaturalismo, los magistrados introduzcan sus consideraciones de valor. Los *neoconstitucionalismos* se hacen más jusnaturalistas cuando se exige que las constituciones o los bloques a actualizar sean de

Estados de Derecho, democráticos y sociales. En general los neoconstitucionalismos permeabilizan los límites entre derecho positivo y valores. Entre los representantes de la corriente neoconstitucionalista cabe mencionar a Ronald Dworkin y Robert Alexy. El neoconstitucionalismo se presenta en la invocación constitucional de nuestro Código Civil y Comercial. Una de las corrientes neoconstitucionalistas se expresa cuando Susanna Pozzolo expresa “Aquello que distingue la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional. Tal modelo ha sido denominado «modelo axiológico de la constitución concebida como norma». «Constitución» designa aquel conjunto de reglas jurídicas positivas, fundamentales respecto a las demás reglas del conjunto, pero que pasan a ser «constitución» en razón del particular contenido que expresan, y no en razón del sujeto que ha redactado el documento. La adopción de este modelo constitucional se conjuga con el interés principal de la doctrina neoconstitucionalista.”. Pueden c. el artículo de esta autora “Neoconstitucionalismo y especificidad de la

interpretación constitucional” obrante en “Doxa”, t. 21-II, 1998).

El *razonamiento por principios*, relativamente indeterminados como mandatos de optimización, diferentes como tales de las reglas, se abrió camino sobre todo a través de las ideas de Ronald Dworkin (diversas de las del positivista Herbert L. A. Hart) y de Robert Alexy.² La orientación influenciada por Dworkin y Alexy es otro de los senderos del jusnaturalismo actual, que influye en el recurso a los principios de nuestro Código Civil y Comercial. Las ideas de Ronald Dworkin, planteadas principalmente en sus obras “Los derechos en serio” y “El imperio de la justicia”, se ejemplifican con la consideración de casos difíciles, que no tengan una ley o precedente judicial que lo resuelva o no pueden ser resueltos por interpretación o extensión existentes en el sistema. Dworkin apunta a la existencia de jueces Hércules,

² V. Asimismo por ej. ESSER, Josef, *La interpretación*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, “También esto exige el recurso al lenguaje de los principios, de las máximas y de las ideas generales La interpretación 49 del Derecho, que en la forma de pensar dogmática no tienen vigencia plena.”, págs. 48/49, file:///C:/Users/FDER/Downloads/Dialnet-LaInterpretacion-142103.pdf, 19-8-2023; *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, <https://es.scribd.com/document/33542712/ESSER-Joseph-Principio-y-norma-en-la-elaboracion-jurisprudencial-del-derecho-privado-pdf>, 2-10-2023.

dotados de una capacidad extraordinaria que tiene los medios para hallar los principios que dotan a la decisión judicial de la mejor fundamentación posible apoyándose en la consideración de los casos concretos. Dworkin ejemplifica su teoría empleando el caso *Riggs vs. Palmer*, resuelto en el siglo XIX por la Corte de Apelaciones de Nueva York, cuando un nieto asesina a su abuelo para evitar ser privado de la herencia y a pesar de haber un testamento válido y conforme a ley el tribunal le negó el derecho de heredar apoyándose en el principio de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa o dolo. Como mandatos de optimización los principios se ponderan y se eligen pero no se excluyen definitivamente, como sucede con las reglas. En el caso *Riggs* los jueces ponderaron el principio de respeto a lo expresado por el testador y el de no beneficio por la propia criminalidad y eligieron éste. Atendieron así al propósito social de la sucesión. Robert Alexy ha elaborado un prolífico marco de razonamientos para ponderar los principios que aclaran el pensamiento, considerando por ejemplo el grado de satisfacción o afectación alta, media o baja de los principios y si la importancia de la satisfacción

de un principio justifica la afectación o la no satisfacción de otro. La ley de ponderación establece que cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Como menciona Alexy, a las variables que se refieren a la afectación de los principios y del peso abstracto se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica. Las propuestas de Alexy han suscitado ciertas críticas por su alto nivel de “logicidad”. Vale, también, que las juezas y los jueces se pregunten en qué posición están en relación con estas orientaciones jusnaturalistas más actuales.

Son interesantes, también, planteos de justicia con sentido relativamente presente, aunque no sean jusnaturalistas, como el de John Rawls, quien sobre todo en “Una teoría de la justicia”, refiere un *constructivismo* remitido al consenso eventual que brindarían los interesados. Con afinidades kantianas, consideró Rawls, en su construcción de la justicia como imparcialidad, que los acuerdos entre personas racionales, libres e iguales en una situación contractual justa pueden contar con validez

universal. En principio, justo sería lo que consentirían personas interesadas en su propio bien, que se consideraran iguales, supieran cómo es el mundo pero, mediando un velo de ignorancia, no supieran el lugar que ocuparían en el mundo. En principio no resulta justo que haya pobres y ricos, porque nadie que estuviera en esa situación lo consentiría. Las diferencias se pueden legitimar, sin embargo, si de ellas surgiera tal beneficio para los perjudicados que las consentirían. En nuestro caso, si de la riqueza de los ricos surgen beneficios para los pobres, de modo que éstos consentirían las diferencias.

En la medida que resuelvan maneras de pensar la justicia que se puedan usar en el campo del derecho, por ejemplo en nuestro caso por las juezas y los jueces, las teorías referidas a ella aunque se las consideren políticas y morales poseen sentidos jurídicos.

En la próxima clase nos referiremos a otras orientaciones, comenzando con los positivismos.

CLASE 2

Presentación (continuación)

La judicialidad según las concepciones del Derecho (continuación)

Deseo que tengan muy buena tarde.

1. En la clase anterior estábamos recordando el papel que correspondería a los jueces según distintas concepciones del derecho. Hablábamos de vertientes tradicionales de la corriente jusnaturalista, de Santo Tomás de Aquino, Grocio, Leibniz y Wolff y de corrientes más actuales, del rechazo del carácter jurídico de la injusticia extrema, orientaciones neoconstitucionalistas y el razonamiento por principios. Como expresamos, consideramos a las diferentes posiciones expresiones vitales de intereses y fuerzas.

2. Ahora nos ocuparemos de los *positivismos*. El término “positivismo” tiene diversos significados, que Norberto Bobbio planteó en un libro célebre denominado “El Problema del Positivismo Jurídico”. Al menos conviene distinguir el positivismo como creencia de que los juristas solo deben ocuparse del derecho que es y no del que debe ser, con una actitud avalorativa; el positivismo como concepción del derecho como imposición del poder del Estado y el positivismo como consideración de que el derecho que es, por el solo hecho de existir tiene un valor positivo. En este caso, el positivismo es una ideología.

El *positivismo*, representado en el relato de Antígona por el gobernante Creón, puede referirse a lo puesto como normatividades y como realidad social. Hay una vertiente positivista normológica, en la que se fundó la lógica jurídica, y otra sociológica, denominada realismo.

El positivismo *normológico* tiene su más alta expresión histórica en la *teoría pura del derecho* elaborada por Hans Kelsen y su escuela. Kelsen vivió entre 1881 y 1973. Nació en Praga,

por entonces parte del *Imperio Austrohúngaro* y comenzó su tarea en la principal capital imperial, Viena. El imperio tenía una complejísima y muy tensa composición cultural, con presencias de germanos, húngaros, eslavos, latinos, etc. y se identificaba en gran medida por la estructura estatal bipartita austro-húngara y la fe católica. La complejidad del Imperio y la zona fue una de las causas principales de la primera Guerra Mundial y se inscribe en gran medida entre los conflictos de proyecciones euroasiáticas que incluyen acontecimientos tan distantes como las guerras médicas y la actual guerra en Ucrania. La oquedad relativa del Imperio Austrohúngaro puede haber tenido influencia en el vacío de contenidos que Kelsen pretendió para el derecho. Kelsen era judío y en algunos medios filosóficos se destaca la capacidad y la orientación especiales de los judíos respecto a la abstracción, tal vez vinculadas al carácter irrepresentable e incluso casi innombrable de Jahvén.

También es relevante la circunstancia cultural de la formación de la teoría kelseniana. Hans Kelsen comenzó su tarea en tiempos en que el derecho positivo había perdido el esplendor y

el prestigio con que se lo había pensado a fines de la Edad Moderna (Edad de la Razón y la Experiencia) y principios de la Contemporánea (Edad de la Técnica). El período de mayor confianza en el Derecho había sido el que tuvo entre sus momentos iniciales la Constitución Norteamericana de 1787, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789 y el Código Civil de los franceses de 1804. Durante el siglo XIX continuó el proceso, incluyendo el dictado de numerosas constituciones y codificaciones. Cabe mencionar, en este sentido, por ejemplo, el Código Civil austriaco de 1811, de inspiración kantiana, y el Código Civil alemán de 1896. Sin embargo, también desde finales del siglo XVIII comenzó el desarrollo de ciencias sociales y humanas que disminuían la jerarquía de la juridicidad, como la Economía, la Sociología, la Antropología, la Psicología, etc. Al referirnos al momento fundacional del pensamiento kelseniano hay que atender a estos ataques y a los tradicionales jusnaturalistas para comprender mejor el deseo de purificación del maestro de Viena. Adam Smith, David Ricardo y, sobre todo, el conde de Saint-Simon y Carlos

Marx desde la Economía, Emile Durkheim, Max Weber y Franz Boas desde la Antropología, Wilhelm Wundt en la Psicología e incluso más allá Charles Darwin desde la Biología, daban cuenta de la juridicidad según condicionantes o determinantes sociales. El Derecho era reiteradamente considerado un instrumento de opresión. Saberes acerca de la sociedad y lo humano existían desde tiempos muy remotos, por ejemplo, Aristóteles había intuido que la esclavitud podía terminar si la máquina de hilar “anduviera por sí sola”, cosa que sucedió efectivamente con la Revolución Industrial y el uso de energía no humana, pero a partir de entonces el saber económico había adquirido el impulso de tener caracteres metódicos y científicos. En el campo psicológico, Wundt pensaba que el derecho, un elemento significativamente relacionado con la vida mental, tenía un sustrato corporal. Además, tal vez la clase dominante, que vivía la “belle époque” en el preludio de una catástrofe bélica, estuviera conforme con no tratar los problemas en profundidad. El objetivo de Kelsen fue purificar el Derecho, excluir de él todo lo que fuera ingreso de las ciencias naturales, de las

ciencias humanas o del derecho natural. Su obra paradigmática es la “Teoría pura del derecho”.

Con el tiempo, por su origen racial, Kelsen debió emigrar de Alemania, el país donde se había trasladado, dejando Austria, a los Estados Unidos de América, donde varias décadas después falleció. Se suele sostener que la inserción norteamericana tuvo cierto impacto atenuando las ideas kelsenianas forjadas en Europa. A ese período corresponde la obra “Teoría General del Derecho y del Estado”, de 1945. En 1949 Kelsen visitó la Argentina, oportunidad en la que tuvo una importante polémica con el fundador de la teoría egológica del Derecho, Carlos Cossío quien, a diferencia del normativismo kelseniano, sostenía que el Derecho es conducta en interferencia intersubjetiva y las normas se refieren a ésta.

El propósito de Kelsen fue en gran medida salvar la identidad del derecho purificándolo de esas presencias diferentes de las normatividades positivas. Entendemos que en lugar de lograrlo lo “purificó” pero lo construyó de una manera insatisfactoria, que no responde a las necesidades vitales y, por el

contrario, no se refiere a intereses y fuerzas y despliegues de valor que conviene considerar dentro de él. Con miras a superar la presencia de las ciencias referidas a relaciones causales, el maestro austrohúngaro, con afinidades con el neokantismo de la Escuela de Marburgo, se apoyó en la distinción del gran filósofo de Königsberg entre ser y deber ser y ubicó al derecho en las relaciones del deber ser, de imputación, diversas de las causales, del ser. Para diferenciar la imputación jurídica de la moral Kelsen identificó a la primera por estar dotada de una sanción del ordenamiento. Por ejemplo: si nos preocupamos de por qué Juan mató a Pedro y qué le va a ocurrir a Juan por haber matado a Pedro, entonces estamos en el terreno de la causalidad, no jurídico, pero si nos preocupamos acerca de qué debe ocurrir a Juan por haber matado a Pedro estamos en una relación de imputación. Si la imputación trae una sanción del ordenamiento se está en el Derecho.

Adoptando ideas de la época, Adolfo Merkl aportó la representación de la juridicidad con una pirámide constituida por la adhesión a la forma, a la estructura de las relaciones verticales entre las normas. Kelsen se refirió, en

esa línea, al escalonamiento normativo. Una norma se coloca debajo de otra en la pirámide o escalonamiento cuando ha sido hecha en la forma indicada en la norma superior. Lo que la jueza o el juez ordenan es sentencia aunque no llegara a cumplirse, porque se hace según normas superiores, y lo que el piquetero ordena no es sentencia aunque se cumpla. Ahora, si la sentencia no se cumpliera nunca, entonces sí habría problema porque entraría a jugar una derogación por desuso. En la teoría pura no es el contenido lo que identifica es la forma es el trámite.

En la Argentina, la Constitución y el bloque de constitucionalidad en general prohíben la tortura, pero supongamos que un juez está muy enojado y sentencia mandando torturar a su justiciable. En tanto no sea revocada la orden del juez, por ejemplo, porque la confirman instancias superiores, hay que entender que el juez estaba habilitado para sentenciar la tortura. Este facultamiento tácito surge de entender que el escalón superior habilitó al escalón inferior para hacer lo que hizo, porque si no seguiría poniendo remedios para someterlo. A veces prolongo mi clase uno o

dos minutos después del horario de finalización. Si no hay manera de someter mi decisión resulto habilitado para hacerlo. Con un ejemplo de la vida cotidiana que a lo mejor conviene a la explicación: supongamos que yo quiero invitar a mi vecino a cenar, pero en lugar de hacerlo personalmente mando a la señora que hace la limpieza a que se lo diga y la señora en lugar de invitarlo a cenar lo invita a almorcizar. Si yo he querido invitarlo a cenar pero he tomado el camino de la señora que hace la limpieza y no he puesto más seguridad he querido implícitamente lo que resultara del hacer de la mensajera. Generalmente las alumnas y los alumnos entienden el facultamiento, pero, claro está, pueden no compartirlo. Tal vez sea más acertado explicar de manera simple que el escalón inferior prevaleció fácticamente sobre el superior.

Vale aclarar que la construcción de Kelsen difiere de manera importante del deductivismo legalista de la escuela de la exégesis. En la propuesta del Kelsen el juez no es la “boca de la ley” como en la exégesis, no se trata de un silogismo en que la premisa mayor es la ley, la premisa menor es el caso y la conclusión

es la sentencia; en la teoría del maestro austrohúngaro el juez tiene un marco de posibilidades que resuelve políticamente. No se puede saber en el campo jurídico qué es lo que el juez o la jueza van a fallar. En algunas versiones se habla de la ilusoria seguridad jurídica. En el caso del cierre de las escuelas en la ciudad de Buenos Aires por la pandemia, la Corte Suprema tenía el espacio de libertad de decidir políticamente por el mantenimiento del cierre o la apertura. Si la Corte hubiera fallado contra el bloque de constitucionalidad, en la medida que no hubiera manera de someter su pronunciamiento éste resultaría facultado.

En el legalismo de la exégesis los sectores dominantes, que han hecho las normatividades legales, y en la circunstancia concreta francesa fue la burguesía, buscan la seguridad sometiendo a los jueces, las costumbres y la doctrina a la ley. En la propuesta en este sentido logicista de Kelsen los jueces reciben gran confianza y tienen importante participación, de modo que la seguridad suele considerarse ilusoria. Al fin, en la teoría llamada pura el ordenamiento normativo, es decir, el ordenamiento jurídico, resulta identificado

mediante una norma hipotética, no puesta, sino supuesta, de habilitación al constituyente histórico que brinde una pirámide que en la realidad se cumple.

En el kelsenianismo el Derecho resultó una cadena de habilitaciones lógicas, en las que por ejemplo el intérprete, en nuestro caso el juez, cuenta con un marco de posibilidades a llenar mediante una decisión política no controlable jurídicamente y las tensiones entre los niveles, que forman un escalonamiento, suele decirse una pirámide, se resuelven mediante facultamientos de las normatividades superiores a lo que resultara de las normatividades inferiores no controladas. Al final, toda la pirámide es habilitada por una norma no puesta, supuesta, que dispone que debe ser la obediencia al constituyente histórico cuya pirámide se cumple.

Kelsen se esfuerza por excluir la realidad social, pero ésta se incorpora de manera reiterada, sobre todo cuando identifica a la juridicidad por el cumplimiento de esa norma supuesta. El logicismo kelseniano logiciza lo que ocurra. Hay una combinación a veces tensa entre

razón y voluntad que al final de la vida, sobre todo a partir de “Teoría general de las normas” el maestro decidió por la consideración del Derecho como voluntad.

3. Al avanzar en sus investigaciones muchos de los simpatizantes de Kelsen tomaron el camino de la filosofía analítica, corriente nacida principalmente en Gran Bretaña centrada en el análisis lógico y del lenguaje cuyos principales exponentes han sido Bertrand Russell y Ludwig Wittgenstein. La teoría pura y la filosofía analítica han tenido gran presencia en la Argentina, sobre todo, por ejemplo, en Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin y Ricardo Guibourg. Un filósofo analítico no positivista fue Carlos Santiago Nino. Varios de los exponentes de la filosofía analítica han tenido importante participación en el movimiento encabezado por el presidente Raúl Ricardo Alfonsín.

4. La exclusión de los valores propuesta por Hans Kelsen fue atenuada en el positivismo incluyente cuyos sostenedores creen que hay sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que los criterios de validez jurídica incluyan (o incorporen) principios morales. En esta

corriente cabe mencionar al ya referido H. L. A. Hart, quien atendió a juridicidades sin sanción, Jules Coleman y Wilfrid Waluchow. Entre los defensores del positivismo excluyente cabe referir a Joseph Raz.

Hart se hizo especialmente famoso por la superación de la identificación de las normas jurídicas por la sanción. Sostuvo que hay reglas primarias, que establecen deberes, y reglas secundarias, que se refieren a ellas tratando el reconocimiento, el cambio y la adjudicación de facultades en las que los jueces reciben competencias y se establecen procedimientos.

5. Tratemos ahora el *positivismo sociológico*, denominado *realismo*. El sentido básico de la cultura anglosajona es marcado por el empirismo, que tuvo entre sus grandes expositores básicos a Guillermo de Occam, quien vivió principalmente en el siglo XIV. A diferencia del sistema racional con que Santo Tomás de Aquino vinculó a Dios y el mundo, Occam sostuvo que a Dios se lo conoce por la fe y al mundo por la experiencia. En ese marco, se comprenden mejor el sentido casuístico del precedente del common law y también la

reacción realista que se produjo en los *Estados Unidos de América* sobre todo ante ciertos desarrollos analíticos. En el marco de esta reacción *Oliver Wendell Holmes*, jurista de los siglos XIX y XX, juez asociado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sienta bases del positivismo sociológico, denominado también realismo, afirmando que saber Derecho es poder predecir lo que harán los jueces y lograr que hagan lo que uno desea. Los jueces y los justiciables han de desenvolverse en ese marco predictivo y de eficiencia. La experiencia profesional nos indica que esa predicción y ese logro constituyen lo que los clientes suelen esperar de sus abogados. En esta corriente cabe referir también a *Karl Llewellyn* y *Jerome Frank*. Incluso corresponde tener en consideración a *Roscoe Pound* quien, con afinidad tridimensional fáctica, lógica y valorativa, sostuvo que el derecho es ingeniería social. En el pensamiento de *Pound* la utilidad, valor de la ingeniería, adquiere una presencia decisiva que ha sido discutida también por tridimensionalistas defensores de una mayor jerarquía de la justicia.

El positivismo sociológico se ha desarrollado también en los *países escandinavos*. En esta línea *Karl Olivecrona* condensó felizmente en un título el contenido de su pensamiento. La obra se denomina “El derecho como hecho”. El danés Alf Ross, autor por ejemplo, de “Sobre el derecho y la justicia” atravesó diversas concepciones del derecho y en cuanto a lo más característico plantea un decidido empirismo donde da gran relevancia al papel del juez y sostiene que la sentencia lleva la personalidad del magistrado con un contenido individual y social. La sentencia es un producto mixto de las leyes codificadas y la personalidad del juez. Ross plantea un estilo subjetivo y otro objetivo de interpretación. Uno relativamente libre y otro relativamente limitado. El estilo subjetivo tiende a descubrir el significado que intentó expresar el legislador, la idea que lo inspiró y que quiso comunicar. El estilo objetivo tiende a averiguar el sentido habitual de la expresión usada. Qué es lo que se dijo, con independencia de lo que se quiso decir. En general este realismo se encamina a considerar al derecho como reglas del uso de la fuerza, no como reglas respaldadas por el uso de la fuerza.

En la *teoría egológica del Derecho*, una corriente para algunos afín al realismo fundada por el argentino Carlos Cossio, quien vivió entre 1903 y 1987, se considera Derecho a la conducta en interferencia intersubjetiva. Entendiéndose un seguidor que supera a Kelsen, con quien tuvo importante enfrentamiento, el jurista argentino insiste en decir que lo que la norma mienta es la conducta. Según Cossio, lo que se interpreta no es la norma sino la conducta. Considera a la justicia como el mejor entendimiento societario en cada situación. La actividad judicial le mereció relevante consideración, por ejemplo, en los libros “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad” y “El derecho en el derecho judicial”. Cossio considera que la sentencia judicial tiene títulos para ser considerada el fenómeno jurídico por antonomasia (“La teoría egológica ...” cit., 2^a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, pág. 49). Un sector de la opinión vincula, en relación con la polémica entre Kelsen y Cossio, al primero con simpatías en el sector angloagrancesado y más liberal y al segundo con el peronismo. Entre los exponentes de la teoría egológica cabe mencionar también a

Enrique Aftalión, José Vilanova y Julio César Cueto Rúa.

6. Las corrientes *críticas* más propiamente tales se desarrollan en la llamada *escuela de Fráncfort*. Esta escuela nació en el Instituto de Investigación Social en 1923 con apoyo en ideas de Jorge Guillermo Federico Hegel, Carlos Marx y Sigmund Freud. Cuando el marxismo se encontró con el desafío de la formación de la Unión Soviética, en el campo partidario se diferenciaron el comunismo del socialismo y en lo teórico apareció la escuela de Fráncfort, donde el marxismo se distanciaba de los senderos ortodoxos tendientes al comunismo. Autores como Max Horkheimer, Walter Benjamin, Theodor Adorno, Herbert Marcuse y Erich Fromm corresponden de maneras diferentes a esta corriente. En tiempos más recientes, con menos ortodoxia y cercanías con las ideas de Kant, cabe mencionar a Jürgen Habermas. La escuela de Fráncfort, en su línea básica, critica y rechaza frontalmente la realidad actual capitalista, valiéndose de lo que considera el desenmascaramiento de la opresión. La escuela se orienta a la discusión crítica de las condiciones sociales e históricas en las que se

produce la construcción de toda teoría e incluso de toda judicialidad. En esta línea vale recordar, por ejemplo, la obra “El hombre unidimensional”, de Marcuse, donde el autor denuncia una estructura pseudodemocrática, el pensamiento único y la limitación de lo humano en la sociedad capitalista industrial avanzada.

De cierto modo, de manera históricamente paralela en cuanto a la crítica, cabe mencionar a la corriente francesa, emparentada también con las ideas de Federico Guillermo Nietzsche, uno de los mayores críticos de la cultura occidental, referido a la falsedad de los valores dominantes y a la voluntad de poder. Es posible que la fuerte crítica de Nietzsche al judaísmo haya influido para que no tuviera, en cambio, la misma presencia en las ideas de la escuela de Fráncfort, donde participaron muchos filósofos de ese origen. Tal vez el máximo exponente de la corriente francesa haya sido Michel Foucault, crítico radical del poder y del disciplinamiento, de gran influencia en las conmociones de los años sesenta y setenta del siglo XX, sobre todo impactante en los sucesos revolucionarios de 1968. Foucault, con posibles afinidades estructuralistas, que él sin embargo

no admitía, consideraba que el saber es lo que un grupo de personas comparte y decide que es verdad. Se dedicó a promover la denuncia del poder en todas las manifestaciones sociales, del poder difuso en la sociedad. Produjo obras de gran impacto, como “Las palabras y las cosas”. “Vigilar y Castigar” y “Microfísica del poder”.

No debe extrañar el gran efecto conmocionante que las corrientes críticas, sobre todo la francesa, producen en las figuras de jueces y juezas. Obviamente, existe el poder en el ámbito de la interpretación y la judicatura en general. Las corrientes críticas han influido en orientaciones de Derecho y justicia alternativos y el uso alternativo del derecho. El derecho alternativo, animado también por ideas católicas no tradicionales, ha tenido influencia, por ejemplo, en América Latina, con el cuestionamiento del carácter democrático del derecho producido por el Estado y la búsqueda de prácticas que subsanen los defectos atribuidos al derecho estatal y el desmonte del capitalismo y el liberalismo. El uso alternativo del derecho se orienta a la interpretación para defender los derechos de los más pobres. Alejada de la imparcialidad tradicional, esta orientación

piensa desde los marginales. En Argentina, entre los juristas influidos por las corrientes críticas, con particulares afinidades foucaultianas, cabe mencionar al doctor Eugenio Raúl Zaffaroni. Se suele decir que cuando hay un reo el objetivo es hacerlo zafar de la pena. Dado que al fin estas orientaciones miran el Derecho según lo que consideran que debe ser son relativamente afines a los jusnaturalismos.

7. En otro sentido, afín al sistema capitalista, cabe mencionar al *análisis económico del Derecho*, también denominado law and economics. El Derecho y la Economía están muy profundamente relacionados y por esto no es de extrañar el desarrollo de esta orientación. Se usan los aportes de la teoría económica para predecir los resultados de las decisiones jurídicas y adoptar las que así se consideren mejores. En el análisis económico del derecho se piensa que el hombre jurídico es un hombre económico, un hombre que hoy podríamos llamar con criterios capitalistas, que simplemente piensa y habla un lenguaje diferente al de la economía. Más en concreto, los jueces y los abogados, entonces, son concebidos como personas que piensan economía en otros

términos. El análisis económico del Derecho fue fundado, como tal vez no podría ser de otra manera, en los Estados Unidos, sobre todo por Ronald Coase, angloamericano profesor en Chicago y premio de Ciencias Económicas del Banco de Suecia en memoria de Alfred Nobel, el llamado Premio Nobel de Economía, por Guido Calabresi, quien declinó una cátedra en Chicago y es en cambio profesor en Yale, y Richard Posner, juez y profesor en Chicago. Ahora el análisis económico del Derecho tiene un desarrollo mundial muy grande, incluso en la Argentina, donde hay en nuestra Facultad una maestría que se ocupa de Derecho y Economía.

El premio de Coase se refirió a sus investigaciones sobre los costes de transacción y derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía. Calabresi es un especialista en derecho daños y arrancan de allí referencias a la conveniencia de las decisiones, en nuestro caso judiciales. En un ejemplo muy cotidiano: para resolver si se va a pavimentar una calle se decide según el costo menor de pavimentar y no indemnizar porque no hay víctimas de accidentes o no pavimentar e indemnizar a las víctimas que lleguen a

producirse. Claro, no obstante, si llegara a suceder que por no pavimentar podría producirse un motín que arruinara la economía, se pavimentaría porque habría que agregar el motín al costo respectivo.

Se resuelve, al fin, según el costo y el beneficio. ¿Por qué se inicia un pleito? A menudo se resuelve según lo que se puede ganar o perder. Imagino que hay jueces que pueden pensar: si tengo que atender un pleito por una cocina vieja o un pleito de una sociedad anónima es más económico que atienda el pleito de la sociedad anónima. Claro está que la cocina vieja puede tener alto valor relativo y moral para las personas que litigan, pero esto se suele dejar de lado. Para quienes piensan en el valor moral de una sentencia e incluso son herederos de don Quijote el razonamiento del análisis económico no es tan familiar y cuando lo leí por primera vez, hace muchísimos años, me produjo rechazo, pero no deja de ser de cierto modo atendible. Quizás sobre todo para el norteamericano medio el pleito sea como un negocio. Incluso, en afinidad con esas ideas, nosotros conocemos muchos casos que formalmente o no se consideran insignificantes o bagatela, cuando no

hay lesividad relevante, que no se tramitan. Más allá en la misma línea de pensamiento cabe referir el principio de economía procesal. Claro está que con esas reglas puede no tenerse en cuenta debidamente el valor moral de los pleitos y las sentencias.

En otro marco, la familia tuvo también su comprensión económica por ejemplo, en el marxismo, y es con claridad un marco de posible producción, distribución y consumo hoy en vías de marginación, pero en el análisis económico se la piensa a veces como un medio de protección en decadencia por la protección que se obtiene por otras vías. El resguardo familiar tradicional contra la enfermedad, el desempleo, la soledad, etc. se obtiene ahora en gran medida por intervención social. En este enfoque se explicaría la decadencia de la familia tradicional. Antes se soportaban los inconvenientes de la vida familiar por razones que han dejado de existir. Como adelantamos, el análisis económico del Derecho tiene presencia en Argentina incluso en maestrías que se cursan al respecto. Cabe mencionar la maestría de la Universidad de Buenos Aires y la de la Universidad Di Tella.

En las relaciones del derecho con la economía en general, cabe tener en cuenta la teoría de los juegos que se basa en el análisis de las decisiones racionales y en ella se emplean los criterios maximin y minimax que eligen el valor máximo entre los mínimos de beneficios y el valor mínimo entre los máximos costos.

8. En países como la Argentina se advierte con especial nitidez la relevancia de la Economía en el Derecho en general y las posibilidades de los pronunciamientos judiciales en particular. La Corte Suprema de Justicia de la Nación creó en el ámbito de la Secretaría General de Administración, mediante acordada 36/2009, la Unidad de Análisis Económico.

La crisis económica argentina se nutre recíprocamente con la *grieta* en gran medida cultural. En el país se detectan con claridad dos posiciones jurídicas muy relacionadas con la economía y muy opuestas entre sí que animan la grieta cultural: por la derecha, en cierta correspondencia con el sector anglofrancesado, el liberalismo económico y el análisis económico del Derecho; por la izquierda, habiendo entrado

en el sector hispánico tradicional y el peronismo a través del kirchnerismo, las corrientes críticas.

9. Otra orientación de teoría jurídica, también de importante influencia en el funcionamiento normativo y la tarea judicial en general es el *tridimensionalismo*, que considera en el derecho hechos, normas y valores. A nuestro parecer, es valioso *construir* el objeto jurídico con ese alcance *tridimensional*, incluyendo de manera integrada en *complejidad pura*, que no mezcle, los tres despliegues. El tridimensionalismo ha tenido y tiene diversas elaboraciones y es una de las grandes orientaciones en la construcción del Derecho. Nació en diversos lugares del mundo, sobre todo a fines del siglo XIX, y se ha desarrollado en muchos ámbitos, entre otros en la Argentina. Dentro del tridimensionalismo voy a tratar de explicarles una corriente que es la *teoría trialista del mundo jurídico*. Somos muchos quienes sostengamos que el Derecho y el juez deben considerar normas hechos y valores, pero de distintas maneras, una de las cuales es la que desarrolla en complejidad pura, que diferencia e integra, no mezcla, la teoría realista del mundo jurídico fundada por Werner Goldschmidt.

Como adelanté, la corriente tridimensional general nació en distintos países. En *Francia* se originó como oposición a la escuela de la exégesis. Dado que ya les he contado las circunstancias de la escuela de la exégesis no las voy a repetir, digamos ahora que la escuela de la exégesis era legalista, de cierto modo radicalmente legalista. La Revolución Francesa, iniciada en 1789, terminó de dictar el 21 de marzo de 1804, por impulso de Napoleón Bonaparte, que era primer cónsul y ese mismo año se iba a coronar emperador, el Código Civil de los Franceses, también llamado Código Napoleón. El general corso es el máximo institucionalizador de los intereses burgueses y fue el gran emperador burgués. Hizo dictar el código para consolidar los intereses de dicha clase, de propiedad privada y libertad de contratación necesarios para el desenvolvimiento del capitalismo. Una vez dictada esa legislación era necesario defenderla con el legalismo de la exégesis.

Vale pensar en las circunstancias de la época. El capital, riqueza acumulada destinada a la producción de más riqueza, se formó en gran medida por la explotación de los trabajadores en

el curso capitalista de la Revolución Industrial. Se produjeron revueltas, como las de 1848, que las clases dominantes supieron controlar. Con el tiempo, el legalismo fue cediendo, no es lo mismo la exégesis de 1804 que la de 1830, 1850 o 1880, pero estas concesiones no eran satisfactorias para una sociedad con grandes cambios. En gran medida por eso, en 1899, un jurista francés llamado *François Gény* publicó un libro muy interesante y muy importante que es base del tridimensionalismo en Francia. Se llama “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo”. Allí se cuestionaban el legalismo como teoría de las fuentes y el recurso excluyente a ellas, defendiendo la costumbre, la jurisprudencia, la investigación científica, que dan más libertad a los jueces, con el rigor de la ciencia. Con el tiempo, Gény publicaría otro libro, también relevante, denominado “Ciencia y técnica en Derecho Privado positivo”. Esta corriente fundada por el jurista francés se llama escuela de la libre investigación científica.

Según Gény, en lo que denominamos funcionamiento de las normatividades hay que tener en cuenta, como en todas las otras tareas, sea la de un ingeniero, un arquitecto, un

cocinero, etc., *lo dado y lo construido*. Los datos, aportados por la ciencia, son reales (geográficos, políticos, económicos, sociales, demográficos, de intereses, etc.), históricos (la juridicidad existente), racionales (el derecho natural) e ideales (anhelos sociales). Lo construido es la técnica, con sus conceptos, presunciones, etc. Por ejemplo, en tiempos de los saqueos por la gran crisis económica argentina de comienzos del presente siglo los jueces atendían al dato real y se absténían de iniciar acciones penales que hubieran empeorado la muy crítica situación. Si, por ejemplo, los ingenieros antes de edificar hacen estudios de suelo, los jueces y los juristas en general han de hacer estudios de la realidad básica.

Las ideas de Gény, de gran claridad, reflejan la tridimensionalidad fáctica, normativa y valorativa del derecho. La sentencia es en el despliegue de las fuentes diversas, de *lo dado y lo construido*. La propuesta de Gény es muy relevante para quienes ejerzan la magistratura, la profesión, la legislación, la administración, etc. No se trata de actividades en una oquedad jurídica, sino en una plenitud vital que el jurista francés supo caracterizar.

En Alemania el proceso de formación del tridimensionalismo fue diferente. No fue un conflicto contra la exégesis porque en ese medio no era posible el desarrollo de la escuela. Allí no había un código civil común. En los antecedentes, cabe mencionar que la propuesta más racional del discípulo de Kant Anton Thibaut, de 1814, para que se dictara un Código Civil común para Alemania no tuvo éxito y al fin se recogió más la idea de Federico Carlos de Savigny de que se atendiera a que el Derecho es un producto del espíritu del pueblo que se manifiesta en la historia a través de la costumbre y no era ése el momento de codificar. La realidad alemana cargada de discordias entre Estados y con más rasgos feudales que Francia no requería codificación. Recién se concretó la codificación común en 1896, después de la unión aduanera y la formación del Imperio alemán.

En Alemania la influencia burguesa no penetró con un código común sino mediante el conceptualismo. Los conceptos son el gran reducto con que la clase dominante influye en jueces, legisladores, etc. Por otra parte se desarrolló la Sociología del Derecho. Asimismo, se desplegó el estudio de los valores a través de

la escuela neokantiana de Baden. Así se desarrolló la consideración de las tres dimensiones que, a principios del siglo XX, reunió el jurista Emil Lask. Se suele expresar que incluso de cierto modo el tridimensionalismo estaba ya en la evolución del pensamiento de Rudolf von Ihering, quien fue primero conceptualista y luego teleologista.

En los países *anglosajones* el tridimensionalismo surgió en la primera mitad del siglo XX a través de la obra de Ruscoe Pound, quien sostuvo que el derecho es ingeniería social. Un contratante toma materiales y hace un contrato; un juez toma materiales y hace una sentencia. Sin embargo, Werner Goldschmidt, fundador del trialismo señalaba, a nuestro parecer con acierto, que el ingeniero se refiere más a la utilidad y el jurista a la justicia. Para alguien que consideraba la realización de la justicia el objetivo último del Derecho, como el mencionado jurista germano-hispano-argentino, la propuesta del norteamericano no resultaba del todo satisfactoria. Quizás el parangón sería más esclarecedor si se comparara al jurista con el arquitecto, quien además de realizar la utilidad satisface la belleza.

Sería interesante que en el autoanálisis que realicen como jueces y juezas se preguntaran si están más próximos a los ingenieros o a los arquitectos.

Así surgió el tridimensionismo en distintos países. El nombre tridimensionismo se lo dio *Miguel Reale*, un importante jusfilósofo brasileño que vivió en San Pablo e hizo un desarrollo también valioso referido a una dialéctica de complementariedad de las dimensiones. En la corriente tridimensionalista cabe mencionar, por ejemplo, asimismo, al guatemalteco-mexicano Luis Recaséns Siches, el peruano Carlos Fernández Sessarego y, en la Argentina, al fundador del trialismo, el mencionado jusfilósofo germano-hispano-argentino Werner Goldschmidt.

Con cierto parecido con el tridimensionalismo, porque al referirse al Derecho como conducta en interferencia intersubjetiva, siguiendo la línea de pensamiento del italiano Giorgio Del Vecchio, se abre a la consideración de normas, hechos y valores. se encuentra el pensamiento de la egología fundada por el argentino Carlos Cossío,

a quien ya nos hemos referido. Sin embargo, vale expresarlo, Cossio se negaba a ser situado como tridimensionalista porque decía que se trata de tres dimensiones de la conducta.

El tridimensionalismo, como requerimiento de tratar en el Derecho hechos, normas y valores, es una orientación que, de manera expresa o silenciada, tiene gran desarrollo en nuestro tiempo. Sin embargo, con frecuencia no se utiliza la denominación, en parte porque quienes así proceden provienen de otras orientaciones, donde han obtenido reconocimiento, y porque los países centrales han recorrido otros senderos acordes a sus intereses. El tridimensionalismo es en gran medida característico en el pensamiento latinoamericano, pero desde la platea, en este caso geográfica, solo se aplaude o a lo sumo se abucheá; se tiende a marginar la originalidad del pensamiento no central.

Uno de los juristas más reconocidos en nuestros días, Robert Alexy expresa, sin embargo, en “El concepto y la validez del derecho”, con gran presencia tridimensional, que “La cuestión consiste en saber cuál concepto

de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan solo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural e iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias." (trad. Jorge M. Seña, 2^a. ed., Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 21).

Dentro de la corriente del tridimensionalismo jurídico, Werner Goldschmidt llevó a su expresión compleja la *teoría trialista del mundo jurídico*, que incluye *repartos* de lo que favorece o perjudica a la vida y al ser, captados por *normatividades* que los describen e integran y valorados, los repartos y las normatividades, por un complejo de valores que culmina en la *justicia*. La complejidad

impura mezcla, por ejemplo, diciendo que lo positivizado es justo, la simplicidad pura delimita y aclara, como lo hace Kelsen, la complejidad pura trialismo purifica e integra.

El tridimensionalismo trialista es una construcción de gran valor, imprescindible para la consideración satisfactoria de la juridicidad, sobre todo ante los enormes desafíos de la *nueva era* en la que hemos ingresado, con retos de conciencia de derechos humanos y su frecuente incumplimiento, pero también de posibilidades científicas y técnicas que incluyen grandes realizaciones genéticas, de neurociencias, informáticas, de proyección espacial y de robótica e inteligencia artificial que deben mejorar la situación humana, pero también pueden conducir a la sustitución de nuestra especie.

Continuamos en la próxima clase. Buenas tardes.

CLASE 3

Presentación (continuación)

La judicialidad según las concepciones del Derecho (continuación)

Buenas tardes.

Proseguimos el tratamiento de las teorías que se manifiestan en concepciones de la tarea interpretativa de juezas y jueces. Vamos a continuar refiriéndonos al tridimensionalismo trialista.

La teoría trialista del mundo jurídico fue fundada dentro de la concepción tridimensional por Werner Goldschmidt, quien la designó con una expresión que utilizaba uno de sus maestros, Hermann Kantorowicz. Pocas veces es tan notoria la relación profunda entre la experiencia vital de un autor y su obra. Werner Goldschmidt era un judío alemán que nació en Berlín en el

Imperio Alemán en 1910. Era hijo de un profesor de Derecho muy calificado que tal vez Ustedes hayan oído nombrar, James Goldschmidt, quien era procesalista y penalista y fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín. La familia era conversa al protestantismo. Werner estudió en Berlín, Hamburgo y Kiel. La favorable situación social familiar cambió cuando el nazismo, encabezado por Adolf Hitler, llegó al poder. Como tal vez sepan, era presidente un mariscal anciano, cargado de glorias y opuesto al nazismo, Paul von Hindenburg. Sin embargo, el presidente no pudo impedir la llegada del nazismo y Adolf Hitler al poder. El nazismo creía, de una manera muy simplificada, que el mundo se arreglaba con una solución racista y matando judíos. La de Hitler era una mente primitiva y simple: el mundo no se arregla matando.

Regía en Alemania la constitución democrática hecha en Weimar en 1919, que establecía un Estado de bienestar y consagraba derechos de los trabajadores. Para forzar al mariscal a fin de que le permitiera establecer su dictadura, el nazismo se valió del incendio del Reichstag, el Parlamento alemán, cuyas causas

no son claras, pero se atribuyeron al comunismo internacional. Hitler, hacía unos días ya canciller, forzó la conciencia del presidente para que mediante un Decreto para la protección del pueblo y del Estado dejara en suspenso las libertades civiles a fin de *contrarrestar la confrontación despiadada del Partido Comunista de Alemania*. La excepción era aplicada según lo establecía Hitler y se extendió con alcance generalizado a sus enemigos, también despiadadamente a los racialmente judíos. Hubo un momento en que la medida resultó atenuada por la excepción de la excepción lograda por el presidente, que protegía a los judíos que habían hecho la guerra en favor de Alemania y sus familiares, entre los que se encontraban los Goldschmidt, pero el mariscal falleció y Adolf Hitler quedó con la plenitud del poder. Muchos judíos, como los Goldschmidt, debieron emigrar. La familia lo hizo cada uno por su lado, como pudieron, yendo a países que los admitían con limitaciones o no los admitían. James Goldschmidt estuvo un tiempo en Inglaterra. Sin embargo, en determinado momento tuvo que escribirle al profesor Eduardo Juan Couture, a Uruguay, diciéndole que era judío y no podía ser

alemán, era alemán y no podía ser francés e Inglaterra no le renovaba la visa, de modo que no podía encontrar un lugar en el mundo. El maestro Couture lo acogió en Uruguay, pero James Goldschmidt murió al poco tiempo.

Después de un difícil recorrido Werner Goldschmidt fue a parar a España, país de cuya lengua casi no sabía una palabra. En España vivió la guerra civil, se convirtió al catolicismo, se casó con una española con la que estuvo unido hasta su muerte y adquirió la nacionalidad de ese país, con la que eligió fallecer. Allí Werner Goldschmidt avanzó en su tarea científica, que lo haría primero uno de los grandes profesores de Derecho Internacional Privado del mundo y luego el gran jusfilósofo al que nos referimos. El fundador del trialismo vivió en España hasta el año 1949 y en ese año vino a la Argentina, donde se radicó definitivamente. Se domicilió inicialmente en Tucumán, cuya Universidad estaba encaminada a una tarea de jerarquización académica, y fue profesor en muchas otras universidades, entre éstas la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nacional de Rosario, la Universidad Nacional del Litoral, la Pontificia Universidad Católica Argentina y la

Universidad del Salvador. Wener Goldschmidt murió en Buenos Aires el 21 de julio de 1987.

El maestro germano-hispano-argentino tenía muy en claro que los derechos no deben estar solo en las normas, como la Constitución de Weimar, sino deben estar también en los hechos, y que vale luchar por la dignidad humana, o sea por la justicia, que el sufrimiento le hizo apreciar con particular intensidad. Goldschmidt creía, en ese marco, que la justicia es un valor natural, no fabricado, y absoluto, no relativo respecto a otro valor. Compartimos el modelo trialista, pero lo hacemos considerándolo una construcción que proponemos, como el valor justicia. Es posible que una persona que ha sufrido mucho, como Kelsen, sea relativista, pero nos parece comprensible que en especial relación con sus padecimientos Goldschmidt fuera objetivista. Las obras principales de Goldschmidt en cuanto nos concierne son “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, de 1958; “Introducción al Derecho”, luego “Introducción filosófica al Derecho”, de 1960; “Justicia y verdad”, de 1978 y “Filosofía Autobiográfica”, publicada póstuma en 2022. En cuanto al trialismo, también hay por ejemplo, un libro mío que se llama “Una teoría trialista del

derecho” (titulado en la primera edición “Una teoría trialista del mundo jurídico”). Entre los representantes del trialismo cabe referir, asimismo, a Germán José Bidart Campos, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo y Mario Eugenio Chaumet.

El trialismo propone incluir en el Derecho, en la complejidad pura de un mundo jurídico integrado, *repartos* de lo que favorece o perjudica a la vida, es decir potencia e impotencia (dimensión sociológica), los repartos son captados de manera lógica por *normatividades* que los describen e integran (dimensión normológica) y los repartos y las normatividades son captados por un complejo de *valores* que culmina en la *justicia* (dimensión axiológica, específicamente dikelógica, por ser Diké una de las divinidades griegas de la justicia). Estos rasgos comunes a la juridicidad tienen *especificidades* de ámbitos, dinámica y situaciones. Las especificidades en cuanto a los ámbitos son materiales, espaciales, temporales y personales. Las especificidades materiales son ramas del Derecho, que suelen reconocerse en fúeros diferenciados.

Los despachos judiciales están en la vida jurídica tridimensional. Los juzgados existen “en” la vida, en la trama de intereses y fuerzas y de las adjudicaciones que son distribuciones y repartos; en las normatividades, que captan de manera lógica repartos proyectados, y en valoraciones de los repartos y las distribuciones y las normatividades por complejos de valores que culminan en la justicia. Proponemos construir como *principio supremo* de justicia la exigencia de adjudicar a cada individuo las posibilidades de su pleno desarrollo. Ese principio es estrella orientadora de la tarea judicial.

En una visión sintética, que hemos de analizar, cabe decir que en el trialismo las juezas y los jueces son, en la dimensión sociológica, en general *repartidoras y repartidores* de vida, sobre todo vida humana. Específicamente al interpretar y en general hacer funcionar las normatividades reparten vida, principalmente vida humana. Lo que favorece o perjudica la vida, es denominado potencia e impotencia. Los *casos* que las magistradas y los magistrados deben resolver son problemas de reparto y ocurren en marcos de tensión, a menudo grande. Al fin, si

vivimos en el cosmos, los casos serían cósmicos, pero tenemos que construirlos mediante *fraccionamientos* que los ponen a nuestro alcance.

Los casos se resuelven cumpliendo un complejo de tareas estudiadas en la dimensión normológica que en el trialismo denominamos *funcionamiento de las normatividades* (normas, principios, imperativos, instrucciones, etc.). Se trata de tareas que con frecuencia se deben nutrir unas por las otras, sin una necesaria sucesión temporal. Por esto no las consideramos etapas sino tareas del complejo del funcionamiento. En éste, como hemos expuesto, pueden y a menudo deben cumplirse tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, síntesis y argumentación.

El funcionamiento es *tarea repartidora*. Reconocer, interpretar, determinar, aplicar, sintetizar, argumentar, es repartir potencia e impotencia, repartir vida. En ese reparto son partes los autores de las normatividades, las partes de los casos, los encargados del funcionamiento y el resto de la sociedad. Cada

tarea se puede cumplir favoreciendo o perjudicando más o menos a unos u otros. En cada tarea del funcionamiento hay que resolver, por ejemplo, cuánto se dará potencia o impotencia a los autores de las normatividades, de manera principal correspondiendo a su voluntad en cuanto a intención concreta o fin abstracto; cuánto se repartirá potencia o impotencia a las partes, de modo principal ateniéndose a su interpretación y sus peticiones; cuánto se otorgarán potencia o impotencia los propios encargados del funcionamiento y cuánto se adjudicará potencia e impotencia al resto de la sociedad, por ejemplo, los medios o los integrantes de las redes, de un modo principal correspondiendo a su interpretación. Cabe referirse incluso a un funcionamiento “interactuado” en que las tareas resultan compartidas. *Al fin un Derecho positivo es lo que el funcionamiento lo hace ser.*

Un problema muy relevante es el de la construcción de los *casos*, que son problemas de reparto de potencia e impotencia. Los casos pueden tener la amplitud de todo el cosmos en que se producen o, de manera habitual, otra mucho menor. Repartimos en el cosmos de

cierto modo el cosmos, pero esa amplitud debe ser fraccionada.

A veces el funcionamiento es *formal*, como ocurre en los procesos judiciales; en muchas circunstancias se trata de *conjeturas* de funcionamiento en relación con las que decidimos la mayoría de los casos. Contratamos, por ejemplo, porque conjeturamos que los jueces obligarían al cumplimiento.

El funcionamiento, como todo despliegue de normatividades y repartos, ha de realizar el valor *justicia*. Se propone considerar justicia a la adjudicación de esferas de desarrollo de los individuos para que se conviertan en personas. La justicia, como todos los otros valores a nuestro alcance, ha de coadyuvar a la realización del valor humanidad, muy difícil de delimitar, pero que exige la plena realización de nuestras posibilidades, de nuestro ser. Sea cual fuera la profundidad con que lo pretendan, los jueces son encargados de la realización de repartos y normatividades para la justicia y la plenitud humana.

En el funcionamiento normativo hay un *juego de relaciones vitales* concretado en

intereses no siempre económicos y fuerzas que no son siempre el poder ejercido sobre otros. Para conocer un reparto, una normatividad cualquiera y una sentencia en particular, para saber derecho, hay que saber cuáles son los intereses en juego, a quiénes se beneficia y perjudica, hay que desenmascarar. Con palabras bonitas, argumentación, lógica, etc., se pueden presentar de maneras agradables los crímenes más horrendos.

Los casos tienen problemas *intervitales*. Por eso son cuestiones de “re-parto”. Para comprender mejor qué ocurre en el funcionamiento normativo es esclarecedor *comparar* las situaciones tridimensionales del momento de su comienzo y el de su conclusión, vale saber qué ha cambiado y cuál es la “distancia” jurídica recorrida. Pese a que casos y soluciones surgen de recortes vitales, importa saber cómo era el caso y cómo concluye para apreciar la tarea cumplida por jueces y juezas.

Los casos se producen en *marcos* de repartos producidos a menudo por otros repartidores, constituyentes, autores de tratados internacionales, legisladores,

administradores, contratantes, testadores, jueces, etc. Tal vez sea interesante expresar que se puede utilizar una terminología específica trialista para considerar los *cambios* en los repartos: si cambiaron los repartidores (v.gr. partes o legisladores a jueces) hay *transmudación activa*; si variaron los recipientarios beneficiados o gravados hay *transmudación pasiva*; si cambiaron los objetos repartidos, es decir las potencias y las impotencias, se produce una *transustanciación*; si variaron los caminos previos, es decir las formas (por ejemplo de la negociación o la mera imposición al proceso) hay *transformación* y si cambiaron las razones (por ej. los móviles o los alegatos de los jueces, distintos de los de las partes), hay *transfiguración*. Las distancias entre las situaciones de origen y llegada de los repartos judiciales son mayores cuando los jueces elaboran normatividades para integrar lagunas históricas, porque no se hicieron normatividades y, sobre todo, cuando descartan normatividades que consideran disvaliosas, aunque lo hagan ocultamente, produciendo las especialmente discutidas carencias dikelógicas y las integran. Cuando cambian los supremos

repartidores y los criterios supremos de reparto hay *revolución*. Una sentencia puede tener sentido revolucionario, por ejemplo, lo tuvo la de la Corte Suprema en el caso “Sejean c/Sejean” que declaró la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2.393 y con su impacto promovió el dictado de la ley 23.515, que estableció el divorcio vincular.

Desde nuestro interés judicial, los contactos intervitales se producen desde las perspectivas de los jueces y las juezas que resuelven los casos, pero en relación con los protagonistas iniciales de los problemas (las partes) y otros repartidores que aportaron a la solución, sean constituyentes, autores de tratados internacionales, legisladores, contratantes, etc.

Los contactos de las respuestas jurídicas producidas al resolver los casos generan cuestiones de *calificaciones, problemas confluyentes, fraude, soluciones específicas y reserva*.

Los contactos en general pueden resolverse en términos de *dominación, coexistencia, integración y desintegración*. La

cuestión de calificaciones consiste en la definición de los problemas, quien califica domina. El lenguaje posee cierta fuerza constitutiva. Es posible “hacer cosas con palabras”. A menudo los casos y sus soluciones versan sobre calificaciones. Las juezas y los jueces tienen una tarea calificadora de gran relevancia, sobre todo cuando definen un problema. Especialmente es relevante la tarea judicial calificadora en el ámbito penal, al establecer la carátula de un caso. Obviamente no es lo mismo calificar un hecho como hurto o robo, como doloso o culposo, con dolo directo o eventual, con culpa consciente o inconsciente, etc. Los casos conexos, más complejos que los contactos intervitales básicos de su composición, pueden plantearse en términos de mera coexistencia, dominación, etc. Así ocurre al atender a contratos o delitos conexos. El fraude consiste en la variación de los casos para obtener soluciones que no eran las normales y generalmente es rechazado. Ocurre, por ejemplo, en el fraude procesal. Los divorcios vinculares obtenidos en el extranjero de matrimonios que según el Derecho argentino no podían resolverse, a fin de recuperar la habilidad

nupcial, eran en fraude a la ley. Los jueces, al repartir, adoptan o producen respuestas. Las respuestas pueden resultar rechazadas, v. gr., por revocación por una instancia superior.

Los problemas de contactos intervitales, por ser terreno de reparto y al fin tridimensionales, pueden responder, como se verá, a diversas causas económicas, religiosas, científicas y técnicas, artísticas, de concepción del mundo, etc. Por razones en gran medida religiosas, lo que en Occidente se califica como ejercicio de la libertad sexual en el Islam puede ser adulterio. La conciencia respecto de los problemas intervitales en la tarea judicial es importante para que ésta sea comprendida mejor.

La hora de finalización de la clase ha llegado. Mi mejor saludo.

CLASE 4

Presentación (continuación)

La judicialidad según las concepciones del Derecho (continuación)

Buenas tardes

1. En primer término les recuerdo que voy proponiendo tareas a tomar voluntariamente a través de classroom. Me parece relevante que las realicen.

Como vengo expresando, a mi parecer, según la construcción de la teoría trialista que presentamos, la teoría de juezas y jueces, incluyendo el funcionamiento de las normatividades, se desarrolla en marcos tridimensionales de hechos, normatividades y valores.

2. En la *dimensión sociológica*, las adjudicaciones asignan potencias e impotencias, es decir, lo que favorece o perjudica a la vida. Un problema difícil es delimitar si se considerará al Derecho solo en la vida humana, en las vidas de todos los seres vivos, es decir, otros animales y plantas, o incluso se tendrán como recipiendarios entes no animados, como los ríos, a los que a veces se declara personas.

Las adjudicaciones de potencia e impotencia son centralmente repartos, originados por la conducción de humanos determinables, por ej. jueces y juezas, legisladores, administradores, contratantes, etc. y distribuciones producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y, si existe, el azar. La limitación científica suele negar apriorísticamente el azar. Los que “sabemos que no se sabe” no podemos hacerlo.

3. Las tres causas de las *distribuciones* se interrelacionan entre sí y con los repartos. La *naturaleza* incluye despliegues cósmicos generales, geográficos, biológicos, quizás psicológicos, etc. El antropocentrismo radicalizado ha llevado a desconocer la realidad

última del mundo, que excede al planeta Tierra, pero incluye también, por ejemplo, las cercanas influencias climáticas. Las *influencias humanas difusas* abarcan causas económicas, religiosas, lingüísticas, científicas y técnicas, artísticas, educativas, históricas, filosóficas, de concepción del mundo, etc.

4. Los *repartos* son generados, en cambio, por la conducta de humanos determinables. Al atender a la conducta vale pensar si la ubicamos en marcos de mero desarrollo espontáneo de las fuerzas o de decisiones conscientes de los humanos. Importa saber si se hará referencia a la libertad y qué se entiende por ésta, por ejemplo, el despliegue espontáneo del universo, en proximidad con los fisiócratas, o el despliegue de las decisiones adoptadas conscientemente, en cercanía con los liberales. Los alcances de libertad, condicionamiento o determinación en que nos desenvolvemos son muy debatidos y tienen gran significado, en nuestro caso, en el obrar judicial.

5. Las mentalidades de las partes y de los jueces que producen las interpretaciones en sentido amplio, en general, los funcionamientos

normativos, se constituyen con diversas adjudicaciones, por ejemplo, según las influencias que tengan su patrimonio genético; las presencias del ello, el superyó y el yo; la clase a la que pertenecen; la posición religiosa que sostienen; la lengua que emplean; el manejo científico y técnico que poseen; los despliegues artísticos que vivencian; la educación recibida; los relatos históricos que asumen; las disciplinas filosóficas en que se sitúan de manera preferente; las concepciones del mundo que los animan, etc. Por ejemplo, las juezas y los jueces cristianos comprenden y resuelven de maneras diferentes que los musulmanes; los que tienen más solidez metafísica o moral comprenden y resuelven de modos distintos a quienes utilizan una metafísica o una moral más conjeturales; los magistrados y las magistradas organicistas comprenden y resuelven de maneras diversas que los pactistas, etc.

Además de estas causas, el funcionamiento normativo tiene despliegues de azar, por ejemplo, la selección de temas en concursos para ingreso en la tarea judicial, a veces el azar en los sorteos, etc.

6. En cuanto a las adjudicaciones que son repartos, producidos por la conducción de humanos determinables, vale plantearse el gran tema de la existencia, en diferentes grados, de la *libertad* o la *determinación*. Corresponde interrogarse si somos libres, condicionados o determinados para comprender realmente qué hacen los jueces y las juezas.

7. En un despliegue *concreto* reciente, la pandemia por Covid-19 produjo como causa natural grandes distribuciones, de modo muy destacado adjudicaciones de impotencias. Es más, su desarrollo puede servir para mostrar diferentes adjudicaciones. Las distribuciones de la pandemia ocurrían en marcos sanitarios, geográficos, económicos, científicos y técnicos, históricos, educativos, filosóficos, de concepciones del mundo, etc. Cuando la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal, acudió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y obtuvo en la sentencia del caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” el 4 de mayo de 2021 un reparto que disponía la reanudación de las clases suspendidas por el

Gobierno Federal, se planteaban cuestiones de distribuciones muy complejas de diversa índole: a) sanitarias, de un peligro mundial y consecuentemente nacional para la vida de la especie humana para el que no se disponían medios de control adecuados; b) económicas, de mayor o menor desenvolvimiento de la actividad comercial hondamente enraizada en el sistema capitalista y muy debilitada en el país; c) religiosas, donde el catolicismo conduce más a considerar la vida y la salud como despliegues orgánicos comunitarios y el protestantismo es más afín a la respectiva perspectiva individual; d) científicas y técnicas, por la carencia de vacunas y tratamientos generalmente eficaces contra el Covid-19; e) educativas, de desarrollo de los planes de estudios de las escuelas; f) de concepciones más pactistas u organicistas de la sociedad, respectivamente animando al sector anglofrancesado, del gobierno de Buenos Aires, y al gobierno más hispánico tradicional de la Nación; g) históricas, de la puja del sector más directamente relacionado con el puerto de Buenos Aires por ser dueño del territorio respectivo, excluyendo al gobierno nacional, conflicto que se había resuelto en 1880 con la

federalización de la ciudad y de cierto modo revertido en parte, en 1994, con la reforma constitucional que le otorgó autonomía; h) tal vez también de posiciones filosóficas de mayor hondura metafísica favorables a la salud o más superficialidad gnoseológica, más interesadas en la educación, etc.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tensa relación con el Gobierno Nacional, produjo su reparto entendiendo, por mayoría de los miembros y unanimidad de los votantes, que había que considerar la calificación de que la Ciudad Autónoma es una institución análoga a una provincia, de modo que se asignó competencia originaria, e hizo prevalecer la calificación según la opinión que consideraba que era un problema educativo, prescindiendo de su alcance sanitario, adjudicando potencias a los integrantes del gobierno de la ciudad y en general los sectores interesados en la reanudación de las clases e impotencias a los integrantes del gobierno de la Nación y en general los sectores interesados en la continuidad de su suspensión para preservar la salud.

Importa tener en cuenta que la Ciudad Autónoma es un bastión de la cultura anglofrancesada y pactista, diversa de la del gobierno nacional, más hispánico tradicional y organicista. Para producir ese reparto se produjeron interpretaciones de normas que podrían ser discutidas. Entre ellas cabe atender a la viabilidad de la jurisdicción originaria, porque es al menos debatible que la ciudad deba tener el trato de una provincia. A nuestro entender, no corresponde asignar a la Ciudad Autónoma el trato de nivel provincial que se le adjudica, porque esa jerarquía no surge del texto constitucional y está en posible conflicto al menos con el espíritu del art. 3 de la Constitución Nacional, que se refiere a la capital como un territorio federalizado. Es más, el elemento histórico que debe tener gran gravitación interpretativa, pone a la reforma constitucional de 1994 y sobre todo a la Corte Suprema en conflicto con la opinión de *grandes fundadores del Estado nacional*, como fueron los presidentes Nicolás Avellaneda y Julio Argentino Roca. Era también al menos cuestionable que el poder de policía esgrimido por la Nación, a nuestro parecer, tal vez análogo al que le corresponde

como regla básica v. gr. ante el tráfico de drogas, fuera infundado. Al decidirse la conceptualización como cuestión educativa y no sanitaria se instaló, sin embargo, una lógica interpretativa favorable a la actora.

Por lo demás, vale atender a la justicia o injusticia que se atribuya a las posiciones de las partes y el fallo del Tribunal según contenidos de valor que consideramos necesario construir y atender, correspondientes a despliegues que desarrollaremos más adelante. Adelantamos que a nuestro parecer la Corte se pronunció sobre asuntos sanitarios que no son de su legítima competencia.

Todos los humanos, también los jueces, por supuesto incluso en el funcionamiento normativo, vivimos en un mundo de intereses y fuerzas y de adjudicaciones de potencias e impotencias, que son distribuciones o repartos.

Hay una frase célebre atribuida a Winston Churchill y una canción muy aleccionadora de Eduardo Mignogna y Litto Nebbia que, de diversas maneras, dicen que la historia la escriben los que ganan, los que tienen el poder. La canción agrega que eso quiere decir que hay

otra historia, la “verdadera” historia. Análogamente cabe afirmar que *si las normatividades las escriben los que pueden* esto quiere decir que hay otras normatividades posibles, las que escribirían los que no pueden hacerlo. Cabría agregar, con miras a la mejor integración de las dimensiones jurídicas, quien quiera saber que sepa.

8. Vale reiterar que el funcionamiento normativo es al fin una tarea repartidora. Para conocer los repartos, las adjudicaciones de interés central, hay que referirse a los *repartidores*, o sea los conductores; los *recipiendarios* beneficiados con las potencias y gravados con las impotencias; los *objetos*, es decir las potencias y las impotencias; las *formas*, o sea los caminos recorridos para llegar a las decisiones y las *razones*, que son móviles de los repartidores, razones que éstos alegan y las razones que atribuye la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos. A menudo las realidades del funcionamiento son diferentes de las que relatan las fuentes y las normatividades.

9. Los *repartidores*, en este caso jueces y juezas, por diversas razones pueden repartir influidos por otras personas que no aparecen en las normatividades respectivas. Cabría decir entonces que solo los jueces “dan la cara” pero el papel de repartidores, de gran interés, es desempeñado por ellos y quienes los influyen. Múltiples causas pueden intervenir en estas influencias, favores recibidos, temor, expectativas de ascensos, simpatías de diferentes tipos, etc. En relación con el pronunciamiento de la Corte en el caso Sejean c/Sejean uno de los jueces ha dicho que hubo un pedido a favor de la inconstitucionalidad de parte del Poder Ejecutivo. En un período no muy lejano de nuestra historia se hacía referencia a una mayoría automática en la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación. No hay que confundir las ideologías de los magistrados, que son inevitables, generalmente reconocidas, legales y legítimas, con el vaciamiento de sus funciones, pero esto suele ocurrir. Cuando cumplan tareas judiciales olvidense de quiénes los nombraron y de la carrera, asuman sus responsabilidades.

Los repartidores, también los magistrados y las magistradas, toman decisiones en marcos de más o menos *certidumbre*. Es relevante que decidan el funcionamiento con la mayor certidumbre posible, pero creemos que la previsibilidad total no es siquiera deseable. Aunque el Premio Nobel de Química Ilya Prigogine pudo referirse al fin de la certidumbre, los magistrados han de tratar de alcanzarla en la mayor medida posible, sabiendo que no se logra en todos los casos y su no obtención no siempre es negativa. Algunas veces se procura que la inteligencia artificial contribuya a la certidumbre, no solo colaborando con los repartidores, en este caso las magistradas y los magistrados, sino sustituyéndolas y sustituyéndolos, pero entendemos que la sentencia ha de ser al fin una decisión humana y, pese al deseo de certidumbre, la grandeza imprevisible de lo humano es parte del valor de nuestras decisiones, también en el funcionamiento normativo.

10. Los repartos, en este caso judiciales, de funcionamiento normativo, tienen *recipiendarios* beneficiados con potencias y perjudicados con impotencias. A menudo un

mismo recipiendario recibe potencias e impotencias. Los recipiendarios no son solo ni todos los que mencionan las normatividades. Por ejemplo, absolver o condenar a una persona influye también en sus relaciones. Absolver o condenar a un macrista o un kirchnerista influye incluso con potencias e impotencias para el ingeniero Macri y la doctora Kirchner. Cuando corresponda beneficiar o perjudicar al ingeniero Macri o a la doctora Kirchner no lo hagan a través de interpósitas personas. En general, condenar a un delincuente a prisión es condenar a su pareja y sus hijos a no tener esa presencia de pareja o paterna. En modo alguno decimos que no haya que hacer lo que normalmente corresponda, pero importa tener en cuenta las consecuencias, por ejemplo, para asegurar la protección que sea necesaria a los hijos de los presos.

En algunos casos hay duda acerca de si uno de los recipiendarios posibles existe o no, como sucede en la fecundación in vitro. Uno de tales problemas es el que resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos denominado “Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica”. El

Tribunal dijo entonces “264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana.”¹

11. Es también relevante atender a los *objetos* que se reparten, o sean las potencias y las impotencias. Las diferencias entre lo que las normatividades captan y lo que expresa en el discurso con lo que sucede suelen ser muy grandes. El artículo 18 de la Constitución Nacional dice que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y agrega que toda medida que a prettexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice. Muchas de las cárceles no son sanas y limpias y son para castigo, es más, parte de la sociedad al clamar por justicia clama por venganza y padecimiento. Tal vez se trate no de una norma real, cabal, a cumplir de inmediato; ni programática, a

¹ v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235, 2-1-2022.

cumplir más adelante; ni de propaganda, para educar; tal vez sea solo una norma espectáculo, para aparentar. Condenar a una persona a una pena privativa de la libertad es con frecuencia mucho más que esta privación. La ejecución de una pena privativa de la libertad dista mucho de lo que la norma narra. En gran medida suele ser condenarla a la sociedad, la violación, la incorporación al mundo de la drogadicción, etc. Hay que cuidar que no estemos produciendo pomposas y crueles mentiras. Claro está que hay que condenar según la ley, pero hay que atender a lo que realmente se está haciendo y en sus casos tratar de enmendarlo. Desentenderse es complicidad con lo que suceda, como también es complicidad desentenderse de los delitos desprotegiendo a las víctimas. Se trata de un problema también presente en otros países y en otras ramas del derecho, por ejemplo, en el Derecho del Trabajo en los casos de los trabajadores en negro. Las juezas y los jueces han de tener cabal conciencia de lo que adjudican.

12. En cuanto a las *formas* de los repartos, es decir los caminos para llegar a las decisiones, en este caso repartos de funcionamiento judicial,

corresponde atender de modo destacado a la audiencia que se produce. Las juezas y los jueces han de referirse a normatividades procesales al respecto que, como ocurre en todos los repartos, cumplen en diferentes medidas. La audiencia suele no ocurrir porque la gente no alcanza a expresarse o los magistrados no alcanzan a escucharla. A veces entre las partes y los jueces y las juezas hay distancias vitales tan grandes que no pueden ser salvadas. Existen personas justiciables que tienen concepciones muy distintas de las que poseen los jueces y las juezas y quienes juzgan tienen dificultad para comprender; hay personas, sobre todo de clase media baja, que no tienen adecuada defensa, etc. Los sectores más ricos tienen habitualmente excelentes defensores particulares, incluso influyentes; los más pobres suelen contar con excelentes defensores oficiales y los sectores de pocos recursos que deben contratar sus abogados no siempre pueden tener acceso a los mejores. Asimismo, para escuchar a los demás hay que conocerse uno mismo. Por ejemplo, la mayoría de nosotros hemos sido criados y educados en marcos burgueses y escuchar significa abrirse también a lo no burgués.

Como todas las personas, los magistrados pueden resultar prisioneros de clichés y estereotipos. Tal vez con más intensidad que las otras personas las juezas y los jueces deben observar, los casos y el resto del mundo, y pensar. Suelen serles imprescindibles aportes juridizados de las otras ciencias distintas del derecho y del resto de la cultura. En la forma se juega en gran medida la imparcialidad. La forma es comunicación. Más que oír hay que escuchar; hay que escuchar para comprender. Todos los humanos y el Universo en su conjunto merecen ser “escuchados” y comprendidos en la mayor medida posible.

13. Otra perspectiva para conocer los repartos completos es la de las *razones*, que incluyen los *móviles*, las *razones alegadas* y las *razones* que atribuye la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos. El conocimiento de las razones de los repartos tiene especial valor, tradicionalmente reconocido en el funcionamiento de las normatividades, con particular intensidad para la interpretación.

Conocer los *móviles* ayuda a saber qué es lo que los repartidores han hecho y van a hacer. Por ejemplo: es relevante saber si un juez obra en última instancia por el sueldo, para hostigar, para beneficiar o por vocación. Importa que los jueces estén convencidos de que hacen lo mejor posible. En los últimos tiempos se han incrementado en diversos países casos de “lawfare”, que no se limitan, por supuesto, al ataque a dirigentes populares, como a veces se expresa.

Es inevitable que los jueces tengan ideologías e intereses en relación con intereses del caso, pero es imprescindible que traten de ponerlas en suspenso en la mayor medida posible para asumir la responsabilidad de la tarea y alcanzar imparcialidad. Me agrada recordar, aunque es desde mi punto de vista de no creyente, el célebre caso de la responsabilidad asumida de Santo Tomás Becket. Tomás fue designado arzobispo de Canterbury por injerencia del rey Enrique II de Inglaterra, pero al asumir su cargo cambió su personalidad y asumió la responsabilidad como defensor de la Iglesia frente al rey, al punto que

éste instigó su asesinato. La Iglesia, agradecida, lo canonizó a la brevedad.

Para desarrollar la sensibilidad es importante estudiar casos y soluciones con los que se puede afinar la sensibilidad. Me siento en el deber de decirles que si no tienen el propósito de ser buenos magistrados se dediquen a otras cosas que no sean tan dañinas como los malos jueces. Ser buenas juezas y buenos jueces puede resultar muy caro, en este momento recuerdo al juez Giovanni Falcone en Italia, quien pagó su desempeño con la vida, pero no solo hay que serlo por propia dignidad sino porque a veces, como ocurrió con las consecuencias de su muerte, al menos se tiene cierto éxito. Siempre es duro morir, pero debe serlo en mayor grado morir con culpa. Hay jueces y juezas que, sin embargo, manipulan los casos y sus respuestas para obtener las soluciones que desean.

En las repúblicas las juezas y los jueces deben *alegar* razones, por ejemplo, en los vistos y los considerandos que, obviamente, pueden ser veraces o falsos. Se alega para las partes y el resto de la sociedad, se trata de un acto comunicacional que para cumplirse debe ser

comprendible para los destinatarios. Es necesario usar la técnica jurídica, pero también un lenguaje que las personas comprendan. Hay casos paradigmáticos de razones alegadas de manera adecuada para recipientes especiales. En Rosario, el juez Marcelo José Molina ha hecho amplia difusión de esta necesidad con el proyecto “¿Cuánto tiempo es un tiempito”, basado en la pregunta de una niña en un caso de adopción. En época de la Colonia, cuando los jueces administraban justicia en nombre de reyes absolutos, bastaba que dijeran “ha lugar” o “no ha lugar”; en la república independiente es imprescindible la adecuada fundamentación.

Es importante saber si los pronunciamientos judiciales tienen *razones* sociales, v. gr., si resulta –en relación con los desarrollos jusfilosóficos de Carlos Cossio- que las sentencias tienen *fuerza de convicción* en las partes y el resto de la sociedad; si se cree que son las sentencias que se debieron dictar. De esto dependen en gran medida su cumplimiento y seguimiento en otros pronunciamientos, convirtiéndose en casos precedentes, con fuerza

típica en el common law, y en reiteraciones jurisprudenciales.

Las soluciones razonables generan ejemplaridad, en el common law ésta es consagrada obligatoriamente en la doctrina del precedente, aunque se trate de un solo pronunciamiento, en el derecho romano justiniano germánico -llamado a veces romano-germánico o civil law- el despliegue jurisprudencial suele ser más libre. En la mentalidad más empírica anglosajona rige, aunque se trate de un solo caso, la “stare decisis et quieta non movere”, es decir, en traducción libre, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”.

Los pronunciamientos que no tienen fuerza de convicción hieren la conciencia jurídica de las partes y el resto de la sociedad. En los aspectos de forma y razones el funcionamiento es un diálogo en que las partes se comunican con los jueces y éstos se comunican con las partes, todo con percepción social. Cerrando el círculo de las razones: uno puede acertar o equivocarse, pero es imprescindible hacerlo con responsabilidad,

escuchando y resolviendo con buena fe lo más notoria que sea posible.

14. Conocer los repartos del funcionamiento normativo judicial es un requisito imprescindible para controlar, apreciar y en su caso corregir los desenvolvimientos de la magistratura. Un país no puede tener buena calidad de vida si se pueden decir con cierto consenso popular las cosas graves que se suelen afirmar, solo a veces con fundamento, de algunas juezas y algunos jueces.

15. Los repartos pueden desenvolverse por imposición o por acuerdo de los interesados. En el primer caso se hace referencia a *repartos autoritarios*, realizadores del valor poder, y en el segundo se hace referencia a *repartos autónomos*, satisfactorios del valor cooperación. Cuando el poder se encamina a la justicia es autoridad en sentido estricto. Cuando la cooperación se dirige a la justicia es convivencia. La mayoría de la doctrina remite la juridicidad a la posibilidad de ejercicio del poder. Un sector minoritario, que integra la teoría trialista del mundo jurídico, identifica al derecho por la

posibilidad de hacer justicia y por tanto incluye en el derecho, con carácter preferencial, a los repartos autónomos, porque en éstos hay más posibilidad de despliegue de personalización de las partes. Habitualmente los jueces realizan repartos autoritarios, pero es relevante la acogida que puedan brindar a los repartos autónomos. Si las partes de un juicio en una cuestión privada se ponen de acuerdo para prescindir de la vía judicial, el juez no debe pensar que ellas le "roban" el caso, sino que desarrollan la propiedad que les corresponde sobre sus vidas.

Es importante que el poder de los jueces sea autoridad en sentido estricto. Es relevante también que lo que resuelvan se cumpla por el peso moral de lo que deciden y no por el uso de la fuerza. Deben preguntarse de manera constante si tienen algún derecho a decidir las vidas de las partes mejor que el de ellas mismas y en su caso por qué. Han de resolver la cuestión de la manera más digna posible.

16. Los repartos, en este caso del funcionamiento normativo judicial, pueden estar *ordenados* o *desordenados*. El orden de los

repartos suele ser denominado también régimen y realiza el valor homónimo orden. En las ordenaciones y los desórdenes de los repartos influyen las distribuciones. Por esto en los órdenes y los desórdenes de los repartos de funcionamiento hay causas del obrar de humanos determinables y de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. La crisis económica del 2001 en Argentina y la pandemia fueron distribuciones que desordenaron los repartos del funcionamiento normativo desde su exterior.

El orden de los repartos, en nuestro caso, la inserción ordenada del funcionamiento en el orden de repartos, puede producirse de maneras *vertical*, descendente o ascendente, y *horizontal*.

La manera *vertical descendente* consiste en una *planificación* que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto. La planificación gubernamental suele expresarse en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, etc. El modo de ordenación *horizontal*, denominado ejemplaridad, se desarrolla por el seguimiento de repartos

considerados razonables. La ejemplaridad se concreta en la costumbre, la jurisprudencia y los usos. Cuando el plan está en marcha realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad satisface el valor solidaridad entre los repartidores. Los repartos del funcionamiento normativo suelen ordenarse en el curso de la planificación y de la ejemplaridad, sobre todo jurisprudencial. Es relevante establecer la medida en que los jueces y las juezas se remiten al orden, por ejemplo, constitucional y legal, o a la jurisprudencia. La gravitación jurisprudencial suele estar vinculada al prestigio de los tribunales de referencia, que puede no corresponder a su jerarquía formal. La ejemplaridad puede ser secundum, praeter o contra legem. Esta clasificación, que suele utilizarse para la costumbre, es importante para cualquier relación entre planificación y ejemplaridad, incluso en los casos de jurisprudencia praeter o contra legem.

Sus sentencias pueden estar en un lugar ordenado verticalmente de manera descendente porque hay un plan que, por ejemplo, está expresado en la constitución, pero pueden estar ordenadas de manera horizontal, porque siguen modelos de otras sentencias que consideran

razonables. Si ya tienen desempeño judicial se dan cuenta que los jueces no solo consultan las leyes, consultan jurisprudencia. Los repertorios jurisprudenciales son una fuente que los jueces suelen tener en cuenta y hay tribunales de tanto peso que pueden hasta torcerle la mano al legislador porque convencen de que esa interpretación es la mejor, por ejemplo Así como hay tribunales con fuerza ordenadora planificada y ejemplar, hay otros tribunales muy criticados. En cuanto a la ejemplaridad, por ejemplo, en una provincia Argentina una jurista de gran prestigio en la administración de Justicia logró que las sentencias que producía ese tribunal tuvieran mucho más peso en el seguimiento de otros jueces que el que correspondía de modo formal. El orden es valioso y si se encamina a la justicia es paz, vale que haya un funcionamiento normativo para la paz.

El *desorden* de los repartos es anarquía. La anarquía realiza el desvalor arbitrariedad. Como el valor supremo con que construimos el mundo jurídico no es el orden, pueden existir excepcionalmente arbitrariedades valiosas, es decir justas. Los cambios de planificación o

ejemplaridad pueden resultar arbitrarios y a veces ser justos. La anarquía genera daño en el tejido social y en principio es disvaliosa e injusta, pero excepcionalmente puede ser valiosa y justa. La sentencia del caso “Sejean c/Sejean” fue anárquica, pero al fin contribuyó a una mayor justicia porque impulsó el dictado de una ley justa, la 23.515. Quienes van a misa saben que no se dice “que el orden sea contigo” sino “que la paz sea contigo”.

17. La sentencia y cualquier reparto y cualquier interpretación se desarrollan en un clima donde hay *límites* que son voluntarios o necesarios. En los límites voluntarios, aunque uno pueda no quiere; en los límites necesarios, aunque uno quiera no puede. Por ejemplo, en cuanto a límites voluntarios: muchos ministros tal vez hubieran podido dictar la sentencia de Corte del caso Sejean, pero aunque podían no querían; se podría haber avanzado antes, por ejemplo, en sentencias como la del caso Mendoza, el caso del río Matanza-Riachuelo, pero no avanzaron; se podría condenar a un homicida a veinticinco años de prisión y se lo condena a dieciocho. En cuanto a los límites necesarios, hay que hacer dentro de lo que

puede, de lo contrario las consecuencias pueden ser no solo negativas sino contraproducentes. Hay límites físicos, por ejemplo la inundación, el terremoto, la pandemia, las crisis económicas, v. gr. de 2001. Un caso en que pueden haber resultados dañinos y deben adaptarse las normatividades son los de objeción de conciencia. Habría que considerar si juezas y jueces pueden tener objeción de conciencia para dictar ciertas sentencias.

La hora se ha cumplido, la clase termina y los espero en la próxima. Que sean felices.

CLASE 5

La interpretación en el Código Civil y Comercial

Muy buenas tardes.

1. Es relevante para el cursado del módulo la lectura y consideración de las normatividades sobre interpretación que tiene el Código Civil y Comercial. Como les dije en classroom, considero importante que estudien todas las disposiciones del Código relacionadas con el funcionamiento normativo en general, no solo respecto de la interpretación ni solo las iniciales. Si ingresan a Infoleg tendrán una gran ayuda en el buscador. Además les he pedido que estudien todas las normatividades y sentencias vinculadas al funcionamiento normativo, de Derecho civil y comercial y de las otras ramas que más les interesen, por ejemplo, las de sus desempeños. Resulta además, en general,

importante, que busquen jurisprudencia de tribunales calificados, sobre todo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. En general para interpretar el Código Civil y Comercial, ley 26994, vale tener en cuenta el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2021 y en especial los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Elaborados por la Comisión Redactora.¹

Ahora vamos a referirnos a disposiciones del Código de especial importancia interpretativa. Como saben, hay numerosos comentarios al respecto de destacable valor, pero estimo que vale revisarlas. Pese a que en el Código hay otras indicaciones interpretativas importantes, los primeros tres artículos, sobre todo el segundo, marcan un significativo giro hacia el protagonismo de los jueces, de tipo hermenéutico, quizás relativamente análogo al de la jurisprudencia teleológica de Rudolf von Ihering e incluso de la Escuela del derecho libre

¹ V. *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infojus, 2012, http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/1522/codigo_civil_comercial.pdf, 2-5-2022. Asimismo cabe c. las sesiones de la H. Cámara de Diputados (<https://www.diputados.gov.ar/sesiones/sesiones/sesiones.html>, 20-7-2022) y la H. Cámara de Senadores (<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/busquedaTac>, 20-7-2022).

de Hermann Kantorowicz. El Código Civil y Comercial tiene así fuerte afinidad con ideas de Josef Esser, Ronald Dworkin, Robert Alexy, incluso Carlos Cossío y Werner Goldschmidt, etc. Obviamente el Código establece distanciamientos del legalismo exegético, de la teoría pura del Derecho e incluso del jusnaturalismo apriorista y las corrientes críticas. Al interpretar la transferencia de facultades de otros poderes al judicial que efectúa el Código vale tener en consideración que la Comisión de Juristas que redactó la propuesta respectiva, con consultas a otros especialistas, estuvo integrada por tres jueces. Cada persona tiene inevitablemente una perspectiva del Derecho y del universo de la que no puede deshacerse. El carácter de juezas y jueces de los integrantes de la Comisión puede haber tenido influencia en esa transferencia. Tal vez algún sector llegue a pensar que la composición debió ser más diversificada.

3. El *artículo 1º* del Código establece que los jueces tendrán en consideración la *finalidad* de las normas, tema que quizás perteneciera más a la perspectiva interpretativa del artículo 2º. Al referirse a la finalidad, trae a presencia las ideas

de Rudolf von Ihering, el célebre jurista alemán nacido en 1818 y fallecido en 1892, que fue profesor en Berlín, Basilea, Rostock, Kiel y Giessen. Luego de períodos de formación historicista y de derivación conceptualista, Ihering rectificó su posición en “La lucha por el derecho” y, en 1877, en “El fin en el derecho”. En este último período Ihering destacó la referencia del Derecho a intereses y fines. Su personalidad dinámica y combativa lo llevó también a escribir “Broma y seriedad en la jurisprudencia”, obra de gran fuerza en la denuncia del conceptualismo.

Kantorowicz, profesor en Kiel y otras Universidades importantes, fue promotor del término trialismo y sostuvo ideas jurídicas y políticas polemizadas. Fue perseguido por el nazismo y murió en Cambridge en 1940. Consideraba Kantorowicz que es necesario liberar al Derecho del legislador histórico para cumplir lo que desea el legislador actual. En su propuesta, en caso de no haber normatividades para el problema a atender o habiéndolas, en el supuesto que el juez crea que no se ajustan a la voluntad del legislador actual, el propio juez debe hacer lo que cree que haría el legislador actual. Este protagonismo del juez colocó a

Kantorowicz en la generación de una gran polémica de amplios sectores apegados a la ley, por ejemplo en la Argentina.

4. El Código Civil y Comercial dice en su *artículo 2*, estableciendo así su principal regla interpretativa, que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Vale considerar que lo dispuesto en el Código Civil y Comercial sirve de base también para otras ramas jurídicas, porque esta materia tiene disposiciones fundamentales de toda nuestra juridicidad. Existen importantes excepciones opuestas a esa amplitud, con antecedentes medievales e incluso de raigambre constitucional, por ej., en cierto sentido, en cuanto al funcionamiento del Derecho Tributario contra el contribuyente y sobre todo del Derecho Penal contra el reo. Cabe tener presente la reserva tributaria de la Carta Magna, de 1215. Es adecuado recordar en Derecho Penal el aforismo *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, debido a la tradición del marqués Cesare

Beccaria y a Anselmo von Feuerbach y consagrado en el Código Penal de Baviera de 1813, aforismo al que Werner Goldschmidt, para apoyar el reproche de los juicios de Núremberg, agregaba salvo que la ley fuera el delito. En estas áreas especiales la función del juez es más limitada, pero no mediando razones particulares las disposiciones civiles y comerciales sirven de base común. En este artículo el Código vuelve a referirse a la finalidad, ahora con remisión a la ley. Ese poder grande que el Código atribuye a los jueces les permite alejarse de los legisladores autores de las normatividades en funcionamiento. En general, ante las novedades y las incertidumbres de una nueva era, el facultamiento relativamente amplio a los jueces puede resultar acertado, aunque siempre hay que recordar que incluso por sus diversos títulos de legitimación, legisladores y administradores no son fácilmente intercambiables.

En países como la Argentina actual, las tensiones interpoderes diversamente legitimados otorgan al *facultamiento* de los jueces *significado muy especial*. Aunque nunca podemos ser plenamente creadores, mucho se discute sobre la “creatividad” de los jueces y el

Código Civil y Comercial incrementa la respectiva posibilidad. Como saben, el doctor Mario Chaumet, docente de este curso, y su esposa la doctora Andrea Meroi, han publicado varios trabajos al respecto. Se formula en ese marco la pregunta acerca de si el Derecho es un juego de los jueces. En general, la interpretación debe *atender a la inserción tridimensional* de la normatividad en la plenitud de lo jurídico, sobre todo, al reparto captado en la normatividad de referencia. Hay que interpretar respecto a repartidores, destinatarios, objetos, formas y razones, incluso clase de reparto e inserción en el orden. Un ejemplo casi trivial: si se prohíbe la entrada de perros en un jardín puede ser necesario aclarar si en el marco de una interpretación extensiva están prohibidos también los gatos, lo que v. gr. queda condicionado tal vez a que el emisor no sea el dueño amante del gato, o si hay una carencia y es necesario elaborar una normatividad especial para esos felinos.

Las *relaciones entre poderes gubernamentales* merecen siempre importante consideración, de manera especial, por las juezas y los jueces. Es interesante que la Corte Suprema

de Justicia se constituyera recientemente en mi ciudad, Rosario, lamentablemente acosada por la delincuencia del narcotráfico, y pidiera mayor poder para los jueces para combatir el tráfico de drogas. Vale tener en cuenta que este hecho político del Tribunal es un episodio en la vida de un poder que siempre es político, pero en la actual circunstancia este carácter se acentúa por el conflicto con el Poder Ejecutivo.

Nuestra Facultad de Derecho de la UBA está en una avenida que lleva el nombre del doctor José Figueroa Alcorta, quien en su muy prolongada trayectoria política y judicial fue titular de los tres poderes. Fue presidente del Senado en su calidad de vicepresidente, presidente de la República por fallecimiento del doctor Manuel Quintana y presidente de la Corte Suprema de Justicia. Al producirse el gravísimo golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930 el doctor Figueroa Alcorta, un importante defensor de la votación popular, propuso a sus colegas de la Corte que todos renunciaran en conjunto, pero al no encontrar apoyo en sus colegas terminó por aceptar la acordada que tomó nota de la existencia del gobierno golpista reabriendo un camino tortuoso para la Justicia argentina.

Figueroa Alcorta había sido nombrado presidente de la Corte por el presidente legal y legítimo Hipólito Yrigoyen, pero a partir del golpe los ministros designan entre ellos a su propio presidente. Tal vez si José Figueroa Alcorta hubiera sido escuchado, otro mejor hubiera sido el destino del país. Sin embargo, también vale recordar que en muchos países de gran prestigio democrático las trayectorias de militancia política y judicatura se entrelazan. Es difícil que nombren en un tribunal de esa importancia gubernamental a alguien cuyas ideas políticas no se conozcan y de cierto modo aseguren a quienes los nombran. En nuestro país es muy claro que la Constitución quiere que los jueces de la Corte tengan el *apoyo de las provincias* a través del Senado. Por esto no es legal ni legítimo nombrarlos por decreto de necesidad y urgencia.

Aprovechando expresiones de Esser, cabe decir que hay *interpretaciones ilimitadas*, como se considera a veces a las que no son conducidas racionalmente. En general consideramos ilimitadas a las interpretaciones que evidencian sentidos de omnipotencia judicial apartados de las referencias a lo que se alega como referencia.

Las supuestas interpretaciones ilimitadas son en realidad *elaboraciones escondidas* en la hipocresía de los intérpretes.

Es importante con miras a los caminos de coherencia del ordenamiento normativo y de orden de los repartos, que interesan reiteradamente al artículo segundo, su referencia interpretativa a las *leyes análogas*. Resulta en parte esclarecedor, pero también desconcertante, que el artículo se remita a las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, ahora sin mencionar la Constitución Nacional. Cabe preguntarse si se tiene en miras un orden internacional de derechos humanos superior a la Constitución. Es valioso para la construcción compleja del derecho que el artículo remita a los principios y los valores jurídicos. Aunque parece no quedar en claro la diferencia entre interpretación del derecho positivo, que ha de referirse a principios consagrados en el mismo, y elaboración de nuevas normatividades, que ha de valerse de principios positivos y extrapositivos y valores, así el Código se acerca al razonamiento por principios del neojusnaturalismo e incluso a la propuesta de la teoría trialista del mundo

jurídico. En una construcción clara del funcionamiento normativo no se interpreta lo valioso, se interpreta lo positivizado, el resto es sobre todo elaboración.

5. El artículo 1º del Código Civil y Comercial se refiere de modo principal a fuentes y aplicación y dice que los casos que él rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. Agrega, en una importante apertura a la realidad social, que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho.

6. Las juezas y los jueces realizan su tarea resolviendo *casos*. Los casos son problemas, a menudo conflictos, de vida, de intereses y fuerzas. Son interrogantes de vida o sea cuestiones acerca de a quiénes les vamos a dar y a quiénes les vamos a quitar vida, en terminología trialista, de manera respectiva, les vamos a adjudicar potencia o impotencia, a menudo de maneras combinadas. Los casos no

son nombres en las carátulas. Se trata de personas a las que hay tener presentes en la mayor medida que corresponda. Es importante que el Código hable de casos. Son realidades problemáticas tridimensionales con especificidades que ocurren en las vidas de las personas presentes para la solución de jueces y juezas. Los repartidores, en este caso juezas y jueces, se desenvuelven en la construcción de casos atendiendo perspectivas muy complejas que incluyen pantonomías (pan quiere decir todo y nomos ley que gobierna) de categorías básicas como la causalidad, la finalidad objetiva que entendemos encontramos en los acontecimientos, la posibilidad y la realidad, la verdad y la justicia, que requieren recortes (es decir *fraccionamientos*) a efectuar cuando por diversas razones no se puede saber o hacer más.

A través de los fraccionamientos los repartidores, en este caso los magistrados y las magistradas, producen certezas y seguridades. Les sugiero que cuando consideren y resuelvan casos tengan la humildad de saber que están recortando plenitudes y la tranquilidad de que cuando se hace lo mejor que se puede se hace lo que se debe. La cosa juzgada es uno de los

ejemplos de más intensos fraccionamientos. Creemos muy acertado el pensamiento del maestro Werner Goldschmidt cuando en su breve y profundo artículo “El filósofo y el profeta”, que se puede consultar en su libro “Justicia y Verdad”, diferencia al filósofo, que rima “et-et” (“y-y”) y el profeta, cuya rima es “aut-aut” (“o-o”) y consideramos que las juezas y los jueces deben estar más cercanos a los filósofos que a los profetas, pero con frecuencia deben optar y en esos casos han de saber que la sabiduría requiere los menores fraccionamientos posibles.

Decir que los casos se resolverán de acuerdo a las leyes que resulten aplicables, como lo hace el artículo, lo diría también un exégeta, pero luego el Código, tal vez innecesariamente desde el punto de vista técnico, especifica que lo harán conforme con un complejo de fuentes en relativo *diálogo* donde menciona a la Constitución, cuya primacía en los hechos era al menos poco notoria, y los tratados de derechos humanos, a los que desea mostrar en su jerarquía, sean como partes del bloque de constitucionalidad o al menos en su superioridad respecto de las leyes. La referencia

expresa a la Constitución genera un encuadramiento en la línea de los neoconstitucionalismos.

Es relevante la apertura a los *usos, prácticas y costumbres*, aunque tal vez el orden de mención debió colocar al menos primero a las costumbres, cuya hondura jurídica es mayor. La mención primera de los usos y su continuación en las prácticas y las costumbres se acerca en parte a la fórmula del Código Civil, referida a usos y costumbres. Quizás, sin embargo, la atención a los usos y prácticas se deba también a una influencia comercialista, perspectiva que tiene importante impacto en el Código. Vale recordar que los usos se presentan, por ejemplo, en la lex mercatoria, ejemplificable con los Incoterms. Sin embargo, hay otras expresiones análogas a la lex mercatoria en formación, por ejemplo, la lex sportiva, la lex sanitaria y la lex digitalis.

Es importante que la remisión a los usos, prácticas y costumbres se pueda efectuar por los propios interesados y que rijan al menos en situaciones no regladas legalmente. A diferencia del legalismo del Código Civil velezano, solo

referido a los usos y costumbres secundum legem y en afinidad con la reforma de la ley 17.711 de 1968, el Código admite también los despliegues praeter legem. Lamentablemente el Código dice que no deben ser contrarias a derecho, cabe preguntarse si los autores de la ley creen que los usos, prácticas y costumbres no son derecho y piensan de alguna manera que el derecho es solo la ley. La complejidad de fuentes invocadas evidencia una búsqueda de la democracia real, de permanente participación, y no solamente representativa.

Es valioso que se consideren las fuentes, al punto que si como profesor tuviera que elegir dos unidades del programa de una asignatura elegiría las que se refieren a su concepto y a sus fuentes reales (formales y materiales, de realidad social) y de conocimiento. Con estos soportes es viable mantenerse actualizado y participar en las soluciones de los problemas de un mundo nuevo como el actual. Del derecho que regía cuando rendí mi última asignatura de la carrera de abogacía en agosto de 1961 queda muy poco vigente, pero he podido mantenerme actualizado por el manejo de las fuentes.

7. Si entramos al análisis de *otras disposiciones* del Código Civil y Comercial referidas a la interpretación encontraremos diversos desarrollos importantes de la filosofía de la obra legislativa. Se ha dicho en sentido polémico que escritos los primeros artículos eran tan importantes las facultades adjudicadas a las magistradas y los magistrados que podía prescindirse del resto, pero las disposiciones específicas muestran que no era tal el propósito del legislador.

8. Podemos referirnos por ejemplo al *artículo 55*, que establece que el consentimiento para los actos personalísimos es de interpretación restrictiva. La limitación interpretativa tiende a preservar la libertad y la dignidad de la persona. Es más fácil la limitación de los derechos personales que la de los derechos “personal-ísimos”. Por ejemplo, el consentimiento para los actos de disposición de los derechos personalísimos sobre el propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad, el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud y las directivas médicas anticipadas

quedan sometidos a esa restricción interpretativa.

9. El *artículo 168* del Código dice en su primer párrafo que la asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común y aclara que el interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales. Es interesante destacar la amplitud de perspectivas vitales que se establecen como contenidos del interés general. Un enfoque relevante es, por ejemplo, la relación entre el interés general y las identidades, creencias y tradiciones de los pueblos originarios. La propiedad que estos pueblos suelen entender tiene un sentido muy diferente al de la cultura dominante y eventualmente los valores constitucionales de la misma. También es significativo tener en cuenta la interpretación respecto de comunidades religiosas o las ideas políticas anti-Estado.

10. El *artículo 367*, para cuya comprensión resulta especialmente importante

el título “representación aparente” dice, atendiendo a los sentidos de los hechos, que cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente. Dice el artículo que se presume: a) que quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste; b) los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan; c) los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo. La apariencia es un despliegue de gran relevancia en las relaciones humanas, que el Código cumple en reconocer.

11. El *artículo 370* del Código dice que la ratificación con miras a suplir el defecto de la representación puede ser enmarcada en un tiempo y el silencio al respecto se debe

interpretar como negativa. Las personas tienen derecho básico a decidir si serán representadas o no. El silencio resulta expresión de su propio protagonismo personal y al fin de su libertad.

12. El *artículo 375* expresa que las facultades establecidas en un poder conferido en términos generales son de interpretación restrictiva. Nuevamente interviene el principio básico del propio protagonismo personal. Se preserva como base la libertad del concedente. Con miras a evitar que haya dudas, el propio artículo establece casos en que son necesarias facultades expresas. La exposición es expresión de los despliegues profundos de las vidas de las personas. Por ejemplo: dadas las hondas consecuencias personales o patrimoniales y las proyecciones sociales que se derivan de los actos, se necesitan facultades expresas para peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; reconocer hijos; constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables; crear obligaciones por una declaración unilateral de voluntad; realizar donaciones u otras liberalidades, excepto

pequeñas gratificaciones habituales. La obligación por declaración unilateral de voluntad, las donaciones y en general las liberalidades importantes son maneras relativamente extrañas de disponer del patrimonio de las personas que requieren claridad en la constitución.

13. El *artículo 402*, de destacada importancia en cuanto a la familia y las cuestiones de género, dice que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derecho y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. Es constitutiva de la idea legislativa del matrimonio la igualdad de derechos; es fundamental que haya paridad en los contrayentes. Resulta interesante saber cómo irá funcionando esta regla con las referidas a la protección especial de la mujer y en general las cuestiones de género. A mi parecer es viable que moderadamente prevalezcan estas últimas.

14. El *artículo 464* tiene un largo detalle de los que son bienes propios y el *465* posee otro

análogo de los que son bienes gananciales; entendemos que ambos son artículos interpretativos. Se advierte la intención de mantener el equilibrio en la complejidad de las vidas de los integrantes del matrimonio.

15. El *artículo 727* del Código dice que la existencia de la obligación no se presume y la interpretación respecto de su existencia y obligación es restrictiva; probada la obligación, se presume que nace de fuente legítima mientras no se acredite lo contrario. Se presume la libertad, no la obligación; la interpretación respecto de la existencia y extensión de la obligación es restrictiva pero, en el curso de la legitimidad vital básica, probada la obligación se presume que nace de fuente legítima mientras no se acredite lo contrario. Se apoya la libertad y se atiende a la vida digna de las personas.

16. El *artículo 736* define la acción directa y establece que es de interpretación restrictiva y solo procede en los casos expresamente previstos por la ley. Se protegen así la persona y la libertad del titular del deudor. La protección de la persona es una idea básica del Código.

17. El *artículo 792* del Código dice que la eximente de caso fortuito en el cumplimiento de las obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias debe ser interpretada y aplicada restrictivamente. Dado que la vida tiene tantos casos relativamente fortuitos, lo contrario llevaría a una inadmisible inestabilidad de estas obligaciones.

18. El *artículo 948* establece que la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva. El Código, fuertemente referido a la plenitud de la persona, pone a resguardo sus derechos restringiendo la interpretación de la voluntad de renunciar. Tal vez a la agilidad del sistema le convendría la presunción, pero la ley se inclina por resguardar la integridad personal. Se atiende a la libertad, pero también a la integridad.

19. El *artículo 950* dice que se considera remitida la deuda, excepto prueba en contrario, cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el documento original en que consta la deuda. Si el documento es un instrumento protocolizado y su testimonio o copia se halla en

poder del deudor sin anotación del pago o remisión, y tampoco consta el pago o la remisión en el documento original, el deudor debe probar que el acreedor le entregó el testimonio de la copia como remisión de la deuda. Aparece así la fuerza del significado de los hechos impactando en el destino de la deuda.

20. El *artículo 961* dispone que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor. Es difícil definir la buena fe, incluso por sus aspectos subjetivos y objetivos. El Código velezano era mucho más individualista y en el artículo 1197 establecía lisa y llanamente que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma. La actual codificación continúa los senderos moderadores de la reforma de 1968. La exigencia de buena fe me parece un fundamento debido en toda juridicidad. El derecho no ha de ser un

instrumento de la trampa. Me viene a la memoria el Tratado de la buena fe en el derecho, que dirigió el doctor Marcos M. Córdoba. La mala fe y el fraude todo lo corrompen. En tiempos de mi juventud se discutía si debía rechazarse el fraude a la ley, porque los fraudulentos se amparan en los textos. Considero que los textos no son el derecho, que la mala fe y el fraude deben ser rechazados y que los jueces son garantes de la buena fe y del rechazo del fraude.

21. El *artículo 985* establece que las cláusulas generales predisueltas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenientes aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares. Nuevamente aparece el principio de protección a la parte débil.

22. El *artículo 986* dice que las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o

interpretan una cláusula general y en caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares prevalecen estas últimas. Es regla general que lo establecido particularmente prevalece sobre lo general.

22. El *artículo 987*, con el título interpretación, dice que las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente. Quien tuvo el poder de predisponer ha puesto todo lo que le interesaba. El Código opta por no ampliar el desequilibrio surgido con el poder de predisponer. La experiencia personal me ha evidenciado que incluso en materia de salud, donde tanto defendemos con razón la autonomía del paciente, se predispone y las partes que no intervienen en la redacción están en situaciones de vulnerabilidad. Cuando han tenido que operarme, casi a la entrada al quirófano, me han presentado documentos difíciles de leer, de entender y de rechazar. Si ellos predispusieron, al menos se ha de interpretar a mi favor.

23. El *artículo 993* del Código Civil y Comercial establece que las cartas de intención,

o sea los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Solo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos. En principio, hasta tanto no haya contrato, la regla más básica es que las personas conservan su libertad.

24. El *artículo 1027* del Código dice que estipulación a favor de tercero es de interpretación restrictiva. Se trata de una relación en relación con personas diferentes de las partes contratantes y la ley se decide por la restricción. Tal vez sea interesante relacionar esta solución con la limitación al tiempo de la vida del beneficiario que se establece básicamente para aceptar la estipulación y prevalecer de ella.

25. El *artículo 1037* del Código establece que las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad por saneamiento son de interpretación restrictiva. La responsabilidad por saneamiento se vincula con el enriquecimiento sin causa y la buena fe. Es

inherente a la justicia en las relaciones humanas y lo que conduzca a suprimirla o disminuirla ha de ser considerado de manera restrictiva.

26. El *artículo 1059* dice que la entrega de señal o arras se interpreta como confirmatoria del acto, excepto que las partes convengan las facultad de arrepentirse; en tal caso, quien entregó la señal la pierde en beneficio de la otra y quien recibió, debe restituirla doblada. Esto es un caso inverso a lo que era cuando yo era joven. El derecho evoluciona con miras a la consolidación de los contratos. La solución que era tradicional genera cierta posibilidad de abuso, sobre todo en marcos de inflación, de modo destacado si no se admite indexación. Si las partes establecen la posibilidad de arrepentirse, en principio, salvo que haya abuso del derecho, corresponde legítimamente atenerse a su voluntad.

27. El *artículo 1061* del Código Civil y Comercial establece que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe. Una disposición breve, pero obviamente de importancia fundamental. El contrato, a

diferencia por ejemplo del testamento, no tiene una intención privilegiada. El problema se complejiza cuando no hay una intención común. Hay que interpretar buscando el equilibrio entre las partes y al fin la buena fe, exigencia de gran importancia del derecho en general.

28. El *artículo 1062* establece que cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Se aclara, sin embargo, que el artículo no es aplicable a las obligaciones de predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente. La interpretación restrictiva en general no es necesariamente literal, puede ser que se haya expresado más de lo que se quería disponer. La excepción se debe a que en esos contratos hay una parte que es más poderosa. En una sociedad de consumo, donde se fabrica incluso al consumidor, donde la publicidad y la información de quienes controlan las redes tienen fuerzas avasallantes, es muy fundada su protección.

29. El *artículo 1063* dispone, con el título “significado de las palabras”, que las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato. Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con las que el consentimiento se manifiesta. La ley busca que el acuerdo sea real y por eso parte del uso general, incluyendo luego las especificaciones que surjan de la ley, el acuerdo de las partes o los usos y prácticas del lugar de celebración. Es importante atender a las diversidades, por ejemplo, del lugar de celebración. Se plantea así un interesante problema intercultural, por ejemplo, de diferencias en los significados que podrían existir entre la CABA o Jujuy o entre las ciudades y las zonas rurales, que a nuestro parecer está correctamente resuelto. Nuevamente aparece una búsqueda de la realidad del acuerdo de las partes.

30. El *artículo 1064*, con el título “interpretación contextual”, establece que las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto. Tal vez una disposición obvia, que subraya la unidad del contrato.

31. El *artículo 1065* del Código considera las fuentes de interpretación. Dice que cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración; c) la naturaleza y finalidad del contrato. Las negociaciones preliminares pueden abarcar, por ejemplo, cartas que se hubieran intercambiado, grabaciones que hubieran producido, etc. La conducta puede abarcar actos posteriores a la celebración, por ejemplo, si el contrato dice que se vende una mesa y se entrega y recibe una determinada mesa.

32. El *artículo 1066* habla del principio de conservación. Con miras a la estabilidad de la

vida jurídica y económica el Código dice que, si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. En principio, la gente no escribe sin sentido. No reconocer el contrato es de alguna manera dejar burlada la voluntad de las partes. El artículo agrega que si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato.

33. El *artículo 1067* del Código Civil y Comercial dispone que la interpretación debe proteger la confianza y la libertad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto. Las personas se expresan también por sus propias conductas, es más, sea dicho al pasar, que puede ser más relevante observar lo que hacen que atender a lo que dicen. Los actos propios orientan a los demás, generan confianza en determinados sentidos y vale evitar que los actos sean caminos para el engaño, para el fraude.

34. El *artículo 1068* establece que cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos

anteriores persistan las dudas, si el contacto es a título gratuito -digamos, por ejemplo, una donación pura y simple- se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes.

35. El *artículo 1073* define, de cierto modo interpreta, qué se entiende por contratos conexos. Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074. Se trata de una finalidad económica común, una causa común, no de mera simultaneidad. Se menciona como ejemplo el contrato de ahorro previo para fines determinados, cabe referir también los contratos entre personas que concretan la compraventa de una casa y la instalación de su mobiliario. Si hay contratos conexos, si se cae uno el otro pierde su sentido.

36. El *artículo 1074* dice que los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido. Los contratos conexos forman una trama con contenidos complejos que se aclararan recíprocamente.

Ha llegado la hora en que la clase concluye. Mi mejor saludo.

CLASE 6

La interpretación en el Código Civil y Comercial (continuación):

Muy buenas tardes.

1. Antes de comenzar con la clase desarrollando la consideración de las normatividades sobre interpretación del Código Civil y Comercial deseo comentarles una circunstancia que me comentó un magistrado civil de segunda instancia en el día de ayer. Me dijo que había llegado a su decisión un caso donde los derechos de una mujer habían sido mal planteados y sentía que él no podía cambiar las cosas, no era acertado intervenir para salvar los errores del abogado. Por más que fuera una cuestión que en cierto modo subjetivo era de género, el asunto estaba mal presentado y al fin tenía que aceptar las cosas como estaban. Es posible que se les haya presentado o en alguna

oportunidad se les presente un caso de esa característica. El poder de los jueces tiene límites y las Facultades de Derecho los tenemos a veces en el cumplimiento del deber de formar profesionales capacitados que no necesiten “milagros” judiciales. Les encarezco que perseveren en estudiar el Derecho de la manera más profunda que puedan.

2. Continuando con nuestro estudio de los artículos del Código Civil y Comercial sobre interpretación, el *artículo 1094*, referido a la interpretación y prelación normativa en las relaciones de consumo, dice que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación del Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor. Entiendo que técnicamente primero se debió hablar de interpretación y luego de aplicación, no es posible aplicar sin haber interpretado, pero tal vez los codificadores han querido partir de la referencia concreta. Me parece que es un artículo muy

significativo, como el que sigue, que se refiere a la interpretación del contrato de consumo.

3. El *artículo 1095* del Código expresa que el contrato de consumo se interpreta en el sentido más favorable al consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de una obligación, se adopta la que sea menos gravosa. Menos gravosa para él. Es un punto sumamente importante en el sistema capitalista, porque la sociedad capitalista es hoy en gran medida una sociedad de consumo, que se activa a través del consumo. La economía tiene tres grandes actividades principales la producción, la distribución y el consumo. En el siglo XIX se pensó especialmente en la producción, pero ahora en gran medida el eje ha pasado al consumo. En medida muy considerable se necesita generar consumo no solo para ganar como proveedores sino para que haya escasez y tiene que haber escasez para que los medios de producción en manos de la propiedad privada sean definitarios en la distribución de la riqueza. Es más, se necesita producir a los consumidores. Si cayera el consumo no habría escasez y los medios de producción valdrían menos, gravitarían menos. La sociedad capitalista se

llama en gran medida así porque los medios de producción son propiedad de particulares, pero éstos necesitan mantener su predominio mediante la escasez. La sociedad de consumo produce desequilibrios en las relaciones y los contratos de consumo que se procura equilibrar de las maneras expuestas. Las personas terminan consumiendo en mucho porque la presión psicológica y sociológica que se ejerce sobre ellas para que lo hagan es muy muy grande. Constantemente, con todo un artificio de recursos psicológicos, sociológicos y al fin económicos que suele disfrazar de propaganda la mera publicidad, se crea un medio en que si no se consume no se tiene "estatus", al fin no se "es". Consumir y tener en lugar de ser. Cuando personas así presionadas no pueden consumir suelen alienarse en la drogadicción, caer en la delincuencia, incluso suicidarse. Por eso el Derecho las protege, en estos casos con orientaciones interpretativas y al fin con el principio de protección del consumidor. En estos supuestos el reparto interpretativo debe decidir en principio por otorgar potencia al consumidor. Personalmente he tenido problemas en que dos empresas muy poderosas me inventaron deudas

totalmente inexistentes. Creo que en el afán desorbitado de vender ni siquiera controlan la identidad de las personas con las que tratan. Tuve la suerte de contar con las posibilidades de obligarlas a reconocer la falsedad de sus afirmaciones, pero no todas las personas cuentan con esos medios.

4. El *artículo 1142* del Código Civil y Comercial contiene una regla de interpretación para la compraventa de cosas muebles. Dice que las disposiciones de esa sección no excluyen la aplicación de las demás normas del capítulo en cuanto sean compatibles. Es interesante tener presentes los conflictos de normatividades, que en un Código deben ser particularmente extraños, pero incluso es relevante referirse a la posibilidad de conflictos entre normas interpretativas.

5. El *artículo 1502* introduce una definición, práctica discutida, en parte porque puede cristalizar el desarrollo de la vida, pero a menudo necesaria. Dice el artículo que hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a

disponer de su organización empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.

6. El *artículo 1513* del Código incluye en tres incisos definiciones para interpretar qué se entiende por franquicia. Se refieren a la franquicia mayorista, la franquicia de desarrollo y el sistema de negocios. El método interpretativo de brindar definiciones ha sido criticado, por ejemplo, porque sosteniendo que con ellas se bloqueaba el cambio social, pero puede ser de utilidad en ciertas circunstancias. Hemos comentado que hoy en día es muy utilizado y consideramos que puede ser adecuado.

7. El *artículo 1545*, referido a la donación, establece que la aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario. Se trata en el caso de una modificación del patrimonio del receptor cuya voluntad debe manifestarse con la

misma certeza que la donación. La misma forma para donar y para aceptar. Las formas de las donaciones se establecen en los arts. 1552 a 1554. Algunas requieren escritura pública, en el extremo opuesto otras pueden hacerse por tradición del objeto donado. La aceptación debe ocurrir en vida del donante y el donatario, de lo contrario nos acercaríamos a la figura de la sucesión mortis causa.

8. El *artículo 1642* dispone que la transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial y es de interpretación restrictiva. Si bien se admite cierta facilidad para la transacción, la modificación del patrimonio de las personas sigue el criterio de la interpretación restrictiva. En este caso, como siempre, tienen que comprender la razón de ser de las normatividades.

9. El segundo párrafo del *artículo 1888* establece que, con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un

gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado. De manera relativamente análoga a la plenitud básica de la persona aquí aparece la plenitud básica de la titularidad de los bienes. Con un sentido didáctico, un profesor me explicó en mi primer año de abogacía que el dominio es como un globo de los juegos infantiles, en cuanto se retira otro derecho el dominio recupera su plenitud. El dominio, como el globo infantil, tiene aptitud expansiva.

10. El *artículo 2470* del Código Civil y Comercial, referido en plenitud a la interpretación, establece que las disposiciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante según el contexto total del acto. Las palabras empleadas deben ser entendidas en el sentido corriente, excepto que surja claro que el testador quiso darles un sentido técnico. Se aplican, en cuanto sean compatibles, las demás reglas de interpretación de los contratos. Tal vez pueda decirse que el “dueño” irrenunciable del testamento es el testador. Por ejemplo: si el testador dice que instituye como beneficiario a Tito, esta persona es la que él llamaba Tito,

aunque los demás la llamaran Pepe. La señora de la casa de al lado instituida como beneficiaria del testamento no deja de ser tal porque al lado inmediato haya baldíos y a continuación esté la casa de la señora. En principio, el testador no es un técnico, sea odontólogo o ingeniero, y si emplea expresiones de estas áreas hay que entender que las usó en sentido corriente, salvo que surja la duda porque sí tiene las cualidades técnicas del área respectiva. Las expresiones jurídicas de mi testamento pueden ser interpretadas en el sentido propio del Derecho, si no surge lo contrario del total, pero las expresiones de empleo jurídico de un odontólogo en principio han de ser interpretadas en sentido corriente. Como regla, en el reparto interpretativo hay que beneficiar al testador.

11. El *artículo 2595*, referido a la aplicación del derecho extranjero, es de gran importancia en el *Derecho Internacional Privado*. Creo oportuno decir, antes de ingresar en el análisis de la recién referida norma, que en gran medida las disposiciones de la materia contenidas en el Código reflejan la obra iusprivatista internacional de Werner

Goldschmidt pero, en la misma línea del pensamiento del maestro germano-hispano-argentino, consideró deseable que el *Derecho Internacional Privado tenga un Código propio*. Establece el art. 2595 que cuando un Derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el Derecho argentino; b) si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate; c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las

adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.

El artículo consagra la *teoría del uso jurídico*, sostenida por Werner Goldschmidt, quien fuera profesor, por ejemplo, de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Rosario. Goldschmidt afirmaba, a nuestro parecer con acierto, que hay que imitar la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez del derecho declarado aplicable. Tal vez, con mayor amplitud de reconocimiento del deber de respetar al elemento extranjero, hay que cumplir el deber de imitar la solución concreta, judicial o no, que el caso tendría en el país del derecho extranjero aplicable. Incluso puede ser que, dadas las circunstancias diversas entre los países, haya que imitar el equivalente de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez del Derecho extranjero aplicable.

Cuando en Paraguay regía el Código Civil argentino, los jueces argentinos debían interpretarlo como lo hubieran hecho en Paraguay, no como era interpretado en

Argentina. Incluso en el caso en que el mismísimo Dalmacio Vélez Sarsfield protestara diciendo que su Código decía otra cosa, en los casos paraguayos los jueces argentinos debían interpretarlo como lo hubieran hecho los jueces paraguayos. La regla es adjudicar la potencia interpretativa con miras al respeto al elemento extranjero.

La aplicación subsidiaria del derecho argentino resuelve de manera correcta lo que en el caso Leonardo Eiras Pérez contra Techint la justicia de Zárate por mayoría resolvió, con un gran aparato de citas y aprobación de algún internacionalista, una gravísima injusticia que dejó a un trabajador sin indemnización. Vale recordarlo, dice el fallo, “Por ello se resuelve rechazar la demanda promovida por Leonardo C. Eiras Pérez contra Techint Engineering Company S.A. en cuanto pretende el pago de indemnización por enfermedad absoluta y permanente, gastos de enfermedad, horas extras e indemnización por falta de preaviso. Con costas al actor (art. 25 ley 5178).-“

Siguiendo el mismo criterio básico, según el punto b) hay que aplicar el Derecho transitorio

del Derecho aplicable y en defecto de tales reglas resolver por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate.

El párrafo c) establece una solución de síntesis, denominada también adaptación o armonización. Se emplea, así, como complemento del método indirecto y el método analítico, el método sintético judicial. Si el Derecho aplicable al régimen de bienes da mucho al cónyuge como tal porque no le dará como heredero y el Derecho aplicable a la herencia le da mucho como heredero porque no le ha dado como cónyuge hay que evitar que el cónyuge se quede con lo que ningún derecho le daría o, a la inversa, hay que evitar que se quede con muy poco aunque los dos derechos le otorgarían más.

El juez de Derecho Internacional Privado, en proximidad con los casos, debe tener la creatividad que el legislador propio, por la distancia de lo concreto, no puede desarrollar. Los extranjeros no tienen nuestra propia identidad y hay que respetarla a través de sus derechos. En principio, el reparto interpretativo

del Derecho Internacional Privado ha de orientarse por el respeto al elemento extranjero mediante la imitación de su Derecho. El Derecho extranjero revela una manera de ser diferente de la nuestra que ha de ser respetada, salvo que afecte nuestro orden público.

12. Dentro del mismo ámbito, del Derecho Internacional Privado, el *artículo 2651* del Código Civil y Comercial dispone, en cuanto a autonomía de la voluntad en lo internacional, distinta de la autonomía del derecho interno, lo siguiente. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas: a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de

terceros. Así limitaciones materiales que hacen a la subsistencia del contrato y derechos de tercero ponen acertado cauce a la autonomía. Luego del párrafo a), el b) establece que elegida la aplicación del derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario. El artículo rechaza, el reenvío, que en esta materia de autonomía podría desviar de lo que las partes han deseado. Cuando el derecho aplicable lo es por una disposición no contractual tiene una fuerza propia derivada de la internacionalidad que no posee cuando es por decisión de las partes. El párrafo c) establece la autonomía material diciendo que las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido. El artículo tiene un amplio complejo de decisiones referidas al Derecho Internacional Privado contractual y así dice en el párrafo f) rechaza el fraude. Dispone que los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación

extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno. Como saben, es un principio básico, consagrado ya en el art. 2598, que el fraude, en este caso el fraude a la ley, todo lo corrompe. Pese a que algunos positivistas no lo admiten, el fraude ha de ser en principio siempre rechazado. Paulo lo dice con claridad en el Digesto: *fraus omnia corrumpit*. Al concluir, el artículo dice g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país. Por lo general, jurisdicción y derecho aplicable corren por carriles separados; la primera responde a razones más utilitarias que el segundo. El artículo no se aplica a las relaciones de consumo, donde el principio de protección del consumidor es ponderado con preferencia al de autonomía de los interesados.

Creo oportuno recordar, además, que de acuerdo con el *artículo 2599*, donde aparece con claridad la influencia de las ideas expuestas por el doctor Antonio Boggiano, las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero

elegido por las normas de conflicto o por las partes. Además, cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.

A su vez, el *artículo 2600*, referido al orden público, establece que las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. Esta reserva ha de aplicarse teniendo en cuenta cuáles son los valores que el derecho argentino desea preservar, no causando más daño que el que sea necesario. Es necesario tener en cuenta la posibilidad de “sanear” las soluciones del derecho extranjero sin excluirlo totalmente. ¿Será necesario declarar la nulidad de un matrimonio extranjero entre hermanos que han convivido como esposos durante décadas? ¿Bastaría con recurrir al matrimonio putativo? La poligamia islámica nos es

inadmisible en su plenitud ¿pero no tendrá el marido que ocuparse de mantener a todas sus esposas? Rechazamos la poligamia sobre todo protegiendo a la mujer, no la vamos a proteger si hacemos que el marido quede libre de su obligación alimentaria. Considero que hay que sacar del Derecho extranjero en principio aplicable lo que afecte nuestro orden público, hay que “sanearlo”, no necesariamente excluirlo de manera total. Tienen que referirse siempre al sentido profundo del derecho.

Al reformar la ley 19550, de sociedades, la 26994, que sanciona el Código Civil y Comercial, dice en cuanto a remoción de causales de disolución del art. 100 que éstas podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas, fijando una norma de interpretación en sentido que, en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad. La vida, en este caso

social, y la estabilidad económica, tienden a prevalecer sobre su disolución.

Ha llegado la hora prevista. La clase ha concluido. Muy buenas tardes.

Miguel Angel Ciuro Caldani

CLASE 7

I. Revisión del funcionamiento normativo. Desarrollo trialista

Buenas tardes.

1. Creo oportuno revisar la noción trialista de funcionamiento de las *normatividades*. Las normatividades son *captaciones lógicas de repartos proyectados*, aislados o relacionados. Son *juicios o razonamientos* construidos como normas, principios, imperativos, instrucciones, ordenamientos, etc. Las normatividades suelen surgir de *relatos*, llamados en el trialismo originario *autobiografías*. Esos relatos están referidos también a repartos proyectados. Los relatos que intervienen como fuentes formales son hechos en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.

Los códigos, expresados con frecuencia en leyes, decretos, etc. son entonces fuentes formales.

Los juicios y los razonamientos de las normatividades pueden referirse directamente a repartos u órdenes de repartos, sin apoyarse en formalizaciones, como sucede en las captaciones normativas de las materialidades espontáneas, por ejemplo, las costumbres, la jurisprudencia, los usos, etc.

Las *normatividades* son *construcciones lógicas*, los *relatos* son *fuentes formales* y los *repartos* son *fuentes materiales*. El orden de generación es inverso: fuentes materiales, fuentes formales y normatividades. Son tres niveles distintos. Cuando el legislador dispone la reclusión o prisión de quien matara a otro produce un reparto proyectado; cuando de manera simultánea escribe el artículo 79 del Código Penal relatándolo, genera fuente formal y la lógica del juicio “Si alguien matara a otro será reprimido con prisión o reclusión de ocho a veinticinco años ...” es una norma.

La diferencia entre las fuentes formales y las normatividades se hace más notoria porque en la formalización que nos ocupa, tal vez para

intimidar, el legislador altera el orden lógico y coloca primero la pena: "Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciere otra pena." La diferencia entre las fuentes formales y las normatividades se hace más notoria si se tiene en cuenta que a veces, por razones de economía expositiva, los repartidores no formalizan todo un reparto en una misma fuente o en una misma fuente brinda material referido a repartos distintos. Esa normatividad de homicidio simple incluye también, por ejemplo, material del artículo 34 referido a quienes no son punibles (v. gr. quienes en ciertas condiciones no han podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones).

Como todo relato, el de las fuentes formales puede no corresponder a una realidad, pero creemos que esto no habilita para renunciar a construir referencias con cierta pretensión de objetividad desarrollada de buena fe que resultan altamente esclarecedoras, de un modo destacado para contar con los elementos para la lógica normativa.

Las *captaciones lógicas* de los repartos proyectados en sentido amplio pueden ser de diferentes *tipos*. Un mismo reparto puede ser captado en una *norma*, que capta desde el punto de vista de un tercero de manera completa, asegurando el cumplimiento; un *principio*, que es un mandato de optimización también neutral proponiendo el cumplimiento; un *imperativo*, que capta la solución de un reparto autoritario, desde el punto de vista de los protagonistas; una *instrucción*, que capta el reparto como sugerencia, asegurando el cumplimiento, etc. Habitualmente las sentencias se remiten a principios y son captadas en normas e imperativos.

2. El *funcionamiento* de las normatividades, que en otro sentido es funcionamiento de las fuentes formales, por ejemplo, de la Constitución, la ley, etc. y al fin es funcionamiento de los repartos, está a menudo a cargo de manera especialmente calificada de juezas y jueces, pero también lo producen otras personas, de modos destacados, legisladores, administradores, contratantes, testadores, etc. Parece que en países como la Argentina hay cierta creencia, sobre cuyo fundamento no es el

caso debatir aquí, de que ese funcionamiento es demasiado manipulado.

El funcionamiento es una actividad donde en la dimensión normológica se realizan *tareas*, que no son etapas, de *reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, síntesis y argumentación*. Son tareas que suelen nutrirse recíprocamente, por ejemplo, para interpretar hay que reconocer, para reconocer hay que interpretar. Se trata de una complejidad de tácticas complementarias para realizar la estrategia de la más valiosa solución del caso.

Aunque *no hay que mezclar* las dimensiones, por ejemplo, interpretando lo que se considera justo, a través del funcionamiento *se debe realizar la justicia* en la realidad social y las normatividades. Las manifestaciones más importantes del recurso al valor justicia que se plantea en el funcionamiento normativo ocurren cuando se descartan normatividades, porque se las considera injustas, produciendo *carencias normativas*, que son *lagunas del ordenamiento* normativo, carencias o lagunas dikelógicas, y se *elaboran* normatividades, es decir, se *integra* el

ordenamiento normativo. La carencia presenta la necesidad de elaboración, la laguna genera la necesidad de integración.

La elaboración, que en otra perspectiva es integración, puede hacerse a través de la *justicia formal*, llamado con referencia al ordenamiento autointegración, o en el curso de la *justicia material*, denominado con referencia al ordenamiento heterointegración. En otros términos: se soluciona la falta con bases del mismo ordenamiento o de fuera de él.

El recurso a la justicia puede hacerse, por ejemplo, por vías de *analogía* y de *principios generales* del Derecho. Si para resolver una laguna de Derecho del Consumidor se toman elementos del Derecho del Trabajo del mismo ordenamiento se recurre a la justicia formal; si para resolver una laguna respecto del régimen de inteligencia artificial se considera directamente lo que se construye como justo se recurre a la justicia material.

3. En la *dimensión sociológica* en el funcionamiento *se van repartiendo* potencias e impotencias, o sea, lo que favorece o perjudica a la vida, satisfaciendo o no intereses a través de

cambios de los hechos, para los que se necesita fuerza. El funcionamiento de las normatividades se produce en la realidad social en el juego de intereses y de fuerzas. No ocurre en el vacío.

4. La idea de referirse de manera excluyente a las normatividades es encubrir no solo grandezas sino miserias de la realidad. No tematizar estos aspectos, por ejemplo, el estado contrastante con la normatividad constitucional que tienen las cárceles de la Nación respecto a la norma del art. 18 de la Constitución Nacional, es de cierto modo ocultarlos. No nos parece legítimo considerar solo la que podemos llamar *normatividad espectáculo* que respecto de las cárceles tiene el artículo. Queremos quedar como lo que no somos y si solo se mira a las normatividades este propósito hipócrita se hace más exitoso. No se trata de una norma *real y actual*, ni *programática*, ni *de propaganda*, para convencer, se trata simplemente de esconder una realidad donde prima el más cruel espíritu de venganza. Si queremos hacer que se cumpla, como según nuestra construcción valorativa corresponde, nos armarán gran lío. No es que todo el Derecho sea un relato, el relato es parte del Derecho, además, en este aspecto el relato

resulta un espectáculo. Hay que evidenciar las inexactitudes, o sea los incumplimientos de las normatividades, la condición real de las cárceles.

La mera consideración de la normatividad es insatisfactoria y a menudo cumple un papel ideológico, de ocultamiento de la realidad que es imprescindible considerar. Otra propuesta acerca del Derecho insatisfactoria ocurre a menudo con el jusnaturalismo apriorista, que coloca las miserias de la realidad en el campo liso y llano del “no Derecho” por ser injustas. A su vez, los críticos pueden usar dichas circunstancias agraviantes a favor de su corriente destructiva del sistema o bien para desprestigiar totalmente el poder judicial, pero a nuestro parecer la juridicidad y la justicia son legítimamente perfectibles si se toma en consideración la tridimensionalidad.

II. La teoría trialista del mundo jurídico en su conjunto

a) Dimensión sociológica

5. La dimensión sociológica, en la que también se produce el funcionamiento normativo, se constituye con *adjudicaciones* de lo que favorece o perjudica a la *vida*. La vida es un concepto difícil de definir, como son todos los muy básicos, pero de imprescindible consideración porque vivimos. Las adjudicaciones son *distribuciones* originadas por la *naturaleza*, las *influencias humanas difusas* o el *azar* o *repartos* originados por el *obrar de humanos determinables*. El funcionamiento de las normatividades, que captan repartos proyectados, se produce en marcos sociales donde además de los repartos captados en las normas que funcionan ocurren otras adjudicaciones que son distribuciones producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y otros repartos. En ese despliegue se produce la tarea judicial. Las juezas y los jueces actúan en marcos donde, en el despliegue de distribuciones, transcurren potencias e impotencias producidas por influencias del espacio extraterrestre, geográficas, biológicas, psíquicas, económicas, religiosas, lingüísticas, científicas y técnicas, artísticas, educativas, jurídicas, históricas,

filosóficas, de concepciones del mundo, etc. Los repartos que producen las juezas y los jueces en el funcionamiento de las normatividades ocurren en un complejo juego de intereses, fuerzas y tareas en que juezas y jueces tienen poderes y amenazas advertibles y ocultos.

6. Un problema de gran relevancia para la construcción del concepto de reparto es el de establecer si existe la *libertad* y en qué medida. Si el obrar de humanos determinables es determinado, condicionado o libre. La existencia o no de la libertad tiene gran importancia en el Derecho todo, en medida muy importante en la tarea judicial y el funcionamiento normativo. ¿Quienes contratan, se casan, testan, delinquen, etc. pueden ser considerados libres? El derecho positivo está construido sobre una noción relativa de libertad, pero toda jueza y todo juez tienen el deber de responder a la pregunta en qué medida consideran que los justiciables y los propios magistrados son libres. La medida en que una jueza o un juez resuelva el problema de la libertad tiene importancia en las decisiones que adopta para resolver los casos.

7. Como terminamos de decir, al cumplir sus tareas las juezas y los jueces encuentran *repartos* y producen repartos. Unas y otros son *repartidoras* y *repartidores* de lo que favorece o perjudica a la vida, repartidoras y repartidores de potencia e impotencia, es decir, repartidoras y repartidores de vida. Reparten resolviendo *casos* que son *recortes problemáticos* acerca de adjudicaciones de potencia e impotencia, respecto de las vidas de los interesados. En sus repartos juezas y jueces favorecen y perjudican las vidas de las partes y las propias. Así surgen *recipiendarias* y *recipiedarios beneficiados y gravados*. En la medida que las partes ganan los pleitos sus integrantes son recipiendarias y recipiendarios beneficiados. Quienes los pierden son recipiendarias y recipiendarios gravados. Se reparten objetos que son sentidos vitales, es decir potencias e impotencias, no las materialidades sobre las que recaen. El propietario y el inquilino tienen potencias e impotencias distintas sobre el mismo objeto locado. El objeto de reparto no es una casa, sino la potencia, la vida, que la casa significa. A los repartos se llega por caminos previos a las decisiones, que son *formas*, v. gr., de prueba,

audiencia, etc. Tipos de formas son el proceso y la mera imposición; la negociación y la mera adhesión. Los desempeños de los jueces y las juezas se caracterizan en gran medida por el proceso. Los repartos tienen *razones*, que abarcan *móviles* de los repartidores (por ejemplo, lo que los jueces y las juezas quieren con sus sentencias), *razones alegadas* (v. gr. los vistos y considerandos de las sentencias) y *razones sociales* que atribuye la sociedad cuando considera que los repartos, por ej., las sentencias, son valiosos. Si la sociedad cree que el reparto es el que se debía producir, tiene fuerza de convicción. Es relevante la fuerza de convicción de las sentencias. La fuerza de convicción contribuye al cumplimiento y el seguimiento en otros repartos, v. gr. otras sentencias, de modo que pueda formarse ejemplaridad.

8. Si es referido a la vida, no solo a abstracciones, el Derecho puede enamorar, hacer sentir que al hacerlo nos hacemos y merecer nuestras vidas, porque la vida enamora. Si se refiere a la vida, merece más plenamente nuestras vidas, como sucede, por ejemplo, con los médicos.

En algunas medidas resultan también recipientarios de los repartos, por ejemplo, quienes se encuentran en situaciones análogas, por la posibilidad del seguimiento. Vale recordar el gran impacto, la gran fuerza expansiva, del fallo Sejean c/ Sejean que declaró la inconstitucionalidad de la inexistencia del divorcio vincular provocando el dictado de una nueva ley de matrimonio que contemplaba esa disolución, cambiando las existencias de muchas personas. Muchas personas distintas de los Sejean fueron recipientarias.

Las juezas y los jueces y también las funcionarias y los funcionarios judiciales resultan inevitablemente *recipientarias y recipientarios de sus propios repartos*, por ejemplo, por el cumplimiento de las tareas y sus consecuencias. Resolver un caso puede significar menos o más tareas, ascensos, sanciones, etc. Muchas veces, vale tenerlo presente, los repartos traen a los jueces potencias, por ejemplo prestigio; en otros casos pueden costarles sanciones y la propia muerte. Cabe recordar siempre, v. gr., el caso del juez Giovanni Falcone, víctima de la mafia, cuya muerte fue para

algunos, sin embargo, el principio del fin de la organización.

Las exigencias de audiencia son difíciles de satisfacer porque los interesados, en nuestro enfoque las partes, han de tener *posibilidad real de expresarse* y los repartidores, los jueces en este caso, deben tener la *posibilidad real de escuchar*. La Argentina ha sido y es un país con situaciones de escasez de audiencia. Por ejemplo, por la grieta entre el sector comunitario, hispánico tradicional, y el más individualista, de referencia anglofrancesa, una escisión heredada de España, los enfrentamientos interfieren a menudo en la audiencia intersectorial. Cabe señalar que, pese a la elogiable vocación de progreso de quienes encargaron e hicieron sancionar a libro cerrado el Código Civil de Vélez Sarsfield, respectivamente los presidentes Bartolomé Mitre y Domingo Faustino Sarmiento, el Código en gran parte inspirado en el modelo de "Facundo" de Sarmiento, su preparación y su sanción tuvieron una audiencia limitada. Al fin a los anglofrancesados como Mitre, Dalmacio Vélez Sarsfield y Sarmiento no les importaba, para escucharlo, lo que pensaran los hispánico

tradicionales, sobre todo si eran gauchos, y a los gauchos no les importaba, para prestarle audiencia, lo que pensaran los anglofrancesados y tal vez ni siquiera tenían posibilidad y deseo de expresarse. Bloqueos más rígidos se planteaban en relación con los pueblos originarios, en varios casos en guerra con el grupo legislador. En 1871 entró a aplicarse el Código Civil, de la propiedad privada y la libertad de contratación, y en 1872 apareció el lamento del gaucho en la primera parte del “Martín Fierro” de José Hernández (“Yo he conocido esta tierra ...”). Quizás Sarmiento pensara, con su gran aptitud estratégica, que los gauchos e incluso los otros sectores análogos que se educaran en la escuela pública, que sería básicamente laica, común, gratuita y obligatoria, terminarían compartiendo el Código y contribuyendo a hacerlo realidad. Sarmiento y Hernández estaban lejos de querer escucharse. Hernández llegó a decir que Mitre había hecho del país un cuartel y Sarmiento y su colaboradora Juana Manso querían hacer del país una escuela, cosa que esperaba no fuera permitida por la gente de bien, pero, afortunadamente, en uno de los períodos más

brillantes de nuestra historia, de cierto modo fue valiosa realidad. Es notorio que la administración de justicia a través del Código tendría dificultades para escuchar razones del sector gauchesco, tal vez en general el sector hispánico tradicional, y a los pueblos originarios.

Los móviles de los repartidores contribuyen a reconocer los casos de *lawfare*. Las razones sociales influyen en el cumplimiento y el seguimiento de los repartos, en este caso judiciales.

Las decisiones repartidoras se adoptan en *espacios de razonabilidad*. En el mundo actual y en la Argentina de una manera especial, en gran medida los espacios de razonabilidad judiciales están demasiado limitados. Por ejemplo: la razón judicial suele ser acosada por prejuzgamientos de los medios de comunicación de masas, las redes, etc. Hace muchos años, en 1998, escribí en “Jurisprudencia Argentina” sobre la crisis de la razón judicial provocada de manera principal por la influencia de la aceleración que requieren los medios para comercializar las noticias. Ahora la situación es más grave. Si los medios dan noticia de un

crimen, necesitan a la mayor brevedad tener noticias de su trámite y solución, necesitan “vender” competitivamente los productos lo antes posible. Quien gana en la noticia gana audiencia y espectadores, influencia social, dinero. El interés en la verdad, que es razón de la tarea judicial, allí suele resultar muy escaso. Instalada socialmente una solución es muy difícil cambiarla. Aunque más no fuera por hipótesis, se puede presentar un caso en que una jueza o un juez deberían producir una carencia dikelógica a favor del reo, no condenando o condenando de manera menor a lo establecido, pero eso en la sensibilizada sociedad argentina actual parece de imposible realización. Es posible que en el caso del niño Lucio Dupuy, brutalmente matado por su madre y su pareja, como han sostenido algunos no hubiera dolo directo sino dolo eventual de homicidio, pero dada la presión para que se dictara la condena más grave posible no había espacio social para reconocerlo así.

Las juezas y los jueces pueden cumplir sus tareas repartidoras como lo indican las normatividades y al fin de modo legítimo o manipularlas para lograr objetivos desviados, por ejemplo, de beneficio personal. Pueden ser

imparciales o parciales, en beneficio de las partes, de ellas y ellos mismos, o de terceros. En el camino les va su calidad de jueces y juezas.

9. Los repartos pueden ser *autoritarios*, desenvueltos por imposición y realizadores del valor poder, o *autónomos*, desarrollados por acuerdo de los interesados y satisfactorios respecto del valor cooperación. Como el trialismo no identifica al Derecho por el poder, sino por la *posibilidad de la justicia*, incluye con carácter jurídico por sí mismos a los repartos autónomos. En la medida que se crea en la libertad, la autonomía es despliegue de libertad, si no, es despliegue de relativa espontaneidad. ¿Los contratantes son autónomos en sentido de libres o solo de espontáneos? Cuando el valor poder, que realizan los repartos autoritarios, se encamina a la justicia, es autoridad en sentido estricto. Cuando la cooperación se encamina a la justicia es convivencia. Los repartos judiciales son habitualmente autoritarios, es decir, aunque haya audiencia se producen al fin por imposición.

Pese a que no es imprescindible considerar la juridicidad de los repartos

autónomos, pese a que no hubiera posibilidad alguna de hacerse los repartos autónomos autoritarios, un trialista que comprenda el modelo teórico en profundidad tiene que incluir la autonomía, hipotéticamente sin autoridad, en la juridicidad. Un juez que considera la legitimidad de los repartos autónomos como jurídicos, sin que exista autoridad, hace funcionar las normatividades en un marco de significados distintos a otro que no la admite.

10. Los repartos, en este caso judiciales, pueden estar en *orden* o *desorden*. El orden de los repartos se constituye mediante *planificación gubernamental* en marcha y *ejemplaridad*. La planificación gubernamental indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, se suele manifestar en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, resoluciones, etc. y, cuando está en marcha, o sea se cumple, realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad surge del seguimiento de repartos que se consideran razonables, se manifiesta en costumbres, jurisprudencias, usos, etc. y realiza el valor solidaridad entre los repartidores.

La planificación necesita habitualmente cierta ejemplaridad para estar en marcha. La tensión entre planificación y ejemplaridad, entre una posición más racionalista o historicista, motivó, por ejemplo, en Alemania, la diferencia entre la propuesta codificadora de Anton Thibaut y la oposición de Federico Carlos de Savigny, quien sostenía que el Derecho es un producto del espíritu del pueblo que se manifiesta en la historia a través de la costumbre. Una discusión análoga, pero con resultado diferente, a favor de la codificación, se produjo en la Argentina entre Dalmacio Vélez Sarsfield y el historiador Vicente Fidel López; debate éste en que también intervino, en contra del Proyecto Vélez, encomendado por Bartolomé Mitre, Juan Bautista Alberdi. El autor de las “Bases” llegó a decir que el proyecto Vélez era las Leyes de Indias del puerto de Buenos Aires.

Las juezas y los jueces tienen siempre posibilidades de repartir con diversos grados de cumplimiento de la planificación, por ejemplo las leyes, o de la ejemplaridad, v. gr. la jurisprudencia. Esta diversidad en los modos constitutivos del orden de repartos diferencia el Derecho y los papeles predominantes de los

jueces en el derecho continental romano justinianoo - germánico, cuya fuente principal es la ley, y el common law, cuya fuente principal es el precedente jurisprudencial.

Ningún orden de repartos puede mantenerse sin cierto grado de razonabilidad social. Los jueces y el funcionamiento normativo se desenvuelven en la razonabilidad social, aunque ésta se halle muy penetrada por el temor, y pueden y deben hacer razonabilidad social. En climas de falta de razonabilidad social la administración de justicia tiene especial dificultad e incluso se hace imposible. El orden de los repartos, denominado también régimen, realiza el valor *orden*. Cuando el orden se encamina a la justicia es paz. Los jueces y las jueces pueden realizar paz.

El desorden de los repartos, llamado *anarquía*, realiza el desvalor arbitrariedad. El orden tiene siempre cierto valor, aunque al fin puede ser injusto; la arbitrariedad significa siempre cierto desvalor, pero al fin puede resultar justa. Es posible, por ejemplo, que cuando se dictó la sentencia del caso “Sejean c/Sejean” que declaró la inconstitucionalidad de

la inexistencia del divorcio vincular el reparto haya sido anárquico y consecuentemente arbitrario, pero según nuestra construcción valorativa era al fin justo. Los desempeños que corresponden a los jueces los colocan no solo como repartidores sino como constructores, por diversas vías posibles, de orden o desorden.

11. Los repartos, en este caso judiciales, ocurren en marcos sociales, donde hay factores de poder que forman *constituciones materiales*. Esos factores influyen en la configuración de los casos y en cierta medida en su solución. Entre los factores de poder más influyentes en la Argentina, que intervienen en la configuración y las posibilidades de solución de los casos sujetos a vuestras decisiones, están los terratenientes, los comerciantes, los industriales, los financieros, los medios de comunicación, los participantes en redes sociales, los trabajadores, los desocupados, ciertos grupos religiosos, etc.

En la Argentina los factores de poder se organizan, en medida digna de mucha atención, según dos partes de una *grieta* que separa al sector hispánico tradicional, más católico, organicista e intervencionista, expresado por

ejemplo por el peronismo, y el sector anglofrancés, más afín a la Reforma, pactista y abstencionista, manifestado de manera destacada por Cambiemos, compuesto de modo principal por el PRO y el radicalismo. Un lugar muy importante entre los factores de poder que obran en nuestro país es ocupado hoy por el Fondo Monetario Internacional.

Ya nos hemos referido a los factores de poder que son los medios de comunicación y quienes influyen en las redes. También los otros factores procuran influir, incluso en los órganos judiciales más elevados. El aparato judicial es muchas veces demasiado lento, los medios y las redes están con gran frecuencia demasiado acelerados. En otros tiempos, los jueces se desenvolvían en medios reservados, ahora suelen estar a la intemperie. Además, en ciertas circunstancias, la administración de justicia es lenta porque los magistrados tienen demasiado trabajo, carecen de los recursos materiales necesarios, de laboriosidad, etc. En Rosario, el juez Marcelo Molina ha escrito una excelente obra en la cual, tomando la frase de una niña justiciable, pregunta ¿cuánto tiempo es un tiempito? Es posible que nuevos recursos

tecnológicos contribuyan a resolver los problemas, pero a su vez podrían privarnos de la sensibilidad humana de los magistrados. A su vez, hay órganos judiciales comprometidos con intereses no pertinentes, por ejemplo, partidistas, que los alejan de los objetivos de justicia que han de perseguir. En ciertas circunstancias se utiliza lo que llamo el “artículo cajón” para salvar o perjudicar a alguien. A veces se habla de una “casta política” y de una “casta judicial”.

Al fin, resolver casos es introducir nuevas realidades en el juego de fuerzas y para eso hay que tener fuerzas suficientes que con frecuencia las juezas y los jueces no poseen de modo suficiente. Es necesario atender a la actividad de la justicia mediante centros como el *Centro de Estudios sobre la Magistratura* con que contamos desde la gestión del decano Atilio Aníbal Alterini. Me parece que no se trata de responsabilidades exclusivas de los jueces sino de la sociedad; si se echara a todos los jueces y se pusieran otros al poco tiempo estaríamos en una situación semejante a la actual.

12. La dimensión sociológica del mundo jurídico se desenvuelve en base a las *categorías principales causalidad, finalidad objetiva* que encontramos en los acontecimientos, *finalidad subjetiva, posibilidad y realidad*. Todas, menos la finalidad subjetiva, son “*pantónomas*”, es decir, se refieren a la totalidad de sus posibilidades (pan=todo; nomos=ley que gobierna), de modo que, como no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de *fraccionarlas* produciendo *certeza*. La manera en que se construye la realidad social influye en los repartos, la normatividad y los valores. Los casos que les toque considerar existen en esas plenitudes y esas particularidades, de modo que han de desenvolverse en fraccionamientos. Generalmente los autores de las normatividades en funcionamiento expresan, sin reconocerlos como tales, los alcances de sus fraccionamientos y Ustedes deberán producir otros fraccionamientos en mayor o menor acuerdo con ellos.

No podrán resolver ningún caso en plenitud, porque su complejidad en el contexto de las pantonomías siempre ha de excederlos, pero podrán *contribuir* a resolver mejor

problemas que hacen a esa plenitud. Si en lugar de pensar que hay una realidad que no podemos alcanzar sino a través de construcciones que la fraccionan, por ejemplo en el proceso, los relatos históricos, etc. llegan a pensar, como pretenden quienes desean simplemente destruir la cultura, que no hay realidad, la sociedad quedará plenamente a la deriva, con graves daños para la vida concreta de muchas personas. Si llegan a pensar que el Derecho es matemática o economía, también. *Las aperturas y las mutilaciones se alimentan de manera recíproca.*

La nueva era que nos toca vivir significa un enorme cambio en la causalidad, la finalidad objetiva, la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad. El *nuevo tiempo* busca ser ahistórico, renunciar al pasado, pero así renuncia de modo oculto al presente y al futuro/porvenir y este empobrecimiento significa un grave peligro para la autoestima y la supervivencia de la humanidad. En lugar de superhumanidad, olvidando la trayectoria humana habrá posthumanidad. No es sin motivo que los afectos de muchos humanos se proyectan de manera creciente a animales tomados como mascotas que tienen vidas más cortas que la nuestra. En el

pasado y el futuro/porvenir hay tesoros que nutren el presente y los tres momentos se nutren entre sí. Sin ancianidad ni niñez no hay adultez.

b) Dimensión normológica

13. En su relación con la dimensión sociológica las normatividades deben ser *fieles*, o sea expresar con acierto el contenido de la voluntad de sus autores; *exactas*, es decir, se deben cumplir y *adecuadas*, o sea, han de emplear los conceptos que necesitan los autores, los encargados del funcionamiento y el resto de la sociedad. Además han de ser consideradas por el *impacto* que producen en otras normas, o sea, que sus repartos producen en otros repartos.

El caso *Sejean, Juan Bautista c/ Zaks de Sejean, Ana María*, sobre inconstitucionalidad del artículo 64 de la ley 2393, resuelto por mayoría por la Corte Suprema de Justicia, según se detalla en “*Fallos*”, 208-II, págs. 2268 a 2348, donde se declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo, con el texto que entonces tenía, es un ejemplo muy importante de

desconocimiento. El desconocimiento del artículo 64 tuvo enorme impacto en el dictado de la ley 23.515 con divorcio vincular.

14. Las cualidades de las normatividades se *perfeccionan* en el funcionamiento normativo. El funcionamiento incluye la tarea de *reconocimiento*, que puede concluir con que la normatividad sea tenida en cuenta o descartada. Un ejemplo importante de no reconocimiento es el del recién referido caso Sejean. Otro el de la sentencia de la Corte en el caso *Schiffрин, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional, s/ Acción* meramente declarativa, obrante en "Fallos", t. 340, págs. 257/344, donde nada menos que el 28 de marzo de 2017, habiendo transcurrido tantos años, por la mayoría integrada por los doctores Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti, el Tribunal modificó su criterio y declaró que el límite de 75 años para el desempeño de los jueces, introducido por la Convención Reformadora de 1994 fuera del ámbito de su habilitación constitucional, es constitucional. Se dijo en ese pronunciamiento del Tribunal, que "En el precedente "Fayt" (Fallos: 322:1616) la Corte adoptó un nivel de escrutinio restrictivo sobre el juicio de

compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas que limita severamente la competencia del órgano reformador y que debe ser abandonado y sustituido por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo.". Considero, en concordancia con el pronunciamiento en minoría del doctor Carlos Fernando Rosenkrantz, que el respeto al pueblo está en atenerse a lo que el pueblo votó. A mi parecer la Convención no tiene ninguna facultad más que las que expresamente le otorga la convocatoria por las que vota el pueblo. Más allá de entender que el límite ha devenido inconstitucional por la extensión de las expectativas de vida y el desarrollo del Derecho de Adultos Mayores, comparto ampliamente el parecer de la Procuradora General doctora Laura Monti y del doctor Carlos Rosenkrantz. En su disidencia, el doctor Rosenkrantz dijo que lo que estaba en discusión en ese caso no era la razonabilidad de la limitación del mandato de los jueces sino la validez constitucional del proceso por el cual se introdujo esa reforma. Sostuvo que la Convención modificó un artículo que no estaba

habilitado por el Congreso Nacional para ser reformado y que, por ello, la Convención Reformadora, al establecer un límite temporal al mandato de los jueces, violó la Constitución Nacional. Argumentó que las normas que rigen el proceso de reforma constitucional son de crucial importancia para la efectiva vigencia del sistema de derechos y libertades consagradas por nuestra ley suprema, ya que hacen a la estabilidad misma de dichas garantías. Entendió asimismo que el estricto apego a la declaración que efectúa el Congreso de la Nación respecto de la necesidad de la reforma es el único mecanismo existente para evitar que las convenciones constituyentes se conviertan en “Cajas de Pandora” e introduzcan temas no sometidos al debate público en forma previa a la elección de convencionales constituyentes. Sostuvo que este modo de entender las cuestiones en juego, por consiguiente, es el único que asegura la efectiva soberanía del pueblo de la nación. Por otra parte, el juez Rosenkrantz se refirió al precedente “Fayt” (Fallos 322:1616), destacando que esta sentencia había tenido un pacífico cumplimiento por parte de todas las autoridades constituidas, independiente de su signo político, durante más

de 20 años. Afirmó que en casos como el entonces presente, donde se juzgaba la validez de una reforma constitucional, es preciso ser especialmente consistentes a lo largo del tiempo y ello demanda un respeto más riguroso hacia los precedentes de la Corte Suprema. Efectivamente, si alguna vez se convoca a una Convención reformadora habrá que tener especial cuidado en evitar que se exceda en sus facultades, por ejemplo, derogando los artículos 14, 17 o 18 de la Constitución Nacional.

15. El funcionamiento requiere *interpretación*. La tarea de interpretación en sentido estricto, más reducido que el del nombre genérico de nuestro curso, consiste en atribuir, asignar, un sentido a la normatividad. Un sentido que puede tener diferentes referencias. Puede tomarse de la interpretación literal o la interpretación histórica. La interpretación literal se refiere sobre todo a las palabras y sus significados. Los significados literales se pueden obtener del diccionario o por remisión a lo que atribuye la sociedad. Una misma palabra en el diccionario puede significar una cosa y en el uso social puede significar otra cosa. En cambio, la interpretación histórica se atiene a la auténtica

voluntad del autor manifestada de modo principal en el marco de la elaboración de la fuente de referencia. Federico Carlos de Savigny señaló, con valor también actual, que la interpretación tiene cuatro *elementos*: gramatical, lógico, histórico y sistemático. En esa línea, cabe referir que el elemento *gramatical* se refiere al significado de las palabras, que puede obtenerse de lo consagrado en diccionarios o de la referencia a la facticidad de los usos. El elemento *lógico* atiende a las relaciones entre las palabras. Una coma, un giro colocando una palabra antes o después, puede cambiar el sentido de la interpretación. El elemento *histórico* se forma con las circunstancias en que se dictó la normatividad, por ejemplo, los hechos que ocurrían, los debates parlamentarios, los preámbulos, los mensajes que acompañaron los proyectos, las notas de un codificador, etc. En la reforma constitucional de 1994, es relevante el Pacto de Olivos. El elemento *sistemático* es el sentido que adquiere la normatividad en cuestión en el conjunto del ordenamiento normativo. Si se toma como ejemplo la interpretación del art. 18 de la Constitución Nacional, cuando expresa que las cárceles de la

Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, ante la pregunta acerca de si se refiere a todo el país o a las cárceles que tenga el Gobierno Federal, el elemento lógico, apoyado en que se responsabiliza a los jueces por el cumplimiento; el elemento histórico, cuando nos muestra que se quería establecer un régimen liberal y el elemento sistemático apoyado, por ejemplo, en el art. 35 de la Ley Fundamental referida, de donde surge la equivalencia entre Nación y República, en prevalencia sobre el dato de que el Banco de la Nación no es el de las provincias, no nos dejan duda de que se trata de todas las cárceles que pertenezcan al país, sea cual fuere su dependencia.

Puede ocurrir que los elementos interpretativos no concuerden, puede suceder que el sentido que quiso atribuir el autor de la normatividad en funcionamiento sea diferente del que atribuyen la jueza o el juez, las partes, los medios o el resto de la sociedad. En estos casos se advierte claramente que interpretar es repartir potencia e impotencia, prefiriendo un sentido sobre otros según sea los autores de las versiones pero, sobre todo, los recipientes de

los contenidos que se interpretan. Por ejemplo: se puede interpretar a favor del actor o el demandado. Aunque sea con coberturas formales, la cuestión del reparto interpretativo es debatible y debatida. Tal vez la solución mejor, como interpretación, no como reelaboración, sea tomar lo que quiso decir el autor dentro de lo razonablemente comprendido. Quizás haya que tomar lo razonablemente comprendido y dentro de esto, si es posible, optar por lo que quiso el autor. Cada opción de sentido es una posible opción entre intereses y vidas en conflicto.

Correspondiendo a *juegos de intereses y fuerzas*, a relaciones de vida, hay teorías interpretativas más *normativistas*, otras son más afines a la *realidad social* de lo querido o lo interpretado, otras se inclinan más a lo *valioso*. Las teorías, como todas las manifestaciones de nuestras vidas, nacen en y de las circunstancias. También existe una teoría tridimensional trialista no solo de la interpretación y el funcionamiento, sino de las teorías interpretativas y del funcionamiento en general.

16. Apliquemos las teorías a la normativa constitucional de que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, cuando surge la posibilidad de que “Nación” quiera decir toda la República o el Gobierno Federal. La teoría de la *exégesis*, correspondiendo a la defensa de los intereses beneficiados en las intenciones de las normatividades en funcionamiento y desconfiada en la lealtad de los jueces, pensaría en todas las cárceles. La propuesta de la jurisprudencia *teleológica*, sostenida de manera destacada por Rudolf von Ihering, es atenerse al fin del autor. El fin es más abstracto que la intención, lo que denota más confianza en los jueces. Como uno de los fines de los autores ha sido hacer atractivo el país para el mundo exterior, es posible que el fin indique también una consideración territorial amplia. Sin embargo, hay diferencias, logrado el fin la intención puede caer. Tal vez esto explique el desinterés real en cumplir las condiciones carcelarias.

La teoría “pura” del Derecho kelseniana, confiada en los jueces, enseña que las normatividades establecen marcos de

posibilidades en los que éstos eligen una políticamente, sin control de tipo jurídico. Como excluye las referencias sociológicas y dikelógicas le queda un marco de posibilidades. Pese a ciertas confusiones, incluso sostenidas por quienes hacen del maestro austrohúngaro un legalista, cuando en realidad es logicista, las posiciones son muy diferentes: en el legalismo de la escuela de la exégesis hay una fuerte preocupación por la seguridad jurídica; en la teoría de Kelsen esta preocupación es mucho menor. Según la propuesta de Kelsen, en el caso de las cárceles de la Nación los jueces podrían usar jurídicamente una u otra opción: las cárceles de toda la República o solo las del Gobierno Federal.

Las ideas de Felipe Heck, de la jurisprudencia de *intereses*, se inclinan más a atender a los intereses consagrados en las normatividades de referencia. Aquí el resultado sería a favor de los intereses de los reos abarcando todo el país. La utilísima propuesta de François Gény propone al fin la *libre investigación científica* que es atenerse a lo dado y lo construido. Los datos son reales, históricos, ideales y racionales y los brinda la ciencia; lo

construido lo aporta la técnica. Aunque el dato ideal, referido a la voluntad de la sociedad, arrojaría cierta duda, porque parece que existe cierta vocación de venganza cruel, el dato histórico, del marco ubicación del artículo y el dato racional de la justicia inclinan a resolver con claridad por la inclusión de todo el país. Las ideas de Hermann Kantorowicz proponen *liberar* al derecho actual del derecho histórico haciendo que cuando el juez no encuentre respuesta en el derecho positivo o considere que éste no corresponde a la voluntad del legislador actual decida según crea que querría el legislador actual y, si al fin no puede conocer esta voluntad, según su propio criterio. El legislador actual, de comienzos de 2023, se inclinaría por todas las cárceles de la República.

Con referencia a posiciones más presentes, los *neoconstitucionalismos* encomiendan a los magistrados judiciales la operatividad de la constitución, que en este caso se vería nutrida por una interpretación evolutiva y el resto del bloque de constitucionalidad, de modo que también se preferiría una interpretación amplia. Incluso los jueces deberían asumir activamente el logro del

cumplimiento de las condiciones de salud y seguridad. Otras corrientes actuales, por ejemplo, sostenidas por Ronald Dworkin o Robert Alexy se orientan de modos diversos a atender a los principios. Entiendo que el principio de dignidad humana de los reos prevalecería incluso sobre el de seguridad, proyectando la protección a todos los reos. Como saben, el Código Civil y Comercial se aproxima a las tendencias que confían en los jueces. El uso alternativo del derecho, que lo emplea en favor de quienes no hicieron las normas, se inclinaría por la referencia a todo el territorio para proteger a los reos. Largo tiempo de formación de los jueces en el ideario de la clase dominante puede apoyar estas expresiones de mayor confianza en ellos.

El *trialismo* se referiría a una complejidad pura normosociológica de recursos interpretativos. Dentro del complejo de reparto funcional, que es tridimensional, en particular en la interpretación, el trialismo propone respetar la positividad de las normatividades y los repartos. La posición posición ortodoxa trialista en cuanto a la interpretación en sentido estricto hace una referencia normosociológica,

prescindiendo de lo que se considere justo. Con una nitidez que la doctrina actual suele no emplear, el reparto funcional tridimensional trialista reserva la consideración de lo justo a la tarea de determinación y sobre todo a la tarea de elaboración. Si bien el funcionamiento normativo es tridimensional, por razones de justicia la interpretación trialista es bidimensional normosociológica y procura poner en suspenso la justicia de la solución que al fin se asegura en el complejo funcional.

En la interpretación de la normatividad que tomamos como ejemplo, sobre los alcances del término Nación en cuanto a las condiciones básicas de las cárceles, con referencia a los cuatro elementos interpretativos de raíz savigniana, el trialismo atendería de modo especial a los de caracteres lógico y sistemático y al elemento histórico, integrado por los móviles liberales de los constituyentes, concretados por ejemplo en el Preámbulo. Reconocer los principios liberales que animaron a los constituyentes sería relevante. En cuanto a las bases mismas de la normatividad del art. 18, el trialismo consideraría las distribuciones económicas, filosóficas y educativas de la época,

que condujeron a una estrategia de país de la modernidad. En el art. 18 resuenan las ideas del jurista, economista y filósofo marqués Cesare Beccaria y su breve gran obra de 1764 “De los delitos y las penas”. Incluso, tomando una interpretación evolutiva, el trialismo se inclinaría sin dudas por considerar incluida en la normatividad del art. 18 toda cárcel en la que Argentina pudiera tener algún tipo de influencia, sea en los marcos de la integración o internacionales. Además, como veremos, por otra parte el trialismo se interesaría por la exactitud de la norma, haciendo para que se cumpla en la realidad de las vidas de los reos.

Se ha pasado en general, como puede advertirse, de cierto predominio del legislador, a través de la exégesis, vigente sobre todo en el siglo XIX, a un predominio relativo de las magistradas y los magistrados judiciales.

17. Digamos, en un paréntesis, que a medida que se incrementa el protagonismo judicial, aumentan las tensiones en relación con jueces y juezas e incluso acusaciones referidas a la existencia de una casta judicial. Es posible que existan ámbitos donde haya algo parecido a una

casta, que tiene, por ejemplo, características de clausura y juego de los propios intereses, de grupo selecto, diferenciado en la defensa de sus intereses, pero si solo tienen cierta relación de amistad, como la tenemos los profesores, no quiere decir que haya una casta. Todo eso ocurre en juegos de intereses. El juego de los intereses genera riesgos. El deductivismo exegético “tranquiliza” pero es al menos ingenuo.

18. Dentro del complejo del funcionamiento normativo, la *determinación* es necesaria cuando hay normatividades incompletas, trátese de *normas* a precisar o reglamentar o de *principios*, más abstractos, que requieren desarrollo. A veces la determinación se hace necesaria por descuido, pero además suele ser un medio para adaptar la normatividad a situaciones relativamente distantes del presente o el futuro, que es más próximo, o del porvenir, que es más lejano. En una nueva era, como es el tiempo que vivimos, la indeterminación puede ser un recurso técnico adecuado.

La necesidad de *precisión* en especial ocurre si hay que elegir entre diversas

posibilidades. Por ejemplo, cuando en el homicidio simple se debe decidir entre ocho y veinticinco años de reclusión o prisión y cuando hay que fijar el monto del daño moral. La *reglamentación* sucede cuando hay que agregar detalles para la realización de la normatividad en funcionamiento. La norma que hemos referido respecto a las condiciones de las cárceles necesita reglamentaciones que evidentemente existen. La ley 27.706 de Programa Federal Único de Informatización y Digitalización de Historias Clínicas de la República Argentina ha sido reglamentada por decreto 393/2023. El caso “Mendoza, Beatriz Silvia c/ Estado Nacional y otros”, referido a la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo atendiendo a la prevención, recomposición y resarcimiento del daño colectivo, muestra avances en la reglamentación judicial. El *desarrollo de meros principios*, tan frecuentes en la formulación de la juridicidad de la nueva era, puede referirse, v. gr., al principio de acceso a la vivienda digna establecido históricamente en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, etc.

La diferenciación entre normas incompletas y principios se ha debilitado cuando éstos fueron declarados operativos. Los principios suelen requerir *ponderación*, en especial para armar su coexistencia. La ponderación en general consiste en examinar con atención o considerar con prudencia las razones de una cosa para hacer juicio de ella. De la noción de la Real Academia Española podemos tomar, por ejemplo: determinar el peso de algo, examinar con cuidado algún asunto, contrapesar y equilibrar. Como señalamos, el papel de los principios se ha hecho especialmente significativo por las necesidades de una nueva era y por su despliegue en la teoría jurídica de nuestro tiempo.

Diversificándose de la interpretación, la determinación amplía, en distintas medidas según las tres posibilidades, las facultades del encargado del funcionamiento, en nuestro caso el juez. Determinar correctamente requiere adentrarse en profundidad en el sentido de las normatividades en funcionamiento y asumirlo. Ante los riesgos de la amplitud de posibilidades de quienes determinan, la Constitución Nacional encomienda al Presidente reglamentar las leyes

cuidando no alterar su espíritu mediante excepciones reglamentarias.

19. La dificultad de solución de los casos se incrementa cuando no hay normatividades y es necesaria la *elaboración*, sea porque *no se hicieron* o porque habiendo sido hechas el encargado del funcionamiento las *descarta* por considerarlas disvaliosas. Hay quienes afirman que el ordenamiento tiene soluciones para todos los casos, pero esto entra en notoria contradicción con la realidad, sobre todo en una nueva era de características extraordinariamente sorprendentes. Consideramos evidente que hay *carencias* de normatividades, que son *lagunas* del ordenamiento normativo, de carácter *histórico* o *dikelógico*, respecto de las que hay que *elaborar* normatividades *integrando* dicho ordenamiento.

Cuando no se hicieron normatividades hay carencias *históricas*. Las carencias históricas pueden deberse a *olvidos* o a *novedades*, sean éstas *jurídicas*, *naturales* o *científico técnicas*. Si se dicta una nueva normatividad, por ejemplo sobre matrimonio igualitario, puede ser necesario dictar normatividades para resolver

acerca de su derecho a adoptar. Vale no confundir la reglamentación del matrimonio, que es tarea de determinación, con la solución paralela del derecho a adoptar, que es cuestión de elaboración. Esa nueva normatividad matrimonial genera una laguna en cuanto a adopción. La pandemia por COVID-19 provocó una gigantesca carencia de normatividad por novedad natural. En el mismo sentido ¿tendríamos solución positiva para los problemas de acercamiento y choque de un asteroide contra la Tierra? La nueva era que vivimos genera una enorme cantidad de carencias históricas por novedad científico técnica, por ejemplo, en relación con la informática, las neurociencias, la procreación asistida, la ingeniería genética, la robótica, la inteligencia artificial, las actividades en el espacio exterior, etc. Hemos prolongado las vidas de muchos ancianos, pero existe una enorme carencia normativa respecto a qué hacer con muchas de las vidas prolongadas. Una importante cuestión, también con pocas soluciones normativas, es la de la medicina digital. Nos encontramos con que la información adquiere caracteres de big data y penetra

nuestra más honda intimidad. Tal vez un día haya robots que acarician a los hijos mediante los padres trabajan o pasean, habrá que darles un régimen. Las técnicas de modificación genética producen y producirán muchas lagunas. Quizás algún día se superen las fronteras entre lo inorgánico y lo orgánico y se produzca vida desde los minerales. En la nueva era los problemas son tan distintos y graves que habrá que tener en claro si las técnicas, por ejemplo, de robótica o inteligencia artificial, serán usadas en la senda de contribuir al desarrollo humano o por el camino de la sustitución final de la humanidad. Luciano de Samósata y Johann Wolfgang Goethe nos advierten, sobre todo el último en el poema “El aprendiz de brujo”, que podemos poner en marcha mecanismos que no resultamos capaces de controlar.

Por otra parte, cuando se hicieron normatividades pero son descartadas por considerarlas injustas hay carencias *dikelógicas*. Vale tener presente que a nuestro parecer, a diferencia de cierta confusión jusnaturalista, la normatividad considerada injusta no cae por ser injusta, cae porque como la valoramos como

injusta la descartamos. La excepción respecto de derechos constitucionales que Adolf Hitler arrancó al presidente Paul Hindenburg no cayó por ser injusta, fue necesaria la muerte en la guerra de millones de personas para desplazarla. Un niño puede nacer por un procedimiento de maternidad subrogada, pero la normatividad actual tiende a otorgar la condición de madre a solo una de las mujeres que están presentes en el caso, de modo que, según nuestra construcción valorativa, habría una carencia dikelógica respecto a esta asignación. Entendemos que una carencia dikelógica ocurrió en la solución del caso “Sejean c/ Sejean” mediante sentencia dictada por la Corte Suprema el 27 de noviembre de 1986. Como suele ocurrir en estas circunstancias, la carencia fue encubierta con una argumentación positiva. Vale pensar, para apreciar la magnitud de la invocación de una interpretación dinámica quizás arriesgada, que todavía no se había producido la reforma de la Constitución de 1994. El caso “Sejean” se resolvió por mayoría de tres a dos. A mi parecer técnicamente era acertada la posición de la minoría, la inexistencia de divorcio vincular no era inconstitucional, al

menos todavía; dikelógicamente tenía razón la mayoría, era una enorme injusticia que no hubiera divorcio vincular. El artículo 64 de la ley 2393 no era inconstitucional, era injusto. El 26 de marzo de 2019, en solución discutida que nos parece justa, la Corte Suprema por mayoría formada por los doctores Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y la conjueza doctora Graciela Medina, en el caso de la quiebra de Institutos Médicos Antártida (Fallos: 342:459) cambió su criterio del caso “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, e incluyó en los privilegios de la quiebra a un menor con muy grave incapacidad provocada por la institución en crisis patrimonial reconociéndole privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio. Los fundamentos del valioso pronunciamiento en Institutos Médicos Antártida se refieren, por ejemplo a las normas internacionales, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la situación de extrema vulnerabilidad del peticionante. Tal vez, sin embargo, repito, tal vez, el sustento mayor

esté en la equidad, la justicia del caso concreto. En la evolución de la autopercepción de la humanidad actual, hay que estar atentos ante las posibilidades de que haya que considerar el otorgamiento del carácter de sujeto de derecho, no necesariamente persona, a seres vivos considerados superiores, como algunas mascotas, ciertos vegetales, elementos geográficos, etc. No debería extrañarles que en las carreras que les esperan tuvieran que resolver sobre el pedido de otorgamiento de personalidad a un robot o a despliegues de la inteligencia artificial; de adopción de un perro, o incluso, de un robot. En cuanto a casos como "Sejean", los de otorgamiento del carácter de persona a un animal, una planta o un mineral o los de adopción de animales, etc. las carencias son dikelógicas y no históricas por novedad de las cuestiones porque las realidades existían y lo que cambió es el planteo de la justicia; en cambio, las posibilidades de otorgamiento de personalidad a un robot o a la inteligencia artificial o de la adopción de un robot son carencias históricas por novedad de los problemas.

Las *carencias* de normatividades requieren *elaboración* de normatividades que *integran* las lagunas del ordenamiento normativo. La elaboración puede realizarse por *autointegración*, o sea recurso a la justicia formal en relación con lo que ya existe en el ordenamiento, o por *heterointegración*, o sea recurso a la justicia material, en relación con elementos externos al ordenamiento. Los elementos externos se han de emplear cuando no hay bases positivas o las que existen resultan insatisfactorias.

Los razonamientos integradores pueden ser por *analogía* o por recurso a *principios generales*. La *analogía* va aparentemente de lo particular a lo particular, aunque para hacerlo pasa por lo general. En la *analogía* hay que tener en claro qué es lo común que relaciona a las dos particularidades, cuál es la semejanza que los vincula. Por ejemplo, el Código Civil de Vélez Sarsfield hizo uso de la *analogía* con otros derechos en numerosas cuestiones, sobre todo con el Código Civil francés. En su momento, se utilizaban soluciones del Derecho Marítimo al Derecho Aeronáutico atendiendo a la común característica del riesgo de la navegación. Es

posible analogizar respuestas faltantes en el Derecho del Consumo con otras del Derecho del Trabajo. Muchos países, la Argentina de modo destacado, han razonado por analogía para recibir respuestas de países centrales. Los *principios generales* van de lo general a lo particular, pero para construirlos se suele recurrir a particularidades.

A nuestro parecer, en el caso Sejean hubo un recurso a la heterointegración por analogía con soluciones de otros países y consideración de principios que consagran la libertad básica de los humanos. A veces hay simplemente prejuicios para no elaborar respuestas, como es el caso de la maternidad por subrogación, que atendiendo incluso al interés superior del niño, habría que resolver mediante la pluralidad de vínculos. La pluralidad en la maternidad, sea cual fuera la denominación que se adopte, resuelve a favor del derecho a conocer la propia identidad. Por vía de analogía, se puede hacer referencia a que la pluralidad suele utilizarse incluso en la adopción simple.

A medida que los casos vayan resultándonos “extraños” necesitaremos más

recursos a la justicia material, a la heterointegración con elementos crecientemente novedosos. En la integración, sobre todo en la heterointegración, se hace notorio que los jueces generan, puede decirse crean, derecho.

20. Una vez que se cuenta con un texto normativo con su sentido al menos provisoriamente establecido, es necesario *aplicar* la normatividad. La aplicación, tarea a la que se suele marginar al menos relativamente en las posiciones legalistas y normativistas o confundir con otras tareas, como la ponderación, es de muy destacada relevancia funcional. Al fin a través de ella las normatividades han de realizar su destino de “vivir” en las vidas de las personas.

La aplicación requiere dos *tareas* “*internas*”, digamos *subtareas*, de gran importancia: la *subsunción o encuadramiento* de los casos en las normatividades y la *efectivización* de las consecuencias jurídicas. La *subsunción* puede realizarse con dos métodos. Uno parte de los casos y los encuadra en los antecedentes de las normatividades para llegar a

las consecuencias jurídicas; se lo denomina *histórico*. El otro método parte de las pretensiones de las partes, las ubica en las consecuencias y busca los antecedentes respectivos; se lo llama *sistemático*. El encuadramiento según el método histórico es más frecuente en materias como el Derecho Penal, donde se parte de los supuestos delitos. El encuadramiento por el método sistemático se emplea más en materias de derecho patrimonial, donde se parte de pretensiones. Durante mucho tiempo, el encuadramiento, donde hay que recibir, significar y ponderar pruebas, fue un espacio de gran poder oculto de los jueces. Hoy, presiones del resto de la sociedad, por ejemplo, de los medios y las redes sociales, e incluso tácticas de “embarre” de las circunstancias, favorecidas por la resonancia, han disminuido ese poder e incluso con frecuencia condicionados los desempeños judiciales. Hay casos, como el tan estremecedor del niño Luis Dupuy, al que me he referido, donde algunas personas han pensado que el encuadramiento como dolo directo fue forzado por los medios y las redes. Quizás no se pueda descartar la posibilidad de que, dadas las gravísimas

características humanas del caso, la posición del resto de la sociedad llevó a un encuadramiento indebido porque las normativas no respondían a las exigencias morales de ésta. La subsunción suele ser muy difícil, por ejemplo, ante los matices sutiles que puede llegar a tener la violencia de género.

Si la subsunción fue una subtarea en que los jueces tenían y de cierto modo tienen gran poder, la *efectivización* es una subtarea en que han de enfrentar el desafío de *cambiar la realidad* como lo indican las consecuencias jurídicas. Esto supone con frecuencia superar grandes obstáculos. Es necesario que los acreedores que deben cobrar cobren; que los regímenes de visita se efectivicen; que los reos cumplan sus condenas en cárceles que tengan los requisitos de salubridad pero también de seguridad que indica el art. 18 de la Constitución. Es imprescindible que, por ejemplo, los presos no sean maltratados pero también, destaquemoslo, no se dirijan bandas de criminales o se haga delincuencia telefónica desde las cárceles.

21. A veces varias normatividades requieren ser aplicadas en realidades en las que no encuentran cabida. Entonces es necesaria la tarea de *adaptación* o *síntesis* normativa. En ciertos casos hay que sintetizar porque una persona debe recibir distintas visitas, un delincuente debe cumplir diferentes penas, sobre un patrimonio recaen distintas deudas que lo superan, etc. A veces la síntesis es producida por el legislador, como suele ocurrir en las quiebras, en otros casos han de establecerlas las juezas y los jueces, v. gr. en las aspiraciones múltiples de visitas. Son procedimientos de adaptación el prorratoe y la preferencia. Como resultado del empleo de los métodos indirecto y analítico analógico el Derecho Internacional Privado suele requerir tareas de síntesis para superar las tensiones entre soluciones provenientes de diferentes derechos. Para sintetizar hay que calar hondo en los sentidos de las normatividades que concurren.

22. Una tarea que se puede hacer necesaria en todo el funcionamiento es la *argumentación*. La Maestría tiene un módulo dedicado a la argumentación, de modo que podemos remitirnos a lo que allí se desarrolla. Se

suele afirmar que la argumentación jurídica es una teoría prescriptiva. Se explicita que describe el proceso de justificación de las soluciones de los casos jurídicos y prescribe cómo éste debe realizarse. La recuperación de la importancia de la argumentación jurídica, superando los entubamientos deductivistas que la arrinconaron, es uno de los aportes del siglo XX. La relevancia de la argumentación crece a medida que los casos son más complejos, más difíciles.

En relación con la argumentación conviene tener conciencia diferenciada de la dialéctica y la retórica. Dialéctica es una palabra polisémica, que posee varios significados, por ejemplo, etimológicamente es el arte de conversar, es método de razonamiento y es camino de la dinámica de la idea o la materia, como respectivamente la plantearon por ejemplo Hegel y Marx. La retórica es el arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado la eficacia necesaria para deleitar, persuadir o conmover. Incluye, por ejemplo, despliegues emotivos. Un ejemplo de retórica célebre son las frases que pronunció Cicerón en el Senado romano *¿Hasta cuándo abusarás, Catilina, de*

nuestra paciencia? ¿Hasta cuándo esta locura tuya seguirá riéndose de nosotros? ¿Cuándo acabará esta desenfrenada osadía tuya? Con la enorme fuerza del latín: *Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?* ... A veces la retórica se diferencia de manera muy intensa de la dialéctica.

Uno de los despliegues de la argumentación judicial es la fundamentación de las sentencias. La efectivización oral de la capacidad de deleitar, persuadir o conmover de la retórica es oratoria. El profesor Mario Eugenio Chaumet ha aplicado a la argumentación jurídica las posibilidades del trialismo.

23. En general, el funcionamiento normativo en la justicia civil y comercial en materia patrimonial tiene más regularidad que la de otros fueros, sea cual fuere la teoría que se invoque, porque a través de ella la burguesía, clase dominante enriquecida con el comercio y la industria, necesita calcular el riesgo de sus negocios. Si los contratos tienen destino errático, se termina su sistema capitalista. En los últimos tiempos, en cambio, en materia penal algunos fallos no han estado tan de acuerdo con las

expectativas de la clase dominante y a veces se les atribuye responsabilidad en el clima de inseguridad que es notorio.

24. Cada caso, con su tridimensionalidad, es parte de los complejos sociológico, normológico y dikelógico respectivos, en nuestra perspectiva presente, en el funcionamiento de cada normatividad funciona el *ordenamiento normativo*. Lo que los jueces hacen, lo que Ustedes hagan, en casos de contratos, derechos reales, familia, sucesiones, trabajo, administrativo, penal, etc. tiene valor en los mismos casos pero tiene efectos en el complejo, así como el complejo tiene efectos en los casos. Nos parece cierto que la pena es la última razón, pero si la pena no funciona se afecta todo el resto del funcionamiento.

25. El funcionamiento *formal*, ante las juezas y los jueces, sirve de orientación respecto de las posibilidades de otras soluciones análogas en casos semejantes. Así, además del funcionamiento formal, existe un funcionamiento *conjetural*.

La conjetura tiene gran presencia en el Derecho y en la vida toda. Por ejemplo: se

conjeturan hechos y sentencias. Cuando dicten una sentencia piensen que además de resolver el caso que tienen ante Ustedes influyen en el comportamiento general de la sociedad. Las conjeturas generan climas jurídicos de importante influencia.

Si el caso es muy especial, con rasgos particularizados decisivos y se soluciona, por ejemplo, en base a la equidad, procuren que en vuestro pronunciamiento surja esto de manera clara. V.gr. si dictan un pronunciamiento como el del caso Institutos Médicos Antártida, donde mucho pesan particularidades como la del origen de la incapacidad del vulnerable en la actividad de la entidad quebrada, es conveniente que tales particularidades queden muy claramente expuestas.

El horario de clase ha concluido. Mi mejor saludo.

CLASE 8

Muy buenas tardes.

Continuamos con el análisis de las teorías del funcionamiento normativo: el trialismo

c) Dimensión dikelógica

26. También es relevante atender a la dimensión dikelógica del funcionamiento normativo. Les hago presente que para considerar esta dimensión, como para referirse a todo el trialismo, pueden tener en cuenta la "Introducción filosófica al Derecho" de Werner Goldschmidt y mi libro "Una teoría trialista del Derecho". Werner Goldschmidt se refería al objeto Derecho y a la justicia considerándolos objetivos, independientes de la subjetividad. Es más, consideraba que la justicia es un valor objetivo natural. En nuestro caso, proponemos el trialismo y la referencia a la justicia como

construcciones. Considerar a la justicia como una construcción, referencia última de la dimensión dikelógica, no le priva de identidad diferente de las dimensiones sociológica y normológica porque establecida una base lo sucesivo se obtiene con *rigor lógico* que no abandona dicho punto de partida. Si se construye que la humanidad debe ser respetada, no es legítimo extraer que un humano debe ser torturado.

El nombre dikelogía, usado ya en otro sentido por Johannes Althusius, Altusio, corresponde al nombre Diké de la divinidad griega de la justicia popular, distinta de su madre Temis, expresión de la justicia divina, de cierto modo eterna; diferente de Astrea, también hija de Temis y diosa de la justicia más vinculada a la prudencia, el pudor y la paz, y asimismo diversa de las Moiras, manifestación de la justicia difusa en el destino y en el pueblo. Como pueden advertir, hay gente de derecho más vinculada a unas u otras, en nuestro caso, nos referimos a Diké.

La interpretación y en general el funcionamiento normativo son diversos según la

justicia que se realice en la sociedad y anime a las juezas y los jueces.

27. Cada perspectiva de la dimensión dikelógica ha de entenderse como un *principio*, un mandato de optimización, a realizar en la mayor medida posible, que debe ser ponderado con los otros. El funcionamiento ha de realizar la justicia integrada en un *complejo de valores*. Cuando hagan funcionar una normatividad traten de reconocer, por ejemplo, cuáles son los valores, de manera esclarecedora, entendidos como principios, que están realizando u omitiendo. Los valores son entes exigentes, que reclaman su realización, se nos presentan de este modo como principios a realizar en la mayor medida posible. Los valores que, como principios, pueden coadyuvar con la justicia son v. gr. la *utilidad*, la *verdad*, el *amor*, la *belleza*, la *salud*, etc. Por ejemplo, en el caso Institutos Médicos Antártida la Corte desplegó una coadyuvancia de la justicia con la salud, en cierto retroceso de la utilidad.

28. La justicia puede pensarse por diversos caminos, denominados *clases de justicia*. Aristóteles presentó un desarrollo de la

clasificación de la justicia de gran valor histórico e incluso actual que incluye, de manera principal, la justicia distributiva, relativa, de cuatro miembros, y la justicia correctiva, absoluta, de dos miembros. La justicia distributiva era pensada desde lo que la “polis”, la ciudad, centro de interés de ese tiempo, adjudicaba a los ciudadanos. Si Juan que había trabajado diez horas y había recibido diez mil pesos, Manuel, que había trabajado doce horas, debía recibir doce mil pesos. En cambio, la justicia correctiva corregía desequilibrios en los casos, sea por obra de las partes, supuesto en que era conmutativa o sinalagmática, o por obra de un tercero, caso en que era judicial. Una clase de justicia que Aristóteles intuyó y los romanos desenvolvieron es la equidad, la justicia del caso concreto, por esto es acertado que su nombre sea de raíz latina.

Con posterioridad se han desarrollado otras clasificaciones de la justicia. Cada camino de la justicia es, según lo expuesto, un principio, un mandato de optimización a ponderar. En nuestro caso, hemos analizado diversas clases guiados por los elementos de los repartos aislados y sus conjuntos. Hemos diferenciado la justicia consensual y extraconsensual; con o sin

consideración de personas (en este caso, de roles); simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparabilidad de las potencias y las impotencias); monologal y polilogal; conmutativa o espontánea (con o sin "contraprestación"); sectorial o gubernamental (proveniente de una parte o del todo); sectorial o integral (dirigida a una parte o al todo); de aislamiento o de participación; absoluta o relativa; particular o general (tendiente al bien de los individuos o el bien común); de partida o de llegada; rectora o correctora, de equidad, etc. Una gran facilitadora de la simetría es la moneda, común denominador de las potencias y las impotencias. La asimetría de la reparación pecuniaria del daño moral es una muestra de intensa dificultad a veces atenuada por la relación en los montos. Un ejemplo de justicia conmutativa son los contratos onerosos, uno de justicia espontánea es la donación. Un marco muy relevante de justicia de llegada, que sacrifica lo actual por lo que se ha de lograr, es la educación. En el Derecho Privado es muy frecuente la justicia particular; en el Público lo es la justicia general. Los desarrollos de justicia extraconsensual, con consideración de personas,

asimétrica, polilogal, espontánea, gubernamental, integral, de participación, general, de llegada y correctora suelen ser más difíciles que los de sus parejas. Algunas combinaciones son muy difíciles, por ejemplo la de la justicia parcial, integral y general que ha de imperar en las fundaciones. El capitalismo busca caminos simplificados y suele negarse a comprender los complejos.

Aplicando este último complejo de clasificaciones en los aspectos que nos parecen más ilustrativos a la solución dada al caso Institutos Médicos Antártida hay una fuerte presencia de la justicia con consideración de personas, superando a la justicia de roles; la justicia asimétrica, que resuelve dificultades en la comparación de las potencias y las impotencias, en este caso la vulnerabilidad y el dinero, distinta de la justicia simétrica, donde esas dificultades son menores; la justicia dialogal, atenta a diferentes razones, respecto de la monologal de la quiebra; la justicia sectorial referida a una parte, distinta de la justicia integral remitida al todo; la justicia de participación sobre la de aislamiento; la justicia absoluta, del caso, respecto de la relativa, que

vincula a otros casos y, al fin, la justicia de equidad, del caso concreto. Tal vez, quienes discrepan pueden pensar en una mayor solidez estructural, con justicia sobre todo integral.

John Rawls, autor de libros célebres como “Una teoría de la justicia”, planteó a ésta en base al principio de *imparcialidad*. Sobre bases kantianas, con referencias a una consensualidad eventual, Rawls propone considerar justo lo que personas racionales interesadas en su propio bienestar, libres e iguales, que conocieran el mundo pero no el lugar que ocuparían en él, es decir, que estuvieran tras un velo de ignorancia, consentirían. Vale recordar que Immanuel Kant, luego de haber fulminado las referencias de la ética de bases metafísicas, declarando la incognoscibilidad de las esencias, apoyó la moral en un imperativo categórico de universalizabilidad, de posibilidad de universalización. Según sostiene Kant, la moral ha de cumplir el imperativo categórico, incondicional, obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal. Con la base construida por Rawls, del consentimiento hipotético, de la

consensualizabilidad, en principio no sería justo que hubiera pobres y ricos. Nadie en las condiciones referidas consentiría que hubiera pobres y ricos. Pero, si de la ventaja del beneficiado, del rico, surgiera tal beneficio para el perjudicado, el pobre, que éste la consentiría, la desigualdad resultaría justa. Si de la ventaja a un inventor surge tal ventaja para el desventajado que éste la consentiría, esa ventaja se hace justa. Cabría considerar, por ejemplo, si el privilegio introducido en el caso Institutos Médicos Antártida cabe en lo aceptable dentro de tales reglas. Es posible que, en el caso del vulnerabilizado por el causante, el privilegio sería aceptable. Según el planteo rawlsiano, diferenciado del utilitarismo y el perfeccionismo, si debo adjudicar una beca a un inteligente o un tonto debo asignársela al tonto, porque el inteligente ya recibió. Salvo que del otorgamiento de la beca al inteligente surgiera tal beneficio para el tonto que éste lo consentiría.

La justicia puede pensarse por diversos caminos, cuya consideración ayuda a un mejor desarrollo del funcionamiento normativo. Cuando una jueza o un juez hacen funcionar normatividades deben controlar la justicia de lo

que hacen reconociendo qué senderos están utilizando.

29. Por ser un valor la justicia tiene tres *despliegues*: la pura *valencia* (su deber ser ideal pura), la *valoración* (su aplicación al material estimativo) y la *orientación*. La valencia de la justicia exige la justicia debe ser. La valoración por la justicia se refiere en el Derecho a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, tal vez futuras/porvenir. Al exigir realizarse en esa totalidad, la justicia es “pantónoma”, como hemos expresado, pan quiere decir todo y nomos significa ley que gobierna. Esa pantonomía es un principio, un mandato de optimización, de enorme exigencia. La justicia perfecta sería la que podría realizar quien supiera todo y pudiera todo; tendría caracteres de omnisciencia y omnipotencia. Como estas proyecciones nos son inalcanzables, nos vemos en la necesidad de *fraccionarla* produciendo *seguridad jurídica*. En el caso Institutos Médicos Antártida, la Corte desfracciona la condición del peticionante, produciendo cierta inseguridad en aras de una mayor justicia. El resultado de cada valoración

es un deber ser ideal aplicado: esto, que es justo, debe ser; esto, que es injusto, no debe ser.

Para descubrir cuáles son los fundamentos de justicia de una solución se puede utilizar el *método de las variaciones*, que cambia imaginariamente el caso para ver cuándo varían las respuestas. Por ejemplo, en Institutos Médicos Antártida si se cambiara el nombre de la persona incluida la respuesta no variaría, si no fuera una persona vulnerable y con un daño producido por la fallida sí. Entonces se puede decir que el nombre no es relevante y la vulnerabilidad y la causa lo son. Quienes cuestionan el fallo sostienen la necesidad de fraccionar las condiciones del acreedor protegido produciendo más seguridad. Un tiempo antes se había producido un fallo en sentido contrario al de Institutos Médicos Antártida, esto significa que en el caso de referencia se fraccionó la injusticia relativa que el fallo actual indicaría.

Al fallar el caso se prescinde también de todas las injusticias anteriores, simultáneas o posteriores que no están al alcance del tribunal. Para quienes no es posible realizar el reparto

justo, al alcance de otras personas, es debido el reparto *justificado*, el más justo que ellos pueden realizar. A veces a las juezas y los jueces les corresponden repartos justificados que, por ejemplo, deben realizar los otros poderes. Si hacen lo mejor que pueden, hacen lo que deben. *No se descorazonen por no poder hacer lo perfecto.*

Además, existen *orientaciones*, que facilitan las valoraciones pero generan riesgos de ser al fin disvaliosas o no servir para ciertos casos. Las orientaciones se concretan, con creciente concreción en principios y criterios generales. Sería imposible producir en todos los casos las valoraciones completas. Es imprescindible que la mayoría de los casos se resuelvan con orientaciones. No puedo valorar todos los días los casos en que compro alimentos o decido dictar una clase. Me son imprescindibles los criterios generales: “debo comprar alimentos”, “debo dictar las clases”. Sin embargo, si un día estoy muy enfermo es posible que ninguno de los dos criterios sea aplicable. Una orientación disvaliosa, ahora afortunadamente en vías de corrección, ha sido el criterio de inferioridad de la mujer. En la

judicialidad suelen ser útiles los principios y los criterios, pero a menudo son necesarias las valoraciones completas. El caso Institutos Médicos Antártida es uno de éstos.

Es siempre importante que cuando piensen las soluciones atiendan a la justicia de lo que hacen, que puede ser fraccionada legítimamente por ejemplo por exigencias de orden, legalidad y coherencia, pero al fin es vuestra última responsabilidad.

30. El *contenido de la justicia* es muy discutido. Según nuestra propuesta, presentada como una *construcción* que puede o no ser compartida, el *principio supremo* de justicia exige adjudicar a cada humano la más plena posibilidad para su desarrollo, para que se convierta en persona en plenitud. El fundador del trialismo, Werner Goldschmidt, consideraba que el contenido de la justicia es objetivo y natural. En nuestro caso, presentamos una construcción. Si se opta por tratar la problemática de justicia y por ese principio, se pueden obtener perspectivas muy interesantes para referirse a la complejidad del funcionamiento normativo y la tarea judicial.

31. La consideración de la justicia de los *repartos aislados* ha de incluir la referencia a la justicia de los *repartidores*, los *recipriendarios*, los *objetos*, las *formas* y las *razones*.

La justicia de los *repartidores* puede surgir de diversas manifestaciones del acuerdo de los interesados, constitutivo de *autonomía*, y de la superioridad moral, científica o técnica, llamada *aristocracia*. La autonomía en sentido estricto se produce por acuerdo de los interesados en todo el reparto; cuando el acuerdo es solo acerca de quiénes han de ser repartidores, se produce la paraautonomía concretada, por ejemplo, en el arbitraje; si el acuerdo es de solo una mayoría, hay infraautonomía, como en la democracia; cuando el acuerdo no es real sino es el eventual acuerdo que brindarían los recipriendarios en caso de conocer el reparto, según suele ocurrir en la gestión de negocios ajenos sin mandato, hay criptoautonomía. La carencia total de legitimidad hace que un repartidor sea dikelógicamente de facto.

Vale recordar que los contratos y las transacciones son en principio expresiones de

autonomía. Al apreciar la paraautonomía, por ejemplo, en el arbitraje, hay que cuidar que se trate del acuerdo de todos los interesados en que el árbitro reparta. No existe la legitimidad paraautónoma si el asunto es de interés que supera a quienes acuerdan. Un magistrado que estime la paraautonomía valorará más un acuerdo arbitral. Un juez que atienda más a la infraautonomía tiene más posibilidades de atenerse a la voluntad de los poderes más democráticos, como suelen ser el legislativo y el ejecutivo, y a considerar más el resultado del juicio por jurados. Evidentemente, la Corte Suprema de 1930, que con relativa facilidad legalizó y de cierto modo legitimó al gobierno golpista de 1930 donde se destituyó al presidente Hipólito Yrigoyen y su Congreso, tenía una estimación de la democracia menor que la que en 1962 resistió lo que pudo al golpe que derrocó al gobierno del presidente Arturo Frondizi. Un juez que piense en la voluntad de generaciones no solo del futuro inmediato sino del porvenir mediato resolverá los grandes problemas de la nueva era y el porvenir de la especie humana de manera diferente a otro que no atienda al futuro o al porvenir.

Aunque en algunos países los jueces son elegidos por infraautonomía democrática, en la Argentina los jueces inferiores suelen contar, de manera básica, con una integración de aristocracia, por el saber, la práctica del ejercicio de la profesión de abogado y la edad y de consenso de las provincias a través del acuerdo del Senado. Es muy relevante para todos los repartidores, también para los jueces, preguntarse qué los legitima. En la Argentina ha habido cierta tendencia a influir para que se designen amigos de quienes están en el poder que, cuando el poder cambia de manos, a veces sirven a otros poderosos en contra de quienes los nombraron. Lo mejor, a mi parecer, es nombrar personas que correspondan a la diversidad social, pero sobre todo tengan vocación de inteligente imparcialidad. Creo, en tal sentido, que no es suficientemente representativo que de cuatro jueces de la Corte Suprema actuales dos sean de la misma provincia, aunque sea la mía y todos sean varones. El *Senado*, que en gran medida representa a las provincias, al dar el acuerdo debería tener en cuenta una mayor representatividad. Sin embargo, la intervención del Senado legitima por las provincias, que

fundaron la Nación. Su intervención es de muy especial significación. Tal vez sea conveniente recordar que Juan González Calderón, un constitucionalista muy importante, sostenía que era mejor que fuera el Senado el que presentara una terna y el Presidente eligiera dentro de ella. Es adecuado que haya un período previo a la designación en que los candidatos propuestos por el Presidente sean impugnados. No considero conveniente la relativa inestabilidad en que entran las juezas y los jueces por razones de *edad* al final de sus carreras. Tampoco resultan admisibles de manera fácil ciertas propuestas de aumentar mucho el número de los jueces del Alto Tribunal.

Al fin, para conocer en concreto la calidad de una administración de justicia hay que estudiarla tridimensionalmente, con referencia a normatividades, repartos y valores. Es claro, por otra parte, que cada sociedad tiene los jueces que produce. En nuestra trayectoria histórica hemos tenido jueces que carecían de toda legitimación democrática por haber sido designados por gobiernos militares. Eran también *dikelógicamente de facto*. Además, siempre hubo jueces de diversa calidad. Siempre hubo jueces

más o menos imparciales. Es tema de gran relieve la manera de construir la legitimidad de las juezas y los jueces. Vale recordar que tienen legitimidades diversas a las que en países como la Argentina poseen los legisladores y los administradores. Hace un tiempo, el Centro de Estudios sobre la Justicia perteneciente a la Magistratura, que tuve el honor de coordinar, hizo un importante estudio acerca de la historia de la composición de la Corte Suprema. Por otra parte, es relativamente frecuente que haya tensiones entre contratantes y legisladores o administradores, entre legitimaciones autónomas e infraautónomas. La grieta argentina, entre los sectores hispánico tradicional y anglofrancesado, se manifiesta en un sector más organicista y adherido a la ley, apoyada en la democracia, y otro más pactista y adherido al contrato. Así, el peronismo, históricamente hispánico tradicional, es más organicista y legalista, el partido Propuesta Republicana (PRO), es más pactista y contractualista. El Derecho Penal confía más en la legitimación democrática; el Derecho de los Contratos se remite más a la legitimación autónoma. El peso de la legitimación

infraautónoma democrática legítima que en cuestiones impositivas la Cámara de Diputados, más popular, tenga ciertas preferencias. A mi parecer los profesores tenemos una legitimidad compleja, en parte aristocrática, por lo que sepamos, en parte autónoma, por el acuerdo a tener en cuenta de los alumnos actuales y pasados (v. gr. graduados).

El desenvolvimiento de los repartidores, en nuestro caso los jueces, trae aparejada la problemática de su responsabilidad, sea por sus propios actos o eventualmente, en caso de integrar un régimen considerado injusto, por esta integración. Hay antecedentes importantes de ejecución de esta responsabilidad, por ejemplo, en cuanto a jueces de Corte Suprema de diversas orientaciones. Todavía causan estrépito las destituciones de jueces elegidos constitucionalmente, sin ningún fundamento válido, por gobiernos golpistas. En mi larga experiencia he visto casos de responsabilidad atribuida a los jueces por haber participado en gobiernos de facto. Tal vez, conforme fueran los ámbitos de su labor, la legitimación de los magistrados debería atender de modo diverso a los títulos de legitimidad, por ejemplo, en

materia de contratos, referirse más a la autonomía con cauces fijados por infraautonomía democrática; en las cuestiones de despliegue técnico, admitir un despliegue creciente de la aristocracia; en el campo penal, remitirse más a la infraautonomía democrática, etc.

La justicia de los *recipiendarios* depende, respecto de la adjudicación de potencias, de *méritos* derivados de la conducta y *merecimientos* originados en la necesidad; en cuanto a las impotencias depende de la *responsabilidad* o la *posibilidad de contribuir*. La falta de títulos suficientes llega a legitimar el *azar*. La necesidad puede presentarse en términos de *vulnerabilidad*, por ejemplo en casos de pobres, enfermos, niños, ancianos, mujeres, etc. Al fin toda nuestra especie es vulnerable, con amenazas a veces marginadas y muy graves, como pueden ser las del choque de algún cuerpo del espacio extraterrestre con nuestro planeta. Según las áreas de su desempeño, las juezas y los jueces deberán considerar diversas ponderaciones de esos títulos. En contratos habrá más legitimidades por méritos y responsabilidades; en familia encontrarán más

justicia referida a merecimientos y posibilidades de aportar, etc. Cabe preguntarse, por ejemplo, en qué medida, la necesidad, sobre todo si es extrema, a riesgo de muerte, legitima. Hace unos años un juez entrerriano de menores y familia dispuso que el Estado provincial, a través de un supermercado sito en la ciudad de Paraná suministrara alimentos a una pareja de desocupados con tres hijas, una de ellas desnutrida. El costo de la mercadería adquirida debía abonarse al supermercado por el gobierno provincial. Un caso que suscitó debates, pero vale recordar.

En cuanto a los *objetos* de reparto, de manera principal *vida, creatividad, propiedad, ocupación*, etc., la manera de valorarlos, al fin de ponderarlos, tendrá gran influencia en las decisiones de funcionamiento y la tarea judicial en general. Un juez que valore más la vida y la propiedad determinará las penas de homicidio y robo de manera distinta al que las valore menos. Problemas importantes se vinculan, por ejemplo, con el comienzo y el final de la vida, con la procreación, la eugenesia, la eutanasia, etc. Cuestiones relevantes existen respecto a la lesión, el abuso del derecho, etc. Existen

importantes debates sobre la fundamentación de la propiedad material e inmaterial, v. gr. por el trabajo, la creatividad, el transcurso del tiempo, etc. El pronunciamiento judicial y su ejecución, por el solo hecho de existir, pueden aportar potencias e impotencias específicas, distintas a las que suceden cuando no ocurren. Un interrogante interesante es el de la medida en que las juezas y los jueces son la *última garantía* de justicia, de modo que más allá de las soluciones positivizadas, al fin son ellas y ellos quienes han de amparar a las personas amenazadas que no tienen otro resguardo. En este enfoque, considero que la jurisdicción residual, tendiente a que en lo posible ninguna injusticia quede sin resolver, corresponde a los jueces civiles. Un tema relevante es también si los contenidos de las sentencias que dictan pueden ser motivo legítimo de remoción de los jueces. Cuando era estudiante, me enseñaban que no y pienso del mismo modo. Sin embargo, en la Argentina se removieron jueces porque constituyan una supuesta o real mayoría automática a favor del Presidente. Abierto ese criterio, el curso en el mismo sentido continúa.

También la *forma* de los repartos, nucleada en la *prueba* y la *audiencia* como instrumentos de comprensión profunda, tiene valor en el funcionamiento y al fin en la judicialidad justos. Tema tenso es la relación entre proceso y verdad, de diversa recepción, v. gr., según se trate de ejecuciones cambiarias o familias. En los regímenes con sentido humanista la audiencia posee valor muy relevante, porque una de las características de los humanos y en cierta medida los entes vivos en general es “tener voz”. Vale recordar, por ejemplo, que tramitar no es necesariamente escuchar y comprender. La audiencia dignifica. Nadie puede ser legítimamente condenado sin juicio previo. Todo humano, incluso el que hipotéticamente fuera el más repugnante, merece ser escuchado. Es importante que *se pregunten* de la manera más profunda posible por los casos que les toque resolver.

Asimismo, es relevante la justicia de las *razones*, que requiere *fundamentación*. Las personas merecen fundamentación, una fundamentación *razonable* que no solo esté dirigida de modo adecuado a las partes y sus asesores sino al complejo de la sociedad. Este

requisito de fundamentación, establecido en el Código Civil y Comercial, es también una exigencia de la forma republicana de gobierno. Fundamentar de manera debida no es solo expresarse, es expresarse de la manera razonable en que se pueda comprender. Hay que lograr que la sentencia tenga fuerza de convicción, que las partes y el resto de la sociedad consideran que es la que se debió dictar.

32. Para cumplir el principio supremo de justicia que hemos adoptado, el *orden de repartos*, o sea el régimen, ha de tomar a cada individuo, al que ha de reconocerse derecho a desplegarse en la mayor plenitud posible, como un *fin* y no como un medio. Esto significa que el régimen debe ser *humanista* y no totalitario. La propuesta de construcción trialista se integra en la tradición humanista de Occidente, diferente del culturalismo o el transhumanismo. En el humanismo prevalecen los valores de la personalidad; en el culturalismo predominan los de la cultura y el trabajo y en el supraindividualismo prevalecen los valores colectivos. No es legítimo sacrificar a alguien en provecho de otro.

En principio, el Derecho en general e incluso el obrar judicial tienen cierto modo “totalitario” en la medida que trata a los recipientes y en particular a los justiciables de los casos de una manera dirigida a influir en otros casos. Siempre existe la dificultad de resolver la constitución de precedentes, la vocación de prevención, sobre todo si es general, etc. Nunca olvidemos, sin embargo, que siempre, en *cada humano*, está la dignidad de toda la especie.

Para que el humanismo pueda desarrollarse existen caminos *abstencionistas* o *intervencionistas*. A la luz del principio supremo propuesto, el abstencionismo tiene preferencia sobre el intervencionista, pero el obrar judicial es siempre en alguna medida intervención. La medida en que juezas y jueces han de intervenir en las vidas de los justiciables, en este caso, al hacer funcionar las normatividades, es un interrogante muy importante. Como en todos los despliegues de la juridicidad, hay distintos estilos de magistradas y magistrados más abstencionistas o intervencionistas.

Si se toma en cuenta la propuesta apoyada en el pensamiento de la Revolución Francesa de considerar a los humanos *libres*, tal vez mejor *únicos*, *iguales* y partes de una *fraternidad*, mejor *comunidad*, se advierte que esos distintos caminos tienen relevancia en el despliegue de construcción y solución de los casos. No podemos afirmar la libertad, pero vale que seamos únicos. No podemos afirmar la fraternidad, que supone un padre común, pero sí la comunidad. La unicidad conduce al liberalismo político, distinto del económico, la igualdad lleva a la democracia y la comunidad conduce a la “*res publica*”. ¿En qué medida el caso en sus protagonistas ha de ser considerado único, igual a otros o parte de una problemática de la comunidad? El equilibrio es difícil, por ejemplo, a mi parecer tenemos derecho a ser únicos en cuestiones de arte, de salud y de género, así los Testigos de Jehová tienen derecho a rechazar las transfusiones de sangre, pero en cuanto a vacunación ante enfermedades contagiosas si queremos hacer vida social la exigencia de comunidad hace legítimo que se nos oblige a vacunarnos. Considero que tenemos pleno derecho a suicidarnos, y es legítimo

ejercitarlo mientras el suicidio no sea inducido, pero no tenemos derecho a contagiar a los demás.

Para realizar el humanismo es necesario *proteger* al individuo que ha de desarrollarse contra todas las amenazas, según lo reclamen las circunstancias. El amparo respecto de los *demás individuos* como tales y como régimen, excepcionalmente respecto de *sí mismo* y contra todo “*lo demás*” (enfermedad, miseria, rutina, soledad, desempleo, ignorancia, etc.).

El resguardo respecto de los *demás individuos* como tales se busca mediante ramas jurídicas como el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, etc.

La protección contra los *demás individuos* como *régimen* se procura a través del *debilitamiento* del gobierno y el *fortalecimiento* de los individuos amenazados. El debilitamiento se encamina con la *división del poder*: en lo *material*, con la tradicional división de poderes, en la que la judicialidad tiene gran importancia, y la autonomía de algunas instituciones, como las universidades; en lo *espacial*, por ej., en el

federalismo y las soberanías estatales; en el *tiempo*, v. gr., en la periodicidad de los mandatos, y en las *personas*, por ej. mediante la colegiación de los órganos.

En la división de poderes tripartita que se ha hecho tradicional, las juezas y los jueces, en principio caracterizados por su imparcialidad, se convierten en un poder del gobierno. Esta dualidad suele generar afinidades y tensiones en las que a veces pierden la imparcialidad. Pese a las amenazas que se ciernen sobre el *federalismo*, éste es un instrumento que, sobre todo en países extensos y diversos como el nuestro, posee gran relevancia. Los problemas de los jujeños los entienden mejor los jujeños, las cuestiones de los chaqueños los entienden mejor los chaqueños, los problemas de los santafecinos los entienden mejor los santafecinos, etc. Los tribunales locales provinciales tienen altísima fundamentación. Como regla, es relevante la división en el *tiempo*, v. gr. expresada en la periodicidad republicana. A diferencia de la necesaria periodicidad de los otros poderes, me parece conveniente que los jueces sean inamovibles. Es significativa, asimismo, la división en las *personas* concretada, por ejemplo, en los órganos colegiados. En

cuanto a este despliegue de la colegiación, cabe recordar, por ejemplo, que en el caso “Sejean” tres jueces votaron por la inconstitucionalidad de la inexistencia del divorcio vincular pero dos votaron por la constitucionalidad.

El fortalecimiento de los individuos se busca con las *declaraciones* y las *garantías* de los derechos, que son también instrumentos de larga trayectoria y muy alto valor. Cabe mencionar al respecto el quizás legendario Fuero de Sobrarbe, la Carta Magna, el Bill of Rights, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en nuestro país, gran parte del bloque de constitucionalidad, etc. En gran medida, las declaraciones y las garantías forman la cima de la eticidad a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial. Se ha llegado a decir que estamos en la *edad de los derechos*. Claro está que para que se desarrollen los derechos son necesarios *deberes*.

La protección del individuo contra el régimen hizo grandes *avances* a impulsos de la burguesía. Tiene antecedentes muy valiosos,

como la resistencia de los judíos y los cristianos a rendir culto al emperador, que no era dueño de sus conciencias, o el asilo, célebre, por ejemplo, por la magnífica novela “Nuestra Señora de París” de Víctor Hugo, pero la división del poder para que el poder detenga al poder está firmemente enlazada a los nombres de John Locke y el barón de Montesquieu. Locke era un burgués que escribía en contra de la destituida dinastía de los Estuardos. Montesquieu era un noble de nobleza de toga, inferior a la de capa y espada. Ninguno de los dos quería que se entrometieran en sus vidas.

La división del poder con el propósito de que el poder detenga al poder es más viable cuando los poderes están en manos de clases diferentes, pero la división no es la justicia misma, y no debe llevar a la parálisis del gobierno y menos ha de quedar apresada en una grieta, como de cierto modo ha llegado a ocurrir en la Argentina. Vale pensar no en un poder judicial “contramayoritario”, sino en un poder judicial *distinto* de los otros poderes que contribuya a *frenar los desbordes*. A diferencia de la parcialidad que pueden tener los otros poderes, el judicial ha de ser *imparcial*. Tal vez

sea inevitable que los jueces salgan de parcialidades, pero deben asumir la responsabilidad de la imparcialidad. En general, si el poder judicial no se desenvuelve con los alcances debidos, no se concreta de manera debida la interpretación judicial.

El *excepcional* amparo respecto del *propio individuo* aparece, por ejemplo, en la posibilidad de enmendar sus desvíos que lo desubican en la sociedad. Un tema muy debatido es el del alcance de la protección de las personas que tienen afectada la que se considera salud mental.

La protección frente a *todo “lo demás”* se concreta en servicios de salud, subsidios, educación, apoyo a la investigación científica y al arte, promoción familiar, empleo, etc.

Es muy notorio que las vías de amparo han de ser ponderadas. En la Argentina y en el resto del mundo, de maneras diversificadas según las circunstancias, hay frecuente desprotección en diversos aspectos. Alguien debe proteger contra los macrodatos (llamados también *big data*); alguien tiene que amparar a los vulnerables desamparados, por ejemplo, los ancianos, que a menudo quedan a merced de una

sociedad que los agrede, las personas con particularidades de género, etc. Considero que siempre que una persona esté desprotegida tiene el *último derecho de acudir a la protección judicial*. Las juezas y los jueces son, a mi parecer, la última garantía de la dignidad humana y la justicia. Si no hay resguardo al menos judicial de la condición humana, solo queda la violencia.

33. Los modelos de funcionamiento normativo tienen *especificidades* en los *alcances*, las *dinámicas* y las *situaciones*.

34. En cuanto a los alcances los modelos de funcionamiento varían en la *materia*, el *espacio*, el *tiempo* y las *personas*. La diversidad en la materia se constituye en ramas autónomas del mundo jurídico, caracterizadas por particularidades tridimensionales, en cuanto a las adjudicaciones, especialmente en los repartos, en las normatividades y, en última instancia, por específico principios de justicia. Por ejemplo: el Derecho del Trabajo, signado en la dimensión sociológica gran medida por tensiones económicas de clase, con vulnerabilidades de los trabajadores y solidaridades de frecuentes raíces religiosas; en

la dimensión normológica por normatividades muy especiales que tienen un punto muy atendible en los convenios colectivos de trabajo que, por ministerio de la ley, se hacen obligatorios para todos los integrantes de la actividad y en la dimensión dikelógica por el principio de protección del trabajador concretado, por ejemplo, en integraciones de la justicia con el amor, en que uno es porque otro es, y la solidaridad limitando los despliegues de la utilidad. Como rama jurídica el Derecho del Trabajo constituye un suborden de repartos, un subordenamiento normativo y un subrégimen de justicia. Las particularidades del Derecho del Trabajo se suelen expresar en la existencia de tribunales especiales, con *funcionamiento normativo particular* donde el principio de protección del trabajador se concreta, por ejemplo, en el principio *in dubio pro operario*. En relación con esas autonomías se despliegan autonomías legislativa, con abundantes fuentes formales propias; administrativa, a menudo con ministerios propios; académica, con cátedras especiales; científica, con investigaciones y tratados específicos y educativa o pedagógica con la aptitud para madurar la conciencia

jurídica. En caso de carencias en los subordenamientos normativos del Derecho del Trabajo hay que ir a recursos propios de la rama, con una “autointegración” muy particularizada, antes de acudir a analogías con las demás. Otra rama que requiere tribunales con características muy diferentes de las del Derecho Civil y Comercial de predominio patrimonial es el Derecho de Familias. Es notoria también, v. gr., la particularidad del funcionamiento penal.

En general las diversidades del funcionamiento normativo se muestran, v. gr., en la distinta apertura a la analogía en el Derecho Privado que en el Derecho Penal cuando se la usa en contra del reo. Los grandes desafíos de la realización integrada de los derechos humanos y el desarrollo del capitalismo en un clima de enorme cambio científico y tecnológico plantean funcionamientos normativos con rasgos especiales y la necesidad de *nuevas ramas jurídicas* llamadas a menudo a enriquecer a las tradicionales con consideraciones de organización judicial correspondientes a las diversidades, sean tribunales propios o especializaciones en tribunales de otras ramas. Esas ramas nuevas son, por ejemplo, el Derecho

de la Salud, el Derecho de Adultos Mayores (o de la Ancianidad), el Derecho de la Ciencia y de la Técnica, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc. Algun día serán imprescindibles tribunales propios para la problemática del Derecho Espacial entendido en sentido mucho más amplio que el actual.

En el espacio, el funcionamiento en el common law, referido principalmente al precedente judicial y al fin a la costumbre, es diverso del que ocurre en el derecho romano-justiniano germánico, remitido de manera predominante a la ley. La referencia a diferentes fuentes genera funcionamientos distintos. En el common law la tarea del reconocimiento de la normatividad a tener en cuenta, surgida del precedente, es en general más compleja que en el derecho romano-justiniano germánico. La lógica del common law es más analógica; la del derecho romano-justiniano germánico es más deductiva. En el common law el caso tiene más gravitación que en el desenvolvimiento normal del derecho romano-justiniano germánico. El funcionamiento según la exégesis que defendía por vías legalistas y deductivistas el Código Civil de los franceses es diverso del que surge del

Código Civil suizo, cuyo artículo 1 se refiere a la letra o el espíritu de las disposiciones, encomienda al juez que en caso de laguna legal se pronuncie según la costumbre y a falta de ésta conforme a las reglas que él habría establecido si fuera legislador y manda inspirarse en la doctrina y la jurisprudencia. Los tres modelos son diversos del que, con más proximidad a la obra helvética, plantea el Código Civil y Comercial.

El funcionamiento en *tiempos* anteriores al predominio de la codificación era diverso del desarrollado en la época de la codificación y los funcionamientos de ambas épocas distintos del del tiempo de la descodificación, así como todos ellos son diversos a los días de la recodificación. Una nueva era genera desde hace varias décadas una sorprendente cantidad de lagunas que requerirá un funcionamiento específico con particular despliegue judicial.

Además, en alguna medida, cada juez y cada jueza da su impronta *personal* al funcionamiento. Es posible que haya jueces que se aproximen a ser la “boca” que pronuncia las palabras de la ley, como lo decía Montesquieu; es

posible que haya quienes piensen que su actividad es “aplicar” las normativas, ocultando las diversidades de posibilidades que también tienen el reconocimiento, la interpretación, la determinación y la elaboración, pero incluso en tal extremo positivista es notorio que su personalidad, con menos o más creatividad, es influyente. Si la jueza y el juez se conocen a sí mismos estarán en condiciones de construir mejor su imparcialidad. Al comienzo del curso nos hemos referido, al respecto, a diferentes clases de jueces.

35. Además de los alcances, vale considerar como especificidades jurídicas la *dinámica*. El siglo XIX significó un aumento (plusmodelación) del modelo de funcionamiento exegético. El siglo XX correspondió a una disminución (minusmodelación) de la exégesis y una plusmodelación de los modelos apoyados en más protagonismo judicial que, con más referencias a contenidos, se acentúa en nuestra era.

En cuanto a contenidos de los pronunciamientos, por ejemplo, la mayoría de la sentencia de Corte del caso Sejean significa una

minusmodelación del matrimonio y una plusmodelación de la libertad personal.

36. En el curso de las especificidades jurídicas vale atender asimismo a las *situaciones* de aislamiento y de relacionamiento, quizás convenga decir conexión, entre respuestas jurídicas, en este caso modelos de funcionamiento y contenidos. Hoy vivimos según el Código Civil y Comercial una importante *dominación* de los modelos judicialistas sobre los “legislativistas”.

La sentencia del caso Sejean según los votos mayoritarios domina al artículo 64 histórico y tiene gran conexión con todos los otros casos de divorcio vincular en la Argentina y con la ley 23.515. Por ejemplo, son recipiendarias indirectas todas las personas cuyos matrimonios sean considerados desde la perspectiva de la disolubilidad, sus hijos, los integrantes de los sectores culturalmente interesados, etc.

37. El funcionamiento, en particular la interpretación y al fin la judicialidad, como la vida misma, transcurren en el desarrollo de *estrategias*, de ordenaciones de medios para la

realización de *objetivos*. Deben tener en cuenta cuál es su objetivo. Aunque el complejo de tareas se llame interpretación o funcionamiento, su objetivo es interpretar o hacer funcionar de una manera indiferenciada o su objetivo es al fin hacer justicia respetando lo que consideramos dignidad de las personas humanas. El trialismo es un gran instrumental para desarrollar la estrategia con lucidez y al fin ha de exhibir que se trata de una estrategia que a través de la interpretación y el funcionamiento busca la justicia.

Aplicando reglas generales, en la estrategia en este caso de interpretación y en general funcionamiento hay que conocer los *cuadros de situación* de los casos y los conjuntos de casos, con las *fortalezas*, las *debilidades*, las *oportunidades* y las *amenazas* y los *costos* y los *beneficios* y adoptar, en condiciones de diversa certidumbre, *decisiones* que pueden ser de *fortalecimiento*, *relacionamiento* y eventualmente *enfrentamiento*.

El intérprete judicial ha de saber cuál es su cuadro de situación: cuáles son sus fortalezas, con qué cuenta o no, qué debilidades ha de

superar, que amenazas enfrenta y qué oportunidades tiene. Debe ponderar costos y beneficios. Ha de decidir, en cuanto sea necesario, fortalecer sus recursos, con propio crecimiento y relacionamientos.

Por ejemplo: una jueza o un juez tienen *fortalezas*: saben derecho, tienen buenas fuentes de información, cuentan con buen personal, ganan buenos sueldos. Tienen posibles *debilidades*, supongan que les guste excesivamente el dinero, entonces pueden llegar a ser corruptos. A veces al menos se distraen, por ejemplo, en el caso de la escasa atención al celular vinculado al atentado contra la doctora Kirchner que según informan llegó encendido y en sobre abierto. Enfrentan *amenazas*, miren ahora la lo que les pasa con los jueces en la Argentina, uno se aterroriza. Aquí en Rosario es una situación de amenazas muy grave, hay quienes no quieren ser juezas o jueces porque consideran que están los traficantes de droga amenazando todo el tiempo. Las magistradas y los magistrados cuentan con *oportunidades*, por ejemplo, las que les brindan las pruebas y alegaciones de las partes.

El funcionamiento puede *decidirse* con *propios fortalecimientos*, mediante nuevos estudios que nos parece deben ser tridimensionales y *relacionamientos*, con peritos, otros magistrados, funcionarios administrativos, etc. En ciertos casos, habrá de *enfrentarse*, por ejemplo, a otros funcionamientos.

A mi parecer, la interpretación y el funcionamiento son al fin tácticas que deben estar al servicio del objetivo estratégico de realizar la justicia, de contribuir a la realización plena de cada humano y cada humana.

El horario de clase ha concluido. Mi mejor saludo.

CLASE 9

La teoría trialista del mundo jurídico en su conjunto (continuación)

Buenas tardes.

Para comprender el funcionamiento normativo es imprescindible considerar el lugar de la sentencia en el mundo jurídico. Se trata de un lugar tridimensional, normo-socio-dikelógico, en la complejidad de la vida. A través de la consideración de dicho lugar se amplía el elemento sistemático de la interpretación y las bases de la autointegración del ordenamiento normativo.

La sentencia pertenece al ordenamiento normativo, que se suele representar como una pirámide y también podría ser expresado como una esfera, porque se integra en relaciones verticales y horizontales, de producción y de

contenido. La figura de la pirámide se desarrolla en la teoría pura del Derecho, pero es utilizada en otras orientaciones, como en nuestro caso el trialismo. Algunos especialistas en la obra de Kelsen han asegurado que el maestro austrohúngaro no usaba la palabra pirámide sino escalonamiento, pero para el caso conviene usar la expresión consagrada. Es posible que, con más precisión, la sentencia corresponda a un subordenamiento con principios identificadores propios, por ejemplo de una materia, una rama especial, civil y comercial, del trabajo, administrativo, penal, procesal, de salud, de adultos mayores, etc. que han de orientar su despliegue. Las relaciones verticales ocurren cuando una normatividad, en este caso una sentencia, se produce según lo indicado en una superior, realizándose el valor subordinación, y cuanto una normatividad toma el contenido de otra superior, satisfaciéndose el valor ilación. Una sentencia es tal porque la hizo un juez de acuerdo al procedimiento establecido por una normatividad superior, aunque no se cumpla. La orden de un piquetero no es sentencia, aunque se cumpla. La sentencia normalmente toma su contenido de normatividades superiores, del

bloque de constitucionalidad, otros tratados, leyes, etc. Las vinculaciones horizontales de producción suceden cuando una normatividad, en el caso una sentencia, recibe para su cumplimiento apoyo de otra que no es superior, por ejemplo, la sentencia tiene apoyo de las normatividades policiales, el Código Civil y Comercial recibe apoyo del Código Penal, etc. En ellas se satisface el valor infalibilidad. Si la sentencia toma su contenido de otra que no tiene efecto vinculante respecto de ella, por ejemplo por analogía, hay una vinculación horizontal de contenido. En este tipo de relación se realiza el valor concordancia. La normatividad de la sentencia se integra en el ordenamiento también empleando conceptos del orden conceptual respectivo.

Puede ocurrir que una normatividad, en este caso la de la sentencia, no se someta a la normatividad superior, por ejemplo, podría suceder que una sentencia ordenara torturar a una persona. En este caso, en la medida en que no haya mecanismos para su sujeción, la teoría pura sostendría que el escalón inferior fue facultado, habilitado, para disponer lo que dispuso, porque si no se habrían dispuesto más

controles. A diferencia del legalismo de la teoría de la exégesis, la teoría pura es una construcción logicista que brinda una cadena de facultamientos. En el trialismo consideramos, lisa y llanamente, que en la realidad social el escalón inferior ha prevalecido sobre el superior. La pirámide puede entrar en crisis en la realidad y las normatividades deben tenerlo en consideración. A nuestro parecer, considerar que la Constitución quiere que no haya tortura pero de cierto modo quiere, faculta, la tortura, nos parece disparatado.

El ordenamiento normativo de referencia para la sentencia se identifica mediante una norma hipotética, no puesta, supuesta, fundamental de obediencia al constituyente histórico, que puede hipotetizarse correctamente si da una pirámide que se cumple. Por ejemplo, en la Argentina, la norma hipotética fundamental será la obediencia al constituyente de 1853/60 se puede suponer de manera correcta porque el Presidente, los legisladores, los jueces, los administradores, etc. obran en cumplimiento de esa norma fundamental. La idea de la norma hipotética fundamental relacionada con el cumplimiento significa el

reconocimiento de la positividad de la dimensión normológica y la dimensión sociológica. En esto el trialismo coincide con la teoría pura del derecho, en cambio los jusnaturalistas suelen hacer depender el ordenamiento positivo del natural. Así ocurre en nuestros días en la teoría que sostiene que la injusticia extrema no es derecho. Como los valores no tienen fuerza para sostener los repartos ni las normatividades, a nuestro parecer hacer pender el ordenamiento de los valores es ocultar los soportes reales del mismo.

En el conjunto del ordenamiento la sentencia contribuye a realizar el valor coherencia que, cuando se encamina a la justicia, es armonía. Es relevante que la sentencia contribuya a la realización de la armonía. Sin los jueces y las normatividades de sus sentencias es difícil que haya armonía.

El reparto de la sentencia se integra en el orden de repartos cumpliendo planificación gubernamental o ejemplaridad. Como hemos expuesto, la planificación gubernamental indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de repartidores y se

expresa, por ejemplo, siguiendo caminos constitucionales, legales etc. A su vez, la ejemplaridad se desarrolla por el seguimiento de modelos considerados razonables, v. gr. de la jurisprudencia, las costumbres, los usos, etc. En la medida que cumple una planificación en marcha, el reparto de la sentencia realiza el valor previsibilidad; en cuanto se inserta en la ejemplaridad, el reparto de la sentencia satisface el valor solidaridad. El complejo del orden realiza el valor homónimo, orden, y cuando éste se encamina a la justicia realiza el valor paz. Es importante que la sentencia aporte a la realización de la paz. Sin los jueces y los repartos de sus sentencias es difícil que haya paz. Si la sentencia no es ordenada se ubica en la anarquía, donde no se sabe quiénes reparten y con qué criterios reparten y se produce el desvalor arbitrariedad. La arbitrariedad no siempre es al fin injusta, por ejemplo, en una revolución, también cuando es justa, hay cierta anarquía y arbitrariedad, pero cuesta cierto grado de injusticia. Una sentencia arbitraria tiene un importante aspecto de injusticia.

Las normatividades y los repartos, en este caso de las sentencias, deben realizar el

complejo de valores de la dimensión dikelógica que, como este nombre lo indica, culmina en la justicia. La justicia nos parece de imprescindible consideración en el derecho, es más, en gran medida la posibilidad de su realización individualiza nuestra construcción de la juridicidad. A diferencia del fundador del trialismo, el profesor Werner Goldschmidt, que era objetivista y creía que la justicia es un valor natural, no afirmamos ni negamos la objetividad o la subjetividad, nos referimos a una construcción que puede o no ser compartida. Si no la comparten, obviamente, opten por otra. No incluir las consideraciones de justicia en el derecho nos parece silenciar las injusticias, por ejemplo de los genocidios, el hambre, etc., que debemos explicitar y combatir. De maneras destacadas, es significativa la ubicación de las sentencias como justicia polilogal (de varias razones en el caso, correspondientes a las partes), gubernamental (desde el todo) y sectorial (dirigida a la parte social que es el caso), integrada en el complejo de desfraccionamientos del régimen respectivo y realizadora del humanismo con sus exigencias de predominio del abstencionismo sobre el

intervencionismo, atención a la unicidad, la igualdad y la comunidad y protección del individuo contra todas las amenazas, sobre todo con la división de poderes. Una manera muy relevante para controlar lo que hacen los repartidores, en este caso las juezas y los jueces, es emplear un complejo de perspectivas de análisis de sus procederes como el que propone el trialismo. Si no hay manera de comprender lo complejo del desempeño judicial, se abre camino a desvíos tridimensionales del funcionamiento. Aunque parezca vacío, el despacho judicial está inmerso en la complejidad jurídica en la que se han de producir el funcionamiento normativo y la sentencia, ambos en su tridimensionalidad.

Muchas gracias. Buenas tardes.

CLASE 10

II. Análisis de casos

Buenos días.

1. Vamos a estudiar el caso “Juan Bautista Sejean contra de Ana María Zaks de Sejean sobre inconstitucionalidad del artículo 64 de la ley 2393” con sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de noviembre de 1986, cuya sentencia está publicada en “Fallos”, 308-II, págs. 2268 a 2348. Es un caso muy interesante con argumentaciones que vale tener en cuenta. El despliegue de los votos de la mayoría y la minoría permite comprender no solo la sentencia, sino las posiciones de las partes y las instancias inferiores. Vamos a ver el caso y después vamos a considerar cómo sería analizado según varias corrientes respecto del funcionamiento. El artículo 64 de la ley 2393, es 64 por un cambio de numeración que hubo de la

ley, no admitía en el texto el divorcio vincular. Decía "El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial."

Como Ustedes saben, cuando se hizo el Código Civil de 1869, correspondiendo a la realidad social del juego de factores de poder de la época, se dejó la materia matrimonial al Derecho Canónico. El poder de la Iglesia Católica se había manifestado, por ejemplo, cuando durante la gobernación de Nicasio Oroño en Santa Fe, en 1867, se dictó una ley de matrimonio civil, materia que era facultad de la provincia porque la nación todavía no había ejercido su derecho a dictar el Código Civil. Esa ley había producido un gran conflicto político, en gran medida encabezado por el obispo de Paraná con sede en Santa Fe José María Gelabert y Crespo, que le costó la gobernación a Nicasio Oroño y al final quedó sin efecto. Entre los fundamentos de la ley Oroño dijo "los constantes esfuerzos que se han hecho hasta hoy por la provincia para traer la inmigración extranjera, los sacrificios que ha sido indispensable hacer para el establecimiento de colonias en su

territorio serían infructuosos si no procurásemos hacer efectivas las garantías constitucionales, acabando con el absurdo de imponer a los extranjeros, de creencias diferentes a la nuestra, como condición para el ejercicio de los derechos civiles de casarse, la obligación de abjurar de su religión". Si alguna vez vienen a Rosario van a poder visitar el importante bulevar Nicasio Oroño, que hoy es bonito pero lo fue más, porque en él estaban muchas de las mansiones más hermosas de la ciudad, que se hizo opulenta. El primer matrimonio civil se celebró en Rosario. Oroño tenía plena razón, el régimen del matrimonio canónico era inconstitucional para los extranjeros, a quienes, el art. 20 de la Constitución, a diferencia del texto expreso del art. 14 referido a los habitantes, aseguraba el derecho a casarse conforme a las leyes. Era obvio que las leyes no podían exigirles que abandonaran su culto y se casaran por la Iglesia Católica. El matrimonio civil debía estar disponible, sin las presiones que ejercía la Iglesia Católica, para todas las personas. Sin embargo, la Iglesia no estaba dispuesta a admitir la legislación civil y provocó graves desórdenes. No

obstante, parece que no fueron los sectores católicos sino los partidarios de Justo José de Urquiza quienes provocaron la revolución que depuso a Oroño. La benéfica ley fue derogada después del derrocamiento del gobernador.

En 1869 era presidente Domingo Faustino Sarmiento, pero se pensó en no irritar el ánimo de la Iglesia y entonces el matrimonio quedó en manos del Derecho Canónico que, como Ustedes saben, no tiene divorcio vincular. El gran proyecto positivista progresista y liberal, que algunos llaman infundadamente conservador liberal y que, pese a las discrepancias entre ellos, encarnaban sobre todo Sarmiento, en cierto sentido Nicolás Avellaneda y Julio Argentino Roca se concretó, durante la presidencia del cuñado de Roca Miguel Juárez Celman, con el dictado, en 1888, de la ley de matrimonio civil 2393. Esta ley no contemplaba el divorcio vincular. Seguía el criterio de la Iglesia de la indisolubilidad del matrimonio entre vivos, que se imponía a quienes no profesaban esa fe. En 1954, durante el gobierno de Juan Domingo Perón, por entonces enfrentado a la Iglesia Católica, se había dictado la ley 14.394 que en un artículo, sin siquiera

poner punto y aparte, establecía el divorcio vincular. Sin embargo, como consecuencia de la caída del gobierno peronista, el divorcio vincular fue suspendido por el decreto-ley 4070/56, que luego por ley había adquirido fuerza legal hasta tanto no se dispusiera lo contrario. El peronismo, sobre todo el de 1945, es organicista y procatólico, pero en esa circunstancia estaba enfrentado a la Iglesia, conflicto que le costó muy caro. En tiempos del caso Sejean, el artículo 64 de la ley de matrimonio decía, como les expuse, el divorcio que este código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos sin que se disuelva el vínculo matrimonial. O sea, después del divorcio separación continuaban los deberes conyugales, incluso algo un poco llamativo, el deber de fidelidad. Esto colocaba a muchas personas en un deber difícil de cumplir. Había muchas personas que o bien se avenían a la castidad y la soledad, cosas que notoriamente eran muy difíciles de lograr, o bien vivían en pareja de hecho que a veces intentaban legalizar mediante, primero, el divorcio separación de cuerpos en la Argentina, y luego el matrimonio en el extranjero. Dichos matrimonios en el extranjero,

celebrados así en fraude a la ley argentina, tal vez un fraude justo, generaban un gran conflicto, desde el punto de vista técnico, porque se discutía si eran nulos o eran inexistentes. Si eran nulos en realidad las personas facultadas para reclamar la nulidad eran pocas; si eran inexistentes al fin podía reclamar cualquiera porque era algo que no había ocurrido. Entonces los sectores más divorcistas exigían que se aplicara la teoría de la nulidad; en cambio, los sectores más antidiivorcistas defendían que se aplicara la teoría de la inexistencia. Por otro lado, algunas pocas personas usaban de modo fraudulento el recurso de la disolución del matrimonio por el posterior matrimonio del ausente con presunción de fallecimiento, aplicándolo a casos donde los supuestos ausentes estaban prudentemente escondidos. Se decía: se casa casado y casándose se descasa. La sociedad de entonces no estaba preparada para asumir fácilmente las parejas de hecho, había un superyó muy fuerte en sentido matrimonial. Sin embargo, ante los daños que producía la situación, se había comenzado a reconocer derecho a pensión a concubinas. Para aliviar la presión, que se hizo grande, la Iglesia a veces ha

usado la generosidad en la nulidad. Así estaban las cosas. En 1986, con muchos miles de personas que buscaban una solución a un problema que para ellas y el resto de la sociedad era muy importante, llegó a sentencia el caso Sejean, resuelto por la Corte Suprema el 27 de noviembre de ese año, durante el gobierno radical de Raúl R. Alfonsín, identificado con la socialdemocracia.

2. En la causa de referencia, Juan Bautista Sejean que, si no recuerdo mal era juez de Instrucción, pide que se declare que el artículo 64 que termino de leerles era inconstitucional. El caso llega a la Corte con el rechazo del pedido de inconstitucionalidad y, como habrán visto porque lo han leído, contra el dictamen de confirmación del procurador fiscal la Corte, por mayoría de tres contra dos, con varios votos divididos, cada uno por su voto, se declara que la inexistencia de matrimonio de divorcio vincular era inconstitucional. Votaron por la inconstitucionalidad los doctores Enrique Santiago Petracchi, Carlos Fayt y Jorge Antonio Bacqué. Votaron por la constitucionalidad los doctores José Severo Caballero y César Augusto Belluscio. Para que comprendan mejor el

panorama personal, les hago presente que al doctor Enrique Santiago Petracchi se le atribuían posiciones peronistas liberales; el doctor Carlos Fayt era de extracción socialista, pero se interesó en estudiar el peronismo; al doctor Jorge Antonio Bacqué se lo consideraba en posiciones afines al radicalismo; el doctor Caballero era radical de Córdoba y el doctor Belluscio destacaba que la propuesta de su designación fue por una referencia personal, pero en un momento fue radical. Todos habían sido designados durante la presidencia del doctor Raúl Alfonsín. Tal vez sea significativo que el doctor Petracchi y el doctor Bacqué fueran especializados en Filosofía del Derecho; el doctor Fayt era constitucionalista; el doctor Caballero era penalista y el doctor Belluscio era especialista en Derecho de Familia. Los integrantes de la mayoría pertenecen a áreas del pensamiento jurídico donde puede haber menos apego a las formas de la familia tradicional; los componentes de la minoría podrían estar más referidos al modelo familiar tradicional y a los textos normativos. El propio doctor Belluscio en una entrevista que se le hizo dijo “Mire, la única presión que recibí fue en 1987. En realidad, no

fue una presión, sino que durante una reunión surgió el tema de la Ley de Matrimonio Civil y el presidente Alfonsín nos pidió que dictáramos su inconstitucionalidad. Y junto con el Dr. Caballero votamos en contra de la inconstitucionalidad."("Entrevista al Dr. Augusto César Belluscio", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 19, 1 , 2018), Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, file:///C:/Users/FDER/Downloads/33 3-Texto%20del%20art%C3%ADculo-599-1-10-20200330.pdf, 2-11-2023). En la oportunidad de la entrevista referida, el doctor Belluscio destacó el deber de votar según la ley y no según opinión particular. Cabe recordar, no obstante, que información del diario "La Nación" del 7 de junio de 2005 (artículo "Belluscio, un sobreviviente") dice que el doctor Belluscio fue condenado por adulterio luego de un suceso de 1989. El doctor Alfonsín era radical perteneciente al movimiento socialdemócrata, no yrigoyenista, tampoco era peronista. Tal vez si en 1983 hubieran ganado los peronistas, que eran afines al catolicismo, el divorcio vincular hubiera tenido otra trayectoria. El doctor Alfonsín se identificaba como católico, pero sus ideas, más afines al pensamiento analítico, dominado por los

positivistas y a la socialdemocracia, estaban lejos de estar inspiradas en el catolicismo. El hecho es que pudiendo vetar la ley no lo hizo. Tal vez el líder radical Hipólito Yrigoyen hubiera pensado lo contrario.

Quizás los jueces de la mayoría en el fallo Sejean pertenecieran a la corriente de jueces ya no imparciales, sino que toman partido, que en el equipo docente de este módulo describe, en sus exposiciones, el profesor Mario Eugenio Chaumet. A mi parecer, si un juez no es imparcial no tiene diferencia con el poder administrador y se extingue su justificación como parte de un poder diferenciado del administrador y el legislativo. Como saben, la sentencia del caso "Sejean" está en "Fallos", 308-II, págs. 2268 a 2348.

3. Leamos ahora juntos párrafos del fallo largo, porque tiene varios votos extensos diferentes, con fundamentos de interés de un lado y del otro. Tienen ante Ustedes el contenido del fallo, que se les envió. Para el tribunal apelado, el derecho a obtener el divorcio vincular no se encuentra consagrado por ningún texto constitucional ni mucho menos puede entendérselo como uno de los derechos no

enunciados a que alude el artículo 33 (pág. 2298). Para arribar a la decisión que se impugnaba el tribunal había sostenido que resultaba de la esencia del poder judicial decidir sobre colisiones efectivas de derechos y no hacer declaraciones de género o abstractas que fijan normas para lo futuro, lo cual es propio del poder legislativo. El tribunal a quo había sostenido que no debían ni podían pronunciarse sobre bondades u oportunidad de una norma, debiendo aplicarla sin juzgar su valor intrínseco o equidad, circunstancias que tornaban improcedente el pronunciamiento requerido. En base a lo que estudiamos respecto a las distintas corrientes, Ustedes, maestrandas y maestrandos, se dan cuenta de que se había sostenido una posición legalista que podría coincidir bien con la exégesis o con un positivismo legalista que no es necesariamente exegético. La escuela de la exégesis cree que el legislador ha tenido en cuenta la justicia, de modo que el juez debe limitarse a aplicar deductivamente la ley. El procurador reproduce que la disolubilidad no cuenta con una garantía de naturaleza constitucional que ampare la disolución del vínculo y torne ilegítima la

voluntad del legislador de mantenerlo subsistente en los casos de divorcio (págs. 2285/2286). Como ya pueden darse cuenta, este tipo de razonamiento tal vez hoy sería más difícil con el Código Civil y Comercial, pero en ese tiempo el razonamiento legalista era bastante frecuente. En cambio, en el fallo de la Corte, se dice, por ejemplo, que el art. 64 había devenido inconstitucional.

Está permanentemente presente que la Corte ha manifestado que siempre se debe tener presente que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional. Sin embargo, la mayoría entiende que están dadas las condiciones para hacerlo. En los Estados Unidos, la tesis más restrictiva acerca del control de constitucionalidad de las leyes sostiene que la validez de la ley no debe ponerse en duda a menos que repugne tan claramente a la Constitución que cuando los jueces señalen su inconstitucionalidad todos los hombres sensatos de la comunidad se den cuenta del conflicto entre la ley y la constitución. Les sugiero que lo tengan en cuenta. Que la sociedad se dé cuenta de que están resolviendo un problema real de

acuerdo con el derecho positivo o al menos la justicia y no un invento suyo.

El parecer mayoritario se refiere, de manera impactante, a la dignidad humana y el derecho a vivir una vida sexual más libre. Se invoca la necesidad de conjugar los elementos normativos con los fácticos cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia (considerando 11, pág. 2290). Se alega que se procura hacer justicia en el caso concreto que se somete al conocimiento. Lamentablemente en la grieta cultural en la actualidad se suele juzgar a las personas por lo que, de maneras supuesta o real, hicieron en otros casos que nada tienen que ver con los sub lite, pero lo que expresa la Corte es a mi parecer inherente al núcleo de la judicialidad. También, como habrán visto, hay referencias a la felicidad a lograr mediante la menor presión sobre las personas. Un tema de gran interés: la relación de la tarea judicial, en este caso en materia de familia, con la felicidad, a la que se hacen reiteradas referencias (por ej. considerando 18 voto Petracchi, pág. 2325). Se invoca en la solución mayoritaria, en relación con el artículo 31 de la Carta Magna, que en nuestro

ordenamiento jurídico la voluntad del constituyente prima sobre la del legislador, por lo que atentas las facultades de control de constitucionalidad de las leyes confiado por la Constitución nacional al poder judicial corresponde que éste intervenga cuando tales derechos se desconozcan (considerando 15 voto Petracchi, pág. 2319).

El doctor Petracchi dijo que "la Convención sobre Derechos Humanos de Costa Rica exige de nuestra legislación eliminar todo tipo de discriminación. Pero no sólo aquéllas que provengan de 'razones fundadas en diferencias de raza, de sexo o de religión, sino también las provenientes de "cualquier otra condición social", esto es, todo tratamiento desigual por ser, por ejemplo, un divorciado o un separado de hecho." (considerando 18, pág. 2325).

Según el criterio mayoritario, lo dispuesto en el art. 64 de la ley 2393 y todas las normas que resultan concordantes con ese texto legal, en cuanto privaban a los divorciados de la posibilidad de recuperar la aptitud nupcial debían ser declarados inconstitucionales, pues, no podían escapar a la percepción de los jueces

las transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad, directamente relacionadas con la condición y naturaleza humana, el desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano (considerando 16, págs. 2293). Incluso se hace referencia a la realidad viviente de las instituciones y que no es posible mantener principios jurídicos que se han mantenido en ficticio. Un argumento a favor del divorcio vincular es el de que el derecho a contraer matrimonio sería el único que se extingue, hasta la disolución por muerte, en el primer ejercicio. Tal vez no sería ésta una particularidad muy relevante. Se argumenta que al final esta clase de distancia inusitada entre el discurso jurídico y las relaciones sociales efectivas acarrea el peligro de transformar las instituciones en un discurso esquizofrénico o en expresiones de una hipocresía social que obliga a remedios parciales (págs.2326/2327).

El doctor Bacqué dijo que “en cuanto atañe al fondo de la cuestión en debate, esta Corte ha reconocido que la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes de la Nación el derecho de elegir su proyecto personal de vida, siempre que ello no perjudique a

terceros ni ofenda a la moral pública.” (considerando 5º, pág. 2334). Agregó que “el empecinamiento legal en la reglamentación desnaturalizante del derecho implicada en la indisolubilidad del vínculo por divorcio, terminó regulando en forma irracional las relaciones sexuales entre adultos que por haber estado casados se vieron obligados a optar entre la soledad y la castidad o el adulterio.” (considerando 10, pág. 2238).

En su voto en minoría, el doctor Caballero dijo por ejemplo, citando al gran maestro Joaquín V. González (“Manual de la Constitución Nacional”), que “no puede estimarse que la determinación legal de que el vínculo matrimonial pueda disolverse en virtud del divorcio o no pueda serlo, altere el derecho de casarse, ya que es una de las soluciones posibles que puede adoptar el legislador sobre la base de la apreciación de motivaciones de política social cuya ponderación no es revisable por los jueces sin exceso de sus atribuciones constitucionales cuando, como en el caso, existe una fundamentación con antecedentes históricos y culturales que no convierte a la norma en

absolutamente irracional" (considerando 5º, pág. 2343).

Se considera que la circunstancia de que en cuanto a la indisolubilidad del vínculo matrimonial la ley civil coincida con la legislación canónica no significa imponer a la población las reglas de determinado culto, pues de lo que se trata es de reglamentar la posibilidad de disolver unas nupcias y contraer otras siempre en el ámbito civil distinto e independientemente del religioso. Para ello el Congreso puede acudir sin mengua de los Derechos constitucionales a cualquiera de las dos soluciones según crea que una o la otra es la más conveniente para la necesidad de la República (voto Belluscio, considerando 6º pág. 2347).

Se entiende que la Corte tiene la misión delicada en que la Justicia ha de saber mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes y, como en ese caso, la materia en examen se inserta en el cúmulo de las facultades que constituyen la competencia funcional del Congreso de la Nación como órgano investido

del poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Carta Magna con el objeto de lograr la coordinación necesaria los intereses privados y en interés público.

El sentido último de la posición de la minoría consiste en que se puede sostener la indisolubilidad o la disolubilidad, pero quien debe decidir es el Congreso.

4. La Corte es un tribunal de Justicia pero es también un tribunal político y es parte del gobierno. La Corte cogobierna por eso es que es un tribunal en el que cuya designación hay que poner un cuidado muy marcado, porque no se trata de mera erudición sino que se trata de uno de los tres poderes del gobierno. Hace un tiempo era coordinador del CEJUS, o sea del Centro de Estudios sobre la Justicia que pertenece a la Maestría e hicimos un estudio sobre quienes habían sido los ministros de la Corte Suprema hasta el año 1930. En realidad, en la gran mayoría de los casos eran personas de confianza del Ejecutivo. No designaban ni designan a cualquiera por ser un erudito. Por ejemplo, se recuerda que el famoso juez Antonio Bermejo era bastante allegado al presidente Julio A. Roca.

La idea ingenua de que los jueces de la Corte caen del cielo me parece una ilusión. Salvo negociaciones, son amigos de los presidentes que los nombran. Luego, claro, quedan como mayor control de los otros. En este caso, los jueces de la mayoría, sobre todo, concretan sus ideas políticas. Por esto es tan importante que el Senado, de manera afortunada todavía representante de las provincias, brinde su acuerdo. Es más, por eso Juan González Calderón consideraba mejor que el Senado propusiera y el Presidente eligiera.

La mayoría dijo, en cambio, que el Congreso no había cumplido con la Constitución. La mayoría se centra en derechos de los individuos; la minoría en la división de poderes.

La mayoría de la Corte se inclina por asumir el futuro entendiendo que casi cien años era un tiempo de grandes transformaciones, de modo que la interpretación debía ser mutable. La minoría se inclina más por pensar que ese cambio es tema a atender por el legislador.

5. Cada *teoría de la interpretación y del funcionamiento*, acorde con intereses diversos, daría soluciones distintas al caso Sejean. El

jusnaturalismo de estilo tomista hubiera sostenido tal vez que la sentencia era contraria al derecho natural, pero hubiera jugado entonces el deber de obedecer como mal menor. Se suele sostener que el matrimonio “es” para la procreación y secundariamente para la convivencia. El jusnaturalismo racionalista radicalizado hubiera sostenido una respuesta diciendo que lo contraria lisa y llanamente no era derecho. La exégesis, que suele ser un jusnaturalismo referido al legislador, y el positivismo hubieran utilizado sus legalismos para rechazar el pedido. Kelsen se hubiera referido a un marco de posibilidades en que los jueces elegirían políticamente en libertad. Recuerden: Kelsen no era legalista ni exégeta, era logicista. Ateniéndonos a la posición de facultamiento tácito entre escalones, entraría a jugar, en la posición de la mayoría, una característica negativa que tendrían todas las normatividades: salvo que una decisión eficaz resolviera lo contrario. La escuela del derecho libre se inclinaría a dar preeminencia a una posible voluntad del legislador actual que sería divorcista. Aunque había jueces influidos por la ola alfonsinista, socialdemócrata y partidaria de

establecer el divorcio vincular y el doctor Sejean era juez, quizás en la corriente positivista sociológica la mayoría de los abogados hubiera conjeturado el rechazo de la demanda. Las corrientes críticas, que incluyen con fuerza en su crítica al superyó, estarían de acuerdo con la mayoría. La teoría de la injusticia extrema y los neoconstitucionalismos coincidirían más con la mayoría. El bloque de constitucionalidad actual tiene diversas bases para defender el divorcio vincular. El razonamiento por principios pensaría que se está ponderando el principio de libertad sobre el de solidez matrimonial. Con el Código Civil y Comercial, de 2014, el pronunciamiento mayoritario obtendría mayor viabilidad. Entiendo que, atentos los costos de mantener unidas a personas que ya no se estiman y de generar regímenes “paramatrimoniales” para las nuevas parejas y a la sustitución de la protección familiar por la social, el análisis económico del derecho estaría próximo a la mayoría.

6. También es interesante atender a las afinidades de las posiciones en la Corte con *corrientes filosóficas*. Es muy posible relacionar a la minoría con cierto mundo abstracto, de

carácter idealista platónico. La mayoría es más cercana al empirismo. La posición de la mayoría responde más a los condicionamientos igualitarios entre varones y mujeres que impulsan las fuerzas y las relaciones de producción actuales.

7. La consideración de la complejidad *trialista* de la solución, que refleja también la complejidad del caso, las posiciones de las partes y las instancias inferiores, es muy interesante. El trialismo nos propone atender a las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica y a las especificidades en cuanto a alcances, dinámica y situaciones. Las especificidades materiales son ramas del Derecho; las espaciales sitúan en las familias jurídicas (llamadas también sistemas jurídicos); las temporales nos ubican en las edades y las eras del Derecho y las personales nos sitúan en las maneras de ser propias de cada humano. La dinámica muestra avances y retrocesos que son de manera respectiva plusmodelaciones y minusmodelaciones. Las situaciones pueden ser de aislamiento y relacionamiento, en este caso de coexistencia, dominación, integración y desintegración. Las dimensiones y el conjunto tienen horizontes con

los que pueden dialogar interdisciplinariamente en complejidad pura, conservando la identidad de lo jurídico. Les recuerdo que para ampliar en los enfoques trialistas pueden ver, por ej., la “Introducción filosófica al Derecho” de Werner Goldschmidt, mi libro “Una teoría trialista del Derecho” y la página del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (<https://centrodefilosofia.org/>).

8. En la *dimensión sociológica*, el caso Sejean ocurre, como siempre en el Derecho, en las vidas de las personas, sus intereses y fuerzas generando un reparto de potencia e impotencia. Se instala en base a distribuciones referibles, de manera principal, a la religión y a la evolución que el sistema capitalista y los derechos del hombre van imponiendo al matrimonio. El parecer de la mayoría tiene relativa cercanía con las condiciones del mundo moderno influidas por la economía capitalista. La minoría, aunque con sentido laico vota, de manera indirecta, a través del legislador, más próxima a la religión. La mayoría produce cierto despliegue del Ello; la minoría es más afín al Superyó.

En cuanto al *cambio de la realidad*, que para el trialismo es significativo, cabe recordar que el divorcio vincular tiene un sentido menos equilibrado cuando las mujeres dependen del marido que cuando éstas pueden afrontar sus propias vidas con más facilidad, de manera autónoma. Cuando yo era joven había padres y madres que les decían a las hijas que al marido como les tocaba lo aguantaban. Hoy la dinámica de la sociedad predominantemente capitalista dificulta las estabilidades como las que pretende el matrimonio indisoluble entre vivos.

Si no hay interferencias de otras adjudicaciones, el caso judicial se resuelve mediante un reparto de potencia e impotencia. En el fallo “Sejean” los ministros de la Corte son los *repartidores*. Los recipientes más importantes son las partes y la actual familia del doctor Sejean. En la posición de la mayoría es beneficiado y es perjudicada la demandada. En la de la minoría las posiciones son inversas. En cuanto a la personalidad del actor, además de su desempeño judicial es posible que algunas y algunos de Ustedes tengan noticia de su condición de escritor y sus sorprendentes apreciaciones sobre la trayectoria libertadora

del general José de San Martín. Las dos soluciones que brindan los fallos de la Corte tienden a invocar como recipientes gravados, con sentidos distintos, a los hijos de las familias separadas de cuerpos o divorciadas vincularmente. La audiencia constitutiva de la *forma* está siempre, más en casos como éste, de un modo relevante en relación con las personalidades de los jueces que resuelven. Como suele ocurrir, la mayoría y la minoría “escucharon” razones diversas. Es posible que los *móviles* de los jueces estén, además de la solución del caso, en promover o distanciar el dictado del divorcio vincular. Lo narrado por el doctor Belluscio respecto a una conversación con el doctor Alfonsín podría generar cierta duda, referida al *móvil* de sintonizar con el presidente elegido democráticamente. Hemos visto la gran destreza con que los ministros de la Corte *alegaron* razones, argumentaron, respecto de sus posiciones. Aunque la sociedad estaba dividida, considero que la mayoría de ella consideró que la sentencia era *razonable*, el pronunciamiento tuvo así atendible fuerza de convicción.

9. La posición de la mayoría se acerca más al reparto *autónomo*, realizador del valor cooperación. La minoría defiende repartos más *autoritarios*, donde se satisface el valor poder. La mayoría confía más en el orden por *ejemplaridad*, es decir, el modelo y el seguimiento. Había una fuerte ejemplaridad, quizás no de mero uso sino de costumbre, aunque relativamente parcial, contra legem. Diversas confesiones religiosas estaban en contra del divorcio vincular y muchas personas integraban esa corriente. Todavía recuerdo una manifestación antidivisorista muy importante que se hizo en la ciudad de Rosario en el Parque de la Bandera. La minoría se remite más a la planificación gubernamental que, cuando está en marcha, realiza el valor previsibilidad. La minoría defiende la ejemplaridad con miras a que se establezca otra planificación.

La mayoría se inclina por un *orden* menos sólido, quizás en cierta semejanza con la revolución, donde cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, y a la anarquía, donde no se conocen unos y otros. En la anarquía se realiza el desvalor relativo arbitrariedad, que puede ser o no

camino para una mayor justicia. En cierto sentido, la minoría defiende el orden.

10. La mayoría invoca *límites necesarios* para el mantenimiento de la indisolubilidad del matrimonio por divorcio vincular. Mantener casadas a personas que en muchos casos ya no se estiman puede ser dañino para ellas y su entorno. No se logra todo lo que se quiere, se logra lo que se puede y se quiere. Si se pudiera lograr todo lo que se quiere se podría ordenar con éxito que la tierra girara más o menos rápido o dejara de girar; que fuéramos inmortales; que no existieran pandemias ni epidemias, etc.

11. En la *dimensión normológica*, formada por captaciones lógicas de repartos proyectados que a menudo se apoyan en fuentes formales, como la Constitución, los tratados, las leyes, las sentencias, los contratos, etc., la mayoría sostiene que la constitución en su texto ha devenido infiel por el cambio de las circunstancias; la minoría afirma los sentidos consagrados del texto constitucional y la ley 2.393. La mayoría invoca la inexactitud, el incumplimiento, en cuanto a los deberes de los integrantes de las parejas divorciadas. Considera

que los conceptos matrimoniales han de ser al menos elastizados. La minoría se refiere a los conceptos con más sentido inelástico. La mayoría entiende que el concepto de disolución matrimonial ha devenido inadecuado a las necesidades sociales. El *impacto* de la sentencia fue muy grande, diríamos un golpe casi “mortal” contra la ley 2.393: el 8 de junio de 1987 se promulgaba la ley 23.515, que contenía el divorcio vincular. Un pensador inspirado en el catolicismo podría alegar que, abierto el camino a la libertad sexual, vinieron el matrimonio igualitario, homosexual, y tal vez en algún porvenir vengan matrimonios colectivos o, quizás, matrimonios de humanos con máquinas, entre máquinas, etc.

12. En cuanto a la *estructura de la norma*, en el caso se debate la característica positiva de la consecuencia jurídica “consiste únicamente en la separación personal ...”. Como recordarán, toda norma tiene un antecedente que capta el sector social a reglamentar y una consecuencia jurídica, que capta la reglamentación. Cada uno posee características positivas, que deben estar presentes, y características negativas, que han de estar ausentes, para que la voluntad

principal, "positiva", se cumpla. En el caso "Sejean" se debate la constitucionalidad de la característica positiva de la consecuencia jurídica, qué ha de realizarse al cumplir esa voluntad principal.

13. La mayoría acentúa el papel de los jueces ante el caso concreto que realiza el valor inmediatez. La minoría defiende al legislador, a quien ha dictado una norma general, referida a un sector social supuesto, con realización del valor predecibilidad.

La mayoría defiende la intervención judicial más amplia, referida a una *norma individual*, contenida en la sentencia, que realiza el valor inmediatez. El debate sobre lo concreto del caso es una muestra cabal de que el derecho se vale de relatos, pero en modo alguno es solo relato.

14. En cuanto al *funcionamiento normativo*, la mayoría en principio reconoce pero al fin no reconoce, "desconoce", la normatividad del artículo 64 de la ley 2393 con el texto entonces vigente (concordante con el 86 del texto originario). Evitando el gran debate sobre la producción de una carencia dikelógica

instala el problema en la tarea de reconocimiento. La minoría reconoce la normatividad de manera definitiva.

Ambas posiciones difieren en cuanto a la *interpretación*: la mayoría se atiene al sentido que otorga la sociedad actual; la minoría se remite más al sentido pensado por el legislador histórico. A mi parecer, el trialismo más puro no descartaría el camino de la inconstitucionalidad, pero tal vez sería atendible el más difícil sendero de la invocación de una carencia dikelógica sobrevenida. Todo lo que dice la mayoría sirve para sustentar que la inexistencia de divorcio vincular era relativamente injusta, pero en lugar de decir “este artículo es injusto y lo descartamos”, posición que parece la más clara, la mayoría de la Corte expresa “esta es la norma, observamos la realidad y la declaramos inconstitucional”; devenida inconstitucional en una interpretación evolutiva. El fallo está lejos de ser una creación alocada, incluso evita el gran debate que se hubiera producido invocando la injusticia, pero las instancias inferiores, la minoría del Tribunal y muchas otras personas, creían que el derecho positivo decía, con facultades suficientes, lo establecido en el

artículo 64. Una parte de la opinión creyó que la Corte penetró en facultades que correspondían al poder más democrático del legislador. Era evidente que el fallo mayoritario de la Corte se dirigía también a los jueces de la minoría y al legislador y les señalaba no solo la inconstitucionalidad sobrevenida sino la injusticia, tema a debatir primariamente en los órganos encargados de la legislación. La declaración de injusticia con miras a producir carencia habilitaba un debate que la declaración de inconstitucionalidad bloqueaba. La sentencia Sejean tuvo gran efecto, incluso como conjeta de otras sentencias análogas o de situaciones anárquicas y eso produjo el impacto que hemos señalado, conducente al dictado de la ley 23.515. La mayoría prefirió el sendero más seguro para el éxito de la posición divorcista. El trialismo permite diferenciar con nitidez las dimensiones. La mayoría introdujo la justicia en la normatividad; la minoría diferenció las dimensiones. La prudencia encaminada a la mejor realización de la justicia debe llevar a elegir las dimensiones de la manera más acertada.

15. En cuanto al ordenamiento normativo, la mayoría y la minoría se remiten a la normativa constitucional de 1853/60 e implícitamente a la norma hipotética fundamental que dispone el deber de obedecer a ese constituyente, referencia acertada porque esa norma hipotética corresponde a una pirámide que se cumple. Respecto a la jerarquía de las normatividades, tal vez la mayoría coloque a su sentencia en contra de la constitución en su sentido histórico, de ser así se encuentra en un conflicto donde el pronunciamiento judicial ha prevalecido sobre la constitución, al menos en su sentido histórico. Desde la teoría pura se invocaría en tal supuesto un facultamiento (o habilitación) de la Corte.

La sentencia de la Corte fue hecha como lo indican normas “superiores”, principalmente la Constitución, se ubica en la pirámide mediante relaciones verticales de producción que realizan el valor subordinación. En cuanto a las relaciones verticales de contenido, satisfactorias del valor ilación, son discutidas entre la ley 2.393 para la minoría y la Constitución para la mayoría. Existen relaciones horizontales de producción realizadoras del valor infalibilidad, dado que el

cumplimiento de la habilitación matrimonial está asegurado por normativas administrativas, penales, etc.

Como señalamos respecto a la dimensión sociológica, la sentencia del caso Sejean orientada por la mayoría debilitó el orden de repartos, situación que se proyecta en la dimensión normológica en cierta incoherencia en el ordenamiento. La situación es cubierta por la fuerza formal de la argumentación, al fin con miras a realizar una mayor justicia en el caso. Obviamente, según la mayoría la sentencia es coherente; pero tal vez, como se proyecta desde la posición de la minoría, tuviera cierta incoherencia.

16. En la *dimensión dikelógica*, la mayoría resulta a mi parecer más afín a la coadyuvancia con la justicia de los valores, amor y utilidad. Si ya no hay amor, mantener vinculadas a personas impidiéndoles rehacer sus vidas es en general contraproducente para ellas y para sus hijos. No nos cabe duda que lo mejor es que la gente se ame, pero eso no depende de los jueces ni de los legisladores. Si ya no hay hogar, si no hay el calor del afecto, es inútil mantener unidas a las

personas. La minoría defendió, indirectamente, más allá de sus creencias, una solución que solo era posible cuando las personas tenían un sentido de la santidad y el sacrificio que ya no existía.

17. En cuanto a las *clases de justicia*, la mayoría se atiene más a la justicia consensual, con consideración de personas, polilogal, sectorial y particular, ésta más común en el Derecho Privado. La minoría se atiene más a la justicia extraconsensual, sin consideración de personas (de roles), monologal, gubernamental y general, ésta más frecuente en el Derecho Público.

18. La justicia como valor tiene *tres despliegues*: *vale* (con un deber ser ideal puro, la justicia debe ser), *valora* (producido un deber ser ideal aplicado, esto que es justo debe ser, esto que es injusto no debe ser) y *orienta* mediante principios y criterios generales. Las dos posturas admiten la valencia de la justicia, el deber ser puro de la justicia; la mayoría se refiere más a la valoración completa del caso, la minoría se refiere más al criterio general orientador que proviene del legislador.

La disolubilidad establecida por la mayoría desfracciona el porvenir y fracciona la solución legal sostenida por la demandada, de modo que en cierta medida asegura al actor. La indisolubilidad, defendida por la minoría, desfracciona el pasado y el contenido de la ley y fracciona el presente y el porvenir, brindando más seguridad a la demandada. En una sociedad referida al futuro, como la capitalista, era más viable el desfraccionamiento defendido por la mayoría. La mayoría se considera en condiciones de realizar el reparto justo, en cambio, la minoría entiende que no le corresponde a la Corte sino al legislador llevarlo a cabo y se atiene al reparto justificado, el más justo de los repartos posibles para quien no puede realizar el reparto justo. Con el tiempo el objeto justo compañía ha incluido matrimonios homosexuales y tal vez alguna vez se planteen matrimonios entre humanos y robots o entre robots. Entonces se mostrará la tensión respecto a la jerarquía de lo humano, que tal vez deba resolverse reconociendo especial valor a nuestra especie, por ejemplo, porque como plantearía Kant desde la “Crítica de la razón práctica”, somos capaces de albergar en nosotros la ley moral.

La indisolubilidad entre vivos se ha apoyado en la argumentación de hacer que las consecuencias de la crisis matrimonial no caigan sobre los hijos, pero esto, que en ese tiempo ya no era tan grave, sucede en la disolución pero también en el mantenimiento de apariencias de relaciones que ya no existen. La mayoría emplea el criterio general orientador de libertad en el plan de vida, la minoría usa el criterio general orientador de cumplimiento de la ley, referida al criterio general de defensa de la solidez de la familia. El criterio general orientador que subyacía en la solución legislativa ha sido abandonado.

19. En cuanto a la justicia de los *repartos aislados*, la mayoría defiende una legitimación de los repartidores más *autónoma*; la minoría sostiene una más *infraautónoma*, de carácter democrático. Me parece que la mayoría se refiere al *objeto* de reparto justo de la libertad de elegir compañía, en tanto la minoría considera el objeto justo de atender a la cohesión social que quiera disponer el legislador dando solidez a la unión.

20. En cuanto a la justicia del orden de repartos, es decir el régimen, la mayoría sostiene un humanismo más *abstencionista*, referido al derecho a formular el propio plan de vida; la minoría afirma un humanismo más *intervencionista*. La mayoría defiende la *unicidad*; la minoría sostiene la *comunidad*. La mayoría invoca la protección del individuo contra el régimen como contenidos y respecto de la soledad; quizás la minoría se remita más al amparo del individuo con referencia a sí mismo y al régimen como poder a dividir.

21. Respecto a las *especificidades de alcances materiales*, que son *ramas* del mundo jurídico, estudiadas en su complejo en la Teoría General del Derecho abarcadora, la mayoría está más cerca del nuevo Derecho de Familias y el Derecho de los Contratos; la minoría está más próxima al Derecho de Familia tradicional. La mayoría brinda especial atención al Derecho Constitucional.

El Derecho de la Previsión Social atenuaba el conflicto otorgando pensión a las concubinas que de cierto modo resultaban “adulterinas” con la invocación de la necesidad.

Esto era notoriamente falso, porque no se daba pensión a los hijos de crianza ni a los hermanos convivientes, cuyos títulos eran legalmente superiores a los de las concubinas, por muy necesitados que estuvieran. La hipocresía es un viejo mal presente en la juridicidad argentina. Para ayudar a crecer a un niño como si fuera un hijo y obtener el reconocimiento previsional pertinente no debe ser necesario adoptarlo, como para convivir no debe ser necesario casarse. Vale recordar que en gran medida la preferencia de los concubinos sobrevive. Una excelente jurista colega, que es anciana y tiene una hermana con una jubilación mucho menor me dice, en son de crítica simpática, tendría que casarme con mi hermana o declararla concubina para asegurarme de que le otorgaran una pensión sin la cual su condición de vida se degradaría notoriamente.

22. En cuanto a las *especificidades de alcances espaciales*, la respuesta de la mayoría corresponde más a criterios que rigen en la zona de influencia del puerto de Buenos Aires, tal vez la de la minoría sea más afín a zonas del interior profundo, por ejemplo, la provincia de Salta. En el panorama internacional de las grandes

familias jurídicas, que considera el Derecho Comparado, los votos de la mayoría se acercan más al sistema occidental central, en tanto los de la de la minoría están más en el marco de países periféricos, más influidos por el catolicismo. Vale recordar, por ejemplo, que en Italia, país central cuyo territorio envuelve al de la Santa Sede, ya en 1970 se había establecido el divorcio vincular. Vale considerar que, pese a la dominación que se ejerce en los hechos sobre la mujer, el Islam admite el divorcio.

23. Respecto a las *especificidades de alcances temporales*, que estudia la Historia del Derecho, la mayoría de la Corte corresponde al espíritu que avanzó en la Modernidad y se consolidó en la postmodernidad de la era actual. Aunque tiene un sentido laico de legalidad, la posición de la minoría en lo profundo corresponde más a criterios que se fueron estableciendo en la Edad Media, que puede ser denominada con acierto Edad de la Fe.

24. En cuanto a las *especificidades de alcances personales*, cuyo estudio tal vez pueda ser denominado Prosopología Jurídica, la

posición de la mayoría resulta más afín al pensamiento de la burguesía capitalista liberal.

25. La posición de la minoría refleja una *especificidad dinámica* de *plusmodelación* del divorcio vincular sobre el matrimonio y consecuentemente una *minusmodelación* de la institución matrimonial.

26. Con referencia a las *especificidades situacionales*, habiéndose *autonomizado* la filiación respecto del matrimonio, que durante largo tiempo la dominó, calificándola, habiendo ahora coexistencia entre las dos instituciones, resultó más fácil el despliegue del divorcio vincular.

26. En el horizonte general tridimensional de complejidad pura que expresa el tridimensionalismo de la *teoría trialista del mundo político*, la posición de la mayoría acerca a la política jurídica (Derecho) a la política económica, en tanto la minoría mantiene la vinculación que en profundidad regía entre la política jurídica y la política religiosa. Todo esto significaba mutaciones en la política cultural, que considera todas las ramas de la política.

27. El dictado de la sentencia del caso Sejean fue un *avance táctico* importante en la estrategia, que resultó exitosa, para implantar el divorcio vincular.

Es la hora de finalización de la clase, así que les dejo un gran saludo. Nos vemos la clase próxima. Gracias.

CLASE 11

Que tengan muy buenas tardes.

Vamos a comenzar. Antes del desarrollo de los temas quiero comentarles que les envié los datos para acceder a “Doxa”, que es una revista muy calificada en Teoría General y Filosofía del Derecho hay varios artículos referidos a la aplicación judicial del derecho. Les sugiero que la consulten, así se dan una idea del tratamiento de la cuestión interpretativa en el espacio internacional.

1. Deseo recordarles el método de evaluación del curso: se trata de la presentación de una monografía que puede ser sobre un tema de este módulo de Interpretación Judicial, que entonces realmente es monografía, o una elaboración análoga por ej. el estudio de un caso con representativa consideración bibliográfica sobre los aspectos pertinentes de Interpretación Judicial a presentar a la coordinación de la

Maestría en el plazo que ella fije. El objetivo es mostrar que han aprovechado el curso. Pueden interpretar de acuerdo a uno o varios modelos interpretativos, por ejemplo, el de la escuela de la exégesis, el de Kelsen, el de Gény, el del realismo sociológico, el planteo crítico, las propuestas de Alexy, el trialismo, etc. Recién conversábamos con la coordinación que el plazo podría extenderse por ejemplo hasta el primer día de marzo del año próximo. El plazo tiene dos objetivos, el primero, cohesionar el conocimiento, el segundo instarlos a que hagan la presentación. Si uno aprende un artículo del Código Civil y Comercial hoy y el otro dentro de tres años y sigue así, aunque viva una enormidad no entenderá nada. El plazo se fija para protección de ustedes mismos, de cierto modo es un caso de aquello que hablábamos de la protección de la persona contra sí misma, en este caso, contra algo que para que se rían un poco les voy a decir en términos comunes: la vagancia. Hay gente que hace las cosas para tener un título, entonces, para esos, el trabajo es una maldición pero para los que tienen deseo de crecer, y vale crecer en la vida hacer los trabajos es

oportunidad de lograrlo. Si hubiera alguna duda, me preguntan o le preguntan a la coordinación.

Hoy les mandé un fallo de un caso de una persona que iba a ser expulsada del país, es uno de los últimos fallos publicados de la Corte Suprema. Les recomiendo que entren en la página de la Corte Suprema y las de otros tribunales de su interés y naveguen según esos requerimientos. Además les envié el material de un caso muy complejo y largo donde confluyen la judicialidad y la administración, el caso Mendoza o sea el de la Cuenca Matanza-Riachuelo, que realmente ha sentado una manera de entender el Derecho que a mí me parece muy fundada pero, como dije, muy compleja. La Corte intentó resolver el problema de la Cuenca del Riachuelo, altísimamente contaminada, pero la problemática ha tenido una evolución que no es del todo la deseada. Les remití asimismo varias fuentes de información relacionadas para que lo tuvieran presente de manera más completa. Incluso hay una parte donde aparece un resumen de la evolución del caso Mendoza.

Tengan por favor también siempre presente la guía para el análisis según diversas teorías y en especial la teoría trialista. Aunque hay gente que dice que la realidad social y los valores no son parte del objeto jurídico siempre, aunque sea ocultándolas, las tienen en consideración. La realidad cuenta para un jurista como en todos los campos de decisión humana. Un médico que no se ocupara de las características individuales concretas de su paciente sería inadmisible. Lo propio sucede con los juristas que no se ocuparan como tales de los casos y sus particularidades. Los médicos saben de teoría de las enfermedades, pero deben considerarlas en relación con las realidades de los casos de sus pacientes. Ni el jurista ni el médico son como el matemático, que está un poco más distante de la realidad. El médico es para la salud y el abogado es, me parece, para la justicia, ambos en las vidas concretas de las personas. Por esto el Derecho es tan difícil; el Derecho es muy difícil porque la vida de las personas es muy compleja. Diríamos que se corta por un lado y se deshace por otro. Algo semejante ocurre con los profesores, no basta “saber” hay que poner el saber al servicio de las

vidas concretas muy complejas de los alumnos. Hace aproximadamente cuarenta y cinco o cincuenta años no tenía muchos alumnos marginales, ahora tampoco, pero entonces menos. Menos alumnos de las “villas miseria” que ahora se pretende denominar con eufemismos. Uno se da cuenta cuando alguien viene más o menos de la villa y entonces cuando encontraba a un alumno en esas condiciones le brindaba especial atención. Tuve un alumno de Introducción al Derecho en la Universidad Nacional de Rosario que me parecía que venía de una villa y cuando tuve que aplazarlo dos veces le dije: deseo especialmente darte una chance mayor de aprobar, voy a explicarte la asignatura personalmente en mi oficina de la Facultad, una oficina que tenía en el primer piso del edificio, en mi carácter de investigador. Lo preparé y tuve que volver a aplazarlo. Entonces me dije así no va bien, había en la Facultad una colega que era psicóloga y le dije que me hiciera el favor de entrevistar al alumno para tratar de averiguar qué pasaba. Ella lo hizo y me dijo una cosa que entonces me resultó sorprendente: tiene escasa capacidad, sugiérale que estudie un profesorado, por ejemplo de Matemáticas. Para entonces yo

era una persona adulta, pero quedé sorprendido. Le respondí que las Matemáticas eran más difíciles que el Derecho. La colega me aclaró que de ninguna manera era así, el Derecho es mucho más difícil. Así fue como reflexioné y comprendí al fin que el Derecho es más difícil que las Matemáticas porque es más complejo, tiene la gran complejidad de las vidas de las personas. El Derecho se desarrolla en la gran complejidad cambiante de nuestro vivir. Pongan a alguien a resolver solo matemáticamente los problemas de Argentina y al poco tiempo habrá que desplazarlo. Ni Alberdi, ni Vélez Sarsfield, ni Napoleón, ni los grandes jueces, me viene a la mente Salomón, eran juristas matemáticos. Es muy importante saber Lógica y Matemáticas, incluso para el Derecho, pero con eso en modo alguno basta. Si ejercen la abogacía, hagan un contrato solo con matemáticas y no tengan en cuenta la inflación imprevisible y en un año se van a quedar sin clientes. A mi parecer conviene considerar que el Derecho es mucho más que lógica, es asimismo realidad social y valor. Es más, si tengo que preferir prefiero a alguien que sepa realidad social y no alguien que sepa lógica. Por ejemplo, en gran medida inflación existe

porque la gente no tiene confianza y con ella ocultamos una enorme puja social. La confianza es una condición profunda de las personas motivada por hechos. Tendría mucho miedo de estar sometido a un juez que pensara que el Derecho solo es lógica. La matemeticidad del Derecho, semejante a la geometría, es algo que por ejemplo creía de cierto modo Leibniz; afortunadamente los grandes juristas no le creyeron. Ni el Fondo Monetario Internacional, que es nuestro principal acreedor, hace solo matemáticas, avanza y retrocede según lo que cree que son las posibilidades de la realidad para evitar un estallido social. Mucho depende de un estado psicológico de la sociedad, por ejemplo, de si la sociedad aguanta el hambre. Esto depende de muchas cosas que no son Matemáticas, incluso del humor de las personas, de la adhesión que tengan o no a determinados gobernantes, etc. Vale recordar que Kelsen no era matemeticista, era logicista y dejaba espacios para el juego político de la realidad. Era logicista pero no deductivista. El derecho incluye, por ejemplo, importantes despliegues no matemáticos no solo en la realidad social, sino en los desarrollos de valor e incluso en la

dimensión normológica, por ejemplo, en la argumentación. El doctor Mario Eugenio Chaumet, quien colabora en este módulo, escribió un libro muy interesante sobre “Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo”. Para parar la inflación, para lograr cualquier éxito en el Derecho, hay que tener fuerza y colaboración social. Reducir esa situación dramática a Matemáticas sería una simplificación demasiado cruel e inviable.

Ha sido un gusto verlas y verlos. Hasta la próxima. Mi mejor saludo.

CLASE 12

Continuidad del análisis de casos

Buenas tardes.

1. Nos hemos referido a casos muy significativos del Derecho Privado, de manera principal, a “Institutos Médicos Antártida” y “Sejean c/Sejean”. Vamos a referirnos a algunos casos de Derecho Público, incluyendo Derecho Penal y Derechos Humanos. Aprovecho para recordarles que cuando consulten los fallos no se conformen con las síntesis que suelen precederlos y atiendan a los fallos completos. Pueden existir diferencias que les resulten significativas.

2. En primer lugar atenderemos al complejo formado por las conexiones de los casos “Fayt”, de 1999, y “Schiffrin”, de 2017, y la sobrevenida Convención Interamericana sobre

la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que no solo es un tratado que, como tal, es superior a las leyes, y ha adquirido jerarquía constitucional en 2022 por ley 27.700.

En la sentencia del caso “Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional s/Proceso de Conocimiento”, obrante en “Fallos”, tomo 322, vol.2, págs. 1616/1682, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, integrada por los doctores Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert (en disidencia parcial) y Adolfo Roberto Vázquez (según su voto) dijo, según se indica en la página 1666,: “7º) Que en cuanto al fondo del asunto, la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación - constitucional- en que descansa. Este Tribunal ha afirmado recientemente esta doctrina respecto del poder constituyente derivado provincial (Fallos: 316:2743), con cita de la opinión coincidente de Manuel Gorostiaga, en el sentido de que las facultades atribuidas en nuestro sistema constitucional a las convenciones constituyentes están limitadas (conf Manuel Gorostiaga, “Facultades de las

Convenciones Constitucionales", Rosario, 1898, págs. 52 y 53). Restricción que también resulta del texto del artº 30 de la Constitución Nacional que, tras declarar la posibilidad de que aquélla sea reformada "en el todo o en cualquiera de sus partes" y conferir al Congreso de la Nación la función de declarar la necesidad de la reforma, atribuye su realización a "una Convención convocada al efecto" (el énfasis es agregado); precisamente, la expresión que se subraya, situada al final del artículo citado, pone de manifiesto que la convención se reúne con la finalidad de modificar aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas y sobre las que el pueblo de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al elegir a los convencionales y no otras, sobre las que no concurren dichos requisitos." El Alto Tribunal expuso asimismo "8º) Que tanto es esencial esta característica de la convención reformadora de contar con poderes limitados que por ello, metodológicamente, la declaración de necesidad de reforma de la Constitución Nacional no se incluye entre las atribuciones del Congreso que reglamenta la parte segunda de la ley Fundamental, sino en la primera parte que

contempla las "Declaraciones, derechos y garantías", pues es una afirmación sobre la naturaleza de la propia Constitución que se sitúa como ley suprema del país.".

3. En cambio, en el caso "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción Meramente Declarativa" el 28 de marzo de 2017 con los votos de los jueces doctores Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti y la disidencia del juez doctor Carlos Fernando Rosenkrantz, en sentencia obrante en "Fallos", tomo 340, vol. 1, págs. 257/ la Corte dijo "27 ... c) El nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Magna Asamblea. En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de la Convención Constituyente." (página 287, voto del doctor Juan Carlos Maqueda y concordantes). El doctor Lorenzetti dijo "11 ... Un criterio hermenéutico restrictivo en materia de reforma constitucional no puede sostenerse en los principios que

estructuran la división de poderes sobre la que se asienta la forma republicana de gobierno vigente, porque implica un alto riesgo de interferir en el proceso democrático, alterando el equilibrio que la Constitución Nacional ha diseñado para que, por un lado, cada uno de los poderes se mantenga dentro de su esfera y, por el otro, para que el poder constituido no deje sin efecto la voluntad soberana del pueblo expresada, mediante una Convención Reformadora integrada por sus representantes electos, en la Ley Fundamental." (pág. 273). El doctor Rosatti expresó "12 ...En definitiva, lo que la ley habilitante de la reforma habilitaba a actualizar eran las "atribuciones", encontrándose dentro de ellas la modalidad de designación de los jueces. Por supuesto, la "actualización de las atribuciones" autorizada no podía ser cualquier actualización sino una actualización razonable, pues lo contrario supondría convertir a la Asamblea Constituyente en un órgano soberano, lo que es impropio de nuestro sistema constitucional. Esto nos conduce al siguiente interrogante: ¿es razonable requerir una nueva designación a los jueces que cumplen setenta y cinco años?" (pág. 319).

Agregó “14) Que el texto incorporado deja en claro: a) que la inclusión de la edad de setenta y cinco años consagra una ponderación apriorística prudente e igualitaria y no un prejuicio; y b) que dicho factor se asume como una presunción y no como una conclusión inexorable, en la medida en que quien ha cumplido esa edad puede mantenerse en el cargo si renueva su designación mediante una nueva intervención del departamento Ejecutivo y de la Cámara de Senadores (vgr. arg. Fallos: 330:2361 y 338:284). Este nuevo acuerdo, con vigencia quinquenal y renovable indefinidamente por el mismo lapso, permite evaluar la persistencia de la aptitud del magistrado para ejercer tan grave responsabilidad.” (pág. 320). En cambio, el doctor Rosenkrantz expresó: “7º) De modo preliminar, es preciso dejar sentado que en autos no se discute la necesidad o la razonabilidad de la reforma introducida al artículo 86, inciso 5º de la Constitución Nacional por la Convención Reformadora del año 1994. Tampoco está en juego, como se ha afirmado de modo grandilocuente, el oxímoron de la inconstitucionalidad de la misma Constitución.

El procedimiento de reforma constitucional es una de las previsiones más importantes de nuestra Constitución pues de él depende, en definitiva, el modo en que han de perdurar, y si han de hacerlo, tanto el sistema de derechos y responsabilidades como la forma de gobierno establecidos por la Constitución. Lo que aquí se discute, entonces, es de la máxima importancia porque, justamente, lo que está en cuestión es si la Convención que reformó la Constitución Nacional en el año 1994 tenía atribuciones legales suficientes para reducir la duración del mandato de los jueces o si, por el contrario, dicha reducción se encontraba fuera de sus competencias.” (pág. 329). Expuso el doctor Rosenkrantz: “11 ...Si en la tarea de reformar la Constitución Nacional la Convención no estuviera restringida por la declaración efectuada por el Congreso, el pueblo de la Nación vería reducida su aptitud para determinar qué es lo que, en última instancia, formará parte de la Constitución bajo la cual deberá vivir. De esa manera, su soberanía se vería limitada. En efecto, si la Convención ignorara los límites impuestos por la declaración de la necesidad de reforma no solo se burlaría “la competencia y la

calificación de la mayoría del Parlamento prevista en la Constitución” sino también “el voto del electorado que tuvo en cuenta la declaración de ese órgano al elegir los miembros de la Convención” (Consejo para la Consolidación de la Democracia, Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, Eudeba, 1986, p. 37).” (págs. 332/332). Dijo el ministro “12) Por tales razones, esta Corte ha considerado que las convenciones de reforma constitucional están sometidas a las particularidades de las leyes que declaran la necesidad de la reforma. Efectivamente, con cita de Manuel Gorostiaga (“Facultades de las Convenciones Constituyentes”, Rosario, 1898, págs. 52 y 53), se ha declarado la nulidad parcial de una reforma realizada a una constitución provincial, debido a que el cometido de la Convención Reformadora se hallaba “circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia” (“Ríos”, Fallos: 316:2743, considerando 4º), doctrina que esta Corte ha declarado plenamente aplicable a los procesos de reforma de la Constitución Nacional (“Fayt”, Fallos: 322:1616,

considerandos 7º y 8º)." (pág. 332). Expresó el doctor Rosenkrantz "19 ... Adelantando la conclusión, corresponde señalar que el texto de la ley 24.309 no habilitó a la Convención para reducir la duración del mandato de los jueces, fijando un plazo diferente al que estaba regulado por el artículo 96 (actual artículo 110) de la Constitución." (pág. 337).

4. La Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores dice "Resaltando que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano;" El artículo 2 del referido texto constitucionalizado expresa, bajo el título "Discriminación": "Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la

vida pública y privada.” El artículo 3 establece como un principio general “La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.” El artículo 8 dispone “La persona mayor tiene derecho a la participación activa, productiva, plena y efectiva dentro de la familia, la comunidad y la sociedad para su integración en todas ellas.” El artículo 18 establece “...Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales. ...”.

5. La problemática es al menos doble: la principal, si la Convención obró dentro de sus atribuciones al tratar un tema para el que *no había sido habilitada*; una menor, en vías de despliegue, *si la edad de 75 años es un límite razonable*.

6. En la *dimensión sociológica* la interpretación de la habilitación en sentido extensivo produce un cambio de *repartidores*, en el que los convencionales sustituyen a los legisladores y al pueblo, con el pertinente riesgo de cambios no votados de los objetos de reparto.

Genera así la posibilidad de que en otras circunstancias se produzcan interpretaciones extrafacultativas que desnaturalicen la forma democrática. Si se puede afectar la inamovilidad de los jueces sin autorización ¿por qué no podrían derogarse los derechos humanos del mismo modo? En una democracia el poder del pueblo es delegable, pero no transferible. No se trata solo de los legisladores, los convencionales y los votantes como repartidores y los jueces y los habitantes como recipiendarios. En cualquier caso, somos *recipiendarios gravados* todos los justiciables. En cuanto a la *forma* del reparto, el pueblo no fue escuchado respecto del tema.

Respecto al *orden* de los repartos, en el exceso hay un cambio de supremos repartidores y posiblemente de criterios supremo de reparto que afecta la *planificación* gubernamental y, consecuentemente, abre camino a la imprevisibilidad. Es más, la sentencia del caso "Schiffrin" quebró la ejemplaridad que se había logrado con el caso "Fayt".

La introducción del límite de edad tiene posibles caracteres *revolucionarios* y *anarquizantes*. Si la obra de la Convención

excede el facultamiento de la declaración que el Congreso hace, con una mayoría muy calificada, se producen condiciones anárquicas, con el correspondiente desvalor arbitrariedad. La confusa recomposición del sentido de los hechos generara gran incertidumbre.

7. En la *dimensión normológica* el funcionamiento de la norma que declaró la necesidad de la reforma en este caso excede los cauces del reconocimiento y la interpretación y penetra en el espacio de la elaboración, tarea cuyo despliegue no está abierto ni histórica ni dikelógicamente. La Convención excedió sus facultades y la mayoría de la Corte sigue ese camino.

La inexistencia de límite de edad para la inamovilidad vitalicia *no fue un olvido ni ningún otro caso de carencia histórica, lejos está de generar la necesidad de una carencia dikelógica*, por el contrario, estamos en curso de circunstancias en que, sobre todo ahora, en consonancia con la Convención, el límite, en caso que hubiera sido establecido válidamente, reclamaría una carencia dikelógica para adaptarlo a las nuevas condiciones de vida o

excluirlo, atendiendo a lo que hizo al no incorporarlo la sabia Constitución de 1853/60. Es notorio que cuando se hizo la sabia Constitución había muchas personas que superaban o podían superar el límite introducido por la Convención de 1994. Los alcances fijados por la Convención generan incoherencia en el ordenamiento normativo.

8. En la *dimensión dikelógica* la salida de los cauces del facultamiento legislativo introduce gran *inseguridad* sin que tenga fundamento en un despliegue de justicia y altera la *legitimidad de los repartidores*, que dejan de ser infraautónomos democráticos para resultar en todo caso pretendidamente aristocráticos. La diferenciación del *poder constituyente* respecto de los constituidos es un medio de protección de los individuos con miras a formar un régimen justo, que el límite introducido, como cualquier otra incorporación no autorizada y votada por el pueblo, desarticula. Por otra parte, el límite *agravia*, y seguramente agraviará de manera creciente a medida que avancen las expectativas de vida sana, a los *ancianos* como *vulnerables*. Los constituyentes de 1853/60 no establecieron el límite porque sabían lo mejor. Es más, ahora,

con la notable prolongación de posibilidades de una vida fructífera mucho más allá de los setenta y cinco años, el límite, en caso que fuera en realidad legal, resultaría notoriamente lesivo de los adultos mayores y habría devenido inconstitucional.

En lo personal, creo en el acierto en términos de legalidad y legitimidad de lo dispuesto en el caso “Fayt” y el acierto, también, del voto del doctor Rosenkrantz en el caso “Schiffrin”. Más allá de lo que se planteó en cuanto a la declaración parlamentaria, el caso es hoy un problema de gran relevancia de protección de los adultos mayores como vulnerables por los estereotipos de un sistema no humanista.

La rama jurídica *Derecho de Adultos Mayores* (Derecho de la Ancianidad o Derecho de la Vejez), perspectiva específica transversal que enriquece a todas las demás, tiene un gran papel a cumplir al respecto.

9. Ahora vamos a ocuparnos de dos casos en diversas medidas ubicables en el *Derecho Internacional Penal*. En primer término, trataremos la especie “Echarri Pareja, Rolando

s/ solicitud de arresto preventivo" resuelta por la Cámara de Casación Penal integrada por los jueces Ana María Figueroa, Mariano H. Borinsky y Gustavo M. Hornos el 2 de noviembre de 2016. Pueden ver el pronunciamiento en la página del SAIJ.

En el caso que ahora consideramos, los jueces resaltaron que la piedra fundamental a la que atendían es la presunción de la posibilidad de fuga por la concesión de la extradición por parte de la Corte Suprema de Justicia el 4 de febrero de 2016, en un fallo que se encontraba firme, lo que permitía presumir que, de obtener la libertad, el imputado podría intentar darse a la fuga para evitar el cumplimiento de la extradición que pesaba sobre su persona.

El juez actuante se había limitado a considerar, desde una perspectiva que la Cámara consideró sesgada sobre la integralidad del proceso de extradición, per se complejo, que existía en trámite una solicitud de refugio político, prescindiendo de valorar en forma armónica y conglobada los indicios objetivos de riesgo procesal en contra de Echarri Pareja que amenazaban el éxito del proceso de extradición.

La Cámara entendió que esa hermenéutica no resultaba compatible con el propósito de facilitar la administración de justicia en la represión de los delitos y de evitar su impunidad, que emana del Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República del Perú, pues tornaba, cuanto menos, de difícil realización las obligaciones contraídas en ese marco de cooperación internacional.

Según la Alzada, como anticipamos, el elemento objetivo de peso con mayor relevancia que el a quo había soslayado ponderar, lo configuraba el fallo dictado por la Corte, en fecha 4 de febrero de 2016, mediante el que se había declarado procedente la extradición de Rolando Echarri Pareja. La circunstancia de que el Máximo Tribunal hubiera concedido la extradición en el presente caso no es considerada un dato menor, antes bien revestía axial relevancia pues venía a modificar sustancialmente la situación fáctica y jurídica existente a la sazón, derivada de la decisión del a quo de denegar la extradición de Echarri Pareja, ordenando su libertad. Cabe destacar, relata la Alzada, pues reafirma la trascendencia del fallo del Tribunal Cimero, que el Estado peruano, a

través del Sr. Embajador, en fecha 12 de febrero de 2016 remitió nota al juez a quo adjuntándole copia del fallo dictado por la C.S.J.N. y le solicitó “su asistencia a fin de conocer el paradero actual del extraditable Rolando Echarri Pareja y, que se requiera a las autoridades competentes se tomen los recaudos necesarios con el objetivo de garantizar la entrega del mismo al Estado peruano, en virtud de lo regulado por el Tratado de Extradición bilateral vigente – fs. 461 de los autos principales—. Sostienen los jueces de la Cámara de Casación que habida cuenta de tales circunstancias, el juez interviniente debió mantener la medida restrictiva de la libertad dispuesta con relación a Echarri Pareja, sin que lo impidiera la circunstancia de encontrarse en trámite un pedido de asilo político efectuado por el requerido, pues esto sólo impone la obligación a los Estados de “non refoulement” que consiste en la prohibición de expulsar, devolver o extraditar a otro Estado a las personas respecto de las que exista un procedimiento de determinación de la condición de refugiado pendiente de resolución por parte de las autoridades pertinentes (conf. art. 7º de la Ley General de Reconocimiento y Protección a los

Refugiados –Ley 26.165–). En este orden de ideas, dice la Cámara que es dable colegir que ciertamente hasta tanto no se decida de modo definitivo — mediante una resolución que devenga firme— la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado efectuada por Rolando Echarri Pareja, no resulta plausible llevar a cabo la expulsión del nombrado al Estado requirente. Mas dicho extremo, como se dijo antes, no es un óbice para resguardar la sujeción al proceso de extradición del requerido a los efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas al suscribirse el Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República del Perú –ley 26.082—.

La Alzada dice que cabe señalar que la imputación extranjera tuvo su génesis en el año 1995 y se sustenta en “actos de colaboración” con el terrorismo bajo la modalidad de “organización de cursos o conducción de centros de adoctrinamiento e instrucción de grupos terroristas que funcionen bajo cualquier cobertura” (art. 4º, inciso d del decreto ley 25.475). Asimismo, se lo investigaba por la “afiliación a organización terrorista” “por el solo

hecho de pertenecer a ella” (art. 5º) con el agravante de ser el requerido reincidente en esa conducta (art. 9º).

La Cámara hizo lugar al recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal, casó y revocó la resolución recurrida y, en consecuencia, dispuso la inmediata detención preventiva con fines de extradición de Rolando Echarri Pareja (art. VIII de la ley 26.082) a disposición del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 6, debiéndose remitir las actuaciones a dicho órgano jurisdiccional a fin de que arbitre las medidas necesarias a sus efectos.

El Tribunal de Alzada resolvió: I. Por unanimidad, HACER LUGAR al recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal sin costas, y por mayoría, ANULAR la resolución de fs. 10/11, y reenviar al tribunal a quo para que dicte una nueva resolución de conformidad con los lineamientos de la presente (arts. 123, 456, inc. 2º, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal). II. Por mayoría, LIBRAR OFICIO con copia de lo decidido a la Comisión Nacional para los

Refugiados a cuyo cargo se encontraba la tramitación del pedido de refugio efectuado por Rolando Echarri Pareja en el mes de marzo de 2009 y al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, a fin de que se dispusiera lo que se estimaran corresponder en virtud de la firmeza de la extradición concedida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y lo dispuesto en el art. 14 de la ley 26.165.

10. Como pueden apreciar, la Cámara de Casación Penal consideró así un caso donde la *dimensión sociológica* es signada de manera principal por la actividad de Rolando Echarri Pareja. Una trama de distribuciones presenta, por ejemplo, las influencias humanas difusas de la organización terrorista impregnando la estructura internacional.

Como repartos cabe referir los que produjeron el requerido, las autoridades peruanas y las autoridades argentinas. Se consideran la acusación de participación de Echarri Pareja en actividades terroristas, la solicitud de extradición presentada por el Perú y el pedido de refugio del peticionado.

Son *repartidores* en el caso son los jueces de la Cámara de Casación. El *recipiendo* principal es Echarri Pareja, para él su libertad era potencia y su detención, impotencia. Sin embargo, también son *recipendarios* los demás interesados peruanos y argentinos. Los sentidos son inversos a los del requerido para las autoridades requirentes y quienes ellas representan.

Los *órdenes de repartos* de Perú y de Argentina presentan su coexistencia en el marco internacional.

11. En la *dimensión normológica* aparecen, por ej., el bloque de constitucionalidad, el Tratado de Extradición, la Ley General de Reconocimiento y Protección a los Refugiados. Asimismo, se han de considerar el pedido de extradición, la sentencia de extradición dictada por la Corte y el pedido de asilo político. El funcionamiento evidencia la aplicación del principio de referencia a la ley más favorable al reo.

En el caso se integran, con principios específicos que se han ponderado, el Derecho Internacional y el Derecho Penal. En un sentido,

los dos confluyen en el aseguramiento de la punición del extraditable, en otro, como es habitual, el Derecho Penal encuentra su principio de protección del reo, en esta especie, a través de la división espacial del poder en el refugio. Se han preferido los principios que conducen al aseguramiento de la punición internacional,

12. En la *dimensión dikelógica*, el pronunciamiento de la Cámara *fracciona* los despliegues de justicia favorables a la libertad del requerido en aras de los despliegues de justicia de rechazo del terrorismo internacional. El fraccionamiento genera seguridad jurídica respecto de Perú y la comunidad internacional. La impotencia del requerido se apoya en su *responsabilidad* por la participación en la actividad delictiva internacional. La sentencia de la Cámara se inspira en la protección de los demás contra la actividad del requerido.

13. En esta perspectiva *internacional penal*, vamos a referirnos ahora al caso “Pfannshmidt Morales, Claudio Guillermo c/ DNM s/contencioso administrativo – varios”, resuelto por la Corte el 27 de septiembre de

2022 con los votos de los doctores Horacio Rosatti, Carlos Fernando Rosenkrantz, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Luis Lorenzetti. El pronunciamiento está publicado en “*Fallos*”, t. 345, volumen 2, páginas 1079/1083.

Se trataba de la posibilidad de *expulsión* y *prohibición de reingreso* por diez años de una persona de nacionalidad chilena que venía planteada desde la Cámara Federal de Mendoza que, por mayoría, había confirmado una decisión de primera instancia favorable a la expulsión. Lo hemos elegido por ser uno de los últimos resueltos por la Corte antes de esta clase y porque en él se muestran las *relaciones entre especificidades materiales, espaciales, temporales y personales*. La *especificidad material*, el favor del reo en materia de cierto modo penal, *prevalece al fin sobre la especificidad temporal* del momento de un pronunciamiento. Una hipótesis que no podemos verificar es si en el pronunciamiento del Tribunal a quo influyó que fuera un tribunal próximo a una frontera.

Dice la Corte “6º) ... Dicha innovación adquiere aún más relevancia si se advierte que esta Corte, al expedirse respecto del art. 29, inc.

c, en su actual redacción sostuvo que “la inteligencia de la norma sustentada por el a quo, según la cual la causal que impide la permanencia en el país se verifica con la existencia de condena por cualquier clase de delitos -o ante la presencia de antecedentes relacionados con los delitos que menciona la norma o con aquellos que merezcan penas de tres años o más-, dejaría sin sentido a las previsiones de los incisos f, g y h del mismo artículo 29. Todas ellas contemplan, como causales impeditivas, la condena impuesta al interesado por los delitos que allí se especifican que son distintos de los aludidos en el inciso c. Si la regla establecida en el inciso c fuese que todo migrante puede ser expulsado por haber sido condenado por cualquier delito -sin importar la cuantía de la pena-, las previsiones de los otros incisos mencionados serían redundantes, ya que los casos regulados por estos incisos encuadrarían en esta regla general” (confr. Fallos: 341:500). ... 7º) Que en razón de lo hasta aquí señalado, y atento a la variación sustancial de la regulación normativa en aspectos que fueron objeto de cuestionamientos por el actor en el recurso extraordinario, corresponde

devolver las actuaciones al juez de la causa para que –adecuando el proceso, en resguardo de la garantía de la defensa en juicio, a fin de que las partes puedan ejercer los derechos que les asisten- examine el asunto a la luz de las nuevas disposiciones vigentes (conf. Fallos: 330:4554, “Zhang Hang”).” (pág. 1082).

La Corte declara procedente el recurso extraordinario federal y deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Dispone: vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado en los considerandos que anteceden.

14. En la *dimensión sociológica* cabe considerar que la Constitución Nacional fue hecha por el sector anglofrancesado en su magnífico momento fundacional de la organización nacional, reflejado sobre todo en el Preámbulo de nuestra Carta Magna. En consonancia con el respeto a la dignidad planetaria de todo humano, vale tener siempre presente que el artículo 18 de nuestra Constitución expresa de manera rotunda que nadie puede ser penado sin juicio previo

fundado en ley anterior al hecho del proceso y el artículo 14 declara el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. Es cierto que durante el mismo predominio anglofrancesado, en un período llamado “conservacionista” (conservador), se dictó la ley de residencia, que rigió durante más de medio siglo. Cabe recordar que la ley de residencia, solicitada por industriales y terratenientes y promovida por el senador Miguel Cané, se usó de modo no ocultable con motivos ideológicos. En su trámite no intervenía el Poder Judicial. También es real que en este caso es un gobierno de cierto modo anglofrancesado quien resulta más “expulsionista”. En cambio, el gobierno de 2021, que era *hispánico tradicional*, peronista, básicamente defensor de sentidos patrióticos, pero a partir de 2003 con influencia de la izquierda kirchnerista, resultó de cierto modo un gobierno más respetuoso de los vulnerables.

La sucesión de normatividades: ley 25871, de migraciones, sancionada en 2003 y promulgada en 2004, y los decretos 70/2017, relativamente “expulsionista” y 138/2021, más abierto a la condición y permanencia del reo,

evidencian distintas concepciones de la pena y del mundo de los dos lados de la grieta argentina que se suceden en los gobiernos.

15. En cuanto a la *dimensión normológica*, en este caso, donde también confluyen lo penal y lo internacional, se luce una aplicación interesante del elemento lógico de la interpretación en la relación entre partes de una fuente y el suborden, el subordenamiento y el subrégimen de justicia penales muestran la importancia específica de la intertemporalidad en materia penal. Esta intertemporalidad presenta un despliegue de la especificidad en el tiempo donde tiene particular gravitación el principio del favor al reo, aplicándole la ley más benigna.

La Cámara resolvió el caso en los términos del artículo 27 inciso c de la ley 25871 de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 4 del decreto 70/2017 *entonces vigente* en el cual se preveía que serán causas impedientes del ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional ser o haber sido condenado a estar cumpliendo condena o tener antecedentes o condena no firme en la

República Argentina o en el exterior por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad, haber sido condenado o estar cumpliendo condena o tener antecedentes o condena no firme en la República Argentina o en el exterior respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos o por lavado de dinero o inversiones. En actividades ilícitas a los efectos de los incisos c, d, h y j entiéndese por antecedentes a todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable. El decreto 138/2021 deroga el decreto 20/2017 y restituye la vigencia de las normas modificadas, sustituidas o derogadas por el mismo. La Corte presenta el interesante planteo que hemos referido al comienzo.

16. Con referencia a la *dimensión dikelógica* el pronunciamiento de la Cámara y el decreto de 2017 producen un fraccionamiento de la justicia generador de seguridad en el ámbito nacional; la Corte y el decreto de 2021 fraccionan la protección interna asegurando al causante. El primer sentido piensa el humanismo protegiendo a los individuos contra

los demás; el segundo lo hace amparando al individuo contra el régimen.

Consideramos que el orden y la coherencia son valores a atender y preservar, pero debemos hacerlo de manera *justa*. Desde el punto de vista de la justicia, estimamos que el planeta Tierra y el cosmos en general son *nuestra morada humana* y nos la adjudicamos de modo diferenciado en los que debe ser una *universalidad* que nos brinde las mayores posibilidades de desarrollo en unicidad, *igualdad y comunidad*. A mi parecer, como surge al fin del maravilloso preámbulo de nuestra Constitución, todos los humanos tenemos derecho, diferenciadamente, a habitar la Tierra y el resto del cosmos. Todo criterio de policía ha de tenerlo en cuenta.

14. Ahora, para cerrar la clase y el curso con un sentido particularmente humanista, con el humanismo que consideramos correspondiente al objetivo último del Derecho, vamos a tratar un caso de *perspectiva de género* que también es de perspectiva de edad, este último un enfoque muy relevante para encarar los despliegues de niñeces y ancianidades.

Vamos a considerar el amparo concedido por la jueza de primera instancia de Córdoba María Alejandra Noemí Sánchez Alfaro Ocampo, quien el 23 de noviembre de 2021 en autos “P., M. C. C/ Liga Cordobesa de Fútbol – Amparo” resolvió un caso en que se interpuso esa acción en contra de la Liga Cordobesa de Fútbol, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y el art. 48 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, referidos a esa vía protectora. Motivó la presentación lo dispuesto por la Cláusula Nº 17 del Torneo de Fútbol femenino amateur 2021, publicado el día 28/04/2021 en la página web oficial de la Liga Cordobesa de Fútbol, que establece: “Límite de edad: Podrán firmar planillas en los encuentros oficiales jugadoras desde la clase 2006 inclusive (que cumplan 15 años en 2021) hasta jugadoras clase 1986 inclusive (que cumplan 35 años en 2021). Asimismo, cada equipo deberá contar con el mínimo de CINCO (5) jugadoras de hasta clase 1994 (que cumplan 27 años en 2021) en cancha, no pudiendo en ningún momento tener menor cantidad de dichas jugadoras. El incumplimiento de esta disposición significará la pérdida del partido al trasgresor por inclusión de jugador

inhabilitado. La edad de los arqueros es libre". Señaló la amparista que dicha disposición, arbitraria e injustificada, la excluía antojadizamente de la posibilidad de disputar el torneo, competición en la que venía participando desde hacía más de nueve años. La jueza resolvió condenar a la Liga Cordobesa de Fútbol para que de forma inmediata habilitara a M. C. P a disputar el Campeonato de Fútbol Femenino temporada 2021 y los sucesivos que organice dicha institución, sin que le sea aplicable lo normado por el art. 17 del Reglamento del Fútbol Amateur Femenino, respecto del límite etario, así como las reglamentaciones que con posterioridad apliquen dichos límites de la edad de la nombrada.

15. En la *dimensión sociológica*, la limitación de edad, emergente de distribuciones de otras épocas basadas en la inferioridad de la mujer y de todas las personas con el transcurso del tiempo, colocaba a la amparista ante una grave *vulnerabilidad*. El plan de gobierno discriminatorio por género-edad chocaba con la ejemplaridad donde la sociedad considera de manera creciente en principio el carácter no razonable de los límites de edad.

16. En la *dimensión normológica*, en cuanto al funcionamiento normativo, el amparo desconoce la normatividad cuestionada en aras de los derechos humanos del bloque de constitucionalidad y se coloca en los principios que exigen atender a las perspectivas de género y de edad.

17. En la *dimensión dikelógica* el fallo cumple con la exigencia humanista que ha de satisfacer el régimen para ser justo, protegiendo a los humanos contra todas las amenazas, por ejemplo, de los demás y del transcurso del tiempo.

18. Dentro de las *especificidades materiales* concretadas en *ramas jurídicas*, el amparo concedido se ubica, por ejemplo, en el *Derecho Constitucional* con sus de derechos humanos y procesal, el *Derecho del Deporte*, el *Derecho de Mujeres* y, cierta proyección anticipada del *Derecho de Adultos Mayores*.

Creo oportuno hacer presente que desde hace varios años, la *Oficina de la Mujer* de la Corte Suprema viene sistematizando y difundiendo las decisiones judiciales sobre cuestiones de género, preservando la identidad de las partes, conforme

la normativa vigente. Es importante que existan oficinas como ésa y otras referidas a Adultos Mayores, más específicas que las de violencia doméstica que ahora se suelen usar para encuadrarlas.

18. *El cursado del módulo concluye aquí.* Deseo que haya contribuido a que a través de sus cometidos resulten *mejores juezas y jueces* y, personalmente, que sean *felices*. Cuentan, siempre, con todo lo que esté a mi alcance. Hasta cada momento.

Este libro se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2023
en el taller gráfico de Editorial Libros por Demanda,
Entre Ríos 3820 - 2000 Rosario - Santa Fe - Argentina,
teléfonos (0341) 4497794 | (341) 155 631237 | (341) 153 296906
E-mail: librospordemanda@gmail.com

FDER EDITA

EDITORIAL DE LA FACULTAD DE DERECHO
Universidad Nacional de Rosario

ISBN 978-631-80323-0-7



A standard 1D barcode representing the ISBN 9786319032307.

9 786319 032307