

Curso de capacitación en decisión judicial para docentes



PROGRAMA DE FORMACIÓN
EN ÁREAS DE VACANCIA
DE LA ABOGACÍA

2017

RAZONAMIENTO Y DECISIÓN JUDICIAL

Curso de capacitación en decisión judicial para docentes



PROGRAMA DE FORMACIÓN
EN ÁREAS DE VACANCIA
DE LA **ABOGACÍA**

2017

ISBN: en tramite
Curso de capacitación en decisión judicial para docentes
1ra. edición: julio de 2018

Editado por Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino
de Información Jurídica.
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Correo electrónico: ediciones@saij.gob.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre
y gratuita en: www.bibliotecadigital.gob.ar

Los artículos contenidos en esta publicación son de libre reproducción en todo o en parte,
citando la fuente.

Distribución gratuita. Prohibida su venta.

DIRECTOR

CARLOS DIEGO MARTÍNEZ CINCA

ÍNDICE

Página

Prólogo. Carlos Diego Martínez Cinca y Cintia Marcela Bayardi Martínez.....	1
--	---

ABORDAJES TEÓRICOS

Capítulo I. Los problemas centrales de la argumentación jurídica	5
1. ¿Qué entendemos por razonamiento jurídico? Diversos enfoques y perspectivas.....	5
2. El razonamiento jurídico y la decisión judicial.....	9
3. “Casos fáciles” y “casos difíciles”: su incidencia en el empleo de la lógica deductiva.....	12
4. Contextos de descubrimiento y contextos de justificación	15
5. El debate actual sobre el activismo judicial.....	17
6. Recapitulación: un ejemplo clásico de argumentación jurídica.....	20
Capítulo II. ¿Cómo decidir los casos difíciles? La cuestión del pragmatismo	23
1. La presión social en torno a los jueces.....	23
2. El giro pragmático y la textura abierta de la Constitución	26
3. La recaída de la jurisprudencia pragmática en el análisis económico	29
4. Alcances y límites de la argumentación consecuencialista	32
5. Una teoría razonable para los casos difíciles.....	36
6. Recapitulación.....	41
Capítulo III. ¿Cómo evaluar la argumentación por las consecuencias? Un caso práctico	43
1. Los argumentos consecuencialistas	43
2. El formalismo y los límites de la argumentación por las consecuencias.....	48

ESTRATEGIAS PEDAGÓGICAS

Capítulo IV. La enseñanza de la argumentación jurídica en el nivel superior universitario. María Virginia Páez y Cintia M. Bayardi Martínez	55
1. Intrucción	55
2. El método socrático.....	56
3. El análisis de casos.....	58
4. El juego de roles.....	60
Capítulo V. Introducción al derecho. Cecilia Moyano Pregal	65
1. Introducción.....	65
2. Objetivos	66
3. Competencias.....	66
4. Presentación del caso.....	67
5. Actividad práctica	74
Capítulo VI. Introducción a la filosofía. M. Roberta Simone Bergamaschi.....	77
1. Introducción.....	77
2. Algunas precisiones previas	79
3. Objetivos	80
4. Competencias a trabajar en la clase.....	81
5. Presentación del caso.....	81
6. Actividad práctica	89
7. Bibliografía sugerida específicamente para esta práctica	90
8. Conclusiones	91
Capítulo VII. Filosofía del derecho. Eliana de Rosa	93
1. Introducción.....	93
2. Objetivos	98
3. Competencias a trabajar en la clase.....	98
4. Presentación del caso.....	99
5. Actividad práctica	101
6. Conclusiones.....	102
Capítulo VIII. Problemática del conocimiento. Cecilia Moyano Pregal.....	103
1. Introducción.....	103
2. Objetivos	104
3. Competencias a trabajar en la clase.....	104
4. Expectativa de logro.....	104
5. Presentación del caso.....	104
6. Actividad práctica	106

Capítulo IX. Derecho constitucional. María Gabriela Ábalos.....	109
1. Introducción.....	109
2. Objetivos	110
3. Competencias a trabajar en la clase.....	110
4. Algunas consideraciones teóricas previas.....	112
5. Actividad práctica	121
6. Conclusiones.....	124
Capítulo X. Derecho penal. Melina Juan.....	127
2. Objetivos	128
3. Competencias a trabajar en la clase.....	128
4. Presentación del caso.....	128
5. Actividad práctica	130
Capítulo XI. Derechos humanos. Gonzalo M. Evangelista	131
1. Introducción.....	131
2. Objetivos	132
3. Competencias a trabajar en la clase.....	133
4. Presentación del caso.....	133
5. Actividad práctica	134
6. Conclusiones.....	146
Capítulo XII. Derecho sucesorio. Eduardo J. Casado	147
1. Introducción.....	147
2. Objetivos	147
3. Competencias a trabajar en la clase.....	147
4. Presentación del caso.....	148
5. Actividad práctica	159
Referencias bibliográficas	165
Referencias jurisprudenciales	167

PRÓLOGO

El presente *Manual de razonamiento y decisión judicial* constituye el fruto final del Proyecto de Capacitación en Razonamiento y Decisión Judicial para los docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, financiado por el Programa de Formación en Áreas de Vacancia de la Abogacía, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Dicho proyecto aspira a fortalecer la capacidad de argumentación jurídica entre los docentes, egresados y estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, y se focaliza en la argumentación jurídica como una competencia o saber-hacer que debe ser incluido en el perfil profesional de nuestros abogados. Puesto que se trata de una competencia profesional básica, la argumentación jurídica debe ser trabajada de manera transversal a lo largo de diferentes espacios curriculares. Por esa razón, el primer volumen se propone realizar un abordaje teórico de los principales problemas con los que debe lidiar una teoría razonable de la argumentación jurídica, y el segundo volumen procura trabajar diferentes estrategias pedagógicas que posibilitarían su enseñanza en las principales asignaturas que componen el diseño curricular de la carrera de abogacía.

Por tratarse de un manual destinado a docentes y estudiantes se ha privilegiado el lenguaje ameno y sencillo –sin perder por ello rigor académico–, se han evitado las citas a pie de página y se ha procurado sintetizar las ideas fundamentales en apartados breves que son ampliados con una serie de lecturas recomendadas al final de cada capítulo.

Los autores de esta modesta herramienta de enseñanza agradecen el apoyo financiero de la Dirección de Relaciones con la Comunidad Civil, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, por cuya iniciativa y gestión el proyecto pudo ser llevado felizmente a término. Agradecen también, de manera especial, la participación del Dr. Manuel Atienza en el mismo, quien aceptara viajar desde Alicante a nuestra pro-

vincia para impartir las clases de capacitación iniciales que sirvieron de fundamento, inspiración y guía para la elaboración del texto que el lector tiene en sus manos.

Carlos Diego Martínez Cinca

Cintia Marcela Bayardi Martínez

ABORDAJES TEÓRICOS

CAPÍTULO I

LOS PROBLEMAS CENTRALES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. ¿Qué entendemos por razonamiento jurídico? Diversos enfoques y perspectivas

Existen diversas formas de aproximarse al razonamiento o a la argumentación jurídica, a los que en este manual introductorio tomaremos como sinónimos, aun cuando habría que distinguir propiamente entre el **razonamiento** como operación lógica y la **argumentación** como la expresión lingüística de tal operación. En ocasiones, el concepto de “razonamiento jurídico” se entiende como una aplicación de la noción general de razonamiento al campo específico del derecho, pero en otras se considera que el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento con características propias cuya comprensión y manejo exigen un tratamiento diferente del que recibe en la lógica tradicional o clásica. La mayoría de los autores que desde la segunda mitad del siglo XX sentaron las bases de la teoría “estándar” de la argumentación jurídica sostuvieron esta segunda opinión que, en términos generales, es la que hoy comparte la mayoría de los juristas contemporáneos. En ese sentido, como señala Manuel Atienza en *Las Razones del Derecho*, los tres autores más relevantes que negaron que el razonamiento jurídico pudiera reducirse simplemente a un tipo especial de razonamiento deductivo tal como la lógica clásica lo estudiaba y, en su lugar, señalaron la necesidad de valerse de modelos alternativos y complementarios al de la lógica formal, fueron Theodor Viehweg (con su “tópica jurídica”), Chaim Perelman (con su “nueva retórica”) y Stephen Toulmin (con su “lógica informal”).

Theodor Viehweg defendió la idea de que lo peculiar del razonamiento jurídico se encontraba en la noción tradicional de **tópica**. La tónica no es un *ars iudicandi*, una técnica referida al paso de las premisas a las conclusiones, sino un *ars inveniendi*, volcada al descubrimiento de las premisas y centrada en la noción de problema antes que en la de sistema. De este modo, la tónica jurídica

podría verse como una técnica del razonamiento problemático o **aporético**, en la que termina siendo clave la identificación de los “lugares comunes” (*tópoi*, en griego) que solo pueden ser resueltos por las personas más experimentadas y sabias en la materia.

Chaim Perelman, por su lado, contrapuso los argumentos lógico-deductivos o demostrativos a los de carácter retórico, con la convicción de que la argumentación jurídica se mueve más bien en el ámbito de lo plausible antes que en el ámbito de las certezas. Según Perelman, la retórica se ocupa de opiniones que nos pueden conducir tanto a la verdad como también al error. Pero en el ámbito de lo opinable no solemos encontrar evidencias apodícticas, sino antes bien diversidad de posturas y de “apariencias” de realidad que exigen, de parte de quien argumenta, el logro de la persuasión antes que de la objetividad. Por ello, la presencia de un **auditorio** que requiere ser persuadido acerca de la justicia de una determinada solución es lo que lleva a Perelman a destacar el carácter eminentemente retórico de la argumentación jurídica.

Finalmente, Stephen Toulmin se opuso al estudio tradicional de los argumentos desde un punto de vista puramente formal (que solo podría dar cuenta de los razonamientos que tienen lugar en las matemáticas, pero nunca de los que tienen lugar en las ciencias sociales y aun tampoco en las naturales) y en su lugar propuso un enfoque procedimental, dialéctico, una lógica “operativa” (*working-logic*) construida a partir del modelo del derecho, en la que cabría distinguir como mínimo, junto a las **razones, pretensiones, garantías y respaldos** que proponentes y oponentes deben ofrecer para alcanzar su objetivo. En apretada síntesis podría decirse que las **pretensiones** serían el punto de partida de la argumentación; las **razones**, curiosamente, los hechos en los que se apoyarían las pretensiones; las **garantías** serían enunciados generales (reglas de experiencia o reglas jurídicas) que permitirían el paso de las razones (hechos) a las pretensiones; y puesto que existen diferentes garantías (reglas) que permiten ese pasaje, **respaldo** sería toda aquella información que permitiese mostrar la mayor relevancia, jerarquía o peso de unas garantías sobre otras.

Ahora bien, hacia fines de la década de los 70 (del siglo pasado) algunos autores comenzaron a configurar lo que se ha llamado la “concepción estándar de la argumentación jurídica”. Exponentes de esa concepción como Neil MacCormick y Robert Alexy consideraron que el razonamiento jurídico no debería contraponerse, sin más, al razonamiento deductivo, puesto que si bien para comprender el razonamiento jurídico en toda su complejidad se necesita de otras herramientas además de la lógica formal-deductiva en sentido estricto, tales herramientas tienen un carácter más bien complementario antes que sustitutivo. En efecto, MacCormick consideraba que la lógica deductiva por sí misma no permitía una justificación de las decisiones judiciales en los casos difíciles (cuando surgen, por ejemplo, problemas de prueba -en relación con la premisa fáctica- o de interpretación -a propósito de la premisa normativa-). Por su parte, Alexy postuló que la argumentación jurídica debía

verse como un caso especial del discurso práctico general, que se define a partir de una serie de reglas que no son lógico-formales sin más.

Según Manuel Atienza, la aparente contraposición entre razonamiento jurídico y lógica deductiva se podría superar si se partiese de una concepción amplia del razonamiento (o más bien de la argumentación) que, a su vez, permitiese incluir diversas miradas en relación al problema de la argumentación jurídica propiamente dicha. De hecho, los razonamientos son siempre relativos a un determinado lenguaje, presuponen diferentes clases de problemas (principalmente jurídicos, pero también políticos o sociales), pueden entenderse como una actividad –la actividad de razonar– o más bien como el resultado de la misma y permiten, finalmente, ser evaluados según diversos criterios. Todos estos elementos o aristas del problema central de la argumentación jurídica pueden abordarse desde diferentes perspectivas, lo que permitiría hablar de diversas concepciones o enfoques de la argumentación jurídica: el enfoque formal, el material y el pragmático, entre otros.

Desde una **perspectiva formal**, el razonamiento jurídico se presenta, en términos generales, como un conjunto de enunciados claros y distintos, donde el problema central reside en cómo arribar a una conclusión a partir de determinadas premisas. Los criterios de corrección del razonamiento, por su parte, están dados por las reglas de inferencia estudiadas mayormente en la lógica clásica de Aristóteles. De ese modo, la perspectiva formal se focaliza principalmente en los esquemas o figuras de los diversos tipos de razonamientos y en las reglas de validez de los mismos, prescindiendo, hasta cierto punto, del contenido material de los enunciados que funcionan como premisas.

Por ejemplo, si se partiese de afirmar que “todos los encapuchados son subversivos del orden público”, y que “todos los subversivos del orden público deberían ser arrestados”, se podría concluir –desde una perspectiva formal del razonamiento jurídico– que, entonces, “todos los encapuchados deberían ser arrestados”. De más está decir que al no haber prestado atención al contenido material de las premisas, el razonamiento de marras habría incurrido en una evidente miopía en su “referencia al mundo” o referencia de sentido. De alguna manera, el adagio *fiat iustitia et pereat mundus* termina siendo una irónica caricatura de esta perspectiva puramente formal de la argumentación jurídica.

Desde una **perspectiva material**, lo esencial del razonamiento jurídico no serían los esquemas o formas de las inferencias lógicas, sino aquello que hace que un enunciado (y por ende un argumento) sea verdadero o falso por su referencia al mundo, y en particular, por su referencia a las acciones humanas con sentido. Este enfoque del razonamiento jurídico era, en cierto modo, el que preconizaba Theodor Viehweg. Esta perspectiva ha tenido un amplio desarrollo en las últimas décadas, por ejemplo, en una teoría de las “razones para la acción” como la que postula Joseph Raz. Quizás no esté de más recordar que los *Tópicos* de Aristóteles (un libro especial dentro de su

tratado de lógica u *Organon*) eran todos aquellos argumentos –generalmente usados en la arena pública– en torno a los cuales resultaba insuficiente o inútil pronunciar un juicio sobre su corrección o validez formal, puesto que lo decisivo en ellos era el juicio de “viabilidad” que podían pronunciar los expertos o sabios en la materia (hasta qué punto resultaba “prudente” argumentar de un modo determinado en una determinada materia).

Finalmente, la **perspectiva pragmática** considera el razonamiento como un tipo de actividad (la realización de una serie de actos del habla) dirigida a lograr la persuasión de un auditorio (retórica) o a interactuar con otro u otros actores para llegar a algún acuerdo respecto a un problema teórico o práctico (dialéctica). Las concepciones del razonamiento de Chaim Perelman (organizada en torno a las nociones de orador, discurso y auditorio) y de Stephen Toulmin (organizada en torno a las nociones fundamentales de **proponente** y **oponente**, y al razonamiento como un tipo de interacción en la que se formulan pretensiones, razones, garantías y respaldos) vienen a representar, respectivamente, el punto de vista “retórico” y “dialéctico” dentro de la perspectiva pragmática. Los criterios de evaluación de los razonamientos retóricos apelan esencialmente a la eficacia del discurso (a su capacidad de persuasión), mientras que el razonamiento dialéctico debe seguir ciertas reglas de procedimiento, como las que rigen el desarrollo de un juicio.

Como puede verse en esta primera aproximación, la intelección del razonamiento jurídico como un tipo de razonamiento con características específicas requiere, cuando menos, la clarificación de la perspectiva a través de la cual se lo abordará. Ninguna de las perspectivas puede dar cuenta, aisladamente, de la complejidad del problema de la argumentación jurídica. Pero tampoco es necesario recorrer las tres perspectivas exhaustivamente para tener una visión general del problema, como la que este manual se propone. Bastará con tener presente, en todo caso, que cada una de ellas funciona como un complemento necesario de las restantes. Las lecturas recomendadas al final de este primer apartado resultarán apropiadas para quien desee profundizar el estudio de las diversas perspectivas y concepciones de la argumentación jurídica antes señaladas. El propósito de este primer capítulo es, más bien, realizar una presentación general de los principales problemas que le salen al encuentro a quienquiera intente definir el campo disciplinar de la argumentación jurídica.

Lecturas recomendadas:

Para las diversas perspectivas (formal, material y pragmática) de la argumentación jurídica: **Atienza, M.** (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.

Para la “retórica” de Perelman, la “tópica” de Viehweg y la “lógica informal” de Toulmin: **Atienza, M.** (2005). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas (Serie Doctrina Jurídica n° 134).

Temas para debatir en el aula

- 1) Si la teorización sobre un determinado objeto de estudio –la argumentación jurídica, en este caso– no parece describir exactamente lo que sucede en la realidad cuando los jueces argumentan, ¿tiene sentido, a pesar de todo, la teoría? ¿Por qué?
- 2) ¿Es necesario que coincida la voluntad del juez –en tanto voluntad singular y personal– con la voluntad del magistrado –en tanto órgano de gobierno–? ¿Por qué?
- 3) ¿Qué es más importante para el “imperio de la ley”: saber cómo llegó un determinado juez a tomar una decisión, o saber cómo se justifica esa decisión conforme a derecho? ¿Por qué?

2. El razonamiento jurídico y la decisión judicial

Ahora bien, cualquiera sea la perspectiva que se adopte para intentar comprender el razonamiento jurídico “desde afuera”, es decir, desde el punto de vista de un “observador externo” e “imparcial”, resulta inevitable plantearse la pregunta de hasta qué punto los sujetos involucrados en los diversos actos del habla que colocamos bajo el paraguas común del razonamiento jurídico se reconocerían como actores reales de una trama o discurso que no parecería reflejar fielmente lo que esos actores hacen, de hecho, cuando argumentan.

En términos más simples: los diversos abordajes del razonamiento jurídico como **objeto de estudio**, ¿dan cuenta cabal de lo que los jueces hacen, realmente, cuando argumentan? Nos referimos en especial a los jueces porque sobre ellos recae el imperativo constitucional de argumentar sus decisiones, teniendo en cuenta que esta parece ser, en el marco de un Estado de derecho, la única forma de ejercer cierto control democrático sobre quienes no son electos por el voto popular. Ciertamente también argumentan los legisladores (o al menos deberían hacerlo), los abogados de parte, los procuradores, los fiscales y los restantes actores del sistema jurídico. Pero no cabe duda alguna –y no se requieren mayores demostraciones, creemos– en torno al papel fundamental que los jueces desempeñan en la *mise en scène* del razonamiento jurídico.

Existe hoy una amplia sospecha y –como veremos más adelante, en el capítulo II– también una creciente demanda de sinceramiento en torno a la supuesta **independencia** judicial en relación a los móviles políticos o ideológicos que parecerían explicar mejor lo que los jueces realmente hacen cuando razonan o argumentan. La afirmación de que existe un tipo específico de razonamiento que llamamos razonamiento **jurídico**, y que este tipo de razonamiento se aplica a la hora de resolver los numerosos conflictos que se suscitan en nuestro complejo mundo, es abiertamente desafiada por quienes sostienen que los llamados “casos difíciles” (sobre los que nos ex-

playaremos más adelante) se terminan resolviendo, en general, por criterios políticos o ideológicos. Pero como argumentaremos más adelante, la pura discrecionalidad judicial –asociada a una perspectiva que en la filosofía del derecho podríamos identificar con ciertas proposiciones de los *Critical Legal Studies* o del pragmatismo del último Posner– no solo no ha sido defendida abiertamente por ningún teórico serio de la argumentación jurídica, sino que resulta insostenible en sí misma si se asumen abiertamente las consecuencias a las que llevarían los postulados de un puro pragmatismo.

De alguna manera, y como el título de este apartado pone de manifiesto, parece haber una tensión no del todo esclarecida entre el razonamiento jurídico como **operación lógica** –cualquiera sea la perspectiva de estudio que se elija para su abordaje– y la decisión judicial como manifestación de una **voluntad** particular (la del juez) transida de aspiraciones, temores, amores, representaciones subjetivas de los diversos actores y del conflicto que debe resolver (por solo mencionar algunos de los factores que parecen tornar irrisoria la pretensión dworkiniana en torno a una “única respuesta correcta”). Quizás por esa razón, la filosofía del derecho contemporánea parece moverse siempre entre Escila y Caribdis a la hora de explicar la decisión judicial y su relación con la estructura del razonamiento jurídico, lo que nos debería llevar a pensar que, al igual que Odiseo, resultará siempre más seguro transitar el camino del medio para sortear ambos obstáculos (la decisión entendida como fruto, sin más, del silogismo judicial, por un lado, y la decisión entendida como fruto, sin más, de las posiciones políticas o ideológicas del juez, por el otro).

Sin embargo, semejante tensión es solo aparente, y como Manuel Atienza ha señalado sagazmente, ella surge solo cuando se pierde de vista la diferencia **popperiana** entre **contextos de descubrimiento** y **contextos de justificación**. Una cosa es, en efecto, querer explicar **cómo llega** un juez a tomar una determinada decisión (por qué razones psicológicas, políticas o ideológicas llega a decidir lo que decide), y otra cosa es la obligación de **justificar** determinada decisión en el marco de un Estado de derecho (qué razones jurídicas, es decir, qué razones contenidas en el ordenamiento jurídico, permiten mostrar que esa decisión es “justa”, “correcta”, o incluso más “razonable” que cualquier otra).

Pero también es cierto que existen diversas comprensiones acerca del Estado de derecho, principalmente en lo que refiere al papel de los jueces y al impacto de sus sentencias en la sociedad. Las formulaciones clásicas en torno a la separación republicana de poderes y la independencia del Poder Judicial parecen no tener en cuenta la creciente demanda contemporánea del sistema político respecto de un mayor protagonismo judicial, por un lado, y el notable aumento de la complejidad social, por el otro, con la consecuente extensión y variedad de los problemas que son sometidos, habitualmente, a la decisión de los jueces. La comprensión de Montesquieu en torno a los jueces como *la bouche de la loi* no dejar de ser, hoy, una visión

tan encantadora como probablemente ingenua. La crisis actual de representación política, fogueada por la corrupción y la anomia social entre muchos otros factores, ha puesto a los jueces en el imaginario de la sociedad como última *ratio*, es decir, como garantes finales del funcionamiento del sistema democrático. En este sentido, sostiene Ferrajoli:

... la sujeción del juez a la ley ya no es como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de su significado con la constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez (Ferrajoli, 1992, p. 66).

La encrucijada –en gran medida aparente– en la que parecen hallarse hoy quienes dudan entre abrazar la encantadora y en cierto modo ingenua visión del juez como la “boca de la ley”, o la más radical y en gran medida inviable visión del juez como “agente de transformación social”, nos llevará a plantear, más adelante, una necesaria aclaración respecto a qué tipo de jueces se hallan expuestos con mayor facilidad a las demandas de la opinión pública, como también a formular una ineludible distinción entre “contextos de descubrimiento” y “contextos de justificación”, a fin de clarificar en qué contexto debemos movernos si queremos **explicar** los móviles de la argumentación jurídica, o más bien **comprender** cómo deben razonar los jueces en el marco de un razonable Estado de Derecho, cualquiera sea el tipo o clase de juez en el que estemos pensando.

Pero antes de entrar a considerar tales aspectos, y a fin de arrojar algo más de luz en los extremos del dilema antes señalado (es decir, en el dilema de creer –algo ingenuamente– que todo razonamiento jurídico es un simple ejercicio de lógica deductiva, o por el contrario, que todo razonamiento jurídico es una sospechosa máscara tras la que se esconden las preferencias ideológico-políticas de los jueces) tal vez sea provechoso recordar que la utilidad de la lógica formal-deductiva parecería estar ligada a un tipología básica de casos establecida en función de su mayor o menor dificultad de resolución: los casos fáciles y los casos difíciles. Veamos someramente esta distinción antes de diferenciar los contextos de descubrimiento y los contextos de justificación en el marco de la argumentación jurídica.

Lecturas recomendadas:

Cárcova, C. M. (noviembre, 1995). Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. *Revista Jueces para la Democracia* (24), pp. 32-37.

Temas para debatir en el aula

- 1) Los casos con gran resonancia social, o aquellos sobre los cuales la opinión pública ejerce una gran presión, ¿son también casos “difíciles”? ¿Por qué?
- 2) ¿Deben los jueces procurar conformar a la prensa y a la opinión pública? ¿Por qué?
- 3) ¿Es sano que la prensa independiente ejerza cierto control sobre el desempeño y la argumentación de los jueces? ¿Por qué?

3. “Casos fáciles” y “casos difíciles”: su incidencia en el empleo de la lógica deductiva

Veamos, primero, un ejemplo bastante rudimentario de lo que se entiende, normalmente, por razonamiento deductivo como modelo ejemplar de todo razonamiento jurídico.

Si el Código Penal de un determinado ordenamiento jurídico estableciese que: “Todo aquel que se apodera de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido con pena de prisión de 3 a 6 años”, ese enunciado, de carácter general, ocupará –eventualmente– el lugar de la “premisa mayor” o simplemente del enunciado o premisa normativa en el esquema-modelo del razonamiento jurídico. Por otra parte, si formulásemos un juicio tal como: “Esta acción, realizada por este sujeto, puede calificarse como el apoderamiento ilegítimo –pues no median causales justificatorias– de una cosa mueble totalmente ajena”, dicho juicio, de carácter particular, ocupará el lugar de la “premisa menor” o enunciado fáctico. Así pues, será lógico concluir que: “Esta acción debe ser reprimida con pena de prisión de 3 a 6 años”, conclusión que se deriva necesariamente de la vinculación lógica entre la premisa normativa y la premisa fáctica. Este modo de esquematizar el razonamiento jurídico es lo que tradicionalmente se ha llamado “silogismo judicial”, que con los matices señalados en el primer apartado se ha considerado un caso especial del también llamado “silogismo práctico” (en torno al cual se han dado interesantes debates acerca de si su conclusión es un enunciado también práctico, de carácter imperativo o más bien un enunciado descriptivo de una determinada acción a realizarse). Al margen de estos debates que no vienen al caso, lo cierto es que este esquema sencillo provisto por la lógica deductiva parece insuficiente para explicar cómo se resuelven los llamados “casos difíciles”.

A pesar de lo compleja que resulta la categoría de “casos difíciles” y de las dificultades conceptuales que existen a la hora de distinguirla con claridad respecto de su categoría contraria (los “casos fáciles” o “rutinarios”), es posible señalar –siguiendo al jurista escocés Neil MacCormick– que los “casos difíciles” son aquellos que presentan problemas de “interpretación” o de “relevancia” en relación con la premisa normativa, o bien de “prueba” o “calificación” en relación con la premisa fáctica.

Los problemas de interpretación se presentan cada vez que resulta necesario desentrañar el sentido o alcance de un enunciado normativo. Los diversos y numerosos métodos exegéticos comúnmente mencionados por la dogmática jurídica (desde las corrientes clásicas del siglo XIX hasta las corrientes contemporáneas de la hermenéutica jurídica) suelen dar cuenta de la variedad de problemas que se suscitan cuando se deben interpretar enunciados normativos. En el ejemplo anterior, los problemas de interpretación en relación a la premisa normativa podrían presentarse cuando quisiéramos desentrañar el sentido o alcance de términos tales como “apoderamiento”, “cosa mueble”, “ajena”, etc. Por ejemplo: la señal televisiva de cable o la señal satelital, o bien los códigos de seguridad informáticos, ¿estarían comprendidos dentro del concepto de “cosa mueble”?

Por su parte, los problemas de relevancia se presentan cuando existen dificultades para identificar en qué enunciado normativo encajarían mejor los hechos contenidos en la plataforma fáctica del caso, vale decir, cuál de todas las posibles normas jurídicas contenidas en un determinado ordenamiento respondería mejor a la “naturaleza jurídica” del caso planteado. En el ejemplo anterior, un problema de relevancia podría presentarse a la hora de determinar si el tipo penal del hurto es más adecuado para tipificar una determinada conducta que el tipo penal de la defraudación o estafa, por ejemplo.

En relación a la premisa fáctica del razonamiento jurídico, podríamos señalar rápidamente que los problemas de “prueba” y “calificación” son aquellos que, por ejemplo, un fiscal debe resolver a la hora de elevar una causa a juicio, es decir, a la hora de tener por probados los hechos o conductas que se le imputan al acusado, o de encuadrarlos o “caratularlos” en tal o cual tipo penal. A pesar de su aparente similitud, los problemas de relevancia y de calificación no son idénticos, porque los primeros se refieren a la cuestión de cuál de todos los posibles enunciados normativos aplicable resultaría más apropiado al caso concreto, y los segundos, a la cuestión de si tales hechos –una vez probados y “fijados”– se pueden subsumir, o no, en un determinado tipo penal, por ejemplo. De todos modos, la línea divisoria entre “casos fáciles” y “casos difíciles” no es tan clara, como sostiene el propio MacCormick.

Por su parte, Atienza propone en una de sus últimas obras una tipología de los “casos difíciles” que reduplicaría en número a la propuesta por el jurista escocés, abarcando cuestiones procesales, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación, de discrecionalidad y de ponderación. No es necesario entrar a considerar cada una de estas categorías nuevas que propone Atienza porque el propósito del presente apartado es simplemente mostrar cómo juegan la categorías de “casos fáciles” y “casos difíciles” en el empleo de la pura lógica deductiva, o más bien, en el recurso a las herramientas retóricas, tópicas y dialécticas señaladas anteriormente como complementarias de la lógica formal. Lo decisivo, entonces, resulta

saber cuándo la lógica formal deductiva alcanza para resolver un caso, y cuándo se requiere el empleo de aquellas herramientas lógicas complementarias.

Siguiendo a Ricardo Lorenzetti, podríamos afirmar que hay tres posiciones más o menos generales en esta materia:

- 1) *Juristas que sostienen que todos los casos son fáciles. Para este primer grupo no hay ninguna decisión judicial que no pueda ser resuelta mediante la aplicación de la ley y el método deductivo. La escuela clásica o “legalista” que surgió con la primera generación de comentaristas al Código de Napoleón bien podría señalarse como modelo de esta posición.*
- 2) *Juristas que sostienen que todos los casos son difíciles. Para este segundo grupo la indeterminación es tan grande que ha llevado a una crisis total del método deductivo y en consecuencia todos los casos se resuelven en base a “principios”, “directrices”, o simplemente preferencias ideológico-políticas. Algunos exponentes radicalizados de los Critical Legal Studies podrían señalarse como los abanderados de esta posición.*
- 3) *Juristas que sostienen que los casos fáciles son la regla y los difíciles la excepción. Lorenzetti señala, acertadamente según nuestro criterio, que la tercera posición es la más aceptable y equilibrada, ya que postula que la mayoría de los casos son resueltos de manera deductiva a partir de esquemas como el descripto más arriba (en relación al hurto), y como excepción, cuando se presentan las dificultades normativas o fácticas antes dichas, se requiere el empleo de otras herramientas (retóricas, tópicos o dialécticas).*

De todos modos resulta importante no perder de vista que las tipologías – como las presentadas por MacCormick, Atienza o por cualquier otro teórico serio de la argumentación jurídica– no son taxativas ni excluyentes, por sí mismas, de otras formas diferentes de abordar el problema acerca de cómo resuelven los jueces los casos sometidos a su consideración. Lo que estas tipologías pretenden decirnos es, sencillamente, que la lógica jurídica es esencialmente deductiva, pero que ella no basta para explicar cómo arriban a determinadas conclusiones los jueces bajo un razonable “imperio de la ley” o “estado de derecho”, sobre todo cuando esos casos revisten cierta dificultad o complejidad. En el segundo capítulo trataremos de ver hasta qué punto el “pragmatismo” constituye una respuesta viable a los casos difíciles, y en el tercero, si acaso exista una “única respuesta correcta” a tales casos.

Lecturas recomendadas:

Dworkin, R. (2012). *Los Derechos en serio* (Capítulo 4: “Los casos difíciles”). Barcelona: Ariel.

Lorenzetti, R. (2014). *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Temas para debatir en el aula

- 1) Los casos con gran resonancia social, o aquellos sobre los cuales la opinión pública ejerce una gran presión, ¿son también casos “difíciles”? ¿Por qué?
- 2) ¿Deben los jueces procurar conformar a la prensa y a la opinión pública? ¿Por qué?
- 3) ¿Es sano que la prensa independiente ejerza cierto control sobre el desempeño y la argumentación de los jueces? ¿Por qué?

4. Contextos de descubrimiento y contextos de justificación

El profesor Manuel Atienza toma esta interesante distinción planteada inicialmente por Karl Popper en el ámbito de la filosofía de la ciencia y la aplica al campo de la argumentación jurídica en particular. Así, explica que:

... una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión. Si pensamos en el argumento que concluye afirmando: A los presos del Grapo se les debe alimentar por la fuerza, podemos trazar la distinción entre los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc., que movieron a un determinado juez a dictar esa resolución y las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable (que está justificada). Decir que el juez tomó esa decisión debido a sus firmes creencias religiosas significa enunciar una razón explicativa; decir que la decisión del juez se basó en determinada interpretación del artículo 15 de la Constitución significa enunciar una razón justificatoria. Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas (Atienza, 2005).

La distinción entre contextos de descubrimiento y contextos de justificación permite distinguir dos perspectivas posibles pero diferentes en el análisis de cualquier argumentación jurídica. En efecto, una cosa es querer **explicar** por qué determinados jueces arriban siempre, o casi siempre, a determinadas conclusiones, y otra cosa muy distinta es querer **justificar** cualquiera de esas conclusiones. En relación a lo primero, los psicólogos sociales y algunas figuras importantes de la filosofía del derecho contemporánea (como Richard Posner, por ejemplo) han intentado proporcionar diversas explicaciones acerca de los **sesgos cognitivos** o las preferencias ideológicas que inclinan a determinados jueces a arribar, en determinados contextos, a determinadas conclusiones. En ese sentido, en *How Judges Think* Posner plantea, entre otras cosas, que hay no menos de ocho posibles teorías que intentan explicar, desde un enfoque pragmatista, **cómo piensan los jueces** norteamericanos (sobre todo los jueces de los tribunales superiores, y particularmente los de la Corte Suprema). Sin duda constituye una

perspectiva interesante que de alguna manera fue preconizada –al menos en América del Norte– por Jerome Frank, uno de los primeros exponentes del llamado “realismo jurídico norteamericano”.

Sin embargo, la teoría estándar de la argumentación jurídica no se interesa por los sesgos cognitivos, ni por las preferencias políticas ni por las motivaciones psicológicas que puedan predecir que tales jueces tomarán siempre, o casi siempre, determinadas decisiones. Más bien se interesa por el contexto de **justificación** de las decisiones judiciales y, en ese sentido, suele tener pre tensiones tanto descriptivas como prescriptivas.

En otras palabras, la teoría estándar de la argumentación jurídica pretende mostrar no solo cómo se justifican las decisiones jurídicas **conforme a derecho**, sino también cómo se **deberían** justificar. En ese sentido, asume que las decisiones jurídicas deben y pueden ser justificadas y, por ello, se oponen tanto al **determinismo** metodológico (conforme al cual las decisiones jurídicas no necesitarían de justificación porque su validez procede de la simple derivación de una autoridad legítima) como al **decisionismo** metodológico (conforme al cual las decisiones jurídicas no se podrían justificar porque serían puros actos de voluntad). Como puede apreciarse, el decisionismo y el determinismo metodológico son posturas irrazonables, especialmente en el contexto del derecho moderno donde motivar o justificar una sentencia no solo contribuye a hacerla “razonable” –y por consiguiente aceptable– sino también a que el derecho pueda cumplir su función de guía de la conducta humana proporcionando “razones para la acción”, como sostiene Joseph Raz.

La distinción entre contextos de descubrimiento y contextos de justificación permite mostrar, entonces, la “permuta de intereses” que suele evidenciarse en la mayoría de las corrientes pragmatistas y críticas de la argumentación jurídica. Tal vez un ejemplo sencillo podría terminar de ilustrar definitivamente esta permuta o confusión de intereses.

Si alguien se interesase por saber qué tan **cierta** o **verídica** es la historia que describe a Isaac Newton descansando al pie de un árbol en el instante en que el impacto de una fruta caída del mismo árbol lo condujo a concebir la teoría de la gravitación universal, se estaría moviendo en una esfera de intereses que podría calificarse, desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, como “contexto de descubrimiento”. Pero si alguien se interesase más bien en saber hasta qué punto la constante de gravitación universal formulada por Newton explica razonablemente la caída libre de los cuerpos en nuestro mundo (más allá de cómo llegó a descubrir esa constante el propio Newton), ese alguien se estaría moviendo en una esfera de intereses que podría calificarse, desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, como “contexto de justificación”. En este último contexto podríamos decir que la teoría de Newton es una explicación bastante razonable de la caída libre de los cuerpos, aun cuando –entre otras limitaciones– no tome en cuenta la resistencia que ofrece la atmósfera a la caída de los cuerpos,

como es sabido. De igual modo (si vale la metáfora), la teoría estándar de la argumentación jurídica no se ocupa de sentimientos, convicciones o manzanas; se ocupa de razones.

Lecturas recomendadas:

Posner, R. (2010). *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press.

Temas para debatir en el aula

- 1) Jerome Frank sostenía que los jueces, al dictar una sentencia, “racionalizaban” sus sentimientos individuales, puesto que siempre resultaba posible encontrar una norma que se acomodase a ellos. ¿Tenía razón? ¿Por qué?
- 2) Suponiendo que la afirmación de Frank fuese cierta, ¿eso le resta importancia a la argumentación judicial? ¿Por qué?
- 3) ¿Sería deseable algo más que un simple test para evaluar la personalidad psicológica de quien accede a la magistratura? ¿Qué más?

5. El debate actual sobre el activismo judicial

Es probable que el interés actual por la argumentación jurídica se vea estimulado, en gran medida, por el protagonismo que buena parte de los jueces asume hoy en la mayoría de los Estados occidentales en una esfera de asuntos que tradicionalmente había estado reservada a la administración o al “poder político” del Estado.

En efecto, el fenómeno hoy conocido como **activismo** judicial plantea algunos interrogantes a quienquiera se aproxime a los problemas centrales de la argumentación jurídica. ¿Cuáles son los límites de una intervención razonable, por parte de los jueces, en los asuntos que atañen a políticas públicas definidas por la administración? Dada la “textura abierta” del derecho, ¿es real –como sostenía H. L. A. Hart– que existen casos en los que los jueces ejercen una gran discrecionalidad, y en consecuencia se comportan como cuasi legisladores? Por consiguiente, ¿cuándo y cómo deberían los jueces ejercer la automoderación (*self-restraint*) mostrando una razonable “deferencia” hacia los poderes que representan la voluntad popular en un Estado de derecho moderno?

Es evidente que en una introducción general a los problemas centrales de la argumentación jurídica no es posible dar respuesta a todos ellos. De momento podríamos afirmar que el activismo judicial parece ser un problema para cierto tipo de jueces, pero no para todos. En efecto, el rol de un juez en un moderno Estado de derecho depende, en gran medida, del tipo de tribunal y/o fuero al que pertenezca. En los “tribunales inferiores” la labor de los jueces parece estar orientada más bien hacia los aspectos estrictamente jurídicos en la solución de conflictos, mientras que los integrantes de los “tribunales superiores” suelen ver comprometidas sus sentencias con las llamadas “cuestiones

políticas” (que en algún período de su historia la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina identificó como “cuestiones políticas no justiciables”). Por consiguiente, podríamos decir que el activismo judicial, la discrecionalidad de los jueces en los casos difíciles, y la “autodeferencia” de los magistrados hacia los poderes políticos no son problemas que afecten por igual a todos los jueces o a todos los tribunales; más bien parece afectar a solo una parte de ellos.

Luego de esta necesaria aclaración, podríamos agregar que en materia de protagonismo o activismo judicial, durante los dos últimos siglos de la teoría o filosofía del derecho se han cristalizado dos grandes posturas o enfoques tendientes bien a minimizar, bien a exagerar dicho activismo. En efecto, por un lado encontramos:

- a) El “formalismo” jurídico. Se trata más bien de una actitud que de una escuela o corriente filosófica. Los autores que podríamos llamar “formalistas” tienden a minimizar, en general, el activismo de los jueces. La idea de base sea quizás la del ordenamiento jurídico como un sistema dotado de plenitud, coherencia y hermetismo, ordenado por relaciones de subordinación, prelación y coordinación, dentro del cual el juez siempre encontrará una regla o un principio aplicable en la solución al caso difícil sometido a su decisión.

En ese sentido, Richard Posner caracteriza el formalismo jurídico norteamericano –que asocia a la figura de Christopher Columbus Langdell, decano de la Facultad de Derecho de Harvard a fines del siglo XIX– como una especie de “platonismo jurídico” que se autoconviene de la existencia de un puñado de principios de derecho eternos e inmutables, corporeizados de manera imperfecta en las numerosas opiniones doctrinarias contenidas en diversos reservorios de fallos. Para el formalismo, según Posner, la existencia de tales principios jurídicos inmutables obliga –a quienes deben argumentar a partir de tales principios (jueces o abogados)– a valerse de una especie de lógica deductiva de las consecuencias concretas que se seguirían a partir de aquellos principios generales del derecho, aun cuando tales consecuencias no guarden relación alguna con el “mundo real”. Como la mayoría de los críticos radicalizados del formalismo, Posner ironiza exageradamente la despreocupación de los jueces formalistas por el “mundo real”, aun cuando gracias a esa crítica podamos comprender por qué, en definitiva, el activismo no representa un auténtico problema para tales jueces (suponiendo que efectivamente existan magistrados de esa particular naturaleza):

Hay demasiada confianza, muy poca curiosidad, y una consideración insuficiente hacia las contribuciones de las otras disciplinas. La jurisprudencia misma es demasiado solemne y engreída. Sus profesantes escriben sobre mármol una prosa demasiado hierática y censurante. El Derecho y la religión estuvieron entrelazados por mucho tiempo, y aún subsisten muchos paralelos y

solapamientos. También el Derecho tiene sus sumos sacerdotes, sus textos sagrados y sus vacas sagradas, sus misterios hermenéuticos, sus vestiduras y sus templos, ritos y ceremonias (Posner, 1999, p. 465).

b) El “antiformalismo” o la “revuelta contra el formalismo”. Esta otra actitud abarca un gran número de juristas de diversas escuelas y tendencias u orientaciones filosóficas. Podría decirse que es la actitud “por defecto” que cabría imputar a cualquier jurista que estuviese en contra del adagio **fiat iustitia et pereat mundus**. La “jurisprudencia de intereses” de Ihering o la “sociológica” de Duguit, la escuela de la “libre investigación científica” de Gèny, el realismo jurídico norteamericano de Holmes, Cardozo y Frank, el “nuevo análisis económico” de Richard Posner, y una larga lista de tendencias “realistas” que no viene al caso enumerar de manera exhaustiva: todas ellas parecen tener un común denominador que podríamos identificar como la demanda por un mayor protagonismo de los jueces en la transformación social. Es evidente que, de esta manera, los problemas identificados más arriba (activismo, discrecionalidad, automoderación y deferencia de los jueces) representen un problema al que una teoría razonable de la argumentación jurídica debería dar algún tipo de respuesta.

En el capítulo siguiente, dedicado al pragmatismo en la solución de los “casos difíciles”, intentaremos dar una respuesta a gran parte de estos problemas. Allí veremos con mayor detalle lo que podríamos identificar como la “falacia del espantapájaros” y que, a nuestro criterio, parece ser una de las claves para entender que en este caso estamos ante un pseudoproblema de la argumentación jurídica, como ocurre cada vez que se apela al imaginario colectivo para criticar algo que, en el fondo, nunca se termina de identificar –y por consiguiente, de comprender– correctamente. Por ahora bastará con la descripción general que hemos hecho de este asunto.

Lecturas recomendadas:

Martínez Cinca, C. D. (2014). Insuficiencias del análisis económico como base para una teoría de la adjudicación. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 (3), pp. 925-955.

Temas para debatir en el aula

- 1) ¿Es razonable la expectativa social que ve a los jueces como agentes del progreso social? ¿Por qué?
- 2) ¿Es razonable que los jueces no sean elegidos mediante el voto popular? ¿Por qué?
- 3) ¿Qué factores sociales y políticos contribuyen hoy a que aumente la demanda por un mayor protagonismo de los jueces en la transformación social?
- 4) ¿Deben y/o pueden los jueces velar por las consecuencias económicas de sus fallos? ¿Por qué?

6. Recapitulación: un ejemplo clásico de argumentación jurídica

Como conclusión de este primer capítulo introductorio a los problemas centrales de la argumentación jurídica, vamos a analizar un ejemplo célebre tomado de la filosofía antigua, en el que podrá apreciarse –con algo de buena voluntad– la combinación de los diversos elementos que deberían entrar en juego en una teoría razonable de la argumentación jurídica. El ejemplo es, como puede verse en la imagen del epígrafe, el famoso juicio celebrado contra Sócrates en la ciudad de Atenas, hacia el 399 a. C., que concluyera con su condena a muerte.

Como se sabe, Sócrates fue llevado ante el tribunal de la asamblea ciudadana integrada por 501 atenienses (número impar a fin de evitar empates en los veredictos). Ese tribunal era el órgano encargado de impartir justicia cuando se cometía alguno de los llamados “delitos capitales” (como homicidio, traición a la patria o a los dioses de la ciudad –*asébeia*–, delito este último del que concretamente se acusaba a Sócrates). Las vicisitudes del juicio, la trama histórica de las acusaciones, los alegatos del imputado en su defensa y la suerte final del filósofo son narrados con exquisitos detalles al hilo de una gran tensión dramática por su fiel discípulo Platón (que debe haber presenciado seguramente el juicio, con 28 años de edad) en su célebre diálogo *Apología de Sócrates*.

Para empezar, podemos ver en este ejemplo histórico de argumentación jurídica –quizás el primero del que guarde registro la historia occidental– que la sentencia final podría explicarse en términos de un sencillo silogismo práctico-deductivo. En efecto, había una ley en Atenas que establecía: “Todo aquel que atente contra los dioses de la ciudad, debe morir”. Los jueces pronunciaron su veredicto: “Sócrates ha atentado contra los dioses de la ciudad”. La sentencia conclusiva, por consiguiente, se deducía con necesidad lógica de las premisas anteriores: “Sócrates debe morir”.

Uno podría preguntarse inmediatamente si acaso esa es una explicación suficiente de todo lo que realmente estuvo en juego en ese trágico juicio. Habría que responder, sencillamente, que no. Pero no cabe duda alguna que esa –y no otra– fue la **lógica** de aquel suceso histórico que ocurrió en el marco de un incipiente “Estado de derecho” o “imperio de la ley”. Si una persona que jamás hubiese tenido noticia alguna de aquel suceso preguntase por qué **ilógica** razón un hombre justo y defensor de las leyes como Sócrates murió a causa de esas mismas leyes, la respuesta **lógica** estaría dada por ese silogismo que acabamos de formular. Nuevamente: ¿satisface esa respuesta el deseo de saber que seguramente abrigará esa persona que ignorase el funcionamiento de un incipiente Estado de derecho? Probablemente no. Pero no deja de ser una primera respuesta para quien quiera entender la lógica general dentro de la que se mueve la argumentación jurídica. Sin ir más lejos, es esa más o menos la respuesta que tanto el estudiante de derecho como el abogado o el juez se formula ante los hechos que el profesor, el cliente o las partes le ponen a su consideración: “¿en qué norma general habría que **subsumir la plataforma**

fáctica del caso?”, pues resulta evidente que de esa norma general saldrá la solución aplicable al caso concreto. La esencia misma de la argumentación jurídica consiste en poder subsumir hechos con cierta relevancia jurídica en alguna norma válida o principio general del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, los argumentos que Sócrates empleó en su defensa, como también la trama histórica, psicológica y hasta sociológica de las acusaciones, constituyen un buen ejemplo de todas aquellas otras herramientas **tópicas, retóricas y dialécticas** que intervinieron en la decisión de un caso realmente difícil –por no decir “trágico”, adoptando una categoría acuñada por Manuel Atienza–, que de hecho se resolvió por apenas dos votos de diferencia (sobre un total de quinientos), y que marcó a fuego el destino de la filosofía de Occidente.

En efecto, desde el momento inicial en que Sócrates comienza su defensa, se hace evidente el papel fundamental que la retórica jugará en su alegato. El acusado reconoce que no empleará la retórica ampulosa ni el estilo recargado que suele caracterizar la argumentación de quienes “intentan persuadir a los jueces”, ni que tampoco manipulará las emociones del jurado haciendo comparecer a sus hijos –futuros huérfanos– para que imploren con lágrimas la piedad de los jueces (como parece que era costumbre también en aquellas circunstancias). Sin embargo, a poco de comenzar, Sócrates deja ver que es un gran orador y que maneja muy bien la ironía y hasta cierta retórica que podríamos llamar “nacionalista”, puesto que evidentemente buscaba poner de su lado a sus jueces-conciudadanos si tenemos en cuenta que la gran mayoría de sus detractores eran o habían sido extranjeros:

Claro que a mí me parece hermoso que alguien sea capaz de educar hombres, como Gorgias de Leontino, Pródico de Ceos e Hippias de Elis. Pues cada uno de ellos, cuando va a cada una de las ciudades donde los jóvenes podrían recibir lecciones gratuitamente de sus conciudadanos, los convencen de que abandonen las lecciones de estos y reciban las suyas, pagándoles dinero y quedándoles, además, agradecidos (Platón, 1995, apología 19e-20^a).

Salvando las enormes distancias que pueda haber entre aquel modo de argumentar y la escasa eficacia que la retórica nacionalista pueda tener al presente, es evidente que el arte de la retórica consiste, esencialmente, en poner al auditorio de “nuestra parte” y en comprometerlo con “nuestra causa” (máxime cuando no se trata de una arenga política ni de un sermón religioso en los que se parte de la benevolencia o aquiescencia del auditorio para con el orador). También en el presente, cuando los jueces argumentan en los casos difíciles, se advierte en ellos un cierto intento por poner a la opinión pública “de su lado”, lo que puede resultar ciertamente inaceptable desde una perspectiva formalista, pero comprensible en una “sociedad de la información” como la nuestra. Finalmente, no resulta extraño que quienes dominan mejor los “secretos” de la retórica suelen gozar de un mayor prestigio y reconocimiento profesional entre

sus pares por la sencilla razón de que cuentan con mejores herramientas para hacer prevalecer sus razones frente a las de la contraparte.

Por otro lado, y volviendo a Sócrates, todo su alegato es un continuo ejercicio tópico-dialéctico. La identificación de aquellos “lugares comunes” (*tópoi*) que solo puede resolver quien tenga cierta experiencia o sabiduría en la materia era precisamente lo que constituía el oficio “divino” de Sócrates, y aquello por lo cual admite haberse vuelto odioso a sus detractores. Como se recordará, el maestro de Platón recorría la ciudad interrogando a quienes tenían fama de sabios en determinadas materias (políticos, poetas y oradores), poniéndolos en ridículo al mostrar que ignoraban prácticamente casi todo lo referido al arte u oficio que decían conocer. La tópica se deja ver con claridad en aquella refutación dialéctica que Sócrates ensaya contra uno de sus acusadores (Meleto), haciéndolo incurrir en una contradicción pragmática. En efecto, Meleto había acusado a Sócrates de *asébeia* (impiedad). Al pedirle que ratifique y clarifique su acusación, Sócrates le pregunta si acaso lo acusaba de ser un perfecto ateo. Teniendo un sí rotundo por respuesta, Sócrates lo arrincona en una flagrante contradicción –y por ende lo desacredita ante el jurado– cuando le pregunta cómo se puede ser completamente ateo cuando se enseña a creer en “falsos dioses” o en “demonios” (acusación que también le había formulado su adversario).

El ejercicio tópico-dialéctico es también hoy una parte ineludible de la argumentación jurídica. El uso frecuente de refutaciones por el absurdo (que pretenden mostrar las consecuencias inaceptables que se seguirían de adoptar una solución contraria a la que se propone), o el empleo aún más frecuente de los argumentos *a contrario sensu*, *a fortiori*, *a simile*, y otros por el estilo, no hacen más que poner en evidencia que para mostrar las razones por las que una solución resulta más justa que otra no alcanza con la lógica deductiva del silogismo judicial. Incluso uno podría caer en la tentación de creer que fue la simple lógica deductiva de los jueces reacios a la complejidad de la argumentación lo que terminó condenando a Sócrates (“Todo el que atenta contra los dioses de la ciudad debe morir; Sócrates ha atentado contra los dioses de la ciudad; Sócrates debe morir”). Pero es mejor evitar las tentaciones.

Lectura recomendada:

Platón. (1995). *Apología de Sócrates*. C. Eggers Lan (trad., estudio preliminar y notas). Buenos Aires: Eudeba.

CAPÍTULO II

¿CÓMO DECIDIR LOS CASOS DIFÍCILES? LA CUESTIÓN DEL PRAGMATISMO

1. La presión social en torno a los jueces

El eslogan de que los jueces deberían ajustar su labor jurisdiccional a las exigencias del entorno social parece estar ganando cada día mayor aceptación en buena parte del universo jurídico de nuestros días, especialmente entre los propios jueces. En efecto, la propuesta de un “giro pragmático” en la jurisprudencia parece haber calado hondo en el espíritu de los jueces que integran el Supremo Tribunal Federal y los tribunales superiores de Brasil, pues como revela una investigación publicada en el *Anuário da Justiça 2010*, el 46% de ellos cree que al pronunciar una sentencia, “el juez debe tener en cuenta el impacto de su decisión en términos sociales, económicos y de gobernabilidad”. Entre los factores sociales que explicarían esa mayor demanda de pragmatismo o conexión con el mundo de parte de los jueces, algunos autores han señalado la desconfianza de la gente común en los principios “formalistas” de administración de justicia, el creciente posicionamiento de los medios como vehículos de presión social en aras de una realización efectiva de justicia “como tenga lugar” y el temor a una posible desintegración del Estado de derecho por el avance de la impunidad. Sin embargo, no es nuestro propósito ocuparnos aquí de las posibles causas sociológicas que servirían para explicar este giro pragmático de la jurisprudencia, sino de sus aspectos conceptuales, y sobre todo de los argumentos que justificarían la pretensión de orientar la jurisprudencia en función de las consecuencias sociales, económicas y políticas de las sentencias antes que por los imperativos contenidos en la Constitución.

Dichos argumentos han sido agudamente articulados y expuestos por el juez Richard Posner, mejor quizá de lo que cualquier otro referente de la teoría jurídica contemporánea haya hecho en esa dirección. A Posner se lo asocia comúnmente al movimiento del *Law and Economics* (análisis económico del derecho), a cuya fundación y difusión académica contribuyó, por cierto, hace

ya más de tres décadas. Pero en el giro pragmático del “último Posner” (si cabe la expresión) es posible hallar una argumentación audaz en torno a las razones por las cuales los jueces deberían adoptar un enfoque pragmático de la adjudicación que contemple la Constitución no como un texto completo y suficiente en sí mismo, sino como un texto más bien indeterminado, cuyo sentido solo puede develarse en la historia merced a las preferencias hermenéuticas y a las valoraciones políticas de los jueces que sientan jurisprudencia en los llamados “casos difíciles”. Ese enfoque pragmático que los jueces adoptan **de hecho**, según Posner –incluso sin mediar una adhesión explícita o consciente a sus fundamentos filosóficos– se verifica en la solución de aquellos “casos difíciles” en los que el compromiso con la estabilidad democrática exige acompañar los procesos sociales, políticos y económicos por los que atraviesa un Estado republicano en las diversas fases de su historia. Sin embargo, y para expresarlo en pocas palabras, los argumentos pragmáticos de Posner arrojan el guante a la esencia misma del mandato constitucional de imparcialidad en la administración de justicia.

Sería difícil hallar, por cierto, algún juez que adhiriese abiertamente a semejante enfoque de la discrecionalidad judicial en la solución de los “casos difíciles”, como el propio Posner reconoce. Pero existe, según su criterio, “un buen número de decisiones judiciales que no podrían ser explicadas de otro modo”, sin contar que existiría, además, un “apoyo académico implícito” que se va reflejando de manera creciente en investigaciones y encuestas como las citadas al comienzo de este apartado.

Ahora bien, este giro pragmático de la jurisprudencia –que parece responder a una “confusa y perturbadora” historia por más de un siglo presente en la filosofía y en la teoría jurídica norteamericanas, como expresa Susan Haack– plantea no uno sino varios desafíos al imperativo constitucional de imparcialidad judicial. El desafío principal exige dar una respuesta que vaya más allá del nivel emocional en el que parecería fundarse el rechazo del activismo judicial con la consiguiente apelación a la “deferencia judicial” (por no mencionar la agitación de los fantasmas agazapados en la idea de una “tiranía de los jueces”). En efecto, es posible que el nivel emocional de tales respuestas se halle, todavía hoy, favorecido por el espíritu de la época, una época que continúa contemplando la imparcialidad como un compromiso público generalmente compartido por quienes tienen la misión de administrar justicia, y que vale la pena mantener. Sin embargo, los espíritus de época mutan, a veces de manera impredecible, y no es necesario aclarar que el imperativo constitucional de imparcialidad en la administración de justicia no puede quedar sujeto a tales mutaciones. Por consiguiente, la respuesta al desafío planteado por el giro pragmático debe ser capaz de trascender el espíritu de la época (sea cual fuere la dirección en la que se mueva dicho espíritu) y articularse en el terreno de las razones, en el nivel argumentativo.

En ese nivel argumentativo habría que responder, entonces, preguntas como: ¿es correcto y tiene sentido que en los casos difíciles los jueces velen por las consecuencias de sus sentencias? Suponiendo que lo hiciesen, ¿qué tipo de

consecuencias deberían entonces tomar en cuenta a la hora de decidir los casos difíciles: solo las sociales, las políticas o también las económicas? Las preguntas no acabarían allí, pues deberíamos continuar preguntando por la conveniencia de tal o cual esquema de conmensuración o cómputo de las consecuencias, es decir, por la conveniencia de un utilitarismo de reglas o de actos, y con ello no haríamos más que entrar de lleno en los dilemas filosóficos del utilitarismo y del consecuencialismo.

Como resulta imposible dar respuestas a todos esos interrogantes en el curso de este manual introductorio, nos proponemos aquí reconducir todas estas preguntas a una sola, en la convicción de que con el esclarecimiento de este interrogante se estará dando respuesta al desafío central que el giro pragmático plantea al imperativo constitucional de imparcialidad en la administración de justicia. Dicha pregunta es: ¿resulta **razonable** –y en consecuencia resulta **deseable** desde el punto de vista de una sana teoría jurídica– que los jueces obedezcan el imperativo metodológico fundamental del pragmatismo? En otras palabras: ¿es razonable, y en consecuencia deseable, que los jueces asuman un mayor compromiso con el mundo que los rodea y procuren, por consiguiente, la maximización del bienestar general o algo por el estilo, cualquiera sea el nombre que se le dé a un determinado objetivo social en vistas del cual debería orientarse la jurisprudencia, incluso si se identificase ese objetivo con la “mayor felicidad para el mayor número de personas”?

Sea cual fuere la noción de bienestar general o de felicidad a la que los jueces adhiriesen, lo que estaría en juego en el imperativo metodológico del giro pragmático que Posner postula es, sencillamente, una orientación decisiva del razonamiento jurídico –que según MacCormick no es más que “un tipo especial, altamente institucionalizado y formalizado, del razonamiento moral”– hacia los resultados, hacia las consecuencias o impacto de las sentencias en el entorno social, sin importar los principios jurídicos de los que parta la argumentación, porque cualquier principio podría ser manipulado por la retórica judicial para justificar las consecuencias que se deseen, como Posner sostiene algo exageradamente.

Para responder este interrogante, en este segundo capítulo procederemos de la siguiente manera. En primer lugar enumeraremos las principales tesis de Posner en relación al problema de cómo los jueces deberían resolver –y **de hecho** resuelven, según su criterio– los casos difíciles siguiendo un enfoque pragmático, fuertemente consecuencialista (u orientado a las consecuencias), más bien escéptico en cuanto a su matriz u orientación teórica, y a la vez “democrático” en la medida en que se ha mostrado capaz de garantizar la gobernabilidad de un país como los Estados Unidos de Norteamérica a lo largo de su historia.

En segundo lugar, analizaremos las razones por las que cualquier teoría consecuencialista de la argumentación jurídica parece resultar incompatible con el imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales” (imperativo que en términos de argumentación jurídica se traduciría en “dar una solución

semejante a los casos semejantes”). A tal efecto, tomaremos como objeto de análisis los rasgos centrales de la teoría consecuencialista de Neil MacCormick, por las razones que expondremos en su momento.

Por último, siguiendo las líneas fundamentales de una teoría argumentativa basada en exigencias objetivas y universales de la razonabilidad práctica, procuraremos aportar una solución a un dilema (si no a varios) que ni el giro pragmático de la jurisprudencia ni un consecuencialismo moderado como el de MacCormick logran resolver. Intentaremos mostrar, en efecto, que en el marco regular del Estado de derecho y dentro de los límites que la Constitución fija a la tarea de los jueces, es posible esbozar las trazos fundamentales de una teoría de la adjudicación para los casos difíciles que, sin ser estrictamente consecuencialista, no permanezca indiferente, con todo, a las consecuencias que las sentencias judiciales acarrearían en los proyectos vitales de las personas y de las comunidades en que estas se desarrollan, manteniendo, al mismo tiempo, un firme respeto por el imperativo constitucional de imparcialidad en la administración de justicia.

Lecturas recomendadas:

Posner, R. (1987). *The Constitution as an Economic Document*. *George Washington Law Review*, 56 (4), pp. 4-38.

MacCormick, N. (2003). *Legal Reasoning and Legal Theory* (capítulo VI: *Consequentialist Arguments*, pp. 129-151). Oxford: Clarendon Press.

Haack, S. (2001). Viejo y Nuevo Pragmatismo. *Diánoia*, XLVI (47), pp. 21-59.

2. El giro pragmático y la textura abierta de la Constitución

Puesto que las principales tesis de Posner a lo largo de su extensa trayectoria académica han generado algunas polémicas y fuertes resistencias por parte de diversos exponentes de la teoría jurídica anglosajona, resulta necesario aclarar, en primer lugar, que las suyas no pueden ser tomadas simplemente como tesis radicales que nieguen todo valor al mandato constitucional de imparcialidad en la administración de justicia, ni que conciban las cortes de justicia como un poder político sin más dentro de un Estado de derecho aparente. En efecto, el giro pragmático de la jurisprudencia que Posner postula se limita solamente a la solución de los “casos difíciles”, a pesar de lo compleja que resulta esta categoría y de las dificultades conceptuales que existen a la hora de distinguirla con claridad respecto de su categoría contraria (los “casos fáciles” o “rutinarios”), como ya explicamos en el capítulo anterior. Posner reconoce, de hecho, que el **formalismo** jurídico que se apoya en un fuerte respeto hacia los precedentes constitucionales, hacia el texto canónico y hacia la estructura y la historia de la Constitución constituye una teoría jurídica “buena por defecto” para los casos rutinarios pues garantiza los valores primordiales de estabilidad y predictibilidad en el control de constitucionalidad (*judicial review*).

En segundo lugar, resulta necesario aclarar que el giro pragmático de Posner no se limita solamente al control de constitucionalidad (*judicial review*) de los actos administrativos y de las leyes estatales y federales que la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica viene ejerciendo desde *Marbury vs. Madison*, pues su giro pragmático compromete, también, lo que en la teoría jurídica norteamericana se denomina “*constitutional adjudication*”. La adjudicación constitucional comprende aquellos casos en los que, en un país organizado bajo el sistema federal de gobierno, la Corte Suprema resulta ser el tribunal de última instancia con competencia para resolver litigios en que se halle comprometida una cuestión “federal” (organización y separación de poderes estatales y federales) como también una cuestión “constitucional” en sentido estricto (derechos y garantías de las personas). Merced a esto, el giro pragmático de Posner se extendería a un número mayor de tribunales en aquellos países en los que el control de constitucionalidad y la “adjudicación constitucional” residiesen en órganos diferentes.

Finalmente, Posner ha injertado su antigua tesis de que los jueces del *Common Law* serían inconscientes “maximizadores de la riqueza” (su controvertida tesis de que el *Common Law* estaría gobernado por una lógica económica implícita) en la corriente más abarcadora de su enfoque pragmático, al sostener que el recurso a la objetividad científica del análisis económico constituye, en última instancia, la mejor forma de adjudicar pragmáticamente los derechos en juego. Según esto último, el giro pragmático constituiría un enfoque también propicio a la actividad jurisdiccional de los jueces comunes u ordinarios, aunque siempre limitada a la resolución de los llamados casos difíciles.

En resumidas cuentas, Posner postula un giro pragmático de la jurisprudencia bastante amplio que comprendería tanto la tarea específica y suprema de controlar la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos como la más abarcadora y menos jerarquizada función de asignar derechos controvertidos en los casos difíciles que se presenten a los tribunales ordinarios. Este giro de la jurisprudencia entraña tanto aspectos descriptivos del derecho (lo que regularmente **hacen** los jueces norteamericanos, más allá de su explícita aceptación o rechazo a esta o cualquier otra teoría de la adjudicación), como aspectos normativos del mismo (lo que **deberían** hacer los jueces de cualquier país que adopte un modelo republicano y democrático de gobierno).

Ahora bien, ¿dónde residen los factores que favorecen este enfoque pragmático y consecuencialista de la actividad jurisdiccional al que, de ahora en adelante y por razones de economía narrativa, llamaremos simplemente **jurisprudencia pragmática**? Posner los encuentra precisamente en el carácter y en la estructura de la propia Constitución norteamericana, aun cuando por lo que su análisis deja entrever, dicho carácter y estructura correspondería también a cualquier Constitución más o menos orgánica consagrada en un único texto fundacional o en sus sucesivas enmiendas.

En efecto, según el jurista de Chicago, existirían dos enfoques normativos fundamentales en relación a la interpretación y a la adjudicación constitucional.

El enfoque tradicional –que Posner identifica con el **formalismo jurídico**– considera a los jueces como restringidos, casi siempre, por el texto, la estructura, la historia de la Constitución y por ciertos principios jurisprudenciales tales como la autorestricción o deferencia (*judicial self-restraint*) y la decisión de los casos constitucionales según los precedentes (*stare decisis*). Sin embargo, este enfoque formalista favorece que las Cortes empleen una retórica ampulosa que, partiendo de principios jurídicos aparentemente eternos e inmutables, genera la falsa expectativa de poder arribar a la única respuesta correcta para el caso en cuestión. Pero lo cierto es que la retórica formalista sirve de pantalla (“como los pañuelos con que los ilusionistas distraen al público”) para encubrir las preferencias y el sentido de lo “políticamente correcto” con que se manejan las Cortes, lo cual no resultaría completamente nocivo después de todo puesto que fortalecería la posición de los tribunales en un Estado de derecho. En efecto, el empleo de esa retórica parece sembrar en los legos la ilusión de la certeza y de la imparcialidad en la administración de justicia. Sin embargo, la historia de los casos difíciles que la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha resuelto muestra que ese tribunal ha dejado de lado los precedentes y se ha movido en la dirección de lo “políticamente correcto” según su propia filosofía política, con un sentido pragmático y activista de lo que el compromiso con la estabilidad democrática del país exigía en un momento histórico determinado, sin violar por ello su juramento de fidelidad a la Constitución.

Las razones para proceder así, según Posner, son varias:

- a) *la antigüedad del texto constitucional, escrito en una época en que los Padres Fundadores no podían siquiera imaginar los conflictos constitucionales que generarían tópicos como el aborto, la discriminación o la eutanasia;*
- b) *la excesiva generalidad de la mayoría de los preceptos constitucionales;*
- c) *la inviabilidad de un canon único de interpretación dada la multiplicidad y heterogeneidad de los sucesivos participantes en el juego del lenguaje constitucional (contra la pretensión dworkiniana de un “juez Hércules” que sea capaz de continuar la escritura de una novela comenzada por otros);*
- d) *la ausencia de un caso claro de “historia legislativa” en materia constitucional;*
- e) *el carácter político de las designaciones de los miembros de la Corte que genera lealtades y por consiguiente sesgos en la interpretación;*
- f) *el ascenso del escepticismo hermenéutico; y*
- g) *la vasta acumulación de precedentes constitucionales, muchos de ellos inconsistentes y en principio sujetos todos a la permanente revisión de la Corte.*

Por todo ello, Posner traza una analogía entre los mandatos de interpretación y adjudicación emanados, supuestamente, de los Padres Fundadores, y las órdenes dadas por los mandos militares a los oficiales en batalla: cuando las

órdenes no son del todo claras, cuando ha transcurrido un tiempo demasiado largo entre su emisión y su recepción, y cuando no existe posibilidad alguna de pedir al emisor que reitere las órdenes de un modo más claro, un oficial pragmático no se detiene a elaborar un silogismo para interpretar cuál pudo haber sido la orden: actúa sencillamente como cualquiera de sus superiores habría actuado en su lugar para ganar la batalla llevando a cabo lo que en conciencia estima como la estrategia o la “política más sensata”.

Todos estos factores llevan a considerar la necesidad de un segundo enfoque, el enfoque pragmático, que además de proporcionar pautas normativas pretende describir con mayor acribia lo que realmente hacen los jueces en materia de interpretación y adjudicación constitucional. Este segundo enfoque –que considera la Constitución como un recipiente vacío en el que el juez vuelca sus propias ideas sobre la política correcta– genera por cierto muchas resistencias en los ámbitos académicos que suelen venerar con reverencia la tradición, el formalismo y las actitudes hieráticas. Ciertamente Posner es bastante crudo a la hora de describir el espíritu del formalismo y de señalar las razones de ese divorcio tan particular entre la teoría y la praxis jurídica que ha generado –y genera aún– tantas resistencias a este segundo enfoque.

Ahora bien, la jurisprudencia pragmática no parece estar exenta de sus propias dificultades. En el apartado que sigue analizaremos en qué consisten esas dificultades.

3. La recaída de la jurisprudencia pragmática en el análisis económico

Las pautas normativas de una jurisprudencia pragmática tendrían que poder escapar a los vicios que genera la sacralización de las teorías, según Posner, a riesgo de convertirse, si no lo logra, en un satélite más del universo teórico que pretende combatir. Esto constituye, sin embargo, un obstáculo casi imposible de superar, porque por muy pocas que sean esas pautas, y por más que ellas intenten configurar una “actitud” antes que una doctrina, una “**disposición** a fundamentar los juicios de directrices en hechos y en consecuencias antes que en conceptualismos y generalidades”, es indudable que si esas pautas son coherentes con la praxis, completas en cuanto al espectro de casos difíciles que pretenden resolver y consistentes desde el punto de vista lógico, desembocarán inevitablemente en algún tipo de teorización, en alguna clase de teoría que pueda tener cierta permanencia en el tiempo. Un enfoque normativo de la interpretación y de la adjudicación constitucional que rechazase cualquier tipo de teorización no haría más que colocar a su proponente, inevitablemente, en una contradicción existencial. La dificultad no se salva, de hecho, con señalar que la jurisprudencia pragmática no es hostil a cualquier teoría, sino solo a las teorías “inútiles”, a las teorías filosóficas abstractas y aún a las teorías de “menor nivel abstractivo como las que manejan los constitucionalistas”, incapaces de fundarse en los hechos y de guiar, en consecuencia, la indagación empírica, como sugiere Posner.

En efecto, el jurista pragmático que decide romper con los moldes del pensamiento formalista necesitará acudir, con todo, a algún esquema teórico que le permita organizar los hechos y computar, es decir, conmensurar las consecuencias de una manera razonable, consistente y por sobre todas las cosas generalizable, si es que no pretende dejarse guiar por la sola intuición en cada caso concreto y terminar violando la exigencia mínima de justicia que supone el “tratar igual a los iguales”. Tratar igual a los iguales es una de las exigencias básicas de un Estado de derecho decente. Esa exigencia requiere poder aplicar a los casos similares, en el futuro, los mismos criterios y esquemas empleados para solucionar el caso presente, y el hecho de que esos criterios y esquemas estén disponibles para el futuro los convierte, se lo quiera aceptar o no, en algún tipo de teoría.

Como pone de manifiesto MacCormick, un principio fundamental sobre el que se asienta la organización del Estado moderno es que los seres humanos deben ser racionales y no arbitrarios en la conducción de los asuntos públicos, y por lo tanto no es posible contemplar, sin cierta repulsión, la incertidumbre y la inseguridad de una sociedad que estuviese manejada arbitrariamente porque las decisiones quedasen libradas al anhelo o capricho momentáneo del juez sin referencia a las soluciones adoptadas en el pasado y de cara al futuro. Ningún juez sería capaz de sostener abiertamente una concepción de justicia semejante, pero el enfoque pragmático, sin embargo, parece acercarse peligrosamente a ella.

El jurista pragmático necesita valerse de algún tipo de teoría consecuencialista si su jurisprudencia ha de tener algún sentido de justicia. De hecho Posner, al enumerar las normativas por las que debería guiarse una jurisprudencia pragmática, la única que logra escapar a ese “montón de aguafiestas”, a ese “machacar en la duda” sin “propuestas drásticas de mejora” en el que parece desembocar su **Manifiesto Pragmatista** (según sus propias palabras), es aquella que remite expresamente al análisis económico del derecho, a punto tal que cualquier juez de la Corte que decidiese dar un giro pragmático a su jurisprudencia “hallaría en el análisis económico una guía virtualmente completa para la adjudicación”.

Ahora bien, el giro pragmático de Posner parece trazar un círculo de 360° que lo vuelve a colocar en el mismo punto de partida de su itinerario intelectual, y ello nos lleva a preguntar si al cabo del trayecto no desemboca en un punto muerto, como él mismo parece dar a entender, o si en el fondo no ha terminado abrazando el pragmatismo como una “hoja de higuera” –como argumenta James Kloppenberg– para ocultar sus “dogmas económicos referidos a la eficiencia del mercado”. Como sea, el análisis económico tampoco puede proporcionar una pauta segura para la adjudicación. Diversos trabajos científicos que no entran en debates ideológicos ni políticos han demostrado que es imposible conocer a ciencia cierta cuál sería la asignación eficiente de derechos que en un caso difícil favorecería aquel óptimo social que Posner identifica con la maximización de la riqueza, sin mencionar que no es esa la tarea que la Constitución encomienda a los jueces, y aun admitiendo, con

grandes reservas, que sea una de las tareas encomendadas a los cuerpos colegiados que representan la voluntad popular (véase la lectura recomendada para el apartado 5 del capítulo anterior).

De hecho, cuando Posner invoca las ventajas del método consecuencialista para la limitación del “juego político” que inevitablemente se da en las decisiones públicas, y sugiere el empleo de algún tipo de análisis costo-beneficio que pueda tornar **racional** la elección, los casos que menciona como ejemplo de semejante análisis y elección son todos casos de política legislativa, de decisiones colectivas basadas en una racionalidad de tipo **estratégico**. En tales decisiones, como Dworkin señala con agudeza, es posible y a veces necesario sacrificar el interés de algún grupo en beneficio de algún otro o de toda la comunidad. Sin embargo, los jueces no pueden decidir los casos conforme a la racionalidad estratégica en que se basan las “directrices” (*políticas*), pues el carácter **distributivo** de los “principios” (*principles*) en virtud de los cuales deberían solucionar los casos difíciles exige que el derecho que se le reconoce a un individuo sea reconocido luego a todos los individuos por igual, a punto tal que sería posible descubrir qué derechos podrían efectivamente poseer las personas *-lege ferenda-* con solo atender aquellos argumentos que, en principio, harían prosperar su demanda judicial por parte de todos los miembros de la sociedad. Aplicar una racionalidad estratégica a la solución de los casos difíciles, como la jurisprudencia pragmática sugiere, implicaría desconocer el imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales”.

Por lo expuesto hasta aquí, el dilema fundamental que parece plantear una jurisprudencia pragmática podría resumirse, entonces, en esta pregunta: ¿cómo es posible que el razonamiento jurídico –si en efecto constituye un “tipo especial, altamente institucionalizado y formalizado del razonamiento moral”, según MacCormick– no pueda emplear argumentos consecuencialistas de los que el mismo razonamiento moral parece valerse? En efecto, numerosas cuestiones prácticas parecen decidirse mediante un juicio moral de ponderación y conmensuración de las consecuencias, y esa ponderación y conmensuración requieren de buenos hábitos como la imparcialidad de juicio y la superación del egoísmo. De hecho la justicia “es representada como una mujer vendada que sostiene una balanza”, y pocas personas prudentes aceptarían defender abiertamente la tesis de que la acción buena es siempre preferible a la acción mala aun cuando la primera conduzca al mundo a su ruina, y la segunda no.

Es necesario abordar, entonces, la respuesta a este interrogante: ¿existe algún tipo de argumentación consecuencialista por el que pueda orientarse el razonamiento jurídico, sin que esa orientación sea contraria al imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales”? En el apartado que sigue procuraremos dar una respuesta a esta pregunta.

Lecturas recomendadas:

Martínez Cinca, C. D. (2013). ¿Son eficientes las decisiones de los jueces norteamericanos en los “casos difíciles? Las vacías respuestas del Análisis Económico del Derecho. *Revista de Derecho Público Iberoamericano* (2), pp. 35-66.

4. Alcances y límites de la argumentación consecuencialista

Uno de los esfuerzos más serios que se han llevado a cabo en la teoría de la argumentación jurídica para hallar algún tipo de consecuencialismo por el que se pudiese orientar el razonamiento jurídico lo constituye, para muchos, el realizado por el jurista escocés Neil MacCormick. Según MacCormick, las consecuencias que los jueces podrían y deberían tomar en cuenta en sus argumentos no serían, en principio, aquellas a las que la jurisprudencia pragmática apunta, sino las que entran a tallar en lo que él llama una justificación de **segundo nivel** (por referencia al **primer nivel** de la lógica formalista deductiva, que alcanzaría para resolver los casos fáciles o rutinarios). En una justificación de **segundo nivel** resultaría ciertamente válido el empleo de argumentos consecuencialistas, pero su empleo se hallaría limitado por los principios de **universalidad, consistencia y coherencia**.

De modo sucinto podríamos decir que el principio de universalidad exige que para justificar –en un caso difícil– una decisión “x”, debe encontrarse o formularse una premisa normativa general “Y”, ligada a las condiciones “a”, “b” y “c”, tal que toda vez que se verifiquen dichas condiciones cualquier juez debería arribar a la decisión “x”.

Por su parte, el principio de **consistencia** requiere que una decisión “x” se base en premisas normativas que no entren en contradicción con reglas de derecho válidamente establecidas. La coherencia debe ser a la vez **normativa** y **narrativa**. La coherencia normativa requiere que una decisión “x” pueda encuadrarse en una serie de valores o principios morales que, tomados en conjunto, puedan configurar una forma de vida satisfactoria, mientras que la coherencia narrativa exige un examen lógico de aquellas **cuestiones de hecho** que no cabe observar ni comprobar por la experiencia sensible, pero que no obstante deben concordar con el curso regular o normal de los acontecimientos en nuestro mundo. Por ejemplo, si se decidiese limitar mediante multas pecuniarias la velocidad de circulación de los vehículos en una autopista, no podría pensarse que esa regulación carezca de coherencia normativa con la libertad de circulación establecida en la Constitución, puesto que la razón de la limitación o regulación guarda coherencia con la defensa de la vida y configura, de ese modo, una forma de vida social satisfactoria (o al menos deseable). Ahora bien, si la norma en cuestión dijese que solo los vehículos pintados de color rojo deberían restringir su velocidad, entonces podría decirse que en esa norma hay cierta incoherencia narrativa, hasta tanto la confrontación con los hechos no demuestre que existe alguna razón suficiente para limitar la velocidad de los vehículos pintados de rojo y no la de los restantes vehículos.

Finalmente, el requisito más laxo de la **aceptabilidad de las consecuencias o conveniencia** [*“expediency”*] es una exigencia de la argumentación pública, basada en el interés general, en virtud del cual resultaría lícito sostener que a una pretensión basada en criterios de estricta justicia correctiva no debería, con todo, hacérsele lugar en los tribunales, si a consecuencia de dicha admisión tuviese que admitirse, en el futuro, una serie de pretensiones de la misma

clase que pudiese generar un grave perjuicio al interés público (un colapso del sistema judicial, por ejemplo).

Ahora bien, si se analizan con cuidado estos requisitos, se podrá apreciar que el criterio de la **aceptabilidad de las consecuencias** o **conveniencia** (que se define siempre por su referencia al propio sistema jurídico, pero no al sistema social) constituye, en estricto rigor, el único tipo de razonamiento consecuencialista que podría encontrarse en las justificaciones de **segundo nivel**, tal como MacCormick las caracteriza. Los criterios de universalidad, consistencia y coherencia no son criterios estrictamente consecuencialistas si por consecuencia entendemos el resultado o impacto que una sentencia provoca en el mundo o entorno, en la conducta de la gente. Sin embargo, las cuestiones de **conveniencia** se enfrentan nuevamente con la dificultad de no poder ser encuadradas en ningún baremo universal de conmensuración que permita algún tipo de formalización teórica como para poder distinguir, al menos, entre consecuencias relevantes e irrelevantes. El propio MacCormick admite esta dificultad:

Yo no pretendo saber cómo calcular tales materias; pero observo que los jueces confían en tal argumento con bastante frecuencia como para señalar que ellos lo creen posible (MacCormick, 1997, p. 114).

Ahora bien, si no es posible conocer ni calcular las consecuencias que se seguirían para el propio sistema jurídico a raíz de una determinada solución adoptada en un caso difícil, ¿qué sentido tiene seguir afirmando que algunas consecuencias pueden ser relevantes para adoptar una determinada solución, y otras no? Esta afirmación parece tender un puente implícito hacia las investigaciones del *Law and Economics*. Sin embargo, Ronald Coase desarrolló un modelo teórico en 1960 (dando origen, en gran parte, al “nuevo” análisis económico del derecho) con el que pretendía predecir las consecuencias que se seguirían de adoptar una u otra solución judicial en una disputa entre partes (en términos de eficiencia), pero sus predicciones ya han sido rebatidas por un “enorme número de pruebas en su contra, muchas de ellas altamente técnicas”, como sostiene Steven Medema. Además, el propio Posner nunca pudo aplicar sus postulados consecuencialistas a la praxis judicial, y su labor jurisprudente al frente del Séptimo Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica por más de un cuarto de siglo contradice abiertamente sus principales propuestas reformadoras de la jurisprudencia en claves de eficiencia o maximización de la riqueza, como ha mostrado Ian Shapiro. Más aún, si el cálculo de las consecuencias en la argumentación judicial fuese realmente posible (al menos en la forma sugerida por MacCormick, es decir, en la pretensión de no dictar fallos que abran la puerta a una avalancha de litigios), entonces no debería haberse producido una explosión en el índice de demandas, de litigiosidad y del “costo judicial” del sistema en la propia cuna de la jurisprudencia pragmática. Sin embargo, todos esos indicadores han aumentado en el sistema federal norteamericano desde la publicación del “teorema” de Coase, como el propio Posner admite con cierto desconcierto.

Por su parte, una teoría moderada del consecuencialismo como la que propone MacCormick, aun cuando pueda atribuírsele el mérito de haber elaborado “un valioso análisis del razonamiento consecuencialista de los jueces” –como comenta Finnis–, constituye una teoría que sigue orbitando, en gran medida, en torno a una teoría formalista del derecho. En efecto, los argumentos supuestamente consecuencialistas constituyen justificaciones de **segundo nivel** al que se llega solo cuando no es posible alcanzar una solución razonable según la lógica deductiva del **primer nivel**. Pero en ese **segundo nivel** de la lógica tampoco es posible establecer un criterio racional para identificar qué consecuencias serían relevantes para el colapso o el funcionamiento regular del sistema, fuera de la confianza en la propia intuición que parece guiar a los jueces, como sugiere MacCormick. Por esta sencilla razón, sigue habiendo una brecha difícil de salvar para quien intente tender un puente entre una teoría consecuencialista de la adjudicación y una jurisprudencia que respete el imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales”. No tiene sentido tender un puente cuando no es posible hacer pie en una de las márgenes del río.

En pocas palabras: no es posible elaborar una teoría consecuencialista de la adjudicación porque el imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales” lo impide: todo razonamiento consecuencialista se basa en una racionalidad estratégica que, o bien impone un sacrificio a cambio de un beneficio –y en ese sentido resulta contrario a dicho principio, como puede apreciarse en la jurisprudencia pragmática–, o bien remite a requisitos o exigencias anteriores y precedentes que proceden del mismo sistema de argumentación –y en ese sentido resulta redundante o ambiguo, como puede apreciarse en la teoría de MacCormick–.

La teoría argumentativa de MacCormick postula que las decisiones judiciales deben tener sentido en relación con el sistema (requisito de **coherencia**) y también en relación con el mundo (requisito de **conveniencia**). Pero lo cierto es que dicha teoría termina por comprender las consecuencias solamente por su relación al sistema, es decir, por la conveniencia o no de admitir una serie de pretensiones de la misma clase que pudiese generar un grave perjuicio al interés público (una saturación o colapso del sistema judicial, por ejemplo) con el agravante de que no es posible hallar un método seguro para computar o conmensurar las razones consecuencialistas de **conveniencia**. De este modo, como señala Atienza, la apertura de la argumentación jurídica hacia el mundo social y hacia las ciencias sociales es más aparente que real, y los conflictos entre el sistema jurídico y el sistema social carecen de una adecuada explicación en la teoría de MacCormick.

En un artículo publicado algunos años después de la primera edición de *Legal Reasoning and Legal Theory*, el jurista escocés parece reconocer la ambigüedad semántica que late en el concepto mismo de “consecuencia” y, por consiguiente, en el intento de elaborar alguna teoría consecuencialista de la adjudicación:

Aun cuando no admito sin más el consecuencialismo como una filosofía aceptable o suficiente en sí misma, concluyo que

algún elemento del razonamiento consecuencialista debe estar presente en cualquier proceso sensato de decisión, en cualquier modo satisfactorio de deliberación práctica (...) Todos parecen estar de acuerdo en que algún tipo de consecuencialismo tendría que jugar algún rol. Pero es mucho menos claro qué tipo, y qué rol (...) Ello sugiere que nuestra idea de consecuencia puede ser, de algún modo, vaga y completamente imprecisa (MacCormick, 1983, pp. 240, 245-246).

En ese mismo trabajo, poniendo de manifiesto aún más las dificultades de elaborar una teoría de la adjudicación que guarde relación con el mundo, MacCormick argumenta que si tuviésemos que explicar en resumidas cuentas de qué modo las consecuencias podrían ser relevantes para justificar las decisiones de los jueces, deberíamos entonces mirar “más allá y más lejos de las consecuencias particulares y de los resultados del caso”, porque lo que se encuentra realmente en juego son las consecuencias en el sentido de **implicaciones lógicas** del caso. En efecto, declarar un derecho (*ius dicere*) supone, de manera necesaria, y colocándonos en los zapatos de un juez imparcial, declararlo como aplicable en **cada caso similar**. De ahí que, en tanto persona de prudencia, dotada de un pensamiento previsor, “todo juez debe mirar a través [y más allá] de un rango de situaciones posibles que deberán cubrirse [en el futuro] por esta [nueva] regulación conforme a Derecho”. Si existe algún modo de justificar una decisión jurídica por sus consecuencias, no es otro que presentarla a la luz de “las razones universalizables [*universalizable reasons*] que la sostienen” (MacCormick, 1983, p. 240), concluye el jurista escocés. Pero lo cierto es que al no poder identificar las consecuencias más que con las implicaciones **lógicas** de un caso, y en última instancia con las **razones universales** que las sostienen, queda de manifiesto que el recurso a las consecuencias en una teoría de la adjudicación que respete el imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales” no constituye más que un mero recurso retórico o, peor aún, un ejemplo típico de falacia por el uso ambiguo de un término.

A la vista de las dificultades aparentemente insalvables que existirían para tornar compatible una teoría consecuencialista –incluso “moderada”– de la argumentación jurídica con el imperativo constitucional de tratar igual a los iguales (*v. gr.*, el imperativo o mandato de dar una solución semejante a los casos semejantes), ¿deberíamos concluir, por ello, que resulta imposible la elaboración de una teoría argumentativa para los casos difíciles que tenga cierto sentido en su relación al mundo, o más modestamente, en su relación al entorno social? El siguiente y último apartado de este capítulo procurará esbozar una respuesta a esta difícil pregunta.

Lecturas recomendadas:

MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (especialmente, capítulo VI: *Judging by Consequences*). Oxford: Oxford University Press.

Medema, S. G. (1999). Legal Fiction: The Place of the Coase Theorem in Law and Economics. *Economics and Philosophy*, 15(2), pp. 209-233. Este artículo constituye una excepcional explicación de cómo y por qué, si aceptamos que el “Teorema de Coase” engendró el “nuevo análisis económico del derecho”, ese movimiento “nació muerto en las entrañas de su madre”.

5. Una teoría razonable para los casos difíciles

Si continuásemos por la misma senda argumentativa de MacCormick, pero nos detuviésemos un poco antes de la encrucijada frente a la cual su aparente consecuencialismo retrocede por imperio del mandato constitucional de imparcialidad en la adjudicación, tal vez pudiésemos reformularla y corregir el error de base que parece afectarle en su intento por elaborar una teoría que sea lógica y que al mismo tiempo “tenga sentido en relación al mundo”. No hace falta aclarar, por otra parte, que esa reformulación debería, de algún modo, satisfacer las expectativas mínimas que una sana actitud “pragmática” abriga en torno a la argumentación jurídica, concediendo que el término “pragmatismo” tenga todavía algún sentido, pese a las dudas que ya Charles Peirce abrigaba respecto a él hace más de un siglo. Esas mínimas expectativas podrían ser caracterizadas, sencillamente, como un no permanecer indiferentes a las consecuencias que las sentencias judiciales acarrearían en los proyectos vitales de las personas y de las comunidades en las que estas se desarrollan.

Es difícil asegurarlo, pero el error de base parece residir en la yuxtaposición dicotómica que MacCormick plantea al comienzo de su obra -cayendo inadvertidamente en la trampa de una extendida falacia- entre dos sentidos aparentes de “lógica jurídica”: el sentido **técnico** y el sentido **común**. El primero procura la adecuación formal de la argumentación jurídica a las reglas del pensar; el segundo, que dicha argumentación “tenga sentido” en relación a los estándares de conducta que sea “razonable o justo exigir a la gente”. En efecto, el punto crítico reside, a nuestro juicio, en la brecha que según MacCormick separaría ambas funciones de la lógica jurídica, pues el hecho de que un argumento jurídico sea lógico en el primer sentido no quiere decir que lo sea también en el segundo; según el jurista escocés, “eso requiere una justificación distinta y por separado”.

En realidad, si un argumento jurídico fuese lógico solo en el primer sentido, pero no en el segundo, no sería propiamente un argumento jurídico. Resulta difícil imaginar algún juez sensato, sentado frente a un caso difícil, que viese en dicho caso la oportunidad o la invitación a desplegar un ejercicio abstracto de lógica (de lógica en un sentido puramente técnico), desconectándose de lo que MacCormick llama el **sentido común**. El estereotipo de esos jueces hieráticos, engreídos y autocomplacientes que Posner describe con ironía no es más que un espantapájaros al que resulta muy sencillo pegarle en la medida en que nunca se lo puede identificar con ningún juez real, de carne y hueso. Hay quienes llaman a esta la falacia del espantapájaros o del “hombre

de paja”. Al margen del nombre que se le quiera dar, es notable la capacidad que esa falacia encierra para ridiculizar aquellas posiciones intelectuales que se quiere combatir con solo sembrar dudas, desconcierto y escepticismo a su alrededor.

Haciendo a un lado esas imágenes distorsionadas de la argumentación jurídica (existan o no los jueces autocomplacientes que la jurisprudencia pragmática pretende combatir), es necesario entender que no se requiere una justificación “distinta y por separado” –como exige MacCormick– cuando la razón práctica se sitúa desde su mismo punto de partida en el ámbito de los asuntos humanos, es decir, en el ámbito de las realidades humanas que constituyen el principio y el fin de cualquier lógica que tenga sentido en el derecho. A pesar de todo lo debilitado por el uso y el abuso que se ha hecho del término “práctico”, lo cierto es que no existe otra forma de designar ese ámbito de las realidades humanas desde el que parte y en el que siempre deber permanecer la argumentación jurídica: el ámbito de la razón práctica.

Existen, en efecto, cuatro órdenes distintos de la realidad imbricados en casi todos los estados de las cosas humanas con las que el derecho tiene que ver ineludiblemente: un orden teórico o especulativo, un orden lógico, un orden técnico y un orden práctico. Indudablemente la precisión que más le interesa al derecho –y la que más problemática le resulta, a juzgar por las crecientes demandas de pragmatismo– es la relativa al cuarto y último orden: una adecuada comprensión del orden **práctico**. Todo reduccionismo epistemológico en la teoría del derecho –el consecuencialismo parecería ser un ejemplo– busca de algún modo eludir las complejidades que supone la distinción y, al mismo tiempo, la mutua referencia entre esos órdenes. Cualquier técnica jurídica: la técnica procesal, pericial o legislativa –incluso el derecho mismo entendido como técnica– es claramente inteligible en cuanto mera técnica, por cierto, y toda técnica puede explicitarse a sí misma sin necesidad de abandonar el plano instrumental. Pero es indudable que tales técnicas se han originado y se sustentan en una elección **moral**, una elección que en cuanto **decisión** colectiva remite a la argumentación práctica y a los principios que la informan, principios de los que la decisión obtiene en última instancia su legitimidad. Por consiguiente, difícilmente podría **justificarse** una decisión cualquiera, es decir, difícilmente podría explicitarse la razón por la que la decisión de un juez se inclina por una opción y no por otra si se recurre solo a argumentos lógico-técnicos y se permanece de espaldas al orden práctico en el que los proyectos vitales de las personas y de las comunidades se desarrollan. En cambio, cuando la argumentación parte desde los bienes humanos básicos que le dan sentido y plenifican la existencia de los sujetos al derecho, no es necesaria una justificación “distinta y por separado” para mostrar que la sentencia tiene sentido en su relación al mundo. Una teoría razonable para los casos difíciles no debería perder nunca de vista los bienes humanos básicos que le dan sentido a la lógica argumentativa del derecho. Por referencia a esos bienes humanos básicos debería orientarse cualquier decisión judicial, por difícil que sea, si la argumentación jurídica ha de tener sentido en su relación con el mundo.

Ahora bien, una teoría razonable de la argumentación para los casos difíciles que parta de la consideración de los bienes humanos básicos de ningún modo requiere entrar en discusiones metafísicas ni especulativas en torno a la naturaleza humana o a la naturaleza de esos bienes, como podría objetarse, volviendo a vaciar el orden práctico no ya por su referencia al orden técnico o lógico, sino ahora por su tácita fundamentación en un teórico o especulativo. De hecho, John Finnis –al que MacCormick se refiere como “un hito intelectual”, que provocó en él “un cambio permanente en el propio pensamiento, un cambio en el propio paradigma personal”– sostiene, por un lado, que las elecciones moralmente significativas en la lógica argumentativa propia del derecho son “abiertas e inconmensurables”, y por ese motivo los bienes fundamentales para las personas humanas implicados en esas elecciones no pueden ser “ponderados ni medidos” en la forma en que lo exige el consecuencialismo, mediante un simple cómputo de costos y beneficios, o mediante “cualquier otro método agregativo propuesto para guiar la elección”. Pero, por otro lado, sostiene que esas elecciones tampoco necesitan fundarse en una concepción metafísica previa de la naturaleza humana, porque los mandatos o principios básicos de la razón práctica (tales como “el conocimiento es un bien que se ha de buscar, y la ignorancia ha de ser evitada”) son evidentes, no derivados de ningún otro principio, y por eso mismo indemostrables, tal que su negación acarrea insalvables contradicciones **performativas** o pragmáticas.

Que un principio práctico sea evidente no significa que tenga que ser formulado reflexivamente o ni siquiera explícitamente por quienes son guiados por él. De hecho raras veces los jueces los invocan en sus argumentaciones. Tampoco significa que su formulación, cuando tenga lugar, deba ser considerada como suficientemente refinada e invariable, ni sujeta a ulteriores ajustes. Tampoco significa que sean principios innatos. De hecho, solo se llega a experimentarlos en la medida en que “se tenga cierta experiencia del campo al cual se refieren”, algo que en parte se ve reflejado en el adagio *iura novit curia*. Sobre el sentido en que tales principios sean evidentes, Finnis afirma:

No estoy diciendo nada sobre si [un] principio es de hecho afirmado universalmente o lo será en el futuro. Simplemente estoy sosteniendo (i) que si uno presta atención cuidadosa y honestamente a las posibilidades humanas relevantes uno puede comprender, sin razonar a partir de ningún otro juicio, que la realización de esas posibilidades es, en cuanto tal, buena y deseable para la persona humana; y (ii) que esta comprensión no requiere de justificación ulterior. Referirse, en este punto, a las opiniones de otros hombres es simplemente cambiar de tema (Finnis, 2000, p. 103).

Este jurista australiano, antiguo discípulo de H. L. A. Hart, ha mostrado, además, que los requisitos de universalidad, coherencia, consistencia e imparcialidad constituyen requisitos o exigencias básicas inherentes a la razonabilidad práctica que nunca deja de estar profundamente arraigada en los asuntos

humanos, y que la razonabilidad práctica es ella, en sí misma, uno de los siete u ocho bienes humanos básicos que constituyen el fundamento último de una lista más o menos exhaustiva de los derechos humanos universales.

En primer lugar, los aspectos básicos del bienestar humano solo son discernibles para quien piensa en sus oportunidades, y por ende solo son realizables por quien dirige, atiende y controla sus instintos, inclinaciones e impulsos de manera inteligente. Esto constituye la primera exigencia de la razonabilidad práctica que Finnis caracteriza como llevar adelante “un plan de vida coherente”, que exige ante todo su realización en la propia vida como condición básica para comprender prudencialmente cuándo una decisión judicial podría perjudicar o favorecer los proyectos existenciales de los demás. Se trata, sin duda alguna, de una exigencia que interpela la propia conciencia del juez y que Ulpiano formulara como uno de los principios fundamentales del derecho: *honeste vivere*. Esta exigencia inicial se complementa con otras ocho exigencias más (nueve en total) que descartan cualquier arbitrariedad o uso abusivo de la discrecionalidad por parte del juez en la solución de un caso realmente difícil, y que en gran medida actúan como un sistema de poleas y contrapesos. No debe darse ninguna preferencia arbitraria a ningún bien humano básico por encima de otro (segunda exigencia), ni a ninguna persona por encima de otra (tercera exigencia, que en buena medida equivale al punto de vista del observador ideal o espectador imparcial de Hart, con la salvedad de que no se trata de un punto de vista externo o ajeno al derecho, sino esencialmente interno, como corresponde a la racionalidad práctica y no puramente teórica).

Además, la cuarta exigencia requiere de un juez razonable cierto desprendimiento respecto de los proyectos específicos y limitados que él asume, y la quinta (como una especie de contrapeso a la anterior, de equilibrio entre la apatía y el fanatismo), que una vez asumidos los compromisos propios no se los abandone a la ligera. Un juez decente y razonable debería buscar creativamente nuevas y mejores formas de llevar a cabo los propios compromisos, en lugar de “restringir los propios horizontes y esfuerzos a los proyectos, métodos y rutinas con los que uno está familiarizado”.

Casualmente la sexta exigencia de la razonabilidad práctica la constituye la búsqueda de la eficiencia dentro de lo razonable, es decir, la exigencia de que el juez, como cualquier persona sensata, “cause el bien en el mundo (en su propia vida y en la vida de los demás) mediante acciones que sean eficientes para alcanzar sus propósitos”. Esta exigencia no implica, en modo alguno, acudir a las estrategias utilitaristas o consecuencialistas, que Finnis considera absurdas, pues la pretensión de poder conmensurar los bienes humanos básicos estableciendo una jerarquía entre ellos es tan irracional como “querer sumar el tamaño de esta página, el número seis y la masa de aquel libro”. De hecho, una fórmula como la del utilitarismo (“el mayor bien del mayor número”) carece tanto de sentido como ofrecer un premio por “escribir la mayor cantidad de ensayos en el menor tiempo”; ¿quién ganaría el premio: la persona que se presente al cabo de un día con tres ensayos, o la que se presente al

cabo de siete con una docena? La eficiencia de las propias decisiones y acciones solo puede juzgarse por referencia a los criterios que el derecho, desde la época de los romanos, ha tomado como la medida rectora para juzgar cuándo un hombre es responsable de las consecuencias de sus acciones (mediatas o inmediatas): el *bonus pater familias*, el hombre razonable, prudente y previsor (el *phrónimos* de Aristóteles).

De hecho, la evolución jurisprudencial de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (Argentina), que analizaremos en el capítulo siguiente, muestra que la jurisprudencia pragmática, luego de su inicial entusiasmo por el impacto de las sentencias en nuestro mundo, termina regresando a los estándares clásicos de **razonabilidad** y **prudencia** para poder salir del “cenagal de arbitrariedad que llamamos consecuencialismo” (en palabras del mismo Finnis) y poder juzgar razonablemente cuándo las consecuencias son imputables o no a la conducta de una persona (en aquel caso, cuáles eran las consecuencias imputables a la administración pública por omisión de sus funcionarios) y, por consiguiente, cuándo esas consecuencias son relevantes o no para nuestro mundo.

Finalmente, un juez nunca debería tomar ni avalar una opción que atentase directa e intencionadamente contra un bien humano básico o que simplemente impidiese su realización (séptima exigencia), para lo cual es necesario calificar cualquier acción humana en función de la intención que realmente persigue esa acción. Sin duda esa calificación demanda el juicio imparcial, honesto, de personas equilibradas, sabias, que no se encuentren gobernadas por sus pasiones o enconos, siempre dispuestas a favorecer y a promover el bien de toda la comunidad y no solo de una fracción de ella, aun cuando ello suponga ir en contra de la opinión judicial dominante basada en argumentos moralmente insensatos (octava exigencia). Solamente los jueces de esta naturaleza, cuya jurisprudencia sería reflejo de todas estas exigencias básicas de la razonabilidad práctica, podrían otorgarle sentido a la novena exigencia, que en cierto sentido constituye la cumbre que se alcanza cuando todas las anteriores están presentes, y que consiste en seguir el juicio de la propia y recta conciencia.

Sin embargo, una adecuada comprensión de la fina diferencia que existe entre esta exigencia culminante de “seguir la recta conciencia” y la arbitrariedad que se esconde en el guiarse por las preferencias singulares y el propio sentido de lo “políticamente correcto”, solo podrían alcanzarla quienes ya hayan iniciado decididamente un camino de retorno desde las riberas del pragmatismo, y en ese largo y penoso camino de retorno –como todo camino de regreso cuesta arriba– no hayan perdido aún su interés por toda teoría.

Lecturas recomendadas:

Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales* (Cap. V: “Las exigencias básicas de la razonabilidad práctica”). Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2000.

Mangini, M. (2017). Ethics of Virtues and the Education of the Reasonable Judge. *International Journal of Ethics Education*, pp. 1-28. DOI: 10.1007/s40889-017-0039-x

6. Recapitulación

Partiendo de un reclamo social –y también académico– en torno a la necesidad de una jurisprudencia “más pragmática” (si cabe la expresión), es decir, una jurisprudencia que preste mayor atención al impacto de las sentencias en nuestro mundo, este segundo capítulo ha intentado dar una respuesta a ese reclamo señalando la razonable dirección hacia la que debería orientarse una jurisprudencia que respetase el imperativo constitucional de imparcialidad en la administración de justicia, y que al mismo tiempo tuviese sentido por su referencia al mundo.

El primer paso ha consistido en mostrar que el giro pragmático de la jurisprudencia, tal como ha sido preconizado por el juez Posner –uno de los juristas más comprometidos con las contribuciones del pragmatismo a la teoría jurídica– encierra una contradicción con el mandato de imparcialidad. El imperativo constitucional de tratar igual a los iguales supone solucionar los casos futuros de manera semejante a como han sido solucionados los casos presentes. Ello exige que las soluciones propuestas deban formalizarse en algún tipo de teoría, aun cuando se la quiera presentar como una “teoría útil y de bajo nivel de abstracción”. Dicha teoría debería poder ir más allá de la pura intuición, y por consiguiente, más allá de la arbitrariedad que supone solucionar el caso presente por las preferencias singulares del juez. Pero como hemos mostrado en el segundo apartado de este capítulo –luego de haber planteado el problema– el pragmatismo de Posner nunca ha podido formular satisfactoriamente esa teoría. La remisión final al análisis económico del derecho despierta sospechas en torno a la autenticidad de su supuesto pragmatismo, por un lado, pero por otro lado dicha remisión pone en evidencia, en el terreno de la praxis jurídica misma, la inviabilidad del pragmatismo cuando se analiza en detalle cuáles han sido las contribuciones efectivas del análisis económico al avance de la jurisprudencia.

El segundo paso ha consistido en analizar si, a pesar de todo, no podrían volcarse las pretensiones del pragmatismo en el cauce de una teoría consecuencialista de la adjudicación que respetase el mandato de imparcialidad. La teoría argumentativa de MacCormick para los casos difíciles pretende señalar el cauce por el que debería transcurrir una moderada teoría de la adjudicación por las consecuencias. Sin embargo, en el tercer apartado hemos mostrado que la de MacCormick no puede considerarse, en estricto rigor, una teoría consecuencialista, a menos que mantengamos el término “consecuencias” rodeado de una inútil ambigüedad, como ocurre toda vez que confundimos los resultados de una decisión con las razones universales que la sostienen. Decidir por las consecuencias supondría, en estricto rigor, acudir a una racionalidad estratégica de beneficios *versus* costos que chocaría de plano con el mandato de imparcialidad en la adjudicación, aun concediendo que existiese alguna forma sensata y racional de computar todos los beneficios y todos los costos en juego.

Finalmente, hemos intentado mostrar que en el fondo de la demanda pragmática se esconde el error de suponer que la lógica jurídica pueda discurrir

al margen de su relación al mundo, y que dicha relación exija realmente una justificación distinta y por separado. La ridiculización de los jueces como seres hieráticos, autosuficientes y engreídos cabalga necesariamente sobre esa incorrecta comprensión de la razón práctica que impera en el derecho.

Si en el proceso de las rápidas transformaciones que han afectado a la mayoría de los Estados europeos y americanos en los últimos treinta años la argumentación jurídica hubiese tomado seriamente en cuenta las nueve exigencias de la razonabilidad práctica que hemos reseñado brevemente en el cuarto apartado, y más importante aún, si esas exigencias hubiesen reflejado el compromiso público de la mayoría de los jueces con su propia realización humana, como auténticos pilares de un Estado de derecho decente, es probable que las demandas sociales por un mayor pragmatismo no hubiesen ejercido tanta presión en el universo académico como para forzar a algunas mentes ilustradas a trazar innecesarios círculos en el aire. Pero esto es solamente una conjetura difícil de comprobar. De hecho, podría argumentarse en su contra que la tensión entre el razonamiento acerca de lo que es justo o injusto y la retórica pragmática orientada a generar solamente la ilusión de un compromiso con las demandas sociales ha estado presente a lo largo de toda la historia occidental, como lo pone de manifiesto aquella controversia que mantuvieron Sócrates y Gorgias en los albores de nuestra civilización:

La retórica, al parecer, es la autora de la persuasión que hace creer, y no de la que hace saber respecto de lo justo y de lo injusto (...) Por consiguiente, el orador no se propone instruir a los tribunales y a las demás asambleas acerca de lo justo y de lo injusto, sino únicamente atraerlos a la creencia. Ciertamente es que tampoco podría instruir a tantas personas a la vez y sobre cuestiones de tanta importancia (Platón, 2010, 455a).

CAPÍTULO III

¿CÓMO EVALUAR LA ARGUMENTACIÓN POR LAS CONSECUENCIAS? UN CASO PRÁCTICO

1. Los argumentos consecuencialistas

Probablemente el empleo de argumentos consecuencialistas sea una de las principales características del enfoque o perspectiva “material” de la argumentación jurídica. En esa “referencia al mundo” que suele faltar en los enfoques formalistas de la argumentación, lo que se echa de menos es precisamente el cálculo o cómputo de las consecuencias que se seguirían de adoptar una determinada decisión en lugar de otra. Sin embargo, la cuestión de cómo hacerle lugar al cómputo o cálculo de las consecuencias en el ámbito de la argumentación jurídica no es una cuestión clara ni sencilla, y hasta donde alcanza nuestro conocimiento, no ha sido tratada sistemáticamente fuera de los estudios procedentes del *Law and Economics* o Análisis Económico del Derecho, como se lo llama de manera más frecuente.

Pero por otra parte, ya hemos visto en el capítulo anterior que las únicas consecuencias que podrían tomarse razonablemente en cuenta serían las consecuencias jurídicas susceptibles de **universalización**, es decir, las consecuencias susceptibles de ser subsumidas en una regla de derecho que debería poder aplicarse a todos los casos similares que puedan darse en el futuro. Hemos visto, también, que las consecuencias económicas que las sentencias acarrearán en el mercado –o sistema de asignación de recursos– son imposibles de calcular, sin mencionar los reparos que desde la letra y el espíritu de la Constitución podrían formularse contra jueces que decidiesen asumir roles asignados a otros poderes del Estado. A riesgo de resultar insistentes, volvemos a recomendar –una vez más– la lectura señalada al final del apartado 5 del primer capítulo.

El objeto del presente capítulo es, entonces, realizar un somero análisis de cómo podrían emplearse razonablemente las razones consecuencialistas en

la argumentación jurídica. Pensamos que la mejor forma de llevar a cabo ese análisis es mediante el estudio de un “caso difícil” resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza hace ya algunos años, en el que puede apreciarse claramente el lugar que los argumentos consecuencialistas podrían llegar a tener en la construcción de una nueva “regla de derecho” aplicable a futuros casos similares en los que, por definición, no existe una norma expresa –de fuente legislativa– que imponga una determinada solución. El caso es muy ilustrativo porque a través de él podrían verse –en apretada síntesis– casi todos los elementos que a lo largo de este trabajo hemos ido señalando. Analicemos entonces el caso.

A fines de los 80, un ciudadano de Mendoza llegó hasta el Máximo Tribunal de la provincia mediante un recurso extraordinario de casación demandando al Estado provincial los perjuicios sufridos a causa de un aluvión que destruyó su finca ribereña junto al río Mendoza. Francisco Torres consideraba culpable de omisión al Estado provincial al no haber construido las defensas aluvionales prometidas por diferentes gobiernos en las márgenes de dicho río, e invocaba como fundamento de su pretensión, entre otras normas, el art. 128, inc. 19 de la Constitución provincial en virtud del cual el Poder Ejecutivo “tiene bajo su vigilancia la seguridad del territorio y de sus habitantes”. La sentencia debía establecer una regla clara y definida en una materia como la **responsabilidad extracontractual** del Estado por **omisión antijurídica** de sus funcionarios. En efecto, la supuesta omisión ilícita del Estado no podía responder a un principio tan amplio como el *naeminen laedere*, según explicaba uno de los ministros preopinantes en los considerandos del fallo, ya que de ser así, en adelante podría invocarse el precedente para hacer responsable al Estado, por ejemplo, de los accidentes que pudiesen ocurrir por no mantener despejadas de nieve las carreteras en invierno, o por hechos de la naturaleza como terremotos o epidemias, o simplemente por hechos de inseguridad criminal que pusiesen en peligro la vida humana y en los que el Estado podría ser condenado como responsable por no haber actuado preventivamente. Por otra parte, tampoco debía exigirse, como explicaba el ministro preopinante que sentó la doctrina del fallo, la configuración de una **tipicidad omisiva** de carácter penal, cerrada y estricta, conforme al principio rector del derecho *penal nullum crimen sine praevia lege stricta et scripta*.

Como puede verse, se trataba efectivamente de un “caso difícil”: no existía una norma expresa que pudiese “cerrar” o soslayar la aplicación del amplísimo principio establecido en la Constitución provincial, y era evidente, por otra parte, que cualquiera fuese la decisión que se tomase, resultaría imposible conformar a la opinión pública –esclarecida o no– habitualmente dividida en materias como estas.

Según Robert Summers, las razones sustanciales que emplean los jueces se podrían agrupar en tres categorías: “razones procedimentales” (*goal reasons*) –cuya fuerza justificatoria depende de la eficacia predictiva de aquellas decisiones que se proyectan para alcanzar metas sociales valiosas–; “razones de rectitud” (*rightness reasons*) –cuya fuerza justificatoria no depende de la

predicción de los efectos que puedan tener las decisiones sino de la concordancia de las decisiones que se proyectan con las normas de la conducta recta aplicables a las acciones pasadas de las partes o a los resultados de esas acciones-; y “razones institucionales” (*institutional reasons*) –que son tanto razones procedimentales como razones de rectitud pero que remiten de manera particular a los roles institucionales y a la maquinaria del derecho-.

Pues bien, el más Alto Tribunal de Mendoza elaboró una regla jurídica compleja (compuesta) que apelaba a la conjunción de por lo menos dos de las razones que Robert Summers identifica como **sustanciales**: una razón de **rectitud** y una razón **institucional**, subordinadas a la prelación de una razón **procedimental** de mayor jerarquía, para habilitar recién la procedencia o legitimación de la razón consecuencialista propiamente dicha. La formulación de la regla compuesta elaborada por el Tribunal consistía en lo siguiente:

Lo que se exige es que el Estado se enfrente a una situación en la cual esté obligado a actuar; esa obligación no es menester que sea expresa sino que basta con que se den tres requisitos: a) la existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; así por ejemplo, cualitativamente es interés prevaleciente la vida, la salud de las personas; en los intereses exclusivamente patrimoniales, será menester un análisis cuantitativo; b) la necesidad material de actuar para tutelar el interés; c) la proporción entre el sacrificio que comporta dicho actuar y la utilidad que se consigue en el accionar.

A los efectos de graficar en clave simbólica la estructura lógica de la nueva regla elaborada por la Corte, digamos que P es una regla procedimental, y Q una razón compuesta por M (razón moral o de rectitud), por I (razón institucional) y por C (razón o argumento consecuencialista):

Dado	$Q = M + I + C$
Si	$\text{no } P \rightarrow Q$
Pero	$\text{no } P$
Luego	Q

Más allá del orden sintáctico empleado en la letra del fallo, es evidente que la regla **procedimental** subordinante (P) –a los efectos de saber si ha habido o no una omisión **antijurídica** del Estado– es que no debe existir en el ordenamiento jurídico una norma legal específica que le imponga al Estado la obligación de actuar en un caso concreto. No basta con que exista un mero deber genérico y difuso: debe haber una norma específica. Esta la primera razón a tener en cuenta y es una razón definida por la negativa, ciertamente, pero superior a cualquier otra razón, por cuanto de existir una norma expresa, la “nueva regla” (Q) no deberá aplicarse. Si una norma legal específica impone la obligación de actuar al Estado en un caso concreto, en virtud de dicha norma queda

configurada la omisión **antijurídica** y no es necesario indagar por más (en cuanto a la omisión **antijurídica**, se entiende; después habrá que indagar si se verifican los restantes presupuestos de la responsabilidad civil).

En la nueva regla (Q) compuesta de tres razones que deben darse en forma conjunta, la razón de **rectitud** (M) se expresa en la obligación del Estado de tutelar un **interés normativamente relevante**. ¿Qué debe entenderse por “interés normativamente relevante en la relación cualitativa o cuantitativa”, como dice el fallo? La expresión no es del todo feliz, pero como el propio Tribunal explica, a continuación, “cualitativamente es interés prevaleciente la vida, la salud de las personas”. Al existir una coma separadora, y si hacemos lugar al sentido común, debemos decir que se trata de una enumeración no taxativa que deja abierta la posibilidad, como es obvio, de que existan otros intereses “cualitativos” relevantes además de la vida y la salud de las personas. Para que la nueva regla (Q) funcione adecuadamente, por cierto, es de suma importancia determinar cuáles son esos otros “intereses cualitativamente relevantes”. Por otra parte, intereses relevantes en lo cuantitativo son los intereses exclusivamente patrimoniales, en los que “será menester un análisis cuantitativo” para determinar su relevancia, como indica el Tribunal. De sus palabras se deduce, a *contrario sensu*, que en las “relaciones cualitativas” (la vida, la salud de las personas) no es posible un análisis cuantitativo, análisis que consiste, como a continuación lo específica, en la “**proporción** entre el **sacrificio** que comporta dicho actuar y la **utilidad** que se consigue en el accionar” (argumento consecuencialista, como puede apreciarse).

En la protección por parte del Estado de los que la Corte llama “intereses cualitativamente relevantes” reside la razón de rectitud o razón moral (M) de la nueva regla. ¿Cuáles son los restantes intereses cualitativamente relevantes fuera de la vida y la salud de las personas? Sin dudas habrán de encontrarse entre los intereses jurídicos tutelados por la ley (si nos atenemos a lo que la propia Corte ha definido como “interés jurídico”), pero ciertamente la **relevancia** cualitativa no podría establecerse mediante ningún cómputo o cálculo consecuencialista. La razón moral o de rectitud (M) aparece unida en la nueva regla (Q) a una razón institucional (I) y a una razón consecuencialista (C). Si como dice Robert Summers, las “razones institucionales” son tanto razones procedimentales como razones de rectitud que “remiten de manera particular a los roles institucionales y a la maquinaria del Derecho”, parece evidente que estamos aquí en presencia de una de ellas. La razón institucional se expresa en el fallo en cuestión mediante la “necesidad material de actuar [de parte del Estado] para tutelar el interés”.

Las razones institucionales son elásticas, como puede apreciarse, y la presencia de una razón institucional (I) en la nueva regla (Q) deja abierta la posibilidad de que esa “necesidad material de actuar” sea vista con signo contrario por quien comparte una concepción política diferente en torno a los roles del gobierno. Indudablemente aquí es donde entran a tallar todas las sospechas de los enfoques críticos en torno a la subjetividad del razonamiento jurídico.

Pero como ya hemos explicado en el primer capítulo, esas sospechas –legítimas– son solo relevantes en un contexto de “descubrimiento” de los móviles psicológicos que llevan a tomar determinadas decisiones. No invalidan, sin embargo, el valor de las argumentaciones ni la necesidad de las mismas a la hora de justificar, incluso, por qué es necesario que el Estado –o el gobierno– actúe en determinado sentido para tutelar determinados intereses.

Arribamos, por último, a lo que constituye el meollo central de todo este análisis del caso “Francisco Torres c/ Provincia de Mendoza p/ casación”: el argumento o razón consecuencialista (C). La razón consecuencialista contenida en (Q) podría expresarse de la siguiente manera:

La omisión del Estado será antijurídica cuando, no siendo (M) y dado (I), exista una proporción entre el sacrificio que comporta el accionar del Estado y la utilidad que se consigue en el accionar.

Como es obvio, para que (C) tenga operatividad es necesario que no se trate de (M), es decir, que no se trate de un interés “cualitativamente relevante” (la vida, la salud y los restantes derechos humanos básicos) sino de un “interés exclusivamente patrimonial” que exija la necesidad material de actuar en su tutela (I). Ahora bien, atendiendo a (C), ¿cómo es posible determinar si existe una **proporción** entre el **sacrificio** que comporta el accionar del Estado y la **utilidad** que se consigue en el accionar? Parece que allí, finalmente, el criterio de eficiencia social o de maximización de la riqueza social muestra su peso específico en la argumentación jurídica. En efecto, en virtud de este último requisito la Suprema Corte negó responsabilidad al Estado en el caso de marras, ya que de la comparación entre los costos altísimos que la construcción de tales defensas suponía y de la exigua “utilidad social que de ello se obtenía” se seguía, aparentemente, que la asignación más eficiente de los recursos imponía la carga de los daños al particular. Como puede apreciarse, se trata de un argumento consecuencialista que muestra el absurdo de adoptar una decisión contraria en la que los costos sociales serían mayores que los beneficios sociales obtenidos.

En otras palabras, los jueces de la Suprema Corte le estaban decidiendo a quienquiera quisiera escuchar, que si hacían responsable al Estado de los daños ocasionados por el aluvión al no haber construido las prometidas defensas, entonces también deberían hacerlo responsable en el futuro de los daños ocasionados por cualquier contingencia climática (las severas granizadas que afectan la producción frutihortícola, por ejemplo) evitable a través de un accionar material del mismo Estado, lo que en resumidas cuentas podría llevar a la quiebra del erario público, a cuyo sostenimiento contribuimos todos con nuestros impuestos.

He aquí, entonces, un claro ejemplo de argumentación consecuencialista en un caso típicamente difícil resuelto desde una perspectiva material de la argumentación jurídica, y en el que, con todo, la lógica formal no está ausente.

En efecto, el argumento central del fallo que hemos analizado es un típico “*modus tollens*”, aunque no resulte evidente a primera vista, y aun para su intelección resulte necesaria una reconstrucción minuciosa de las razones que han intervenido en la decisión de los jueces. Como lo destaca el profesor Manuel Atienza en su *Curso...*, para poder argumentar bien es necesario entender antes y evaluar lo que está normalmente en juego en una argumentación.

Lecturas recomendadas:

Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica (Cap. VII: “Cómo evaluar las argumentaciones”)*. Madrid: Trotta.

Summers, R. (2000). *Essays in Legal Theory*. Dordrecht: Luwer Academic Publishers.

2. El formalismo y los límites de la argumentación por las consecuencias

Como señala agudamente el profesor Atienza, el formalismo no es la única dolencia que aqueja a quienes tienen la función de interpretar y aplicar el derecho, pero sin dudas es una de las más perniciosas en los países latinos por el carácter de “enfermedad endémica” que ha adquirido en nuestra cultura jurídica. La suerte ulterior corrida por la razón consecuencialista establecida en el fallo anterior podría servir de ejemplo elocuente.

Si bien es difícil que alguien se reconozca a sí mismo como “formalista” (se trata, en efecto, de una actitud hoy fuertemente desacreditada por la presión social que hemos descrito en el quinto apartado del primer capítulo), es posible, sin embargo, reconocer la tendencia al formalismo en el empleo de un lenguaje oscuro y evasivo, en la apelación abusiva a valores tan abstractos y trillados como la “seguridad jurídica” y el “debido proceso”, en el constante énfasis en las cuestiones de forma con abstracción del fondo del asunto, en la preferencia por las interpretaciones literales, descontextualizadas y anacrónicas de las normas, y sobre todas las cosas, en el rechazo a los argumentos consecuencialistas que normalmente llevan a los aplicadores del derecho a posiciones alejadas de esa “zona de confort” que se vive dentro de las torres de marfil del formalismo. El cómputo de los beneficios y de los costos sociales implicados en decisiones dilemáticas exige no solo una buena preparación de parte del juez (estar bien informado, por ejemplo, y saber principios básicos de economía política), sino también cierta empatía y sensibilidad social.

En el caso analizado en el apartado anterior, ciertamente podría objetarse que el correcto empleo de la razón C (el argumento consecuencialista) exigía plantearse una serie de preguntas que la Corte no parece haber tenido en cuenta. En efecto, un formalista podría preguntar: ¿qué cuentas sacó la Corte?, ¿qué daños ambientales tomó en cuenta para computar los beneficios y los costos sociales en juego, si esa información no estaba disponible ni enton-

ces ni ahora?, ¿computó los daños de Francisco Torres solamente o también los de todas las potenciales víctimas de los aluviones, como exige la correcta aplicación de la razón consecuencialista? (en el expediente, en efecto, solo constaba un informe de Fiscalía de Estado relativo a los daños del particular exclusivamente), ¿computó la Corte la probabilidad de recurrencia aluvional?, ¿en referencia a qué plazo lo hizo: en el corto o en el largo?, ¿qué estadísticas de expansión del ejido urbano hacia los cauces aluvionales en el área del Gran Mendoza consultó? Es obvio que nada de eso hizo, como consta en el expediente judicial. Pero aun suponiendo que todos estos datos hubiesen estado disponibles ¿era posible acceder a ellos sin incurrir en altos costos que debían también computarse? Por último, ¿era consciente la Corte de que fallando de esa forma alentaba al Estado a desentenderse del problema aluvional? La Corte parecería haber sacado cuentas “a ojos de buen cubero” en el fallo de marras, porque no hay una sola explicación de por qué la construcción de las defensas aluvionales por parte del Estado no hubiese guardado proporción con la utilidad social que de ellas se esperaba. De hecho, quince años más tarde del fallo en cuestión el Estado provincial terminó construyendo el Dique Potrerillos que significó, en parte, una solución al problema de las crecidas aluvionales en el río Mendoza.

Por su parte, un buen consecuencialista debería preguntarse cómo es posible que si la solución eficiente desde el punto de vista social era que cada particular cargase con los perjuicios de las crecidas o asumiese de su bolsillo la construcción de las defensas, el Estado terminase desplegando una conducta que el fallo buscaba aparentemente desalentar. Todas estas preguntas no hacen más que poner en evidencia los límites de la argumentación por las consecuencias, si bien se trata de límites que afectan cualquier tipo de argumentación jurídica, y no solo la que nos preocupa ahora. El mismo Aristóteles admitía que en los asuntos humanos de carácter práctico no podría exigirse mayor exactitud que la permitida por la misma materia, y en ese sentido no debería evaluarse el rigor de la dialéctica con la exactitud de la matemática.

La evolución jurisprudencial de este caso concreto de la jurisprudencia mendocina muestra, con todo, la escasa fuerza de los argumentos consecuencialistas cuando caen en las redes del formalismo. Lo sorprendente en la historia del fallo mendocino –o mejor dicho lo esperable– es que la razón *C* terminó desapareciendo de la regla (*Q*) establecida por la Corte. Si nuestras investigaciones son correctas no ha habido un solo fallo que haya invocado la razón *C* desde 1989 hasta el presente. Los magistrados de las Cámaras civiles de Mendoza han eliminado la razón *C* y han transformado (*Q*) en una pura razón de rectitud: el accionar que se exige al Estado debe ser razonable para que se configure una omisión antijurídica, y la razonabilidad encuentra su límite en el caso fortuito o la fuerza mayor. La Cuarta Cámara Civil de Mendoza ha establecido, en efecto, que:

La clave para determinar la falta de servicio y consecuentemente la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de la omisión antijurídica.

Esta se prefija solo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes (...) El límite de la responsabilidad está dado por las condiciones generales de exclusión de la obligación de responder que se configura por la ocurrencia de los supuestos jurídicos de caso fortuito o fuerza mayor (4ª CApel. Civ. Mendoza, 1995).

Por su parte, la Tercera Cámara Civil ha consagrado la misma doctrina:

La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad de la Municipalidad por un acto omisivo, debe ser valorada cuando esa omisión resulte antijurídica. Esta circunstancia se configura solo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido, para evitar daños en las personas o en los bienes de los particulares. Esa omisión antijurídica requiere que el municipio incumpla una obligación legal expresa o implícita, tal como lo estatuye el art. 1074 del Código Civil. Para que se genere la obligación de responder, resulta necesario entonces que se trate de una obligación respecto de un deber concreto, y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa (3ª CApel. Civ. Mendoza, 2007).

¿Es el estándar de la “razonabilidad en el accionar del Estado” uno de esos valores abstractos y vacíos a los que el formalismo suele acudir abusivamente? Resulta difícil afirmarlo. Pero lo cierto es que sin la ayuda de las nueve exigencias de la razonabilidad práctica señaladas en el penúltimo apartado del capítulo anterior se hace difícil evitar la recaída en el formalismo. Una de esas exigencias –la sexta, más precisamente– está dada por la búsqueda de la eficiencia dentro de lo razonable. El empleo de una lógica consecuencialista como la descrita en el apartado anterior es perfectamente compatible con esa exigencia –y de hecho la realiza plenamente–.

Por último, no cabe duda de que el activismo judicial representa un problema no menor, como ya hemos dicho. “El formalismo y el activismo judicial podrían considerarse como el Escila y el Caribdis que deben evitar los jueces”, sostiene el profesor Atienza. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (aprobado en Lisboa en 2006) se refiere (implícitamente) a esas dos actitudes, que considera condenables. Al activismo, al señalar que la independencia judicial exige, de parte de los jueces, el empleo de razones únicamente jurídicas. En efecto, el art. 2º señala: “El juez independiente es aquel que determina desde el derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al derecho mismo”. Y al formalismo se refiere en su art. 40º al señalar: “El juez debe sentirse vinculado no solo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”.

He aquí, en resumidas cuentas, el desafío que deben enfrentar y superar nuestros jueces.

Lecturas recomendadas:

Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica* (apartado 3,1,B: ¿Cómo desenmascarar a un formalista?, pp. 49-51; apartado 3,1,D: ¿Es siempre condenable el activismo judicial? El caso Garzón, pp. 51-60). Madrid: Trotta.

ESTRATEGIAS PEDAGÓGICAS

CAPÍTULO IV

LA ENSEÑANZA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL NIVEL SUPERIOR UNIVERSITARIO

MARÍA VIRGINIA PÁEZ - CINTIA M. BAYARDI MARTÍNEZ

1. Introducción

El presente volumen constituye una continuación del libro denominado *Manual de Razonamiento y Decisión Judicial: abordajes teóricos*. En este sentido, se trata de la aplicación en el contexto del aula de los contenidos teóricos desarrollados en el manual mencionado.

Se trata de una obra colectiva producto del trabajo de los participantes del Curso de Posgrado sobre Razonamiento y Decisión Judicial que se desarrolló en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo entre los días 24 de abril y 20 de mayo, que comenzó con la disertación del catedrático Manuel Atienza. Los participantes elaboraron diferentes propuestas pedagógicas para la enseñanza de la argumentación jurídica en sus respectivas asignaturas. Las propuestas mejor calificadas forman parte del presente volumen.

A modo de introducción, en este capítulo se abordará la enseñanza de las competencias relacionadas con la argumentación jurídica en el marco de la carrera de Abogacía, en el nivel superior universitario.

Para ello, desde el punto de vista pedagógico, se parte del enfoque por competencias, que otorga al estudiante un papel protagónico en su propia formación. En este sentido, a lo largo del proceso de enseñanza-aprendizaje, el estudiante debe adquirir una serie de capacidades complejas, relacionadas con ciertas habilidades que le permitirán un desempeño profesional exitoso.

En el caso de la formación en la disciplina del derecho, la argumentación jurídica constituye una herramienta fundamental a la hora del ejercicio de la profesión, en los diferentes contextos en los que se desenvuelven tanto el

abogado como el juez en la actualidad. Cabe destacar que el contexto social, económico y político actual en la provincia de Mendoza y en el país se ha complejizado, exigiendo profesionales con una formación teórica y práctica fuerte, con la habilidad de resolver distintos tipos de problemáticas que requieren flexibilidad, independencia y creatividad. Estas exigencias del mundo actual no pueden solucionarse con el paradigma tradicional de enseñanza del derecho, en el que el estudiante desempeñaba un rol pasivo en su formación, memorizando los contenidos impartidos por el docente o el manual de clases.

Por otro lado, cabe destacar que las habilidades mencionadas, referidas al razonamiento y a la decisión judicial, se encuentran en estrecha relación con todas las ramas teóricas del derecho. De este modo, se trata de competencias transversales, que pueden y deben ser tratadas de manera integral a lo largo de la carrera universitaria de Abogacía. No basta con su incorporación como contenido programático de una asignatura, sino que es necesario su abordaje como expectativa de logro de gran parte de las asignaturas, orientadas, de esta manera, hacia el perfil profesional que se ha explicado anteriormente.

El interrogante que surge de lo dicho hasta aquí es la manera en que el docente puede abordar esta competencia. Por este motivo, a lo largo de este apartado se desarrollarán algunas estrategias concretas para implementar la enseñanza de la argumentación jurídica en la propia práctica docente, que pueden resultar útiles a los fines de planificar determinada asignatura incorporando este enfoque.

2. El método socrático

Este primer método constituye una herramienta de utilidad para los docentes que desean promover el desarrollo de diversas competencias en sus estudiantes durante las clases. Puede emplearse de manera constante en el transcurso de las clases a la hora de trabajar algún tema, ya que genera un diálogo permanente entre el docente y los estudiantes que puede resultar enriquecedor.

Para aplicar esta metodología, el docente debe colocarse en el rol de Sócrates cuando dialogaba con sus discípulos, según los testimonios platónicos. De acuerdo a este modelo, el docente debe promover, a través de preguntas consecutivas, el arribo del estudiante a conclusiones de cada vez mayor grado de veracidad.

De esta manera, a partir de un problema inicial, los estudiantes aventuran determinadas soluciones que el docente debe criticar desde el punto de vista lógico argumentativo, aunque sus preguntas o afirmaciones no sean verdaderamente su opinión, sino solamente generadores de interrogantes y de nuevas conclusiones por parte de los estudiantes. Estas críticas pueden ser realizadas por el docente o por los mismos compañeros de clase. Sin embargo, se sugiere una mediación constante del profesor a los fines de evitar desviaciones de la temática de la clase.

Mediante este método se pretende identificar las premisas que sustentan las opiniones de las personas y deshacerse de los prejuicios que interfieren en la formulación de los juicios, principalmente de los juicios ético-morales. Este proceso se realiza a través de la negación de las conclusiones parciales a las que el sujeto arriba sucesivamente.

Una de las ventajas de este método es que constituye un desafío para los estudiantes, ya que despierta el interés por resolver determinados problemas de tipo lógico-morales arribando a distintas conclusiones que serán cada vez más completas.

Por otro lado, constituye una metodología que el docente puede aplicar de manera premeditada en un principio, pero que luego, con su mayor empleo, se encontrará en condiciones de utilizarla de forma frecuente y sin necesidad de planificación previa.

Por último, constituye una metodología de enseñanza-aprendizaje que no requiere de la utilización de material escrito ni digital, ya que constituye simplemente un diálogo enriquecedor entre los participantes de la clase.

Como se mencionó anteriormente, puede emplearse durante una clase habitual en la que el docente desarrolle determinado contenido conceptual y pretenda promover la adquisición de las habilidades complejas de la argumentación en sus estudiantes. De esta manera, se sugiere:

- *Planificar previamente la clase, teniendo en cuenta la cantidad de alumnos y el tiempo disponible para el desarrollo de la temática, a los fines de evitar un desarrollo parcial del tema y el fracaso en el debate pretendido.*
- *Escoger cuidadosamente la problemática, procurando que la solución no sea sencilla y unívoca, sino que implique una decisión difícil que deba ser justificada de manera lógica y que pueda criticarse desde distintos puntos de vista.*
- *Describir de la manera más completa posible el problema elegido, que puede ser extraído de la realidad actual o no, pero que debe presentarse de forma detallada, a los fines de generar interrogantes lógicos y morales.*
- *Esbozar previamente las preguntas que el docente puede realizar durante la clase para facilitar el desarrollo de la misma, aunque en la situación puedan surgir interrogantes nuevos que deben ser introducidos.*
- *Valorar positivamente los interrogantes que surjan de los mismos estudiantes durante el debate, incorporándolos a la discusión y despejando las dudas conceptuales que puedan surgir.*

Aunque el método es recomendable de la manera en la que se lo ha descrito hasta aquí, las siguientes constituyen algunas variantes del mismo, que pueden ser puestas en práctica por el docente:

- *Puede plantearse el debate en un foro virtual de discusión, luego de la explicación previa del docente durante la clase presencial.*

- *Puede realizarse la discusión entre el docente y solamente un estudiante de la clase, elegido aleatoriamente o por sorteo. En este caso se sugiere que el docente formalice la información adquirida de alguna manera para que el resto de los estudiantes también resulten enriquecidos por la actividad desarrollada.*

3. El análisis de casos

El análisis de casos constituye una metodología de enseñanza-aprendizaje que requiere la puesta en práctica de numerosas habilidades por parte del estudiante, quien asume, en este caso, un rol activo en su proceso de formación.

Se sugiere utilizar esta metodología posteriormente al desarrollo teórico-conceptual de determinada temática dentro de la asignatura. De esta manera, los estudiantes formarán distintos grupos de trabajo en los que analizarán en profundidad un caso judicial determinado y formalizarán en una exposición oral ante los compañeros de curso las conclusiones a las que arribaron.

El docente debe escoger cuidadosamente el caso -o los casos- a analizar en el trabajo práctico, ya que el análisis a realizar de manera grupal por parte de los estudiantes debe vincularse con los contenidos desarrollados en la asignatura.

De esta forma, a través del desarrollo de determinadas consignas, los estudiantes identifican la estructura, los argumentos y la solución del caso. Las consignas de trabajo pueden incluir la exigencia de la presentación de una solución alternativa al caso analizado, a los fines de poner en juego una mayor creatividad por parte del grupo de trabajo y la puesta en práctica de los conocimientos adquiridos hasta el momento en la carrera y en el espacio curricular.

Sin embargo, el punto principal a desarrollar mediante esta metodología es el análisis de la argumentación jurídica en un fallo determinado, a los fines de identificar los posicionamientos teóricos del autor, las posibles contradicciones lógicas y las soluciones alternativas, debidamente justificadas, que puedan existir para el mismo caso. En este sentido, se sugiere inducir a los estudiantes a identificar, en primer lugar, el problema que determinado fallo pretende resolver; luego, los argumentos empleados y, por último, la solución propuesta.

En cuanto al problema del fallo, es recomendable la identificación de la complejidad del mismo y de las creencias, preceptos o paradigmas que el problema pone en juego para su posible solución.

En cuanto al cuerpo argumentativo del fallo, es recomendable que los estudiantes lo organicen de alguna manera, por ejemplo, a través de un esquema, para identificar más fácilmente las posibles contradicciones del caso. Para la resolución de esta consigna se sugiere también haber desarrollado previamente en la asignatura o en la carrera los contenidos concernientes a la argumentación jurídica que se desarrolló en el volumen anterior al presente libro,

ya que los estudiantes deben aplicar satisfactoriamente el marco conceptual propuesto por el Dr. Manuel Atienza, tal como se explicará de manera detallada en los capítulos siguientes.

Por último, en cuanto a la solución del fallo, se sugiere inducir a los estudiantes a la crítica de la misma a través de preguntas disparadoras.

De esta manera, como se afirmó con anterioridad, se pone en funcionamiento la aplicación de una serie de competencias por parte de los estudiantes, tales como la vinculación de contenidos y habilidades internas al espacio curricular y concernientes a la carrera en general, promoviendo la integración de lo estudiado hasta el momento. Por otro lado, se aplica el juicio crítico y la creatividad en la resolución de problemas. Por último, se trabaja la comprensión y producción de textos, así como la expresión oral y escrita, con la aplicación del lenguaje académico específico.

Para un mejor aprovechamiento de la actividad, se sugiere:

- *Elaborar una guía de trabajo completa, clara y, en lo posible, escrita, que contenga un número adecuado de consignas que los estudiantes comprendan satisfactoriamente. Es recomendable, igualmente, acompañar la guía con una explicación por parte del docente para evacuar las dudas que puedan surgir de los estudiantes.*
- *Explicitar los objetivos de la actividad y los contenidos conceptuales del espacio curricular que se pondrán en práctica en el trabajo.*
- *Proporcionar material de lectura, sitios o videos que los estudiantes puedan consultar para evacuar dudas con respecto a los contenidos de la asignatura.*
- *Formar grupos de un número limitado de estudiantes, a lo fines de que sea posible y provechoso el debate al interior del grupo, que se reflejará en las conclusiones del trabajo.*
- *Tener en cuenta los conocimientos previos que es necesario que los estudiantes manejen a la hora de afrontar la actividad, para facilitar el logro de las expectativas planteadas inicialmente.*

Aunque el método es recomendable de la manera en la que se lo ha descrito hasta aquí, las siguientes constituyen algunas variantes del mismo, que pueden ser puestas en práctica por el docente:

- *Puede aplicarse como disparador o actividad inicial de una clase, es decir, sin el desarrollo previo del tema. En este caso, se pretende arribar a algunas conclusiones parciales sobre determinado tema, que luego serán contrastadas y completadas con la explicación del profesor y el desarrollo completo de la temática, que el estudiante no conocía en su totalidad al comienzo de la actividad. Se sugiere tener en cuenta la edad de los estudiantes, así como la situación al interior de la carrera (año de cursado), ya que es necesario que los estudiantes manejen un corpus de conocimientos previos para lograr los resultados esperados de la actividad.*

- *Puede realizarse el análisis de caso de manera individual. Esta modalidad es recomendable en cursos pequeños, ya que requiere de la corrección de la actividad por parte del profesor.*
- *Si bien es un método que busca favorecer la expresión oral de la información por parte de los estudiantes, también puede exigirse la presentación por escrito de las conclusiones del trabajo a los fines de trabajar las competencias relacionadas con la producción escrita de textos académicos.*
- *La actividad puede realizarse también de manera virtual, por ejemplo, bajo la modalidad de trabajo práctico colaborativo, en el que un grupo de estudiantes analiza en profundidad un caso propuesto por el docente, incorporando los contenidos teóricos desarrollados en el espacio curricular. De esta manera, el docente realiza sus sugerencias también de manera virtual, brindando la devolución a los estudiantes.*

4. El juego de roles

Para finalizar esta introducción se explicará la estrategia del juego de roles o *role playing*, que exige por parte del estudiante la puesta en funcionamiento de una mayor cantidad de habilidades propias de su futuro desempeño profesional y que, por lo tanto, puede resultar sumamente enriquecedor para la enseñanza del derecho y, particularmente, para el desarrollo de las competencias relacionadas con la argumentación dentro de esta disciplina.

Esta metodología consiste en la simulación de situaciones conflictivas en la que los estudiantes se desempeñan como si fueran un actor dentro de dicha situación, aplicando determinados aprendizajes ya desarrollados. En el caso específico del derecho, las situaciones ficticias pueden ser de litigio tanto local como internacional.

El juego de roles, de hecho, se utiliza como mecánica de competencias internacionales en las que participan equipos de estudiantes de distintas universidades del mundo, entre ellas, se destacan las competencias Cuyum, que se desarrollan en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. En este marco, los estudiantes ponen en juego sus habilidades como litigadores internacionales, analizando y resolviendo determinado caso proporcionado previamente por la organización. De esta manera, las competencias se desarrollan en dos instancias, una de análisis del caso y preparación del material, y una segunda fase de carácter oral en la que se enfrentan los argumentos de las distintas partes (demandantes y demandados).

En el contexto áulico universitario puede aplicarse esta metodología, siguiendo una modalidad de menor duración que las competencias descriptas anteriormente. Se sugiere la conformación de grupos de estudiantes que trabajarán como un equipo, por lo que se recomienda que no sean numerosos. Los distintos equipos deben analizar el material proporcionado por el docente y asumir el rol de demandante o demandado. El grupo de docentes de la cátedra y algún docente invitado se pueden desempeñar como jueces durante la simulación.

Se recomienda esta actividad como estrategia de enseñanza de las habilidades relacionadas con la argumentación jurídica, ya que en las distintas instancias que componen la dinámica se exige por parte del estudiante la puesta en práctica de los conocimientos y habilidades adquiridos hasta el momento, en un contexto conflictivo en el que necesariamente debe argumentarse para llevar adelante el litigio. En este sentido, mediante este tipo de actividad se aplican los conocimientos teóricos sobre el razonamiento judicial descriptos en el volumen anterior al presente, ya que el estudiante debe identificar errores lógicos en los juicios de sus competidores, así como esbozar sus propios argumentos de la manera más convincente posible.

Para el desarrollo satisfactorio de la actividad se sugiere:

- *La conformación de grupos pequeños de trabajo, para que todos los estudiantes del curso tengan la oportunidad de participar activamente en la situación planteada.*
- *Proporcionar a los distintos equipos material suficiente para la elaboración de su propuesta y, por otro lado, valorar positivamente en la evaluación de la actividad la investigación por fuera de este material realizada por los estudiantes.*
- *Considerar el desarrollo de la actividad en la evaluación del espacio curricular, ya que demanda muchas horas de estudio por parte de los estudiantes.*
- *Ofrecer a los estudiantes, previamente al trabajo propuesto, el análisis de otras dinámicas similares a modo de ejemplo.*
- *Presentar previamente a los estudiantes la grilla de evaluación que tendrán en cuenta los jueces de la actividad, ya que los mismos se desempeñarán como evaluadores del desempeño de los estudiantes, quienes deben conocer las expectativas de logro del juego.*
- *Al igual que en el método anterior, se sugiere desarrollar los contenidos teóricos relativos a la argumentación jurídica en una clase previa al comienzo de la actividad.*
- *Se sugiere realizar una reconsideración de lo aprendido durante la actividad posteriormente a la misma, para evacuar dudas, formalizar el conocimiento y evaluar críticamente la aplicación de la dinámica teniendo en cuenta la opinión de los participantes para eventuales futuras propuestas.*

Por último, las siguientes son algunas alternativas para el desarrollo de actividades bajo la modalidad del juego de roles:

- *El contexto de la situación de litigio puede adaptarse al espacio curricular, de modo que no necesariamente debe ser a la manera de las cortes internacionales.*
- *El rol de jueces puede ser desempeñado por los mismos estudiantes. En este caso, se sugiere la elaboración conjunta con el docente de la grilla de evaluación de los participantes, ya que todos deberán ser evaluados, todos deberán*

conocer los criterios de evaluación y porque los estudiantes pueden incorporar ítems no tenidos en cuenta inicialmente por el docente.

- *Puede realizarse la simulación articulando la actividad entre dos o más cátedras, de esta manera se evaluará la aplicación de lo aprendido en distintos espacios curriculares.*
- *Los distintos equipos pueden contar con el asesoramiento de un docente de la cátedra para la elaboración del material pertinente, tal como sucede en las competencias internacionales mencionadas, bajo la figura de coach. Este papel también puede ser desempeñado por estudiantes avanzados, ayudantes de cátedra o adscriptos que ya hayan participado en eventos de tales características.*

Hasta aquí se han descripto algunas estrategias de enseñanza-aprendizaje que pueden resultar útiles a los fines del trabajo de las competencias relacionadas con la argumentación jurídica. Sin embargo, el panorama de esta temática concerniente a la formación superior universitaria en Derecho se verá enriquecido con la proporción de algunos ejemplos concretos, que se brindarán a continuación. Los mismos han sido elaborados por docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, quienes han asumido el desafío de enfrentar la enseñanza universitaria desde esta perspectiva.

En primer lugar, la autora Cecilia Moyano, en su propuesta para “Introducción al Derecho”, mediante la práctica del juego de roles, aspira a que los estudiantes se coloquen en el rol de legisladores para la elaboración de una ley referida a alguna problemática jurídica. De esta manera, pretende la aplicación concreta de los conocimientos básicos del derecho y la filosofía jurídica.

La autora Roberta Simone Bergamaschi parte del método del caso, ofreciendo una práctica pedagógica que se propone el análisis de una resolución judicial del Máximo Tribunal provincial (SCJ Mendoza, Sala II, “La Segunda ART SA en J: 44.858 “González, Rosana Graciela c/La Segunda ART SA p/ Accidente” s/ Inc. Cas.”, 21/06/2016, autos 112.833). De este modo, el estudiante de primer año de la carrera de Abogacía puede tomar sus primeros contactos con la fundamentación sentencial, pero desde la perspectiva del análisis lógico-formal de la resolución judicial. Esta actividad se enmarca en la asignatura curricular de “Introducción a la Filosofía”.

La autora Eliana de Rosa se propone, a través del método del caso, el análisis del fallo: CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires p/ acción de amparo”, 24/04/2012, presentando una serie de interrogantes a resolver por los estudiantes. En el marco de la asignatura de “Filosofía del Derecho”, presenta la argumentación jurídica como una capacidad específica a desarrollar, sin dejar de lado el enfoque transversal que dichas competencias deben ocupar en el plan de estudio.

Por otro lado, Cecilia Moyano, en el marco del espacio curricular de “Problemática del Conocimiento” se propone, a través del método del caso, el

análisis del fallo: CSJN, “Colalillo, Domingo c/Compañía de Seguros España y Río de La Plata”, 18/09/1957, Fallos: 238:550. La autora presenta una serie de interrogantes a resolver por lo estudiantes, con el objetivo de dimensionar el derecho como una ciencia eminentemente práctica.

La doctora María Gabriela Ábalos se propone dar a conocer al estudiante el diseño institucional del Consejo de la Magistratura a partir de las normas constitucionales y legales que se refieren a él. Posteriormente, a través del método del caso, propone un análisis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el caso “Rizzo”. Por último, mediante el juego de roles, los estudiantes deberán asumir las calidades de parte actora, demandada, y las posiciones mayoritaria y minoritaria de la decisión judicial en análisis. Esta actividad se enmarca en la asignatura curricular de “Derecho Constitucional”.

La autora Melina Juan plantea como objetivos de su propuesta pedagógica la relación entre los contenidos de la materia “Derecho Penal” con otros campos del conocimiento, así como también el reconocimiento de los valores vigentes en prácticas sociales, normas morales y jurídicas. Para el logro de los mismos acude al método del caso, proponiendo el análisis del juicio acerca de la desaparición de Soledad Olivera y, posteriormente, aplicando la dinámica de trabajo grupal del juego de roles procurando que los estudiantes formulen argumentos y contrargumentos coherentes.

El autor Gonzalo Evangelista se propone, a través del análisis del fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amito vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, que mediante el método del caso, los estudiantes puedan reconocer los argumentos de mayor relevancia en el fallo, procurando establecer una relación entre la teoría trabajada en el espacio curricular de “Derechos Humanos” y la aplicación práctica por parte de los tribunales internacionales.

Por último, en el marco del derecho privado, el autor Eduardo J. Casado se propone desarrollar, en el contexto del método del caso, la perspectiva o el enfoque argumentativo del derecho, entendido como una acción racional relativa al lenguaje, que presupone siempre un problema que implica tanto un proceso o una actividad, lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo, a modo de un resultado. De este modo, presenta un cuestionario a ser resuelto por los estudiantes, teniendo en cuenta la causa C. 120.286 -“Lorenzo, Omar Rodolfo y otra contra Gálvez Allemand, Cintia Jimena s/Nulidad de acto jurídico”-. Esta actividad se enmarca en la asignatura curricular de “Privado VII/Sucesiones”.

CAPÍTULO V

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

CECILIA MOYANO PREGAL

1. Introducción

El espacio curricular “Introducción al Derecho” se encuentra dentro del campo de la formación general e interdisciplinar.

En este campo se desarrolla el corpus teórico proveniente de otras disciplinas que permiten comprender y analizar críticamente los distintos procesos de producción, aplicación e interpretación del derecho desde diferentes perspectivas teóricas.

El núcleo temático donde se encuadra dentro del plan de estudios se denomina: “Teoría del Derecho y la Filosofía”, y es compartido con las asignaturas: Introducción a la Filosofía, Problemática del Conocimiento, Derecho Romano y Filosofía del Derecho.

El formato de la asignaturas es teórico-aplicada. Esto implica que el abordaje de la teoría se complementa con actividades procedimentales, tales como: resolución de problemas, análisis de casos o de distintos productos tecnológicos, culturales, económicos u otros, elaboración de proyectos, etc., que exigen la presentación de resultados, cuantitativos o cualitativos, diferenciados.

Las estrategias de enseñanza refieren a la toma de decisiones conscientes que realiza el docente para que el estudiante aprenda y delimitan un curso de acción ordenado en la construcción del conocimiento.

El punto de partida de la propuesta es, desde la dimensión filosófico-epistemológica, la concepción multidimensional del derecho. Así, el derecho debe ser entendido como un fenómeno que forma parte de la vida social y no solo como una norma jurídica. Por ello debe entenderse al fenómeno jurídico en todas sus dimensiones, con especial referencia a la realidad social y a los principios y valores jurídicos.

Esto nos obliga a una mirada interdisciplinar, de fundamento e introductoria de conocimientos jurídicos, filosóficos y sociales indispensables para el inicio de la formación del abogado, ya que se le ofrece los insumos y herramientas necesarias para interpretar la norma con la realidad social.

Por otro lado, desde el punto de vista estrictamente disciplinar, la enseñanza del derecho no puede estar alejada de la práctica del mismo, por ello los contenidos teóricos deben ser mediados y aplicados.

Esto implica una formación donde el estudiante pueda aplicar los conceptos adquiridos a las diferentes situaciones que se le pueden plantear, analizando desde su formación el marco de posibilidades de soluciones jurídicas.

Mi propuesta se ubica pedagógicamente dentro del enfoque de enseñanza basada en competencias. Esto implica entender que el aprendizaje debe ser significativo. Para ello, el proceso de enseñanza-aprendizaje debe integrar los conocimientos de manera tal que el estudiante pueda reconocer y resolver los problemas que se le puedan presentar, buscando el desarrollo de habilidades, actitudes y valores.

Como docentes, tenemos que ser conscientes de que nadie aprende por imposición sino únicamente si se interesa en hacerlo y si confía en sí mismo para lograrlo. Por ello, las actividades propuestas permiten que el estudiante desempeñe un papel activo y se comprometa con su trayectoria académica. Se estimula así la participación de los estudiantes a través de actividades que complementan la teoría.

Es fundamental la aplicación de métodos participativos donde se vinculen los contenidos teóricos con la realidad, y se señalen la vinculación de los temas entre sí para lograr una sólida estructura mental.

Una investigación de la Unesco demuestra que el alumno retiene un 30% cuando oye, un 40% cuando ve, un 50% cuando oye y ve, y un 70% cuando participa activamente. Por eso es tan importante fomentar la participación de los estudiantes e involucrarlos en su trayecto formativo.

2. Objetivos

Aplicar los conocimientos básicos del derecho en la interpretación de la problemática jurídica:

- *comprender al derecho desde el aspecto teórico y práctico;*
- *identificar la importancia de la interpretación de las fuentes del derecho a la luz de las exigencias de la sociedad;*
- *vincular la actividad judicial con la garantía de los principios democráticos.*

3. Competencias

- *Identificar los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho.*
- *Comparar similitudes y diferencias entre normas, principios y valores jurídicos.*

4. Presentación del caso

SCJ Mendoza, Sala I, “ F. M. C. por sí y P. S. H. M. en J° xxxx/ D C/ F. p/ Medida Autosatisfactiva p/Rec. Ext. de Inconstit.-Casación”.

En Mendoza, a xx días del mes de xxx de dos mil xx, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa 13-03720355-0/1, caratulada: F. M. C. por sí y P. S. H. M. en J° xxxx/ D C/ F. p/ Medida Autosatisfactiva p/Rec. Ext. de Inconstit.-Casación.

Relación sucinta de los hechos de la causa:

Entre los hechos relevantes para la resolución de la presente causa se destacan los siguientes:

Del matrimonio entre la Sra. M. C. F. y el Sr. G. D., nace el xx de xx de 2000, el menor I. D. Luego del divorcio de sus padres, la madre es quien ejerce la tenencia del niño, con un régimen de comunicación entre el niño y su padre, que no fue pacífico.

El xx/xx/2009 se presenta el Sr. D. con su hijo, solicita la guarda provisoria del mismo y se ordene la prohibición de acercamiento de la madre. Acompaña un informe psicológico del niño, en el que la profesional refiere una relación conflictiva de I. con su mamá, episodios de violencia verbal y física, maltrato, temor del niño por su propia vida; y un vínculo de contención y afecto por parte de su papá. El mismo día, el juez escucha al niño en audiencia. Allí I., que contaba con ocho años de edad, manifiesta que su mamá es muy mala, que le pega, le tira el pelo, lo insulta, que quiere vivir con su papá y no volver a su casa con su mamá porque se va a enojar mucho y le va a pegar más de lo normal.

Con estos elementos, el mismo día, la juez ordena mantener al niño bajo la guarda provisoria de su padre, hasta tanto se tramite el presente incidente.

Luego de rendidas distintas pruebas e informes psicológicos, la jueza ordena el reintegro del niño a su madre, con un régimen de comunicación con su padre de alta frecuencia. Considera la sentenciante que no se confirmó a lo largo del proceso la existencia de hechos de violencia en cabeza de la madre, que justifiquen mantenerla privada de la guarda que legalmente ejerce. Se incluye como obligatorio, para todo el grupo familiar, la terapia vincular que se ha iniciado con el Dr. B. por disposición judicial.

Cuando se intenta hacer efectiva la sentencia y reintegrarse el niño a su madre, este opone una gran resistencia, por lo que el juez dispone que el reintegro se hará en forma paulatina, fijando un régimen de visitas diario en presencia de un asistente social del Cuerpo de Delegados y en la Guardería de los Juzgados de Familia.

Finalmente, los primeros días de marzo del 2010, el niño vuelve a vivir con su madre. El xx/xx/2010 la juez celebra una audiencia con el niño en la que manifiesta

que está bien con su mamá y que por treinta días no quiere ver a su papá, “que hará lo que diga su mamá, que si su mamá lo deja lo ve y si no, no”.

A partir de esa fecha, el padre no pudo tener más contacto con su hijo. En nueva audiencia, el niño reitera que no desea ver a su padre y que todo lo que dijo antes respecto a su madre fue mentira.

A fs. 705, la juez ordena un régimen provisorio de revinculación entre el niño y su padre, a los fines de restablecer el contacto filial, teniendo en cuenta la ausencia total de comunicación paterna/filial. Esa resolución es apelada por la madre del niño.

El xx/xx/2011 el padre del niño inicia una medida solicitando el restablecimiento inmediato de la comunicación con su hijo. Refiere que desde que se ordenó el reintegro del pequeño con su madre, esta ha impedido la comunicación de manera autoritaria, inmoral y desconociendo las necesidades de su hijo.

El juez ordena la revinculación inmediata y obligatoria entre el niño y su padre. Impone además a la madre la obligación de cumplir con el régimen de visitas bajo apercibimiento de disponer las sanciones que pudieran corresponder.

Esa resolución es apelada por la Sra. F. y la Cámara de Apelaciones de Familia hace lugar en forma parcial a los recursos de apelación interpuestos. En consecuencia, no hace lugar, momentáneamente, al pedido de revinculación inmediata y dispone que ambos progenitores y su hijo realicen terapia familiar bajo mandato, en una institución a designar, a exclusivo arbitrio judicial, con la modalidad y demás condiciones que oportunamente se fijen, en vista a una futura revinculación.

En contra de esta sentencia, la Sra. F. por sí y por su hijo interponen recursos extraordinarios ante esta Sede.

Los recursos interpuestos:

Señalan los recurrentes que la sentencia resulta violatoria de los derechos constitucionales de la madre y del niño, toda vez que se ha negado al menor de edad el derecho de ser escuchado; la Cámara no quiso oír a l. y obliga a la madre a someterse a un tratamiento con el progenitor, lo que resulta una violación emocional y psicológica. Agregan que la sentencia viola la ley de salud mental y salud pública, que consagran el principio de autonomía de la voluntad. Sostienen que la sentencia no ha considerado los antecedentes que vincularon a las partes ni ha considerado la patología del Sr. D. según los informes periciales. Agregan que la sentencia viola la Convención de los Derechos del Niño que impone atender al interés superior del mismo. Además, la sentencia impone una terapia familiar, sin fundamento legal alguno. Esta medida, donde no solo se obliga a Ignacio, sino también a su madre, es ejercer violencia sobre el niño a quien se lo obliga a reanudar un contacto con su padre a quien ha pedido no ver, insistentemente, dando razones para ello; y también violencia sobre su madre, quien también fue víctima del Sr. D. Agregan que la

sentencia se aparta de las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece la noción de capacidad progresiva, según la edad y grado de madurez de la persona. La madre de I. refiere que ella no niega a su hijo ver al padre, es el propio adolescente quien no quiere hacerlo.

Sostienen los recurrentes que la sentencia dictada ha interpretado erróneamente la Ley 26.061, omitiéndose el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Agregan que la sentencia contraviene la Convención de los Derechos del Niño. La sentencia no ha hecho una aplicación integral de la Ley 26061, sino solo parcial, restándole importancia al interés superior del niño.

Solución al caso:

Teniendo en cuenta las cuestiones fácticas y jurídicas comprometidas en la presente causa, razones de orden estrictamente metodológico aconsejan el tratamiento conjunto de los recursos interpuestos.

La cuestión a dilucidar en la presente causa consiste en determinar si resulta arbitraria o normativamente incorrecta la sentencia que ordena a los progenitores y a su hijo a realizar terapia familiar bajo mandato, en una institución a designar a exclusivo arbitrio judicial, en vista a una futura revinculación del niño con su padre.

Para resolver el tema planteado, conviene analizar los siguientes aspectos.

a) Aclaración preliminar. Código Civil y Comercial vigente:

Resulta esencial para la resolución de la presente causa, tener presente que a partir del primero de agosto de 2015, rige en nuestro país el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que trajo importantes modificaciones en distintas materias, entre ellas, respecto de la capacidad progresiva de los menores e incapaces, de su derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, derecho a decidir sobre su propio cuerpo, entre otros aspectos. Esta normativa repercute directamente en lo que debe decidirse en autos y resulta de aplicación inmediata a los procesos en trámite. (ver Kemelmajer de Carlucci, “Problemas Específicos de Aplicación de la Ley en el Tiempo”, pág 120 y ss.).

En consecuencia, aun cuando no pueda calificarse de arbitraria a la sentencia recurrida, la misma deberá, necesariamente, reconsiderarse a la luz de las disposiciones del Código Civil y Comercial vigente.

b) El interés superior del niño:

Tal como ya lo ha sostenido este Tribunal en reiteradas oportunidades, al momento de decidir cualquier asunto vinculado a un niño o joven, el único parámetro al que deben someterse los sentenciantes, es procurar atender el interés superior del niño (ver, entre otros, n.º 104.405, caratulada: “G. R., S. A. L. p. s. h. m. V. S. G. R. en J: 510/10/6F/35.838 DYNAF solicita medida conexas/Inc.”).

El art. 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Es decir, que cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito (CSJN, 13/03/2007, “A. F.”).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención, señala que “el interés superior del niño es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño y se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...”. Se ha afirmado así que “la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. (...) De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño”. (CSJN, 13/03/2007, “A. F.”).

La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, define en el art. 3 lo que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, señalándose como tal “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

Agrega el artículo citado que debe respetarse: “a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Actualmente, el nuevo Código Civil y Comercial también contempla este principio al disponer, en el art 706 inc c) que “la decisión que se dicte en un

proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”.

Conforme las normas citadas y el parámetro rector analizado, es que debe resolverse la presente causa para determinar cuál es el mejor interés para l.

c) El derecho del niño a ser oído y la autonomía progresiva de niños y adolescentes:

El art. 26 del CCyCN, en sus primeros párrafos, dispone que “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Respecto al derecho del niño a ser oído, este también se repite en el art. 707 CCyCN en cuanto establece que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

Al respecto, se aclara desde la doctrina que “no basta con oír al niño o adolescente en la entrevista, sino que es preciso escucharlo, entendida la escucha como una acción compleja que encierra muchas otras: observar, saber preguntar y distinguir lo manifiesto de lo latente. Ello posibilita que dé su opinión sobre los conflictos que lo afectan. Nótese también que escuchar su palabra es reconocerlo como sujeto de derechos y no como un objeto de protección. Y esta óptica permite observarlo de un modo no subalterno y no cualitativamente inferior a los adultos” (Código Civil y Comercial comentado, Lorenzetti, tomo IV, pág 578).

Ello no quiere decir que su opinión sea necesariamente vinculante para la decisión ni que deban aceptarse incondicionalmente sus deseos. Será el juez, quien deberá resolver, teniendo en cuenta su interés superior.

Este aspecto se vincula con la denominada autonomía o capacidad progresiva, en el sentido de que no es lo mismo la opinión de un adolescente de quince años, que la de un niño de escasa edad. Pertenecer a la categoría jurídica de “adolescentes” permite presumir que ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su intervención. En este nuevo diseño, cobra relevancia el concepto de “competencia”, que depende de la edad, pero muy especialmente de la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, el conflicto específico de que se trate, etc. Por eso, la competencia se adquiere gradualmente y está ligada, especialmente, al discernimiento y aptitud intelectual y volitiva de la persona (ver “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, cita *online* AR/DOC/3850/2015).

Señalan los autores que “el derecho a ser oído se emparenta con otro principio estructural de esta concepción, que es el reconocimiento de la capacidad progresiva (art. 5 Convención Derechos del Niño) el cual no hace más que reconocer una realidad incuestionable y es que, a mayor edad, mayor comprensión y mayor posibilidad de tomar decisiones de manera autónoma” (Del Mazo, Carlos Gabriel, “Revinculación de una adolescente con su progenitora. Derecho a ser oída y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta”, *DfyP* 2015, 04/11/2015, 94, cita *online* AR/DOC/3471/2015). En un caso reciente, que presenta ciertas similitudes con esta causa, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew (21/08/2015, “Asesoría de Familia e Incapaces s/medida de protección”), revoca la sentencia de primera instancia que obligaba a una menor de catorce años a tener contacto con su madre y dispuso, en contrario, que no se la obligará a ello hasta tanto no esté plenamente de acuerdo y finalicen las situaciones que puedan exponerla a peligro físico o malestar anímico, por aplicación del art. 26 del CcyCN y el principio del interés superior del niño.

Conforme con estos principios generales expuestos, debe analizarse la situación de I. para decidir si corresponde o no modificar la sentencia recurrida.

d) La solución en el caso concreto:

La importancia del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, ya ha sido puesta de relieve. También lo referido a la capacidad progresiva que ha sido receptada en nuestro nuevo Código Civil. Resta analizar entonces cómo aplicarlos en el caso concreto.

En tal sentido, se advierte que, al apelar la medida autosatisfactiva que impuso un régimen de visitas, la madre del menor, en su nombre, pidió una audiencia a los fines de que I. sea oído en presencia de la Sra. Asesora de Menores. El Tribunal de Cámara consideró innecesaria dicha audiencia, atento a que un año antes ya había sido escuchado.

Esta negativa fue una de las razones que motivó a este Tribunal a abrir la instancia extraordinaria. Tanto fue así que, aún antes de resolver sobre la admisión formal de los recursos extraordinarios, se citó a I. a una audiencia a fin de ser escuchado por el Tribunal (ver fs. 32).

En tal audiencia, nos encontramos con un joven de casi quince años (hoy cercano a cumplir 16), con sus ideas y conceptos bien claros y definidos; que pudo comprender y responder cada uno de los planteos que se le efectuaron; y que fue claro y determinante a la hora de manifestar que se opone al régimen de visitas que ha sido fijado, así como también a cumplir con la terapia familiar impuesta, sosteniendo enfáticamente que no desea tener contacto con su padre.

Asimismo, a fs. 85 obra copia de una audiencia celebrada ante la Sra. Asesora de Menores en donde el joven insiste en su deseo de no ver a su papá ni a su abuela.

Entiendo que, a la luz del derecho del niño a ser oído ya analizado, la negativa de I. no puede ser soslayada por los Tribunales a la hora de resolver. No se trata de un niño pequeño que difícilmente comprenda la trascendencia de

las cuestiones en juego. Por el contrario, próximo a cumplir 16 años, posee la capacidad y el grado de madurez suficientes, para decidir aspectos importantes de su vida, entre ellos, el sometimiento a un tratamiento familiar bajo mandato. Piénsese que, conforme lo dispone el art. 26 CcyCN, “a partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. Resulta difícil entonces aceptar como factible la posibilidad de imponer a un adolescente de esa edad una terapia familiar bajo mandato. Su negativa, aun cuando pueda haber sido originada por influencias desfavorables de los adultos a su cargo, hoy luce autónoma y autosuficiente, por lo que debe respetarse y aceptarse. Ha dicho al respecto nuestra Corte Federal que “el estrechamiento de las relaciones familiares y la necesidad que tienen los hijos de mantener una vinculación permanente con ambos padres, son cánones unánimemente aceptados. También lo es que, *prima facie*, deberían favorecerse las medidas que contribuyan a subsanar la deficiencia que se presenta, en la asiduidad del trato, respecto de quien no ejerce la custodia, a raíz de la falta de convivencia. Pero ello así, en tanto y en cuanto no medien circunstancias cuya seriedad imponga otro proceder” (CSJN, G., M. S. c. J. V., L., 26/10/2010; fallos: 333:2017).

En el caso, tales circunstancias estarían dadas por la tajante negativa del joven de someterse a terapia familiar alguna y a tener contacto con su padre. Advierto que someter hoy a I. a una terapia y a un régimen de comunicación con su padre, teniendo en cuenta su firme oposición, importaría desconocer el estado de angustia y perturbación que ello le provoca, vulnerando la protección de su interés superior. Es el interés del niño el que debe primar por sobre el de los adultos involucrados.

Estoy convencido de que, en otras circunstancias, no hubiese resuelto de este modo y hubiese intentado, por todos los medios a mi alcance, lograr una revinculación entre el padre y su niño. Pero en esta triste historia, el odio entre los padres ha sido tan radical que han causado en I. un daño de muy difícil abordaje desde el punto de vista de la justicia reparadora. El derecho se encuentra prácticamente impotente frente a un caso así. No hay modo razonable de imponer a I. que acepte a su padre. No hay terapia a la que pueda obligárselo a asistir, porque ya se ha intentado todo y siempre con resultados negativos. Lamentablemente, los padres de I. no tuvieron el amor ni la generosidad suficiente hacia su hijo como para enseñarle a amar, aceptar y respetar a toda su familia; como para permitirle crecer con el amor de los dos y de toda su familia extensa, en un ambiente de vínculos saludables. Solo le enseñaron que, mientras estaba con uno de ellos, debía odiar al otro; debía mentir en contra del otro; inventar situaciones para perjudicar al que le convenía en ese momento. Y luego, de un momento para otro, cambiar la versión de los hechos, desdeirse de todo lo dicho y hecho antes en contra de uno, para comenzar a repudiar y rechazar al otro.

Todo ello, frente a la mirada atónita de jueces y asesores de menores que difícilmente podían dar crédito a tanta manipulación de los padres sobre un niño pequeño. Nada puede reprocharse a los jueces, funcionarios o demás auxiliares

intervinientes. La justicia adoptó un rol muy activo para intentar acercar a las partes. El insumo de recursos por parte del Poder Judicial ha sido enorme (llevar y traer al niño varias veces por semana durante varios meses; encuentros en la guardería; profesionales del CAI y externos que atendieron al niño, a sus padres, en forma individual, luego conjunta, etc., en un proceso que lleva muchos años). Lamentablemente nada sirvió. El tiempo fue pasando y el daño se enraizó cada vez más.

Hoy hay más opciones que la de respetar la voluntad de I. Ha manifestado que no quiere ser más citado a los juzgados, que no quiere hacer terapia de tipo alguno, que quiere que se lo deje hacer su vida como un adolescente normal (fs. 85). Incluso se le asignó un abogado que lo represente y su negativa se mantuvo (fs. 77/78). Resta solo esperar que el tiempo pueda curar tantas heridas. Conservo la esperanza de que, algún día, I. quiera darle otra oportunidad a su padre. También espero que sus padres logren finalmente madurar, dejen de ver a su hijo como un objeto de disputa y le permitan construir a futuro una historia familiar sana, en la cual haya lugar para sus dos progenitores, sin que se encuentre obligado a optar siempre por uno de ellos. La decisión que aquí se adopta, ha sido de algún modo anticipada por el padre de I., quien manifiesta que no va a insistir más en estos intentos de revinculación bajo estas condiciones, en procura del bienestar de su hijo y esperar que siga creciendo y adquiera cierta autonomía respecto a su madre. Esta actitud colaborativa del padre tal vez ayude a I. en su proceso interno de revinculación filial.

e) Conclusiones:

En virtud de todo lo expuesto, corresponde revocar la sentencia recurrida, dejar sin efecto la terapia familiar bajo mandato que fue dispuesta en la sentencia recurrida y, en su lugar, rechazar el pedido de revinculación paterno filial peticionado por el actor en los autos n.º xxx/10 y xxx/11, mientras persista la negativa de I.

Dres. Alejandro Pérez Hualde, Jorge Nanclares y Julio Gómez.

5. Actividad práctica

Formar grupos de cuatro personas como máximo y leer el fragmento del fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. A fin de resguardar los derechos del niño, se modifican los datos que puedan individualizarlo.

a) Elaborar en grupo un documento que responda a las siguientes consignas.

b) Determinar cuáles son los hechos que dan inicio al conflicto judicial:

- *¿Cuál fue la decisión que tomó el juez de primera instancia?*
- *¿Por qué motivos se apeló dicha decisión?*
- *¿Cuál fue la decisión de la Cámara de Apelaciones?*

- *¿Por qué motivos se presentó un recurso extraordinario ante la SCJ Mendoza?*
- *¿La SCJ Mendoza escuchó al adolescente?*
- *¿Qué normativa aplican los jueces de la SCJ Mendoza?*
- *¿Qué conceptos que se les enseñaron en la clase son citados en el fallo?*
- *¿Cuál fue la decisión que tomó la SCJ Mendoza?*
- *Enumerar tres fundamentos relevantes en la justificación del decisorio.*

CAPÍTULO VI

INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA

M. ROBERTA SIMONE BERGAMASCHI

1. Introducción

Para dar inicio al presente trabajo creemos ineludible efectuar algunas consideraciones previas, teniendo en cuenta la inserción de esta asignatura dentro del Proyecto de Capacitación en Razonamiento y Decisión Judicial para el cuerpo docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Como parte del equipo capacitador, pero principalmente como docente con varios años de desempeño como Jefa de trabajos prácticos en la cátedra II de Introducción a la Filosofía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, asumimos la presente propuesta como una instancia de aprendizaje bidireccional. Es decir, como una posibilidad certera de acercar la temática del razonamiento y la argumentación judicial a nuestros queridos estudiantes desde los albores de su formación de grado, como asimismo como un desafío personal de puesta en ejecución de estrategias pedagógicas encaminadas a la formación específica en prácticas discursivas y argumentativas propias de la labor del operador jurídico.

Por tanto, consideramos ineludible encuadrar la propuesta que efectuaremos en el marco de nuestro espacio curricular (Introducción a la Filosofía), pero dentro de la contextualización ineludible que le cabe en la currícula de la carrera de Abogacía, y, por consiguiente, con miras a la formación general e interdisciplinaria que cimienta y nutre la matriz profesional específica de nuestros futuros abogados.

Planteadas así las cosas, estimamos que no debe desdeñarse en nuestros espacios curriculares de base la presencia de actividades que tiendan a enlazar las conceptualizaciones y categorías generales que son propias de la formación filosófica, con herramientas y ejemplificaciones provenientes del quehacer profesional propiamente dicho. Es justamente esta articulación imprescindible entre teoría y práctica la que concreta en los hechos el forma-

to teórico-aplicado de nuestro espacio curricular, brindando al estudiante la posibilidad certera de verter y concretar en actividades procedimentales los contenidos teóricos adquiridos en el estudio de la asignatura.

Así las cosas, la propuesta pedagógica que ofreceremos en los acápites siguientes se estructura sobre la base del análisis de una resolución judicial de nuestro máximo tribunal provincial (SCJ Mendoza, “La Segunda ART SA en J: 44.858 “González, Rosana Graciela c/La Segunda ART SA p/ accidente” S/ INC. CAS”, 21/06/2016, autos n.º 112.833), con miras a que el estudiante de primer año de la carrera de Abogacía pueda tomar sus primeros contactos con la fundamentación sentencial, pero desde la primera y más elemental perspectiva: el análisis lógico-formal de la resolución judicial.

El sustento teórico de esta propuesta de trabajo finca en los contenidos que componen la Unidad VII (titulada “Lenguaje, lógica y argumentación”) del Programa 2017 de la asignatura, que habilita fuertemente el desenlace en un trabajo que tenga en miras la procedimentalización de los mismos a través de actividades crítico-reflexivas que sitúen al educando en el contexto que le va a ser propio en su labor profesional futura.

Por tanto, creemos que la actividad que propondremos debe ser precedida de una somera inmersión teórica en el tema del denominado “control de logicidad”, con miras a brindar herramientas conceptuales que, ancladas en las más generales que se brindan en el desarrollo de la bolilla mencionada, permitan al alumno efectuar las correlaciones y el ensamble de conceptos en vistas a analizar con juicio crítico el *casus*. Asimismo, es ineludible tomar en consideración el hecho de que estamos ante alumnos recién iniciados, que están dando sus primeros pasos en el complejo mundo del conocimiento jurídico y que, por tanto, no cuentan aún con marcos conceptuales técnicos, sino que más bien abordan las problemáticas que se les plantean desde la perspectiva del neófito y del ciudadano común que comprende lo jurídico desde lo vivencial, careciendo de andamiajes teóricos que aún no ha adquirido.

Luego, deviene ineludible una introducción mínima en la temática específica, por lo que entendemos que la actividad debería desplegarse por lo menos en el marco de una clase que insuma una carga horaria equivalente a un módulo y medio, previa lectura en profundidad del material bibliográfico sugerido. La primera hora cátedra serviría para introducir las nociones conceptuales, dispensando el resto del tiempo previsto para el estudio concienzudo del caso y el análisis del discurrir sentencial, mediado por la propuesta pedagógica que involucran las consignas y preguntas reflexivas propuestas por el docente. Asimismo, deviene ineludible la participación de los estudiantes en una dinámica de intercambio dialéctico, donde los alumnos puedan dialogar con el docente a través de un proceso fluido.

La propuesta que desarrollaremos a continuación persigue ofrecer al estudiante un recurso pedagógico para desbrozar, desde una perspectiva procedimental

y práctica, las nociones y conceptos estudiados a lo largo del cursado de la asignatura, procurando el despliegue de las competencias y destrezas que fomentan los objetivos de nuestro espacio curricular.

A ello, pues, nos encaminamos.

2. Algunas precisiones previas

Complementando lo manifestado en el párrafo anterior, estimamos que a través de esta propuesta de cierre de la última unidad del programa de la asignatura, tenemos una oportunidad certera de realizar una mediación pedagógica que posicione a los estudiantes para que puedan exponer ante el docente y ante sí mismos lo mejor de sus potencialidades.

El hecho de que estemos ante un área temática de cierre potencia la posibilidad de reflexión del tránsito realizado a lo largo del programa. Asimismo, les permite, luego de haber abordado distintas etapas del pensamiento filosófico y las ideas centrales de las corrientes y autores con particular referencia a sus posibles vinculaciones con el mundo del derecho, inmiscuirse de lleno en el análisis de un material jurídico por excelencia (una sentencia) para verificar la praxis discursivo-argumentativa involucrada desde una particular perspectiva: la del estudio lógico-formal del mismo.

Por tanto, estimamos que se trata de una oportunidad inigualable (dentro de una asignatura fuertemente teórica y con niveles de abstracción muy elevados) el poder analizar una resolución judicial desde una perspectiva que privilegie el análisis de los componentes lógicos del discurrir jurisprudencial. No es descabellado suponer que muy probablemente nuestros alumnos han anhelado desde su ingreso a la facultad de Derecho encontrarse prontamente con análisis de casos y resoluciones judiciales. Empero, lo cierto es que el primer año de la carrera los sorprende con un campo de formación general e interdisciplinaria muy vasto, pero que difícilmente pueda satisfacer la ansiedad de un novato que añora zambullirse rápidamente en contenidos eminentemente jurídicos.

Además, estamos persuadidos de que la mediación que realicemos en esta experiencia nos permitirá acercarnos al alumno para acompañarlo a través de prácticas de aprendizaje que se orientarán a educarlo para la incertidumbre, pues le propondremos el reto de trasladar esta experiencia hacia el futuro, con miras a que siempre, y previo a entrar en el estudio de fondo de cualquier resolución judicial, pueda ingresar en el análisis lógico del íter argumental.

También les brindaremos la oportunidad de significar la actividad, educándolos para la significación de estos espacios de aprendizaje, de manera que puedan comprender el sentido del estudio de la temática propuesta, a través de la incorporación de la propia vivencia de una experiencia de aprendizaje relevante.

Deseamos que, asimismo, contemplen que están siendo educados para expresarse adecuadamente: con corrección, argumentando y brindando respuestas comprensibles y acordes a lo que se les solicita. Luego, también apostamos a que, a través de las actividades pedagógicas propuestas, tengan oportunidad de abarcar en sí mismos aunque más no sea un poco de la complejidad del fenómeno jurídico.

Finalmente, propiciaremos un aprendizaje que tenga en cuenta instancias de aprendizaje donde el alumno tenga la posibilidad de aprender consigo mismo, con el grupo, con los materiales, con los docentes y con el contexto, en cuanto las actividades propuestas buscarán que el estudiante se sumerja interactivamente en todos esos espacios de aprendizaje.

3. Objetivos

Tomando como punto de partida obligado los objetivos generales⁽¹⁾ que se proponen en el espacio curricular de Introducción a la Filosofía, nos detendremos en aquellos objetivos específicos que anhelamos que nuestros estudiantes de primer año puedan alcanzar a través de esta propuesta pedagógica.

En consecuencia, pasamos a enumerar sucintamente los mismos:

- *Analizar y distinguir los elementos estructurales de una resolución judicial, y en particular de una sentencia de la Corte.*
- *Comprender y comenzar a aprehender el léxico que es propio del ámbito forense.*
- *Distinguir los principios o axiomas lógicos involucrados y puestos en cuestión en el fallo analizado.*
- *Descubrir y analizar los argumentos brindados por nuestra Suprema Corte provincial para descalificar una resolución de un tribunal inferior por defectos en la estructura lógica.*
- *Comprender incipientemente la importancia del denominado “control de logicidad” como parte integrante del más amplio “control de constitucionalidad”.*
- *Relacionar fundadamente los contenidos teóricos apropiados en el decurso de la Unidad VII con la actividad teórico-práctica involucrada en la presente propuesta pedagógica.*
- *Predecir la incidencia de la necesidad de rigor lógico y claridad conceptual en el desenvolvimiento de la actividad profesional futura.*

(1) Los objetivos generales del espacio curricular bajo análisis son los siguientes: 1) identificar las principales teorías filosóficas y su relación con las regiones del conocimiento jurídico; 2) reconocer las implicancias jurídicas de las corrientes filosóficas en los distintos periodos históricos.

4. Competencias a trabajar en la clase

Teniendo en consideración el enfoque por competencias que involucra el diseño curricular de nuestro plan de estudios actual, deviene ineludible concentrarnos en las habilidades, destrezas y actitudes específicas que anhelamos que nuestros alumnos adquieran y desenvuelvan a través del desarrollo de la propuesta pedagógica. Por ende, es nuestra aspiración principal que el estudiante pueda, luego de la realización de la actividad, autoperibirse como un sujeto transformado a la vez que transformador de la realidad. Justamente, en esa autopercepción como agente realizador reside el desafío de una propuesta educativa que conciba al educando como un sujeto capaz de sintetizar e integrar en sí mismo capacidades, talentos, conocimientos, aptitudes y actitudes para la acción.

Así, aspiramos que la presente propuesta pedagógica pueda estimular que el estudiante:

- *Analice y distinga solventemente los elementos estructurales de una resolución judicial, y en particular de una sentencia de Corte.*
- *Comprenda y aplique el léxico que es propio del ámbito forense.*
- *Distinga los principios o axiomas lógicos involucrados y puestos en cuestión en el fallo analizado.*
- *Analice satisfactoriamente la estructura lógica de los argumentos de una resolución de la Suprema Corte provincial.*
- *Comprenda la importancia del denominado “control de logicidad” como parte integrante del más amplio “control de constitucionalidad”.*
- *Relacione fundadamente los contenidos teóricos apropiados en el decurso de la Unidad VII con la actividad teórico-práctica involucrada en la presente propuesta pedagógica.*
- *Prediga la incidencia de la necesidad de rigor lógico y claridad conceptual en el desenvolvimiento de la actividad profesional futura.*

5. Presentación del caso

SCJ Mendoza, Sala II, “La Segunda ART SA en J: 44.858\González, Rosana Graciela c/La Segunda ART SA p/ Accidente\’ (44858) s/ Inc. Cas. p/ Rec. Ext. de Insconstit.-Casación”, 21/06/2016

En la Ciudad de Mendoza, a los veintiún días del mes de junio de dos mil dieciséis, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva en la causa n.º 112.833, caratulada: “La Segunda ART SA en J: 44.858\González, Rosana Graciela c/La Segunda ART SA p/ Accidente\” (44858) s/ Inc. Cas. p/ Rec.Ext. de Insconstit.-Casación.

De conformidad con lo establecido en los arts. 140 y 141 del CPC y Acordada n.º 5845, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: DR. Mario Daniel Adaro; segundo: Dr. Herman A. Salvini; tercero: Dr. Omar Alejandro Palermo.

Antecedentes:

A fs. 21/30 vta., La Segunda ART SA, por medio de representante, interpuso recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación contra la sentencia dictada a fs. 208/214 vta. de los autos n.º 44.858, caratulados: “González, Rosana Graciela c/ La Segunda ART SA p/ accidente”, originarios de la Excm. Cámara Primera del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial.

A fs. 40 y vta. se admitió formalmente los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos, y se ordenó correr traslado a la contraria, quien contestó a fs. 43/60 vta.

A fs. 96/98 se agregó el dictamen del Sr. Procurador General, quien por las razones que expuso, entendió que correspondía rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora.

A fs. 103 se llamó al Acuerdo para sentencia y se dejó constancia del orden de estudio por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión el DR. Mario Daniel Adaro, dijo:

I. La sentencia de grado hizo lugar a la demanda y reconoció que a consecuencia de las tareas desarrolladas por Rosana Graciela González, padece una minusvalía laboral parcial y definitiva del 12,1% de la TO, en consecuencia se condenó a La Segunda A.R.T. SA a pagar a la actora la suma de \$59.890,96, con más sus intereses y costas

Para así decidir sostuvo:

1. La pericia médica dictaminó que la hernia discal que padecía la actora y que fue objeto de una cirugía, no guardaba nexo causal con el accidente, pues la caída de la actora no habría tenido la magnitud o entidad suficiente para producir esa patología.

2. Pero, dicho informe médico, al efectuar las “Consideraciones médico legales. Conclusiones” describió como causal de la dolencia “las tareas desarrolladas durante la jornada laboral durante varios años y en reiteradas

posturas (antifisiológicas) y actitudes inadecuadas al levantar objeto pesados con flexoentensión de la columna”.

3. El dictamen médico guardaba suficiente rigor científico para ser acatado por el Tribunal, en cuanto que la patología si bien no guardaba nexo causal con el accidente de trabajo sufrido, en cambio sí lo tiene con las tareas que realizara la actora como celadora-maestranza del jardín maternal.

4. Aplicando el principio *iura novit curia*, se consideró que existió adecuado nexo causal entre la patología de columna y las tareas desarrolladas por la trabajadora, como celadora y maestranza en un jardín maternal, y que, como describió la actora y la testigo compañera de trabajo Aldana Zapata: “limpiar las instalaciones, trapeo de pisos, limpiar paredes, sanitarios, trasladar mobiliario, como por ejemplo escritorios, mesas, sillas y elementos de limpieza...”.

5. La actora padecía de una enfermedad profesional contemplada en el Decreto 658/96 modificado por el Decreto 49/2014, cuando se trató de actividades laborales que, como en el caso, “requería de “movimientos repetitivos y/o posiciones forzadas de la columna vertebral lumbosacra que en su desarrollo requería levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados”.

6. Al conceptualizar la “primera manifestación invalidante”, se tuvo en cuenta que no hubo intervención de la ART en el tratamiento de la dolencia denunciada, ni tampoco de la Comisión Médica, cuyo dictamen podría haber dado una referencia cronológica concreta de conocimiento de la incapacidad a la trabajadora.

7. Por lo que consideró que la actora tomó conocimiento de las dolencias incapacitantes a partir del accidente sufrido y como consecuencia del cual se le practicó estudios médicos en la columna lumbosacra, es decir, a partir del 28-05-98 -fecha de la primera manifestación invalidante-, estando vigente el contrato de afiliación existente entre la empleadora y la demandada.

II. Contra dicha decisión, Consolidar ART SA., por intermedio de representante, interpuso recursos de inconstitucionalidad y casación.

1. La queja de inconstitucionalidad se funda en los incs. 1, 3 y 4 del art. 150 CPC en base a los siguientes fundamentos:

a) Arbitrariedad por violación del derecho de defensa, por haber valorado erróneamente la prueba, toda vez que -a criterio de la recurrente-, la actora tomó conocimiento de su incapacidad y del grado de la misma con el certificado médico de fs. 6, de fecha 4/10/10 y por lo tanto el contrato con su mandante no se encontraba vigente.

b) Contradicción en el análisis de la pericia médica y la testimonial, a los fines de tener por acreditada la relación de causalidad entre el evento dañoso y la dolencia reclamada.

c) Aplicación retroactiva de la ley 26.773, en violación del art. 31 CN y 2 y 3 CC.

2. El recurso de casación se funda en los incs. 1 y 2 del art. 159 CPC en base a los siguientes fundamentos:

a) Aplicación de normas que no correspondía, ley 26.773.

b) Omisión de aplicación de la ley 24.557.

III. Anticipo que el recurso de inconstitucionalidad prosperará.

1. La censurante se agravia, básicamente, al entender que el *a quo* ha incurrido en arbitrariedad, por haber condenado a su parte al pago de la indemnización a la actora, por incapacidad laboral, del orden del 12,1%, a pesar de haber valorado en forma errónea, tanto la pericia médica como las declaraciones testimoniales rendidas en la causa.

2. En definitiva, el agravio consiste en que, la condena impuesta a su parte se fundamenta en una sentencia dogmática, producto de haber incurrido en contradicción e incorrecta valoración de las ya mencionadas pruebas.

3. En primer lugar, es necesario recordar que, según se ha resuelto por este Cuerpo, dentro del concepto de inconstitucionalidad de la sentencia pronunciada en violación del derecho de defensa, la interpretación debe quedar limitada a las situaciones excepcionales de clara denegación del mentado derecho, o bien, cuando cabe asimilar la omisión arbitraria del examen de prueba fundamental, a la denegación de ofrecer y producir en el proceso una prueba decisiva y procedente, o por último, cuando la prueba es interpretada de tal modo que decida el contenido mismo de una disposición legal (LS 145-473, 146.231, 147,37, 152-175), ya que los otros supuestos de la llamada sentencia arbitraria tienen en el ordenamiento procesal otras vías para su corrección (LS 106A-18).

Por otra parte, para que sea acogible un recurso de inconstitucionalidad, fundado en la privación del derecho de defensa, es necesario que se trate de vicios de tal gravedad y consecuencia, que hagan imprescindible por razones de orden público, su reparación por la vía de ese recurso (LS 131-299, 157,24), de acuerdo con ello, no basta una enunciación genérica, sino que el motivo debe estar claramente explicitado y encuadrar en alguno de los tres supuestos de indefensión contenidos en la nota del art. 150 del CPC, vale decir, que el recurrente no ha sido oído, no se le ha dado oportunidad de ofrecer prueba –si esta fuera pertinente–, o se le han denegado los recursos procedentes (LS 154-304, 219-154, 230-471, 239-1, 241-95, 262-270, 270-36).

4. Aplicando estos principios al caso de autos, se observa que el inferior condenó a la ART, sin fundamentar debidamente su postura.

a) En efecto, de la lectura del *dictum* impugnado, fácilmente se advierte la grave contradicción en que ha incurrido el *a quo*, al analizar la prueba, concretamente, la pericia médica de fs. 102/104 vta. y 113 y vta. y las declaraciones testimoniales rendidas durante la audiencia de vista de causa.

b) Así, al tratar la existencia del evento dañoso, dijo “... Especialmente a través de la testimonial rendida por Aldana Zapata, quien fuera compañera de trabajo de la actora y de las constancias del acta de la directora del Jardín Maternal municipal “Rinconcito de Luz”, ha quedado debidamente acreditada la existencia del accidente ocurrido mientras la actora cumplía sus tareas de celadora: que al treparse a un estante para retirar una caja, cae al piso desde una altura aproximada de metro...” (ver fs. 210 de los fundamentos).

c) Luego, al referirse a la existencia del daño indemnizable, el inferior primeramente consideró que “... La pericia médica rendida en estos obrados, dictamina que la hernia discal que padece la actora y que fue objeto de una cirugía, no guarda nexos causales con el accidente que ella relata haber sufrido pues la caída de la actora no habría tenido la magnitud o entidad suficientes para producir esa patología. Pero, el informe médico, al efectuar las “Consideraciones medicolegales. Conclusiones describe como causal de la dolencia “las tareas desarrolladas durante la jornada laboral durante varios años y en reiteradas posturas (antifisiológicas) y actitudes inadecuadas al levantar objeto pesado con flexoextensión de la columna”.

“El tribunal estima que el dictamen médico guarda suficiente rigor científico para ser acatado por el Tribunal, en cuanto que la patología si bien no guarda nexos causales con el accidente de trabajo sufrido, en cambio sí lo tiene las tareas que realizara la actora como celadora-maestranza del jardín maternal.

Haciendo aplicación del principio *iura novit curia* considero que existe adecuado nexo causal entre la patología de columna y las tareas desarrolladas por la trabajadora, como celadora y maestranza en un jardín maternal, y que, como describe al actora en su escrito de demanda y, como también lo ha descrito la testigo compañera de trabajo, Aldana Zapata: “limpiar las instalaciones, trapeo de pisos, limpiar paredes, sanitarios, trasladar mobiliario, como por ejemplo escritorios mesas, sillas y elementos de limpieza... Lo expuesto me lleva pues a la conclusión que la actora padece de una enfermedad profesional” (ver fs. 210 y vta. de los fundamentos).

d) Sin embargo, de las expresiones vertidas más adelante en la sentencia, al referirse al contrato de afiliación entre la ART y la empleadora, más precisamente al establecer la fecha de la “primera manifestación invalidante”, desarrolló una conclusión totalmente opuesta a la anterior al expresar que “... La actora toma conocimiento cierto de las dolencias que la incapacitan a partir del accidente sufrido y como consecuencia del cual se le practicaron estudios médicos en la columna lumbosacra, es decir, a partir del 28-05-09...” (ver fs. 211 de los fundamentos).

e) Finalmente, al establecer el cálculo de la indemnización, lo hizo teniendo en cuenta “... la fecha del accidente como primera manifestación invalidante...” (ver fs. 211 vta. de los fundamentos).

5. Del análisis efectuado surge evidente la contradicción interna –y a la postre dogmatismo–, de que adolecen los fundamentos brindados por el inferior, lo que torna procedente los agravios expresados.

En efecto, obsérvese que el *a quo* toma como fecha de la primera manifestación invalidante, y además fecha de cálculo de la correspondiente indemnización, la del accidente sufrido por la accionante, 28-05-09, el mismo que en párrafos anteriores, considera que no guarda nexo causal con las patologías reclamadas por la actora, para luego afirmar, que en realidad el reclamo se trata de una enfermedad accidente desarrollada a partir de sus tareas laborales.

6. Lo afirmado es conteste con la jurisprudencia según la cual la arbitrariedad, se configura cuando se afirma y se rechaza a la vez un hecho relevante para la solución del caso, o porque niega en la conclusión lo que necesariamente se sigue de los fundamentos normativos o fácticos. Es condición de validez de los fallos que sean derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa, por lo que son descalificables por arbitrariedad aquellos que contengan una contradicción tal que los haga ininteligibles (LS 232-452, 465-145).

7. A todo lo expresado anteriormente, cabe sumar como motivo de censura, la arbitrariedad en la valoración de la testimonial de Aldana Ludmila Zapata, rendida durante la audiencia de vista de causa.

a) Aclaro que la revisión de dicho medio de prueba, resulta imposible en esta instancia extraordinaria, debido a la inmediación que conlleva aquel acto procesal. Motivo por el cual, solo son susceptibles de tal tarea, las constancias escritas de tal declaración, contenidas en los considerandos de la sentencia puesta en crisis.

b) De acuerdo con el *dictum*, dicha testigo estaba el 28-05-09 cuando la actora tuvo el accidente, ya que se encontraba trabajando junto a ella, que una maestra pidió a la accionante que le bajara una caja de disfraces de una despensa, que al no haber escaleras fue trepando los estantes, se cayó a los gritos y no se podía parar del dolor, que la actora le había dicho que el accidente le había dejado lesiones en la columna y que después del siniestro no volvió a trabajar.

c) Sin embargo, respecto de esta testimonial, y sin hacer referencia alguna a estas expresiones, el inferior estableció que el nexo causal no estaba dado por el accidente sufrido el día 28-05-09, sino respecto de las tareas relatadas en la demanda por la actora, como celadora y maestranza, coincidentes con lo descripto por la testigo en cuestión: “limpiar las instalaciones, trapeo de pisos, limpiar paredes, sanitarios, trasladar mobiliario, como por ejemplo escritorios mesas, sillas y elementos de limpieza” (ver fs. 210 vta. de los fundamentos).

8. Por ello y en aras de la investigación de la verdad real de la situación conflictiva ventilada en autos, estimo pertinente un nuevo análisis de las declaraciones testimoniales, a cargo del juez subrogante, conforme se decide en la segunda cuestión de la presente.

9. Atento que la admisión de estos agravios supone la existencia de arbitrariedad en la sentencia recurrida, lo que de por sí resulta suficiente para acarrear la nulidad de la misma, entiendo que carece de objeto abordar el tratamiento del resto de las quejas planteadas por la recurrente.

10. En cuanto al recurso de casación planteado conjuntamente, y atento lo precedentemente resuelto, entiendo debe ser sobreseído, sin costas.

11. La solución que propongo resulta procedente, desde que es criterio reiterado y pacífico que, si bien se han interpuesto conjuntamente los remedios extraordinarios de inconstitucionalidad y casación, esta Sala II tiene sentado el criterio de la facultad de elegir el recurso apto o idóneo y el motivo de agravio que mejor posibilite la solución del caso concreto (LS 183-188, 202-1, 284-252, 334-39, 335-13, 336-38, entre otros).

IV. En definitiva, el recurso de inconstitucionalidad se admite y se sobreesee el de casación, sin costas.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. Herman A. Salvini, adhiere por los fundamentos al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión el Dr. Mario Daniel Adaro, dijo:

V. De conformidad al resultado a que se arriba en la cuestión anterior haciendo lugar a los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad, corresponde por imperativo del art. 154 del CPC anular la resolución impugnada en sus considerandos y resolutivos, como así también los actos del procedimiento desde fs. 158 y vta. debiendo esta Corte avocarse a su resolución.

Sin embargo, la naturaleza de los actos que se anulan y la característica especial del procedimiento en el fuero laboral, hacen imposible reeditar tales actos en esta instancia. Por ello, y en salvaguarda de los derechos de defensa y debido proceso de las partes, corresponde reenviar la causa al subrogante legal a fin de que se sustancie nuevamente la misma desde fs. 158 y vta. y se dicte la correspondiente sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la primera cuestión de la presente.

En cuanto al recurso de casación planteado conjuntamente, y conforme lo precedentemente resuelto, el mismo se sobreesee, sin costas.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. Herman A. Salvini adhiere al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión el Dr. Mario Daniel Adaro, dijo:

VI. Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad a la recurrida vencida (arts. 148 y 36 del CPC).

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. Herman A. Salvini adhiere al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

Sentencia:

Mendoza, 21 de junio de 2016.

Y vistos:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

Resuelve:

1°) Admitir el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto a fs. 21/30 vta. de autos, anulando la sentencia obrante a fs. 208/214 vta. de los principales en sus considerandos y resolutivos, como así también los actos del procedimiento desde fs. 158 y vta. y ordenándose en consecuencia reenviar la causa al subrogante legal (Cámara Segunda del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial), a fin de que se sustancie nuevamente la causa desde fs. 158 y vta. y se dicte la correspondiente sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la primera cuestión de la presente.

2°) Imponer las costas de los recursos de inconstitucionalidad a la recurrida vencida (arts. 148 y 36 inc. I del CPC).

3°) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Diego A. Portabella, Jorge G. Portabella, Rafael D'Angelo Herrera y Sebastián Arancibia en los porcentajes respectivos del 1,44%, 4,8%, 0,5% y 0,5% por su actuación en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 21/30 vta., sobre lo que les corresponda percibir por su labor en la instancia de origen (arts. 2, 3, 13, 15 y 31 de la ley 3641 modificada por el Decreto Ley 1304/75).

4°) Sobreseer el recurso extraordinario de casación deducido.

5°) Líbrese cheque a la orden de La Segunda ART SA por la suma de \$1264 (pesos un mil doscientos sesenta y cuatro) con imputación a las boletas obrantes a fs. 3 y 7. Notifíquese.

Dr. Herman A. Salvini, Ministro - Dr. Mario Daniel Adaro, Ministro

Constancia: Se deja constancia que la presente resolución, no es suscripta por el Dr. Omar Alejandro Palermo por encontrarse en uso de su licencia (art. 88 apart. III del CPC). Secretaría, 21 de junio de 2016.

6. Actividad práctica

A continuación se expone la propuesta tal como se la formularíamos a nuestros estudiantes. Vamos a verla:

Consignas

¡Felicitaciones querido estudiante de primer año! Ya casi has llegado al final del recorrido que te hemos propuesto en el programa de estudio de nuestra asignatura.

Para nosotros ha sido una experiencia inolvidable porque hemos tenido la posibilidad de acompañarte en este proceso de aprendizaje continuo.

Sabemos que todavía resta camino por recorrer. Por esa razón te vamos a proponer que luego de escuchar con atención la clase teórica que los docentes te brindaremos, efectúes una serie de actividades en etapas que te ayuden a esclarecer el sentido y a reconsiderar el material bibliográfico con el que cuentas para el abordaje de esta unidad del programa, a la luz de una mirada que te posicione en tu futuro desempeño como profesional del derecho.

Para ello, iremos paso a paso, sugiriéndote que avances lentamente a través del itinerario que vamos a proponerte.

¿Vamos? ¿Nos acompañas?

a) Primeramente, y como estamos convencidos de que para avanzar sin tropezos necesitamos saber, te pediremos que leas con detenimiento:

- Primeramente, el material bibliográfico que hemos citado más arriba (tanto la bibliografía que es base de la unidad como la bibliografía sugerida).
- A continuación, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que te acompañamos, caratulada: “La Segunda ART SA en J: 44.858 ‘González, Rosana Graciela c/ La Segunda ART SA p/ Accidente’ s/ Inc. Cas.”, 21/06/2016, autos n.º 112.833.

Cuando hayas terminado, te pedimos que en aproximadamente tres párrafos, **sintéticos** con tus palabras, en qué consiste el llamado “control de logicidad” de las resoluciones judiciales, y además **expliques** su vinculación con el “control de constitucionalidad”.

Asimismo, y en párrafo aparte, te pedimos que **enumeres** los principios o axiomas lógicos que pueden eventualmente verse comprometidos durante el “control de logicidad” y **explícites sintéticamente** en qué consiste cada uno.

Sería muy enriquecedor para esta actividad que, luego de brindar tus explicaciones al respecto, compartieras con algún compañero/a las respuestas dadas, y expresararas sintéticamente si ambos han respondido semejantemente, si han tenido opiniones diferentes al respecto o si, con el intercambio de opiniones, has reformulado los conceptos e ideas vertidas.

b) En esta segunda parte de la práctica, te pedimos que avances en el análisis de la sentencia. Te pedimos que releas cuidadosamente la misma y que realices un cuadro sinóptico donde aparezcan distinguidas nítidamente las diferentes partes estructurales de la misma, con una breve síntesis explicativa de cada una de ellas. Asimismo, te pedimos que distingas las plataformas fáctica y normativa e intentes resumirlas sintéticamente al modo de premisas de un razonamiento silogístico.

Nuestra intención es que, a través de esta actividad, cuentes más adelante con un esquema que te facilite la visualización gráfica de los elementos estructurales que están presentes en una sentencia de Corte, y sobre todo que distingas el andamiaje normativo y fáctico de un caso.

c) Ya hemos llegado a la tercera parte de esta práctica. ¡Bravo! Te pedimos que vuelvas a releer con detenimiento la resolución judicial. A continuación, te pedimos que con la ayuda de ese cuadro sinóptico que elaboraste en la actividad anterior y con la sentencia en mano, respondas las siguientes preguntas, justificando siempre tu respuesta:

- ¿Cuál es el principio o axioma lógico objeto del análisis sentencial?
- ¿En qué argumentos de la resolución bajo revisión, el Ministro preopinante encuentra vulnerado ese principio o axioma?
- ¿Cuáles son los argumentos que brinda el Ministro preopinante para justificar su decisión? Enuméralos sintéticamente.
- ¿Cuál es la decisión final de la Corte?

d) Hasta aquí, estamos convencidos de que has demostrado a ciencia cierta cuánto **sabes hacer**. En esta última actividad te pediremos un paso más allá: deseamos que nos brindes una reflexión final donde nos expreses si crees que es importante la temática abordada en esta práctica de aprendizaje y por qué.

Asimismo, y como nos interesa que **sepas ser**, nos gustaría una **opinión de cierre** respecto de lo que consideras que has aprendido en esta asignatura a lo largo del cursado y en tal caso, qué incidencia crees que tendrá en el resto de tu formación profesional.

Ha sido un placer compartir contigo este viaje. Te auguramos muchos éxitos en el resto de tu aventura universitaria. ¡Gracias!

7. Bibliografía sugerida específicamente para esta práctica

Ghirardi, O. A. (Dr.). (2008). Aproximaciones al control de logicidad. *Diez Años* (1ª ed.). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 179-196 y 232-263.

SCJ Mendoza, “La Segunda ART SA en J: 44.858 ‘González, Rosana Graciela c/ La Segunda ART SA p/ Accidente’ s/ Inc. Cas.”, 21/06/2016, autos n.º 112.833

8. Conclusiones

Llegados a la etapa de cierre de nuestra propuesta pedagógica, anhelamos haber podido brindar a nuestros queridos estudiantes de primer año una selección de actividades que, a manera de puntapié, les sirva para como estímulo para comenzar a insertarse en las lides de la praxis futura que les deparará el ejercicio profesional.

Asimismo, y ya desde nuestro lugar como docentes, tomamos esta experiencia como una suerte de anclaje o modelo inspirador para la elaboración de los múltiples cambios que creemos que debemos ir introduciendo paulatinamente en nuestra práctica cotidiana, con una firme apuesta al redireccionamiento y a la resignificación de nuestra labor.

Luego, hemos tomado este espacio de diseño y reflexión pedagógica como un ámbito propicio que nos encamine para que todas nuestras prácticas futuras (o por lo menos la mayoría de ellas) se transformen en experiencias pedagógicas decisivas que acompañen a nuestros estudiantes en su formación integral, fomentando el desarrollo pleno de todas sus potencialidades, y en particular de las que se vinculan con la praxis argumental que tanto desplegarán en su vida profesional.

Estamos anhelantes de que nuestros estudiantes se enorgullezcan de todo lo que son capaces por sí mismos, a través de esta experiencia de acompañamiento y promoción del aprendizaje: **saber, saber hacer, saber ser.**

¡Brindamos por ello y a ello nos comprometemos!

CAPÍTULO VII

FILOSOFÍA DEL DERECHO

ELIANA DE ROSA

1. Introducción

La presente propuesta pedagógica tiene por objeto presentar la argumentación jurídica como una capacidad específica a desarrollar en los estudiantes universitarios durante el transcurso de la carrera de Abogacía.

Esta propuesta se enmarca en el contexto del cambio del plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, por el cual se adopta un nuevo enfoque pedagógico para encarar la carrera en cuestión: el enfoque por competencias. Según la oficina Internacional de Educación de la Unesco, “el concepto de competencia es el pilar del desarrollo curricular y el incentivo tras el proceso de cambio” (Unesco, Oficina Internacional de Educación, s/f). Se define como “el desarrollo de las capacidades complejas que permiten a los estudiantes pensar y actuar en diversos ámbitos (...) Consiste en la adquisición de conocimiento a través de la acción, resultado de una cultura de base sólida que puede ponerse en práctica y utilizarse para explicar qué es lo que está sucediendo” (Braslavsky & Acosta, 2016, p. 33).

En 1985, Chomsky sostuvo que “a partir de las teorías del lenguaje, se instaura y define el concepto **competencias** para la capacidad y disposición para el desempeño y la interpretación.⁽¹⁾ La educación basada en competencias (Holland, 1966-97) se centra en “necesidades y estilos de aprendizaje y potencialidades individuales para que el alumno llegue a utilizar con pericia las habilidades señaladas por el mundo laboral”.⁽²⁾

(1) Disponible en: <https://es.slideshare.net/201208/fundamentos-del-enfoque-por-competencias>

(2) Disponible en: <https://es.slideshare.net/201208/fundamentos-del-enfoque-por-competencias>

En consecuencia, es posible conceptualizar a la competencia como “el conjunto de conocimientos, habilidades y valores que convergen y permiten llevar a cabo un desempeño eficaz, es decir, que el alumno logre objetivos de manera eficiente y obtenga el efecto deseado en el tiempo estipulado y utilizando los mejores métodos y recursos para su realización”.⁽³⁾ En otras palabras, el enfoque por competencias tiene un carácter eminentemente pragmático, en el cual los conocimientos teóricos se encuentran subordinados a una finalidad principal: el desempeño (en este caso, el desempeño profesional). De ahí la propuesta de vincular el manejo de la teoría con la praxis, en la medida en que la misma es útil a los fines de aplicar el conocimiento a la construcción o desarrollo de alguna actividad.

1.1. Su fundamento en la carrera de Abogacía

Ciertamente, habiendo advertido que el modelo enciclopedista de acumulación de saberes que durante décadas se implementó en la casa de estudios en cuestión, y que orientó la formación de varias generaciones de jóvenes graduados, resultaba claramente insuficiente para el emprendimiento de la vida profesional, el nuevo plan de estudios se propone la formación de profesionales con un perfil muy específico. En efecto –sin restar importancia a la necesidad de formar en conocimientos teóricos– se advirtió que los jóvenes egresados de la carrera de Abogacía, tenían un grave falencia: el no estar capacitados para la praxis profesional concreta en la que habían sido formados desde el aspecto teórico.

Teniendo en cuenta que tanto el ejercicio de la abogacía como de la magistratura son profesiones eminentemente prácticas –sin que ello implique la necesidad de prescindir de la formación en saberes teóricos–, el nuevo plan de estudios se orienta a la capacitación en destrezas que son inherentes al ejercicio de la profesión de abogado como también a la magistratura.

En efecto, el perfil propuesto para el graduado universitario incluye una serie de capacidades (o competencias) a formar en los estudiantes, y que implican un cambio de paradigma en el abordaje del proceso de enseñanza-aprendizaje propio de la carrera. Estas competencias son:

- *Tener del derecho una visión global y orgánica a través del conocimiento de los principios que gobiernan las instituciones que integran las distintas disciplinas jurídicas y, por medio de él lograr la interpretación de los textos legales que la rigen. Esta competencia implica la asunción de una determinada concepción de fenómeno jurídico, la que ya no se identifica ni mucho menos puede reducirse a concebirlo en términos de conjunto de normas. Por el contrario, se tratará de una aproximación a la disciplina en cuestión que sea omnicomprendensiva de sus múltiples dimensiones e implicancias.*

(3) Disponible en: <https://es.slideshare.net/201208/fundamentos-del-enfoque-por-competencias>

- *Conocer la realidad sociocultural donde deberá actuar para propiciar soluciones jurídicas eficaces: esta competencia supone tener un conocimiento acabado del contexto social, económico y político dentro del cual se va a desenvolver el ejercicio de la profesión.*
- *Conocer las estructuras del poder político y a su vez la incidencia que estas tienen en la producción y aplicación de normas jurídicas. Esta capacidad implica la adquisición de un conocimiento pleno de los factores y circunstancias políticas, económicas y sociales que impulsan cambios en la legislación vigente.*
- *Juzgar objetivamente hechos y situaciones con implicancias jurídicas a los efectos de aportar criterios de solución expeditivos, prácticos y eficaces, idóneos para prevenir el litigio o para dirimirlo en el menor tiempo posible. Se trata de la adopción de una particular concepción ética del ejercicio de la profesión del abogado y del juez. En el caso del primero, se propone un modelo de abogado que no se condice con la imagen frecuente que se tiene del mismo en los ambientes laborales. Se trata de dejar a un lado la idea del abogado litigante (o productor de pleitos) y repensar la profesión desde el servicio al ciudadano, procurando brindar soluciones con celeridad, sin aumentar ni sobrecargar la litigiosidad del aparato estatal.*
- *Transferir conocimientos y técnicas jurídicas aprendidas a situaciones concretas.*
- *Aplicar conocimientos y técnicas jurídicas a la resolución de problemas que, por novedosos, carezcan de soluciones legales típicas. Estas dos competencias suponen el desarrollo de una destreza que permita al futuro la proyección y el manejo de los contenidos teóricos hacia situaciones de la realidad fáctica, debiendo esta destreza ser adquirida gradualmente durante el transcurso de la carrera.*
- *Orientar la prueba de modo pertinente, conducente y eficaz hacia la demostración de los hechos.*
- *Dominar la técnica del interrogatorio.*
- *Usar el lenguaje jurídico en forma oral y escrita con corrección, coherencia y adecuación, de modo de poder expresar el pensamiento con razonable capacidad de síntesis. Estas capacidades requieren la necesidad de que el estudiante tome conocimiento empírico (mediante técnicas pedagógicas concretas) de la forma en que se desenvuelven los procesos judiciales, con particular atención en aquellos actos que requieren del abogado el manejo de destrezas que impactan en el resultado definitivo del proceso, y que redundan en beneficio de sus clientes.*
- *Establecer relaciones interpersonales con empatía a fin de lograr una mejor comprensión de la situación a tratar para obtener una mejor solución.*
- *Distribuir eficiente y organizadamente el tiempo.*
- *Mantener la reserva que exige el secreto y la prudencia profesional.*

- *Tener una actitud ético profesional que, en función de su conocimiento del derecho y de la realidad circundante, le permita encontrar la solución más práctica y menos onerosa que sea jurídica, social y éticamente aceptada.*
- *Poner de manifiesto en la práctica procesal una actitud ética que deberá traducirse en la rigurosa observancia de los deberes de probidad y lealtad procesal: ser veraz en la exposición de los hechos, ser honesto con el cliente, el tribunal y la contraparte.*

Por último, las competencias aludidas suponen el desarrollo de una actitud ética en los estudiantes que les permita el ofrecimiento de un servicio profesional eficaz, responsable y honesto, con plena conciencia de los valores de la verdad y la justicia, a los cuales se debe orientar la profesión del abogado y del juez como auxiliares de la justicia.

1.2. La argumentación jurídica como competencia

De las competencias enumeradas en el nuevo plan de estudios, conviene destacar puntualmente dos de ellas para el desarrollo de la presente propuesta pedagógica, a saber:

- 1) *transferir conocimientos y técnicas jurídicas aprendidas a situaciones concretas;*
- 2) *aplicar conocimientos y técnicas jurídicas a la resolución de problemas que, por novedosos, carezcan de soluciones legales típicas.*

Estas dos competencias, formuladas genéricamente, son comprensivas de una serie de competencias específicas, entre las cuales bien se puede incluir la argumentación; esto, a su turno, supone una nueva reflexión y resignificación no solo del fenómeno jurídico en sí, sino también de la tarea de abogados y jueces. Por esta razón, se propone el desarrollo de esta competencia específicamente en el espacio curricular Filosofía del Derecho, atento al objeto propio de esta disciplina, que consiste una “función de intermediación entre los saberes jurídicos y las prácticas, aspirando a proporcionar una visión totalizadora del fenómeno jurídico, que cumpla tanto una función crítica (de supervisión de conceptos y métodos), como de orientación práctica (aunque sea solo en un sentido negativo: mostrando lo que no debe ser el derecho o como no deben construirse los saberes jurídicos)” (Atienza, 2001, p. 249).

No obstante, la filosofía del derecho, como saber teórico, no puede ignorar el aspecto eminentemente práctico en que consiste la praxis profesional de los operadores jurídicos. En consecuencia, el espacio curricular en cuestión debe poder proporcionar a los alumnos no solo la transmisión de contenidos teóricos sino también la instrucción de destrezas propias de esa praxis.

1.3. ¿Cómo enseñar a argumentar?

Para poder realizar un abordaje pedagógico de la argumentación como competencia a desarrollar en los estudiantes de derecho será menester diversas operaciones que permitan aprehender el objeto de estudio. A saber:

Conceptualización: en primer término, conceptualizar o definir la competencia en cuestión, en este caso, argumentar. Atienza define a la acción de argumentar como la operación o “actividad consistente en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar” (Atienza, 2001, p. 256). La conceptualización proporciona el marco de referencia que constituye el punto de partida en virtud del cual se podrá distinguir claramente el objeto de la operación de argumentar de otras operaciones.

Distinción de otras operaciones: fundamentalmente interesa diferenciar dos operaciones que intervienen en el proceso: 1) por un lado, la explicación que consiste en mostrar cuáles han sido las causas que motivaron una determinada decisión (en términos de factores causales); 2) por otro lado, está la justificación, que es la operación mediante la cual se ofrece “razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto” (Atienza, p. 254) de una determinada decisión. Ambas operaciones tienen lugar en el marco de una decisión judicial. Ahora bien, el razonamiento jurídico es un razonamiento eminentemente justificativo y constituye el objeto de la teoría de la argumentación jurídica como parte de la teoría del derecho.

Analizar las distintas concepciones de argumentación, identificando los rasgos distintivos de cada una de ellas. Resulta particularmente relevante contribuir a que el estudiante esté en condiciones de construir o elaborar, como así también de identificar razonamientos argumentativos de los tres tipos (formal, material y dialéctico).

Detección de falacias: es importante que, en el análisis o construcción de un razonamiento, el estudiante sea capaz de identificar falacias, esto es, malos argumentos que tienen apariencia de buenos. Interesa también estar en condiciones de poder advertir qué tipo de falacias adolece un determinado argumento, es decir, si se trata de falacias formales, materiales o dialécticas.

Identificación de casos difíciles: sostiene Atienza que es necesario distinguir entre casos fáciles y casos difíciles. En los primeros la justificación de las decisiones judiciales es “únicamente una cuestión de lógica, de lo que suele llamarse lógica interna o deductiva” (Atienza, p. 264), el llamado silogismo judicial que se caracteriza por la posibilidad de subsunción plena de los supuestos fácticos dentro de los géneros previstos normativamente.

Los casos difíciles son aquellos que suelen presentar problemas en la premisa normativa o bien en la premisa fáctica. Atienza distingue cuatro tipos de problemas según que estos afecten una u otra. Los problemas que pueden afectar la premisa normativa pueden ser: 1) problemas de relevancia: “cuando existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma o normas aplicable(s) al caso; o 2) problemas de interpretación: cuando existen dudas sobre cómo han de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable” (Atienza, p. 265).

A su turno, los problemas que pueden afectar la premisa fáctica son: “1) problemas de prueba: que se plantean cuando existen dudas sobre si ha tenido o

no lugar una determinado hecho; y 2) problemas de calificación: que surgen cuando las dudas se refieren a si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto, que se contiene en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma” (Atienza, 2001, p. 265).

Reconstrucción del entimema judicial: el entimema es el nombre que recibe un silogismo en el que se han suprimido algunas premisas o la conclusión por considerarse obvias e implícitas. Teniendo en cuenta que una sentencia es el resultado de un proceso de razonamiento argumentativo, que se inicia con el planteo de un problema y termina con una respuesta –solución– al mismo, el estudiante debe estar en condiciones de identificar las premisas que el juez ha tenido presentes para llegar a la conclusión a la que ha arribado en el caso concreto. No siempre las premisas que conducen a la conclusión se encuentran formuladas de forma explícita, por lo que el estudiante deberá estar en condiciones de identificar, además de las premisas explícitas, las implícitas también.

Para el desarrollo de esta competencia, se propone específicamente trabajar con un caso testigo:

Teniendo en cuenta que el espacio curricular es de carácter semestral, con una carga horaria de seis horas cátedra semanal, dividido en tres días de cursado, se propone el desarrollo de esta competencia durante 12 horas cátedra. Durante las mismas se deberá analizar el siguiente fallo:

CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires p/ acción de amparo”, 24/04/2012.

2. Objetivos

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, se fijan los siguientes objetivos a lograr para el desarrollo de la competencia de la argumentación:

- *Conceptualizar y delimitar la actividad argumentativa.*
- *Identificar y analizar las distintas concepciones del derecho, de sus tesis particulares y de las implicancias de las mismas en el desarrollo de la tarea argumentativa.*
- *Detectar e identificar los tipos de falacias.*
- *Reconocer problemas propios de casos difíciles.*
- *Reconstruir el entimema judicial.*

3. Competencias a trabajar en la clase

De los objetivos señalados, se deduce que las competencias específicas a desarrollar son las siguientes:

- *Reconocer la actividad propiamente argumentativa como justificativa, y diferenciarla de otras actividades como la explicativa.*

- *Comprender las implicancias que surgen de las distintas concepciones del derecho para la argumentación jurídica.*
- *Reconocer falacias argumentativas en cuanto argumentos incorrectos que revisten apariencia de correctos.*
- *Identificar situaciones difíciles en las que no sea posible la subsunción del supuesto de hecho dentro del esquema previsto en la norma.*
- *Ponderar, en las situaciones señaladas, una decisión.*
- *Reconstruir razonamientos judiciales, particularmente en aquellos casos en los cuales hay premisas implícitas.*

4. Presentación del caso

En el caso del fallo en cuestión –CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires p/ acción de amparo, 24 de abril de 2012–, se decide sobre la procedencia de un recurso de hecho interpuesto por una mujer en “situación de calle”, en nombre propio y en representación de su hijo, quien padece una encefalopatía crónica, a fin de que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (la demandada) cese en su conducta ilegítima; esta, al denegarle la inclusión en planes gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de su situación de calle, violaba los derechos fundamentales de protección a la salud y a la vivienda reconocidos en la Constitución local, en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en la materia, según el art. 75, inc. 22, CN.

La jueza en primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción de amparo, y la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia en primera instancia. La sentencia fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local, con fundamento en la interpretación de normas de la Constitución local, y reenvió la causa nuevamente a la Cámara para que dictara un nuevo fallo.

En respuesta a ese fallo, la actora interpuso recurso extraordinario federal, que fue denegado y que originó un recuso de queja que resuelve el fallo comentado. Los puntos 6 y 7 de la sentencia analizada establecen que:

... el alcance que el *a quo* otorgó al derecho constitucional a la vivienda digna y la validez del programa de subsidios de la Ciudad ya no podrán ser discutidos ante la Cámara, cuya intervención se limitará a aplicar los criterios fijados por el Superior Tribunal a las circunstancias fácticas de la causa.

7°) Que no se encuentra debatido que la actora y su hijo menor de edad son habitantes y residentes de la Ciudad de Buenos

Aires, y que su situación personal, económica y social no les permite, pese a sus razonables esfuerzos, procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral.

(...)

En nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social que “tendrá carácter de integral e irrenunciable” y en especial se previó que la ley establecerá “el acceso a la vivienda digna (...) el Congreso debe “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad (...)” “Que en el plano internacional, se destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos —de rango constitucional, art. 75, inc. 22— que en su art. 25 reconoce el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en tanto en él los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia (...) Por su parte, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se encuentra plasmado el derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica (...) Finalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce que “el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad (...) [y] los Estados partes proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Posteriormente, el fallo apela a la legislación local que rige la materia, y que obliga a la demandada en el pleito en cuestión (la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), tales como la ley 1251 que creó el Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Entre los principios rectores del accionar del órgano se encuentra el de “... contribuir al acceso a la vivienda digna de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, imposibilitados por razones económicas y sociales de acceder a la misma”, como también la ley 3706 que busca proteger a todas las personas en situación de calle; el decreto 1234/2004, que buscó efectivizar un programa de apoyo habitacional a las

personas en situación de calle, el logro de soluciones habitacionales o acceso a la vivienda; el decreto 690/2006, por el cual se creó el Programa de Atención a las familias en situación de calle.

El reconocimiento de un derecho de acceso a la vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo, de modo que corresponde a esta Corte establecer el alcance de dichos preceptos en relación al caso (...) Que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios.

Sostiene la Corte que:

... el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere (...) que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Con lo cual, el fallo resuelve la cuestión de fondo, haciendo lugar a la queja y al recurso extraordinario, y revocando la sentencia apelada; y a su turno impone sobre la demandada, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las siguientes obligaciones:

- a) *Intervenir con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional.*
- b) *Garantizar a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.*

5. Actividad práctica

- a) Delimitar con precisión la plataforma fáctica: sobre la base de la plataforma fáctica del presente caso, los estudiantes deben poder:
- Identificar los hechos principales sobre la base de los cuales se fundamenta la pretensión de la parte actora, y reconstruir la argumentación de los patrocinantes dirigidas a generar convicción judicial.
 - Analizar los considerandos del fallo: identificación de las premisas o proposiciones que intervienen en el razonamiento judicial.
- c) Análisis del encuadre normativo: teniendo en cuenta el encuadre normativo efectuado los magistrados de las reglas que rigen la cuestión litigiosa, los estudiantes deberán estar en condiciones de comenzar la reconstrucción del entimema judicial, para lo cual deberán:
- Identificar las premisas normativas: en ellas deberán ser capaces de detectar si hay problemas de relevancia o de interpretación.
 - Identificar las premisas fácticas: ellas deberán ser capaces de detectar problemas de prueba o de calificación.
 - Estar en condiciones de analizar la forma en que el razonamiento judicial vincula unas con otras (ponderación).
 - Advertir si existen premisas implícitas en el razonamiento judicial que conducen a la resolución adoptada.

6. Conclusiones

El presente trabajo ha sido elaborado con la pretensión de presentarse como propuesta pedagógica para trabajar, durante el desarrollo de la carrera de Abogacía, la argumentación como competencia propia y específica del desempeño profesional de los operadores jurídicos (abogados y jueces), en el marco del nuevo plan de estudios implementado durante el corriente 2017 por la Facultad de Derecho, según el enfoque pedagógico por competencias.

En este contexto se ha propuesto el desarrollo de la competencia de la argumentación en el marco del espacio curricular Filosofía del Derecho por ser esta la disciplina jurídica eminentemente encargada de intermediar entre saberes y prácticas jurídicas. No obstante, es importante advertir que, para una adecuada e idónea adquisición de la competencia en cuestión, el abordaje de la misma debiera atravesar transversalmente todo el plan de estudios. En otras palabras, la competencia de la argumentación debe trabajarse en todos los espacios curriculares propiamente jurídicos.

CAPÍTULO VIII

PROBLEMÁTICA DEL CONOCIMIENTO

CECILIA MOYANO PREGAL

1. Introducción

La presente propuesta pedagógica se enmarca en el espacio curricular “Problemática del Conocimiento”. Este se cursa en el primer cuatrimestre del primer año de la carrera de Abogacía.

El espacio curricular “Problemática del Conocimiento” se encuentra en el campo de la formación general e interdisciplinar que tiene por objetivo desarrollar el corpus teórico proveniente de otras disciplinas que permiten comprender y analizar críticamente los distintos procesos de producción, aplicación e interpretación del derecho desde diferentes perspectivas teóricas. Se enmarca el derecho en los procesos históricos y políticos al servicio de la defensa y protección de los derechos humanos. Se estructura en el núcleo temático: “Teoría del Derecho y la Filosofía”, junto a los espacios “Introducción a la Filosofía”, “Introducción al Derecho”, “Derecho Romano” y “Filosofía del Derecho”.

En este núcleo temático e interdisciplinar es donde se ubica el espacio “Problemática del Conocimiento”, que permitirá al estudiante de primer año de la carrera reflexionar sobre las distintas áreas del conocimiento y comenzar a vislumbrar la importancia del análisis del razonamiento jurídico y su vinculación con la praxis para facilitar la comprensión de los procesos de producción, aplicación e interpretación del derecho.

También suministrará criterios epistemológicos para el estudio sustancial del derecho positivo y las grandes categorías del derecho en todas sus dimensiones, con especial referencia a la realidad social y a los principios y valores jurídicos, a través de la identificación de los grados del saber jurídico y su relación entre la ciencia jurídica, la filosofía del derecho y la prudencia jurídica.

De esta manera, podrá contar con un análisis crítico del sistema jurídico y el reconocimiento de la interrelación e incidencia entre todos los campos del conocimiento.

2. Objetivos

- *Analizar a través del fallo seleccionado las distintas actitudes frente al derecho como ciencia práctica.*

3. Competencias a trabajar en la clase

- *Reconocer la dogmática jurídica en el marco de la ciencia jurídica.*
- *Analizar críticamente el sistema jurídico a través de la comparación de diferentes concepciones científicas.*

4. Expectativa de logro

- *Comprender la interpretación integral totalizadora de las normas con todo el ordenamiento jurídico.*
- *Identificar la importancia de la búsqueda de la verdad objetiva como fin del derecho.*

5. Presentación del caso

CSJN, “Colalillo, Domingo c/ Compañía de Seguros España y Río de La Plata”, 18/09/1957, Fallos: 238:550.

Considerando:

Que de las constancias de autos resulta que, conforme con los términos en que quedo trabada la litis, la cuestión fundamental a resolver por el a quo consistía en determinar si, a la fecha del accidente, carecía o no del registro habilitante correspondiente, como se expresa en la sentencia recurrida.

Que la demandada ofreció como prueba las constancias del acta policial labrada en la ocasión del accidente, de las que surgía que en el momento del hecho el conductor “carecía de registro”. El accionante, a su vez, solicitó que se librara oficio al Intendente municipal de la ciudad de Buenos Aires a fin de que informara si en los registros de la municipalidad, Dirección General de tránsito de la misma, figura extendida la habilitación para la conducción de vehículos automóviles a nombre de la persona que realmente conducía el vehículo del actor en el momento del accidente. Reiterado el oficio por falta de contestación del primero, la Dirección de Tránsito manifestó que había demorado la contestación treinta y siete días con motivo de la búsqueda realizada en los registros respectivos y que no le era posible informar porque “los padrones y ficheros de conductores habilitados se llevan por el número de la respectiva licencia y no por el nombre y apellido de sus titulares”.

Que, en atención a tal respuesta, el accionante solicitó que se librara nuevo oficio en razón de que había podido averiguar que el número de registro de que se trataba era el de 2.630.314. Librado el oficio, la Dirección de Tránsito respondió que la licencia de conductor con el número indicado no pertenecía a esa comuna, “por cuanto el número más alto otorgado hasta la fecha es el 448.500”. La sentencia de primera instancia, haciendo mérito fundamental de que el accionante no había probado que el conductor tenía registro habilitante en el momento del accidente, desestimó la demanda. Después de dictada la sentencia y antes de ser notificada, el actor presentó un nuevo escrito manifestando que, en virtud de la dificultad existente para obtener el informe solicitado sobre la existencia de la licencia para conducir automóviles, el conductor había pedido un nuevo registro por haber extraviado el original, el que acompañaba a los autos y hacía notar que en la constancia de la foja 11 del mismo figura como fecha en que se concedió la licencia original el 23 de julio de 1948, es decir más de dos meses antes del accidente. El juez de la causa decidió que se hiciera saber la sentencia dictada sobre la que no podía introducir variación alguna. Contra dicha sentencia ambas partes dedujeron recurso de apelación, el actor por el fondo del asunto y la demandada en cuanto se había desestimado la defensa de prescripción por ella alegada.

Que presentados los memoriales por las partes, con amplia fundamentación de su respectivo punto de vista sobre diversos aspectos de la litis y, en particular, sobre la pertinencia o impertinencia de la prueba agregada por el actor después de dictarse la sentencia, la Cámara de Apelación, en el fallo de que se ha recurrido ante esta Corte, confirmó la sentencia de primera instancia con el explícito fundamento de que la sola agregación del documento de fs. 66, acompañado extemporáneamente en los autos, con posterioridad a la sentencia dictada, era insuficiente para modificar lo decidido por el inferior.

Que el caso presenta ciertamente características singulares. Y es propia de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir con daño para la justicia, en una aplicación solo mecánica de esos principios.

Que con arreglo a la jurisprudencia de esta corte, es condición de validez de un fallo judicial [que sea] sea conclusión razonada del derecho vigente con particular referencia a las circunstancias comprobadas en la causa.

Que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sea objeto de comprobación ante los jueces no excusa la indiferencia de estos respecto de su objetiva verdad. Es en efecto exacto que, por lo regular, a fin de juzgar sobre un hecho, no cabe prescindir de la comprobación del modo de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados. Y también es cierto que esa prueba está sujeta a ciertas limitaciones, en cuanto a su forma y tiempo, pues es exacto que de otro modo los juicios no tendrían fin.

Que, sin embargo, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos,

sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte.

Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho.

Que, desde luego y por vía de principio, es propio de los jueces de la causa, determinar cuando existe negligencia procesal sancionable de las partes, así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de sus derechos. Pero ni una ni otra consideración son bastantes para excluir de la solución a dar al caso su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia.

Que, en el caso de autos, la sentencia que rechaza la demanda omite toda consideración del documento oficial agregado a fs. 66, por razón de la oportunidad de su incorporación al juicio. Y aun cuando la solución del pleito puede depender de la existencia y autenticidad de la licencia en cuestión, el fallo se limita a comprobar la extemporaneidad de su presentación.

Que, en tales condiciones, el tribunal estima que la alegación de que la sentencia de fs. 89 carece de fundamentos bastantes para sustentarla, autoriza la concesión del recurso extraordinario. Por ello y habiendo dictaminado el procurador general se declara procedente el recurso extraordinario deducido a fs. 93.

Y no siendo necesaria más substanciación, se deja sin efecto la sentencia recurrida. Y vuelvan los autos al tribunal de su procedencia a fin de que la sala que sigue en orden de turno, previos los trámites que corresponden con arreglo a derecho, dicte nueva sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 16, primera parte de la ley 48 y lo resuelto por esta Corte.

6. Actividad práctica

Después de leer el fallo seleccionado por la cátedra, responder las siguientes preguntas teniendo en cuenta los objetivos de la actividad y tratando de trabajar la competencia seleccionada:

- a) ¿Cuál es la plataforma fáctica del caso?
- b) ¿Qué debía acreditar el actor y cuál fue la dificultad probatoria?
- c) ¿Cuál fue la decisión del Juez de Primera Instancia?

- d) ¿Qué prueba aportó el actor luego de la sentencia? y ¿cuál fue la postura del Juez en relación a la incorporación de la prueba?
- e) ¿Cuál fue la decisión de la Cámara de Apelaciones y cuál la de la Corte?
- f) Compare ambas posturas e indique cuál se identifica con el principio de “exceso ritual manifiesto” y cuál con el de “verdad jurídica objetiva”
- g) ¿Qué valores intenta proteger el “exceso ritual manifiesto”?
- h) Realizar un cuadro comparativo indicando dos diferencias entre los principios analizados.

CAPÍTULO IX

DERECHO CONSTITUCIONAL

MARÍA GABRIELA ÁBALOS

1. Introducción

El objeto de este trabajo es enseñar a los alumnos “Derecho Constitucional”, asignatura de segundo año de la carrera de Abogacía. Uno de los puntos en el que se hará especial relevancia es en la unidad XV, el Consejo de la Magistratura. A partir del trabajo propuesto se intentará ayudar a que los alumnos relacionen el Consejo de la Magistratura con otros puntos del programa tales como el Poder Judicial, su independencia y sus funciones en relación con el Poder Ejecutivo. A partir del caso judicial también cabe la vinculación con la acción de amparo y con el control de constitucionalidad.

En particular se buscará que el estudiante tenga claro el diseño institucional del Consejo de la Magistratura a partir de las normas constitucionales y legales que se refieren a él, que se completará con el análisis de un importante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el caso “Rizzo”,⁽¹⁾ para finalizar con un juego de roles donde los alumnos deberán asumir las calidades de parte actora, demandada, y las posiciones mayoritaria y minoritaria de la decisión judicial en análisis.

Para el logro de lo antedicho se propone utilizar tres clases: la primera destinada a la explicación y debate sobre las normas constitucionales y legales; la segunda al análisis de los hechos del caso y a la doctrina que surge del mismo; y la tercera a implementar un juego de roles donde los alumnos, divididos en cuatro grupos, expongan en forma oral y debatan entre ellos las distintas posiciones de la actora, la demandada, y la decisión judicial tanto en el voto mayoritario como el de minoría, y le agreguen

(1) CSJN, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautela”, 18/06/2013, C. S. R. XLIX.

otros argumentos, críticas y razonamientos propios, todo lo cual deben plasmar por escrito también.

La propuesta está basada en los conceptos y prácticas realizadas y aprendidas en la Especialización en Docencia Universitaria (UNCuyo, 2004). Se parte de una concepción de mediación pedagógica con la convicción de que la tarea de un buen educador es la de tender puentes entre lo que estudiante sabe y no sabe, lo que ha experimentado y lo que le toca experimentar, lo aprendido y lo por aprender. Puentes entre un saber anclado en lo cotidiano y un saber científico; puentes, no saltos a menudo imposibles entre ambos.

2. Objetivos

- *Abordar los principales institutos del derecho constitucional.*
- *Conectar el Consejo de la Magistratura con los demás órganos del Poder Judicial.*

3. Competencias a trabajar en la clase

Las principales capacidades que se pretende desarrollar con esta propuesta en los estudiantes son las siguientes: capacidad de pensar, capacidad de interactuar, capacidad de expresarse de manera oral y por escrito y capacidad de utilizar un método de trabajo en equipo.

En cuanto a la capacidad de pensar, se desarrollará en líneas: pensar totalidades, captar relaciones, reconocer lo esencial de un tema, situación o problema.

Ejercitarse en pensar totalidades, es decir, en ir del todo a las partes, en abarcar las grandes líneas de una situación, de un problema, ya que cuando un profesional tiene la capacidad de comprender el todo de un problema, puede actuar sobre sus detalles. En el caso propuesto se busca que el alumno analice al Consejo de la Magistratura en función al Poder Judicial, y cómo su accionar puede o no contribuir a la independencia de dicho Poder, pensar sus funciones y su incidencia en la actividad judicial.

Ejercitarse en captar relaciones, es decir, en reconocer cómo ciertas partes del sistema se vinculan con otras, se influyen, se atraen o se repelen. Sin duda ello está ligado a lo anterior. No siempre se habitúa uno a buscar relaciones, ya sea porque aparecen como evidentes en exceso o porque brillan por ausentes. En esta propuesta se busca que los estudiantes puedan relacionar el funcionamiento del Consejo de la Magistratura dentro de la estructura de los poderes del Estado y su influencia en la división de poderes y en la función judicial. Además, relacionarlo con la acción de amparo, objeto del caso a utilizar para el juego de roles, y también los alcances del control de constitucionalidad.

Ejercitarse en reconocer lo esencial de un tema, de una situación, de un problema. A todo profesional se le piden hoy decisiones, soluciones, y es imposible ofrecerlas sin una capacidad de diagnosticar totalidades y elementos fundamentales de las mismas. Todas esas prácticas ordenan el pensamiento, lo van habituando a situarse rápidamente en un contexto, a buscar alternativas, a preguntar, a interpretar, a comprender. En este caso se busca que diferencien lo esencial de la resolución como contenido principal en relación a la composición y forma de elecciones de los consejeros, y lo accesorio como es lo dicho sobre la forma de gobierno, el principio de soberanía popular, la supremacía de la Constitución y la función de la Corte Suprema. Se busca que puedan distinguir la *ratio decidendi* del precedente de sus expresiones *obiter dicta*. Ello así porque no todas las expresiones que se vierten en una decisión judicial tienen igual peso en relación con lo resuelto, de ahí que se busque que el alumno pueda ir identificando las cuestiones verdaderamente relevantes que explican las razones de la resolución como las bases, pilares o motivos para decidir y distinguirlas de otras que no tienen una influencia directa en tal solución, sino que vienen a complementar aquellas razones.

En cuanto a la capacidad para interactuar, se parte de considerar que en el intercambio con los demás seres humanos se basa el trabajo, cualquier trabajo. El mundo profesional es, sin duda, y sobre todo en nuestros tiempos, el mundo de la interacción. Se busca el trabajo en equipo y que ello produzca un aprendizaje en la interacción con los demás. Aprender a comunicarse, a dialogar, a intercambiar opiniones, a escuchar, a valorar y respetar las propuestas ajenas, construir en grupo. Por eso es que se propone el juego de roles dividiendo a los estudiantes en cuatro grupos para que interpreten a la parte actora, a la demandada, a la mayoría y a la posición minoritaria del fallo en análisis, donde cada equipo tiene que presentar por escrito sus argumentaciones y en la clase proceder a la defensa oral.

La capacidad discursiva supone apropiarse de todos los recursos de un lenguaje para comunicarse con seguridad y fluidez. Es elemento fundamental de una labor educativa el aprendizaje de una expresión caracterizada por su soltura, su claridad, con un discurso bien estructurado, sea al hablar o al escribir. Esta capacidad es una adquisición que se cultiva con la práctica de escribir, de leer y en la comunicación en grupos de trabajo.

La capacidad de utilizar un método de trabajo, es decir, de organizar los datos, de investigar, de sacar conclusiones y tomar decisiones. Es una forma de ordenar al estudiante para poder procesar información, almacenarla y utilizarla. En este caso, los equipos deberán investigar y traer elaborada sus posiciones para la tercera clase, donde se efectuará el debate oral.

Sobre la capacidad de ubicar, analizar, procesar y utilizar información se propone que a partir del caso dado, en torno a la temática central del Consejo de la Magistratura, los estudiantes, a partir de los roles que les toque a cada grupo, busquen antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y de

derecho comparado sobre el funcionamiento y composición de este órgano, incluyendo el derecho público provincial.

4. Algunas consideraciones teóricas previas

4.1. Importancia del tema en el contexto institucional nacional

La tarea docente inicial parte de mostrar al estudiante la importancia del tema a desarrollar, no solamente como contenido puntual de la materia sino, en el caso, como parte de un contexto institucional nacional.

En este sentido, se destaca que el proceso de judicialización creciente de la vida social y política ha colocado los grandes temas del Poder Judicial, como la designación y remoción de jueces, la administración de sus recursos, etc., en el centro de atención de los especialistas y del debate público. Entre otros factores, ello se debe a la expansión del control de constitucionalidad y de convencionalidad de las leyes y la universalización de las diversas modalidades de control difuso que ponen de manifiesto el formidable poder de los jueces como guardianes de la Constitución. Argentina no ha sido ajena a este interés creciente por la problemática judicial. De hecho fue uno de los temas centrales hace ya 23 años, en ocasión de la Reforma Constitucional de 1994. Siguiendo una ola de movimientos reformistas que en el ámbito regional de América Latina receptó muchas de las instituciones del constitucionalismo europeo, la Convención Constituyente de 1994 incorporó la institución del Consejo de la Magistratura al sistema judicial argentino, buscando responder a la necesidad de optimizar los procesos de selección y designación de los magistrados y la dedicación de estos a las tareas estrictamente jurisdiccionales, apartándolos de consideraciones y disputas político-partidarias.

De esta forma, el Consejo de la Magistratura fue introducido en el ordenamiento constitucional argentino en un intento por “despartidizar” los nombramientos de magistrados y para aliviar al Poder Judicial del peso de tareas que no estaban ligadas directamente con la función jurisdiccional. Se buscaba sobre todo autonomía, independencia, eficiencia y operatividad.

La clave en este punto gira en torno a su integración y a sus atribuciones, de ahí que se propone, en primer lugar, que el alumno analice el texto del art. 114 de la Constitución Nacional buscando opiniones doctrinarias y antecedentes jurisprudenciales sobre el tema. En segundo lugar, que se detenga en las cuatro normas legislativas que lo reglamentan. En particular que adviertan y analicen que las últimas reformas de la ley 24.937 de organización del Consejo de la Magistratura, tanto la ley 26.080 como la 26.855 (BO, 27/05/2013), han generado un debate intenso y apasionado principalmente en torno a la incidencia de la política de partidos que se introduce tanto en la composición como en la forma de elección de sus miembros.

Cabe destacar que la reforma legislativa última se incluyó en un paquete de seis proyectos legislativos que envió el Poder Ejecutivo al Congreso el 8 de

abril del año 2013, bajo la denominación de “Democratización de la Justicia”,⁽²⁾ uno de los cuales, el concerniente al Consejo de la Magistratura que se sanciona como ley 26.855 (BO 27/05/2013), viene a modificar la ley 24.937 reglamentaria de los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional.⁽³⁾

4.2. El Consejo de la Magistratura: origen, objetivos, composición y funciones

En función de las capacidades y objetivos que se buscan, se propone que los alumnos lleven a cabo una investigación sobre los antecedentes de los Consejos de la Magistratura en el derecho comparado, y que lo completen con los supuestos del derecho público provincial argentino, y también que busquen las referencias nacionales previas a la reforma de 1994.

Al respecto se destaca que el Consejo de la Magistratura surge en Italia con la Ley Orlando de 1907, luego receptado por Portugal en 1912; sin embargo en Francia hacia 1883 ya se encuentran antecedentes de esta institución (Corcuera & Rascioni, 2005, p. 5). A partir de la segunda posguerra mundial adquiere categoría constitucional en Francia (1946 y 1958) y en Italia (art. 104 de la Constitución de 1947) y se divulga en Turquía (1961), en Venezuela (1961), Grecia (1975), etc. (Sagües, 2005, p. 258; Ventura, 1998, p. 41 y ss.).

En Argentina fueron las provincias las que primero lo incorporaron a nivel constitucional como Chaco en 1957 y Río Negro en 1958, mientras que en la Nación surge a través del decreto 1179/1991 que creó una “Comisión Asesora de la Magistratura”, integrada por siete miembros que representaban al Ministerio de Justicia, a la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia, a la Secretaría General de la Presidencia, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la

(2) Todos ellos, sancionados luego de un veloz debate legislativo, dieron origen a la ley 26.853 (BO, 17/05/2013) que crea las cámaras federales de Casación en lo Civil y Comercial, del Trabajo y la Seguridad Social y en lo Contencioso Administrativo Federal; a la ley 26.854 (BO, 30/04/2013) de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional; a la ley 26.856 (BO, 23/05/2013) sobre la publicación de todas las acordadas y resoluciones que dicten la Corte Suprema y los tribunales de segunda instancia en lo federal en todo el país, incluida la Capital Federal y en ella las cámaras nacionales de apelaciones; a la ley 26.857 (BO, 23/05/2013) que modifica la ley 25.188 en cuanto dispone que declaraciones juradas patrimoniales integrales presentadas por las personas que se encuentran obligadas en virtud de la normativa de ética en el ejercicio de la función pública, de conformidad con lo establecido en el art. 5° de la ley 25.188 son de carácter público, de libre accesibilidad y podrán ser consultadas por toda persona interesada en forma gratuita a través de Internet, de conformidad con el procedimiento que establezca la reglamentación. El proyecto referido al ingreso de personal al Poder Judicial y al Ministerio Público mediante el procedimiento de concurso público ha sido el último en promulgarse bajo el n.º 26.861 (BO, 03/06/2013),

(3) Al respecto se han escrito importantes trabajos como los de Cayuso (2013) y Blando & Gatti (2013), entre otros. Además se han incoado acciones de inconstitucionalidad y se han obtenido dos medidas cautelares dispuestas por los jueces federales Alfredo López (Mar del Plata) y Martín Martínez (San Nicolás) que han suspendido el llamado a elecciones mientras tramitan las respectivas acciones.

Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y a la Federación Argentina de Colegio de Abogados. Los resultados de esta Comisión no fueron demasiado esperanzadores, ya que el excesivo predominio de representantes del Poder Ejecutivo y el carácter no vinculante de sus decisiones hizo que en algunos casos la presidencia nominara como jueces a personas no incluidas en las listas elaboradas por la Comisión.

Se propone que analicen los objetivos generales y particulares de la inclusión del Consejo de la Magistratura. En general se dice que aparece como el órgano que sirve para mejorar la judicatura, hacerla más idónea y en alguna medida, independiente de la política partidaria, ya que la designación de los magistrados sigue siendo política por permanecer en manos del Poder Ejecutivo y del Senado.

De ahí que los fines que impulsan el nacimiento de estos Consejos apuntan históricamente a independizar a los miembros del Poder Judicial, a fomentar el ingreso y la promoción en la carrera judicial según los méritos de cada postulante, a permitir el acceso de los mejores sin pautas arbitrarias o aleatorias respetando los principios de igualdad e idoneidad, todo lo cual busca robustecer la independencia judicial frente a los demás órganos del Estado. Esta visión se asocia mayormente a la concepción del constitucionalismo europeo, que exige una administración independiente de justicia pero no tanto a la tradición americana de una estricta división de poderes. Es decir, los sistemas europeos continentales suponen la colaboración entre los poderes y no su división, donde los Consejos tienen, entre otras funciones, la de asegurar la independencia de la administración de justicia (Sola, 2006, p. 824).

La composición de este cuerpo es uno de los puntos clave a la hora de evaluar su éxito o fracaso en relación con el cumplimiento de sus cometidos. En el derecho comparado existen dos versiones disímiles desde el punto de vista cualitativo. Una postura concibe a los Consejos de tipo “judicialistas” haciendo predominar manifiestamente los vocales provenientes del Poder Judicial, como el caso de las constituciones de Grecia (art. 90) o de Turquía de 1961 (art. 143), etc. Mientras que los Consejos “mixtos” tienen una composición plural, con prevalencia o no de los integrantes del Poder Judicial que comparten con los que no son jueces la dirección de los mismos, como es el supuesto del Consejo Superior de la Magistratura italiano, presidido por el presidente de la República y formado por el primer presidente y el fiscal general de la Corte de Casación, por consejeros provenientes en sus dos terceras partes de los jueces y el tercio restante nombrado por el Parlamento entre catedráticos titulares en materias jurídicas y abogados con quince años de ejercicio de la profesión (art. 104 de la Constitución de 1947).

La preferencia entre un modelo y otro de integración del Consejo tiene relación con las funciones que se le reconozca. De tal forma, si sus funciones son de peso dentro del Poder Judicial no resulta favorable a una mayor independencia

de este órgano frente a los demás que su integración tenga mayoría que no provenga de la judicatura, o peor aún, que sea mayoritariamente de los órganos político partidarios, puesto que implicaría dejar dichas funciones en manos de un ente no judicial. Ello no implica desconocer el rol que juegan los representantes de los abogados, del ámbito académico y científico, como asimismo del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, con el fin de evitar la visión corporativa en este cuerpo, siempre y cuando se preserve el equilibrio entre los distintos sectores. Desde la perspectiva cuantitativa los Consejos de la Magistratura pueden ser numerosos, con más de veinte miembros como en España (Ballester Cardell, 2007; González Pérez, 2008; Iñiguez Hernández, 2008) o Italia, o bien reducidos como en el constitucionalismo provincial argentino los casos de San Juan o San Luis, que tienen cinco miembros. Los supuestos de pocos consejeros pueden traer como inconveniente la escasa representatividad y la concentración del poder en sus integrantes.

En cuanto a las funciones del Consejo se pueden mencionar dos lineamientos básicos: en la primera participan en los métodos de designación y remoción de los jueces, y en la segunda suman otros roles relacionados con el gobierno del Poder Judicial; así lo señala, por ejemplo, la Constitución española, pudiendo implicar funciones dentro del régimen disciplinario de los jueces con participación en la remoción, también en lo que respecta a la administración de los recursos y a la ejecución del presupuesto del Poder Judicial, etc. Lo expuesto genera como interrogante si resulta beneficioso o no confiar el gobierno y la administración de este órgano a un ente diferente de la Corte Suprema, y en su caso ajeno al órgano mismo. Se enfrentan en este sentido concepciones diversas. Por un lado, quienes procuran asegurar el origen propiamente político de los consejeros y, por otro, quienes ven en la política partidaria una dominación inadmisibles y procuran por ello garantizar la plena autonomía de los jueces y magistrados, aun a costa de reforzar su carácter corporativo.

4.3. El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional: Reforma de 1994

La propuesta busca que el estudiante conozca cuál es la ubicación del Consejo en la Constitución y su vinculación con el funcionamiento del Poder Judicial.

Así, aparece el Consejo de la Magistratura en el art. 114 dentro de la Sección Tercera referida al Poder Judicial. Dicho artículo le atribuye en general la competencia de seleccionar a los jueces y administrar el Poder Judicial. La segunda parte del artículo se refiere a la integración del cuerpo procurando, según el texto comentado, un equilibrio entre los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular; de los jueces federales de todas las instancias; de los abogados de la matrícula federal; y otras personas del ámbito académico y científico, pero dejó a criterio de los legisladores la determinación de su número como asimismo los requisitos

generales de elegibilidad de los mismos; los métodos de elección, la duración en el mandato y, eventualmente, sus remociones.

En torno al equilibrio en la composición del Consejo, se propone un ejercicio de interpretación constitucional donde se utilicen distintos métodos a fin de desentrañar su sentido. Se propone al alumno que analice los distintos significados y opiniones doctrinarias vertidas en torno al término.

Así, algunos autores sostienen que el equilibrio que establece el art. 114 no supone igualdad en la representación de los distintos sectores, pudiendo reconocérsele preeminencia a uno sobre los otros (Spota, 1995D, p. 1360). Esta preeminencia puede manifestarse a través del reconocimiento de la mayoría absoluta de los miembros que le permitiría obtener quórum por sí solo, e incluso decidir sin el consenso del resto de los representantes. Otra interpretación posible es que ninguno de los sectores representados fuese capaz de neutralizar por sí solo la representación de los otros grupos, admitiéndose implícitamente el predominio de uno sobre los otros pero con el límite de que tal preeminencia no neutralice a los otros en su conjunto. En otras palabras, los representantes que tuviesen prevalencia no contarían con el número necesario para sesionar, e incluso resolver, por sí solos.

En el caso del art. 114 se ha dejado en manos del legislador ordinario definir e interpretar ese “equilibrio”, lo cual ha sido plasmado de diferente forma en las distintas normas reglamentarias. Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, equilibrio (del lat. *aequilibrium*) tiene las siguientes acepciones:

1. m. Estado de un cuerpo cuando fuerzas encontradas que obran en él se compensan destruyéndose mutuamente.
2. m. Situación de un cuerpo que, a pesar de tener poca base de sustentación, se mantiene sin caerse.
3. m. Peso que es igual a otro y lo contrarresta.
4. m. Contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas.
5. m. Ecuanimidad, mesura, sensatez en los actos y juicios.
6. m. pl. Actos de contemporización, prudencia o astucia, encaminados a sostener una situación, actitud, opinión, etc., insegura o dificultosa.

De estas significaciones podríamos aplicar a la composición del Consejo aquella que implica el contrapeso, la armonía entre cosas diversas y por ello adscribir a la posición que entiende que ningún sector debería tener preeminencia sobre los otros que implique neutralizar o anular a los demás (Ábalos, 2009, p. 1). Además, tal equilibrio funciona también intrasectores de forma tal que, dentro del sector político, la representación del Poder Ejecutivo no podría ser predominante sobre la del Legislativo pero sí podría darse a la inversa atento a que el objetivo de la reforma de 1994 fue atenuar los poderes del presidente.⁽⁴⁾

(4) Esta es la opinión vertida por Quiroga Lavié, Benedetti & Cenicacelaya (2009, p. 1274).

Por último, la Cláusula Transitoria Decimotercera impuso un límite temporal estableciendo que a partir de los 360 días de la vigencia de la reforma en análisis, los magistrados inferiores solamente podrían ser designados por el procedimiento previsto en el art. 114, siendo aplicable hasta dicho momento el sistema vigente con anterioridad. Veremos cómo la primera ley reglamentaria que recién se sanciona en diciembre de 1997 impidió la aplicación del artículo referido por más de dos años.

4.4. Las cuatro leyes reglamentarias, la composición y la forma de elección de los miembros del Consejo de la Magistratura

La primera ley reglamentaria del art. 114, la n.º 24.937, se sanciona el 10 de diciembre de 1997, y ocho días después es corregida por la ley 24.939, estructurando inicialmente un Consejo compuesto por 19 miembros, que luego queda en 20 miembros atento a la corrección de la ley 24.939. Los 19 consejeros en la primera norma estaban presididos por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, más 4 jueces del Poder Judicial de la Nación; 8 legisladores (4 senadores, 2 por la mayoría, 1 por la primera y 1 por la segunda minoría); 4 diputados, 2 por la mayoría, 1 por la primera y 1 por la segunda minoría); 4 representantes de los abogados de la matrícula federal; un representante del Poder Ejecutivo y un abogado, profesor titular de facultades de Derecho de universidades nacionales. Mientras que en la segunda norma, la composición es de 20 integrantes, ya que se agrega a los mencionados un representante del ámbito científico. Esta modificación implicó reconocer que se trataba de ámbitos distintos: por un lado, el académico y por otro el científico, requiriendo cada uno representantes propios. En cuanto a la adopción de sus decisiones, con la ley 24.937 el quórum era de 13 miembros y la mayoría era la absoluta de miembros presentes, excepto supuestos especiales, modificándose con la ley 24.939 solamente el quórum que queda en 12.

En relación con el equilibrio en la integración se observa que de los 19 miembros iniciales, 9 representaban a los sectores político partidarios, número que se mantuvo en la integración posterior. De esta forma, el perfil político implicaba un 45% sobre 20 consejeros, mientras que si se compara con cada uno de los sectores representados, fue sin duda el más numeroso frente a 4 abogados (que representaban 20% del total), 4 jueces (también 20%) y dos representantes del ámbito académico y científico (10%).

En cuanto a las mayorías exigidas, si bien la regla es la mayoría absoluta de miembros presentes, las excepciones las constituían, por ejemplo, el art. 7º, inc. 7, que establecía que para decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados se requería la mayoría de dos tercios de miembros presentes. En similar sentido, el plenario podía revisar las calificaciones de los exámenes escritos y antecedentes, y toda modificación a las resoluciones de la Comisión exigía la mayoría de dos tercios de los miembros presentes. También se exigía esta mayoría agravada para aplicar sanciones a los magistrados (art. 7, inc. 12).

Si bien la representación político partidaria era numéricamente mayor que las demás y ponía la nota de desequilibrio en la integración, con la sanción de la ley 26.080 –modificatoria de la ley 24.937 y sancionada el 22 de febrero de 2006–, la situación se agravó aún más. Dicha normativa disminuyó el número de miembros que componen el Consejo de la Magistratura y estableció una nueva composición, el cual quedó conformado por 13 miembros, a saber:

1. Tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de Cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República. 2. Seis legisladores. A tal efecto los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría. 3. Dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país. 4. Un representante del Poder Ejecutivo. 5. Un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual será elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes. Los miembros del Consejo prestarán juramento en el acto de su incorporación de desempeñar debidamente el cargo por ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por cada miembro titular se elegirá un suplente, mediante igual procedimiento, para reemplazarlo en caso de renuncia, remoción o fallecimiento.

Se advierte que los distintos estamentos han reducido el número de representantes: en lugar de 4 jueces quedan 3, de 4 abogados se reduce a 2, de 8 legisladores a 6 (de los cuales 4 son de la mayoría y 2 de la primera minoría), de 2 representantes del ámbito académico y científico queda uno solo; además desaparece el Presidente de la Corte, quien presidía el cuerpo. En porcentajes, los segmentos más afectados con la disminución de representantes son los de abogados y los del ámbito académico y científico que han quedado con la mitad de representantes en relación con la normativa anterior. Dicha merma, sumada a la ausencia del Presidente de la Corte, implica que el sector político partidario tiene un mayor porcentaje comparativamente con los demás sectores y sobre el total de miembros. De esta forma, 7 miembros del ámbito político partidario sobre 13 suponen más del 50% de su integración contra el 45% en la anterior composición. Adviértase que este estamento no ha disminuido en realidad su poder en el seno del Consejo sino que, por el contrario, lo ha incrementado notablemente.

Con la sanción de la ley 26.855, de mayo de 2013, se modifica por tercera vez la ley 24.937, en esta ocasión bajo el lema “democratización de la Justicia”. El proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso el 8 de abril de 2013 indica los puntos en los que se sustenta, a saber: la profundización democrática que goza la República desde el 10 de diciembre de 1983; garantizar la efectiva participación de la comunidad en la toma de decisiones y la plena vigencia de los principios de publicidad de los actos de gobierno; transparencia en la gestión; control público de las decisiones; y elección de jueces a través de mecanismos no discriminatorios que favorezcan la participación popular. Conforme a estos presupuestos, los aspectos salientes de la modificación propuesta son:

- 1) *establecer mecanismos de elección de los miembros del Consejo de la Magistratura que expresen fielmente la voluntad popular;*
- 2) *garantizar y perfeccionar el equilibrio de los diferentes estamentos en la composición del cuerpo;*
- 3) *morigerar las exigencias para ser consejero para evitar que se vea limitada la participación de los ciudadanos;*
- 4) *fijar mecanismos ágiles de toma de decisiones que dificulten la parálisis del organismo; y*
- 5) *establecer las condiciones que garanticen el rol del Consejo de la Magistratura como administrador del Poder Judicial.*

En torno a la forma de elección y a la composición, se establece en el art. 1º que la elección de sus integrantes será “... a través de mecanismos no discriminatorios que favorezcan la participación popular” y en el art. 2º se cambia la composición pasando de 13 a 19 miembros, coincidiendo cuantitativamente con la primera integración, la establecida por la ley 24.937, modificada por la 24.939. En lo cualitativo, los jueces mantienen el mismo número de 3 que ostentaban con la ley 26.080, igualmente los representantes de los órganos que surgen de la elección popular (6 legisladores y 1 representante del Ejecutivo), mientras que los abogados acrecientan su representación, ya que de 2 pasan a 3, y los del ámbito académico y científico de 1 representante pasan a tener 6, siendo el estamento que se ve más favorecido con el considerable aumento referido.

En relación a los requisitos, se suprime la exigencia de tener las condiciones necesarias para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁽⁵⁾ El nuevo texto exige contar con las condiciones mínimas exigidas para ser diputado.⁽⁶⁾ Agrega que no podrán ser Consejeros las personas que hubieran desempeñado cargo o función pública jerárquica durante la última dictadura

(5) Art. 111 CN: “... abogado de la Nación con ocho años de ejercicio y tener las calidades para ser senador”, es decir, “... treinta años de edad, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente” (art. 55 CN).

(6) Art. 48 CN: “... veinticinco años, cuatro años de ciudadanía en ejercicio”.

cívico-militar o respecto de quienes se verifiquen condiciones éticas opuestas al respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos. Lo significativo del cambio en torno a los requisitos da como resultado que de los 19 miembros, solamente 6 serán abogados en franca minoría frente a los restantes 13, lo que cambia sustancialmente el perfil profesional que el Consejo ostentó desde su nacimiento con la primera ley reglamentaria. Sin embargo, se advierte que la Constitución Nacional no establece ningún tipo de requisitos subjetivos y el criterio adoptado es acorde con el esbozado intento de una máxima apertura del órgano a un esquema de participación abierta.

Esto es claro sobre todo en el tratamiento de la forma de elección, punto en el que las modificaciones también son de fondo, ya que en las normas anteriores se respetó que los jueces, abogados, representantes del ámbito académico y científico fueran elegidos por sus pares, en el seno de las asociaciones gremiales y profesionales existentes y de acuerdo con procedimientos reservados a los empadronados en cada asociación. Con la nueva ley “se propicia ampliar la base democrática de la elección de los miembros del cuerpo que no surgen directamente de la voluntad popular”, como se expresa en la exposición de motivos, estableciéndose el sufragio universal como mecanismo de elección de los representantes de estos cuatro grupos, reconociendo al mismo tiempo representación a la primera minoría a fin de garantizar mayor pluralidad en la representación estamentaria. De esta forma se adopta el régimen electoral de la ley 26.571 reafirmando que conforme al art. 38 CN los partidos políticos son instituciones fundamentales de la democracia con competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos.

Conforme al nuevo art. 2º, tanto los jueces como los abogados se elegirán por el pueblo de la Nación a través del sufragio universal, correspondiendo 2 representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y 1 a la que resulte en segundo lugar. En el caso de los 6 representantes de los ámbitos académico o científico, elegidos a través del sufragio universal, corresponderán 4 representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y 2 a la que resulte en segundo lugar. Los 6 legisladores, por su parte, resultarán de la designación de los presidentes de Senadores y de Diputados, que a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán a 3 legisladores por cada una de ellas, correspondiendo 2 a la mayoría y 1 a la primera minoría. Finalmente, se mantiene 1 representante del Ejecutivo, el cual no proviene directamente de la elección popular, ya que no se trata del propio Presidente sino de un funcionario designado por este.

En el art. 3º bis se determina el procedimiento para elegir a los consejeros representantes del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, estableciéndose que las elecciones se realizarán en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se elija presidente. La elección será por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y

obligatorias. La norma establece, además, que no podrán constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura ni podrán oficializarse candidaturas a más de un cargo y por más de una agrupación política.

Aunque luego el nuevo art. 33 dispone que en la primera oportunidad de aplicación de esta ley, el acto eleccionario referido se celebrará con las elecciones nacionales para cargos legislativos. En este caso, la oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura para las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, y para las elecciones generales, podrá hacerse en esta oportunidad por cualquier partido, confederación o alianza de orden nacional. A los fines de la adhesión de los cuerpos de boleta de la categoría de consejeros del Consejo de la Magistratura con la de legisladores nacionales en cada distrito, se requiere la comprobación de la existencia de que en al menos 18 de los 24 distritos, la mencionada adhesión se realiza exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación. En el resto de los distritos, podrá adherirse mediando vínculo jurídico entre las categorías de las listas oficializadas. La adhesión de los cuerpos de boleta del resto de las categorías podrá realizarse mediando vínculo jurídico.

5. Actividad práctica

En la primera clase de análisis de las normas y de debate reflexivo se solicitará a los alumnos que elaboren un cuadro con dos columnas, colocando en una los aspectos que consideran favorables de la inclusión del Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional en relación con los objetivos que tuvo el convencional constituyente para su inclusión, y en otra los aspectos negativos en esta misma línea, incluyendo las cuatro leyes reglamentarias.

Así se procederá a un debate abierto con la participación de cada alumno en base a las siguientes consignas orientadoras:

- a) Cuál es la opinión, desde el punto de vista constitucional, que les merece las distintas integraciones del Consejo según las leyes reglamentarias, indicando la incidencia en el término “equilibrio”; sus consideraciones en relación con los legisladores que conformen el Consejo que responden a mayorías y minorías, puesto que pueden votar de diferente manera y eso podría afectar las consideraciones sobre el estamento que integran; y si consideran que los cinco sectores deben estar equilibrados y de qué manera.
- b) Qué opinan desde el punto de vista constitucional que tanto los jueces como los abogados y los académicos y científicos que aspiren a ser consejeros deban insertarse necesariamente en el ámbito de la política partidaria, y participar en los comicios integrando las listas de algún partido político nacional en las primarias y luego en las elecciones generales.
- c) Expresen y fundamenten sus opiniones sobre si con las cuatro normas reseñadas se respeta el equilibrio en el número de integrantes.

- d) ¿Se ajustan las disposiciones de la ley 26.855 a lo dispuesto por la acordada del 17 de diciembre de 1952 que contiene el Reglamento para la Justicia Nacional, que en su art. 8° dice que los magistrados, funcionarios y empleados deberán observar una conducta irreprochable y especialmente no podrán estar afiliados a partidos o agrupaciones políticas, ni actuar en política” (inc. e)?
- e) ¿Cómo relacionan lo expresado en el punto anterior con el art. 33 de la ley 23.298 de partidos políticos que excluye a los magistrados de la posibilidad de ser precandidatos en elecciones primarias y candidatos en elecciones generales a cargos públicos electivos nacionales?

Luego del análisis y debate de la normativa constitucional y legal referida al Consejo de la Magistratura, en la tercera clase se separará a los estudiantes en cuatro grupos, uno se constituirá en parte actora, otro en la demandada y luego las posiciones mayoritaria y minoritaria del caso “Rizzo”, fallo que deberá ser leído por los alumnos con la guía del docente. Para ello se indican brevemente **los hechos del caso y la decisión adoptada**.

Frente a la sanción de la ley 26.855, la reacción de una amplia parte de la doctrina y los sectores representativos de la judicatura se reflejó en el debate público y, sobre todo, en el planteamiento inmediato de contiendas judiciales, promovidas incluso por miembros de la judicatura que proliferaron en distintas jurisdicciones del país. El caso que finalmente llega a la Corte Suprema –un amparo promovido por el Presidente del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires– tramita por la vía de recurso extraordinario federal por **salto de instancia** según lo habilitado por el art. 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, desde el Juzgado Federal con competencia electoral N° 1 de la Capital Federal. Se trata del caso “Rizzo, Jorge Gabriel” resuelto el 18 de junio de 2013 por mayoría de seis ministros y una disidencia, donde el Superior Tribunal declaró inconstitucionales los arts. 2°, 4°, 18 y 30 de la ley 26.855 e inaplicable lo previsto en el art. 7° por la ley cuestionada, de conformidad con lo mandado en el art. 29 de esa normativa. También se declaró inconstitucional el decreto que convoca a elecciones de consejeros (CSJN, 2013).⁽⁷⁾

(7) El primer voto es firmado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Fayt. Concurrieron en forma conjunta los ministros Argibay y Petracchi y votó en disidencia el juez Zaffaroni. Entre los que se han pronunciado mayormente a favor citamos a Gelli, M. A. (26 de junio de 2013). Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial. *La Ley*; Vitolo, A. (2013). Una bocanada de aire fresco para la República. *JA*, 2013-III; Bianchi, A. (2013). Crónica de una inconstitucionalidad manifiesta. *LL*; Junyent Bas, F. (2013). Vigencia de la República e independencia del Poder Judicial. *LL*; Ibarlucía, E. (2013). Una lección de Derecho Constitucional. *DJ*, p. 24; Ostropolsky, D. (2013). La integración equilibrada del Consejo de la Magistratura. *EDCO* (13.277); Ábalos, M. G. (20 de marzo de 2014). La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a la “democratización de la justicia”. Los alcances del caso “Rizzo”. *EDCO* (13.449), entre otros. Mientras que defienden una posición crítica: Ferreyra, R. G. (2013). Debate Público, ya! *SAIJ*; Boico, R. J. (2013). Solo una prórroga. Fallo de la CSJN que limitó el voto popular. *LL*, entre otros.

En relación con la decisión adoptada, se formulan las siguientes consignas para que los equipos de parte actora y demandada, en **el juego de roles**, defiendan oralmente, como asimismo lo hagan los equipos de la decisión en mayoría y de la disidencia. La base es que analicen y reproduzcan las consideraciones vertidas en la sentencia en estudio pero que además agreguen sus propias consideraciones a favor o en contra de lo decidido.

Para ello, contarán con las herramientas de información doctrinaria que presta la Biblioteca de la Facultad, a través de la consulta de las revistas jurídicas en línea y del material bibliográfico. Se los guiará para que busquen además de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema central (el Consejo de la Magistratura), sobre acción de amparo, legitimación, doctrina del precedente y su utilidad, distinciones entre la *ratio decidendi* -lo principal, el meollo de la decisión- y lo dicho como *obiter dicta* -como accesorio-.

Los principales lineamientos para el debate oral en torno al caso y para los cuatro equipos en el juego de roles deberán encontrarse debidamente fundados en la presentación escrita y en la defensa oral:

a) Aspectos formales:

- Admisibilidad de la acción de amparo. Referencias al amparo en general y en particular al promovido en esta causa.
- Legitimación activa.
- Interés concreto, directo e inmediato en la declaración de inconstitucionalidad planteada.
- Posiciones de la mayoría y de la disidencia, con indicación de lo dicho por cada juez.

b) Principios generales del derecho y del derecho constitucional y cita de precedentes:

- ¿Cuáles son los grandes principios del derecho y del derecho constitucional que se citan? ¿Con qué finalidad?
- ¿Cuáles es la posición de la mayoría y de la minoría al respecto?
- ¿Qué precedentes se citan? ¿Cuál es el sentido?
- ¿Qué se plantea en torno a la supremacía de la Constitución y al rol del Poder Judicial?
- ¿Es posible distinguir entre los postulados de la *ratio decidencia* y los de *obiter dicta*? Efectuar un cuadro sinóptico (para la parte escrita) y explicarlo en el debate oral.

c) Consejo de la Magistratura: composición y forma de elección:

- ¿Cuáles son las razones invocadas por la mayoría sobre la declaración de inconstitucionalidad? Efectúa un cuadro sinóptico con los temas del Consejo de la Magistratura y demás temas involucrados en la decisión.

- ¿Cuáles son las razones invocadas por la minoría sobre la declaración de inconstitucionalidad? Efectuar un cuadro sinóptico con los temas constitucionales involucrados en la decisión.

d) Control de constitucionalidad: efectos en general y en particular a partir del caso en análisis:

- ¿Qué efecto tiene la declaración de inconstitucionalidad en el caso argentino? Fundamentar relacionando los caracteres del control de constitucionalidad en Argentina.
- ¿Qué efecto tiene la declaración de inconstitucionalidad resuelta por la mayoría? Fundamentar sus dichos.

6. Conclusiones

El caso “Rizzo” ha puesto a la luz muchas de las cuestiones filosófico políticas e institucionales todavía pendientes en el desarrollo actual del constitucionalismo. Ha develado una vez más la importancia de algunos principios liminares del derecho constitucional y del derecho judicial hasta ahora dados por supuesto sin mayor discusión crítica y que la reforma de 1994 ha vuelto a reabrir. El fallo replantea con nueva fuerza importantes consideraciones sobre la interpretación constitucional y legal en torno a la ley 26.855 y al art. 114 CN, principalmente en una visión integral dentro de la forma republicana representativa federal del art. 1º.

La propuesta pedagógica persigue que, del análisis de las normas referidas al Consejo de la Magistratura y del juego de roles en relación con el caso “Rizzo” queden los siguientes puntos centrales como objetivos del debate:

En primer lugar, que la actuación de los tres Poderes del Estado nacional encuentra como límite la supremacía de la Constitución Nacional (arts. 30 y 31). De ahí que los poderes públicos deben actuar conforme al ordenamiento jurídico imperativo al que se encuentran sometidos; y si no lo hacen, sus actos deben ser invalidados para proteger la vigencia de las normas fundamentales impuestas por el pueblo soberano.

En segundo lugar, la Carta Magna reconoce a cada uno de los órganos del Estado distintas facultades que les permiten y los obligan a controlar el accionar de los otros; y es en este balance que el Poder Judicial adquiere una función fundamental: el control de constitucionalidad de las normas y actos estatales.

En tercer lugar, el reconocimiento creciente de derechos ha sido posible en nuestro ordenamiento porque la Constitución Nacional busca equilibrar el poder para limitarlo. Gracias a esta función de limitación del poder queda clara la inadmisibilidad de la doctrina de la omnipotencia legislativa fundada en una interpretación desmesurada de la voluntad presunta de la “mayoría del pueblo”.

En cuarto lugar, el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución y no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema. Y el ejercicio de

tal control por parte de los jueces, que han recibido del pueblo –a través de los constituyentes– el legítimo mandato democrático, no los coloca por sobre los restantes poderes del Estado.

En quinto lugar, las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático, lo cual es saludable y necesario en tiempos de transformación profunda de muchos de los principios y procedimientos de nuestro sistema constitucional. El control de constitucionalidad está destinado a funcionar como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno, lo que requiere que los jueces obren en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos.

Por último, del voto mayoritario del fallo de la Corte Suprema analizado se extrae que la ley 26.855, en lo que respecta a la composición y forma de elección de los consejeros, no responde a la estructura medular que diseña el art. 114 CN afectando y comprometiendo seriamente el principio de independencia que debe regir la actuación del Poder Judicial y de sus integrantes.

Los procesos educativos son aquellos en los que se articulan tres fenómenos cruciales: la enseñanza, el aprendizaje y el desarrollo. Con esta propuesta se busca alcanzar los siguientes objetivos:

- 1) *aplicar conocimientos teóricos de la disciplina estudiada en situaciones reales;*
- 2) *realizar tareas de revisión de la materia estudiada;*
- 3) *realizar tareas de fijación e integración del aprendizaje;*
- 4) *propiciar oportunidades para que el estudiante gane confianza en sí mismo;*
- 5) *llevar al alumno a alcanzar el dominio práctico de la disciplina;*
- 6) *favorecer la correlación con lo real y dar sentido de realidad a la disciplina estudiada;*
- 7) *llevar a la vivencia de hechos que pueden encontrarse en el ejercicio de la profesión de abogado;*
- 8) *habituarse al análisis de soluciones bajo sus aspectos positivos y negativos;*
- 9) *fortalecer la actitud de tomar decisiones después de considerar una situación con gran detenimiento;*
- 10) *ayudar al alumno a formar juicios de realidad y de valor.*

CAPÍTULO X

DERECHO PENAL

MELINA JUAN

1. Introducción

El presente trabajo procura exponer, de manera sistemática y fundada, los objetivos de la clase, la metodología a utilizar y las estrategias de aprendizaje a través del análisis de un caso de argumentación jurídica en el marco de la enseñanza de la disciplina profesional no promocional de Derecho Penal, Parte General, cátedra II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

Al respecto, se propondrá a los alumnos trabajar con un caso complejo una vez finalizado el dictado de clases correspondientes a la primera parte del programa de la materia. En este sentido, es preciso que se haya abordado en su plenitud “Los fundamentos del Derecho Penal”, cuyo contenido abarca las primeras seis unidades del programa de estudio. Estas son: “El derecho penal y las normas jurídico-penales”, “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, “Legitimación material del derecho penal”, “Dogmática penal, Criminología y Política Criminal”, “Los límites del *ius puniendi*: los principios del derecho penal” y “Ámbitos de validez de la ley penal”.

El planteo pedagógico consiste en analizar el juicio acerca de la desaparición de Soledad Olivera aplicando una dinámica de trabajo grupal consistente en el método del “juego de roles” en el que los alumnos deberán formular argumentos y contraargumentos. Esta estrategia persigue que el educando adquiera una formación experiencial y cognitiva acabada, con el fin de que incorpore herramientas para comprender, aprehender, interpretar e integrar la teoría y la práctica del derecho penal, tendiente a lograr un razonamiento crítico y creativo mediante el empleo de verdaderos argumentos jurídicos que puedan ser utilizados en un juicio penal. Para la actividad se destinarán 80 minutos.

2. Objetivos

- *Relacionar los contenidos de la materia que se abordarán en la clase con otros campos del conocimiento.*
- *Estimular el reconocimiento de los valores vigentes en prácticas sociales, normas morales y jurídicas.*
- *Argumentar sobre la base de herramientas adquiridas.*

3. Competencias a trabajar en la clase

- *Comprender satisfactoriamente la complejidad del problema del caso planteado.*
- *Identificar los puntos más relevantes del supuesto bajo análisis.*
- *Detectar los problemas de prueba subyacentes.*
- *Reconocer los errores argumentales del fallo elegido.*
- *Relacionar el fallo con otros aprendizajes correspondientes a asignaturas de la carrera tales como Introducción a la Filosofía, Derecho Constitucional, Práctica Profesional supervisada, etc.*
- *Proponer distintas soluciones que puedan enmarcarse en la ley penal sustantiva.*
- *Construir argumentos válidos.*

4. Presentación del caso

En el año 2011 Soledad Olivera fue vista por última vez mientras se dirigía hacia la finca situada en el departamento de Lavalle donde residía Mariano Luque, con quien mantenía una relación. En función de ello se imputó al nombrado la infracción al art. 142, inc. 1 *in fine* e inc. 5 del Código Penal que reprime a quien priva a otro de su libertad personal, con fines de venganza y por un término superior al mes.

Cuatro años más tarde, la Segunda Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza resolvió el caso. El querellante particular de la causa había solicitado el cambio de calificación para que Luque fuese acusado por el delito de homicidio simple. Sin embargo, los jueces entendieron que no se podía condenar a un ciudadano por la muerte de una persona cuando no se había encontrado el cadáver de la víctima, razón por la cual absolvieron a Luque por el beneficio de la duda.

Tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como el querellante particular interpusieron recurso de casación. Este último consideró errada la decisión del Tribunal en cuanto rechazó el cambio de calificación dado que la circunstancia de que no se haya encontrado el cuerpo de la víctima no es óbice para que se aplique la figura legal aludida. La Suprema Corte de Justicia

de la Provincia de Mendoza anuló aquella decisión y mandó a otro tribunal a efectuar un nuevo debate. La causa fue finalmente radicada en la Tercera Cámara del Crimen.

Algunos de los extractos de los testimonios más relevantes rendidos durante el segundo juicio contra Mariano Luque fueron los siguientes:

Luis Curallanca, padrastro de Luque, dijo que aquel no se encontraba ese día en la finca, que podía ser que el individuo estuviera arreglando la alambrada del lado sur del campo.

Deolinda Giménez dijo que su hermana Soledad “era de irse pero volvía al otro día”, que ella tenía tres hijos pequeños que “le importaban”. Contó que estaban próximas a cobrar una indemnización por la muerte de su madre y que nadie la había amenazado por ese tema. Sabía que tenía relación con Luque. Él la llamaba, le mandaba mensajes, la veía, iba a la casa de sus hermanas, le daba dinero. Expresó que habían ido a preguntarle a Luque por Soledad y que este había dicho que no sabía nada. Negó haberle enviado mensajes a Soledad.

Romina Giménez relató que su hermana Soledad había puesto el lavarropas a andar y dijo que ya venía. Sin embargo, la joven vio que su hermana había recibido un mensaje que era de Mariano y decía “te estoy esperando”. Confirmó que durante ese año se habían frecuentado bastante, aunque ella quería volver con Armando Chacón, padre de su hija. Soledad salió de la casa sin nada, dijo que iba a pasar por lo de “Don Mario” para pedirle un trabajo. Contó que Luque estaba obsesionado con ella y que la amenazaba. Que entre las hermanas le enviaron un mensaje de texto a la línea que usaba Soledad y que recibieron como respuesta que no iba a volver, pero que ese mensaje lo habían redactado de forma abreviada, siendo que Soledad siempre escribía con palabras completas.

Daniela Leonela Bachi dijo haber visto un mensaje de Luque a Soledad una semana antes de desaparecer que decía que le iba a hacer pagar una por una todo lo que le había hecho. Dijo que Luque era violento.

María Ester Santana dijo que con Soledad eran muy amigas, que el día de su desaparición la cruzó en la calle y afirmó que su amiga le gritó que iba a encontrarse con Luque. Quedaron en encontrarse a las 18 horas para tomar mate. Soledad le había contado que el imputado la insultaba porque no quería verla con Armando Chacón. Contó que con Luque tenían relaciones sexuales pero que a Soledad a veces no le gustaba porque este tenía un carácter muy fuerte y la zamarreaba cuando no quería mantenerlas.

Armando Chacón dijo que no había estado frecuentando a Soledad antes de su desaparición, que estaban separados y que Soledad no le expresó su deseo de volver con él.

El Subcomisario Ariel David Yanzón habló de un curandero de nombre Salomón al que Soledad le debía dinero. Sin embargo, no pudieron relacionarlo con la desaparición de la joven. Contó que se daban distintas hipótesis pero la más fuerte era la de Luque, que existían muchos mensajes entre este último

y Olivera, más el día en que desapareció. Las conversaciones con los vecinos decían que ella había sido vista en la tranquera donde vivía Luque. Explicó que no era común que ocurrieran desapariciones de mujeres en esa zona.

Beatriz Verónica Chacón manifestó que el imputado había sido su pareja durante dos años y que sabía que Luque y Olivera se enviaban mensajes. Sobre la desaparición de Soledad, Mariano le había dicho que estaba muerta, que él la había matado.

Mario Lucero, alias “Don Mario”, declaró que Soledad solo había pedido trabajo unos cinco o seis años antes a su desaparición y que no habían quedado en juntarse ese día.

Por su parte, el acusado dijo que la relación con Soledad era de amistad, que nunca la amenazó, que los dos querían tener relaciones, que él la ayudaba con mercaderías para los chicos o con dinero. Expresó que el día que desapareció ella le pidió dinero y él le contestó que fuera a la finca. Dijo que con anterioridad había negado la comunicación entre ambos porque para esa fecha ya estaba en pareja con Beatriz Chacón. Aclaró que habían quedado en que si conseguía movilidad, le acercaría él el dinero en el transcurso de la tarde. Expresó que al día siguiente la llamó para averiguar si había conseguido el dinero pero reveló que no tuvo respuesta. Aseveró que con Soledad nunca iba a formalizar la pareja y que no estaba enamorado de ella.

De manera contradictoria, en una declaración anterior había dicho que para la fecha de su desaparición no estaba en pareja con Beatriz Chacón, que había comenzado la relación con ella luego de medio año de que desapareció Olivera. Finalmente, al preguntársele por qué no volvió a llamar a Soledad contestó: “no sabría decirle”.

5. Actividad práctica

- Los alumnos formarán grupos compuestos por al menos tres integrantes, donde representarán a la Fiscalía, la Defensa y la Cámara del Crimen, y se los pondrá en conocimiento de los hechos y de los testimonios arriba transcritos.
- Juego de roles: en su calidad de fiscales, defensores y miembros del tribunal, los estudiantes del mismo grupo tendrán 15 minutos para debatir el caso entre ellos. Para ello, desde el rol que interpreta cada uno, formularán argumentos y contraargumentos teniendo en cuenta lo enseñado hasta el momento: los principios del derecho penal, los fines de la pena y valorar, particularmente, la circunstancia de la inexistencia del cadáver.
- Tras esta breve discusión, cada grupo contará con 15 minutos para exponer los argumentos que habrían utilizado ante el tribunal, para luego dirimir la cuestión quienes eligieron el rol de jueces.
- Una vez finalizada la actividad, y luego de la exposición de, al menos, tres grupos, se les hará entrega de una fotocopia con los fundamentos de ambas sentencias tratadas.

CAPÍTULO XI

DERECHOS HUMANOS

GONZALO M. EVANGELISTA

1. Introducción

Como resultado del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte Interamericana) en la causa “Fontevéccchia y otros c/ República Argentina”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN o Corte Nacional) ha adoptado una polémica postura frente a los pronunciamientos de organismos jurisdiccionales internacionales poniendo en tela de juicio la relación entre la soberanía jurídica de los Estados y el derecho internacional de los derechos humanos.

La reedición por parte de la Corte Nacional de la discusión sobre el valor, carácter y lugar que debieran ocupar estas resoluciones en el derecho interno brinda una oportunidad manifiesta para reflexionar críticamente sobre ambas posturas en el seno de la universidad, a partir de ser esta uno de los ámbitos más adecuados para hacerlo.

Coincidente con la afirmación anterior, el creciente protagonismo jurídico, político y social de los derechos humanos se ha visto reflejado en el nuevo plan de estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, adquiriendo obligatoriedad la materia dedicada a su estudio.

En efecto, orientada a transmitir conocimientos teóricos y prácticos sobre los derechos inherentes a las personas, la Cátedra de Derechos Humanos tiene entre sus principales objetivos desarrollar competencias relacionadas al análisis, aplicación y alcance de la normativa nacional e internacional que los contienen, procedimientos ante organismos internacionales y modos de reclamar su respeto y garantía. Luego de su cursado y aprobación las personas se encontrarán plenamente capacitadas para convertirse en promotoras activas de la defensa y protección transversal de los derechos humanos, con herramientas suficientes para promover su ejercicio, diagnosticar hechos que

los vulneren e incidir en las políticas públicas del Estado para prevenirlos, o, en caso de no ser posible, impulsar la sanción de las correspondientes responsabilidades.

Por estos motivos, el presente proyecto de actividad académica toma como disparador la mencionada sentencia de la Corte Nacional y ofrece como propuesta una alternativa de aprendizaje donde se apliquen conceptos medulares de la cátedra de una manera práctica y dinámica que permita descubrir y experimentar el papel protagónico de la argumentación en las decisiones judiciales y la importancia de la correcta aplicación de conceptos específicos de una materia para abordar cuestiones vinculadas a ella.

Para lograr con éxito los objetivos generales de la cátedra y los específicos que oportunamente se detallarán, la iniciativa ha sido dividida en tres grandes partes a desarrollarse en dos clases consecutivas: una clase teórica de tres horas dictada por uno de los profesores de la cátedra; una instancia intermedia de investigación y estudio; y una clase práctica posterior de tres horas protagonizada por los/as alumnos/as.

La primera, destinada a otorgar una base conceptual y metodológica sólida para trabajar, se sustenta en la exposición resumida de diferentes construcciones de probada calidad teórica y pedagógica: 1) el **método del caso**, y 2) la evaluación de los argumentos desde criterios formales y sustanciales, basado en, por un lado, la tesis de Manuel Atienza respecto a la forma en que deben evaluarse las argumentaciones jurídicas, y, por otro, dos recopilaciones de jurisprudencia realizados por instituciones de jerarquía internacional en materia de Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH).

La segunda se refiere a una instancia optativa de investigación a desarrollarse entre ambas clases presenciales, donde cada alumno/a podrá profundizar en los temas y contenidos que se les brinde para obtener luego un mejor desempeño práctico.

La tercera y última consiste en la realización de una serie de ejercicios en forma individual y grupal en tres horas cátedra, aplicando el material estudiado y experimentando en primera persona la tarea de argumentar y contraargumentar sobre el tema seleccionado.

2. Objetivos

En cuanto a los objetivos específicamente previstos, los mismos pueden resumirse de la siguiente forma:

- *Aprender a leer sentencias y reconocer los argumentos de mayor relevancia.*
- *Analizar críticamente las resoluciones de los máximos tribunales nacionales e internacionales.*
- *Relacionar los temas aprendidos en clase y su aplicación por parte de los tribunales.*

3. Competencias a trabajar en la clase

Respecto a las competencias o habilidades que se pretende que adquiera cada una de las personas que realicen la actividad, estas se resumen en:

- *Comprender el alcance de la normativa nacional e internacional sobre derechos humanos.*
- *Encontrar y analizar jurisprudencia de la Corte IDH⁽¹⁾ y de la Corte Nacional.⁽²⁾*
- *Contextualizar e identificar las variables que intervienen en un caso concreto.*
- *Interpretar y comparar los fundamentos teóricos e ideológicos de cada protagonista.*
- *Evaluar la calidad de los argumentos en relación a los diferentes factores intervinientes.*
- *Experimentar en forma práctica la actividad argumental realizada por los órganos jurisdiccionales.*

4. Presentación del caso

En relación al caso seleccionado, el mismo abarca dos sentencias y las resoluciones de ellas derivadas, una de la Corte Nacional y una de la Corte IDH.

Luego del procedimiento ante el SIDH con la participación activa del Estado y de los representantes de las víctimas, la Corte IDH declaró que el Estado argentino era responsable por la violación del derecho a la libertad de expresión de los peticionantes, y ordenó una serie de medidas de reparación, entre las cuales se encontraba dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D'Amico y todas sus consecuencias.

De acuerdo a lo resaltado por la Dra. Aída Kemelmajer el día 9 de agosto del presente año en la conferencia inaugural de la diplomatura de posgrado en Litigación Internacional dictada por la Facultad de Derecho de la UNCuyo, al problema de fondo que plantea la sentencia del Máximo Tribunal nacional y sus argumentos, se le suman otros dos: el del tiempo y el relativo al procedimiento seguido por la CSJN.

En cuanto al tiempo, la Dra. Kemelmajer enumera cronológicamente los pasos seguidos en la justicia interna para arribar a la solución final:

- 1) *En noviembre del año 2011 la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado argentino, otorgándole un plazo de un año para cumplir la sentencia.*
- 2) *En septiembre del año 2012 la CSJN recibe un oficio por parte del Ministerio correspondiente para que decida por el cumplimiento o no de la sentencia.*

(1) Disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

(2) Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/consulta.html>

- 3) *En septiembre del año 2013 la CSJN decide correrle vista a la Procuración General de la Nación.*
- 4) *En septiembre del año 2014 la Procuración General de la Nación contesta pidiendo un traslado al ex Presidente de la Nación, Dr. Carlos Menem, que había sido parte en el proceso interno que había dado lugar a la petición ante la CIDH, pero no había participado del procedimiento internacional.*
- 5) *En marzo del año 2016, el Dr. Menem responde precisamente que no había sido parte del procedimiento sobre el cual se le corría vista.*
- 6) *En febrero del año 2017 la CSJN por mayoría resolvió mediante una sentencia desestimar el pedido de revocación que en cumplimiento de la sentencia internacional había realizado la Secretaría de Derechos Humanos dependiente del Poder Ejecutivo nacional.*

Respecto al procedimiento interno, Aída Kemelmajer advirtió que resultaba criticable para varios autores de renombre el hecho de que la Corte Nacional resolviera en forma de sentencia el planteo inicial que había llegado a ella a través de un oficio.

Por su parte, en el ámbito internacional la Corte IDH, en noviembre de 2016, había emitido una resolución en el marco de la supervisión de cumplimiento de la sentencia, resolviendo, por un lado, que el Estado ha dado cumplimiento total a la medida de reparación relativa a realizar las publicaciones de la sentencia y su resumen oficial, pero, por otro, que debía mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación ordenadas, relativas a:

- a) *dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias, y*
- b) *entregar los montos referidos por concepto de "reintegro de las sumas efectivamente pagadas por cada una de las víctimas o, en su caso por la Editorial Perfil, con los intereses y actualizaciones que correspondan de acuerdo al derecho interno" y de reintegro de costas y gastos.*

En resumidas cuentas, el fallo de la CSJN es producto del desacuerdo parcial del Máximo Tribunal nacional con una sentencia de la Corte IDH recaída en un caso litigado en el Sistema Interamericano que condena al Estado nacional a cumplir una serie de medidas reparatorias a favor de víctimas concretas, haciendo caso omiso además de la resolución dictada en el marco de la supervisión de su cumplimiento.

5. Actividad práctica

La actividad consta de tres partes: una teórica, una instancia intermedia de estudio individual y una clase práctica de aplicación de los saberes adquiridos.

Si bien su contenido estaría a disposición de quien diserte, se sugiere que incluya tres temas: el método del caso como técnica con la cual se trabajará un caso difícil; la determinación del tipo de análisis que se proyecta que realicen

de su argumentación; y finalmente un detalle de los puntos relacionados con el contenido de la materia que se aspira que sean objeto de ello.

5.1. Clase teórica

La clase teórica de tres horas cátedra a cargo de la cátedra de Derechos Humanos tiene como principal objetivo promover la participación activa de los y las estudiantes para establecer un nivel mínimo de conocimientos.

Para introducir a los/as estudiantes en ellos, tomaremos como guía: una publicación realizada por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (en adelante, CEJIL), donde expresamente se avanza en dirección a identificar y explicar las discusiones normativas e institucionales en la ejecución de sentencias de la Corte IDH; y un trabajo realizado con el aval de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, donde se recopila brevemente la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de excepciones preliminares.

Su estructura, selección de temas y el examen de cada uno de ellos servirán de parámetros orientativos replicables y, a la vez, harán las veces de disparador de tópicos respecto de los cuales sea posible profundizar y continuar el debate hasta la actualidad.

5.2. Estudios de casos particulares: Cejil/CNDH México

5.2.1. Ejecución de sentencias de la Corte IDH

Una de las coordinadoras de la publicación realizada por el CEJIL denominada *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de derechos humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Viviana Krsticevic,⁽³⁾ en el primer párrafo de sus reflexiones iniciales, expresa que

... la reparación de las violaciones de derechos humanos en virtud de una resolución internacional hace realidad la tutela comprometida por las naciones de la región al ratificar la Convención Americana y otros tratados interamericanos; por esto, sin ejecución de las sentencias en la esfera local, no es posible hablar de verdadera tutela regional. Su incumplimiento erosiona la autoridad de las decisiones de la Comisión y la Corte y desprotege a quienes acuden a este ámbito en búsqueda de amparo (Krsticevic, 2007, p. 15)

Según su propia introducción, el texto receta algunas de las discusiones y soluciones que se habían dado hasta el año 2007 desde el derecho comparado y el derecho internacional a la ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano en el plano local, dividiéndose en tres partes:

- 1) *resumen del marco normativo e institucional en el que se da el debate sobre ejecución de las decisiones del SIDH;*

(3) Al momento de la publicación se desempeñaba como Directora Ejecutiva de CEJIL.

- 2) enumeración de algunos de los desafíos y reflexiones sobre la implementación de las medidas adoptadas por el SIDH en el marco de las reparaciones integrales; y
- 3) abordaje de algunas de las soluciones intentadas, destacando experiencias en el ámbito normativo, institucional y jurisprudencial.

La importancia de su lectura y la de los fallos que cita radica en que, además de la estructura general que a continuación será brevemente expuesta, de ello surgen variadas cuestiones de interés.

Por un lado, que las polémicas generadas por el caso de la Corte Nacional *sub examine* no es novedosa: ya en el año 2007 las discusiones sobre la ejecución de las decisiones del SIDH llevaban más de una década girando en torno al carácter obligatorio y autoejecutivo de las decisiones, el alcance de las reparaciones ordenadas y la legitimidad de los reclamos de las víctimas, sus representantes o del propio Sistema Interamericano.

Por otra parte, que tampoco es nuevo el desconcierto de los Estados frente al alcance de su responsabilidad de ejecutar una orden que está fuera de la competencia del Poder Ejecutivo nacional; situación que se agudiza en países de estructura federal, donde el gobierno nacional responde también por el de los Estados provinciales.

A su vez, advierte que no puede desconocerse el peso de factores extralegales en la ejecución de las decisiones. De hecho, sostiene que conocerlos es útil para allanar las dificultades que por desconocimiento de la práctica del derecho internacional y especialmente de los derechos humanos oponen a los actores involucrados en el proceso de ejecución.

Por último, se desprende del texto que existen circunstancias –de orden legal o administrativo– cuya falta de debate previo puede demorar el cumplimiento efectivo de una sentencia, y cita como ejemplo el problema de cómo se garantizan los derechos de terceros ajenos a la actuación de la Corte pero que sufrirán consecuencias derivadas de la orden establecida por el Tribunal.

Ingresando ya en el detalle del artículo, su índice advierte la siguiente fórmula para abordar la problemática:

Primera parte: marco normativo e institucional del SIDH relevante a la ejecución de sentencias

Debido a que el SIDH cuenta con un marco normativo e institucional fundamental para el cumplimiento de las decisiones: define reglas, procedimientos e instituciones para facilitar la ejecución de sus decisiones.

a) Las decisiones del SIDH en el ámbito contencioso y su carácter vinculante

En relación con las sentencias, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) en sus arts. 67 y 68 establece de manera expresa su carácter definitivo, inapelable y vinculante. La Corte IDH, en concordancia con las reglas fundamentales del derecho de los tratados (art. 27

de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; “Caso Baena Ricardo...”, 2003), ha interpretado las obligaciones generales de respeto de los derechos y el consecuente deber de adoptar disposiciones del derecho interno (conforme los arts. 1.1 y 2 CADH) exigiendo la efectividad y la ejecutividad de las mismas.

b) Alcance de las medidas de reparación del Sistema Interamericano

En virtud del art. 63 CADH, la Corte IDH ha determinado medidas reparatorias sumamente amplias y referidas a una vasta cantidad de materias que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y que no sean repetidas.

El CEJIL encuentra fundamental conocer el desarrollo de esta temática para comprender los desafíos que enfrentan los órganos encargados de cumplir los diversos componentes de las resoluciones, y en consecuencia dedica una sección a abordar las principales características y objetivos de las medidas de reparación adoptadas particularmente en las resoluciones de la Corte IDH.

c) Mecanismos de ejecución y supervisión del cumplimiento de las decisiones

Otro aspecto importante es conocer cómo se encuentra previsto en la CADH la ejecución de las reparaciones que deriven de las sentencias: el art. 68.2 consagra el mecanismo de ejecución de las indemnizaciones pecuniarias establecidas por la Corte IDH pero no establece la vía para la implementación de otro tipo de reparaciones determinadas por el Tribunal.

En este sentido, la CADH deja a la discreción de los Estados el establecimiento de las medidas o la realización de las acciones que considere necesarias para cumplir con las sentencias. Para el CEJIL es razonable teniendo en cuenta la diferencia que tiene la protección internacional respecto de la búsqueda de soluciones a nivel local, así como por cuestiones de orden práctico relativas a las diversas estructuras jurídicas de cada país y la variedad de las medidas ordenadas por la Corte IDH, entre otras.

d) Obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para ejecutar las decisiones

El art. 2 de la Convención Americana obliga expresamente a los Estados a adoptar a nivel local aquellas medidas de carácter legislativo, judicial o administrativo que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados convencionalmente.

En referencia a sus decisiones, el principio de efectividad de la protección internacional exige que los Estados aseguren el cumplimiento. Así, la Corte IDH ha afirmado que:

... los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos.

Este principio se aplica (...) también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos (Corte IDH, 2005, párr. 6).

Segunda parte: experiencias en la ejecución de sentencias del SIDH: casos y debates

En esta parte el texto de la ONG internacionalmente reconocida presenta algunas de las dificultades que se han suscitado en la ejecución de las decisiones de los órganos del SIDH, destacando obstáculos que tienen que ver con cuestiones de coordinación entre diversos actores estatales y la falta de claridad acerca de sus competencias en la efectivización de una misma orden, y obstáculos que exigen una interpretación adecuada de institutos jurídicos como la cosa juzgada, la prescripción, la titularidad de la acción y la inejecutabilidad de las decisiones contra el Estado.

Para su análisis parte de dos presupuestos generales: los órganos del Sistema Interamericano son quienes determinan las violaciones a la CADH y establecen las reparaciones debidas en los casos ante su jurisdicción; y los compromisos internacionales de carácter general de los Estados ratificantes del tratado exigen que se garanticen los derechos tutelados en el instrumento; circunstancias de las que se colige que los Estados tienen la obligación de adoptar aquellas disposiciones y medidas en el ámbito interno que hagan efectiva la ejecución de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión Interamericana o CIDH) y la Corte IDH.

Logros y desafíos en la ejecución de las sentencias

Aunque el CEJIL estima que parte de la explicación de la respuesta insuficiente de los Estados puede estar motivada en una falta de voluntad, en la ausencia de disposiciones legales o en el desconocimiento de sus obligaciones en virtud de los compromisos internacionales, también considera cierto que estos han señalado dificultades en la interpretación de principios y garantías del derecho que limitan su capacidad de acción.

Para explorar con más detalle estos aspectos, analiza tres casos, de los cuales nos interesa resaltar el primero y el tercero, y los fallos traídos a colación en su desarrollo por su estrecha vinculación con la polémica generada en el caso “Fontevecchia”: la ejecución de una decisión internacional que ordena revisar un proceso en el que existe una sentencia firme condenatoria; y el abordaje del conflicto generado por terceros que sin tener una participación en el proceso internacional pueden ser afectados de modo directo por las consecuencias.

- **Caso uno: La orden de liberar a una persona o realizar un nuevo juicio respecto de una persona condenada**

No siempre las acciones del Poder Ejecutivo bastan para reparar el daño evidenciado en las decisiones de los órganos interamericanos. El alcance mismo de estas puede dificultar la resolución de la situación. La Corte IDH se ha manifestado en este sentido en los casos “María Elena Loayza vs. Perú” y “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”.

Uno de los obstáculos que se presentan para reabrir un proceso es el respeto del principio de cosa juzgada o *res judicata*. No obstante lo anterior, no es un principio absoluto sino que cede, una y otra vez, en el ámbito penal y en el civil frente a situaciones como el error, la arbitrariedad, la prueba nueva que demuestre que no hubo delito o que excluya la responsabilidad del condenado, cohecho, prevaricato, etc. Para graficar esta situación la publicación toma como ejemplo “Acosta” (1998), fallo relativo al cumplimiento de la decisión de la recomendación de la CIDH en el caso “La Tablada” (Informe 55/1997) y una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa.⁽⁴⁾

- **Caso tres: los derechos de terceros**

El tratamiento de los derechos de terceros ajenos al proceso internacional requiere recordar que el SIDH también asume que la responsabilidad estatal se extiende a la protección de los derechos de los individuos frente a ellos. Al respecto, el trabajo citado trae a colación las medidas provisionales dictadas en el caso de los “Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el ‘Complejo do Tatuapé’ da FEBEM”.

Ahora bien, aun cuando los casos contenciosos ante el Sistema Interamericano enfrentan al Estado con una víctima o grupo de víctimas que reclama por acciones u omisiones de sus agentes, en algunas circunstancias tienen la potencialidad de afectar derechos de terceros que no se encuentran participando en el debate internacional. Ello ocurre con frecuencia cuando el Estado es denunciado por las acciones u omisiones de funcionarios en la resolución de controversias entre particulares, entre otros supuestos.

Este debate no ha sido ajeno a la implementación de decisiones a nivel local. En Argentina la CSJN tuvo posiciones encontradas en dos casos en los que consideró que la sentencia de la Corte IDH menoscababa derechos de terceros: caso “Cantos” (CSJN, 2003; Corte IDH, 2002) y caso “Bulacio” (CSJN, 2004, considerando 15; Corte IDH, “Caso Bulacio...”, 2003).

(4) Recomendación R (2000) 2, “Sobre el re-examen o reapertura de ciertos casos a nivel local en consecuencia de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19/01/2000 en ocasión a su reunión n.º 694.

Por su parte, la Corte IDH en casos como “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (2004, párr. 195) y “Ricardo Canese vs. Paraguay” (2004) ya ha establecido medidas de protección o reparación independientemente de su afectación de derechos de personas que no habían participado en el proceso internacional.

Consecuente con ellos, el CEJIL arriba a la conclusión de que si bien es posible limitar la afectación en un caso específico si el tercero que actuó de buena fe no es quien asume directa o indirectamente el costo del yerro estatal –especialmente si la reparación del daño puede ser expresada a través de un acto que corresponda exclusivamente realizar al Estado–, no todos los casos pueden ser resueltos con esta fórmula.

Adicionalmente, la Comisión Interamericana y la Corte IDH pueden actuar en la conciencia de que, como resultado del proceso internacional, se pueden reabrir legítimamente procesos judiciales a nivel local en la medida que “no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en (...) hechos internacionalmente ilícitos” (Corte IDH, “Caso Gutiérrez Soler...”, 2005, párr. 98).

En resumen, si bien el Sistema Interamericano trata sobre la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones de sus agentes, es posible que a través de sus resoluciones se afecten derechos de terceros. Ello puede ocurrir tanto beneficiando como perjudicando sus intereses. En el caso en que sea posible perjudicar a un tercero, los órganos del sistema pueden tener en cuenta esta posibilidad limitando el impacto sobre terceros específicos a través de sus sentencias cuando ello no desnaturalice la reparación debida.

Tercera parte: desarrollo jurisprudencial en Argentina

El CEJIL sostiene que las decisiones del SIDH requieren en su gran mayoría del accionar por parte de la administración de justicia. Aunque desde la perspectiva del derecho internacional existe el **principio de subsidiariedad**, no es posible invocar dificultades de interpretación o adecuación normativa a nivel local para excusarse del cumplimiento de aquellas (cfr. art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Para la ONG internacional el marco constitucional y la interpretación de los jueces y juezas tiene un peso definitivo en la superación de los obstáculos para la ejecución de sentencias de la Corte y en la conformidad de la protección de derechos humanos a nivel local con las pautas mínimas dictadas por los órganos de protección a nivel interamericano.

En este marco, a modo ilustrativo señala diferentes decisiones de tribunales nacionales. En lo que a nuestro trabajo respecta, nos interesa destacar las menciones realizadas en este apartado a la CSJN.

Jurisprudencia interna sobre el alcance de las obligaciones en derechos humanos contenidas en los tratados

El CEJIL empieza por señalar que en algunos casos los tribunales internos han hecho referencia a las decisiones de la CIDH y la Corte en su calidad

de guía para la interpretación de las obligaciones del Estado al ratificar las convenciones interamericanas de protección de los derechos humanos. De la Corte Nacional destacan los casos “Girolodi” (1995) y “Acosta” (1998, considerando 10).

Luego recuerda que la CSJN en el caso “Simón” fue aún más allá al sostener que la jurisprudencia de la Corte IDH y las directivas de la Comisión “constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (2005, véase también el dictamen del Procurador General de la Nación).

Por otro lado, y yendo aun más allá, subraya que en el caso “Arancibia Clavel” (2004) ha utilizado la jurisprudencia del sistema como pauta o evidencia de la existencia de una costumbre internacional que vincula al Estado.

Reconocimiento de las decisiones de la CIDH y la Corte IDH en las sentencias de la CSJN

Este apartado ha sido destinado por el CEJIL directamente a analizar el grado de recepción en el derecho argentino de los estándares de protección internacional establecidos en el Sistema Interamericano, mediante una reseña de las principales decisiones emitidas hasta el año 2007 por la CSJN en las que se estableció el mayor o menor vigor jurídico de las resoluciones del Sistema Interamericano a nivel local. Inicialmente cita el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich y otros” (1992) y el caso “Girolodi” (1995, considerando 11) afirmando que la jurisprudencia de la Corte IDH debía servir de guía de interpretación de la Convención Americana.

En decisiones posteriores mantuvo este criterio, aun cuando no reiteró en forma expresa la regla si hizo aplicación concreta del principio. Así, por ejemplo, caso “Arana” (1995); caso “Bramajo” (1996, considerandos 9 y 14); caso “Nápoli” (1998, considerando 18; Corte IDH, “Caso Suárez Rosero, 1997; Corte IDH, OC 8/1984).

Luego comenzaron las contramarchas en el reconocimiento del valor de las decisiones del SIDH. El CEJIL encuentra importante recalcar el retroceso de un grupo de decisiones (“Acosta” (cfr. Corte IDH, 2014, considerando 8 y resolutive 1), “Boico” (CSJN, 2000), “Felicetti” (CSJN, 2000, considerando 6) si se las compara con “Arana”, “Nápoli” y “Bramajo”).

En algunos de los votos que conforman las mayorías de estas decisiones se observa una preocupación por evitar la revisión de una decisión que había pasado en autoridad de cosa juzgada.⁽⁵⁾ Asimismo, se advierte que otros votos hicieron referencia a la inexistencia de una norma que habilitara el recurso

(5) Según la autora del apartado del texto de CEJIL, esto se advierte en CSJN, “Acosta” (votos de los Dres. Boggiano y Bossert), donde interpretan que la recomendación de la CIDH en el Informe 55/1997 era para el futuro y no para el caso en concreto.

de la sentencia y a la necesidad de remediar esta situación.⁽⁶⁾ Sin embargo, la mayoría de la Corte argentina se resistió a seguir la solución de “Ekmekdjian” en el sentido de considerar el derecho al recurso como operativo, y sobre la base de argumentos formales que violan el principio de buena fe exigido para el cumplimiento de los tratados internacionales, se rehusó a conceder el recurso a la sentencia de condena en los casos tratados.

Existe otro grupo de casos que, analizados en conjunto, demuestran las variaciones en los criterios de la Corte Nacional en cuanto al valor que ha otorgado a las decisiones emitidas por órganos del SIDH:

- Caso “Cantos” (2003, considerando 4 y votos de Dres. Petracchi y López): *Por mayoría se negó a cumplir alegando que, de respetar la decisión dictada en el ámbito internacional se afectaría la cosa juzgada, y se verían vulnerados los derechos de terceros que no habían intervenido en la instancia internacional y que no podían intervenir en ese proceso de toma de decisión.*
- Caso “Espósito Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa” (2004).⁽⁷⁾ *La CSJN condicionó el deber de cumplimiento diciendo que solo “en principio (...) debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional” y criticó duramente el criterio en materia de derecho de defensa que se desprende de la decisión de la Corte IDH.*
- *En los 2004, 2005 y 2006 la CSJN mostró una mayor sensibilidad a la evolución de la jurisprudencia del SIDH en casos como “Romero Cacharane” (Fallos: 327:388), “Quiroga” (Fallos: 327:5863), “Llerena” (Fallos: 328:1491), “Verbitsky” (Fallos: 328:1146), “Maldonado” (Fallos: 328:4343) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680); “Simón” (Fallos: 328:2056), “Casal” (Fallos: 328:3399), “Lavado” (Fallos: 330:1135).*

De manera coincidente con la enumeración iniciada por el CEJIL, es posible agregar sentencias posteriores de diferentes tribunales nacionales y de la Corte IDH que evidencian la continuidad de esta última línea argumental. Por citar algunas de ellas: las sentencias de la CSJN en los casos “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal” (2011, considerando 5) y “Carranza Latrubesse” (2013); sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza en el caso “Roldán Cajal” (Cfr. SCJ Mendoza, Sala II, 2012, considerando 5 y punto resolutivo 1); y las sentencias de la Corte IDH en el “Caso Gelman” (2011) y en la supervisión de cumplimiento del caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación *in vitro*’) vs. Costa Rica” (2016).

(6) Cfr. disidencia del Dr. Petracchi en CSJN, “Acosta” y “Felicetti” y disidencia de los Dres. Boggiano y Bossert en “Felicetti”.

(7) Decisión que se corresponde con la sentencia de la Corte IDH en el “Caso Bulacio...”, 2003, considerando 6.

5.2.2. Excepciones preliminares

Un simple repaso por los argumentos de la CSJN en el caso “Fontevicchia” permite advertir que varios de ellos pueden incluirse en los que históricamente han sido interpuestos por los Estados como **excepciones preliminares**.

En consecuencia, en forma previa al examen crítico por parte de los/as alumnos/as, vale realizar un breve análisis de lo que ha expresado la jurisprudencia interamericana, para lo cual tomaremos como guía la recopilación realizada por Patricia Tarre Moser (2016).

5.2.2.1. Criterios de presentación, oportunidad y examen de las excepciones preliminares

Las excepciones preliminares son “actos mediante los cuales un Estado busca, de manera previa, impedir el análisis del fondo de un asunto”, objetando la “admisibilidad de un caso o (...) la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos” (Corte IDH, 2000, párr. 34).

En cuanto a la oportunidad, la Corte IDH ya ha reafirmado que su reglamento vigente en sus arts. 41 y 42 indica que deben ser interpuestas por el Estado en su escrito de contestación (Cfr. Corte IDH, 1991, párr. 36; 2013, párrs. 26-27). Asimismo, también ha dejado claro el carácter preliminar que deben tener (Cfr. Corte IDH, “Caso Tarazona Arrieta...”, 2014, párrs. 13-19).

5.2.2.2. Contenido sustancial

Si bien no existen reglas específicas sobre temas que pueden ser materia de excepciones preliminares, la posibilidad de interponerlas forma parte de la práctica común de los tribunales internacionales, por lo que es posible encontrar abundante jurisprudencia al respecto.

Respecto a la **competencia** de la Corte IDH, ella misma ha señalado que “tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence / Kompetenz-Kompetenz*)” en casos como “Ivcher Bronstein vs. Perú” (1999, párrs. 32 y 33); “Hilaire vs. Trinidad y Tobago” (2001, párr. 78) y “Furlán y familiares vs. Argentina” (2012, párr. 15).

Un tribunal local no puede válidamente limitar la competencia contenciosa de la Corte IDH sin incurrir en un ilícito internacional violatorio de las normas de la CADH. Cabe recordar que en casos donde los Estados han invocado un argumento relacionado con la idea de soberanía absoluta, la Corte IDH ha resuelto que ello representa un acto de evidente desacato de la obligatoriedad de sus sentencias, contrario al principio internacional de acatar las obligaciones convencionales de buena fe.

En cuanto a su **competencia material**, de manera similar a la del caso bajo examen, los Estados la han cuestionado expresando que es facultad del Estado decidir internamente. Sin embargo la Corte IDH en el “Caso Castillo

Petruzzi vs. Perú” (1999, párrs. 100-102). ha respondido resaltando que al ratificar la Convención Americana el Estado aceptó las obligaciones convencionales consagradas en esta y por ello se ha obligado a participar en los procedimientos ante la CIDH y ante la Corte IDH, asumiendo las obligaciones que derivan de estos.

Por último, otra objeción relativa a la competencia material planteada en el caso “Fontevicchia” se refiere a la utilización de la Corte IDH como una **cuarta instancia** de lo ya resuelto internamente.

Íntimamente relacionada con la excepción preliminar de agotamiento de los recursos internos, se conoce como “cuarta instancia” a la tesis elaborada por la Comisión en el caso “Clifton Wright vs. Jamaica” y desarrollada en el caso “Marzioni vs. Argentina”, expresando que por su función no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia (Cfr. CIDH, Informe 98/2006, párrs. 49-53). Al respecto, la autora mexicana trae a colación una sentencia en la que la Corte IDH se ha pronunciado sobre el asunto: “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México” (Cfr. Corte IDH, 2010, párr. 18).

5.3. Clase práctica

Finalizada la clase destinada a exponer herramientas conceptuales y a orientar a los/as estudiantes respecto del material de estudio que puede serles de utilidad, en esta última parte se propone utilizar los conocimientos adquiridos aplicando el **método del caso** en alguna de sus modalidades antes descriptas.

De igual forma que la anterior, la clase práctica proyectada se encuentra prevista para desarrollarse en tres horas cátedra. Su evaluación dependerá de diferentes factores, tales como cantidad de estudiantes y metodología de análisis de casos seleccionada.

Respecto a los ejercicios propuestos, implican abordar consecutiva y cronológicamente cuatro aspectos que se detallan a continuación.

5.3.1. Contexto general en que se ubican ambas sentencias

El primer paso es contextualizar correctamente la resolución del Máximo Tribunal nacional y la del Máximo Tribunal interamericano. Este ejercicio implica un repaso por el estado de situación de la posición de Argentina ante los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: a) recepción de los derechos humanos en el ordenamiento argentino; b) jurisprudencia de la Corte IDH ante Argentina: Argentina cuenta con un registro de 17 sentencias en su contra. Entre las medidas de reparación que se le ha impuesto, existen antecedentes vinculados con la necesidad de dejar sin efecto sentencias –por ejemplo, caso “Kimel” (2008) y caso “Mendoza y otros” (2013)–.

5.3.2. Contexto específico en el que se ubica la sentencia de la CSJN

Al margen de los argumentos vertidos por la Corte Suprema nacional y de la razonabilidad de las medidas impuestas por la Corte IDH, lo concreto es que a través de un órgano interno el Estado nacional deliberadamente incumplió una sentencia internacional por no estar de acuerdo con parte de la sanción.

Por tanto, previo a ingresar en el examen de las sentencias, el paso siguiente implica analizar las opciones con las que cuenta un Estado nacional frente a una resolución en sede internacional por un organismo con competencia para sancionarlo.

Este punto refiere a las estrategias que podrían seguir para disentir con un organismo sancionador en el marco de un proceso jurisdiccional internacional: qué sugiere la normativa aplicable; qué ha advertido la jurisprudencia, etc.

5.3.3. Análisis de la sentencia de la Corte IDH

Realizado el repaso por el contexto general y específico correspondiente, el paso siguiente es estudiar la decisión de la Corte IDH, haciendo especial hincapié en las excepciones preliminares y las defensas planteadas por el Estado nacional, los puntos resolutivos y definiciones adoptadas por la Corte IDH, las medidas de reparaciones impuestas al Estado nacional y las medidas adoptadas por parte del Estado nacional para mostrar su desacuerdo con la sentencia condenatoria y sus consecuencias.

5.3.4. Análisis de la sentencia de la CSJN

Finalmente corresponde examinar la argumentación de la Corte Nacional para apartarse de la decisión de la Corte IDH señalando que se había extralimitado en su competencia al disponer, como medida de reparación, que se dejen sin efecto las sentencias civiles que habían conducido a la responsabilidad internacional del Estado.

De sus argumentos se destacan los siguientes:

- a) *alcance del concepto de reparación integral;*
- b) *aplicación de la excepción a la restitución planteada con base en los casos de la Corte IDH: “Aloeboetoe vs. Suriname” (1993) y “Blake vs. Guatemala” (1998), referidos al homicidio de siete personas obligadas a cavar sus propias tumbas por parte de militares, y al homicidio carente de investigación de un periodista y de un fotógrafo cuyos cuerpos fueron encontrados siete años después, respectivamente;*
- c) *imposibilidad de cumplir una medida de restitución por cuestiones de derecho interno;*
- d) *institutos como la subsidiaridad, cuarta instancia y margen de apreciación nacional;*

- e) citas de autores que abordan la temática de la competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia;*
- f) referencia al art. 27 de la Constitución Nacional; y*
- g) incompatibilidad de la revocación de una sentencia propia por su carácter de “órgano supremo del Poder Judicial”.*

6. Conclusiones

A través del estudio pormenorizado de un caso difícil se busca poner a prueba de un modo práctico los conocimientos de quienes participen y despertar el interés por la crítica constructiva de las resoluciones de los tribunales.

En esta línea de ideas, se espera que siguiendo los pasos orientativos detallados, los y las estudiantes adquieran habilidades y herramientas teóricas útiles para que de manera práctica puedan analizar sentencias y arribar individual y grupalmente a conclusiones fundadas –coincidentes o no con los tribunales–, debatiendo sus resultados de manera libre y razonada.

De esta forma, además de poner en tela de juicio la calidad de la argumentación y razonabilidad en ambas decisiones, se pretende que surjan diferentes niveles de análisis cuyos planteos sirvan para evaluar el conocimiento sobre temas específicos incluidos en el programa de estudio de la materia referida a los derechos humanos.

CAPÍTULO XII

DERECHO SUCESORIO

EDUARDO J. CASADO

1. Introducción

El espacio curricular en el plan de estudio se denomina “Derecho Sucesorio”. Se trata de una asignatura con un formato de abordaje teórico-práctico enmarcada dentro del área civil, en el campo de formación disciplinar específica. Su cursado es obligatorio, se desarrolla en quinto año, es de carácter cuatrimestral y tiene una carga horaria semanal de 5 horas y de 70 en el cuatrimestre.

2. Objetivos

- *Resolver problemas profesionales en el paradigma de la complejidad, teniendo en cuenta la sociedad multicultural y el resto de los principios del Código Civil y Comercial.*
- *Desarrollar, en el contexto del análisis de fallos, la perspectiva o el enfoque argumentativo del derecho, entendido como una acción racional relativa al lenguaje, que presupone siempre un problema que implica tanto un proceso, una actividad –lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo– como un resultado.*

3. Competencias a trabajar en la clase

- *Comprender conceptos y categorías propias del enfoque argumentativo del derecho.*
- *Identificar argumentos, líneas argumentativas y formas de resolver que tienen los jueces.*
- *Aplicar el enfoque argumentativo como una herramienta que brinde una estrategia valiosa a la hora de poder resumir lo esencial de la argumentación de un fallo complejo a través de su representación por un número pequeño de elementos.*

Como estrategia didáctica para entender la argumentación se utilizará el esquema ideado por el profesor Manuel Atienza en el Curso de Razonamiento Judicial respecto de cómo entender las argumentaciones, aplicado a un fallo real.

Como estrategia para evaluar las argumentaciones se abordará el fallo a través del recurso pedagógico de las preguntas.

Para argumentar se utilizará también el esquema diseñado por Manuel Atienza, y a partir del modelo diseñado aplicado al fallo traído a la clase se buscará que el estudiante pueda identificar los elementos de las argumentación y pueda distinguir las buenas razones de las que no lo son.

La evaluación de lo enseñado se efectuará a través de la búsqueda por parte del alumno de fallos en la web relacionados con la materia en los que pueda aplicar los saberes desarrollados en la clase

4. Presentación del caso

Lea atentamente la transcripción del siguiente fallo:

SCBA, “Lorenzo, Omar Rodolfo y otra contra Gálvez Allemand, Cintia Jimena s/ nulidad de acto jurídico”, 08/03/2017, causa C. 120.286.

Antecedentes:

La Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata confirmó la sentencia de primera instancia que, oportunamente, había rechazado la demanda. Asimismo, impuso las costas a los actores vencidos (fs. 922 y vta.).

Estos últimos articularon, contra tal decisión, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 926/941).

Oído el señor representante del Ministerio Público, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión:

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

Votación:

A la cuestión planteada, el doctor Pettigiani dijo:

I. 1. Los señores Omar Rodolfo Lorenzo y Udilte Renée Lorenzo promovieron demanda contra la señora Cintia Jimena Gálvez Allemand, persiguiendo la nulidad del testamento otorgado por José Raymundo Lorenzo, hermano de los actores, a favor de la demandada al instituir la única y universal heredera de todos sus bienes. Redarguyen de falsa la escritura porque dicho acto había sido celebrado cuando el otorgante se encontraba agonizando, falleciendo horas después de su otorgamiento (fs. 10/20 vta.).

Posteriormente ampliaron la demanda contra el escribano que intervino en el acto notarial, Lorenzo Vicente del Barrio, titular del Registro N° 1 de la ciudad de Roque Pérez (fs. 196 y vta.).

Corrido el traslado de ley, se presentó la accionada a contestar la demanda (fs. 164/176) y el notario interino de ese registro, quien lo hizo en lugar del escribano demandado -que había fallecido- (fs. 234/241). Ambos repeliendo la acción.

Se abrió el juicio a prueba y, a su turno, la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 4 del Departamento Judicial de La Plata dictó sentencia rechazando la pretensión actora (fs. 850/865).

Este pronunciamiento fue apelado por los accionantes (fs. 873), presentando un único memorial de agravios (fs. 889/900), el que fue respondido por los contrarios (fs. 902/905; 907 y vta.).

2. La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda, al considerar que el causante había tenido plena lucidez mental al momento de disponer de sus bienes por medio de testamento.

Para decidir de esa manera, frente a los cuestionamientos de los apelantes sobre las constancias que emergían de la historia clínica, tuvo en cuenta la presunción que contenía el art. 3616 del Código Civil de que el causante, señor José Raymundo Lorenzo, gozaba de la plenitud de sus facultades mentales al crear el testamento y que era carga de los actores probar que no se hallaba el testador en su completa razón al momento de hacer sus disposiciones.

Sobre tal premisa y apoyándose en doctrina de autores apreció que no cualquier alteración de las facultades del espíritu era suficiente para viciar la voluntad, pues lo necesario era que el testador hubiera sido capaz de entender o querer la disposición de sus bienes en el momento en que había otorgado el testamento (fs. 913 vta./915 vta.).

Consideró que las declaraciones de los testigos sobre las que los actores apoyaban el agravio relativo a la falta de lucidez mental del causante, debían ser apreciados con sumo rigor y que los testimonios brindados por los médicos que habían asistido al paciente, por haber tenido conocimiento directo, prevalecían sobre las apreciaciones conjeturales de los peritos, que no lo habían examinado (fs. 916).

Refiriéndose luego a la prueba documental agregada, la Cámara determinó que era incuestionable el asiento obrante en la historia clínica del paciente con fecha del 11 de octubre de 2005, realizado por la médica Manuelita M. Elías y de donde surgía que el testador se encontraba lúcido y ubicado en tiempo y espacio, ya que la perito calígrafo en su dictamen de fs. 433/438 vta. había aseverado, con fundamentos técnicos, que la firma de la profesional se había trazado por encima del referido texto, desvirtuándose de esa manera la sospecha de que la frase hubiera sido puesta con posterioridad (fs. 916 vta.).

Apoyó también su decisión confirmatoria en que los peritos de la Asesoría Pericial habían descartado que el paciente hubiera sufrido diferentes estados de lucidez, desubicación temporoespacial o excitación psicomotriz, como también que los medicamentos psicofarmacológicos que le habían suministrado hubieran tenido capacidad de alterar el estado de su conciencia, resaltando que los expertos habían informado que horas antes de su deceso el paciente tenía saturación de oxígeno en sangre y que el 11 de octubre de 2005 estaba lúcido y ubicado en tiempo y espacio, aunque en mal estado general (fs. 917).

A ello agregó que la médica endocrinóloga que había visitado al paciente un día antes de fallecer había declarado que se encontraba lúcido, y que la enfermera Marta Luciana Gómez, quien lo había asistido hasta su fallecimiento, declaró que siempre había estado consciente. Descartó considerar el certificado médico de fs. 219 y las declaraciones testimoniales referidas a la situación física y mental del causante, por corresponder a días más alejados al de su muerte y en razón de que los jueces no estaban obligados a ponderar todas las pruebas producidas (fs. 917 y vta.).

Luego de confirmar el estado de lucidez del testador al momento de celebrar el acto, ingresó a analizar los agravios planteados sobre las deficiencias formales señaladas en el testamento y atribuidas al notario interviniente.

Tomó en cuenta que en este tipo de actos jurídicos no era indispensable que el testador dictara sus disposiciones al escribano palabra por palabra, siendo suficiente que aquél expresara en forma clara y espontánea su voluntad en el mismo sentido que resultaba del texto del testamento, pues el término “dictar” contenido en el art. 3656 del Código Civil no debía ser interpretado en sentido rigurosamente literal ni se podía reducir la intervención del notario a una mera transcripción mecánica de las expresiones del testador, ya que en el caso, habiéndose confeccionado de antemano una minuta, la lectura de la misma realizada ante la presencia de los testigos y del testador garantizaba que se había cumplido con tal recaudo y que tal lectura había sido oída por todos (fs. 919 y vta.).

Adicionó que si bien el art. 3657 del Código Civil establecía que el escribano debía dejar constancia acerca de si había realizado el testamento o si solo había recibido por escrito sus disposiciones, la doctrina entendía que era un requisito superfluo cuando toda la etapa preparatoria del acto jurídico había quedado cubierta por la lectura al testador y su ratificación (fs. 919 vta.).

Recordó, además, la importancia de los testigos en este tipo de actos y en la especie resaltó que el notario había dado fe de que los intervinientes eran personas hábiles y de su conocimiento, quienes habían oído el contenido de las disposiciones testamentarias al estar presentes en el acto, por lo que no existía razón para cuestionar la actuación del notario o la validez del testamento (fs. 920 y vta.).

También desestimó el agravio en torno a que el escribano no había dejado asentada la causa por la que el testador no había podido firmar.

Si bien se estableció que la cuestión había sido introducida extemporáneamente (en el momento de apelar y no en su demanda), incumpliendo la manda del art. 266 del Código Procesal Civil y Comercial, lo cierto es que se le dio respuesta a la misma señalándose que la jurisprudencia dominante en torno al art. 3662 del Código Civil y su nota entendía que era suficiente que el escribano consignara "... que el testador no puede firmar por no poder hacerlo" y que la firma a ruego cumplía con el requisito de la expresión de causa, sin necesidad de que se la especificara, si aparecía indudable su voluntad de disponer y su consentimiento al acto, como ocurrió en el caso, en el que además habían intervenido tres testigos. Agregó que la inclusión de la huella digital no invalidaba tampoco el acto pues no era un requisito *ad solemnitatem* (fs. 920 vta./921 vta.).

Por último, desestimó el agravio por la supuesta captación de la voluntad del testador, en razón de que de la compulsa del expediente surgía que no se había producido prueba que generara la convicción de que aquella circunstancia hubiera existido (fs. 921 vta./922).

II. Se agravian los recurrentes, por medio de apoderado, denunciando la violación de los arts. 163 y 164 del Código Procesal Civil y Comercial y 3656, 3657 y 3662 del Código Civil; absurdo y arbitrariedad.

Relatan que como surge de la totalidad de la prueba arrimada a la causa, ha quedado incontestablemente acreditada la existencia de los hechos que dan motivo a la demanda y la clara demostración de la nulidad del testamento otorgado por José Raymundo Lorenzo, cuatro horas antes de su fallecimiento en el Hospital de Roque Pérez donde estaba internado desde hacía dos meses padeciendo una enfermedad terminal de pulmón (fs. 926 vta./927).

Reprochan la reconstrucción histórica que los magistrados hicieron de la realidad cuyo resultado fue el dictado de una sentencia arbitraria y absurda, ya que interpretaron inadecuadamente las normas, prescindieron de prueba decisiva y fallaron en contradicción con las constancias indubitadas de la causa (fs. 927 y vta.).

Alegan que cualquier persona que ha vivido en sociedad y con algunos años sabe que la enfermedad que padecía el causante provocaba hipoxia, lo que implicaba que se le suministraran oxígeno y calmantes, resaltando que estos últimos le fueron provistos diez horas antes del fallecimiento para evitar el dolor y la sensación de ahogo (fs. 928).

Señalan que a pesar de ello los camaristas afirmaron que cuatro horas antes de su fallecimiento se encontraba el paciente en plena lucidez para testar, sin tomar en cuenta las declaraciones de los testigos de que no estaba lúcido y que se había probado con la pericia caligráfica que la hora consignada en el registro de la historia clínica de que se encontraba lúcido se encontraba adulterada, pues se había tachado las doce (12) del mediodía y asentado las dieciocho (18), en la que habían ocurrido los hechos denunciados (fs. 928 y vta.).

Achaca a la señora Galves Allemand el intento de preconstituir prueba por su condición de residente en la ciudad de Roque Pérez, por lo que sin duda contaba con el conocimiento de los médicos, enfermeras, abogados y escribanos del lugar para así quedarse con el campo, el ganado y la casa del señor Lorenzo (fs. 928 vta.).

Refieren que antes de que el causante contratara a la demandada para la realización de las tareas domésticas tuvo una unión convivencial durante cuarenta años con la señora Marta Brígida Coulommé, con la que posteriormente contrajo matrimonio, de quien heredó los bienes que poseía al momento de fallecer (fs. cit.).

Ponen de relieve que los jueces de la Cámara reconocieron seleccionar unas pruebas entre otras para dictar el fallo y por ello entienden que han violado las reglas de la sana crítica y de la lógica jurídica.

Remarcan que el testador no se encontraba lúcido al momento de otorgar el acto, pues así surgía de la prueba testimonial y pericial, señalando que el testamento lo habían llevado redactado de la escribanía, y además no se dejó asentado el motivo por el cual el testador no podía firmar, de lo que se podía inferir la falta de capacidad del testador para comprender el acto que realizaba. Agregan que el único certificado médico sobre el estado de salud del otorgante del acto que poseía el escribano databa de cinco días anteriores a la fecha del testamento (fs. 929).

Sostienen que la Cámara redujo la intervención del escribano a una mera transcripción mecánica de las expresiones del testador, en contraposición con lo que establece el art. 3656 del Código Civil, y que tampoco cumplió el notario con la manda del art. 3657 de ese cuerpo legal al no dejar asentado en la redacción del testamento que hubiera recibido por escrito las disposiciones, entendiéndolo con ello que no existió la expresión de voluntad del testador exigida por el art. 917 de ese cuerpo legal (fs. 929 vta./930).

Afirman que en todo el expediente existe una prístina sensación de que lo ocurrido había sido sin duda un conjunto de acciones organizadas y pergeñadas por un grupo de personas para hacer que la demandada resultare heredera del señor Lorenzo quien tenía una buena fortuna en campos y ganado que por derecho sucesorio pasaría a sus hermanos y no a ella que era una empleada doméstica o ayudante o acompañante en el último año y medio de su vida (fs. 930 vta.).

Describen nuevamente el estado de salud del hermano de ellos y el contenido de la relación que aquél había mantenido con la demandada, detallando algunos hechos para luego abocarse a señalar –más allá de la pericia caligráfica– que estaba falseada la hora en la foja de la historia clínica correspondiente al 11 de octubre de 2015, sosteniendo que la médica había visto al paciente a las 12 horas y no a las 18 horas como se pretendió hacer aparecer para justificar que a esa hora estaba lúcido (fs. 931 y vta.).

Indican que los camaristas y la jueza de grado han parcializado la declaración de la testigo señora Marcelina Alicia Carrizo, admitiendo sus dichos por sobre los de las personas que estaban en la habitación pero desestimando los restantes, proceder que consideran antijurídico (fs. 932).

Ponen de relieve que si en verdad el señor Lorenzo hubiera querido casarse, lo habría hecho. De allí que entienden que tampoco quiso testar y que, por lo tanto, estuvo viciada su voluntad (fs. 932 vta.).

Resaltan los datos emergentes de las posiciones absueltas por la demandada, coincidentes con los sostenidos en la demanda y con la declaración de la testigo señora Carrizo tanto en sede civil como penal, respecto de la forma en que se había celebrado el acto notarial, encontrando contradicciones en la absolvente y dudan de que hubiera habido una entrevista previa del testador con el escribano, poniendo de relieve que se montó, fuera del horario de visitas –que había concluido a las 18 horas–, un escenario para que el enfermo testara, firmando a ruego. Advierten, además, que no se ha incorporado prueba del pago del testamento al notario y concluyen que todo se organizó para captar la herencia (fs. 932 vta./934 vta.).

Alegan, también, la existencia de nulidades en el testamento por la falsedad de su contenido pues se consignó que el testador tenía visible lucidez de espíritu y voz clara y que el acto había sido presenciado y oído por todos los testigos, cuando el escribano había concurrido solo una vez al hospital y no se le había dictado las disposición de los bienes en el acto de la firma, pues así lo había manifestado la demandada al absolver posiciones ya que no había prueba ni civil ni penal de que el notario se hubiera entrevistado anteriormente con el testador. De allí que sostienen que el escribano violó los arts. 3656 y 3657 del Código Civil, a lo que agregan como indicio de la falta de voluntad del señor Lorenzo para testar a favor de la demandada, el hecho de que se frustrara la celebración del matrimonio entre ambos (fs. 934 vta./935 vta.; 936 y vta.).

Afirman que la accionada conocía el impedimento de heredar al cónyuge si el señor Lorenzo fallecía antes de los 30 días de celebrado el matrimonio entre ellos, y por esa razón optó, junto a su grupo asesor, por la vía del testamento (fs. 936).

Aseveran que el testador no se encontraba lúcido ni ubicado en tiempo y espacio, motivo por el cual no firmó el testamento, y que si hubiese estado en uso de razón tampoco lo habría firmado porque no era esa su voluntad, resaltando como prueba de ello el testimonio dado por la señora Carrizo de que el enfermero Jachini había tomado la mano del paciente y había puesto el dedo sobre unos papeles (fs. 936 vta./937).

Aducen la violación del art. 3662 del Código Civil por parte del escribano pues no consignó en el testamento la causa del impedimento para firmar, cuando los peritos intervinientes habían dictaminado que estaba en perfecto estado de salud mental, lo que demuestra la gravedad de la conducta del

enfermero Jachini de tomarle la mano y estampar la impresión digital, primeramente en un papel y luego en la escritura, llegando así a la captación de la herencia (fs. 937/939).

Indican que de los testimonios de la causa penal surge que el señor Lorenzo tenía alucinaciones el día anterior a su fallecimiento, que el día del acto notarial estaba prácticamente inconsciente, que dos días antes también lo estaba, que los médicos de la Asesoría Pericial de La Plata advirtieron un agregado a la historia clínica en una foja no foliada entre las fs. 99 y 99 bis y su fotocopia a fs. 101 vta., y que el enfermo padecía hipoxia, reiterando las anormalidades que rodearon al acto notarial (fs. 939/941).

III. En coincidencia con lo dictaminado por el señor representante del Ministerio Público, opino que el recurso no prospera.

En la especie nos hallamos ante un ataque nulificante dirigido contra un testamento otorgado por escritura pública, pretensión que se deduce, conforme el escrito liminar, basándosela en la falta de discernimiento del testador y en la falsedad ideológica de las aseveraciones hechas por el escribano actuante en el contenido de dicho instrumento público.

1. Despliegan los recurrentes su impugnación atacando, en principio, la apreciación que los camaristas han realizado de la prueba producida en el expediente, especialmente de los datos que surgen de la historia clínica y de algunas de las declaraciones testimoniales, con las que entienden que se demuestra la falta de lucidez del testador al momento de otorgar el aludido acto de última voluntad.

Es necesario tener presente que son los jueces de las instancias ordinarias quienes deben decidir sobre la perfecta razón del testador, en uso de facultades que les son privativas y para ello tienen una gran libertad de apreciación de la prueba aportada, únicamente revisable si se alega y demuestra absurdo (conf. Ac. 55.532, sent. del 18/IV/1995; Ac. 67.842 sent. del 17/X/2001).

No encuentro que los recurrentes hayan logrado demostrar la configuración del absurdo en el pronunciamiento que atacan, pues su impugnación transita la disconformidad que el fallo les produce.

Sientan su queja en la falsedad del registro obrante a fs. 101 vta. de la historia clínica, correspondiente al 11 de octubre de 2005, sin hacerse cargo de las conclusiones a las que arribó la perito calígrafa que determinó que no había anomalías en la escritura ni en la firma correspondientes a la médica Elías que asentó que el paciente se encontraba lúcido y ubicado en tiempo y espacio (v. fs. 438 vta.).

Así, la Cámara sobre ese punto sostuvo que “Dicho asiento es incuestionable si se considera que la perito calígrafo Diana Alicia Trotta se expidió en su dictamen de fs. 433/438 vta. aseverando con fundamentos técnicos que la firma de la profesional se realizó por encima del final del texto referido, es

decir, que la frase cuestionada no ha sido agregada con posterioridad a la firma. De allí la trascendencia que toma la atestación referida en cuanto medio probatorio de la realidad mental del testador el día en que testó..." (v. fs. 916 vta. *in fine...*).

Por lo tanto, la crítica de los recurrentes no logra conmover la solidez de la fundamentación del fallo, basada en el dictamen técnico, el que, además, no fue tampoco objeto de ninguna impugnación de las partes, lo que pone en evidencia la insuficiencia del agravio.

Tampoco logran demostrar la falta de lucidez del testador apoyándose en que se sobrescribió la hora consignada en la fs. 110 de la historia clínica correspondiente al día 11 de octubre de 2005 (hoja de control de enfermería), sin que, además, el dictamen de la perito calígrafo sobre el punto fuera determinante para sostener una adulteración dolosa, pues la experta solo observó que la hora insertada no eran las 18 horas, pero que sí podía corresponder a las 12 o las 15 (v. fs. 438 vta., pto. 5).

En cuanto a la disconformidad de los recurrentes por la selección que de las pruebas efectuó la Cámara, debe tenerse presente que esa tarea y la atribución de la jerarquía que les corresponde es facultad propia de los jueces de grado -potestad que admite la posibilidad de inclinarse hacia unas descartando otras, sin necesidad de expresar la valoración de todas- y no se consuma absurdo por la preferencia de un medio probatorio sobre otro (conf. doct. C. 94.660, sent. del 27/II/2008; C. 108.184, sent. del 22/XII/2010), descartándose con ello la denunciada violación a las reglas de la sana crítica.

Para decidir la Cámara como lo hizo fueron relevantes el testimonio de la médica endocrinóloga y diabetóloga que había atendido al causante un día antes de fallecer quien declaró que se encontraba lúcido aunque utilizando una mascarilla de oxígeno, como también la declaración de la enfermera que lo había asistido hasta su fallecimiento, quien depuso que el enfermo siempre estuvo consciente (v. fs. 917, 2do. párr.).

Frente a ello los impugnantes no logran demostrar un error lógico en el razonamiento que llevó a los magistrados a concluir que el enfermo gozaba de lucidez al momento de testar.

Se advierte, en cambio, que su crítica confronta a la valoración que en el fallo se hizo de esos testimonios el de la señora Carrizo, que era la esposa del paciente internado en la misma habitación que el señor José Raymundo Lorenzo y cuya declaración sobre el estado de lucidez de paciente no tiene el rigor científico que posee la de los profesionales que asistieron al enfermo hasta su fallecimiento.

Nuevamente el embate se apuntoa en la disconformidad que el fallo adverso les produce, sin hacerse cargo de las razones dadas en el pronunciamiento, lo que pone en evidencia la insuficiencia de la impugnación (doct. art. 279, CPCC).

Esta Corte tiene dicho que cuando se pretenden impugnar las conclusiones de un pronunciamiento sobre las cuestiones fácticas de la litis, no basta con presentar la propia versión sobre el mérito de las mismas, sino que es necesario realizar un juicio crítico de los razonamientos desarrollados por el sentenciante y demostrar cabalmente que padecen de un error grave, trascendente y fundamental (conf. causas Ac. 49.068, sent. del 03/VIII/1993; C. 89.261, sent. del 26/VIII/2009; C. 106.720, sent. del 19/IX/2012) y que para que se puedan revisar las cuestiones de hecho no basta con denunciar absurdo y exponer –de manera paralela– su propia versión de los hechos e interpretación de los mismos, sino que es necesario demostrar contundentemente que las conclusiones que se cuestionan son el producto de una apreciación absurda de los hechos, con el alcance ya explicado

Es necesario tener presente que el art. 3616 del Código velezano disponía: “La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones...”

Considero, entonces, que los recurrentes no han logrado demostrar que el señor José Raymundo Lorenzo careciera de lucidez al momento de testar, como así lo ha establecido la Cámara en su pronunciamiento.

2. Alegan además los impugnantes la existencia de anomalías en el acto notarial que conllevarían a la nulidad del testamento.

a. Entre ellas, indican que se han violado los arts. 3656 y 3657 del Código Civil, pues insisten en que el testador no indicó previamente al escribano el contenido de su disposición de última voluntad ni tampoco se lo redactó en ese acto, entendiendo que esas circunstancias demuestran que hubo captación de la voluntad del disponente.

En autos nos encontramos ante un testamento otorgado mediante escritura pública n° 190, de fecha 11 de octubre de 2005, pasada por ante el escribano Lorenzo Vicente del Barrio (v. fs. 92/94).

El testamento por acto público, también llamado testamento notarial o abierto, es el que el testador dicta o entrega por escrito a un escribano público para que éste incluya sus disposiciones en una escritura pública, debiendo ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar.

El art. 3656 del Código Civil establece que el testador puede dictar el testamento al escribano o dárselo ya escrito, o solo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria, apartándose en este punto de la norma del art. 972 del Código Civil Francés que exige que el testador dicte verbalmente sus disposiciones al escribano en presencia de testigos. Lo esencial es que sea el propio testador quien personalmente comunique por escrito o verbalmente el contenido de sus disposiciones pues se trata de un acto personalísimo que no podría encomendarse a un tercero.

También puede el testador brindar las instrucciones suficientes para que el escribano redacte las disposiciones. Si tales instrucciones son verbales constituirían el dictado al que alude el art. 3656 (conf. Zannoni, Eduardo, "Derecho de las Sucesiones", Ed. Astrea, Bs. As., 2001, t. 2, 4ª edic., págs. 340 vta./341).

El art. 3657 del digesto civil establece que el escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre de los testigos, su residencia y edad, si ha hecho el testamento o si solo ha recibido por escrito sus disposiciones...

Examinado el testamento cuya nulificación se pretende, el mismo expresa: "... Que deseando testar por acto público procede a dictarme con visible lucidez de espíritu y voz clara, sus últimas disposiciones y antecedentes personales..." (v. fs. 92) y que "Yo, el notario autorizante, hago constar que el presente testamento ha sido dictado por el testador de viva voz y en un solo acto ininterrumpido, y que tanto el dictado como la redacción han sido oídos y presenciados por los testigos del acto..." (v. fs. 92 vta.).

Al respecto Santiago C. Fassi (Tratado de los Testamentos; Edit. Astrea; año 1979; págs. 179; n° 259) sostiene que es correcta la expresión de que el testamento fue "dictado" siempre que las instrucciones hayan sido verbales y en cuanto a la exigencia de "si el escribano ha hecho el testamento o si solo ha recibido por escrito sus disposiciones", entiende que es ociosa pues se refiere a la etapa preparatoria y ella queda cubierta por la lectura de la escritura al testador y su ratificación.

Esta Corte ha dicho, también, que para la validez del testamento no es necesario que el testador dicte al escribano sus disposiciones palabra por palabra, basta que le dé sus instrucciones para que éste lo redacte en la forma ordinaria, cumpliendo con las demás formalidades de la ley, desde que el vocablo dictar del art. 3656 del Código Civil no puede ser interpretado en sentido literal (conf. Ac. 2596, sent. del 14/V/1937, LA LEY t. 6, pág. 910) y también que cumple la disposición de última voluntad con su principal objetivo, cual es que sea el propio testador quien personalmente comunique por escrito o verbalmente el contenido de sus disposiciones, toda vez que puede el testador dar al escribano las instrucciones suficientes para que éste redacte las disposiciones en forma verbal, constituyéndose en este caso de algún modo el dictado al que alude el art. 3656 del Código Civil, siendo toda esta etapa preparatoria del testamento cubierta por la lectura de la escritura al testador en presencia de testigos (conf. doct. Ac. 67.842, sent. del 17/X/2001).

En razón de lo expresado no corresponde acoger el cuestionamiento realizado por los quejosos, toda vez que conforme queda expuesto, el testador transmitió sus instrucciones al escribano y luego de su lectura fue ratificado por aquél, de todo lo cual participaron los testigos intervinientes.

b. También aducen los recurrentes la violación del art. 3662 del Código Civil, pues entienden que no hubo manifestación de la causa por la cual el testador estaba impedido de firmar.

En este punto, si bien la doctrina está dividida en cuanto al alcance de esa formalidad, teniendo en cuenta la nota de Vélez Sarsfield al artículo en cuestión, lo que se debe entender es que cuando el escribano hace constar que el testador no firma por no poder hacerlo, del mismo modo que cuando expresa que no sabe hacerlo según el art. 3661 (Código Civ.), recoge necesariamente una manifestación del testador, sin que se le exija al notario que dé fe en los términos del art. 993 del Código Civil de que el testador no puede hacerlo sino de que compruebe que no lo va a hacer y exprese la causa (Zannoni, Eduardo A., ob. cit., págs. 346 a 349, n° 1155), opinión que también comparte el académico Santiago C. Fassi, en su obra citada en párrafos anteriores (págs. 184 a 185, n° 271 y 272).

A ello, aduno que también existe jurisprudencia que sostiene que se cumple con el requisito de expresión de causa en la firma a ruego si media declaración del testador en la que expone su impotencia física para poder firmar, sin necesidad de que se la especifique, si aparece indudable su voluntad de disponer y su consentimiento al acto, ya que en nuestro derecho no es esencial la autenticidad de la declaración del testador por acto público de que no firma alegando un padecimiento de ese orden (Hernández, Lidia Beatriz Ugarte, Luis Alejandro, “Régimen Jurídico de los testamentos”, 1ª edic., Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 2005, págs. 213 a 215).

Surge del testamento, obrante a fs. 92/94 vta., la siguiente manifestación del escribano: “Leída que le es la presente al testador y testigos, aquel se ratifica en su contenido y previa lectura personal e individual que cada uno hace de la presente, la firman, a excepción del testador, quien manifiesta estar imposibilitado de hacer y firma a su ruego Fabián Marcelo Jachini, argentino, vecino, mayor de edad, hábil, de mi conocimiento, de todo lo que doy fe...” (v. fs. 93).

Se aprecia que el notario ha consignado la declaración del testador de que estaba imposibilitado de firmar, extremo del que no tiene que dar fe pues no lo exigía el art. 993 del Código Civil, de tal manera que tampoco ha de tener andamiento el embate de los recurrentes desplegados sobre la firma a ruego.

Cabe agregar que en nada modifica lo resuelto el hecho de que el enfermero acompañó la mano del testador para poner su huella digital ya que éste no es un requisito esencial para la firma a ruego, pues como se ha visto, es el escribano el que recepta y transcribe la voluntad del testador de no poder hacerlo, cumplimentando tal impedimento con la firma puesta por otra persona a su requerimiento, como ha sido en el caso, la del señor Jachini.

Por lo tanto, la impugnación de los recurrentes no prospera en razón de la insuficiencia que porta, pues el embate solo demuestra la disconformidad que el fallo adverso les produce, lo que no alcanza para revertir la solución que atacan, a la que se arribó teniendo en cuenta los criterios expuestos anteriormente (v. fs. 921, 2do. párr./vta. 1er. párr.).

c. Por último, es necesario dejar aclarado respecto de la captación de voluntad que alegan los quejosos –a pesar de que también esgrimen la falta de lucidez mental en el testador al momento de otorgar el acto– que esta Corte

tiene dicho que para ser causal de nulidad, debe manifestarse a través del artificio, astucia o maquinación que asumen los caracteres de dolo y que dominan la voluntad del testador, quien habría dispuesto de sus bienes de otra manera de no mediar aquéllos (arts. 935, 954, 1045 y 1046 del Código Civil), a lo que se agrega que no son causas suficientes de nulidad del testamento las atenciones prodigadas por parientes, amigos o servidores del enfermo aun cuando tales cuidados no sean fruto de un auténtico cariño y tengan solo un fin especulativo (conf. doct. Ac. 54.519, sent. del 04/VIII/1998).

La Cámara dijo “Pero como toda alegación de un hecho, el que nos ocupa y que consistiría en que el testador fue captado en su voluntad, debió ser probado por los actores que son quienes lo han alegado. De la compulsión de este proceso resulta que no se ha producido prueba que genere la convicción de que la captación de voluntad existió por lo que dicho argumento carece de sustento y debe ser desatendido” (v. fs. 921 vta., in fine/922, 1er. párr.).

No encuentro que con su embate los recurrentes logren desvirtuar el fundamento dado por el tribunal de alzada en cuanto a la falta de prueba conducente, pues frente a esa conclusión solo presentan su propia versión de los hechos, sin que con ello logren demostrar que ha sido errónea la decisión que atacan (doct. art. 279, CPCC).

IV. En consecuencia, si mi opinión es compartida, debe rechazarse el recurso extraordinario interpuesto, con costas a los recurrentes vencidos (arts. 68 y 289, CPCC).

Voto por la negativa.

Los doctores Kogan, de Lázari y Negri, por los mismos fundamentos del doctor Pettigiani, votaron la cuestión planteada también por la negativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia:

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor representante del Ministerio Público, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto; con costas a los recurrentes (arts. 68 y 289, CPCC).

Notifíquese y devuélvase; Hilda Kogan; Héctor Negri; Eduardo J. Pettigiani; Eduardo N. de Lázari.

5. Actividad práctica

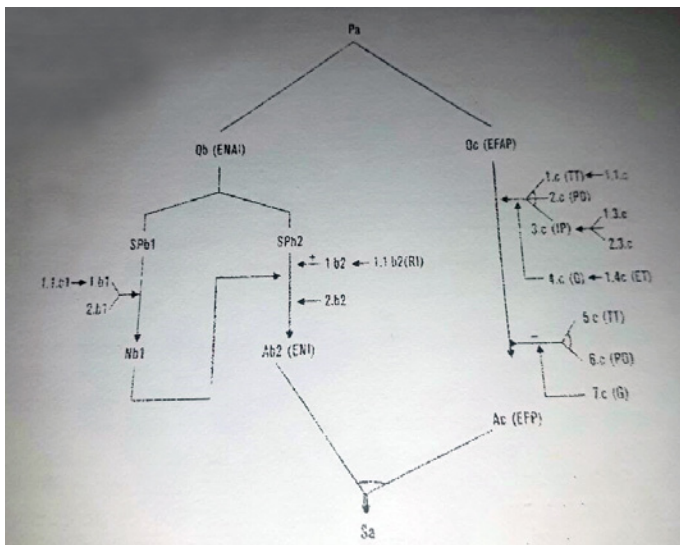
a) A partir de la lectura del fallo describa los argumentos que da la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para resolver el caso llevado a su conocimiento. Deberá tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- Una argumentación es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial –el problema que da lugar a la argumentación y la respuesta de la misma– la solución.

- Un argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis.
- Una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en el mismo sentido; a defender una tesis o a atacarla.

b) Confeccione un esquema al estilo del esquema diseñado por Manuel Atienza en el Curso de Razonamiento y Decisión Judicial, en el que el alumno detecte los tipos de enunciados (teóricos, prácticos, si se trata de normas o de enunciados valorativos, reglas, principios o también enunciados interpretativos, teóricos, jurisprudenciales, empíricos, valorativos, etc.).

Gráfico 1. Esquema



La letra P representa el planteamiento de un problema.

En el caso dado, ¿cuál creen que es el problema a resolver por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires?

El problema se plantea en general en modo binario, y podría representarse de la siguiente forma: si el testamento celebrado es válido o no dadas las circunstancias que lo rodearon.

La argumentación, dado el caso y en general, se abre en dos ramas, lo que significa que la solución del problema depende de dos cuestiones, representadas por la letra Q, a la que se le antepone una letra b, que representa en el caso un enunciado normativo que interpretar (ENAI), **la de la derecha es una cuestión probatoria Q (c) ¿un enunciado fáctico que tiene que ser probado? (EFAP).**

En el fallo, la cuestión interpretativa de la izquierda podría formularse de la siguiente manera: si el escribano en la confección del testamento abierto o

por acto público debía indicar la causa por la cual el testador estaba impedido de firmar (SPb1) o si bastaba con que se expresara que el testador estaba impedido de firmar, independientemente de dejar asentada la causa (SPb2) (art. 3662 del Código Civil); o en el caso también si resulta necesario dejar constancia que el testador dictó el testamento o dio las instrucciones para su confección (SPb1') o que resulta suficiente la ratificación por parte del testador de que la lectura de lo escrito en el testamento es su última voluntad (SPb2') (arts. 3656 y 3657 del Código Civil).

Esto lleva a plantearse dos suposiciones (SP): que el enunciado puede interpretarse como b1 o como b2.

B1 podría interpretarse de acuerdo a los argumentos dados por los recurrentes para entender que no se cumplió con las formalidades necesarias para efectuar la firma a ruego o que no se dejó constancia en el testamento de si el testador dio las instrucciones para celebrar el testamento o lo dictó personalmente. La primera suposición es negada (Nb1) por un argumento complejo que consta de tres razones.

SPb1:

1. b1: El escribano ha violado el art. 3662 puesto que no ha indicado en el testamento la causa por la cual el testador estaba impedido de firmar + 1.1.b.1. La doctrina entiende que es requisito esencial establecer la causa por la cual el testador no ha podido firmar.

1.b2 1: No haber indicado la causa por la que no puede testar presume la voluntad de captar la herencia.

1.b.1 y 1b.2 son razones no completamente independientes de la otra. 1.1.b1 es una razón exclusivamente en favor de 1.b.1.

1.b.1': El testador no indicó previamente al escribano el contenido de su disposición de última voluntad. + 1.1.b.1': Hubo captación de la voluntad del disponente.

1.b.2' El testamento tampoco fue redactado en el mismo acto por el testador.

La negación de b1 (Nb1) es también una razón para afirmar la interpretación contraria: Spb2.

El enunciado podría ser: no es cierto que resulte necesario especificar la causa por la que el testador no puede firmar ni tampoco resulta necesario que conste en el testamento si las disposiciones fueron dictadas por el propio testador o dadas en forma escrita con anterioridad.

Pero aquí hay otras dos razones, ahora completamente independientes entre sí para afirmar la interpretación que en principio se había supuesto:

1. b.2 +: La doctrina y jurisprudencia (regla de interpretación) entienden que lo que se debe entender es que cuando el escribano hace constar que el tes-

tador no firma por no poder hacerlo, recoge necesariamente una manifestación del testador, sin que se le exija al notario que dé fe de que el testador no puede hacerlo sino de que compruebe que no lo va a hacer y exprese la causa. El signo + sobre la flecha indica que esta es una razón a la que el argumentador le atribuyó un peso considerable.

1.1.b2: También se sostiene que se cumple con el requisito de expresión de causa en la firma a ruego si media declaración del testador en la que expone su impotencia física para firmar sin necesidad de que se la especifique, si aparece indudable su voluntad de disponer y su consentimiento al acto.

1.b.2 ´+: La corte ha dicho (regla de interpretación) que para la validez del testamento no es necesario que el testador dicte al escribano sus disposiciones palabra por palabra, basta que le dé sus instrucciones para que este lo redacte en la forma ordinaria, dado que el vocablo “dictar” no puede ser interpretado en sentido literal, toda vez que puede el testador dar al escribano las instrucciones suficientes para que este redacte las disposiciones en forma verbal, constituyéndose en este caso de algún modo el dictado al que alude el art. 3656 del Código Civil.

1.1.b.2´: El dictado o las instrucciones dadas por el testador forman parte de la etapa preparatoria del testamento que queda cubierta por la lectura de la escritura al testador en presencia de testigos.

2.b.2: El notario ha consignado la declaración del testador de que está imposibilitado de firmar.

2.b.2´: En el cuerpo del testamento se desprende la siguiente fórmula: “Yo, el notario autorizante, hago constar que el presente testamento ha sido dictado por el testador de viva voz y en un solo acto ininterrumpido y que tanto el dictado como la redacción han sido oídos y presenciados por los testigos del acto...”, lo que confirma el cumplimiento de la forma exigida por la norma.

Qc (Efaf)

La cuestión de la derecha es resuelta en el sentido de que se da por probado el hecho descrito en c (en el caso de si el testador se encontraba lúcido al momento de celebrar el testamento).

Para pasar de Qc (suposición de si cierto hecho ha ocurrido, si el testador se encontraba lúcido o estaba perturbado mentalmente para redactar el testamento) a afirmar c (que el testador estaba lúcido), se articula un argumento complejo. Consta de cuatro razones. En el caso, las tres primeras son hechos probatorios.

1.c Prueba documental. En el caso la historia clínica en la que la Dra. Elías expresa que el testador se encontraba lúcido y ubicado en tiempo y espacio.

2.c Prueba pericial. En el caso los peritos descartaron que el paciente hubiera sufrido diferentes estados de lucidez, desubicación temporo-espacial o exci-

tación psicomotriz, como también que los medicamentos psicofarmacológicos que le habían suministrado hubieran tenido capacidad de alterar el estado de su conciencia, resultando que los expertos habían informado que horas antes de su deceso el paciente tenía saturación de oxígeno en sangre y que el 11 de octubre de 2005 estaba lúcido y ubicado en tiempo y espacio, aunque en mal estado general.

3.c. Prueba testimonial. En el caso, la enfermera Marta Luciana Gómez, quien lo asistió hasta su fallecimiento, declaró que siempre había estado consciente. El arco de flecha indica que las tres razones constituyen conjuntamente un argumento, pero que cada uno por separado no lo sería.

4.c La cuarta razón es un enunciado teórico. En el caso, podría ser la regla contenida en el art. 3616 y que transcribe la Corte, en la que se afirma que la ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones...

5c y 6c son de nuevo hechos probatorios y 7c un enunciado general, en el que el sentido de la flecha está invertido, quiere decir con ello que esas tres razones constituyen un argumento en contra de dar como probado el hecho (de pasar de Qc a Ac) pero un argumento más débil que el anterior (lo que se señala con el signo << ->>) y de ahí que se concluya afirmando c.

En el caso, 5c y 6c podrían ser dos argumentos probatorios de los recurrentes, tales como que no fue voluntad del causante firmar el testamento y prueba de ello es que el enfermero le tomó la mano para estampar la impresión digital, primeramente en un papel y luego en la escritura. O que de las constancias de sede penal surge que testigos afirmaron que el testador tenía alucinaciones el día anterior a su fallecimiento.

7c podría ser el enunciado de la Corte que establece que cuando se pretenden impugnar las conclusiones de un pronunciamiento sobre las cuestiones fácticas de la litis, no basta con presentar la propia versión sobre el mérito de las mismas, sino que es necesario realizar un juicio crítico de los razonamientos desarrollados por el sentenciante y demostrar cabalmente que padecen de un error grave, trascendente y fundamental.

Por último, el tramo final del esquema está constituido por lo que se suele llamar la “justificación interna de una decisión judicial”, a partir de una norma (un enunciado normativo interpretado en un cierto sentido: Ab2 (ENI)) y de un hecho probado (un enunciado fáctico que enuncia un hecho considerado probado: Ac (EFP)), se concluye deductivamente (representado con la doble línea de la flecha) que la solución debe ser Sa.

En el caso analizado esto puede ser traducido de la siguiente forma: El enunciado normativo interpretado en un cierto sentido podría ser la afirmación que realiza la Corte cuando dice: “... no resulta necesario hacer constar en el

testamento si la última voluntad del causante fue dictada o se dieron instrucciones, ya que basta con que conste en el testamento la lectura de las disposiciones al testador en presencia de testigos (ENI).

El enunciado fáctico probado (EFP) sería que los recurrentes no acreditaron la captación de la voluntad del testador cuando la carga de esa prueba recaía sobre ellos.

La conclusión deductiva consiste en que dada la interpretación efectuada respecto de la validez del testamento por acto público y la falta de prueba respecto de la captación de la voluntad del causante, no corresponde inferir que se haya verificado la nulidad del testamento celebrado por el testador.

c) Luego de realizar el esquema en conjunto y analizar cada una de sus partes, deberá buscar un fallo relativo a la materia en la página <http://www.saij.gob.ar/> y realizar en forma individual un esquema en los términos explicitados en el punto anterior.

d) Una vez efectuado el esquema, deberá evaluar si los argumentos dados para resolver el caso resultan adecuados, sobre la base de la guía de preguntas confeccionada a tal efecto:

- ¿Resulta clara la solución?
- ¿Cómo evalúan la motivación?
- ¿Incorre en contradicción?
- ¿Aplica el derecho vigente?
- ¿Lo interpreta mal?
- ¿Es compatible con los principios y valores del ordenamiento jurídico?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ábalos, M. G.** (12 de junio de 2009). El perfil político partidario del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento. *El Derecho. Suplemento de Derecho Constitucional*.
- Atienza, M.** (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M.** (2005). *Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Serie Doctrina Jurídica, (134).
- Ballester Cardell, M.** (2007). *El Consejo General del Poder Judicial. Su función constitucional y legal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.
- Blando, O. M. & Gatti, F.** (27 de mayo de 2013). El Poder Judicial y la tensión entre independencia, democracia y mayorías. *Microiuris*, MJ-DOC-6292-AR/MJD6292.
- Braslavsky, C. & Acosta, F.** (2006). La formación de competencias para la gestión y política educativa: Un desafío para la educación superior en América Latina. *REICE: Revista Electrónica Iberoamericana sobre la Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 4 (2e).
- Cayuso, S.** (2013). Consejo de la Magistratura. Análisis constitucional de la ley 26.588. *Erreius online*.
- Corcuera, S. H. & Rascioni, N. V.** (2005). *El Consejo de la Magistratura, órgano del Poder Judicial de la Nación*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Ferrajoli, L.** (1992). El Derecho como sistema de garantías. *Revista Jueces para la Democracia* (16-17).
- Finnis, J.** (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires, AbeledoPerrot.
- González Pérez, J.** (2008). *La selección de los jueces*. Pamplona: Civitas/Thomson/Aranzadi.
- Iñiguez Hernández, D.** (2008). *El fracaso del autogobierno judicial*. Pamplona: Fundación Alfonso Martín Escudero/Thomson Civitas.

-
- Krsticevic, V. & Tojo, L. (Coords.)** (2007). *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales* (1ª ed.). Buenos Aires: Center for Justice and International Law – CEJIL. Recuperado de: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/implementacion_de_las_decisiones_del_sidh_0.pdf
- MacCormick, N.** (1983). On Legal Decisions and Their Consequences. From Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, 58 (2), pp. 240, 245-246
- MacCormick, N.** (1997). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Platón.** (2010). *Gorgias*. Barcelona: Gredos.
- Posner, R.** (1999). *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press.
- Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. Á. & Cenicacelaya, M. de las N.** (2009). *Derecho Constitucional Argentino. Tomo II* (2ª ed. actualizada por H. Quiroga Lavié). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Sagües, N. P.** (2005). *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Sola, J. V.** (2006). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Spota, A.** (1995D). El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional. *LL*, T 1995-D.
- Tarre Moser, P.** (2016). *La jurisprudencia de excepciones preliminares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) México. Recuperado de <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CSIDH-Jurisprudencia-Excepciones.pdf>
- Unesco, Oficina Internacional de Educación.** (s/f). Enfoque por competencias. Recuperado el 02/07/2018 de: <http://www.ibe.unesco.org/es/temas/enfoque-por-competencias>
- Ventura, A.** (1998). *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*. Buenos Aires: Depalma.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

SCJ Buenos Aires, “Lorenzo, Omar Rodolfo y otra contra Gálvez Allemand, Cintia Jimena s/Nulidad de acto jurídico”, 08/03/2017, causa C. 120.286.

SCJ Mendoza, Sala II, “F. c/ Roldán Cajal, Cristian Saúl s/ casación”, 09/03/2012, causa 102.319.

4ª CApel. Civ. Mendoza, “Díaz de Ghiotti, Ana y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza”, 04/08/1995. *Jurisprudencia Mendocina*, expediente N° 21948, ubicación: S135-019.

4ª CApel. Civ. Mendoza, “López de Carrión, Mirta c/Municipalidad de la Ciudad de Mendoza”, 19/09/2007. *Jurisprudencia Mendocina*, expediente N° 30113, ubicación: S115-101.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

“Juan Carlos Abella”, Informe 55/1997, 18/11/1997, caso 11.137 (Argentina).

“Rita Ortiz vs. Argentina”, Informe 98/2006, Petición 45-99, 21/10/2006.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

“Colalillo, Domingo c/ Compañía de Seguros España y Río de La Plata”, 18/09/1957, Fallos: 238:550.

“Cantos, José María”, 21/08/2003, Fallos: 326:2968.

“Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, 07/04/1995, Fallos: 318:514.

“Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus”, 22/12/1998, Fallos: 321:3555.

“Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David”, 23/12/2004, Fallos: 327:5668.

“Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa n.º 17.768-”, Fallos: 328:2056.

“Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ asociación ilícita, intimidación pública y daño y homicidio agravado”, 24/08/2004, Fallos: 327:3294.

“Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992, Fallos: 315:1492.

“Arana, Juan Carlos s/ excarcelación”, 19/10/1995, Fallos: 318:1877.

“Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación”, 12/09/1996, Fallos: 319: 1840.

“Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del CP”, 22/12/1998, Fallos: 321:3630.

“Boico, Roberto José s/ denuncia de hábeas corpus (La Tablada)”, 12/12/2000, Fallos: 323:4008.

“Felicetti, Roberto y otros (La Tablada)”, 21/12/2000, Fallos: 323:4130.

“Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires p/ acción de amparo, 24/04/2012.

“Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho s/acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautela”, 18/06/2013, CSR XLIX.

“Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 14/02/2017, Fallos: 326:2968.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

OC 4/1984, “ Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, 19/01/1984, Serie A Nº 4.

“Caso Gangaram Panday vs. Surinam” (Excepciones Preliminares), 04/12/1991, Serie C Nº 12.

“Caso Aloeboetoe vs. Surinam. Sentencia de reparaciones”, 10/09/1993, Serie C Nº 15.

“Caso Suárez Rosero vs. Ecuador”, 12/11/1997, Serie C Nº 35.

“Caso Loayza Tamayo vs. Perú” (Fondo), 17/09/1997, Serie C Nº 33.

“Caso Blake vs. Guatemala” (Sentencia de Fondo), 24/01/1998, Serie C Nº 36.

“Caso Ivcher Bronstein vs. Perú” (Competencia), 24/09/1999, Serie C Nº 54.

“Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú”, 30/05/1999, Serie C Nº 52.

“Caso Las Palmeras vs. Colombia”(Excepciones Preliminares), 04/02/2000, Serie C Nº 67.

“Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago” (Excepciones preliminares), 01/09/2001, Serie C Nº 80.

“Caso Cantos vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), 28/11/2002, Serie C Nº 97.

- “Caso Bulacio vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas), 18/09/2003, Serie C N° 100.
- “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, 28/11/2003, Serie C N° 104.
- “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá” (Cumplimiento de Sentencia), 28/11/2005.
- “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, 02/07/2004, Serie C N° 107.
- “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), 31/08/2004, Serie C N° 111.
- “Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia” (Fondo, Reparaciones y Costas), 12/09/2005. Serie C N° 132.
- “Asunto de los niños y adolescentes privados de libertad en el ‘Complexo do Tatuapé’ da FEBEM respecto Brasil”, Medidas Provisionales, resolución de 30/11/2005.
- “Caso Kimel vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/05/2008, Serie C N° 177.
- “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 26/11/2010, Serie C N° 220.
- “Caso Fontevecchia y D’amico Vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), 29/11/ 2011.
- “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” (Supervisión de cumplimiento de sentencia), 22/11/2016.
- “Caso Gelman vs. Uruguay” (Fondo y Reparaciones), 24/02/2011, Serie C N° 221.
- “Caso Furlán y familiares vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 31/08/2012; Serie C N° 246.
- “Caso García Lucero y otras vs. Chile” (Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones), 28/08/2013, Serie C N° 267.
- “Caso Mendoza y otros vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), 14/05/2013, Serie C N° 260.
- “Caso Supervisión conjunta de 11 casos vs. Guatemala”, resolución de 21/08/2014.
- “Caso Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 15/10/2014, Serie C N° 286.
- “Caso Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica” (Supervisión de cumplimiento de sentencia), resolución de 26/02/2016.