

PERSPECTIVA TRIALISTA PARA LA CARACTERIZACIÓN DE LOS CASOS DIFÍCILES

Mario E. Chaumet*
Universidad Nacional de Rosario

1. Introducción

En las últimas décadas la teoría del derecho se ha concentrado en tratar de mostrar un razonamiento jurídico y, especialmente, un razonamiento judicial acordes con las necesidades de la época. Así, por ejemplo, se sostiene que la justificación de las decisiones judiciales no sólo se debe ver como una exigencia técnica sino como un fundamento que hace a la legitimidad de los jueces. Es que en la sociedad democrática de derecho los individuos —lejos de conformarse con una apelación al criterio de autoridad— exigen razones: sabido es que la forma más eficiente de prevenir la arbitrariedad en la justificación de las decisiones es presentar públicamente *buenas razones*. Como lo sostiene Aarnio, en el estado moderno la necesidad de dar razones (justificaciones) y la democracia van de la mano.¹

* Profesor de Introducción al Derecho, Análisis del caso y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario (Santa Fe).

1 v. *Derecho, racionalidad y comunicación social*, trad. Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1995.

En estos días, una de las distinciones más utilizadas por muchos teóricos del derecho es aquella entre casos *fáciles* (sencillos, rutinarios) y casos *difíciles*. Desde esta clasificación, se sostiene que la justificación en unos y otros casos tiene diverso carácter. Por un lado, en los casos fáciles la solución está predeterminada por las normas, los hechos no ofrecen inconvenientes en cuanto a su reconocimiento o calificación y el operador jurídico se limita a realizar una simple deducción, para alcanzar “la” respuesta correcta del caso. Cualquier observador diría que otras soluciones son equivocadas. El resultado es para todos concluyente.² En los casos difíciles, ya sea por razones normativas (ambigüedad, indeterminación, antinomias) o fácticas (problemas de relevancia, prueba, calificación, etc.) nos encontramos con que el operador jurídico no puede basarse exclusivamente en un razonamiento deductivo y, hay quienes piensan, se debe acudir también a otros parámetros para justificar la decisión. Muchos creen que se trata de casos donde hay opciones en conflicto y es imprescindible determinar cuál es la adecuada.³

A su vez, se han tratado de señalar nuevas categorías como, por ejemplo, los casos *intermedios* que menciona Barak⁴ y, en especial, los casos *trágicos* en los que —conforme la caracterización de Atienza— es imposible encontrar alguna solución que no implique el sacrificio de un

² Sostiene Cueto Rúa que, en general, la lógica es suficiente como fundamento para la adjudicación de muchas disputas y nadie espera algo más (*Elementos lógicos en el proceso judicial de interpretación y aplicación de normas jurídicas generales*, LL, bol. 03.11.99, pp. 1 y ss.

³ Redondo, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 238. Sobre el concepto de "caso" puede verse: Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Bs.As., Astrea, 1987, ps. 51 y ss.

⁴ Son aquellos en que ambas partes parecen tener un argumento jurídico legítimo que apoya su situación aunque sólo hay una solución posible, por lo que el juez carece de legitimidad (v. especialmente *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989).

valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico.⁵ Se supone que la adopción de una de las posibles soluciones no significa ya enfrentarse con una simple alternativa sino con un dilema.⁶

Otros autores, sobre raíces aristotélicas, hablan de casos *centrales* y casos *periféricos* o *aguados*. Entre nosotros, Andruet critica la clasificación de casos fáciles, difíciles y trágicos, considerando que no atiende la materia a la cual está dirigida por lo que no termina de ser útil a los abogados que defienden intereses de sus clientes o jueces que resuelven derechos de los ciudadanos. Propone distinguir —de acuerdo con la mayor presencia ideológica en los casos— entre casos *sencillos*, *corrientes*, *difíciles* y *extremos*.⁷

Varias han sido las razones invocadas para todas estas diferenciaciones. Quizás una de las mayores polémicas radique en la posibilidad de arribar a una única respuesta correcta aun en los casos difíciles, pero en el presente trabajo queremos destacar la disparidad desde el punto de vista del razonamiento práctico.

5 v. *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1, 1997, pp. 245/246.

6 Asig Roig de, Rafael, *Jueces y normas (La decisión judicial desde el ordenamiento)*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 68.

7 Entiende que los sencillos son los que tienen una matriz común, que resultan de un trámite abreviado y no tienen contraparte, no tienen presencia ideológica. En los corrientes si bien no son cartulares, existe una respuesta que no compromete de manera alguna la propia cosmovisión del Tribunal ni generan modificación en el sistema. Tienen poca presencia ideológica. Describe a los difíciles como aquellos en donde no existe un criterio anterior que pueda referenciar la conducta del juez, teniendo las partes ante ellos una expectativa incierta, por lo que tienen mayor presencia ideológica. Por último los extremos son aquellos donde a lo anterior se le suma que, para la definición del caso, el juez tiene que definir su propia personalidad, es decir queda implicado en la respuesta. Entiende que en estos casos hay mayor presencia ideológica siempre. (v. *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001).

Es que “las decisiones jurídicas son el resultado de complicados procesos de información y razonamiento en los que inciden problemas de determinación fáctica; otros estrictamente hermenéuticos derivados de la búsqueda de la norma o normas aplicables al caso y la especificación de su significado a tenor del caso concreto y, por último, factores subjetivos y contextuales de índole social, política e ideológica.”⁸ Esto significa que en muchos casos el operador del derecho y especialmente el juez no pueda escudarse en el modelo mecánico de razonamiento deductivo.⁹

1.1. En los casos difíciles y, con mayor razón, en los trágicos se necesitará de una mayor carga en la justificación de las decisiones. Por eso se ha dicho que en los casos difíciles el juez debe acudir también a criterios de racionalidad práctica.¹⁰

Ello impone que cuanto más difícil sea el caso (y más aún en los casos trágicos) mayor será la carga de argumentación. Es más, dicho *plus* en el

⁸ García Calvo, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.

⁹ En este sentido Jason Leung sostiene: “A very important question that we need to ask is why judicial discretion is necessary. Actually, quite a number of legal philosophers have criticized the concept of judicial discretion. Dicey referred discretion as identical to arbitrariness and a hindrance to the Rule of Law. At the same time, Gibbon believed that judicial discretion is the 'first engine of tyranny'. The opposition to the concept of judicial discretion stems from the mistrust of the judges who make their decisions not on the basis of clear rules but biases, evil and dishonest motives. Rules, on the other hand, are much more certain. However, rules can never be applied in an entirely mechanical fashion that would result in the admission of gravely prejudicial evidence (though technically speaking, it is admissible) and thus would be unfair to a party”. En este sentido concluye que: “One should aim to confine, structure and check discretionary - but not to remove it as it is neither practical

¹⁰ Atizena, M., *¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?* (en “La Teoría Jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho”), Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, Consejo General del Poder Judicial.

deber de justificación no sólo le corresponde al juez sino también a quien pretende determinada decisión.

Aun desde la perspectiva de Dworkin, y más allá de la existencia de una solución correcta, el intérprete debe hacer el esfuerzo para mostrar de la mejor manera posible el caso. Por eso se sostiene que el razonamiento tradicional resulta insuficiente, no tiene nada que decir, cuando la cuestión se vuelve difícil o interesante.

Lo cierto, entonces, es que tanto el contexto de descubrimiento como el de justificación de las decisiones judiciales adquiere una complejidad mayor cuando se está frente a casos difíciles o trágicos.

1.2. Diversos son los criterios para distinguir entre casos *fáciles* y *difíciles*. Bien podría afirmarse que la vaguedad del lenguaje marca la primera pauta. Así, para Hart la textura abierta de los conceptos jurídicos determina que exista un *núcleo de certeza* y una *zona de penumbra*. Esta última sería la principal causa de las dificultades que puede presentar un caso.

Mac Cormick, por su parte, sostiene que los casos difíciles pueden ser provocados por cuatro tipos de problemas: de *relevancia* (se producen cuando existen dudas sobre cuál será la norma aplicable al caso), de *interpretación* (surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso), de *prueba* (se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar) y de

calificación (se dan cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de cierto concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma).¹¹

Desde otra perspectiva, Iglesias Vila distingue los casos *normativamente* difíciles, los *epistémicamente* difíciles, los *pragmáticamente* difíciles, los *fácticamente* difíciles y los *moralmente* difíciles.¹²

1.3. Creemos que para entender en plenitud todos los despliegues de un caso es necesario no caer en planteos reduccionistas. Sostiene Bobbio que "quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de mejor organización de la vida de los hombres asociados." Considera que cualquier propuesta jurídica debe superar los reduccionismos que llevan a eliminar o "por lo menos a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica y, consecuentemente, la mutilan."¹³

11 V. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

12 Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discrecionalidad judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 110 y ss.

13 A su vez, dice Peces-Barba que "parece que por primera vez puede ser posible un encuentro entre el derecho positivo y el modelo del derecho justo sin que exista una materia principal y una subordinada que conduzca necesariamente al reduccionismo" (en *Derechos Humanos*, conferencia publicada en *Revista del Poder Judicial de España*, I, 1988, pp. 9/20). Sobre los reduccionismos jurídicos y sus consecuencias, v.: Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, F. Torres, 1980, pp. 35 y ss; es posible v. también

A nuestro parecer, la teoría trialista del mundo jurídico da una pluralidad metodológica (sociológica, normológica y dikelógica)¹⁴ que permite comprender en toda su complejidad un caso y superar los reduccionismos jurídicos.¹⁵ Del mismo modo la riqueza conceptual del trialismo facilita el reconocimiento de “dificultades” y “tragedias” que de otra forma quedan ocultas por la reducción del planteo.

1.4. Cabe reiterar que el reconocimiento de casos difíciles y trágicos aumenta la carga de justificación tanto de quien decide como de quien pretende. De allí su significación para encontrar nuevas perspectivas y enriquecer los criterios de motivación, dado que las vías que muestra el trialismo para el reconocimiento de dificultades y tragedias generan nuevos argumentos que permiten cotejar las razones a favor y en contra de cada opción.

En el presente trabajo nos proponemos solamente mostrar algunos ejemplos de la metodología del trialismo para el reconocimiento de los casos difíciles.¹⁶

nuestro estudio *Las escuelas judiciales en la postmodernidad*, en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social, N° 24, pp. 1 y ss.

14 En relación al tema pueden especialmente v. Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987; Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Derecho y Política*, Bs. As., Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, F.I.J., 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, F.I.J., 2000.

15 Ciuro Caldani, Miguel Angel, *La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo*, en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 18, p. 19; Chaumet, Mario Eugenio, *El análisis del caso y el método judicial*, en prensa.

16 Dejamos aclarado que una caracterización más exhaustiva deberá discernir en primer término el punto de partida de la clasificación. Así se podrá distinguir el criterio de dificultad teniendo en

2. Dimensión sociológica

En la dimensión sociológica el trialismo destaca las adjudicaciones que provienen de la conducta de seres humanos determinados que denomina repartos. Para comprender plenamente a los repartos hay que reconocer sus elementos; a saber: quién reparte, quién recibe, quién se beneficia y quién se perjudica, qué es lo que se reparte, cuáles son las formas para lograr el reparto (camino previos) y las razones del reparto (donde se pueden distinguir los móviles de los repartidores, lo que alegan y las razones sociales (aquellas que atribuye la sociedad a los repartos cuando considera que son valiosos).

Ante un caso concreto, la pregunta sobre cuál es o cuáles son los repartos en juego y la distinción de cada uno de los elementos enriquece el análisis y permite encontrar nuevas vías de distinción entre dificultad y tragedia.

2.1. Así por ejemplo, la pregunta por quiénes son los que reciben en un caso, quiénes son sus *recipiendarios beneficiados y gravados*, puede ser otra muestra de la dificultad de aquél. Desde un simple caso de familia, en que el juez no va a dejar de preguntarse acerca de si todos los que reciben son sólo los formalizados en el expediente, hasta una Corte Suprema, que seguramente sabe y tendrá en cuenta que el marco de los recipiendarios trasciende los que discuten la causa, los ejemplos podrían multiplicarse. Ni

cuenta el punto de vista del emisor de la decisión o el de los recipiendarios, el objeto, la forma o sus razones. En este trabajo sólo nos referiremos a ejemplos vinculados al objeto de la decisión.

qué hablar de los casos de derechos de incidencia colectiva.¹⁷ La necesidad de determinar quién o quiénes están detrás de las pretensiones y conocer los intereses que defienden o qué tipo de beneficios persiguen es una de las tareas de mayor dificultad en los casos. Nuevamente, las respuestas pueden plagar cada caso de múltiples opciones.

2.2. La posibilidad de distinguir entre las pretensiones formalmente ejercidas en un pleito, de aquello que realmente se pretende repartir (el *objeto del reparto* del caso), demuestra que su potencial falta de correspondencia añade un ingrediente de dificultad al caso que muchas veces hace tensa su resolución y, mucho más, su justificación.

2.3. Otro ejemplo de relevancia surge de las *formas del reparto*. El proceso es la forma típica de los repartos de autoridad. Para que en los hechos haya realmente proceso, es necesario la existencia real de audiencia. Las características culturales de la postmodernidad dificultan las posibilidades reales de audiencia y, en consecuencia, la posibilidad misma de proceso.¹⁸ La crisis de la subjetividad, de la racionalidad lógico-formal, del estado nacional, la pérdida de la proyectualidad, el reemplazo del

17 Sobre las influencias de *lo difuso* en la juridicidad postmoderna, puede v.: Chaumet, Mario Eugenio y Menicocci, Alejandro Aldo, *Los intereses difusos en el art. 43 de la Constitución Nacional*, en "El amparo constitucional", Bs. As., Depalma, 1999, pp. 131 y ss.

18 Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad*, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 19, pp. 9 y ss.; Ciuro Caldani, Miguel Angel - Chaumet, Mario Eugenio, *Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad*, en Investigación y Docencia, N° 21, pp. 67 y ss.; Chaumet, Mario, *La postmodernidad y las técnicas alternativas de resolución de conflictos*, en ED, bol. 04.05.94, pp. 1 y ss.; *La crisis de la subjetividad moderna y el derecho penal*, presentado ante las IX Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, y *El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna*, en Investigación y Docencia N° 23, pp. 51 y ss., en colaboración con Alejandro Aldo Menicocci.

discurso de razones por el hiperrealismo de las formas y la optimización de la eficiencia, con un alto grado de pretensión pragmática y técnica (en especial con el abarrotamiento de imágenes con que, según Vattimo, nos contaminan los medios de comunicación) también afectan los principios del proceso. Schneider realiza un estudio pormenorizado, sobre la base de investigaciones empíricas, del tratamiento de la criminalidad en los medios de comunicación de masas.¹⁹

Los requerimientos de urgencia —consecuencia típica de la cultura postmoderna—obstaculizan también las posibilidades de audiencia, que se limitan cada día más en aras de la eficiencia. Más aún: se ha llegado a propiciar el dictado de sentencias sin audiencia. Hemos sostenido que esto convierte el caso en trágico.²⁰

2.4. El trialismo reconoce la diferencia entre los *móviles* de los repartidores, las *razones alegadas* y las *razones sociales*. Estas distintas categorías pueden generar dificultades en los casos. Así por ejemplo, muchos se han preguntado qué niveles de correspondencia tiene que haber entre los contextos de descubrimiento y de justificación. La sospecha por parte de la sociedad o de los destinatarios de las decisiones que las razones

19 Afirma que la "interacción imaginativa, basada en la fantasía, entre la opinión publicada y la opinión pública tiene consecuencias para la realidad social, la justicia criminal e incluso en la legislación penal (v. Schneider, Hans Joachim, *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*, en D.P., N° 45/48, pp. 75 y ss.)

20 Chaumet, Mario E. - Merói, Andrea, A., *Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina*, JA, 2001-IV-847. También puede verse: Picó I Junoy, Joan, *Medidas autosatisfactivas: ¿Un avance del derecho procesal?*, en JA, bol. del 10.04.02, pp. 17 y ss. y Merói, Andrea A., *Medidas 'autosatisfactivas': otras voces, otros ámbitos*, LL Litoral, 2000-929 y ss.

alegadas no se corresponden con los móviles origina que ellas carezcan de razonabilidad social.²¹

Un reparto estriba en razones en la medida que la sociedad para la cual está destinado lo estima como digno de ser repetido. Desde este punto de vista el reparto judicial esta justificado “cuando resulta inserto en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate”.²² En el clima de la postmodernidad una de las mayores dificultades que se originan en los casos es la posibilidad de comunicar a la sociedad las razones con las cuales se justifica una decisión. En gran número de casos, los jueces fracasan en lograr que sus sentencias tengan "fuerza de convicción". Cabe recordar que la justificación de las decisiones judiciales es una de la maneras importantes de asegurar la "viabilidad social".²³

2.5. En la dimensión fáctica el trialismo reconoce, además de los repartos en donde la fuerza adjudicatoria proviene del hombre, otras adjudicaciones —las *distribuciones*— en donde la fuerza adjudicatoria proviene de otras fuerzas como la naturaleza, el azar y las denominadas

21 Por cierto, una de las situaciones más delicadas y potencialmente gravísimas que se ha planteado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue el reciente caso *Smith*, donde desde los móviles atribuidos y las razones alegadas se construyeron criterios para vituperarla y alabarla al mismo tiempo (v. Merói, Andrea A., *La emergencia y el derecho procesal (El derecho procesal de la anarquía)*, en prensa). Asimismo, se ha dicho que “El subordenamiento será siempre al fin lo que, dentro de los espacios de que dispongan, digan los tribunales, en definitiva, los tribunales superiores. El legislador y el público en general lo saben, de aquí la agudización de los debates en torno a la integración de la Corte Suprema. Cabe señalar, sin embargo, que la declaración de inconstitucionalidad en el caso ‘Banco de Galicia’ se ha dictado en un marco de posibilidad enrarecido” (Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Bases para la interpretación de la ley 25.561*, en Suplemento Especial de la Revista Jurídica La Ley, "Emergencia...", p. 24).

22 V. Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales...*, cit.

23 *Ibídem*.

influencias humanas difusas. En nuestro tiempo estas últimas adquieren especial relevancia. La cultura de la postmodernidad es de manera especial una cultura *difusa*. En la sociedad actual, la masificación en la producción, en la comercialización, en el consumo, en las comunicaciones, va imponiendo crecientemente la participación colectiva. Es por eso que en la esfera de implementación de sus derechos e intereses los ciudadanos no se contentan con respuestas meramente individuales para solucionar sus conflictos. El individuo aislado no se encuentra suficientemente tutelado por el ordenamiento jurídico para la defensa de intereses que lo trascienden.²⁴ En estos días, uno de los temas que más va convulsionando toda la juridicidad es la cuestión relativa a los "intereses difusos".²⁵ Los moldes tradicionales se presentan inadecuados ante las nuevas necesidades; los "actores" jurídicos se sienten sorprendidos ante el problema, resultando difícil el encuadramiento en las instituciones tradicionales y no menos sencillo proponer soluciones alternativas.

2.6. Los desarrollos del trialismo han permitido reconocer que los repartos se originan en un proceso que supone el reconocimiento de una realidad fáctica situacional, un complejo de fines que demuestran la posibilidad de diversos repartos entre los cuales se decide alguno y se lo efectiviza. En consecuencia es significativo tener en cuenta tareas de *reconocimiento, decisión y efectivización*. Muchas veces la dificultad de los casos se origina en problemas que hacen al reconocimiento de los hechos

24 Benjamin, A.H.V., *A 'citizen action' norte-americana e a tutela ambiental*, en AJURIS 53, pp. 86 y ss.

25 Chaumet, Mario Eugenio - Menicocci, Alejandro Aldo y MENICOCCI, *Los intereses difusos...*, cit.

del caso, a la complejidad de opciones para la toma de la decisión y los límites que condicionan su efectivización.²⁶

2.7. Creemos que uno de los grandes aportes del trialismo para comprender la realidad fáctica del caso, es el reconocimiento de los *límites* que puede encontrar todo reparto. Se hace necesario asumir que muchas veces *aunque queramos no podemos*. Tales límites pueden ser físicos, psíquicos, socio-políticos, socio-económicos. La cultura de nuestro tiempo está especialmente signada por límites económicos. Los casos muestran las dificultades que surgen del reconocimiento de tales límites; Bidart Campos diría que son *derechos imposibles*.

Son precisamente los límites de los repartos los que convierten los casos en *trágicos*. Afirma Garzón Valdés que, en los últimos años, los problemas éticos vinculados con los deberes positivos generales han adquirido una notoria relevancia no sólo teórica sino práctica con relación a derechos que confieren declaraciones de derechos humanos y su implementación en cuestiones tan graves como la lucha contra el hambre.²⁷

²⁶ Ciuro Caldani, Miguel Angel, *La conjetura...*, cit., p. 60. V. asimismo, Meroi, Andrea A., *La estrategia y el derecho procesal (La comprensión de la decisión y estrategia en la solución de conflictos)*, en prensa; Entelman, Remo, *Teoría de conflictos*, Barcelona, Gedisa, 2002.

²⁷ En *Los deberes positivos generales y su fundamentación*, Doxa 3, 1986. Al respecto puede verse también: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. Es posible ver nuestro estudio *El garantismo en el proceso civil frente a las «expectativas positivas» de los derechos fundamentales*, XV Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, SPES, N° 19, Rosario, octubre de 2001. Podrían ejemplificarse con los innumerables casos en que, bajo diversas formas procesales, se pretende asistencia sanitaria o alimenticia en forma urgente. Al respecto se puede citar el paradigmático caso de los Tribunales de la ciudad de Paraná donde el Defensor del Superior Tribunal de justicia de la Pcia. de Entre Ríos solicitó y obtuvo la orden para que se suministrara alimentos para unos menores y su grupo familiar sin recursos. El juez interviniente hizo lugar a la acción incoada manteniendo la cautelar dictada por la cual se le ordenaba a un supermercado proveer productos alimentarios y de primera necesidad a los reclamantes hasta que el Estado los incluya en un plan de ayuda social. V. fallo y

2.8. Otro ejemplo de las categorías metodológicas del trialismo que resulta muy gráfico para caracterizar la dificultad de los casos, es la descripción del *desorden* de las adjudicaciones (*anarquía*), ya sea *institucional* (cuando no se sabe quiénes mandan, porque todos o varios mandan simultáneamente) o *teleológica* (cuando no se sabe con qué criterio se manda, porque se emplean simultáneamente criterios diversos, inclusive opuestos). El caso se convierte en *difícil* por la anarquía que impera en el derecho. Hemos dicho antes de ahora que "en nuestros días impera la desorientación, sea a través de la ruptura de viejos criterios, el establecimiento de criterios contradictorios o la ausencia de ellos"²⁸

Así, v.gr., con relación al derecho procesal de la emergencia actual, se ha dicho que "los criterios habituales sobre competencia, vías procedimentales admisibles, presupuestos del dictado de medidas cautelares, modos de acusar la inconstitucionalidad de las normas, legitimación pasiva, entre muchos otros, son reelaborados o, directamente, dejados de lado por los jueces so pretexto de la «emergencia». Este inmenso traspaso de poder en cabeza de los jueces significa que miles de ellos decidan —para cada caso en concreto y, a menudo, sin referencia a pautas más precisas que no sean los genéricos derechos y garantías de la Constitución Nacional— de la manera más diversa. Es la hora de la *anarquía*, también para el derecho procesal".²⁹

comentarios de Germán Bidart Campos y de Miguel Angel Ciuro Caldani, en LL, Suplemento de Derecho Constitucional, 23.08.02.

²⁸ En *Las escuelas judiciales...*, cit., p. 30.

²⁹ Meroi, Andrea A., *La emergencia...*, cit.

3. Dimensión normológica

Muchos son los aspectos normológicos que desde el trialismo se pueden indicar como factores que dificultan los contextos de descubrimiento y de justificación de los casos.

3.1. Según el trialismo las normas pueden ser *generales*, cuando sus antecedentes consideran casos futuros y supuestos, e *individuales*, cuando en cambio atienden a casos pasados y descriptos. Las leyes usualmente formalizan normas generales, en cambio las sentencias suponen habitualmente la formalización de normas individuales referidas a lo pasado, lo concreto, lo individual.³⁰ La postmodernidad impide en gran medida la proyección hacia el futuro. De allí que el empleo de normas generales referidas a sectores sociales supuestos, abstractos y futuros tenga menor posibilidad de realización. La aceleración de la historia, la cultura de lo efímero, lo fugaz, tan típicas de este tiempo, oprime la lógica del porvenir y la posibilidad de construir normas generales. En consecuencia, una de las características de la juridicidad de este tiempo —en particular en los países herederos del derecho continental— es el desarrollo de una juridicidad formada principalmente sobre normas individuales, representativas de la cultura de la intermediación. Cada día va ser más difícil legislar, lanzándose hacia el futuro, prediciendo el porvenir.

30 V. Cueto Rúa, Julio César, op. cit. *Elementos lógicos en el proceso judicial de interpretación y aplicación de normas jurídicas generales*, pp. 1 y ss.

El nivel de abstracción que suponen las normas generales se contraponen, en mucho, a las bases culturales de esta época. Los cambios son vertiginosos, la aceleración de la historia es cada vez mayor, el alto grado de racionalidad que supone predecir el futuro no es propio de estos tiempos. Existe una progresiva dificultad en formalizar una constitución, un código, hasta una ley. Hay un acelerado avance de normas generales indeterminadas.

Es más, en realidad muchas veces no se pretende formalizar normas imprecisas o incompletas sino meros principios de reparto que reclaman normas para que pueda empezar a funcionar. El autor no tiene sino una mera voluntad de principio. Esta circunstancia adquiere especial significación en el caso, dado que como lo va mostrando la experiencia europea, cada día más se formalizan principios.³¹

Debido a ello gana espacio la idea de la operatividad (decisoria) automática de los principios, reclamándose al encargado del funcionamiento (v.gr., el juez) su determinación, aun en los casos de omisión. En esta hipótesis, como lo expresara Goldschmidt, la naturaleza lógica del principio no cambia; lo que pasa es que el legislador carga sobre los hombros de los jueces la tarea legislativa con el resultado, por supuesto, que el principio se desenvuelve a través de los diversos jueces de la manera más variada.³²

31 "Un segundo tema en materia de interpretación, es que sobre todo el derecho comunitario originario es decir el de los tratados, no el derivado el de las directivas, reglamentos etc. pero sobre todo el originario está plagado de conceptos jurídicos indeterminados, lo que Perelman llama los conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo 'posición dominante en el mercado' los cuales deben ser llenados en el caso particular frente a la situación determinada" (Keme Imajer de Carlucci, Aída, *Versión provisional de las Jornadas sobre Unión Europea y Mercosur...*, Asunción, 2 y 3 de abril 1997.

32 Goldschmidt, Werner, op. cit.: *Introducción filosófica al Derecho*, p. 286. El autor nos recuerda el caos que se produjo en Alemania con la Constitución alemana de Bonn de 1949, con respecto al

Ello implica un profundo cambio en el estilo jurídico continental, en particular en el rol de los jueces, y se constituye en una de las principales causas que hacen a la *dificultad* en el descubrimiento y la justificación de la decisión.

Por otra parte, si bien las sentencias habitualmente formalizan normas individuales, muchas veces y por diversas razones, directa o indirectamente formalizan también normas generales. Bastaría ejemplificar con casos a resolver por una Corte Suprema de Justicia, en los que ha de atender, simultáneamente, a las circunstancias particulares de la causa y lanzarse hacia el futuro analizando la significación normativa que su decisión adquirirá para futuros casos. Esta ambivalencia dificulta, ostensiblemente, tanto el contexto de descubrimiento como el de justificación.

3.2. El trialismo destaca la diferencia entre las fuentes *formales* y *materiales* de las normas. En el panorama general de las fuentes formales tradicionalmente se ha presentado a las constituciones formales, los tratados, las leyes, decretos, sentencias, contratos, etc. Siempre resulta necesario saltar de lo formal a lo material para considerar si las normas formalizadas son *fieles*, *exactas* y *adecuadas*. La desvinculación de las formalizaciones con la realidad puede generar alineación y desorientación, ideologizando —con criterio marxista— el derecho.

En nuestros días vivimos un proceso de desacralización de las fuentes que, si bien resulta beneficioso en un sinnúmero de aspectos, hace a la

principio de la igualdad de los cónyuges, lo que provocó que el legislador despertara de su inercia y dictó la legislación necesaria para dar uniformidad al desenvolvimiento del principio.

dificultad en el descubrimiento y justificación de los casos. Hoy más que nunca se reconoce que las formalizaciones no pueden abarcar toda la materia. Bidart Campos, que pregonaba la existencia de derechos con o sin fuentes, llama a no clausurar los derechos en casilleros rígidamente cerrados, porque el ritmo creciente de las necesidades y las valoraciones sociales demanda la movilidad de continuas añadiduras complementarias. Para darles respuesta, requiere del reconocimiento —aun en la máxima formalización, la Constitución— de derechos no enumerados. Obsérvese la dificultad que acarrea el análisis de los casos si se acuerda con el citado constitucionalista que cuando hablamos de derechos no enumerados, hay que afrontar no sólo a los derechos que no tienen norma de constancia, sino además la de muchos contenidos que confieren desarrollo a derechos enumerados, dándole espacio de los contenidos implícitos. Ello supone desde el caso asumir una complejidad que no puede resolverse con el paradigma mecanicista.

Cabe también tener en cuenta que al no estar las fuentes ceñidas al predominio marcado de leyes y códigos —desafiados por el proceso de descodificación— sino que van ganando espacio otras fuentes como las sentencias, los tratados internacionales, los contratos, se van produciendo dificultades que se vinculan principalmente con las tareas de reconocimiento, interpretación, aplicación, y síntesis de las normas.³³ Paralelamente, vivimos un período de inflación formal que produce

³³ Sobre las características del proceso de descodificación puede v.: Irti, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979.

desorientación y que, a su vez, hace que dicha inflación se alimente a sí misma.³⁴

Uno de los grandes desafíos que enfrenta la juridicidad de nuestros días son las nuevas maneras de formalización; baste para ello citar los documentos digitales. La formalización digital origina beneficios pero también nuevos caminos, tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación de los casos.³⁵

3.3. Las normas requieren un *funcionamiento* que se compone de diversas tareas entre las que se destacan su *reconocimiento*, la *interpretación*, la *determinación*, la *elaboración*, la *aplicación*, la *conjetura*, la *argumentación* y la *síntesis*. La teoría jurídica de este tiempo reconoce en estos temas una de las formas más típicas que hacen a la dificultad de los casos.

3.3.1. La primera tarea a cumplir es su *reconocimiento*. Ello implica, entre otras consideraciones, reconocer su vigencia, el ámbito (en sus proyecciones espaciales, temporales y materiales) y posibilidad de aplicación (superar la existencia de antinomias). La sola existencia de estas últimas implica el desarrollo de argumentos en el que se puedan cotejar las razones a favor de una opción, lo que determina uno de los ejemplos más citados de casos difíciles.

34 V. Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Las fuentes de las normas*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, N° 4/6, pp. 232 y ss.

35 V. Frosini, Vittorio, *Il Diritto nella società tecnologica*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 175 y ss.

Sin perjuicio de los aportes que ha hecho el trialismo en materia de interpretación de las normas —que daría luz a las caracterización de estos casos, pero escapa a las posibilidades de este trabajo— puede afirmarse que quizás sean los problemas de esta tarea los que justifican la atención preferente por parte de los teóricos del derecho. Ello así, toda vez que el quiebre de la interpretación mecanicista sobre los cánones de la claridad de las normas, provocó el reconocimiento de la dificultad que en muchos casos origina la necesidad de justificar la regla que determine la opción interpretativa elegida. De allí que la mayoría de los teóricos del derecho fueron desde antaño presentando “un conjunto de cánones argumentativos con el objeto de desentrañar el significado de las normas que los prácticos del derecho debían, inevitablemente, ‘interpretar’.”³⁶

3.3.2. Una de las tareas que probablemente más demuestre la riqueza conceptual del trialismo para reconocer la dificultad de los casos es la de *elaboración* de las normas. Para su utilización se deberá reconocer una carencia de norma (laguna normativa) ya sea por que no fue hecha o porque se la descarta por razones axiológicas. En nuestros días la dinámica social y sobre todo las grandes innovaciones hacen que en los casos se presente la enorme dificultad que origina la constante producción de carencias en especial las que se originan en novedades científico-técnicas.

³⁶ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Sobre la fundamentación de las decisiones judiciales: el paradigma de la ‘dogmática jurídica’ según la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en JA, 2001-IV, suplemento N° 12.

3.3.3. Pero es tal vez en la *aplicación* de las normas donde el trialismo pueda dar criterios que permitan encontrar “dificultades” que generalmente se ocultan detrás de criterios de interpretación o se omiten en la justificación de las decisiones. Es que en esta tarea surge con énfasis que el análisis del caso no solo se ocupa de normas sino que inevitablemente requiere de la consideración de los hechos. Se sostiene que una de las insuficiencias más notables de las teorías jurídicas en los últimos tiempos es la escasa o nula atención que prestan a la argumentación en materia de hechos.³⁷ Durante un tiempo la tarea de la construcción de la premisa menor del razonamiento jurídico se apoyó en ritos y procedimientos cuasi-litúrgicos, como si el juicio de la experiencia no necesitara de mayores justificaciones, o si se tratara de cuestiones jurídicas no problemáticas. El conocimiento de los hechos que se opera en sede judicial se ha considerado muchas veces cuestión incontrovertible: “Los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados”.³⁸ Pero cabe advertir que el tratamiento de la *quaestio facti* en la sentencia es el momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia. Es el momento donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable y donde, por ende, puede ser más arbitrario.³⁹ De allí la necesidad de reconocer las dificultades no sólo en el encuadramiento

37 Atienza, Manuel, *Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, en *Jueces para la Democracia*, N° 22, Madrid, 2/94, ps. 82 y ss.

38 Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999.

39 Andres Ibáñez, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en *Doxa* N° 12, pp. 257 y ss.; v. también, del mismo autor: *De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza*, en *Jueces para la democracia*, N° 22, Madrid, 2/94, pp. 87 y ss.; Aramendi Sanchez, Pablo, *El juez en la averiguación de los hechos. Un análisis crítico del principio de aportación de parte en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, en *Jueces para la democracia*, N° 40, Madrid, 03/01, pp. 25 y ss.; Guasch Fernández, Sergi, *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1998; Taruffo, M., *La motivazione della sentenza civile*, Padua, Cedam, 1975.

del caso en la norma, sino también en el reconocimiento y confirmación de los hechos como así también en la actualización de la consecuencia jurídica.

3.4. El *ordenamiento normativo* es representado con una estructura piramidal con relaciones normativas de producción y contenido, tanto verticales como horizontales que permite realizar la coherencia en el derecho. Si bien en nuestros días perdura la importancia formal de las normas superiores —por ej. las constitucionales—, en los hechos los estratos inferiores del ordenamiento tienden con cierta frecuencia a desafiarla, incrementándose la trascendencia de las normas formalizadas en sentencias, decretos, resoluciones administrativas y contratos, produciéndose una “nueva coherencia” que se construye desde lo particular.⁴⁰ Así, por ejemplo, la significación de los precedentes judiciales adquiere en los ordenamientos normativos continentales una significación mayor, originando problemas que no eran frecuentes en el tratamiento tradicional de los casos.

Paralelamente, si bien el proceso de codificación va perdiendo terreno con la denominada descodificación, también le resta simplicidad al tratamiento de los casos.

4. Dimensión dikelógica

⁴⁰ Al respecto puede verse, Ciuro Caldani, Miguel Angel y otros, *Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del derecho*, en ED, bol. 21.12.92 .

Desde muchas posiciones se destaca la insuficiencia de la justificación de los reduccionismos normativistas en los casos problemáticos. En esta dirección, por ejemplo, se encuentran la mayoría de las teorías de la argumentación. Por lo general estas teorías admiten la apelación a criterios morales, cuando existen conflictos en la determinación de las premisas jurídicas.⁴¹ Reiteramos que, más allá de la búsqueda de criterios de justificación para estos casos, en el presente trabajo nos limitamos a mostrar ejemplos de una metodología para su caracterización.

De acuerdo con el trialismo, el derecho realiza un complejo de valores que culmina en la *justicia*. A nuestro parecer, ya sea que se parta de puntos de partidas objetivistas, subjetivistas o intersubjetivistas, desconocer el complejo de valores, limita la comprensión profunda del caso. Aunque no se sostenga la objetividad ni la naturalidad axiológica con la que Goldschmidt expuso su dikelogía (ciencia de la justicia) y más tarde la dimensión dikelógica de todo fenómeno jurídico, creemos que los aportes metodológicos del trialismo en el tema permiten esclarecer la dificultad que presentan muchos casos.

4.1. Según el trialismo las consideraciones de justicia no son necesariamente universales y eternas, sino que se han de establecer respecto de cada situación, por lo que se manifiestan en el caso y su comprensión permite advertir la riqueza de su complejidad. No en vano Carlos Cossio llegó a decir que la equidad no es la justicia del caso singular, sino lo

41 V. Redondo, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 237.

singular del acto de justicia.⁴² Esto puede significar que en el caso se presenten en mayor o menor medida ingredientes de los diversos valores jurídicos (poder, cooperación, previsibilidad, solidaridad, orden, coherencia) o valores que para el trialismo son metajurídicos (salud, utilidad, verdad, belleza, amor etc.).⁴³ Las tensiones entre dichos valores son muchas veces el síntoma más evidente de la dificultad del caso. Una de las mayores dificultades —tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación de los casos— que se plantean en nuestro tiempo es aquella que resulta de la tensión entre *utilidad* y *justicia*.

Desde el punto de vista formal, el trialismo ha elaborado una clasificación de la justicia, tomando a las clases como vías que contribuyen para la comprensión de los problemas. Así se reconocen vías de justicia consensual o extraconsensual, con o sin consideración de personas, simétrica o asimétrica, monologal o dialogal, conmutativa o espontánea, parcial o gubernamental, sectorial o integral, de aislamiento o de participación, absoluta o relativa, particular o general. Los diversos caminos ayudan a individualizar las dificultades. A título de ejemplo, la distinción entre justicia simétrica o asimétrica muestra la facilidad o dificultad para comparar el objeto a repartir. Una de las habituales dificultades que surgen de los casos es la determinación de prestaciones por la asimetría de las potencias que están en juego en el caso, como sucede en la determinación del daño moral o de la pena.

4.2. Para el trialismo la justicia es una categoría pantónoma referida a la totalidad de las adjudicaciones presentes, pasadas y futuras. Una valoración

⁴² En *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, p. 154.

⁴³ Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Comprensión jusfilosófica de la equidad*, en ED, t. 155, pp. 685 y ss.

perfecta supone la posibilidad de conocerlo todo y poder obrar sobre el todo, lo que equivaldría al hipotético juicio que podría realizar un ser omnisciente y omnipotente. Los seres humanos no tenemos dichas posibilidades por lo que sólo podemos realizar un juicio que fracciona los elementos del caso. El derecho es constantemente un vaivén de fraccionamiento y desfraccionamiento. Los fraccionamientos son productores de seguridad jurídica. Así por ejemplo por razones de seguridad fraccionamos el caso y surgen recortes jurídicos como la cosa juzgada, la edad común para la mayoría de edad, los títulos valores, la reducción del contenido del caso a aquello que surge de las actuaciones, etc. Uno de los elementos que ofrece mayor dificultad a los casos son las razones para el fraccionamiento y desfraccionamiento del caso. Cabe recordar que el análisis del caso significa en mucho el tomar en consideración las particularidades que no tuvo en cuenta la regla general y, en consecuencia, exige desfraccionamientos que posibilitan una mayor realización de la justicia pero que, a su vez, producen inseguridad.

Desde este punto de vista, cabe recordar que si una de las exigencias de justificación para las decisiones jurídicas es su "universabilidad"⁴⁴, cabe simplemente imaginar el conflicto que supone la consideración de la particularidad del caso con la exigencia que la decisión sea sostenida en casos análogos, lo que implica la necesidad de desarrollar una argumentación con un nivel de abstracción suficiente como para comprender el significado de las razones de *este* caso en *otros* casos.

⁴⁴ Acordamos con Ciuro Caldani que la voz universabilidad es más adecuada que la comúnmente utilizada, universalidad. Con relación a esta exigencia de justificación, basta citar autores como Perelman, Mac Cormick, Alexy, Aarnio que, aunque con diversas perspectivas e intensidades, fomentan la exigencia.

El método trialista permite analizar no sólo las consideraciones formales de la justicia sino también la justicia de los contenidos del caso. Esto último permite analizar la justificación de los elementos de caso aislado así como su significación para con el régimen de justicia.

4.3. Con miras a la justificación del caso aislado hay que considerar la legitimidad de los repartidores, los beneficiarios, el objeto, la forma y las razones. La justificación de uno de los elementos (ej. reparte quien está legitimado para hacerlo) no implica la legitimación del resto. La apertura al tratamiento de todos los interrogantes que nos ofrece el análisis, determina encontrar en los casos no sólo diversidad de opciones, sino dilemas.

Así, a modo de ejemplo, en nuestros días la llamada judicialización de los conflictos origina múltiples interrogantes (grado de legitimidad de los jueces para resolver algunas de dichas cuestiones, la legitimidad de los destinatarios a obtener una respuesta judicial, si es legítimo que el objeto sea repartible judicialmente, la legitimación de las formas del debate en particular cuando hay urgencia, etc.) que requerirán de argumentos que justifiquen la opción.

La imposibilidad de lograr una decisión que permita que queden plenamente legitimados todos los elementos, convierte a los casos en trágicos. Muchas veces, el lograr la legitimidad de un elemento, imposibilita la realización plena de legitimidad con relación a otro, o en otros casos esto se produce entre exigencias diversas de un mismo elemento. Esto último se manifiesta en cuanto a los objetos a repartir. El caso de la justicia entrerriana que hemos citado marca la tragedia de no poder legitimar plenamente las exigencias de la vida, la propiedad, y audiencia.

4.4. Para el trialismo un régimen en general y la solución de un caso en especial deben ser *humanistas* (esto significa tomar a cada hombre como fin y no como medio), respetando la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres. A su vez el humanismo puede ser más abstencionista o más intervencionista. El régimen debe también realizar la tolerancia. Ante el caso es dable advertir los distintos medios para realizar tales postulados como así también las tensiones en la realización de cada uno de ellos. Surgen así nuevas variantes de dificultad y tragedia.

4.5. Una caracterización trialista de los casos difíciles, tiene proyecciones en diversos sentidos. Así en el contexto de justificación, no solo aumentarán los casos que requerirán mayor carga de argumentación, sino que se enriquecerán las razones a tener en cuenta para su justificación. Creemos que se enriquecen también, las posibilidades de análisis en cuanto los criterios de corrección.

Una caracterización no reduccionista de los casos difíciles, permite superar la resistencia a aceptar la complejidad del fenómeno jurídico⁴⁵. Como ha dicho Ciuro Caldani, los individuos que reconocen tal complejidad son los más capacitados para realizar la justicia, sólo ellos

⁴⁵ Sobre la ciencia jurídica y el reto a la complejidad puede verse Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, pp. 28 y ss. V. también. Ost, François, van de Kerchove, Michel, *Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory*, en www.reds.msh-paris.fr/heberges/dhdi/textes/vdk1.pdf.

aprecian con amplitud los alcances de sus actos y están verdaderamente dispuestos a escuchar a los demás.⁴⁶



⁴⁶ En *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, F.I.J., 1982, t. I, p. 12.