

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

La argumentación jurídica en las sentencias judiciales

La determinación judicial de los daños a la persona

NICOLÁS JORGE NEGRI
Doctor en Ciencias Jurídicas

La tesis fue dirigida por el doctor Amós A. Grajales, el día 5 de diciembre de 2018, ante el tribunal constituido por los doctores Armando S. Andruet (h), Carlos E. Petorutti y Patricia Ferrer y que fue calificada con la máxima nota: 10 sobresaliente y con recomendación de su publicación.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

A) Delimitación del objeto de estudio.

B) Contexto jurídico actual: crisis de la epistemología jurídica. Ciencia y dogmática jurídica. Concepciones jurídicas en pugna.

1. Crisis epistemológica.

- 1.1) Ciencia y dogmática jurídica. Funciones.
- 1.2) Corrientes iusfilosóficas. Contexto actual. Postpositivismo.

2. Concepciones jurídicas en pugna. Enfoques del fenómeno jurídico.

- 2.1) Del modelo de reglas al modelo de principios y reglas.
- 2.2) De las relaciones lógicas entre normas a las relaciones lógicas y relaciones de justificación.
- 2.3) De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos.
- 2.4) De la subsunción a la subsunción y ponderación.
- 2.5) De la oposición fuerte entre “crear” y “aplicar” normas a la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas.
- 2.6) De los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas.
- 2.7) De la distinción “casos regulados/casos no regulados” a la distinción “casos fáciles/casos difíciles”.
- 2.8) De la separación tajante entre el lenguaje del derecho y el lenguaje sobre el derecho a un discurso reconstructivo del derecho.
- 2.9) De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del derecho como práctica.
- 2.10) De “enseñar derecho es transmitir normas (contenidos)” a “enseñar derecho es desarrollar ciertas habilidades”.

C) Epistemología, método y técnica jurídica.

1. Epistemología y gnoseología. Metodología de las ciencias jurídicas.

- 1.1) Método en general.
- 1.2) Metodología del conocimiento jurídico.

2. Metodología del conocimiento jurídico y método (interpretación) jurídica.

- 2.1) Metodología y concepciones del derecho.
- 2.2) Positivismo jurídico.
- 2.3) Modelo iuspositivista-formalista.

3. Nuevos desafíos. Postpositivismo.

4. Técnicas jurídicas.

- 4.1) Subsunción.
- 4.2) Construcción normativa.
- 4.3) Procedimiento analógico.
- 4.4) Ponderación

D) Nuevas ideas ante nuevas exigencias. Cierre preliminar.

II. EXPOSICIÓN DEL TEMA

A) Argumentación jurídica.

1. Problemas de la expresión “argumentación jurídica”.

2. Concepto de argumentación.

3. Concepción del “derecho (mismo) como argumentación”.

4. Origen y evolución histórica de la argumentación jurídica.

- 4.1) La argumentación en la Antigüedad. Aristóteles y Cicerón.
- 4.2) La argumentación en la Modernidad.
- 4.3) La cuestión epistemológica detrás de la argumentación jurídica.

5. Concepciones de la argumentación jurídica.

- 5.1) Concepción formal.
- 5.2) Concepción material.
- 5.3) Concepción pragmática.

6. Análisis y evaluación de la argumentación.

- 6.1) Análisis de argumentaciones.
 - 6.1.a) Representación.
 - 6.1.b) Exhibición.
 - 6.1.c) Análisis propiamente dicho.
- 6.2) Evaluación de argumentaciones.
 - 6.2.a) Universalidad.
 - 6.2.b) Coherencia.
 - 6.2.c) Adecuación de las consecuencias.
 - 6.2.d) Moral social y moral crítica.

- 6.3) Cómo argumentar.
 - 6.3.a) Identificación de problemas.
 - 6.3.b) Seleccionar y esquematizar los problemas.
 - 6.3.c) La organización del discurso.
 - 6.3.d) La *inventio*.
 - 6.3.e) Decidir el rumbo del discurso.
 - 6.3.f) Diseñar argumentos a favor y en contra de la opción tomada.
 - 6.3.g) Alcance y organización de la argumentación.

B) Modelo de Manuel Atienza.

- 1. Aproximación a la teoría.**
- 2. El derecho como argumentación y el objeto de su teoría.**
 - 2.1) Fuentes bibliográficas.
 - 2.2) La teoría. Perspectivas y aspectos.
 - 2.3) Justificación interna y justificación externa.
- 3. Aportes metodológicos de la teoría sincrética.**
 - 3.1) Identificación del problema.
 - 3.2) Limitación a un problema de interpretación.
 - 3.3) Construcción de una hipótesis.
 - 3.4) Justificación de la hipótesis.
 - 3.5) Finalización del modelo.
- 4. Criterios de corrección.**
- 5. Crítica.**

C) Responsabilidad civil. Conceptos jurídicos fundamentales.

- 1. Daño resarcible. Importancia. Concepto. Naturaleza: diversos criterios.**
 - 1.1) Importancia.
 - 1.2) Naturaleza del daño resarcible.
 - 1.3) Función.
- 2. Extensión y modos de reparar el daño.**
 - 2.1) Extensión. Principio de la reparación integral.
 - 2.2) Modos de reparar el daño.
- 3. Evaluación y cuantificación de daños a la persona.**
 - 3.1) Precisiones conceptuales.
 - 3.2) Sistemas.
 - 3.3) Apreciación crítica de los modos valoración del daño.
- 4. Empleo de fórmulas matemáticas para cuantificar indemnizaciones.**

III. PLANTEO DEL PROBLEMA

A) La justificación razonable de las decisiones judiciales.

B) El problema en los casos de cuantificación de los daños a la persona.

1. Situación en la jurisprudencia en general.
2. Situación en la dogmática iusprivatista.

C) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

1. Introducción.

2. Valor vida.

- 2.1) “Santa Coloma, Luis Federico y otros” (1986, Fallos 308:1160).
- 2.2) “Prille de Nicolini, Graciela Cristina c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y otro” (causa P. 338. XX.; 15/10/1987; Fallos 310:2103).
- 2.3) “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Pcia. de Buenos Aires s/ sumario” (F.554.XXII.; 11/05/1993; Fallos 316:912).
- 2.4) “Balbuena, Blanca Gladys c/ Provincia de Misiones s/ daños y perjuicios” (B.368.XXIII; 5/07/1994, Fallos 317:728).
- 2.5) “Furnier, Patricia María c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (F.553.XXII., 27/09/1994, Fallos 317:1006).
- 2.6) “Brescia, Noemí Luján c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios” (B.100.XXI.; 22/12/1994; Fallos 317:1921).
- 2.7) “Tkachuk de Kalyz, Luba c/ Sevillano, Marcelo Fabián y otros” (T.131.XXXIII; 21/10/1997; Fallos 320:2230).
- 2.8) “Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Provincia de Santa Cruz y otro s/ daños y perjuicios” (S 360 XXV; 6/07/1999, Fallos 322:1393).
- 2.9) “Saber, Ciro Adrián c/ Provincia de Río Negro, y otros s/ daños y perjuicios” (S.101.XXXI; 9/11/2000; Fallos 323:3614).
- 2.10) “Ahumada, Lía Isabel c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios” (A.9.XXX.; 25/09/2001; Fallos 324:2972).
- 2.11) “Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios” (C.1948.XXXII.; 21/05/2002; Fallos 325:1156).
- 2.12) “Vergnano de Rodríguez, Susana Beatriz c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios” (V.128. XXXV; 28/05/2002; Fallos 325:1277).
- 2.13) “Valle, Roxana Edith c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (V.523.XXXVI; 10/04/2003; Fallos 326:1299).
- 2.14) “Folgan, Roberto c/ Rivero, Edgardo Sergio y otro” (F.468.XXXVII.; 2/12/2003; Fallos 326:4768).
- 2.15) “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688” (A.2652.XXXVIII; 21/09/2004; Fallos 327:3753).
- 2.16) “Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/ Provincia de Entre Ríos y otros s/daños y perjuicios” (F.286.XXXIII; 24/08/2006; Fallos 329:3403).
- 2.17) “Pereyra de Bianchi, Isabel del Carmen c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios” (B.606.XXVI; 7/11/2006; Fallos 329:4944).
- 2.18) “Nuñez, Hugo Fabio c/ Surfilatti SA y otro s/ accidente” (N.117.KLVII, 6/10/2015).

3. Discapacidad psicofísica.

- 3.1) “Luján, Honorio Juan c/ Nación Argentina” (1986, Fallos 308:1109).
- 3.2) “Levaton, David c/ Sindicato de Encargados y Apuntadores Marítimos” (L.264.XXII; 23/05/1989; Fallos 312:752).
- 3.3) “Pose, José Daniel c/ Provincia de Chubut y otra s/ daños y perjuicios” (P.73.XXIII; 1/12/1992; Fallos 315:2834).
- 3.4) “Reyes, Pascual Ángel c/ Estado Nacional y/u otros s/ juicio de conocimiento” (R.167.XXX; 15/07/1997; Fallos 320:1361).
- 3.5) “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario” (Z.15.XXIII; 28/04/1998; Fallos 321:1124).
- 3.6) “Coco, Fabián Alejandro c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios” (C.742.XXXIII; 29/06/2004; Fallos 327:2722).
- 3.7) Milone, Juan Antonio c/ Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente (M.3724.XXXVIII; 26/10/2004, Fallos 327:4607).
- 3.8) “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios” (M. 802. XXXV; 6/03/2007; Fallos 330:563).
- 3.9) “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.” (A.436.XL; 8/04/2008; Fallos 331:570).
- 3.10) “Baeza, Silvia Ofelia c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios” (B.140.XXXVI; 12/04/2011; Fallos 334:376).
- 3.11) “Molina, Alejandro Agustín c/ Pcia. de Santa Fe y otros s/ daños y perjuicios” (20/12/2011; RCyS 2012-II-148, LL, 2012-A-439).
- 3.12) “Picón, Sergio Rafael c/ Fundición San Cayetano S.A. y otros s/ acción civil”.

4. Síntesis de los estándares exigidos.

- 4.1) Valor vida.
- 4.2) Discapacidad psicofísica.

IV. APRECIACIONES, DERIVACIONES, PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

A) Déficits de los estándares exigidos por la Corte Suprema. Contrapuntos. Necesidad de la teoría de la argumentación jurídica.

1. Contrapuntos. Necesidad de la teoría de la argumentación jurídica.

2. Interrogantes.

B) Implicancias de la teoría de la argumentación jurídica.

1. Apreciaciones conclusivas.

2. Colofón.

V. BIBLIOGRAFÍA

- A) Bibliografía General.
- B) Bibliografía específica de Derecho de Daños.
- C) Bibliografía específica de Argumentación Jurídica.
- D) Bibliografía específica para el diseño metodológico.

VI. ANEXOS

Jurisprudencia. Fórmulas matemáticas. Argumentos forenses.

- A) Fundamentación de sentencias.
 - 1. “Rey, Celestino M. c/ Rocha, Alfredo y otro”.
 - 2. “Pérez, Fredy Fernando c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”.
- B) Derecho a la reparación de daños. Jerarquía constitucional.
 - 1. “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”.
 - 2. “Gunther” y “Luján”.
 - 3. “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”.
- C) Criterios para la valoración y cuantificación judicial de daños. Fórmulas matemáticas o actuariales.
 - 1. “Vuoto, Dalmero, Santiago y otro c/ A.E.G. Telefunken Argentina S.A.I.C.”.
 - 2. “Méndez, Alejandro Daniel c/ Mylba S.A. y otro”.
 - 3. “Arostegui Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía”.
- D) Fórmulas matemáticas.
 - 1. "Vuotto".
 - 2. "Marshall".
 - 3. "Acciarri-Yrigoyen Testa".

E) Argumentos frecuentes en las prácticas forenses para justificar y legitimar las decisiones judiciales.

1. *A contrario.*
2. *A simili* o de analogía.
3. *A fortiori.*
4. De plenitud.
5. De coherencia.
6. Psicológico.
7. Histórico.
8. Directo (o apodíctico) e indirecto (apagógico o *ad absurdum*).
9. Teleológico.
10. Económico.
11. De autoridad o *ab exemplo.*
12. Sistemático o *sedes materiae.*
13. Naturalista.
14. Equitativo.
15. Analogía *iuris.*

PRESENTACIÓN

El tema de la tesis se ubica dentro del ámbito de la Teoría del Derecho, que es el que aborda los problemas metodológicos y, más específicamente, el proceso racional del juez. Y también, de forma transversal, dentro de las disciplinas dogmáticas como es el Derecho Civil de las Obligaciones y más concretamente la responsabilidad civil.

La razón de haber elegido el tema y de involucrarlos con estas dos disciplinas, responde a las circunstancias personales que me llevaron a ingresar a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, cuando fui invitado por el doctor Compagnucci de Caso a dar clases en su cátedra de Derecho de las Obligaciones, donde enseguida me imbuí de las problemáticas de la responsabilidad civil, participando en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, y realizando mis primeras publicaciones. Con posterioridad, también fui invitado por el doctor Grajales a dar clases en la cátedra de Introducción al Derecho. Junto con él comenzamos a estudiar las teorías de la argumentación jurídica. Por estos motivos estaré siempre muy agradecido a esta Facultad.

A partir del estudio de ambas disciplinas, y del trabajo desempeñado en el Poder judicial,

especialmente en la Suprema Corte y ahora más reciente como juez de primera instancia, me llevó al problema de la justificación de la cuantificación de los daños, y a plantearme si existe la posibilidad de vincular la Teoría del Derecho con la Dogmática civilista, desde un enfoque teórico-práctico.

Creo haber encontrado un punto de contacto y un pequeño aporte para la ciencia del derecho consistente en la necesidad de implementar la teoría de la argumentación jurídica del profesor español Manuel Atienza, con su modelo metodológico, para justificar las sentencias judiciales en materia de cuantificación de los daños a la persona, de acuerdo con las exigencias del art. 3 del Código Civil y Comercial argentino y de la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Estudiar sus precedentes, en los que descalificaba los fallos de los tribunales del país por déficits de fundamentación, con base en la doctrina pretoriana de la arbitrariedad de sentencias, se constituyó en el trabajo de campo de esta tesis, limitado al análisis de los fallos dictados desde el año 1983, con la vuelta de la democracia, hasta el año 2015, y, específicamente, a los supuestos de cuantificación del llamado “valor vida” y “incapacidad” psicofísica permanente.

En lo que atañe al diseño de la estructura de la tesis, la misma cuenta con 4 capítulos, la bibliografía, el Anexo con los principales fallos completos de la Corte Nacional y un apéndice que presenta los argumentos más usuales de las prácticas forenses, que son de gran utilidad para la argumentación como veremos más adelante.

El primer capítulo es el relativo a la epistemología, cuestión que me pareció insoslayable, junto a las concepciones iusfilosóficas en pugna, y la búsqueda de una “tercera vía”.

Las corrientes postpositivistas como el “neoconstitucionalismo” o el “constitucionalismo postpositivista” se han erigido como una alternativa plausible para abordar el paso del Estado de Derecho “legalista” al Estado de Derecho “constitucionalista”, en razón del auge de la constitucionalización de los derechos, de los principios, de la relación entre el derecho y la moral y la política, el surgimiento de otras técnicas para los conflictos del derecho como la ponderación, el desbordamiento de fuentes, etc.

En el capítulo segundo se abordan los dos grandes pilares disciplinarios sobre los que se apoya el tema de la tesis. Por un lado, la teoría de la argumentación jurídica de Atienza y, por otro, la responsabilidad civil.

De estas dos disciplinas cabe destacar los siguientes aspectos. En cuanto a la argumentación jurídica, el porqué de la elección de la teoría del profesor español Manuel Atienza y no las de otros pensadores. En primer lugar porque es una teoría que con el doctor Grajales hemos denominado “sincrética”, en cuanto recoge los principales aportes de las teorías de Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy, Aarnio, entre otros. Y porque sobre la base de estos autores desarrolla una teoría más lograda y completa. Y además porque su teoría presenta un interesante modelo metodológico. El autor trasciende la mera crítica y propone un método analítico (porque desmiembra cada uno de los elementos o partes del proceso argumentativo, identifica y explica sus funciones) que permite representar adecuadamente el proceso real de la argumentación, así como de criterios para juzgar sobre la corrección de esas argumentaciones y de sus resultados.

Respecto a la cuantificación de los daños: quiero destacar las importantes modificaciones introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial, especialmente, las normas consagradas en los arts. 3 y 1746. El primero, establece el deber de dictar una “decisión razonablemente fundada”. Según uno de los presidentes de la Comisión Reformadora del Código, la incorporación de este deber responde a la necesidad de “seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial” (Lorenzetti), para no incurrir en la tacha de arbitrariedad de sentencias, elaborada por la doctrina pretoriana de la Corte. El segundo incorpora el “deber” de emplear alguna fórmula matemática para determinar el capital indemnizatorio por lesiones o incapacidad psicofísica. Al respecto cabe señalar que la jurisprudencia y la

doctrina han propiciado distintas fórmulas: en la jurisprudencia laboral capitalina “Vuoto” (1978) y “Méndez” (2008). En la Provincia de Córdoba, el caso “Marshall” (1984) y la doctrina de los autores “Las Heras-Requena” (1984). Más recientemente el algoritmo de Hugo Acciarri que procura subsanar los defectos de las otras fórmulas.

El tercer capítulo se plantea el problema de la cuantificación de los daños y el uso de las fórmulas matemáticas, y su vinculación con la argumentación jurídica.

Si bien tales tópicos son abordados por disciplinas que se presentan como independientes o incluso como "compartimientos estancos", en esta tesis se sostiene la existencia de puntos de contacto, y que su contribución mutua, ayuda a la decisión justificada y razonable de los casos.

El cuarto y último capítulo se presenta la conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

A) Delimitación del objeto de estudio.

El trabajo de esta tesis consistirá en estudiar el problema de la justificación de las *decisiones jurídicas* y, más precisamente, el de las sentencias judiciales¹. Este tema se enmarca dentro del campo cognoscitivo y disciplinario de la Teoría del Derecho², que aborda el tratamiento del discurso jurídico, tradicionalmente denominado “lógica jurídica”¹.

Consideramos que la *argumentación jurídica*² es una de las teorías más relevantes para brindar

¹ Bobbio nos explica la variedad de significados del término “lógica” en la secular vicisitud de las relaciones entre lógica y derecho, circunstancia que lo lleva a exponer la existencia de elementos comunes. Entre estos significados menciona la exigencia de rigor en el razonamiento jurídico, porque sólo un razonamiento riguroso está en grado de garantizar la objetividad y, por tanto, la imparcialidad del juicio (Bobbio, Norberto, *Derecho y lógica*, tr. A. Rossi, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México D.F., 1965, p. 20 y ss.; v. también Neumann, Ulfrid, “Lógica Jurídica” en Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, edición a cargo de Gregorio Robles, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, 1992, Madrid, p. 246 y ss.). Para Kalinowski, la lógica jurídica es la lógica del razonamiento jurídico: obediente a las reglas de la lógica formal, admite otros razonamientos fundados en la persuasión, en la retórica, y otros argumentos basados en presunciones, prescripciones, ficciones, etc., establecidas por la ley, los cuales son extralógicos (Kalinowski, *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, tr. Juan A. Casaubón, Eudeba, Buenos Aires, 1973, pp. 160-162).

² Entre los autores y obras más destacadas en la materia cabe aludir a las siguientes: Alexy, Robert, *Theorie der juristischen argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978 (reimpresión, 1983); *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, Madrid. MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, 2003 (1978); idem, *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of legal reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005. Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal-Culzoni, 2006. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª reimpresión, Madrid, 1993; idem, *El sentido del Derecho*, 6ª ed. Ariel, Barcelona; *El Derecho como argumentación*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2007; idem, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013. Feteris, Eveline, *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*, tr. A. Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. García Amado, Juan A., “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en Anuario de Filosofía del Derecho, España, vol. III, 1986, pp. 151-182; idem, “Tópica, Derecho y método jurídico”, en Doxa, n. 4 (1987); idem, *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988; “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso (Chile), n. 45, pp. 103-129 y en *Ensayos de Filosofía Jurídica*, Temis, Bogotá, 2003; idem, “Retórica, argumentación y derecho”, en Isegoría, 21, 1999, pp. 131 y ss.; idem, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010. Grajales, Amós A. y Negri, Nicolás J., *Argumentación Jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 81; idem, *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 21 y ss.

una explicación acabada de lo que “es” (descriptiva) o “debería ser” (prescriptiva) la forma de llevarse a cabo el razonamiento jurídico desplegado por una sentencia judicial, para que esta pueda ser considerada “racional” y “razonable”, en la resolución de un caso, cuando éste presenta un problema

¹ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, tr. Francisco J. Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverria, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 39 y ss.

² Si bien la expresión “teoría del derecho” resulta algo compleja y confusa, lo cierto es que es una disciplina distinta de la filosofía del derecho y, por su finalidad o funciones, también diferente de la ciencia jurídica, entendida esta última como “dogmática jurídica”. Sus contornos todavía no son claros ni definidos, pero existe una opinión común en delimitar su objeto a través de los “temas” que son investigados por esta disciplina jurídica, que presenta enfoques y perspectivas propios. Entre ellos se señala, precisamente, la argumentación jurídica –dentro del estudio del razonamiento jurídico–, además de temas tales como la normatividad del derecho, es decir, la investigación de sus categorías o entidades básicas (las reglas, principios y valores jurídicos), el lenguaje del derecho, su naturaleza (formal, ordinario o técnico) y sus problemas (vaguedad, ambigüedad, carga emotiva, etc.), y la axiología, en orden a la determinación del concepto de los valores, los significados particulares de cada uno de ellos (justicia, igualdad, libertad, seguridad, etc.) y sus funciones, así como la fundamentación y garantía de los derechos humanos y fundamentales (Zuleta Puceiro, Enrique, *Teoría del derecho. Enfoques y aproximaciones*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 99 y ss. García Amado, “La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la ‘teoría del derecho’ como sucedáneo”, en *Persona y Derecho*, n. 31, Pamplona, 1994, p. 109 y ss. Fariñas Dulce, María J., “Filosofía del derecho *versus* Teoría del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1992, n. IX, pp. 219-222. Bix, Brian, “Teoría del derecho: tipos y propósitos”, tr. Erica Frontini, en *Isonomía*, n. 25, octubre, 2006, pp. 57-68. Ollero, Andrés, *El derecho en teoría*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 32-34).

interpretativo en la aplicación del derecho, es decir, cuando la decisión requiere de la justificación porque la solución no resulta ni evidente ni puede ser arbitraria⁵.

El problema consiste en determinar la aplicabilidad de la teoría de la argumentación jurídica del profesor español Manuel Atienza, para las sentencias judiciales de los casos difíciles en general, y, en particular, para los supuestos de cuantificación judicial de los daños a la persona (“valor vida” o “incapacidad permanente”), cuestión que ha adquirido una relevancia especial en el estado actual de la ciencia del derecho, que se desarrolla en un contexto de Estado de derecho constitucional y democrático (§ I.B) y que requiere de nuevas ideas y procesos teóricos. A su vez, presenta nuevas exigencias políticas y sociales que necesitan ser elucidadas y proyectadas en prácticas jurídicas acordes.

Para que esto pueda ser una realidad factible -tal como lo destacan las recientes corrientes postpositivistas –entre ellas el llamado “neoconstitucionalismo” y el “constitucionalismo postpositivista”³- se necesita una teoría apropiada y comprometida⁴ con la democracia constitucional⁵,

³ Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., p. 44. Ídem, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 117-146. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Isonomía*, n. 27, 2007. Aguiló Regla, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en *Doxa*, n. 30, 2007; ídem, *Sobre Derecho y argumentación*, Leonard Muntaner Editor, Mallorca, 2008, p. 11 y ss. Calsamiglia, Albert, “Postpositivismo”, *Doxa*, n. 21-I, 1998, pp. 209-220. Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010. García Jaramillo, Leonardo, “Intento de conceptualización y defensa del neoconstitucionalismo”, p. 482, en Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo (coord.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, UNAM, México D.F., 2015. Vigo, Rodolfo L., *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 109 y ss.; 267 y ss. Müller, Friedrich - Villacorta Mancebo, Luis-Quintín, *Postpositivismo*, Tratamiento Gráfico del Documento, Santander, 2009. Cárcova, *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 109 y ss.

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, tr. A. Ruiz Miguel, L. Prieto Sanchís, M. Gascón, J. C. Bayón, P. A. Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 3 y ss.; ídem, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neoiusnaturalismo”, en *Doxa*, n. 34, 2011; ídem, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en A.A.V.V., *Un debate sobre el constitucionalismo. Luigi Ferrajoli*, Doxa y Marcial Pons, Madrid-Buenos Aires, 2012, p. 12 y ss.; ídem, *Epistemología y garantismo*, tr. José J. Moresco y Pablo E. Navarro, Fontamara, México, 2004, p. 17. En este último trabajo, el profesor italiano distingue en la teoría del derecho la extensión, es decir, el campo de investigación por ella denotado, y la intención, es decir, los contenidos conceptuales en ella expresados o connotados. La cuestión de la extensión se identifica con la de los ámbitos de la experiencia a los cuales la teoría puede aplicarse y en referencia a los cuales sus tesis deben resultar verdaderas (Ferrajoli admite que la extensión se relaciona con la extensión de la llamada teoría “general” del derecho).

⁵ Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, México, 2006; ídem, “Sobre el concepto de constitución”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Jorge L. Fabra Zamora y Ezequiel Spector editores), UNAM, México, 2015, v. 3, pp. 1930-1958. Este autor nos dice que La democracia constitucional como modelo de organización política persigue dos objetivos analíticamente distintos: limitar al

con alcance o pretensión de universalidad y sistematicidad⁶, que permita dar respuestas satisfactorias a los reclamos y problemas que se presentan ante instituciones, como el Poder Judicial y sus órganos

⁵ La argumentación jurídica viene a sustituir o absorber la problemática de la interpretación jurídica o metodología jurídica, en tanto su centro de atención privilegiada y de desarrollo futuro, es el campo de las decisiones jurídicas-judiciales (cfr. Vigo, Rodolfo L., “Argumentación constitucional”, en Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, p. 463). En un ensayo Vigo explica que “el trabajo del jurista en el marco del Estado de derecho legal se prestaba a través de la “interpretación”, pero en el marco del Estado de derecho constitucional se cumple por medio de la “argumentación”. La “interpretación” quedó adscripta exitosamente al modelo decimonónico, y con ese término pareciera subrayarse el carácter descriptivo o constativo que se pretendía del intérprete, en tanto debía localizar la norma en donde subsumir su caso, y por medio de un silogismo proyectar sobre el mismo las consecuencias previstas en aquella. Por el contrario, con argumentación o razonamiento se apunta al esfuerzo racional que debe hacer el jurista para identificar las respuestas jurídicas que reconoce en el derecho vigente respecto del caso en cuestión, luego escoger una de ellas y dar razones o argumentos a favor de la misma en orden a que ella sea reconocida autoritativamente” (Vigo, Rodolfo L., “La interpretación o argumentación jurídica como saber jurídico prudencial-retórico”, en *El Derecho*, diario del 13/08/2013, n° 13.299).

jurisdiccionales: los tribunales. Precisamente, en orden a éstas exigencias y necesidades, así como para alcanzar los objetivos institucionales, las teorías sobre la argumentación jurídica se presentan como un marco teórico-práctico para explicar, regular y orientar la labor del operador jurídico⁷.

Se trata, entonces, de un tema con una dimensión *teórica* y con otra *práctica*, puesto que se dirige tanto a investigar la problemática de las decisiones jurídicas, como a analizar de manera específica el razonamiento desplegado por los jueces y la forma en que los mismos motivan y justifican las sentencias judiciales a través argumentos o razones que avalen un criterio, una opinión, una decisión, en cuestiones jurídicas debatidas o dudosas, a los fines de que la misma resulte más y mejor justificada, y de esta manera logre convencer –racionalmente- respecto de cualquier otra alternativa interpretativa.

En lo que respecta a la faceta práctica, la investigación se enfocará de manera concreta en el *Derecho de las Obligaciones* y, dentro de éste, más específicamente, en el área de la *Responsabilidad Civil* o, como actualmente se la denomina, “Derecho de Daños”. Se centrará en lo que atañe a la clásica función resarcitoria, puntualmente en lo relativo a la determinación de las condenas indemnizatorias por daños a la persona⁸, analizando -como “banco de prueba” (aspecto fáctico)- los precedentes más relevantes del

poder político y distribuirlo entre los ciudadanos sobre la base de una garantía efectiva de los derechos fundamentales de los individuos que integran a la colectividad política. En este sentido es un modelo mucho complejo que apuesta por una combinación de instituciones que están orientadas hacia la garantía de los derechos de las personas pero también supone su participación en esta tarea. En tanto titulares de derechos, las personas y los ciudadanos deben ser los protagonistas de la vida social y no meros electores del gobierno. Ello exige su participación en diversas sedes (no solo en las instituciones de gobierno o de representación) y una actitud de vigilancia y seguimiento constante a las tareas de los gestores de la vida colectiva. Para ello existen mecanismos e instituciones orientados a la participación ciudadana y a la rendición de cuentas permanentes por parte de los poderes públicos. Desde esta perspectiva –para retomar a Mortati– parece atinado sostener que la Constitución formal del modelo democrático constitucional requiere de una Constitución material específica en la que los titulares de los derechos son actores relevantes (última obra citada, pp. 1936-1937).

⁶ Canaris, Claus-Wilhelm, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, tr. Daniela Brückner y José Luis de Castro, Madrid, Civitas, 1995, pp. 27-28.

⁷ Vigo, “Argumentación constitucional”, op. cit., pp. 476-477.

⁸ Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General*, 6ª ed., actual. Enrique V. Galli, T.E.A., 1952. Lafaille, Héctor, *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*, 2ª ed., La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009. Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tr. de Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1955. De Cupis, Adriano, *El Daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil*, tr. Martínez Sarrión, Bosch, 1975. Llabrás, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1973. Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, t. VI, 4ª ed., La Ley, 2010. Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008. Alterini, Atilio A., *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974. Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños, Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, t. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 1999. Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999. Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998 y 2016. Bueres, Alberto J., *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001. Santos Briz, Jaime (dir.) y Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Tratado de Derecho Civil, Teoría y Práctica*, t. III, Derecho de Obligaciones, Bosch, Barcelona, 2003. Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999-2012 (tomos 1 a 5); idem, *Tratado de las Obligaciones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017 (4 tomos); idem, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Rubinzal-Culzoni, 2017 (3 tomos).

país: los fallos emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, su más alto tribunal (§ III.A y III.B).

Nuestra investigación e hipótesis de trabajo se desplegarán mediante los conceptos jurídicos básicos y los instrumentos metodológicos aportados por esa asignatura del derecho –en su aspecto dogmático (Derecho de las Obligaciones)- y el examen de las prácticas jurídicas que surgen de la jurisprudencia (§ II.A y II.C).

Debemos señalar que el tema escogido tiene también estrechas vinculaciones con otras ramas del saber jurídico: el *Derecho Procesal Civil* en cuanto a los requisitos formales de validez de las sentencias judiciales –regulados generalmente en los códigos procesales-; el *Derecho Judicial* y el *Derecho Constitucional*, en lo atinente a la estructura y funciones del Poder Judicial, formación de los magistrados y funcionarios, estándares exigidos para el desempeño de sus tareas jurisdiccionales (especialmente en lo que respecta a la fundamentación de las sentencias judiciales que se relacionan con la protección de derechos fundamentales) y, en general, en orden a las atribuciones y deberes de los jueces (arts. 17 y 18, Constitución de la Nación; § III.A)⁹.

⁹ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 148 y ss.; 278 y ss.; 479 y ss. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 351 y ss. Vigo, Rodolfo L. y Gattinoni de Mujía, María (directores), *Tratado de Derecho Judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013. Sagüés, Néstor P., *Compendio de derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, vol. 1 a 4, México, 2003. Manili, Pablo L., *Tratado de derecho procesal constitucional: Argentino, comparado y transnacional*, La Ley, Buenos Aires, 2010. Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de derecho procesal constitucional latinoamericano*, La Ley, Buenos Aires, 2013; ídem, *Teoría de la sentencia constitucional*, Porrúa, México, 2016.

B. Contexto jurídico actual: crisis de la epistemología jurídica. Ciencia y dogmática jurídica. Concepciones jurídicas en pugna.

1. Crisis epistemológica.

1.1) Ciencia y dogmática jurídica. Funciones.

Actualmente, en lo que atañe a la ciencia jurídica, nos hallamos frente a una crisis epistemológica y metodológica del derecho en general. La crisis se presenta en diversos ámbitos y disciplinas del derecho.

Respecto del conocimiento jurídico y su método, la misma se presenta –en un primer momento- en razón de la noción de ciencia que se aspira alcanzar. Massini considera que en la época moderna -y aún en la contemporánea- el problema del estatus epistemológico de la ciencia del derecho radica en dos aspectos. Por un lado, en querer configurar el saber de los juristas sobre los moldes de una ciencia teórica (“monismo cientificista”: vale decir, imponer el paradigma de cientificidad de las matemáticas, la física, la biología, etc.), cuando en rigor de verdad se trata de una ciencia o saber práctico. Por otro, en no comprender el carácter analógico de la ciencia –el concepto de ciencia tiene más de un sentido-, por cuanto siendo uno el concepto es aplicable a realidades parcialmente distintas pero en algún punto idénticas. En este caso la identidad viene dada por tratarse de un saber explicativo, es decir, por las causas, con un objeto universal y necesario. De ahí que sea posible hablar de una “ciencia jurídica” que tenga por objeto material al derecho positivo en la medida en que ese derecho sea estudiado desde los principios jurídicos universales o, en otros términos, desde el ángulo de la naturalidad de las instituciones jurídicas o de las normas¹⁰.

En opinión de Haba, más allá del parecido del razonamiento jurídico con el discurso de otras ciencias, lo que hace insalvable la diferencia es la *orientación* y el *nivel* de los conocimientos efectuados en unos y otros campos. El derecho tiene un edificio teórico-sistemático propio y una correspondiente jerga especializada de sus profesionales (todo ello constituiría su dogmática). En tal sentido, en lo que hace a la tarea de la “dogmática jurídica”, entiende que no es absurdo sostener que es una “ciencia”. Sin embargo, a diferencia de las demás disciplinas jurídicas llamadas “ciencias” (historia del derecho, derecho comparado, teoría del derecho, antropología jurídica, psicología jurídica, análisis económico del derecho, sociología jurídica, informática jurídica, etc.), la dogmática no tiene por objeto ineludible la persecución de la verdad respecto de los asuntos estudiados, sino que es un discurso esencialmente “retórico” (en el sentido clásico), con funciones *descriptivas* y *prescriptivas* acerca del derecho positivo.

La dogmática jurídica cumple, en efecto, funciones descriptivas y prescriptivas del orden jurídico –tal como ocurre con el caso del Derecho de Daños- en tanto que sus principales funciones son: a) suministrar criterios para el cambio del derecho; b) brindar pautas para la aplicación de las normas vigentes y c) elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los anteriores objetivos¹¹.

¹⁰ Massini, Carlos I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnosología del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 91, 97-103 y 118-119; ídem, *Facticidad y razón en el Derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, p. 15 y ss.

¹¹ Haba, Enrique P., “Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho”, en *Doxa*, n. 14, 1993, pp. 208 (nota 38) y 301-302.

Ahora bien, dichas funciones –asumidas tradicionalmente por la dogmática jurídica (civilista, penalista, etc.)– se muestran insuficientes para describir, explicar y prescribir las prácticas jurídicas concretas de los operadores jurídicos (v.gr., los jueces). A nuestro modo de ver se precisa de una teoría que complemente estos objetivos con instrumentos metodológicos apropiados y específicos.

Desde la perspectiva actual del conocimiento jurídico y como tal superadora de la metodología tradicional de la “dogmática”, embebida del positivismo legalista y formalista¹⁵, se advierte que la teoría jurídica contemporánea debería tener presente la clara distinción entre la dimensión *descriptiva* y *sistematizadora* del derecho positivo y la dimensión que procura alcanzar una *reformulación* de éste, lo cual supone tener a la vez una plena conciencia de los diferentes métodos y técnicas de justificación, así como de los cometidos que cada una de las dimensiones mencionadas están llamadas a llevar a cabo¹⁶.

La teoría jurídica debería comenzar por determinar qué normas tienen efectivamente vigencia en cierto ámbito, para lo cual tendría que dejar de lado ciertos preconceptos sobre las “verdaderas” fuentes del derecho y analizar, fundamentalmente a través de las decisiones judiciales, cuáles son las pautas que reciben real aplicación¹⁷.

Vinculada con esta función, también se encuentra la de asignar significado a las normas vigentes, para lo cual deberían tomarse en consideración las reglas interpretativas utilizadas por los órganos de aplicación y los usos lingüísticos vigentes (para así hacer frente a los problemas del lenguaje). Al respecto, se propone formular una teoría general de la interpretación para encontrar un parámetro común a la problemática hermenéutica que se presenta en las diversas disciplinas dogmáticas: la interpretación en el derecho privado, la interpretación penal, la interpretación constitucional, etcétera. Para algunos, los problemas suscitados por la interpretación jurídica serían de índole epistemológica, por

¹⁵ Para el positivismo legalista y formalista (escuela de la exégesis francesa, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia analítica inglesa del siglo XIX), que concibió el ordenamiento jurídico como una elaboración racional y como un conjunto sistemático de normas, es decir, de entidades racionales aplicables al caso judicial mediante métodos lógicos, la tarea de determinar el derecho y resolver el problema era entendida –fruto de la desconfianza a los jueces y del culto a la ley– como una mera “subsunción” (la aplicación del derecho reducida a esta idea es llamada como “logicismo”-; cfr. Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 296). La decisión judicial, en la medida que se limita a “aplicar la ley”, operaba como un silogismo hipotético, donde la premisa mayor era el supuesto de hecho contemplado en la norma y la premisa menor el caso concreto sometido a decisión, y la conclusión es la consecuencia jurídica prevista en la norma.

Para ello se partía de la base de considerar a los ordenamientos como un “sistema lógicamente cerrado”, en el que las decisiones correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, líneas de orientación, estándares morales, etc. (Hart, Herbert, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*, tr. Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 14. Carrió, Genero, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, LexisNexis y Abeledo Perrot, 5° ed., Buenos Aires, 2006, p. 83). La jurisprudencia de conceptos reducía al juez a la función de subsumir los hechos bajo conceptos jurídicos. De acuerdo con ello, el orden jurídico fue concebido como un sistema completo, deductivo o analítico. De los conceptos generales provenían conceptos especiales; de los conceptos surgían, por deducción lógica, las reglas jurídicas a los hechos (Carrió, op. cit., p. 85).

La teoría de la argumentación jurídica ha demostrado que la aplicación del derecho no siempre opera de esta manera. La lógica formal, la de tipo deductiva, se limita a una de las facetas de las decisiones jurídicas, particularmente en el “contexto de justificación” (en menor medida en el “contexto de descubrimiento”), y, ello siempre que se trate de “casos fáciles” –que, valga señalar, constituye la gran mayoría de las causas judiciales o controversias– pero no a los “casos difíciles” y menos aún a los “trágicos”, donde es menester recurrir a la argumentación como teoría más integral. El modelo de Alchourrón y Bulygin, a diferencia del de Kelsen, defiende la tesis de que las decisiones jurídicas pueden justificarse en términos lógico-deductivos, es decir, que se pueden realizar inferencias normativas, que la lógica se aplica también a las normas. Bulygin ha aceptado que el modelo deductivo de justificación no excluye otros, pero ni él ni Alchourrón han mostrado interés por esos otros modelos, en virtud de su fuerte escepticismo en relación con la razón práctica y su tendencia al emotivismo en materia moral. El modelo de Alchourrón y Bulygin se centra en los casos fáciles (cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos*, Astrea, Buenos Aires, 2012; Caracciolo, Ricardo, “Entrevista a Eugenio Bulygin”, en Doxa, n. 14; Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 28-29).

¹⁶ Nino, Carlos S., *Algunos Modelos Metodológicos de “Ciencia Jurídica”*, 2ª ed., Fontamara, México D.F., 1995, p. 99; idem, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 342.

¹⁷ Savigny, M. F. C., *Sistema del Derecho Romano* actual, tr. M. Ch. Guenoux, J. Mesía y M. Poley, Góngora y Cía. Ed., Madrid, 1978, t. I, p. 28 y ss. Cueto Rúa, Julio, *Fuentes del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982 (reimp.), p. 18 y ss. Zuleta Puceiro, Enrique, *Elementos de Teoría del Derecho. Materiales para su estudio*, 2ª reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 343. Pérez Luño, Antonio E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 24 y ss.; id., “Fuentes del Derecho”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, v. 2, pp. 1019-1066. Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, Cultura Jurídica, México, 2009, p. 155 y ss. Andruet, Armando S. (h), “Fuentes del Derecho”, en *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, 1991-1, n. 61, pp. 1-18.

tratarse de una cuestión relativa al conocimiento de la ley o del derecho (aspecto cognoscitivo), en tanto que para otros los problemas serían de índole decisoria dentro de un marco de valoraciones (aspecto axiológico)¹²; finalmente, algunos piensan que los problemas interpretativos no son problemas relativos a la objetividad del conocimiento ni tampoco a la determinación de valores, sino a la racionalización del ejercicio del poder autocrático, en la justificación social de esta modalidad del poder que ejercen aquellos funcionarios especiales¹³.

Además de los problemas interpretativos –como afirmaba Nino- debería mejorarse la sistematización del derecho vigente mediante las técnicas suministradas por la lógica deóntica, que contribuyen a determinar con certeza las consecuencias lógicas de los enunciados normativos del sistema, a reformular el sistema jurídico en forma más económica, reemplazando amplios conjuntos de enunciados, muchos de ellos redundantes, por principios independientes con consecuencias equivalentes (lo cual permitiría detectar con facilidad las lagunas y contradicciones del sistema, según el modelo de Alchourrón y Bulygin)¹⁴.

Por otro lado, está la dimensión *normativa* (prescriptiva) y *axiológica*. Nino sugiere que las tareas antes señaladas adquieren mayor relevancia cuando se dirigen a asistir la labor de los jueces en su cometido de alcanzar soluciones para casos particulares que sean axiológicamente satisfactorias, aun en las situaciones donde que el derecho positivo no ofrezca una solución unívoca²¹.

Para lograrlo resulta menester *justificar* los juicios valorativos acerca de la solución correcta para ciertas clases de casos, mostrando que ellos derivan de un sistema coherente de principios generales. Esto exige hacer explícitas algunas de las consecuencias lógicas de los distintos principios cuya validez se discute para determinar si ellas son aceptables y si no están en conflicto con las consecuencias de otros principios. También requiere que los juicios de valor particulares que se formulan en el contexto de la teoría jurídica sean *universalizables*. Sin embargo, a diferencia del discurso moral que –al igual que el teológico- se apoya como justificación última de cierta solución en un argumento de autoridad, el discurso jurídico resulta válido o adecuado si los principios últimos en que se sustenta pueden ser racionalmente justificados¹⁵. Tal justificación racional se desarrolla en dos niveles diferentes¹⁶.

¹² Vernengo, Roberto J., *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977, p. 3. En la última corriente de pensadores se destaca Luis Recaséns Siches, quien postula el método del *logos* de lo razonable o de la equidad (cfr. su obra *Introducción al estudio del derecho*, 12ª ed., Porrúa, México, 1997, p. 246 y ss.).

¹³ Vernengo, *Interpretación jurídica*, op. cit., pp. 3-4.

¹⁴ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., pp. 342-343. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 1975, caps. V y VI; idem, *Sistemas normativos*, Astrea, Buenos Aires, caps. V y VI. ²¹ Nino, *Algunos Modelos Metodológicos...*, op. cit., pp. 99-100; idem, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 344.

¹⁵ Wróblewski considera que la “interpretación operativa”, es decir, aquella que se realiza en la aplicación del derecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión, requiere de directivas interpretativas que han sido concebidas como reglas para determinar el significado del texto interpretativo. Ahora bien, la elección de las directivas en cuestión, y frecuentemente su uso, dependen de valoraciones y, por tanto, la justificación de la decisión en cuestión (Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, tr. Arantxa Arzuza, Civitas, Madrid, pp. 35-36). Los argumentos para elegir una concreta directiva de la interpretación son o la autoridad, o bien la valoración que justifica una elección o un uso de estas directivas (op. cit., p. 66).

¹⁶ Nino, *Algunos Modelos Metodológicos...*, op. cit., pp. 99-100; idem, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 344.

²⁴ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 345.

En un primer nivel se trata de justificar las normas de un cierto derecho positivo y determinar si ellas son aceptables a la luz de principios básicos de filosofía política y moral (se evalúan el contenido de las normas y la legitimidad de los órganos que las dictaron)²⁴. En un segundo nivel se presupone un cierto marco de normas positivas moralmente justificadas y se buscan soluciones para casos particulares que sean axiológicamente satisfactorias y, al mismo tiempo, compatibles con las normas positivas que se consideran válidas¹⁷.

Bajo estos cánones y con estos propósitos debería desarrollarse la dogmática actual: como, por ejemplo, el Derecho de Daños, en el marco de las reglas y principios receptados en el nuevo Código Civil y Comercial (v.gr., el principio de la reparación plena y las reglas que rigen a indemnización de los daños a la persona), a fin de brindar soluciones coherentes y razonables a los problemas que se presentan (cfr. arts. 1737 a 1746).

1.2) Corrientes iusfilosóficas. Contexto actual. Postpositivismo.

En la filosofía del derecho se habla de la necesidad de encontrar una “tercera vía”, capaz de terciar en el dualismo iusnaturalismo-iuspositivismo y de proporcionar una explicación más acabada y fundamentada del fenómeno jurídico²⁶.

Quizás el postpositivismo, ya sea en sus distintas vertientes del “neoconstitucionalismo” – todavía en ciernes- o del “postpositivismo constitucionalista”²⁷, logre posicionarse como una corriente de pensamiento que consiga elaborar una teoría del derecho superadora, que pueda brindar soluciones a los problemas teóricos y prácticos desde una cosmovisión más amplia de lo jurídico, comprensiva de los aspectos políticos, morales y sociales¹⁸. El tiempo y la crítica de los juristas nos dirán¹⁹.

Por lo pronto, podemos apuntar que el “neoconstitucionalismo” es un movimiento

¹⁷ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 345.

¹⁸ Cfr. Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, tr. Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014, p. 485 y ss. Nino, Carlos S., *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política*, Gustavo Maurino editor, vol. 1, pp. 99 y ss.; ídem, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Siglo Veintiuno, pp. 21 y ss., 47 y ss. Pettoruti, Carlos E., “Derecho, política y valoraciones”, en Olsen A. Ghirardi (dir.), *Diez Años*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2017, pp. 217-228.

¹⁹ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 13 y ss.; ídem, “Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar”, en A.A.V.V., *Un debate sobre el constitucionalismo. Luigi Ferrajoli*, Doxa y Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 119 (en Doxa, n. 34, p. 123). La misma opinión tiene Luis Prieto Sanchís, en cuanto a que el neoconstitucionalismo no sólo se trataría de una “tercera vía”, sino de la cancelación de la dialéctica que ha enfrentado al positivismo y al iusnaturalismo (Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 44, 2010, pp. 502-503). En esta última obra García Figueroa señala que “la suerte del Neoconstitucionalismo como nuevo paradigma jurídico todavía está por ver y seguramente ello sea así porque todavía no se ha conseguido fijar claramente lo que mantiene”. En el área italoiberoamericana el impacto está siendo sostenido. Particularmente ilustrativo es el interés, cuando no la adhesión, que ha concitado el neoconstitucionalismo en Brasil (dice García Figueroa, nota 6). Por ejemplo, R. Quaresma et al. (coords.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 2009, y C. Pereira de Souza Neto y D. Sarmento (coords.), *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. En carácter crítico, Lenio Luiz Streck se refiere al fenómeno del «panprincipiolismo em Terrae Brasilis» (citado por Ferrajoli en “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, A.A.V.V., *Un debate sobre el constitucionalismo. Luigi Ferrajoli*”, op. cit., p. 16, nota 9). Entre los diversos autores que han promovido el neoconstitucionalismo en ese país destaca con luz propia uno de sus más entusiastas defensores: Antônio Cavalcanti Maia (v.gr., “Neoconstitucionalismo, Positivismo Jurídico e a Nova Filosofia Constitucional”, en R. Quaresma, op. cit., pp. 3-27), cuya formación filosófica habermasiana ha hallado en este movimiento un soporte jusfilosófico idóneo. Ver, asimismo, L. Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho*, México, UNAM, 2008; E. O. R. Duarte y S. Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, Sao Paulo, Landy, 2006; E. R. Moreira, *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*, Sao Paulo, Método, 2008.

postpositivista²⁰ que ha sido propugnado por autores como Alexy, Atienza, Barberis, Carbonell,

²⁶ Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, tr. L. Villar Bordo y A. Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 93 y ss. ²⁷ El término “neoconstitucionalismo” fue acuñado en 1998 por la italiana Suzanna Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, tr. Josep. M. Vilajosana, en *Doxa*, n. 21-II, 1998, pp. 339-353; ídem. “Neoconstitucionalismo”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM, México, v. 1, pp. 363-364. Corresponde aclarar que la escuela de Génova (integrada, entre otros, por Mauro Barberis, Paolo Comanducci y la mencionada Suzanna Pozzolo) propuso esa expresión no para designar al “Estado constitucional”, sino para señalar peyorativamente a la nueva teoría del derecho que defiende la necesidad de superar el positivismo jurídico tradicional, ya sea para “reforzarlo”, como pretende Ferrajoli, o bien para “dejarlo atrás”, como pretende las concepciones postpositivistas (v.gr., la escuela de Alicante: Aguiló, Atienza, Ruíz Manero), y, a la vez, formular un modelo teórico que responda adecuadamente al fenómeno del constitucionalismo de los derechos; para esta nueva teoría del derecho –la escuela de Alicante- el “neoconstitucionalismo” equivaldría al “constitucionalismo argumentativo” o “postpositivismo” (cfr. Prado Lozada, Alí, “Derechos y constitucionalismo discursivo”, tesis doctoral, Universidad de Alicante, www.eltallerdigital.com, pp. 11-16). Para una esclarecedora argumentación en torno a la corrección de la denominación de este movimiento como “Neoconstitucionalismo”, véase Fabra Zamora, Jorge L., “Una nota sobre el neoconstitucionalismo”, en Fabra Zamora y García Jaramillo, *Filosofía del derecho constitucional*, op. cit., pp. 519-520 y Vigo, Rodolfo L., “¿Neoconstitucionalismos, pospositivismos, constitucionalismos o neoiusnaturalistas constitucionalistas?”, en *El Derecho*, diario del 4-IV-2014, n. 13.458. Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 117-146.

Dworkin, García Figueroa, García Jaramillo, Ferrajoli, Moreso, Nino, Vigo y Zagrebelsky, entre otros. Surgió en países europeos y latinoamericanos después de la Segunda Guerra Mundial y hasta el día de hoy continúa produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho con claras y profundas implicancias en las prácticas jurídico-sociales, especialmente las de los superiores tribunales, en orden a la metodología y técnicas a aplicar en el “razonamiento judicial justificatorio”³¹.

Esta transformación del Estado de Derecho puede sintetizarse en la fórmula “del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho” (o “del imperio de la ley” al “imperio de la constitución”). Conjuntamente, se ha producido también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista³².

En pocas palabras, el “neoconstitucionalismo” –entendido como una postura postpositivista constitucionalista³³- vendría a ser una idea basal pergeñada para comprender la “teorización” de los participantes de la práctica constitucional en un Estado democrático, en el proceso histórico actual de constitucionalización de los derechos -su afirmación y operatividad-; y, a la vez, una guía para que esa práctica se desarrolle de forma coherente y razonable (Atienza, Alexy, Dworkin, MacCormick, Nino).

Ahora bien, el neoconstitucionalismo presenta como peculiaridad –y complejidad- la convivencia de una serie de ideas disímiles sobre la validez del derecho, la supremacía constitucional, el control de constitucionalidad, el activismo judicial, la ponderación, etc., sin que esto impida que sean consideradas como partes de un todo –lo que, en sí mismo, representa una exposición conceptual superadora del positivismo-³⁴.

Dentro de esa pluralidad de ideas disímiles se destaca el carácter *argumentativo* del fenómeno comprendido por el constitucionalismo (de ahí su referencia en esta “Introducción” y su relación con las teorías de la argumentación jurídica)³⁵.

El neoconstitucionalismo se caracteriza por la configuración del orden jurídico y de los derechos fundamentales bajo la perspectiva “constitucionalista”, esto es, por el reconocimiento de la existencia de principios y valores jurídicos –y no ya sólo de las tradicionales preposiciones o enunciados

²⁰ Ello en la medida que abandona el positivismo tradicional entendido como una concepción o un modelo de derecho que reconozca como “derecho” a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles

normativos (reglas jurídicas), que presentan una estructura distinta a normas y que, como tales, exigen de otras técnicas para su aplicación –no la subsunción propias de las normas o reglas, sino de la

fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia (cfr. Ferrajoli en “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, A.A.V.V., *Un debate sobre el constitucionalismo. Luigi Ferrajoli?*, op. cit., p. 12 y nota 2).³¹ Vigo, Rodolfo L., “Razonamiento judicial justificatorio”, en *Doxa*, n. 21-II, 1998, pp. 483-499.

³² Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., p. 44; ídem, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., pp. 117-146. Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Isonomía*, n. 27, 2007. Aguiló Regla, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en *Doxa*, n. 30, 2007; ídem, *Sobre Derecho y argumentación*, Leonard Muntaner Editor, Mallorca, 2008, p. 11 y ss. Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010. García Jaramillo, Leonardo, “Intento de conceptualización y defensa del neoconstitucionalismo”, p. 482, en Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo (coord.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, UNAM, México D.F., 2015. Vigo, Rodolfo L., *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 109 y ss.; 267 y ss. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra, 2015, p. 21 y ss.

³³ Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., pp. 117-146.

³⁴ Fabra Zamora, Jorge L., “Una nota sobre el neoconstitucionalismo”, en Fabra Zamora y García Jaramillo, *Filosofía del derecho constitucional*, op. cit., pp. 519-520.

³⁵ Con el advenimiento del Estado de Derecho Constitucional pierden preponderancia los “métodos de interpretación” de la ley y pasa a cobrar interés la “argumentación” y el uso del precedente. En razón de ello, lo importante son ahora (aunque sin descartar los “métodos”) los “argumentos”. Así Tarello enseñará trece argumentos y Perelman quince, pero ninguna de esas nóminas pretenden agotar el número posible de argumentos, entre otros motivos porque más allá de coincidencias entre los diferentes ordenamientos jurídicos, caben particularidades entre ellos (cfr. Vigo, Rodolfo L., “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional”, en revista *La Ley*, 2010-A-1165, pto. 2.19).

ponderación legislativa y judicial-, lo cual requiere –para su comprensión y diálogo racional entre principios y valores en tensión- de la argumentación²¹.

En cuanto al referido proceso histórico de constitucionalización del fenómeno jurídico, Riccardo Guastini apunta que es el resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden darse en mayor o menor medida en un orden jurídico determinado: 1) la incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales; 2) la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional; 3) la fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas”, sino “preceptivas”; 4) la “sobreinterpretación” de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos; 5) la aplicación directa de los normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares; 6) la interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores, y 7) influencia de la Constitución en el debate político²².

Procederemos a detallar estos factores:

1) En primer lugar, la idea de que el orden jurídico cuenta con una constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales (es decir, no sólo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y las relaciones entre los mismos). Por rigidez de la constitución (frente a la flexibilidad de la legislación) se entiende inmutabilidad o resistencia

²¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, tr. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2011 (1995), pp. 14-17, 110-113, 116-125, 134-139 y 147-150. Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Un debate sobre el constitucionalismo*, op. cit., pp. 15-17. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., pp. 117-146.

²² Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara-UNAM, Fontamara, México, 2001; ídem, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli editore, Turín, 2006, p. 239 y ss. Aguiló Regla, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, op. cit., pp. 666-667; ídem, *Sobre Derecho y argumentación*, op. cit., p. 12 y ss.

—dificultad— para su modificación. Prieto Sanchís dice que la constitución es “material” porque está provista de un “denso contenido sustantivo”.

2) Está prevista la “garantía jurisdiccional de la constitución”, es decir que su protección se encomienda a los jueces. La constitución garantizada es una condición necesaria para la constitucionalización de un orden jurídico, que implica que la rigidez desemboca en una genuina jerarquía normativa y en una efectiva imposición de la constitución sobre la ley (tanto de un modo formal como material)²³.

3) Se le reconoce fuerza normativa vinculante a la constitución²⁴. Ello supone que todos los enunciados de la constitución se interpretan —independientemente de su estructura y de su contenido— como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios, por lo que desaparece la vieja categoría de “normas programáticas”, que las consideraba como meras expresiones de programas o recomendaciones políticas no susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.

4) Se produce una “sobreinterpretación” de la constitución, evitando la interpretación literal²⁵ en favor de una interpretación extensiva²⁶, de manera que del texto constitucional se extrae gran cantidad de normas y de principios implícitos.

5) Se considera que las normas constitucionales pueden ser aplicadas directamente. Por aplicación directa se entiende que dichas normas pueden ser aplicadas por todos los jueces, en todo tipo de casos. Además, esta aplicación directa abarca no sólo las relaciones de derecho público, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones de derecho privado, entre ciudadanos.

6) Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la constitución. Esta

²³ Prieto Sanchís, Luis, en el debate recogido en Miguel Carbonell (ed.), Trotta-UNAM, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, 2007 y en Carlos Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2009, Segunda Parte; ídem, “El constitucionalismo de los derechos”, en *Revista española de derecho constitucional*, año n. 24, n. 71, 2004, ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución III, pp. 47-72; ídem, “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, pp. 461-506; ídem, *El Constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

García Amado critica estas consideraciones atinentes al carácter garantizado de la constitución. Desde su punto de vista, la visión axiológica de la constitución en que se funda el neoconstitucionalismo llevaría a atribuir a su aplicación judicial el carácter de un control de máximas. Su objetivo sería atribuir a cada caso la solución “que para él demanda la axiología constitucional”. En cambio, el positivismo, si bien no negaría el carácter garantizado de la constitución, sí caracteriza a su control como un control de mínimos, es decir, que este control estaría dirigido sólo contra las “normas que manifiestamente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales” (cfr. García Amado, Juan A., en el debate recogido en Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, op. cit., y en Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, op. cit., Segunda Parte; ídem, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010, capítulos 5, 6 y 7).

²⁴ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, op. cit., p. 464.

²⁵ García Amado sostiene, desde el positivismo, que la constitución sólo dice lo que dicen sus palabras y no también aquello que los intérpretes derivan del texto constitucional. Las constituciones (como cualquier otra norma jurídica) mandan por sí lo que claramente se corresponda con la referencia de sus términos y enunciados. En los márgenes de vaguedad o zonas de penumbra la constitución es abierta y podrá ser concretada de diferentes modos, tantos como no sean patentemente contradictorios con la semántica constitucional. En cambio, desde el postpositivismo, se considera que el contenido de la constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica: la naturaleza última de las normas constitucionales (reglas o principios) es axiológica. Por eso las constituciones dicen más de lo que sus términos significan (cfr. García Amado, Juan A., en el debate recogido en Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, op. cit., y en Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, op. cit., Segunda Parte; ídem, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010, capítulos 5 a 7).

²⁶ Prieto Sanchís, en el debate recogido en Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, op. cit., y en Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, op. cit., Segunda Parte

característica –a diferencia de la ya mencionada- no se refiere a la interpretación de la Constitución, sino a la interpretación de la ley: de todas las interpretaciones posibles de una ley el juez debe descartar aquellas que vulneren o sean incompatibles con la constitución.

7) Por último, la existencia de una fuerte influencia de la constitución en el debate y el proceso políticos. Esta influencia se observa en que, entre otras cosas:

- a) los actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno;
- b) los conflictos y las disputas políticas entre órganos de distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales; y
- c) los jueces tienden a no mostrar actitudes de autolimitación o auto-restricción hacia las llamadas cuestiones políticas²⁷.

Desde esta perspectiva, la constitucionalización de un orden jurídico es una cuestión de grado.

Ahora bien, como destaca Aguiló, una cosa es reconocer el hecho histórico del paso del “imperio de la ley” a la “constitucionalización de los derechos” y otra muy distinta es la *valoración* que se haga de tal proceso de cambio. En este sentido, no son pocos los autores críticos con esta evolución., quienes sostienen que, en realidad, estos desarrollos ponen en crisis al Estado de Derecho mismo.

Consideran que se están debilitando las exigencias normativas derivadas del “gobierno de las leyes” y que, en consecuencia, se está retrocediendo hacia esquemas vetustos vinculados al “gobierno de los hombres” (de las élites intelectuales y judiciales). El derecho – desde esta postura- deja de ser general (pues la aplicación de los principios constitucionales acaba desembocando en el derecho del caso), claro (la aplicación de principios implica un razonamiento jurídico que no es puramente deductivo), coherente (los principios constitucionales son contradictorios entre sí y no cabe establecer prioridades estables entre ellos) y previsible.

La crítica, en definitiva, consiste en afirmar que dicha evolución supone un retroceso “civilizatorio”, pues se quebrantan las bases sobre las que están contruidos los valores de la autonomía de las personas y de la seguridad jurídica, dando cabida a la arbitrariedad y al decisionismo en la aplicación del derecho²⁸.

Sin embargo, más allá de estos planteamientos respecto a la evolución del Estado de Derecho, Aguiló muestra que dentro de la cultura jurídica se observa una división entre aquellos autores que afirman que los nuevos fenómenos jurídicos exigen la formulación de un nuevo paradigma teórico y aquellos otros que niegan tal necesidad. Es decir, la cuestión está en determinar si para entender, explicar, enseñar y dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos hay que proceder a una revisión o no del “paradigma” teórico

²⁷ Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”, op. cit.; ídem, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, op. cit., p. 239 y ss. Aguiló Regla, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, op. cit., pp. 666-667; ídem, *Sobre Derecho y argumentación*, op. cit., p. 12 y ss.

²⁸ Entre los autores que cuestionan el neoconstitucionalismo se destacan García Amado, Juan A., “Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 13-14, Madrid, 1996-1997, pp. 65-86; ídem, *El derechos y sus circunstancias*, op. cit., caps. 5 a 7. Guastini, Riccardo, “A propósito del neoconstitucionalismo”, en *Gaceta Constitucional*, v. 67, 2013, pp. 231-240. Laporta, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007. Streck, Lenio L., “Reflexión hermenéutica sobre la relación ‘neoconstitucionalismo-positivismo jurídico’”, en Suzanna Pozzolo (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011, pp. 167-214.

que se fraguó en torno a la idea de “imperio de la ley”: en aclarar si hay que redefinir o no el conjunto de conceptos con los que se elabora la idea del derecho.

En definitiva, la disputa versa acerca de si los cambios que supone la constitucionalización del orden jurídico son meramente cuantitativos en cuyo caso no es necesaria la formulación de un nuevo paradigma teórico- o si, por el contrario, se trata de cambios verdaderamente cualitativos que exigen una revisión profunda de los esquemas teóricos con los que se aprehenden y transmiten los fenómenos jurídicos²⁹.

2. Concepciones jurídicas en pugna. Enfoques diversos del fenómeno jurídico.

Para visualizar mejor las aporías que enfrentan las teorías de la argumentación jurídica y dar un panorama de la cultura de fondo en la cual se enmarca el constitucionalismo, presentaré a continuación un listado esquemático de los conceptos básicos de los dos paradigmas del Derecho que he mencionado, el positivismo y el postpositivismo.

Para ello, pasaré revista de los postulados en los que se fundan los partidarios de uno y otro de la mano de las claras aportaciones de Josep Aguiló y Rodolfo Vigo³⁰.

2.1) Del modelo de reglas al modelo de principios y reglas.

Según el positivismo, el modelo adecuado para explicar la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas. Por reglas se entienden normas que correlacionan la *descripción cerrada de un caso* con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración.

Las normas abiertas son vistas como imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas.

Para el postpositivismo, la estructura de un sistema jurídico está constituida, además de por las reglas, por los *principios* jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa -dicen lo que debe ser- pero *no definen un caso* -no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas-.

Los principios, entendidos como mandatos de optimización o mandatos a ser optimizados, dotan de sentido a las reglas, entendiéndolas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un “balance, ponderación o compromiso” entre principios para el caso genérico que ellas regulan.

Cuando se trata de normas abiertas, guiar la conducta mediante principios o aplicarlos exige

²⁹ Aguiló Regla, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, op. cit., pp. 667-668; ídem, *Sobre Derecho y argumentación*, op. cit., p. 13. Vigo, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, Porrúa, México D.F., 2003, p. IX (prólogo). Gascón Abellán y García Figueroa, *La argumentación en el Derecho*, op. cit., p. 15 y ss.

³⁰ Aguiló Regla, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, op. cit., p. 669 y ss.; ídem, Vigo, *De la ley al derecho*, p. 3 y ss.

siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios. Por ello se habla de una “nueva edad de oro de los principios”³¹.

2.2) De las relaciones lógicas entre normas a las relaciones lógicas y relaciones de justificación.

Para el positivismo, entre las normas de un sistema jurídico se dan *relaciones lógicas* de *deducibilidad*. Dos normas son consistentes (es decir lógicamente compatibles entre sí) cuando es posible cumplir con ambas simultáneamente. Los conflictos entre normas son de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad de su cumplimiento simultáneo.

Los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de ellas. Los criterios centrales para su resolución (de las antinomias) son los de *lex superior* (prevalece la voluntad de la autoridad superior), *lex posterior* (prevalece la voluntad posterior de la autoridad) y *lex specialis* (prevalece la voluntad más específica de la autoridad).

Para el postpositivismo, entre las normas de un sistema jurídico no sólo se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Además de la noción lógica de consistencia normativa se recurre a la idea de *coherencia valorativa*: diversas normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido o de propósitos prácticos y son incoherentes si no lo hacen. A diferencia de la consistencia, que es una cuestión “de todo o nada”, la coherencia es una cuestión de grado.

La consecuencia más importante de la coexistencia de estos dos tipos de relaciones entre normas es que puede ocurrir que el ámbito justificado de aplicación de una regla no coincida con el ámbito de aplicación descrito por la propia regla. Si se produce un desajuste entre ellos, las reglas pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes.

Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante *ponderación*⁴⁷.

2.3) De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos.

Para el positivismo, los enunciados jurídicos de derechos relativos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos. El derecho de un sujeto puede traducirse, sin pérdida de significación, en enunciados de deber de otro u otros sujetos. Derechos y deberes son *correlativos*.

Para el postpositivismo, en un sentido trivial, puramente regulativo de la conducta, es cierto que los enunciados jurídicos de derechos son traducibles a enunciados de deberes. Pero en términos justificativos la correlación entre derechos y deberes se pierde y, por tanto, la traducción de tales enunciados invirtiendo los sujetos supone pérdida de significación.

En efecto, mientras que tiene pleno sentido afirmar que “alguien tiene un deber porque

³¹ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 17. García Figueroa, “La cuestión de los principios”, en Gascón Abellán y García Figueroa, *La argumentación en el Derecho*, op. cit., pp. 228-264. ⁴⁷ Para Prieto la ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto (cfr. Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, op. cit., Parte Segunda).

otro sujeto tiene un derecho”, no parece ocurrir lo mismo con la afirmación de que “alguien tiene un derecho porque otro tiene un deber”: el “reconocimiento” de derechos justifica la “imposición” de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos.

2.4) De la subsunción a la subsunción y ponderación.

Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico del positivismo es el *razonamiento subsuntivo*. La justificación por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver es subsumible (“encaja”) en el caso genérico regulado por la norma.

La subsunción de casos concretos en casos genéricos puede generar desajustes entre unos y otros. Si miramos el desajuste desde la perspectiva del caso concreto, entonces éste se nos presenta como un problema de calificación (¿cómo se califican estos hechos?), y si lo miramos desde la perspectiva de la regla, del caso genérico, entonces se nos presenta como un problema de interpretación (¿qué dice la regla?). Esto quiere decir que los desajustes entre casos y reglas -entre casos concretos y casos genéricos formulados por las reglas son esencialmente de naturaleza semántica, de relación entre las palabras y sus significados, entre los términos y sus referencias. La lealtad a las reglas es, pues, lealtad a su expresión y a su significado; es decir, es una cuestión centralmente semántica³².

Para el postpositivismo en el derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios, y guiarse por ellos o aplicarlos exige un tipo de razonamiento diferente al razonamiento subsuntivo: la *ponderación*, que desemboca en la formulación de una regla que permita resolver el caso.

Ahora bien, lo realmente significativo no es que existan estas dos operaciones o que se haya producido un incremento cuantitativo de las ponderaciones en la aplicación del derecho, sino que ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del derecho adquiere una relevancia fundamental.

El cambio central está dado por la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son sólo manifestaciones de voluntad) sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores o promocionales de derechos: la lealtad a las reglas y a su expresión es un componente de la lealtad al derecho, pero éste no está compuesto sólo por reglas, también hay principios.

2.5) De la oposición fuerte entre “crear” y “aplicar” normas a la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas.

Para el positivismo, “crear normas” y “aplicar normas” son operaciones conceptualmente opuestas. Crear normas es una actividad política o moral: extra-jurídica o para-jurídica. Es una cuestión de voluntad. Aplicar normas, por el contrario, es una actividad técnica y estrictamente jurídica. No es una

³² Al respecto, García Amado considera que las decisiones en las que se aplican derechos fundamentales se basan mejor mediante un esquema subsuntivo e interpretativo, y sostiene que la ponderación de la aplicación de los derechos fundamentales es irracional en virtud de la indeterminación de la ponderación, a la inconmensurabilidad y a la imposibilidad de predecir sus resultados (cfr. Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, op. cit., Parte Segunda).

Prieto Sanchís, en el debate recogido en Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, op. cit., y en Bernal Pulido, *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, op. cit., Segunda Parte.

cuestión de voluntad, sino de conocimiento. El legislador (el soberano) crea *ex novo* el derecho (gobierno *per leges*) y los jueces (profesionales) aplican el Derecho (gobierno *sub lege*).

Si quienes están llamados a aplicar el derecho (los jueces, por ejemplo) enfrentan un caso no regulado, es decir, un caso en el que no hay una regla que lo resuelva, entonces actúan como legisladores, crean la solución.

Para el postpositivismo no hay una separación tajante entre razonamiento político o moral y razonamiento jurídico. El razonamiento político del legislador se “juridifica” (es *sub constitutione*) -pues la ley no es creación *ex novo*, sino desarrollo o concreción de principios constitucionales- y el razonamiento jurídico se politiza o moraliza (adquiriendo una dimensión práctica de la que carecía) – al incorporar un compromiso con los valores y los fines (principios y derechos) constitucionales-.

Esta modificación de las relaciones entre razonamiento político y razonamiento jurídico se muestra muy claramente en el cambio que supone la sustitución del canon interpretativo de “Interpretación de la Constitución conforme a la ley” al canon “Interpretación de la ley conforme a la Constitución”.

2.6) De los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas.

Para el positivismo, el derecho es “creado” y la existencia de las normas jurídicas depende de la ocurrencia de hechos contingentes de creación. Como consecuencia de ello, el derecho no se identifica por su contenido sino por su forma: la identificación de las normas jurídicas es una cuestión formal y es su origen y no su contenido es el que determina su juridicidad. Todo el derecho está basado en fuentes (hechos y actos creadores de normas) y es expresión de una racionalidad de tipo formal -en el sentido weberiano del término-. La autoridad (quien dicta la norma), el procedimiento (la forma de la acción de dictar la norma) y la consistencia (la compatibilidad lógica) de la nueva norma con las normas superiores constituyen el entramado conceptual con el que se construyen los juicios formales de validez.

Para el postpositivismo, en el derecho hay fuentes (hechos y actos creadores de normas), pero no todo el derecho está basado en ellas. Hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales sino materiales (la constitución con contenidos determinados). Éste es el caso tanto de las normas implícitas como el de las normas necesarias.

La juridicidad de las normas implícitas depende de su coherencia valorativa con otras normas del sistema que sí son válidas formalmente. Pero además, en los sistemas jurídicos hay normas necesarias, hay normas materialmente válidas en razón de su contenido: normas inderogables cuya eliminación implicaría no el cambio de algunas normas, sino el cambio del sistema jurídico mismo. Piénsese –dice Aguiló-, por ejemplo, en la legítima defensa o el estado de necesidad o en el principio de imparcialidad de los jueces: puede cambiar su regulación, pero no es concebible su eliminación (derogación) del sistema jurídico. Vistas como principios, no como reglas, se trata de normas necesarias, inderogables. Y, lo más importante de todo, es posible que haya normas formalmente válidas (válidas por su origen) y materialmente inválidas (incoherentes valorativamente). El derecho, en este sentido, se ha “materializado” o “sustantivizado” y, en consecuencia, ya no puede ser visto sólo como expresión de una racionalidad de tipo formal³³.

³³ Vigo, *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 6-7.

2.7) De la distinción “casos regulados/casos no regulados” a la distinción “casos fáciles/casos difíciles”.

Para el positivismo y de acuerdo con su modelo de las reglas y la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas, la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre “casos regulados” (resueltos por el sistema de reglas) y “casos no regulados” (no resueltos por el sistema de reglas). Obviamente, la interpretación es determinante para concluir si un caso concreto es subsumible o no en una regla, pero lo fundamental radica en que, conforme al modelo de las reglas, una regla es aplicable al caso o no lo es: si hay regla aplicable, el caso está regulado, está resuelto; si no hay regla aplicable, el caso no está regulado, no está resuelto.

Naturalmente hay técnicas utilizables para solucionar las “lagunas” -ausencias de regulación-, pero todas ellas entran en el ámbito de la discrecionalidad de quien tiene que resolver el caso, es decir, del aplicador. Ahora bien, la discrecionalidad se concibe fundamentalmente como libertad del aplicador, el “tener permitido” elegir cualquiera de las opciones posibles, y en este sentido, las decisiones discrecionales están más próximas a la creación de normas (son más una cuestión de voluntad y de preferencias) que a su aplicación (conocimiento y subsunción). Ello es así porque entre las normas de un sistema jurídico sólo hay relaciones de tipo lógico-formal de deducción o inferencia por los principios de unidad, jerarquía y coherencia que lo caracterizan (Kelsen).

Para el postpositivismo, la distinción relevante es la que opone los “casos fáciles” a los “casos difíciles”: en el nuevo paradigma no hay casos relevantes no regulados, pues considera tanto la existencia de reglas como de principios en el sistema jurídico.

Un caso es fácil cuándo la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que para ser encontrada requiere que se despliegue una intensa actividad deliberativa y justificativa.

Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, decir el derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudentia*, ponderar el derecho para el caso).

Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso no se concibe ya como “libertad” sino como “responsabilidad”, como un deber. Por ello, cuanto más discrecional es un acto (menos reglado está) más justificación requiere.

2.8) De la separación tajante entre el lenguaje del derecho y el lenguaje sobre el derecho a un discurso reconstructivo del derecho.

El lenguaje del derecho, de las normas, es un lenguaje prescriptivo y, en consecuencia, no tiene valor de verdad.

La ciencia jurídica, por el contrario, es un metalenguaje descriptivo del lenguaje del derecho. Es por tanto, un discurso cuyos enunciados tienen valor de verdad. Su presupuesto metodológico es que el derecho es objetivable frente a los sujetos, de forma que éstos pueden observarlo y, en consecuencia, describirlo.

Según el postpositivismo, en el ámbito del discurso jurídico la oposición entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo se debilita en gran medida. La buena “ciencia jurídica” no gira en torno a la pretensión de describir con verdad un sector del sistema jurídico, sino que juega un papel más bien comprensivo y reconstructivo, práctico y justificativo. El “científico” del derecho no es un mero observador de un objeto que está totalmente fuera de él y que, por ende, es susceptible de ser descrito. Por el contrario: el jurista (el teórico o el práctico) es un participante en una práctica social muy compleja y en este sentido está comprometido con su mejora, ya que con su discurso y sus acciones contribuye al desarrollo y conformación.

2.9) De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del derecho como práctica.

Para el positivismo, el derecho se objetiva en normas y en actos (o procedimientos). Esta idea está en la base de la clásica distinción kelseniana entre *estática jurídica* (el derecho es un conjunto de normas, el derecho objetivo) y *dinámica jurídica* (estas normas cambian como resultado de actos y/o procedimientos jurídicos). Esta forma de objetivación del derecho permite tratarlo como un objeto que está fuera de los sujetos que lo observan o utilizan. En consecuencia, es posible conocer su estructura y sus contenidos sin necesidad de realizar valoraciones de ningún tipo. La mera observación de hechos y actos es suficiente para la determinación de sus normas.

Para el postpositivismo, el derecho se concibe como una realidad social compleja y fluida que desborda por completo el anterior marco de objetivación. Se parte de la idea de que la existencia, la estructura y los contenidos del derecho dependen radicalmente de las creencias de aquellos que emplean el derecho (ya sean aceptantes, participantes o meros usuarios). El derecho no es algo que está fuera de los sujetos sin más, sino algo que depende de su propia práctica social.

En este sentido no hay oposición entre la objetividad del derecho (normas y procedimientos) y su práctica, lo que supone una revisión total de la noción misma de conocimiento jurídico, pues éste ya no puede pretender ser meramente descriptivo (sin implicaciones valorativas y normativas), y pasa a ser *reconstructivo de una práctica social* que, si bien está dotada de sentido, nunca es tan homogénea como para que, mediante observación, sea posible realizar sin más una descripción completa de ella

Por otro lado, el derecho como práctica presenta múltiples elementos que se hallan en una tensión interna, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas, no a ser descritas.

2.10) De “enseñar derecho es transmitir normas (contenidos)” a “enseñar derecho es desarrollar ciertas habilidades”.

Para el positivismo, el derecho se objetiva en las reglas jurídicas; en consecuencia, conocer el derecho es conocer sus normas. La enseñanza del derecho, por tanto, debe organizarse de manera tal que garantice que esa transmisión de conocimiento normativo se ha producido. Estudiar derecho es aprehender reglas jurídicas de cada una de las ramas que lo componen³⁴.

³⁴ Vigo lo dice muy claramente. Las universidades decimonónicas surgidas con la matriz napoleónica adoptaron en derecho una currícula signada por el proceso codificador. De ese modo, cada materia remitía a un Código o a una parte del mismo, generando ámbitos autistas y autosuficientes. Así, uno no era estrictamente profesor de derecho civil sino de una parte del mismo, y por supuesto que esa distancia se hacía incommensurable si el cotejo se centraba entre ramas. La materia Introducción al Derecho se concebía como una información sintética

Es a causa de ello que los estudios de derecho tradicionalmente han sido memorísticos (cuantas más normas se saben, más derecho se sabe) e insulares (como se trata de saber normas jurídicas, no entran en contacto ni se entrecruzan con otros estudios).

Estos planteamientos relativos a la enseñanza del derecho se han aplicado también como criterios para seleccionar a los juristas profesionales (excluido el ejercicio libre): jueces, fiscales, abogados del Estado, notarios, etc., deben ser seleccionados mediante una oposición en la que muestren la excelencia de su conocimiento del derecho: en esta concepción, la excelencia de su conocimiento de las reglas jurídicas.

Para el postpositivismo, no sólo el derecho no consiste únicamente en reglas jurídicas sino que, además, dada la tendencia al crecimiento exponencial de las reglas (cada vez se dictan más) y a la volatilidad de las mismas (al cambio y a una existencia efímera), el conocimiento de las reglas resulta imposible, si pretende ser exhaustivo, e inútil, si pretende ser práctico.

En este sentido, los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del derecho muchísimo más alto que el de las reglas. Lo relevante en la excelencia jurídica no es la acumulación memorística de reglas sino una adecuada combinación de conocimientos normativos (reglas a la luz de los principios que las dotan de sentido) y del desarrollo de habilidades metodológicas orientadas a la solución de problemas jurídicos.

“¿Cómo resolver un problema jurídico?” es el norte hacia el que debe tender la enseñanza del derecho, una enseñanza mucho más metodológica que memorística. Un buen juez, un buen fiscal, un buen notario o un buen abogado no es simplemente alguien que conoce las leyes y las usa para resolver casos. La concepción del derecho como práctica, y no sólo como reglas y procedimientos, reclama el desarrollo de una cultura de las virtudes profesionales de los juristas³⁵.

de las distintas asignaturas-ramas que el alumno luego estudiaría más detalladamente. La formación del jurista se convertía en miradas sectoriales, o lo penal o lo laboral, pero esa preocupación centrada en los adjetivos terminaba prescindiendo o despreciando la preocupación por el sustantivo o sea por el derecho sin más (*De la ley al derecho*, op. cit., p. 21).

³⁵ Pérez Lledó, Juan A., “Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho”, en *Academia: revista sobre enseñanza del derecho* de Buenos Aires, UBA, Año 5, n. 9, Buenos Aires, 2007, pp. 85-189.

C) Epistemología, método y técnica jurídica.

1. Epistemología y gnoseología. Metodología de las ciencias jurídicas.

El conocimiento es objeto de estudio de una disciplina filosófica denominada “teoría del conocimiento” o “gnoseología”, porque *gnosis* significa conocimiento y *logos* teoría, de modo que el término implica también “teoría del conocimiento”. La gnoseología se ocupa principalmente de la interpretación esencial del conocimiento humano³⁶. Es una disciplina que investiga la relación del pensamiento con el objeto o situación objetiva por él mentada³⁷.

Ferrater Mora expone que el término *gnoseología* ha sido empleado con frecuencia para designar la teoría del conocimiento. Sin embargo, es más frecuente el empleo de este término en español y en italiano que en alemán y en inglés. En alemán se usa con mayor frecuencia *erkenntnistheorie* (teoría del conocimiento) y en inglés se usa con más frecuencia *epistemology*. En francés se usa siempre la expresión *théorie de la connaissance*, pero a veces se hallan los vocablos *gnoseologie* y *épistémologie*³⁸.

Y agrega que es difícil unificar el vocabulario en este sentido. En español puede proponerse lo siguiente: usar *gnoseología* para designar la teoría del conocimiento en cualquiera de sus formas, y *epistemología* para designar la teoría del conocimiento cuando el objeto de ésta son principalmente las ciencias. Pero como no es siempre fácil distinguir entre problemas de teoría del conocimiento en general y problemas de teoría del conocimiento científico, es inevitable que haya vacilación en el uso de los términos. Sólo en casos en que es muy clara la referencia al conocimiento científico se usan los vocablos “epistemología” y “epistemológico” con preferencia a los términos “gnoseología” y “gnoseológico”³⁹.

En el ámbito jurídico, los autores emplean de forma indistinta expresiones tales como “epistemología jurídica”, “ciencia del conocimiento jurídico”, “metodología jurídica”, etcétera, para aludir a los problemas del conocimiento jurídico y a las cuestiones relacionadas con su método o técnica (Larenz, Hernández Gil, Farrell, Ferrajoli, Álvarez Gardiol, Ghiardi, Cáceres Nieto, entre otros).

Por ello, para brindar una mayor claridad en el uso de estos términos, conviene delimitar su sentido o significado, en tanto que ambas se refieren al conocimiento jurídico. En cuanto a la “gnoseología” (o teoría del conocimiento), se refieren -en sentido estricto- a la disciplina filosófica que enfrenta los problemas del conocimiento en general (sea vulgar, científico o filosófico⁴⁰), en tanto que con la palabra “epistemología” -en sentido restringido (también denominada como “filosofía de la ciencia”- se refiere exclusivamente a la disciplina filosófica relativa al conocimiento *científico* y a los aspectos históricos, psicológicos, sociológicos, etc., que llevan a su obtención, así como los criterios con los cuales

³⁶ Sanguinetti, Juan José, *El conocimiento humano. Una perspectiva filosófica*, Palabra, Colección Albatros, Madrid, 2005, p. 9.

³⁷ Hessen, Johannes, *Tratado de Filosofía*, 2ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1976, p. 201.

³⁸ Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, voz “conocimiento”, 6ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1984, t. A-D, pp. 597-603.

³⁹ Verneaux, Roger, *Epistemología General o Crítica del Conocimiento*, Herder, Barcelona, 1971, p. 15.

⁴⁰ Álvarez Gardiol, *Epistemología jurídica*, op. cit., p. 35 y ss.

se lo justifica o invalida. La epistemología sería, entonces, el “estudio de las condiciones de producción y de validación del conocimiento científico”⁴¹.

Otra de las expresiones empleadas en nuestro ámbito y que ofrecen ciertas dudas es “metodología del conocimiento jurídico”. La misma constituye uno de los tópicos propios de la dimensión epistemológica del derecho, que se encarga de estudiar los problemas relacionados con el método o métodos de las ciencias jurídicas y que se diferencia de otra expresión semejante que es empleada con mucha frecuencia pero con un sentido diverso, esta es, “metodología jurídica”, la que importa un área de estudio de la llamada “teoría general del derecho” (o teoría del derecho), que hace referencia al funcionamiento interno del derecho y que ciñe más específicamente a la técnica jurídica (v.gr., la interpretación y la aplicación de la ley⁵⁸, y ahora más recientemente, el problema del razonamiento jurídico en general)⁵⁹.

1.1) Método en general.

En relación a la “metodología del conocimiento jurídico” resulta oportuno presentar algunas nociones básicas de la materia para comprender mejor su problemática.

La palabra *método* proviene del latín *methodus*, que a su vez tiene su origen en el griego, en las palabras *meta* (meta) y *odos* (camino). Etimológicamente, método significa “camino para llegar a un lugar determinado”: puede definirse entonces como el orden que se adopta en una actividad para llegar a un fin u obtener un resultado determinado.

Desde el punto de vista del conocimiento científico, el método es el “camino que se ha de seguir para llegar a la verdad en las ciencias” -según Descartes- o el proceso sistemático y ordenado del entendimiento, dirigido a la consecución de la ciencia o, mejor, del estudio del objeto científico de que se trate⁶⁰. El método tiene por efecto –afirma Jolivet- disciplinar el espíritu, excluir de sus investigaciones el capricho y la casualidad, adaptar el esfuerzo a las exigencias del objeto y determinar los medios de investigación y el orden de éste. Es, pues, un factor de seguridad y de economía del conocimiento⁶¹.

En base a esto, podemos definirlo como el conjunto de procedimientos para obtener un fin; en nuestro caso, este fin es el saber. El método confiere al saber firmeza, coherencia y validez; es como su principio organizador y su garantía⁶².

En la actualidad se dice que al conocimiento científico no es conveniente caracterizarlo por sus resultados (como un conjunto de opiniones o proposiciones verdaderas), sino que mejor es hacerlo por los presupuestos, vías de acceso o procedimientos de los que se vale el investigador para obtener aquéllos y, sobre todo, por sus “problemas básicos” (Klimovsky). Precisamente, el método es uno de esos presupuestos que caracteriza más adecuadamente el conocimiento científico, dada su importancia en la materia, puesto que permite abordar y plantear bien -o mejor- los problemas que se presentan a todo pensador (incluyendo al jurista), y brindarles la mejor respuesta o solución posible⁶³.

⁴¹ Klimovsky, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, A-Z, Buenos Aires, 2001 (1994), pp. 27-28. Peces-Barba señala que la epistemología analiza los problemas pre científicos y heurísticos relacionados con la reflexión sobre la formalización del objeto material de conocimiento de las diferentes ciencias jurídicas; la reflexión sobre la construcción conceptual de cada una de ellas; la reflexión sobre las funciones que debe realizar cada una de dichas ciencias y la reflexión sobre la estructura del método

cognitivo, en este caso sobre los diferentes métodos jurídicos de conocimiento y sobre la aplicación de otros métodos cognitivos al conocimiento del derecho. La gnoseología tiene un carácter previo y propedéutico, y a la vez cumple una función crítica en cuanto a la propia posibilidad del conocimiento jurídico y su científicidad (Peces-Barba, Fernández y de Asís Roig, *Curso de teoría del derecho*, op. cit., p. 137).

⁵⁸ Tinant, Eduardo L., “La interpretación en el derecho”, en revista *La Ley*, 1982-B-993.

⁵⁹ Cfr. Bobbio, Norberto, voz “método”, en *Novissimo Digesto Italiano*, U.T.E.T., 1957, Turín, t. X, p. 602. Calsamiglia, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 46. Peces-Barba, Fernández y de Asís Roig, *Curso de teoría del derecho*, op. cit., p. 137.

⁶⁰ Rodríguez-Arias Bustamante, *Ciencia y filosofía del derecho*, op. cit., p. 85.

⁶¹ Jolivet, Régis, *Tratado de Filosofía*, I, Lógica y Cosmología, tr. Leandro de Sesma, 5ª ed., Ediciones Carlos Lohlé, 1960, p. 141.

⁶² Romero, *Lógica e introducción a la problemática filosófica*, op. cit., p. 148.

⁶³ El problema es algo no porque lo enunciamos, sino porque detiene nuestra acción, nos dificulta las cosas, nos enturbia el quehacer, suscita dudas e incertidumbres que debemos salvar y superar. No hay jurista al que no haya frenado, alguna vez el problema de la interpretación o las fuentes. Lo mismo a todo abogado con la interpretación de las leyes a veces oscuras o ambiguas (López Lastra, Julio E., *Qué es el Derecho*, Editora Platense, Buenos Aires, 1972, p. 76).

Ahora bien, toda dirección metodológica está en gran medida determinada por el punto de vista filosófico que se adopte; la ciencia por sí sola no puede resolver el problema del método. De ahí el auge de la epistemología como disciplina filosófica (verdadera “filosofía de la ciencia”) y sus grandes discusiones⁴².

Al margen de las diferentes posturas epistemológicas, podemos apuntar que –en relación a la diversidad de métodos– se dice, por un lado, que hay métodos peculiares para cada rama del saber y para cada uno de los momentos en que el saber se constituye, métodos propios de cada apartado de objetos y también métodos de investigación, de sistematización, de demostración, de exposición (Romero), y, por otro lado, se dice que –en el fondo– existe una “unidad”; la proliferación de disciplinas o ciencias, producto de la especialización, impiden ver que en lo fundamental *hay un solo método*: el método es el “de la prueba y el error” (*trial and error*); los demás son variaciones o especificaciones del *método* o bien mitos creados por algún pensador influyente⁴³. Popper decía que *aprendemos de nuestros errores y solamente de nuestros errores*⁴⁴.

1.2) Metodología del conocimiento jurídico.

La teoría del método de una ciencia –epistemología– es una reflexión sobre su propia

⁴² Cfr. Artigas, Mariano, *Karl Popper: Búsqueda sin término*, EMESA, Madrid, 1979, pp. 7-20. Bunge, Mario, *La investigación científica*, Siglo XXI Editores, 3ª ed., 2004, p. 3 y ss.; idem, *A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo*, tr. Rafael González del Solar, Gedisa, Barcelona, 2007; idem, *Epistemología*, Siglo XXI Editores, 4ª ed., 2004, p. 21; idem, *Buscar la filosofía en las ciencias sociales*, Siglo XXI Editores, 2ª ed., 2005, pp. 13 y 17. Fazio, Mariano y Fernández Labastida, Francisco, *Historia de la filosofía*, Filosofía Contemporánea, Palabra, Madrid, 2004, pp. 237-249. Gaeta, Rodolfo, Gentile, Nélica y Lucero, Susana, *Aspectos críticos de las ciencias sociales. Entre la realidad y la metafísica*, Eudeba, Buenos Aires, 2007, pp. 21-25. Feyerabend, Paul, *Contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, tr. Francisco Hernán, Tecnos, Madrid, 2003. Lakatos, Imre, *La metodología de los programas de investigación científica*, Alianza Universidad, 1983. Popper, Karl, *Búsqueda sin término*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 79-80. Reale, Giovanni y Antiseri, Dario, *Historia del Pensamiento Filosófico y Científico*, tr. Juan Andrés Iglesias 3ª ed., Herder, Barcelona, 2005, pp. 843-945. Lariguet, Guillermo, *Problemas del conocimiento jurídico*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 135 y ss.

⁴³ Vilanova, José M., *Introducción al conocimiento científico*, Fundación de Derecho Administrativo, 1985, p. 74.

⁴⁴ Cfr. Vilanova, *Introducción al conocimiento científico*, op. cit., p. 76. Artigas, *Karl Popper: Búsqueda sin término*, op. cit., p. 20 y ss. Popper define una teoría científica como un sistema de suposiciones o conjeturas acerca del mundo que no se puede demostrar verdadera como tal, pero cuyas hipótesis pueden ser sometidas a pruebas experimentales que permiten comprobar su solidez o verosimilitud, dejando siempre abierta la puerta a la posibilidad de mostrar que es falsa. Cuando una teoría se demuestra falsa, es reemplazada por otra serie de conjeturas que explican mejor los hechos conocidos y amplían el horizonte, abriendo la investigación a nuevos problemas que reclaman ser resueltos con los instrumentos que proporciona la nueva teoría. De esta manera, el conocimiento progresa mediante el método de prueba y error, mediante la sucesión de conjeturas y confutaciones. Así, la ciencia evoluciona en la historia, a través de una cierta “selección natural”: las teorías científicas sobreviven mientras son capaces de dar respuestas y solucionar problemas, y son dejadas de lado cuando los hechos las descalifican. El fin de la ciencia es pues desarrollar mejores teorías que describan y expliquen los hechos de experiencia, y de este modo sean más verosímiles (Popper, *Búsqueda sin término*, op. cit., pp. 79-80; Fazio y Fernández Labastida, *Historia de la filosofía*, op. cit., p. 244). Popper afirma que las disciplinas que no pretenden convertirse en pseudo-ciencias, tienen que proceder utilizando el método de conjeturas y sometiendo sus resultados a un posible rebatimiento empírico, como el caso de las ciencias naturales.

actividad, que describe los métodos aplicados en la ciencia y procura entenderlos: ver su necesidad, su justificación y sus límites⁴⁵.

La metodología del conocimiento jurídico (o metodología o de las ciencias jurídicas), como disciplina a seguir en el operar con una materia científica, dice Hernández Gil, extraña un *autoconocimiento*. Autoconocimiento de la ciencia de que se trate (el derecho) y *autoconocimiento* de su cultivador (el jurista) [En nuestro caso, el derecho y el jurista]. En la investigación metodológica, la ciencia misma se hace objeto de nuestra reflexión. No se inquiera el *qué* de los contenidos concretos de la disciplina en cuestión, sino el *cómo*, es decir, se inquiera el propio proceso seguido en la elaboración de los conocimientos científicos⁴⁶.

Sin embargo, ese autoconocimiento no quiere significar que la metodología del derecho sea rigurosamente independiente de toda otra metodología; no es absoluta ni cerrada ni pura; lo contrario es una utopía; pero tampoco es una proyección de la metodología en general. El derecho constituye una realidad específica, en *convivencia* con otras⁶⁹.

El derecho se encuadra dentro de las ciencias prácticas, al referirse a conductas humanas y a la forma en que ellas deben ser desplegadas (tanto en lo que se refiere a las conductas de las personas alcanzadas por las normas, como en relación a los operadores encargados de aplicar dichas normas) los que ya de por sí presentan diferencias con las ciencias teóricas, las que se refieren más al mundo de las ideas y la explicación de la realidad. Como ciencia práctica, el derecho es un conocimiento específico⁷⁰, cuya particularidad estaría dada, según los pensadores contemporáneos con tradición en el pensamiento clásico, por una singularidad propia del entendimiento o razonamiento del jurista: el carácter no necesario de las conclusiones a las que arriba. En el caso de este tipo de saber las premisas del silogismo normativo o estimativo no son axiomas puestos en forma convencional, tal como en los sistemas axiomáticos de las ciencias contemporáneas⁷¹. A ello, además, se añade la problemática del aspecto fáctico –sobre todo en el caso del discurso judicial-, del valorativo o axiológico, el lingüístico, el lógico, etc.

Recordemos que la concepción moderna de la ciencia ha pretendido imponer una suerte de “monismo” metódico a todo el ámbito del saber. Para ello ha tomado el ejemplo de las matemáticas, de la física, de la biología, etc. (Descartes, Leibniz, Spinoza) y sobre esa base ha intentado edificar sistemas - como el del derecho, política o moral- con metodologías propias de los saberes teóricos formales o materiales⁷².

Aristóteles advertía que no se ha de buscar el rigor por igual en todos los razonamientos, porque es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimiento en la medida en que la admite la naturaleza del asunto⁷³.

En el derecho –en cuanto realidad práctica- es preciso, entonces, conocer a través de un método que se adecue a la especial naturaleza de su objeto, de forma tal que pueda concluirse en

(*Juristische Methodik*, p. 13) que la metodología jurídica no es ni lógica jurídica formal ni una instrucción sobre la técnica de solución de casos (p. 239).

⁶⁹ Rogel Vide, Carlos, *Derecho Civil. Método y concepto*, Temis, Ubijus, Reus, Zavalía, Bogotá, México D.F., Madrid y Buenos Aires, 2010, pp. 68-69.

⁴⁵ Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., 2010, Prólogo.

⁴⁶ Hernández Gil, Antonio *Metodología de la ciencia del Derecho*, Gráf. Uguina, Madrid, 1971, pp. 18-19. En términos similares habla Larenz cuando habla de “autorreflexión” –a la luz de la hermenéutica- respecto al descubrimiento y enjuiciamiento de los métodos y formas de pensar aplicadas en la jurisprudencia (*Metodología de la ciencia jurídica*, op. cit., 2010 (1994), pp. 236-241). Aclara, además, siguiendo a Kriele

⁷⁰ Maggiore ya decía que la metodología jurídica, por constituir el derecho una realidad específica, tiene que tener sus peculiares características, al no ser posible trasplantar a su esfera cualquier método, aunque tampoco es posible concebir una independencia absoluta (Maggiore, Giuseppe, “*La doctrina del método jurídico e la sua revisione critica*”, en *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1926, p. 446 y ss.). Hernández Gil también sostiene la especificidad del método del derecho “ha de venir determinada por la naturaleza del objeto a considerar. En cuanto el derecho acota una zona específica de la realidad y cumple una función propia, reclama un método propio” (cfr. Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., v. I, p. 404). Véase también Norberto Bobbio, voz “Método”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. X, 1957, pp. 602-603.

⁷¹ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, tr. Luis Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1963. Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, tr. Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989. Perelman, Chaïm, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, Bogotá, Norma, 1997; idem, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, tr. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988. Giuliani, Alessandro, “*Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*”, *Enciclopedia del diritto*, v. XXV, Milano, 1975, pp. 13-23; idem, “*Il campo dell'argomentazione. Su di un recente volumen di Ch. Perelman*”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1972; idem, “*La filosofía retórica de Vico y la nueva retórica*”, traducción de José M. Servilla, en Cuadernos sobre Vico 11-12 (1999-2000). Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956; idem, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª ed., Porrúa, México, 2008. Villey, Michel, *Compendio de filosofía*, tr. Luis Horno Liria, Eunsa, Pamplona, 1981, t. 2, pp. 61-62, 64-65, 68-69 y 72-79.

⁷² Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, tr. Mario de la Cueva, UNAM, México D.F., 1983, p. 186 y ss. Massini, Carlos I., *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 18 y ss.; idem, *La prudencia jurídica*, op. cit., p. 177. Spinoza decía que existe una única y total realidad, a la que denomina Dios o naturaleza. Esta realidad única, que lo engloba todo, revela una constante uniformidad, tanto en su aspecto material como en el espiritual. En aplicación de este principio las acciones humanas deben ser consideradas “como si se tratara de líneas, planos o cuerpos sólidos”. De ahí que su *Ethica, ordine geométrico demonstrata* no contenga las normas para la conducta de los hombre, sino exclusivamente un análisis y explicación de los apetitos humanos (Verdross, op. cit., p. 186). ⁷³ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, I, 3, 1094, b 12.

directivas o estimaciones acerca del obrar humano, con las peculiaridades propias con la que se rodea en la experiencia jurídica (normas, intereses, instituciones, etc.).⁷⁴

2. Metodología del conocimiento jurídico y método (interpretación) jurídica.

Al respecto, cabe aclarar –tal como lo indicara Bobbio y hemos anticipado *ut supra*– que la *metodología jurídica* contiene, por un lado, las cuestiones referentes al método de la *ciencia jurídica* (epistemología) y, por otro, los problemas en torno al método de *interpretación jurídica* (teoría del derecho).

En efecto, al decir del profesor italiano, el significado técnico de método en el lenguaje jurídico aparece tanto en la teoría de la ciencia jurídica (“método de la ciencia jurídica”) como en la teoría de la interpretación (“método de la interpretación jurídica”)⁷⁵. Sin embargo, el significado de ambas expresiones es diferente: en la primera, dicho término se utiliza en su sentido clásico, con referencia a la distinción entre método deductivo e inductivo, demostrativo e inventivo, mientras que, en la segunda, adquiere el significado de un conjunto de procedimientos hermenéuticos o argumentos usados por los juristas para explicar, ampliar, restringir o corregir una regla jurídica determinada⁷⁶.

Para el método de la ciencia jurídica (metodología del conocimiento jurídico) y, en general, para la epistemología jurídica, los dos problemas más importantes son el de determinar si la “jurisprudencia” (conocimiento jurídico) es o no ciencia y, en el supuesto que lo sea, a qué tipo de ciencia pertenece⁷⁷.

⁷⁴ Massini, *La prudencia jurídica*, op. cit., pp. 177-178.

⁷⁵ Bobbio, voz “Método”, en *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., 1957, Vinione Tipografico-Editrice Torinese, t. X, p. 602. “*Nell linguaggio giuridico questo significato tecnico di método si riscontra e nella teoria della scienza giuridica e in quella della interpretazione, senza specifiche varianti. Le due espressioni tipiche in cui compare il termino sono ‘metodo de la scienza giuridica’ e ‘metodo dell’interpretazione giuridica’.*”

⁷⁶ Cfr. Savigny, Friedrich K., *Sistema del Derecho romano actual*, tr. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1878, pp. 187 y ss., § XXXIII. Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial - Las lagunas del derecho - La valoración judicial*, El Foro, Buenos Aires, 2002, p. 97 y ss. Aftalión, Enrique R., “La interpretación en la ciencia del derecho”, en revista La Ley, 57-821. Aftalión, Vilanova y Raffo, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 749 y ss. Álvarez Gardiol, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 173 y ss. Torrè, *Introducción al derecho*, op. cit., p.

416 y ss. Linares Quintana, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional según la doctrina y la jurisprudencia*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 20 y ss., n. 18 y ss. Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1999 (1993), p. 247 y ss.

⁷⁷ Desde hace tiempo que existen posturas que ponen en duda o niegan la condición científica del conocimiento del derecho en general y, más concretamente, que el estudio del derecho realizado por la "Dogmática Jurídica" (derecho civil, derecho penal, etc.) puede llegar a constituir una auténtica "ciencia".

Las posturas negatorias comenzaron por influencia del positivismo comteano, en cuanto a la concepción "monista" de ciencia y el intento de encajar al saber jurídico –al igual que las ciencias humanas en general– en los cánones de alguna ciencia teórica; más precisamente, dentro del modelo paradigmático de las *ciencias físico-matemáticas* (Kalinowski, Georges, *Querelle de la science normative*, L.G.D.J, Sirey, Paris, 1969, Massini, *La prudencia jurídica*, p. 91 y ss. Zuleta Puceiro, Enrique, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 21 y ss. Cfr. Schmill Ordóñez, Ulises, "Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho", en *Doxa*, n. 33, 2010, pp. 17-36. Ruíz Manero, Juan, "Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. Sobre el trasfondo de la teoría pura del derecho y sobre lo que queda de ella", en *Doxa*, n. 33, 2010, pp. 37-46).

Con posterioridad se presentó la idea de constituir la ciencia del derecho sobre el modelo de las *ciencias naturales*, como ocurrió con la Escuela Histórica alemana y la Pandectista (Savigny, Windscheid, Putcha), la que sufrió –a la vez– los embates de von Kirchmann en 1847, y de Ihering en 1872, sobre todo contra la elaboración desmesurada de conceptos, que dieron paso a la Escuela de Intereses, la del Derecho Libre (Kantorowicz, Fuchs) y los movimientos sociológicos (Heck, Ehrlich; cfr. Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, tr. Luis Horno Liria, Eunsa, Pamplona, 1981, pp. 58-68; id., *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural*, tr. Carlos R. Sanz, Gherzi, Bs. As., 1978, pp. 12, 21, 28, 32, 53-55 y 73. Kalinowski, Georges, *Querelle de la science normative*, L.G.D.J, Sirey, Paris, 1969, Massini, *La prudencia jurídica*, op. cit., p. 91 y ss.).

Más contemporáneamente, contra el carácter científico y el valor epistemológico de la Dogmática Jurídica se han alzado Claude LéviStrauss y Hans Albert. El primero de ellos considera que la ciencia jurídica es un sistema artificial, que presenta contradicciones. Además, su actitud de sometimiento acrítico al derecho establecido en una cultura o sociedad determinada no resulta compatible con las ciencias naturales o exactas. El segundo sostiene que no puede ser una ciencia auténtica en la medida que se dirige a la praxis (Lévi Strauss, Claude, "Criterios científicos en las disciplinas sociales y humanas", en AAVV, *Aproximación al estructuralismo*, Galerna, Bs. As., pp. 55-89. Albert, Hans, *Razón crítica y práctica social*, tr. R. Sevilla, Paidós, Barcelona, 2002).

Por el contrario, los sostenedores del carácter científico del derecho, afirman que el problema del estatus epistemológico de la ciencia jurídica radica, principalmente, en querer configurar el saber de los juristas sobre los *moldes* de una *ciencia teórica* –"monismo científicista" (imponer el paradigma de científicidad de las matemáticas, de la física, de la biología, etc.)–, cuando en rigor de verdad se trata de una

Por su parte, para el método de la interpretación (método jurídico, propiamente dicho, dentro del ámbito de la teoría general del derecho) se discute, sobre todo, el problema de la función del intérprete (juez o jurista): pasiva o activa, declarativa o creativa, en la búsqueda de la solución justa, y, en consecuencia, cuáles son los medios adecuados para obtenerla, en función de los distintos puntos de vista⁷⁸.

Sentado lo expuesto, como problema tanto del método de la ciencia jurídica como del método jurídico –interpretación– (la distinción se diluye cuando el método de la primera influye en el campo del segundo), la epistemología jurídica se enfrenta con el problema de las diferentes dimensiones o enfoques del derecho: el normativo, el empírico y el valorativo, al que ahora se suma el argumentativo (Atienza)⁷⁹.

El conjunto de estas dimensiones del derecho lo presentan como una realidad compleja que no admite –en principio– un método de estudio único. Por otra parte, es necesario preguntarse si todos estos componentes o aspectos del derecho tienen la misma importancia y son irreductibles entre sí o si, por el contrario, es posible o incluso aconsejable tomar uno de ellos como referencia fundamental de comprensión y abordar los demás a la luz de éste.

Además, corresponde cuestionarse igualmente por el método o los métodos adecuados para cada una de estas dimensiones. En la historia, todos los componentes identificados (normativo, empírico, valorativo, argumentativo) han sido y son postulados para ocupar ese puesto metodológico

ciencia o saber *práctico*, y, además, en no comprender el carácter *analógico* de la ciencia: el concepto de ciencia tiene más de un sentido, por cuanto siendo uno el concepto es aplicable a realidades parcialmente distintas pero, según alguna razón, idénticas. En este caso la identidad viene dada por tratarse de un saber explicativo, es decir, por las causas, con un objeto universal y necesario (Massini, *La prudencia jurídica*, op. cit., pp. 91, 97-101 y 118).

Con base en ello, es posible hablar –se dice– de una “ciencia jurídica” que tenga por objeto material al derecho positivo, en la medida en que ese derecho sea estudiado desde los principios jurídicos universales o, en otros términos, desde el ángulo de la naturalidad de las instituciones jurídicas o de las normas.

Desde otra perspectiva analítica y axiológica, se advierte que una de las técnicas más sofisticada de la dogmática jurídica consiste en la formulación de las llamadas “teorías dogmáticas” (como, por ejemplo, las del abuso del derecho en derecho civil, la del acto de comercio en derecho comercial, la de los gobiernos de facto en derecho constitucional, la de la relación de trabajo en derecho laboral, la del “reenvío” en derecho internacional privado, la teoría general del delito en derecho penal, etc.). Tales “teorías” se presentan, en principio y muchas veces, como “descriptivas” de algún aspecto importante de la realidad social o del *status* ontológico de alguna institución o concepto. Sin embargo, las teorías dogmáticas están constituidas, lo que no siempre resulta evidente, por enunciados de índole “normativo” (prescriptivo), según lo ponen de manifiesto las funciones que cumplen dichas teorías. Así pues, por un lado, las teorías de la dogmática jurídica sirven para *justificar* normas legisladas que se infieren de aquéllas (por ejemplo, dice Nino, los civilistas recurren a la teoría del enriquecimiento sin causa para explicar una serie de normas del Código Civil, como las que se refieren al pago indebido), y, por otro lado, las teorías dogmáticas cumplen la función mucho más importante de permitir la *inferencia de nuevas normas no pertenecientes al derecho legislado* (Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 334; id., *Algunos Modelos Metodológicos de “Ciencia Jurídica”*, 2ª ed., Fontamara, México D.F., 1995, p. 17).

Es esta capacidad de las teorías de permitir derivar tanto normas pertenecientes al sistema legislado como nuevas normas, unida a su apariencia descriptiva, lo que fundamenta su enorme utilidad para la *creación del derecho* por parte de los juristas bajo el ropaje de una explicación del derecho positivo o de la realidad que lo circunda. En cierto sentido, las “teorías dogmáticas” presentan una analogía con las teorías, ellas sí descriptivas, de las *ciencias empíricas*. Siguiendo a González Vicén, Nino considera que la ciencia jurídica se ha dirigido a encontrar –mediante la reflexión– los elementos permanentes que permiten convertirlo en “objeto de conocimiento”, en el sentido racionalista, es decir, elementos susceptibles de una conceptualización abstracta. Tal estructura formal del derecho positivo es lo que constituye el objeto en sentido estricto de la dogmática, lo que le otorga calidad científica y confiere un carácter universalmente válido a sus proposiciones, más allá de los devaneos de los legisladores. Esto induce a la elevación de las “partes generales” a la condición del núcleo de la ciencia jurídica (Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 337; id., *Algunos Modelos Metodológicos de “Ciencia Jurídica”*, op. cit., p. 99).⁷⁸ Así, por ejemplo, la obra de Karl Larenz “Metodología de la ciencia jurídica” se refiere más a la teoría de la interpretación, junto a la integración y sistemática jurídica (temas propios de la “teoría general del derecho”) que a la teoría de la ciencia jurídica (epistemología), aunque existen claras referencias a esta última [cfr. Rogel Vide, *Derecho Civil. Método y concepto*, op. cit., pp. 70-71. Advertimos, a diferencia de Rogel Vide, que existen distintos pasajes de la obra de Larenz que se refieren a la metodología de la “ciencia jurídica”, donde incluso el autor alemán toma parte de una teoría del método (v. *Metodología de la ciencia jurídica*, op. cit., 2010 (1994), pp. 25-27, 104-140, 177-192, 221-225, 226-235 y especialmente pp. 236-241)].

⁷⁹ Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 59 y ss.

preferente, y todos ellos suscitan polémica respecto al método jurídico adecuado. Se trata todavía de un problema abierto⁴⁷.

La irrupción de las teorías de la argumentación jurídica -como un enfoque nuevo del derecho añadido a los tradicionales- ha contribuido indudablemente a conocer mejor este objeto complejo, pero -a la vez- ha sumado una fuente más de problemas y perplejidades metodológicas⁴⁸.

A nuestro criterio, lo anteriormente expuesto pone de relieve que estas teorías importan un abordaje superador del nivel de análisis de la “teoría del derecho” –problema meramente metodológico de tipo “interpretativo”- para ubicarse más bien en el campo más amplio y profundo de la epistemología jurídica, es decir, en el nivel científico del conocimiento jurídico.

En este orden de ideas, debemos señalar que uno de los problemas de la metodología actual -respecto del cual no hay acuerdo entre los pensadores- es el que tiene que ver con la *función* misma del método. Se dice que la función puede ser descriptiva, prescriptiva y justificativa de la praxis jurídica.

Así, Martín Kriele considera que es función de la metodología mediar la corrección o incorrección del operar de la praxis. Para Werner Krawietz es la descripción y reconstrucción de lo que objetivamente y de hecho se realiza en la praxis jurídica de aplicación de preceptos del derecho positivo, mientras que para la mayoría mezclan ambos componentes, normativos y prescriptivos. Para García

⁴⁷ Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, “Argumentación jurídica y método científico”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge G., *La argumentación jurídica. problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 200-202.

⁴⁸ Rodríguez-Toubes Muñiz, “Argumentación jurídica y método científico”, op. cit., p. 202.

Amado, si se quiere ayudar al trabajo científico resulta conveniente no confundir y entremezclar sin reflexión actividades descriptivas, analíticas y normativas, es decir, debe distinguirse claramente los discursos sobre el “es”, el “puede” y el “debe”, ya que su contenido informativo es divergente. Por eso, siguiendo a Rottleuthner, es preciso no confundir la descripción, la prescripción y la justificación de la praxis jurídica, pues ello da lugar a errores, como, por ejemplo, entender que el dato prescriptivo de la vinculación del juez a la ley es una adecuada descripción de lo que realmente ocurre en la práctica⁴⁹.

2.1) Metodología y concepciones del derecho.

La posición filosófica del jurista es un presupuesto necesario para enfrentarse con la cuestión del método del conocimiento jurídico. Como hemos anticipado, toda dirección metodológica está en gran medida determinada por el punto de vista filosófico que se adopte (“la concepción del derecho”)⁵⁰.

El siglo XX fue escenario del gran debate metodológico, si bien el nacimiento –con el alcance y sentido moderno- se dio ya antes con Savigny, aunque más referido a la metodología de la interpretación jurídica y de la legislación –como el famoso debate con Thibaut en torno a la codificación luego con la disputa mantenida con Ihering-, todas discusiones que se refieren a la “teoría del derecho” y no a nivel de la epistemología jurídica general⁵¹.

El siglo XX vio las importantes contribuciones de Gény, Stammler, Heck, Baurngarten, Sauer, Carnelutti y de muchos otros, que abrieron amplios panoramas de la investigación científica del derecho⁸⁵. Tal vez no sea casual que esto haya ocurrido, porque siendo el método algo sin lo cual no sería posible la existencia de una ciencia (dogmática jurídica), esta necesidad se advierte más aún en las épocas de crisis, en las cuales es preciso adecuar el rumbo de las ciencias a las cambiantes exigencias de los tiempos⁵².

Más allá de estas contribuciones, lo cierto es que el auge del estudio del método en el conocimiento jurídico se desarrolló, especialmente, dentro del marco de la corriente iusfilosófica del *positivismo*.

2.2) Positivismo jurídico.

Para esta concepción –desde su enfoque como “teoría” (Bobbio, Carrió⁵³)-, el derecho positivo es considerado como la voluntad del Estado o del soberano; las normas son mandatos, órdenes o prescripciones; no hay más “fuente” genuina de derecho que la legislación (en sentido amplio); las otras fuentes putativas (v.gr., la costumbre, la jurisprudencia) sólo son fuentes secundarias o aparentes. Un orden jurídico constituye un todo cerrado, completo, carente de lagunas y coherente. Los jueces no tienen otra función que deducir, a partir de las reglas del derecho positivo, la solución de los casos concretos;

⁴⁹ García Amado, Juan A., *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 96-97. Rodríguez-Toubes Muñiz, “Argumentación jurídica y método científico”, op. cit., p. 203.

⁵⁰ Rodríguez-Arias Bustamante, *Ciencia y filosofía del derecho*, op. cit., pp. 85-86.

⁵¹ Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, tr. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, pp. 348-356 y 396-399. Fassó, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, tr. José F. Lorca Navarrete, Pirámide, Salamanca, 1996, pp. 153-158. ⁸⁵ Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., 2010, p. 31 y ss.

⁵² Álvarez Gardiol, Ariel, *Manual de filosofía del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 373.

⁵³ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, tr. Ernesto Garzón Valdéz, Eudeba, Buenos Aires, 1965, capítulo II, “Positivismo jurídico”, pp. 37-66; idem, *El positivismo jurídico*, tr. Roig de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 143. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, op. cit., p. 326.

para tales fines no necesitan recurrir a pautas o reglas que no sean parte del orden jurídico, pues todo caso puede y debe resolverse mediante la aplicación de las pautas y reglas del orden jurídico mismo.

De ahí que para el positivismo (en la versión *normativista y formalista*), el “concepto central del derecho” sea la *norma* y, consecuentemente, el de *orden* o *sistema jurídico*⁵⁴. La preocupación metodológica se circunscribió, pues, a la llamada *faz estática* del derecho. El foco fue puesto en la definición de la norma, la delimitación de los elementos que la conforman (antecedente o acto ilícito, “deber ser”, sanción, deber jurídico y responsabilidad), la caracterización del orden jurídico (unidad, jerarquía, completitud, coherencia e independencia) y el tema de su fundamentación o validez (esto es, la norma fundamental entendida como presupuesto gnoseológico), así como la elaboración de los conceptos jurídicos fundamentales (derecho, deber, imputabilidad, responsabilidad, sanción, etc.), y de las instituciones jurídicas (Bentham, Kelsen)⁵⁵.

La denominada *faz dinámica* del ordenamiento y la cuestión de la aplicación de la norma -ya creada- también fue abordada, aunque ocupó un rol más bien secundario, al igual que el problema de la interpretación e integración de la ley (Kelsen)⁵⁶. Empero, lo que fue totalmente soslayado por la teoría pura y por otras de corte normativista fue la realidad vinculada con la praxis misma de los juristas u operadores jurídicos, es decir, las prácticas sociales en que se desenvuelve el derecho a través de sus instituciones, así como toda la problemática del discurso y la argumentación, tal vez como consecuencia del reduccionismo de la idea ciencia, a partir de la cual se enfocó el objeto de la teoría pura a través de sus famosas “purificaciones metodológicas”⁵⁷.

Tal omisión -o reducción- del objeto científico y, por ende, de la metodología positivista produjo -entre otros factores- el alzamiento del realismo jurídico (norteamericano y escandinavo), llevando el péndulo -en lo que hace a la realidad a describir y explicar- al otro extremo.

En orden a la práctica judicial, los realistas norteamericanos, sostuvieron que el derecho no es lógica ni consiste solamente en normas, sino que es -principalmente- experiencia (las normas generales no serían sino juguetes vistosos que encubrirían la creación puramente discrecional de los jueces); el derecho no es más que lo que los jueces dicen que es; el “derecho son las profecías acerca de lo que los jueces dirán” (Holmes)⁵⁸.

Ello se explica porque, para el modelo positivista (normativista y formalista), el método

⁵⁴ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, tr. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1969, p. 58. Cabe aclarar que, para algunos iusnaturalistas como John Finnis, las reglas (normas) también son el “concepto central” del Derecho. De ahí que uno de sus principales seguidores sostenga que: “El caso central del objeto de la ciencia jurídica lo constituyen, entonces, las normas (y las instituciones que permiten su implementación y aplicación). Es, la de Finnis, una teoría normativista o legalista” (Legarre, Santiago, “El concepto de derecho en John Finnis”, en *Persona y Derecho*, Pamplona, n. 40, 1999, p. 73).

⁵⁵ En síntesis, las seis tesis del positivismo son: a) la tesis coactiva del derecho que supone afirmar que la coacción es un elemento esencial y típico del derecho; b) la tesis legislativa del derecho, a través de la cual se defiende la prioridad de la ley sobre las restantes fuentes del derecho; c) la tesis imperativa del derecho, que implica mantener que las normas jurídicas poseen una estructura de mandato; d) la tesis de la coherencia del ordenamiento jurídico (es decir, la ausencia de contradicciones entre las normas que componen el ordenamiento o, en su defecto, la existencia de mecanismos para solucionarlas); e) la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico (negar la existencia de lagunas), y f) la tesis de la interpretación lógica o mecanicista del derecho (Bobbio, *El positivismo jurídico*, op. cit., p. 241; Peces Barba, Fernández y de Asís, *Curso de teoría del derecho*, op. cit., pp. 312-313). Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed. (9ª reimp.), Eudeba, Buenos Aires, 2009, pp. 56-61, 113, 129 y ss.

⁵⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed. (9ª reimp.), Eudeba, Buenos Aires, 2009, pp. 56-61, 113, 129 y ss.

⁵⁷ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit., capítulo 1.

⁵⁸ Holmes decía “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentions, are what I mean by the law*” (*The Path of the Law*, by Oliver Wendell Holmes Jr., 10 *Harvard Law Review*, 457, 1897). Véase Negri, Nicolás J., “Realismo jurídico norteamericano y teorías de interpretación”, en *Jurisprudencia Argentina*, n. 3, 2009-I, p. 3 y ss.

jurídico es de carácter *mecanicista*, y la función de administrar justicia tiene por motivo principal la “obediencia a la ley”, es decir, una actitud de acatamiento y respecto hacia el derecho vigente (concebido como voluntad del legislador). Se presupone que el operador jurídico puede alcanzar un conocimiento verdadero acerca del significado de la ley y de los hechos probados (tema dejado a la disciplina del derecho procesal)⁵⁹.

La teoría de la interpretación propuesta por esta concepción (cuya problemática se limitaba casi a la cuestión de la aplicación del derecho), consiste en establecer, exclusivamente, por métodos “lógicos” y sin hacer referencia a propósitos y valoraciones ajenas al texto legal, la verdadera voluntad del legislador inmanente en sus sanciones.

Como explica Ross, el modelo se desarrolla en un número de métodos lógicos de inferencia con cuya ayuda se cree posible deducir el significado de la legislación más allá de lo que está expresado en forma directa. Estos métodos de inferencia suelen ser desarrollados mediante la llamada construcción de conceptos. Se piensa que los efectos jurídicos posibles están determinados por un número limitado de conceptos dados, presupuestos por el orden jurídico. La decisión de un caso jurídico se obtiene mediante su clasificación dentro de uno de los conceptos reconocidos y la solución se deduce luego de acuerdo con los efectos jurídicos que aquel concepto contenía⁶⁰.

El juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes, nos sigue diciendo Ross. El juez es un autómatas. Se da por sentado que tiene que respetar la ley y su función se limita a un acto puramente racional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que éste hace con los hechos del caso que tiene que decidir. La decisión del juez, la sentencia, es un acto de la voluntad.

Como toda norma jurídica (primaria en la terminología kelseniana) contiene una hipótesis o supuesto de hecho y una sanción, el “silogismo” jurídico obliga a verificar, ante todo, si un hecho o un acto se halla comprendido o no dentro de la hipótesis prevista. En segundo término, es preciso determinar el sujeto a quien debe imputarse la realización del hecho o del acto, o a quien debe atribuirse las consecuencias establecidas en la norma (responsabilidad jurídica, en sentido amplio). También es necesario determinar si esta última se encuentra vigente, es decir, sino ha sido derogada o si es susceptible de regir el hecho producido antes de su sanción (problema de la retroactividad del derecho). Por último, es preciso saber si el caso está sometido o puede ser resuelto por las normas del Estado (territorialidad del derecho). Superadas afirmativamente todas las cuestiones previas, el que aplica la norma puede completar el silogismo y atribuir al hecho producido la parte dispositiva determinada previamente, imputándola a una persona.

Por otra parte, cabe recordar que –como fuera anticipado antes- este paradigma se construyó sobre el postulado del “legislador racional”. Entre las derivaciones más importantes de dicho postulado estaba la tesis que afirmaba que el legislador es *omnicomprensivo*, puesto que se creía que la ley no dejaba ninguna situación jurídica sin regular. También se sostenía la tesis de que el legislador es siempre *preciso*, en el sentido de que su voluntad posee siempre una dirección *unívoca*, con independencia de las imperfecciones del lenguaje⁶¹.

Sin embargo, con el paso del tiempo y el desarrollo de otras corrientes dentro del

⁵⁹ Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 192. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, op. cit., pp. 82-86.

⁶⁰ Montoro Ballesteros, Manuel A., "Sobre la superación del formalismo metodológico en el realismo jurídico nórdico: la doctrina de la interpretación de Alf Ross", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 18, 1975, pp. 153-202.

⁶¹ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 328 y ss.

positivismo (v.gr., el positivismo conceptual, la escuela analítica), se advirtió que en la experiencia se presentan casos que no son claros o fáciles. Así, pues, se presentan hipótesis de “redundancia normativa”, es decir, cuando se presenta más de una norma aplicable para un mismo supuesto fáctico, ofreciendo la misma solución o distintas con matices; problemas de “inconsistencias normativas” (contradicciones); “lagunas normativas”; o casos de indeterminación normativa (vaguedad, ambigüedad), que tornan impreciso el supuesto de hecho aplicable o de sus consecuencias (problemas del lenguaje o de indeterminación semánticas)⁶².

Desde la teoría general se ofrecieron diferentes soluciones. Por ejemplo, Alchourrón y Bulygin contribuyeron a esclarecer la noción del sistema jurídico, así como el problema de las “lagunas” –entre otras cuestiones-, diferenciando distintas especies (laguna normativa y laguna axiológica)⁶³.

Para resolver las *antinomias*, Bobbio hizo aplicación de las tres reglas clásicas de interpretación (la ley posterior prevalece sobre la ley anterior; la ley especial prevalece sobre la ley general y la ley superior prevalece sobre la ley inferior)⁶⁴. Sin embargo, para los problemas de redundancia (ante el postulado del “legislador racional”) no se han encontrado soluciones de la misma solvencia; lo mismo ocurre con los problemas semánticos (Ross).

Recién Hart ofrecerá instrumentos metodológicos para resolver algunos de los problemas que presentan los casos de interminación normativa de índole semántica, desde un enfoque sociológico y descriptivo (cfr. el prólogo a su “El concepto de derecho”)⁹⁹. Por ejemplo, mediante la delimitación de los campos de referencia de los conceptos vagos o ambiguos, y también con la determinación del núcleo o zona central de un término y la “zona de penumbra”. Para estos casos se aconseja recurrir al *contexto* y a la *situación* para obtener el significado preciso de una palabra en una situación específica (Ross, Carrió Nino).

Más allá de estos significativos aportes a la metodología jurídica, lo cierto es que el derecho - no ya sólo las normas- no ha podido ser descripto y explicado debidamente por el positivismo, tanto en

⁶² Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., cap. VII, Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, op. cit., pp. 55-72.

⁶³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos*, 2ª ed. revisada, Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 94-100 y 155-166. Rodríguez nos señala que la “laguna normativa” se configura cuando un caso definido –en términos de “propiedades relevantes” por la autoridad normativa- no tiene correlacionada una solución normativa. La laguna axiológica se produciría, en cambio, cuando pese a la existencia de una solución para cierto caso en el sistema jurídico, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha tomado como relevante cierta distinción que debería haber sido tomada en cuenta (Rodríguez, Jorge L., “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, en *Doxa*, n. 22, 1999, p. 349; Guastini, Riccardo, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”, en *Doxa*, n. 31, 2008, p. 144).

⁶⁴ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2007, pp. 154 y ss. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., pp. 164-167.

⁹⁹ Raz, Joseph, “H. L. Hart”, en *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, edición dirigida por Agustín Squella, Valparaíso, 1986, n. 28, p. 19. Para Raz, Hart introdujo en la ciencia jurídica métodos de análisis lingüísticos, aunque su preocupación no se dirigió a la cuestión del lenguaje en sí y del análisis de los términos jurídicos fundamentales sino del análisis del derecho como una “institución social”. El derecho es un fenómeno cultural moldeado por el lenguaje, una comprensión del lenguaje y de su empleo contribuye al entendimiento del derecho como institución social; no obstante, no es un fin en sí misma. Hart no se preocupó demasiado de separar la moralidad social de otras reglas sociales. Sin embargo, se preocupó mucho de separar las reglas jurídicas de otras reglas sociales. El derecho se caracteriza por una combinación de reglas primarias de conducta con tres tipos de reglas secundarias: de adjudicación, de cambio y de reconocimiento. Esta última, en cuanto exige a los jueces –principalmente- la aplicación de las reglas identificadas según los criterios establecidos por las reglas de reconocimiento (la regla de reconocimiento existe como una práctica social), convierte al derecho en un sistema de reglas diferenciado e identificable. Un sistema jurídico consiste en una regla de reconocimiento y en todas las reglas que exigen a los miembros del sistema judicial actuar de acuerdo con ellas y aplicarlas (op. cit., pp. 19 y 23-24). El hecho de que todo sistema jurídico tenga una regla de reconocimiento no significa que sea fácil determinar su contenido; las prácticas sociales que la constituye a veces no permite una respuesta decisiva con respecto a la aplicación de algunos casos. Las reglas son vagas y poseen textura abierta, y, además, su significado central está rodeado de un área limítrofe de casos indeterminados. Las reglas jurídicas, al ser formuladas en el lenguaje, presentan indeterminación en sus límites (op. cit., p. 25). De ahí la preocupación de Hart en torno a las definiciones, dado

lo que se refiere a su dimensión normativa plena (reglas, principios y valores) como a las exigencias regulativas que surgen de su dimensión institucional (razones)¹⁰⁰ o de su práctica social¹⁰¹.

Por lo pronto, Nino apunta que el sentido más relevante de las “reglas” o “normas” en que se usan en el discurso jurídico es el que se desarrolla en contextos justificatorios como el judicial o el de la dogmática jurídica.

Cuando las reglas son concebidas como prácticas sociales, ellas no pueden servir como suficiente justificación de una acción o decisión, ya que se trata de meros hechos y los hechos no constituyen razones suficientes para justificar conductas, so pena de incurrir en la apuntada “falacia naturalista”, es decir, el salto indebido del “ser” al “deber ser”¹⁰².

También Dworkin ha señalado que el derecho no consiste propiamente o exclusivamente en normas (reglas y principios –éstos últimos pertenecen al sistema por razones morales y no por razones de pedigrí, es decir, por derivar de una regla de reconocimiento al estilo hartiano-), sino que consiste en una actividad, una práctica interpretativa en la que cumplen un rol determinante los fines y los valores que definen a aquella¹⁰³.

De ahí que el profesor norteamericano considere que la teoría del derecho no ha de tener un carácter descriptivo, sino normativo: no importa tanto la descripción de una realidad ya dada,

que aquella pone de manifiesto los fundamentos de su obra de filosofía del derecho, tal como lo muestra su recomendación por las definiciones “contextuales” (no a través de la técnica *per genus et differentia specifica*, por estimarla inadecuada), de acuerdo con los métodos filosóficos desarrollados en la escuela analítica durante la primera mitad del siglo XX (op. cit., 19).

No obstante lo expuesto en cuanto a la distinción entre reglas jurídicas y reglas sociales, vale decir, entre el derecho y la moral, según Raz, el profesor de Oxford sostuvo que existen ciertos hechos básicos relacionados con la existencia humana que se superponen entre las reglas jurídicas y las reglas sociales de todas las sociedades, tales como aquellos que establecen las condiciones mínimas para la cooperación social (op. cit., p. 26; cfr. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 214 y 237-239). Las condiciones mínimas de supervivencia exigen que el derecho y la moral establezcan ciertas reglas. Estas reglas surgen al considerar algunas “verdades simples u obvias” referentes a la naturaleza humana y al mundo en que viven los hombres. Tales verdades (“principios de conducta universalmente reconocidos”, que constituyen el “contenido mínimo de derecho natural”; cfr. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 238), son: la vulnerabilidad humana; la igualdad aproximada; el altruismo limitado; los recursos limitados y la comprensión y fuerza de voluntad limitada (Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 240-243; cfr. Vigo, Rodolfo L., “Vinculaciones entre el derecho y la moral en H. L. A. Hart”, en H. L. A. Hart y el concepto de derecho, op. cit., pp. 235-240).

En el *postscriptum*, Hart considera que la regla de reconocimiento puede incorporar criterios o reglas de naturaleza sustantiva (contenidos) y, en particular, criterios morales. Esta última tesis ha dado lugar a una nueva modalidad del positivismo, el “positivismo incluyente” (cfr. Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, Penélope A. Bulloch y Joseph Raz editores, Rolando Tamayo y Salmorán estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía, UNAM, México, 2000, p. 51).

¹⁰⁰ Atienza y Ruíz Manero consideran que la dimensión institucional es un factor muy importante para dar cuenta del razonamiento jurídico desde una concepción integral del derecho, es decir, no sólo compuesto de normas y articulado, según ellos, en dos niveles (reglas y principios). Además, dicha dimensión permite explicar su especificidad frente al razonamiento moral ordinario. Para los profesores españoles, la dimensión institucional del derecho comprende una serie de aspectos importantes, a saber: 1) el derecho pertenece a aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas; 2) el conjunto de normas socialmente existentes, es decir, practicadas en una cierta sociedad; 3) el carácter reglamentado de los procedimientos jurídicos de resolución de conflictos; 4) la regulación por el propio sistema jurídica de la forma de creación y aplicación de normas, mediante reglas de adjudicación y de cambio; 5) el reconocimiento de las normas jurídicas como tales y su aceptación como estándares públicos de corrección por medio de la aceptación de un sistema de fuentes que consiste centralmente en un sistema de autoridades; 6) el sistema jurídico es un subsistema dentro del sistema social global, esto es, una institución en sentido sociológico (cfr. Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Lima, 2009, pp. 9-34).

¹⁰¹ Atienza y Ruíz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, op. cit., p. 53.

¹⁰² Nino, Carlos, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985; idem, “El concepto de derecho de Hart”, en H. L. A. Hart y el concepto de derecho, op. cit., pp. 40-41; idem, *Fundamentos de derechos constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

¹⁰³ Dworkin Ronald, *Justicia para erizos*, tr. Horacio Pons y Gustavo Maurino, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014, pp. 486-488.

existente entre nosotros, como la participación en esa práctica de cara a conformarla de manera que se logre una realización máxima de valores y fines que dan sentido a las normas y que tienen primacía sobre ellas⁶⁵.

Por su parte, Alexy también crítica el concepto positivista de derecho en lo que respecta a la “tesis de la separación” y en la manera de configurar el propio concepto de derecho. En su opinión, existe una conexión conceptualmente necesaria entre el derecho y la moral, y hay razones normativas a favor de incluir elementos morales en el concepto de derecho.

En su análisis da gran importancia a la distinción que traza entre el sistema jurídico como sistema de normas o como sistema de procedimientos⁶⁶ (equivalente, esta última noción, a la de la “práctica” de Dworkin) y entre la perspectiva del observador y del participante.

La necesidad de incluir elementos morales en el concepto de derecho tiene interés, básicamente, cuando se adopta esta última perspectiva (la del participante) y se fundamentaría en tres argumentos: el argumento de la corrección, de la injusticia y de los principios⁶⁷.

Para más, la inoperancia del positivismo para dar una cabal comprensión del fenómeno jurídico y respuesta a sus problemas se hizo más evidente con el advenimiento del Estado de Derecho constitucional y democrático. En efecto, con la integración de los valores de sociedades pluralistas y la toma de conciencia de la operatividad de los derechos fundamentales (cambio cultural), ha nacido – entre otras cuestiones- la necesidad de legitimar la función judicial a través de la justificación de las decisiones que adoptan, lo cual ha tornado patente la incorporación de nuevas metodologías, fundadas en nuevas teorías¹⁰⁷.

Por ello es que, con el abandono del modelo decimonónico del positivismo y, con ello, el postulado del legislador racional, la concepción formalista y mecanicista de la función judicial ha caído en franco retroceso. Las críticas del *realismo norteamericano*, el *sociologismo*, la escuela del *derecho libre*, la jurisprudencia de intereses y de valores y, ahora, el *neoconstitucionalismo*, ponen en evidencia la insuficiencia de la matriz positivista, y abren paso a otra concepción, centrada no ya sólo en las normas –como concepto central del derecho (“normativismo”) y en su aspecto lógico-conceptual (“logicismo”⁶⁸), sino en la experiencia y en las conductas (el comportamiento humano y, en particular, el de los jueces y de otros funcionarios; saber lo que es el derecho equivale, no a conocer lo que dicen los códigos, las leyes, sino a predecir lo que los jueces, dadas ciertas circunstancias harán –cuestiones psicológicas e ideológicas; en los bienes, intereses y relaciones individuales y sociales, y, principalmente, en los principios y valores jurídicos.

En este sentido, nos interesa poner de relieve –en este punto relativo a la metodología y a la problemática de la aplicación del derecho-, el rol que tiene en nuestros días el movimiento “postpositivista”⁶⁹, que ha tenido lugar a partir de las últimas décadas del siglo pasado, a través del

⁶⁵ Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, n. 27, octubre, 2007, p. 13.

⁶⁶ Como “sistema de *procedimientos*”, Alexy entiende que es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, a través de las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas. En cambio, como “sistema de *normas*”, el sistema jurídico es un sistema de resultados o productos de procedimientos de creación de normas, cualesquiera que sean sus características (Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, tr. Jorge M. Seña, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 30-31).

⁶⁷ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 13-82. Atienza y Ruíz Manero, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, op. cit., p. 14.

¹⁰⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, tr. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2011 (1995), pp. 14-15, 34, 38, 51, 131 y 134-135.

⁶⁸ Lombardi Vallauri, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 240-334; idem, *Corso di Filosofia del Diritto*, Cedam, Padova, 1981, pp. 25-115.

⁶⁹ Calsamiglia, Albert, “Postpositivismo”, en *Doxa*, n. 21-I, 1998, pp. 209-220. Atienza y Ruíz Manero, “Dejemos atrás el positivismo”, op. cit., pp. 7-28; idem, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Lima, 2009. Cárcova, Carlos M., *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2ª ed.,

pensamiento de autores como Dworkin, MacCormick, Alexy, Atienza, Kriele, Müller, Nino, Ruíz Manero, Zagrebelsky, cuyo contexto socio-político responde al advenimiento del Estado de Derecho constitucional y democrático⁷⁰, o “neconstitucionalismo”⁷¹, y con ello -entre otros aspectos- la necesidad de justificar racionalmente las prácticas jurídicas y, en particular, las decisiones judiciales, para legitimar su función en las sociedades pluralistas. Precisamente, con relación a esta última problemática, es que ha sido propuesta la *teoría de la argumentación jurídica* como una elaboración de un procedimiento metodología jurídica- que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho⁷³.

Lo cierto es que la corriente del “postpositivismo” ha puesto en jaque la tesis de la separación entre el derecho y la moral (ya sea el positivismo “excluyente” o “incluyente” de estilo hartiano) a causa de la presencia de otros componentes en los ordenamientos jurídicos de hoy en día, que exhiben no sólo una mayor indeterminación de los derechos, sino de otras estructuras normativas y de otros contenidos.

En efecto, además de las reglas -en sentido estricto- existen otras “piezas del derecho” o enunciados jurídicos como son los principios y los valores⁷⁴, que se hallan reconocidos en tratados internacionales, así como en las constituciones o leyes de los Estados, bajo el nombre de “derechos fundamentales” o “derechos humanos”⁷⁵, y que exigen su afirmación formal y sustancial en la sociedad contemporánea por los juristas (abogados, defensores, fiscales, jueces) mediante la actividad a la que están llamados a participar y a desarrollar⁷⁶.

En contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Prieto Sanchís, el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el derecho. El positivismo no es ya una teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del derecho del Estado constitucional,

Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 109 y ss. Müller, Friedrich y Villacorta Mancebo, Luis-Quintín, *Postpositivismo*, Tratamiento Gráfico del Documento, Santander, 2009.

⁷⁰ El Estado de Derecho constitucional, democrático y social se presenta como un ideal que debe llevarse a cabo y, desde el punto de vista del participante en las prácticas jurídicas (v.gr., el juez), como una optimización referida al caso concreto (Dreier, Ralf, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Frankfurt del Meno, 1986, p. 30, cfr. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 81). Por otra parte, Alexy y Kriele consideran que el fundamento de obligatoriedad de los sistemas jurídicos, o la obediencia al derecho, puede basarse en términos de justicia siempre que el derecho “en general” tenga en cuenta la ética. Según Kriele, esta condición queda satisfecha si el sistema jurídico se basa en principios del Estado constitucional democrático (Kriele, Martin, *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1979, p. 117; cfr. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 68).

⁷¹ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en Doxa, n. 21-II, 1998, pp. 339-353. Entre los autores que se enrolan en esta corriente de pensamiento se encontrarían Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino y sus postulados básicos serían que: 1) el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios; 2) el peculiar método que requieren los principios es el llamado de la “subsunción” o “balanceo”, siendo inadecuado el método tradicional de “subsunción” de la interpretación o aplicación de las normas; 3) la constitución presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales; la ley debe adecuarse y desarrollarse conforme a la constitución; 4) ante la presencia de principios y el uso de la ponderación, el juez tiene facultades para adecuar la legislación a las prescripciones constitucionales y a las exigencias de justicia sustancial (cfr. Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, ídem, *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos, Madrid, Trotta,

⁷² Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo –editores-, *El canon del Neoconstitucionalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. Vigo, Rodolfo L., *Interpretación –argumentación- jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 109-119, 267 y ss.).

⁷³ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 174.

⁷⁴ Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 2007, capítulo 5º; ídem, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, op. cit., p. 87-124. Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 2010, pp. 77-79 y 113.

⁷⁵ Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*, n. 8, año V, 2000, pp. 21-41. Cruz, Luis M., *La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005; ídem, “La constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo”, *Dikaion*, v. 23, n. 18, Universidad de la Sabana, Colombia, diciembre, 2009, pp. 11-31. Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Civitas, Madrid, 1984. Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

⁷⁶ Atienza y Ruíz Manero, “Dejemos atrás el positivismo”, op. cit., p. 26.

porque además de los déficits a los que se hizo referencia (problemas “normativos”), resulta insuficiente el enfoque exclusivamente del derecho como sistema, y no (también) del derecho como práctica social⁷⁷.

También resulta insuficiente su concepción descriptivista de la teoría del derecho y de las normas jurídicas como directivas de conductas que resultan sólo de otras normas o actos prescriptivos⁷⁸.

En la posmodernidad se advierte, pues, el abandono de los supuestos racionalistas y cientificistas propios de la edad moderna, y, en especial, de la Ilustración, según los cuales sólo el conocimiento científico positivo o bien el elaborado con sus premisas metodológicas revestía el carácter de conocimiento válido y de real interés. Las distintas alternativas al positivismo –hermenéutica, argumentación- coincidían en la necesidad de superar la tesis de la separación entre derecho y moral, entre autoridad y razón práctica, entre ciencia y valoración⁷⁹, lo cual conlleva a una revisión en la teorías de las fuentes del derecho y de la interpretación jurídica, así como a la dejación también del escepticismo ético para la elaboración de la teoría general o filosofía del derecho⁸⁰: la idea de justicia no es una fórmula vacía, ni puede sostenerse un emotivismo axiológico tal que lleve a considerar a la justicia como el hecho de dar un golpe sobre la mesa, es decir, como una mera expresión emocional⁸¹.

Lo que resulta más significativo de este proceso de transformación es que el abandono – aunque solo sea parcial- de esa tesis implica haber aceptado –por muchos de los que se reconocen como iuspositivistas “incluyentes”- las valoraciones morales en su propuesta explicativa del sistema jurídico⁸².

La tesis central de los positivistas “incluyentes” consiste en admitir que la atribución de validez jurídica a las normas, la determinación de su contenido y su concreta influencia sobre la decisión judicial de los casos concretos, pueden depender de factores morales. Desde su punto de vista, los principios y valores morales figuran entre los posibles fundamentos que un sistema jurídico acepta para determinar la existencia y contenido de las normas jurídicas⁸³.

Etcheverry explica que para algunos autores resulta posible mantener en lo esencial las

⁷⁷ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 41-85 y 159-177. Atienza y Ruíz Manero, “Dejemos atrás el positivismo”, op. cit., pp. 25-26. Dworkin, *Justicia para erizos*, op. cit., pp. 485-488.

⁷⁸ Atienza y Ruíz Manero, “Dejemos atrás el positivismo”, op. cit., pp. 20-25, pto. 4. Los autores españoles señalan que las teorías del derecho –tales como las de Kelsen, Ross, Carrió, Hart o Alchourrón y Bulgín- tienen como rasgo común una descripción libre de valoraciones del sistema jurídico (op. cit., p. 21), lo cual conlleva la imposibilidad de decir nada sobre la justificación de nuestras instituciones y normas, ni hacer recomendaciones relativas a su desarrollo y buen funcionamiento (como propicia Nino para la dogmática jurídica, § 6.b.3). De ahí el escaso interés de las teorías del derecho –señalan Atienza y Ruíz Manero- fuera del reducido ámbito de sus cultivadores: no podía interesar a los filósofos de la moral o la política y en cuanto a los dogmáticos, un aparato conceptual que se ve a sí mismo como orientado exclusivamente a la descripción del sistema jurídico ha de verse, necesariamente, como de interés limitado por quien trata, fundamentalmente, de suministrar criterios para la mejor aplicación y desarrollo de ese mismo sistema jurídico (op. cit., p. 22).

⁷⁹ Massini Correas, *Facticidad y razón en el Derecho*, op. cit., p. 17.

⁸⁰ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, ed. Paidós, Buenos Aires, 1984 y ed. Astrea, Buenos Aires, reimp., pp. 49-55 y 57-72. Nino critica y desecha de plano el pensamiento de muchos autores que adoptan una epistemología racionalista, la que conduce a un escepticismo o relativismo ético, tal como ocurre con Hans Kelsen cuando expone sus ideas en su conocida conferencia “¿Qué es la justicia?” o con otros juristas como Aulis Aarnio y Norbert Hoerster.

⁸¹ Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 267.

⁸² Etcheverry, Juan B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, UNAM, México, 2006. Etcheverry, Juan B. y Serna, Pedro (eds.), *El caballo de Troya del Positivismo Jurídico. Estudios críticos sobre el “Inclusive Legal Positivism”*, Comares, Granada, 2010.

⁸³ Etcheverry, Juan B., “El ocaso del positivismo jurídico incluyente”, en *Persona y Derecho*, v. 67, 2012/2, p. 415. cfr. Hart, *Post scriptum*, op. cit., p. 49 y ss.

principales tesis del positivismo metodológico y de la teoría jurídica positivista, mientras que otros se muestran partidarios de una redefinición del positivismo que aumente su potencial explicativo hasta dar cabida en ella a elementos proporcionados por el “neoconstitucionalismo” (v.gr., Ferrajoli⁸⁴).

La versión que pretende explicar esta realidad desde las principales tesis tradicionales del positivismo jurídico ha sido denominada positivismo “excluyente” (*exclusive legal positivism*) y se caracteriza por considerar que la existencia y el contenido del derecho son completamente determinados por fuentes sociales (v.gr., fuentes legislativas, jurisprudenciales o de costumbre). Si bien se admite que las fuentes del derecho pueden dirigir o requerir a los funcionarios que decidan conforme a consideraciones morales, se concibe a dichas decisiones como desarrollo discrecional y creativo de nuevo derecho⁸⁵.

En cambio, el positivismo “incluyente” (*inclusive legal positivism*) se ha desarrollado principalmente en el ámbito anglosajón entre algunos discípulos de Hart (cuyas ideas más importantes sobre este tema están en el “*Postscript*” de la segunda edición de su libro “*The Concept of Law*”) como una respuesta a las críticas de Dworkin acerca de la imposibilidad del positivismo jurídico hartiano para explicar la presencia de los principios morales en los sistemas jurídicos actuales. Dicha defensa del positivismo hartiano intenta rechazar algunas de las críticas de Dworkin y admitir otras, mostrando que éstas caben perfectamente en el modelo teórico de Hart. En concreto, se caracteriza por sugerir que es posible dentro del modelo positivista hartiano que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan o incorporen normas morales sustantivas⁸⁶.

2.3) Modelo iuspositivista-formalista.

Originariamente, el iuspositivismo en su concepción formalista de la ciencia del derecho importó una tendencia a configurarla según el modelo de las ciencias lógico-formales. Su tarea consistió en organizar lógicamente y sistemáticamente las normas jurídicas a fin de facilitar su aplicación de forma tal que dicha función apareciera como una simple operación lógica, cuasi-mecánica: la conclusión arribada en un fallo judicial es el resultado de una serie de deducciones, donde los aspectos éticos, políticos, sociológicos, económicos, etc. (juridicismo), no deben ser tenidos en cuenta.

Tal concepción tuvo su razón de ser en una serie de circunstancias socio-políticas, principalmente en la constitución del Estado moderno mediante el monopolio del uso de la fuerza y, por ende, la producción y sanción del derecho; la difusión de modelos de organización social de carácter burocrático; la ascensión al poder de grupos sociales –la clase burguesa– interesados en exaltar el valor de la previsibilidad y seguridad del derecho⁸⁷.

⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en A.A.V.V., *Un debate sobre el constitucionalismo*. Luigi Ferrajoli, Doxa y Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.

⁸⁵ Etcheverry, “El ocaso del positivismo jurídico incluyente”, p. 413. En la nota a pie de página (7) cita a los siguientes autores y obras: Raz, J., *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 45 y ss.; *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 227 y ss.; “Postema on law’s autonomy and public practical reasons: A critical comment”, *Legal Theory*, 4 (1998), pp. 5-6; “Incorporation by law”, *Legal Theory*, 10, n. 1 (2004), pp. 1-17; Marmor, A., *Positive Law an Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 68 y ss.; Shapiro, S., “The Difference That Rules Make”, en B. Bix (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 33-62; “Law, Morality, and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory*, 6, n. 2 (2000), pp. 127-170; “On Hart’s Way Out”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 149-191; y “Authority”, Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 382-439.

⁸⁶ Etcheverry, “El ocaso del positivismo jurídico incluyente”, op. cit., p. 413.

⁸⁷ Weber, Max, *Economía y sociedad*, tr. J. Medina Echevarría y otros, Fondo Cultura Económica, México, 1964. Recuérdese que en tiempos del absolutismo, en los que la decisión judicial se veía un puro ejercicio de la autoridad, se estimaba que la característica de quien tiene autoridad es no dar razón de sus actos, pues sólo ante los superiores hemos de justificarnos.

En efecto, entre los principales postulados de esta concepción se mencionan el racionalismo, la teoría política de la división de poderes y el residuo de la desconfianza hacia la discrecionalidad –muchas veces arbitrariedad- de la que habían gozado los tribunales del antiguo régimen en el derecho francés⁸⁸, razón que llevó a prohibir a los jueces toda labor interpretativa⁸⁹.

Todo ello hizo que se intentase presentar el mecanismo de la aplicación judicial del derecho como el resultado de un silogismo, una simple subsunción: la base del dogma de la división de poderes conlleva una visión de la función judicial como una tarea meramente mecanicista: el juez –decía Montesquieu- no es más que la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley (*la bouche qui prononce les paroles de loi*)⁹⁰.

Ahora bien, la doctrina mecanicista del derecho –que hace prevalecer en la actividad del jurista el elemento declarativo sobre el productivo o creativo del derecho- precisó de dos postulados dogmáticos: la plenitud y la coherencia del ordenamiento jurídico. El paradigma decimonónico necesitaba que el ordenamiento legal ofreciera una respuesta unívoca para todos los problemas que pudieran plantearse sin que existieran contradicciones o ambigüedades, de forma tal que el intérprete no realizara ninguna “aportación personal” (axiológica, política, etc.) en la resolución del caso.

Como explica magníficamente Norberto Bobbio corresponde tener en cuenta que antes de la formación del Estado moderno, el juez –en la resolución de las controversias- no estaba obligado a escoger exclusivamente normas emanadas del órgano legislativo del Estado, sino que tenía una relativa libertad de elección en la determinación de la norma a aplicar; podía deducirla de las reglas consuetudinarias, o bien de las elaboradas por los juristas, o bien podía resolver el caso en cuestión a través de criterios equitativos, obteniendo la regla a aplicar mediante principios de la razón natural. Todas estas reglas estaban en el mismo plano, de entre todas ellas el juez extraía las normas a aplicar y, por tanto, eran todas a la vez “fuentes del derecho”. Esto permitía hablar a los juristas de dos especies de derecho, natural y positivo, en cuanto el juez podía obtener la norma tanto de reglas preexistentes en la sociedad (derecho positivo) como de principios equitativos y de la razón (derecho natural)⁹¹.

Sin embargo, con el advenimiento del Estado moderno, el magistrado de órgano libre de la sociedad pasa a ser un órgano del Estado o, mejor dicho, pasa a ser un auténtico funcionario del Estado. Por ello, según el análisis de Ehrlich –en su obra “La lógica del jurista”-, este hecho transformó al juez en titular de uno de los poderes estatales, el judicial, subordinado al legislativo; e impuso al mismo juez la

⁸⁸ Latorre, Ángel, *Introducción al Derecho*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 1974, pp. 90-91, n. 37. El razonamiento sería el siguiente –dice Latorre- la premisa mayor está constituida por la norma abstracta y general aplicable al caso concreto sometido a juicio; la premisa menor, por los hechos de este caso, y la conclusión se obtiene subsumiendo ese hecho concreto en la norma general de la premisa mayor. Supongamos –añade como ejemplo- un caso de homicidio: el que matare a un hombre será condenado como reo de homicidio a la pena de reclusión menor (premisas mayores); es así que A ha matado a B (premisa menor), luego A debe ser condenado a la pena de reclusión menor (conclusión derivada de la subsunción de la premisa menor en la mayor). La misión de los tribunales es aplicar el Derecho a los hechos. Son principios generalmente admitidos que el Derecho es conocido por el juez, en tanto que los hechos deben ser alegados y probados por las partes. Tal concepción se refleja en diversos aforismos forenses que aún se citan: *iuranoit curia; da mihi factum dabo tibi ius*.

⁸⁹ Cfr. arts. 10 y 11 del decreto del 16-19 de agosto de 1790. Calamandrei, Piero, *La casación civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956, tr. N. Alcalá-Zamora, v. I, 2, p. 29 y ss.

⁹⁰ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo VI. En la traducción de M. Blásquez y P. de Vega, Sarpe, Madrid, 1984 –cedida por editorial Tecnos, Madrid-, se dice que “los jueces no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes” (t. 1, p. 175). En la versión castellana de N. Estevanez, ed. Albatros, Buenos Aires, 1942, t. 1, Libro Undécimo, Capítulo VI, se dice que las sentencias no deben “otra cosa que un texto preciso de la ley” (p. 211); es más, sostiene que: “De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es casi nulo” (p. 214).

⁹¹ Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, tr. R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 46.

resolución de las controversias únicamente a través de las reglas emanadas del órgano legislativo o de aquellas que pudieran ser reconocidas de alguna forma por parte del Estado (normas consuetudinarias)⁹².

Hoy en día, un somero análisis de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales permite observar la existencia no sólo de contradicciones o indeterminaciones de las normas jurídicas, sino también de la presencia de “lagunas”. A ello se añade el surgimiento de los derechos fundamentales o humanos que han hecho eclosión en la tarea interpretativa, no sólo por su recepción tanto en tratados internacionales como en las constituciones de los Estados, sino por “afirmación” y “operatividad”⁹³, dando lugar a una nueva corriente nacida del Estado de Derecho constitucional y democrático, el “neoconstitucionalismo”, concepción del derecho que campea nuestros días y que se caracteriza especialmente por la efectiva aplicación, para cada caso, de los derechos, principios y valores fundamentales consagrados en la Constitución y, consecuentemente, por la necesidad de legitimar las decisiones adoptadas por los órganos judiciales –en particular, los tribunales constitucionales- mediante un razonamiento justificatorio, esto es, mediante la argumentación jurídica, cuyo método más apropiado pareciera ser el de la “ponderación”⁹⁴.

No caben dudas de que en la época que nos toca vivir el fenómeno jurídico, en las sociedades democráticas, exige por su complejidad un enfoque que supere el análisis meramente estructural normativo e, incluso, el funcional y el ideal-valorativo del derecho. Los operadores – legisladores, jueces, abogados, juristas en general- necesitan herramientas aptas para considerar adecuadamente el nuevo entramado de relaciones; la experiencia jurídica con que operan requiere de un nuevo método o “lógica” para el llamado razonamiento jurídico⁹⁵. Al respecto, la práctica del derecho actual se vincula más con la argumentación, actividad que presupone la dialéctica y la retórica, a fin de brindar “buenas razones” que fundamenten la resolución de problemas o conflictos.

El positivismo –en su versión normativista- es una concepción del derecho en la que el razonamiento jurídico opera dentro de ciertos límites (institucionales, autoritativos), por lo que se ha sostenido que como teoría se constituyó sin argumentación (más aún si se trata del positivismo en su perspectiva “formalista”, como la antes apuntada). Tal ausencia –de argumentación- no tenía una particular relevancia en tiempos pasados (dice Prieto Sanchís) donde reinaba la dogmática jurídica, pero en la actualidad constituye un reto importante a partir del surgimiento del nuevo constitucionalismo, en el que los principios y los derechos fundamentales desempeñan un rol significativo en la dilucidación de los problemas o conflictos (individuales o sociales).

Empero, ello no implica –para algunos pensadores- que el positivismo tenga que renunciar

⁹² Ehrlich, Eugen, *Die juristische logik*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1925. Véase también Gregorio Robles Morchón, "La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 19, 1976-1977, pp. 183-197.

⁹³ Cfr. Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*, n. 8, año V, 2000, pp. 21-41. Cruz, Luis M., *La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005; idem, “La constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo”, *Dikaion*, v. 23, n. 18, Universidad de la Sabana, Colombia, diciembre, 2009, pp. 11-31. Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Civitas, Madrid, 1984. Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

⁹⁴ Cfr. Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, ídem, *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos, Madrid, Trotta, 2007. Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (editores), *El canon del Neoconstitucionalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. Vigo, Rodolfo L., *Interpretación –argumentación- jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 109-119, 267 y ss. Alexy, Robert (dir.) - Alonso, Juan P. (coord.) - Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Astrea, Bs. As., 2017.

⁹⁵ Atria, Fernando, “Del Derecho y el razonamiento jurídico”, en *Doxa*, n. 22, 1999.

al postulado de la separación del derecho con la moral, ni que exista una única respuesta correcta para cada caso⁹⁶.

3. Nuevos desafíos. Postpositivismo.

Tanto en la Filosofía como en la Teoría del Derecho se investiga la posibilidad de una doctrina que logre dar respuesta a los requerimientos no ya del Estado de derecho legal, sino del Estado de derecho constitucional- caracterizado por las “constitucionalización de los derechos”- motivado fundamentalmente por la crisis originada en el descrédito en que cayó la idea del Estado luego de la Segunda Guerra Mundial a causa del totalitarismo fascista y nacionalsocialista y por la necesidad de integrar los valores y principios de la sociedad democrática y pluralista, imbuida de concepciones políticas diversas (liberalismo, socialismo, cristianismo social, etc.)⁹⁷.

El surgimiento de las actuales corrientes “postpositivistas”, entre las que cabe destacar a los fines de esta tesis a las llamadas “Teorías de la Argumentación Jurídica” (Perelman, MacCormick, Alexy, Aarnio, Atienza, etc.), ponen en evidencia la problemática de la integración de los valores y principios que la sociedad contemporánea busca conciliar, de ahí entonces la necesidad de brindar una fundamentación (con una justificación¹³⁷ racional y razonable) de las decisiones jurisdiccionales pronunciadas en los Estados constitucionales que sea superadora de la matriz positivista y decimonónica¹³⁸.

El tema reviste de interés por la evidente crisis que desde hace décadas atraviesa el iuspositivismo, sobre todo en su vertiente “formalista”¹³⁹, acaecido a mediados del siglo XX, sobre todo en su aspecto metodológico¹⁴⁰.

La crítica, conocida como la “revuelta contra el formalismo” (Morton White¹⁴¹), fue propiciada por pensadores de diversas concepciones tales como Gény, Heck, Ihering, Holmes, Gray y Kantorowicz –entre otros-, quienes cuestionaron los postulados básicos sostenidos por la escuela de la exégesis, la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia analítica, dando origen a nuevas corrientes y movimientos de pensamiento como la jurisprudencia de intereses, el derecho libre, el realismo norteamericano, jurisprudencia de valores, entre otras.

Si bien el positivismo jurídico presenta distintas facciones y matices, generalmente todas responden a una caracterización de la racionalidad consistente en sostener o postular el método “científico”, el cual tiene como notas distintivas la exactitud, la universalidad y la racionalidad.

1) La primera exige realizar una descripción objetiva de la realidad, sin posibilidad de realizar juicios valorativos, prescriptivos o de corrección que no sean parte de la realidad abordada.

⁹⁶ Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en Doxa, n. 23, 2000.

Ya antes Herbert Hart, quien se aparta del positivismo formalista en cuanto postula la aplicación mecánica logicista de las normas, consideraba la existencia de casos de “penumbra” (vaguedad), que no pueden ser resueltos simplemente mediante procedimientos deductivos sino acudiendo a ciertos objetivos sociales (los propósitos perseguidos por las normas y a las consecuencias de las decisiones judiciales), lo cual no supone –a su entender- prescindir de la separación entre el Derecho y la moral. Y si bien en tales casos se necesita algún criterio acerca de lo que el Derecho *debe ser*, ello no implica que sea un *juicio moral* (Hart, Herbert L. A., *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, tr. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 28-39).

⁹⁷ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit., p. 103. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, op. cit., pp. 10-18, 21-34 y 68. Vigo, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, UBA, Buenos Aires, 2004; idem, “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional”, Suplemento Constitucional La Ley, 2010, febrero, p. 1 y en revista La Ley, 2010-A-1165; idem, “Comentarios al capítulo 1 del título preliminar”, en Laferriere, Jorge N. (compilador), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, 1ª ed., El Derecho, Buenos Aires, 2012, pp. 63-65. Véase también Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 69 y ss.; idem, “Derecho injusto, retroactividad y principio de

legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, Doxa, n. 23, año 2000, pp. 197-230; ídem, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, traducción de José Antonio Seoane.

En este último trabajo Alexy señala al comienzo que: «Gustav Radbruch planteó su famosa fórmula en 1946, bajo la impresión directa de doce años de Nacionalsocialismo. Reza así: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”. Es fácil apreciar que esta fórmula consta de dos partes. En la primera parte se dice que las leyes positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una “medida insoportable”. Esto puede ser designado como la “fórmula de la intolerancia”. En la segunda parte, se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento “es negada conscientemente” la igualdad, que según Radbruch representa el núcleo de la justicia. Esto se puede denominar la “fórmula de la negación”. La fórmula de la intolerancia tiene un carácter objetivo. Aplica la medida de la injusticia. Por el contrario, en la fórmula de la negación se trata de algo subjetivo: los propósitos o las intenciones del legislador (...). Por ello, se le puede dar la siguiente versión sucinta a la fórmula de Radbruch: Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas. Más breve incluso: La extrema injusticia no es Derecho».

¹³⁷ Justificar una sentencia significa, en principio, el hecho de la objetivación clara, concisa y suficiente —en un texto escrito o documento— de los argumentos o razones que han determinado el dictado de un fallo judicial.

¹³⁸ Calsamiglia, Albert, “Postpositivismo”, en Doxa, n. 21-I, 1998, pp. 209-220. Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo”, en Isonomía, n. 27, Octubre, 2007, pp. 7-28; ídem, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Lima, 2009. Cárcova, Carlos M., *Las Teorías Jurídicas Postpositivistas*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 109 y ss. Müller, Friedrich y Villacorta Mancebo, Luis-Quintín, *Postpositivismo*, Tratamiento Gráfico del Documento, Santander, 2009.

¹³⁹ El formalismo jurídico es una concepción del derecho que se caracteriza por dar preeminencia a la forma (las normas jurídicas) respecto del contenido (los valores y principios jurídicos). El positivismo formalista decimonónico concebía —entre otros postulados— la aplicación del orden jurídico como una tarea “sencilla y simple”, limitada a un silogismo de subsunción que reduce al mínimo la aportación personal del juez, a punto tal que la resolución de conflictos resulta más un proceso de aplicación deductiva que una determinación de las normas a las circunstancias del caso. Tal concepción metodológica ha perdido valor científico frente a las nuevas necesidades y contextos histórico socio-políticos (cfr. Bobbio, Norberto, “Formalismo jurídico”, en *El problema del positivismo jurídico*, tr. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992, p. 18).

¹⁴⁰ Bobbio, *El positivismo jurídico*, op. cit., p. 241; Peces Barba, Fernández y de Asís, *Curso de teoría del derecho*, op. cit., pp. 312-313.

¹⁴¹ Treves, Renato, *La Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, tr. María José Añon Roig, Manuel Atienza y Juan A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1998, p. 81.

2) La segunda característica se relaciona con la absolutización del método a todo el ámbito del conocimiento, lo que lleva a descalificar metodologías o técnicas distintas a las propuestas por la ciencia positiva por inadecuadas.

3) La última da cuenta de la legitimidad del conocimiento alcanzada a través de la metodología científica.

De esta caracterización del positivismo jurídico se derivaron dos posturas sobre el proceder de los jueces⁹⁸.

I) Por un lado, aquella que adscripta al positivismo formalista considera en el ámbito judicial es posible aplicar la misma metodología científica que la empleada en el campo cognoscitivo del derecho (como ciencia), lo cual supone el postulado del legislador racional, vale decir, que las leyes son siempre precisas y completas, y que comprenden todos los supuestos, de modo tal que el razonamiento judicial es entendido como una operación lógica de deducción, capaz de obtener una única respuesta correcta.

II) Por otro lado, se ubica el positivismo de Kelsen y Hart, quienes reconocen que no es

⁹⁸ En este trabajo se señalará la indebida traspolación de los criterios científicos (teóricos) a las prácticas jurídicas, y, en particular, a la problemática del razonamiento judicial. No es posible tratar de conocer al derecho positivo de la misma manera en que se lo hace en la realización de los derechos concretos, donde concurren elementos personales como la valoración, ponderación, etc., de los elementos o materiales que componen el acto de juzgar un caso.

posible en todos los casos proceder de dicha forma como consecuencia de la generalidad de la norma o bien por la textura abierta o vaguedad del lenguaje normativo. Por eso es necesario diferenciar entre los casos fáciles y difíciles.

En los primeros, el material normativo es claro, universal y racional, por lo que el juez puede dar una única respuesta correcta, que lo es no por adecuarse a la justicia o verdad objetiva, sino por ser conforme con la normativa positiva aplicable.

En los segundos, el juez no puede articular respuestas correctas, sino respuestas “posibles”; la ausencia de corrección o de una objetividad ética conlleva la imposibilidad de aplicar un método “científico” y se vuelve necesario plantear la discrecionalidad judicial como forma de explicar lo que hacen los jueces en los casos en los que el legislador no ha expresado algo o lo ha hecho de forma vaga, ambigua o general.

De esta manera, la distinción entre casos fáciles y casos difíciles resulta ser una consecuencia de los postulados epistemológicos del positivismo y del pensamiento moderno, de acuerdo con los cuales se asume una separación radical entre sujeto y objeto científico, entre quien conoce y la realidad conocida.

Esta perspectiva es una manifestación más de la metodología científica y del saber humano, que en la actualidad se halla en decadencia. La tesis de la discrecionalidad judicial no puede ser sostenida si no está acompañada de ulteriores elementos y explicaciones que permitan la comprensión racional de la realidad referida por los derechos constitucionales. Para ello, entre otros aspectos, se exige sobrepasar la auto-referencia justificativa por fuera de las expresiones contenidas en el discurso y en la comunicación el emisor de la norma y sus destinatarios.

Una decisión correcta y adecuada debe penetrar la realidad más allá de los enunciados lingüísticos, incluso de los de textura abierta, para lograr acceder a las exigencias contenidas en los textos constitucionales y brindar una o varias respuestas susceptibles de un análisis de corrección y justificación racional⁹⁹.

Esto es lo que ocurre con la dogmática civilista y la epistemología que le es de apoyo en materia de daños, dado que concurren derechos fundamentales (vida, integridad psicofísica) y principios (no dañar a otro, reparación plena) con reglas específicas para la determinación de la indemnización que presentan una textura abierta. Expresiones tales como “lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores...”, así como “el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes”, etc., requieren ser comprendidas en sus sentidos y significados, en orden a los valores y principios jurídicos antes mencionados; en la “idea de una justa compensación del daño o de un justo reparto de determinados riesgos de daños”¹⁰⁰.

Lo justo o lo que le corresponde a cada uno puede ser asimilado raigal y en última instancia a los derechos humanos, constituyendo éstos el núcleo de juridicidad primaria y universal, que luego es necesario proyectar en tiempo y espacio según la prudencia del constituyente, legislador, juez, etc.

Si bien hay un amplio margen para esa concreción o determinación en tiempo y espacio, lo cierto es que esa discrecionalidad tiene límites razonables insuperables si pretende crear un derecho válido y eficaz. Los derechos humanos reflejan un límite o un nivel de la conciencia ético-jurídica y su relevancia

⁹⁹ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 76. Mora Restrepo, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, op. cit., pp. 176-185.

¹⁰⁰ Larenz, Karl, *Derecho justo*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 21 y 125.

está en la inalienabilidad de los mismos; ellos son reflejo de lo justo o de lo que corresponde a cada uno, y por ende, un “daño civil” puede ser reconstruido como una afectación directa o indirecta de aquéllos¹⁰¹.

De lo expuesto se infiere la insuficiencia de las metodologías propuestas por iuspositivismo, sea por parte del formalismo-legalista, del voluntarismo estructurado (Kelsen) o de la analítica (Hart).

4. Técnicas jurídicas.

Los diferentes modos de concebir la interpretación y aplicación del derecho (método jurídico), suelen reducirse a lo que entiendo es una falsa dialéctica pendular; dos extremos definidos que escapan a una real comprensión del fenómeno: el iuspositivismo formalista y el realismo escéptico surgido como reacción contra este.

La concepción *formalista* sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es comprobar el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores. Ello equivale a decir –expone Iturralde Sesma– que los enunciados de los intérpretes son descriptivos y por ende susceptibles de verdad o falsedad¹⁰².

Esta concepción de la interpretación suele estar vinculada con los siguientes postulados: que las palabras empleadas en el ordenamiento jurídico tienen un significado propio, dependiente no del uso de los operadores sino de la relación natural existente entre palabras y realidad; que las autoridades normativas tienen una voluntad unívoca y reconocible; que el sistema es completo y coherente; que los textos admiten sólo una interpretación verdadera y que no hay lugar para la discrecionalidad judicial.

El paradigma de esta aplicación del derecho es el modelo deductivo representado por el silogismo judicial. Este modelo sostiene que tanto las normas aplicables como los hechos son elementos externos al juez, de tal manera que la decisión se impone *per se*, por fuerza lógica, sin necesidad de ulteriores pasos argumentativos¹⁰³. La doctrina del silogismo judicial construye un modelo abstracto e ideal de decisión judicial¹⁰⁴.

Las críticas al formalismo se presentaron en dos direcciones: se le ha reprochado que es falso en cuanto descripción de lo que efectivamente acontece en la administración de justicia y que es inconveniente en cuanto modelo de lo que deben hacer los jueces o funcionarios al decidir casos concretos (Perelman, Kalinowski, Legáz y Lacambra)¹⁰⁵.

Una de las direcciones de estas críticas contra el formalismo se basa en su concepción escéptica de la interpretación: los críticos sostienen que la misma es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y decisión. No hay un significado propio de las palabras y todo texto puede ser entendido de diferentes formas en función de los intérpretes¹⁰⁶.

¹⁰¹ Vigo, Rodolfo L., “Apostillas iusfilosóficas sobre la responsabilidad civil”, en Revista de Derechos de Daños, 2009-2, La Culpa-II, Rubinzal-Culzoni, pp. 347 y 359.

¹⁰² Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 17.

¹⁰³ Iturralde Sesma, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, op. cit., pp. 17-18.

¹⁰⁴ Cfr. Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, tr. Lorenzo Córdova Vianello, Trotta, Madrid, 2011, p. 151 y ss.

¹⁰⁵ Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, op. cit., p. 65.

¹⁰⁶ Vernengo, Roberto J., *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977, p. 3. Este autor expone que, en algunos casos, los autores entienden que el problema de la interpretación radica en el conocimiento de la ley (norma jurídica), por lo que interpretar no sería otra cosa más que “conocer”. Se trataría de una interpretación “teórica” por cuanto su único objeto sería averiguar el sentido o los sentidos posibles de una norma. Este tipo de interpretación o concepción de la interpretación no está dirigido a la acción sino exclusivamente a la comprensión y, por

Además, en los actuales sistemas jurídicos no hay sólo legisladores individuales cuya voluntad se pueda determinar con métodos empíricos y respecto de los órganos colegiados no existe algo así como una “voluntad colectiva”. En consecuencia, los enunciados interpretativos no son verdaderos ni falsos, en todo caso confieren un significado con preferencia a otros. Las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado.

Las concepciones escépticas asumen que los sistemas jurídicos no son necesariamente completos ni consistentes, y que frente a las lagunas y antinomias los jueces crean derecho. Asimismo niegan generalmente la existencia de métodos o criterios que hagan posible la racionalidad de las decisiones judiciales¹⁰⁷.

Señaladas, sucintamente, las concepciones sobre la “aplicación del derecho”, resulta útil exponer las técnicas empleadas usualmente.

4.1) Subsunción.

Las corrientes formalistas que surgieron con motivo del movimiento de la codificación (la escuela la exégesis, en Francia) y de las ideas racionalistas del siglo XIX (escuela de conceptos, en Alemania), concibieron al derecho como un conjunto sistemático de normas, de objetos racionales aplicables al caso judicial mediante métodos lógicos. La aplicación del derecho era vista como una mera subsunción¹⁰⁸. El concepto de subsunción opera bajo la forma de un silogismo, donde la premisa mayor es el supuesto de hecho de la norma jurídica, la premisa menor es el caso concreto sometido a decisión y la conclusión es la consecuencia jurídica prevista en la norma¹⁰⁹.

Concretamente, en la aplicación del derecho como subsunción el juez cumpliría una función de mera constatación o de homologación. En el caso, se trata de determinar si la hipótesis de la ley (supuesto de hecho) se realiza o verifica en el caso judicial.

En este sentido, Klug considera que la aplicación del derecho es un procedimiento lógico, donde las normas legales generales se aplican a los casos jurídicos o casos particulares. La aplicación del derecho constituye la inferencia de pautas a aplicar a un caso particular a partir de las directivas genéricas

tanto, se trataría de una actividad de puro conocimiento. Los problemas suscitados por la interpretación jurídica serían, entonces, problemas de epistemología jurídica.

Otros pensadores, en cambio, sostienen que interpretar la ley o el derecho es una cuestión que remite a elecciones decisorias en el marco de una estimación o valoración. Interpretar consistiría en captar o comprender ciertos valores, ciertos sentidos axiológicos que se presentan en las situaciones o conflictos jurídicos y que, en consecuencia, permitirían justificar la adopción de determinadas decisiones fundándose en esas valoraciones. La interpretación sería de tipo práctica, puesto que además de tener una finalidad cognoscitiva (conocer el derecho), se caracterizaría por tener que decidir un problema o una situación jurídica (cfr. Recaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 246 y ss.; Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 35-36).

Puede decirse que la primera doctrina –la exegética– fue la dominante durante el siglo XIX. La función de los jueces, de conformidad con el principio de separación de poderes, es meramente declarativa, es decir, aplican normas creadas por el poder legislativo y se suponía que su contenido era claro y evidente o, lo que es lo mismo, que su significado era unívoco. Esta creencia es consecuencia de la aceptación de algunos dogmas que, poco a poco, fueron derrumbándose.

¹⁰⁷ Iturralde Sesma, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, op. cit., pp. 18-19.

¹⁰⁸ De Asis Roig, Rafael, *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 97. Catenacci, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 296 y ss.

¹⁰⁹ Tradicionalmente, dice Alsina, se admite que la sentencia –desde el punto de vista de su estructura– constituye un *silogismo*, en el que la premisa mayor está dada por la norma abstracta, la menor por el caso concreto y la conclusión por la parte dispositiva. Dice que ya en la Edad Media los glosadores advirtieron en la sentencia la forma de un silogismo, y esta concepción lógica, tradicional, es la defendida casi unánimemente por los procesalistas (v.gr. Calamandrei, Piero, "La génesis lógica de la sentencia", en *Estudios sobre el proceso civil*, tr. S. Sentís Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América, 1962, p. 367, n. 14). En los casos judiciales, el juez procede en orden inverso, porque primero analiza los hechos (cfr. *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993-1958-, p. 281), y luego hace su confrontación con la norma legal, para llegar a la conclusión, no en base a un hecho único, ni a una única norma abstracta, sino después de

contenidas en las normas. Según a esta caracterización Klug sostiene que la lógica jurídica es la teoría de las reglas lógico-formales que se emplean en la aplicación del derecho¹⁵⁴.

La crítica que se formula a esta concepción es que la aplicación del derecho no se reduce a una simple subsunción. La subsunción sólo es posible cuando la ley utiliza conceptos unívocos o conceptos numéricos, pero fuera de estos dos, todos los demás conceptos son susceptibles de extensión. Por lo tanto, la mayoría de los supuestos de aplicación del derecho son al mismo tiempo supuestos de creación del derecho. Se suelen distinguir al respecto los casos denominados fáciles, difíciles, trágicos o problemáticos¹⁵⁵. Son casos fáciles aquellos en los que no existen dificultades en identificar la norma a aplicar y el supuesto de hecho objeto de decisión; por ejemplo, aquellos en que la norma utiliza conceptos unívocos (aeronave, cheque, hecho imponible, etc.), o cuando utiliza conceptos numéricos, cuando establece la mayoría de edad a los dieciocho años, o requiere la existencia de tres testigos en los testamentos o determina que el muro medianero debe tener como mínimo tres metros de altura. El caso se considera fácil, en la medida en que el ordenamiento otorga un único sentido a las expresiones aeronave, cheque y hecho imponible, o en el hecho de que expresiones como dieciocho años, tres testigos y tres metros de altura constituyen conceptos numéricos de fácil comprobación. De allí que se afirme que en los casos fáciles sea más evidente la aplicación del derecho como subsunción¹⁵⁶.

Sin embargo, los casos fáciles no se presentan con tanta frecuencia como sería deseable. Generalmente los litigios judiciales presentan circunstancias fácticas complejas que son arduas de probar; las normas, principios o valores en juego no son tan simples de aprehender y de aplicar. Además, las leyes cuentan con términos, expresiones y conceptos equívocos y ambiguos. Constituyen

una seria complicada de deducciones recíprocamente vinculadas (la operación consistente en el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética, contenida en la ley, se denomina en la doctrina moderna *subsunción* (Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1961, t. IV, p. 58 y ss.).

¹⁵⁴ Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*, tr. J. D. García Bacca, Universidad Central, Caracas, 1961, p. 7. Hay que decir, sin embargo, que el mismo Klug ha señalado con posterioridad que el enfoque de las teorías de la argumentación –al estilo de la tópica de Viehweg o de la nueva retórica de Perelman- se diferencia de sus objetivos en el ámbito de la lógica jurídica, ya que se desarrollan en diferentes grados de análisis de las tesis jurídicas y en sus fundamentaciones. Esto puede demostrarse, dice él, con el modelo de la fundamentación jurídica axiomática y cuasi axiomática: “De toda fundamentación de un fallo judicial se exige ‘coherencia’, es decir, coherencia lógica. Si en la fundamentación de un fallo se descubre una falacia, por ejemplo, una demostración circular (*circulus in probando, petitio principii*), entonces, según el Derecho procesal alemán, procede la revisión de la sentencia. En el escrito de revisión se aduce la ‘violación de leyes del pensamiento’. En tales casos se presupone la aplicabilidad del método axiomático, tanto en la estructura formalizada como en la no formalizada, del lenguaje ordinario. Se examina siempre si de las premisas correspondientes –los presupuestos del derecho legislado o consuetudinario- se infiere coherentemente la decisión del tribunal. Un fallo judicial opera con conclusiones a partir de presupuestos; es, por lo tanto, en cada caso, un sistema axiomático que –recurriendo a un ordenador- puede ser formalizado y que –si utiliza el lenguaje ordinario- contiene un sistema cuasi axiomático. Pero también en esta última estructura nos encontramos con un sistema cerrado de derivación, con las premisas dadas de antemano por la ley y a las que he propuesto llamarlas cuasi axiomas porque no están exactamente formalizadas con la ayuda de un cálculo lógico. Pero esto no cambia en nada el hecho de que las conclusiones formuladas en el lenguaje ordinario pueden ser examinadas por lo que respecta a su precisión lógica y mostrarse la existencia de errores lógicos. La clásica silogística aristotélica resulta ser aquí un instrumento perfectamente utilizable. Esta es la perspectiva de la lógica jurídica. Las teorías de la argumentación al estilo de la tópica de Viehweg o de la nueva retórica de Perelman tienen una función no menos importante. Son métodos que pueden ser utilizados adecuadamente en una grada previa del análisis, es decir, en la búsqueda de los axiomas (premisas). En esta medida, han logrado un interesante progreso científico en la teoría jurídica. Pero la exacta subsunción lógica –debido a la necesidad de coherencia en la fundamentación de la decisión judicial- sigue siendo irrenunciable, a menos que se quiera renunciar a la seguridad jurídica, es decir, a uno de los fundamentos del Estado de derecho. Como es sabido, también Alexy parte de las dos gradas de análisis y distingue entre la derivación lógica de la sentencia a partir de las premisas presupuestas en la fundamentación (justificación interna) y la averiguación de las premisas “justificación externa” (“Entrevista a Ulrich Klug”, en *Doxa*, n. 6, 1989, pp. 511-512).

¹⁵⁵ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 45-46 y 252.

¹⁵⁶ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., pp. 45-46 y 252. De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 98-99. Catenacci, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 297.

pues los llamados *casos difíciles*. Si, además, el caso difícil requiere una decisión que inevitablemente implique un menoscabo a las partes intervinientes en el proceso, se lo denomina *caso trágico* o *problemático*, por

ejemplo, en el caso de la madre cuya vida peligra a causa de complicaciones graves en el embarazo, existiría el dilema de cómo defender la vida de ambos: el *nasciturus* y la madre¹¹⁰.

En consecuencia, así como se afirma que en los casos fáciles es evidente la caracterización de la aplicación del derecho como subsunción, se sostiene que en los casos difíciles y en los trágicos el proceso de aplicación del derecho de ningún modo puede reducirse a ella. Esto significa que es necesario distinguir entre la elaboración y la exposición de la decisión judicial, es decir, entre la búsqueda de la conclusión y su justificación¹¹¹.

La decisión judicial implica una doble tarea: la de buscar la solución del caso planteado a la luz del ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo, la de justificar la decisión adoptada ante las partes, los tribunales superiores y la sociedad. En este sentido, justificar quiere decir dar las razones por las cuales se decidió de una manera determinada y no de otra. Por lo tanto, en todo proceso de aplicación del derecho se desarrollan ambas tareas, la de elaboración y la de exposición de la decisión, la de búsqueda y justificación de la decisión.

La teoría de la aplicación del derecho como subsunción sólo se preocupa por la *exposición*, y no por la *justificación* de la decisión judicial. No desarrolla ni explora las cuestiones relacionadas con la elaboración y la búsqueda de la conclusión que deriva en la toma de la decisión judicial. De allí la crítica de los autores de las teorías de la argumentación jurídica. La teoría de la aplicación del derecho como “construcción normativa” –que expondremos a continuación- intentará explorar y exponer ambas cuestiones, afirmando así que la decisión judicial no se reduce a un mero proceso de subsunción, sino que ésta representa solamente la última fase del proceso de decisión judicial.

Actualmente, se considera que la subsunción o la argumentación subsuntiva tiene lugar cuando se trata de aplicar una regla de acción, esto es, una regla que establece que si se dan determinadas condiciones de aplicación, entonces alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción¹¹².

4.2) Construcción normativa.

La aplicación del derecho como construcción normativa constituye un método que intenta superar las falencias de la *subsunción*.

En el ámbito judicial, la sentencia no puede ser considerada como la sola derivación lógica del ordenamiento jurídico. Dicho acto es precedido en realidad por una actividad compleja, desarrollada por el juez, de selección de las normas (premisa mayor) y de los hechos relevantes (premisa menor) para la solución del caso. Por tal razón, todo supuesto de aplicación del derecho requiere del juzgador una

¹¹⁰ Cfr. el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, causa C. 95.464, sent. del 27-VI-2005, *in re* “C., P. s/ Autorización judicial”. Catenacci brinda otros casos semejantes 1): cuando los cónyuges divorciados y radicados en distintos países se disputan la tenencia de un hijo; cualquier decisión del tribunal implicará privar al menor de la posibilidad de crecer junto a sus dos padres, aun divorciados, en la medida en que la distancia entre los domicilios impida o dificulte notablemente el contacto con cada uno de ellos; 2) cuando los abuelos biológicos disputan la tenencia de sus nietos, nacidos de padres desaparecidos y criados por sus padres adoptivos. Cualquier resolución que adopte el tribunal dañará los intereses afectivos de los menores involucrados en tales disputas.

¹¹¹ Hassemer, Winfried, “Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley”, tr. M. V. Martínez Bretones, en Kaufmann y Hassemer, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, pp. 216 y 400-401. De Asís Roig, *Jueces y normas*, op. cit., p. 98.

¹¹² Atienza, *El derecho como argumentación*, op. cit., p. 164.

actividad previa de selección de normas a aplicar y de selección de hechos relevantes a considerar. Esta selección implica que la actividad de aplicación del derecho es valorativa y no exclusivamente lógica¹¹³.

La lógica no da respuesta en los casos de incertidumbre acerca de las normas a aplicar en caso de que las normas sean contradictorias, o cuando el juez deba preferir una norma y no otra también aplicable al caso. Por ejemplo, si en un caso de ejercicio de la libertad de prensa invoca un tercero su derecho a la intimidad. Ambos son derechos de raigambre constitucional y de igual jerarquía normativa: el derecho a la información y a la intimidad, pero ante un conflicto de intereses el juez debe decidir cuál de ambos derechos prevalecerá en el caso planteado (arts. 1, 14, 19, 38, 41, 42 y 43, Constitución Nacional).

La tarea del juez no sólo refiere el caso a la ley por subsunción deductiva, sino que también refiere la ley al caso mediante principios y valoraciones. El caso está sometido a la ley por subsunción sólo después de que el juez mediante un proceso de selección y valoración la considera aplicable al caso planteado.

Por ende, el fallo judicial no es sólo la conclusión necesaria de un silogismo, sino que es una decisión que, como tal, presupone la posibilidad de optar por otras soluciones. Mientras que en el silogismo la verdad de las premisas se traslada necesariamente a la conclusión, siempre que la inferencia se haya establecido correctamente, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión¹⁶¹.

4.3) Procedimiento analógico.

Para Kaufmann, la aplicación del derecho es un procedimiento analógico, en el que la ley (deber ser) y el caso (ser) se elaboran interrelacionados uno con el otro, de tal modo que de la ley abstracta mediante el proceso de interpretación resulta un tipo legal concreto por una construcción normativa, donde el tipo legal y la situación fáctica se corresponden (si no se corresponden, no puede aplicarse la norma jurídica)¹⁶².

Esta correspondencia entre el tipo legal y la situación fáctica se realiza mediante un *procedimiento de analogía*, ya que ningún caso de la realidad es igual a otro. Ningún homicidio es exactamente igual a otro, ningún hombre coincide con otro en su efectiva responsabilidad o grado de culpabilidad. Esto hace que en todo proceso de aplicación del derecho entren en juego factores valorativos.

Expresa Kaufmann que se suele afirmar que la creación judicial del derecho tiene lugar en dos actos separados uno del otro:

- a) En la tarea de comprobación de los hechos, donde el juez en forma parcial y equidistante reflexiona a partir del conocimiento puro acerca de una situación fáctica hasta ahora desconocida por él, sin mezclar ningún elemento subjetivo, con intención de verdad, teniendo que reconstruir desde el pasado.
- b) En la tarea de aplicación del derecho que sucede temporalmente después de la comprobación de los hechos que consiste en la tarea de determinar interpretativamente y con intención de justicia el sentido y el alcance de una norma o normas ya confeccionadas o dadas de antemano.

Pero lamentablemente, afirma Kaufmann, las cosas no suceden así, la lógica y la realidad

¹¹³ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 421. Legaz expresa que “el juez no es una máquina automática de subsumir, ni un legislador, es decir, un creador de normas generales: el juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla al caso concreto; pero como la ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad, porque siempre posee una dosis de indeterminación, el

son diferentes. No existen esos dos momentos separados entre sí temporalmente. El caso y la norma

juez, al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un *plus* al conjunto del orden jurídico y que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres que han de ajustar sus conductas a sus preceptos”. Sobre la controversia acerca de si “los jueces crean derecho”, véase la clarificación efectuada por Carrió en *Notas sobre derecho y lenguaje*, op. cit., pp. 105-110.

¹⁶¹ Catenacci, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 299.

¹⁶² Kaufmann, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 56, 99-100 y 182-183.

sólo constituyen la materia prima de un proceso metódico. Ambos elementos de la decisión judicial deben ser elaborados y coordinados mutuamente. La norma pertenece al deber ser, como forma abstracta general. El caso, en cambio, pertenece al mundo del ser. Corresponde al juez extraer de la norma el sentido concreto relacionado con el caso y hallar en ella la solución. Por lo tanto, no existe, para Kaufmann, un dualismo metódico en la aplicación del derecho, sino un monismo metódico¹¹⁴.

En el sistema del *common law*, donde los precedentes son la fuente predominante del derecho, el problema está dado en cómo derivar una regla general de los precedentes existentes y aplicarla al caso a decidir.

La situación se complica por el hecho de que la regla general a menudo cambia en el curso de este desarrollo de un caso a otro (para que haya continuidad o cambio, según Ross, depende de que el juez -al considerar las semejanzas y las diferencias entre el caso presente y el precedente- entienda que los hechos relevantes pueden ser clasificados bajo los mismos conceptos presupuestos en el precedente, o bien, decida que es menester introducir una distinción con la ayuda de otros conceptos).

En un sistema como éste, el razonamiento jurídico (técnica jurídica) es por vía de ejemplos, y la técnica de argumentación que este método requiere se dirige a mostrar los parecidos y diferencias que exhiben los casos, y a sostener que las diferencias son o no relevantes (Levi)¹¹⁵.

En uno de sus últimos trabajos (que ha pasado bastante desapercibido) Alexy reconoce la existencia de tres formas de aplicación del derecho, correspondientes a los conceptos de reglas, principios y casos. Se trata de la subsunción -a la que nos hemos referidos antes-, la ponderación -que veremos seguidamente- y la analogía o comparación¹¹⁶. La idea de “caso” aparecía ya con el término “precedente” en su obra “Teoría de la argumentación jurídica” y como una forma de argumento especial del discurso jurídico. Esta forma de argumento estaba más relacionada con la subsunción que con la ponderación, que era incluida, aunque de manera embrionaria, en este trabajo¹¹⁷.

4.4) Ponderación.

¹¹⁴ Kaufmann, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 56, 99-100 y 182-183.

¹¹⁵ Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 143 y ss.

¹¹⁶ Alexy, Robert, “Two or Three?”, en *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, ARSP, Beiheft, n. 119, 2010, pp. 9-18. Clérico, Laura, “Sobre ‘casos’ y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias?”, en *Isonomía*, n. 37, octubre 2012, pp. 113-145. Vigo, Rodolfo L., “La evolución del pensamiento jurídico de Robert Alexy”, en *La Ley*, 2014-B-971.

¹¹⁷ Clérico señala que los “casos” aparecen en la “Teoría de la argumentación jurídica” como una forma de argumento, el argumento del precedente, pero teniendo como trasfondo aún el modelo de la subsunción como modelo dominante, aunque limitado, de aplicación del derecho. Luego aparecen en la “Teoría de los derechos fundamentales” como una forma de evitar la ponderación. En el trasfondo de esta obra el modelo de la subsunción aparece superado por el modelo de la ponderación para la resolución de los conflictos de derechos constitucionales. En un tercer momento y con un alto nivel de abstracción, el tema es retomado por Alexy en su escrito “Two or Three?”, donde presenta la comparación de casos como la tercera forma básica de aplicación del derecho, junto con la subsunción y la ponderación (Clérico, “Sobre ‘casos’ y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias?”, op. cit., p. 116 y ss.).

Alexy sostiene que los derechos –especialmente los llamados *fundamentales*- deben aplicarse por medio del “principio de proporcionalidad”, en razón del carácter de principio –es decir, de mandato de optimización (también aplicable por su similitud al valor en cuanto “lo mejor”)- que tienen las normas constitucionales que lo establecen. Recuérdese que la tesis central del profesor alemán es que las normas de derecho fundamental, además del concebido carácter de regla, pueden tener el carácter de principio. Cuando tienen este carácter, tales normas deben entenderse como mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

Para este autor, el mencionado “principio de proporcionalidad” presenta tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), siendo el más destacado de ellos, la llamada “ley de la ponderación” y la “fórmula del peso” contenido en el último de los subprincipios mencionados¹¹⁸.

Una síntesis acerca del funcionamiento de la técnica de la ponderación es formulada por Atienza. El jurista español explica que los dos primeros subprincipios (idoneidad y necesidad) se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas.

Ello significa que una medida (una ley, una sentencia) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria: no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio (proporcionalidad en sentido estricto), por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas.

Apuntado ello, indica que la estructura de la ponderación, siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

La ley de la ponderación se formula así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según la afectación o el peso sea leve, medio o intenso y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico) entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador)¹¹⁹.

D. Nuevas ideas ante nuevas exigencias. Cierre preliminar.

En las prácticas sociales, y más especialmente en los litigios judiciales, es donde se presenta de forma más patente la necesidad de adoptar soluciones justas o razonables y, por ende, que no se sustenten en la arbitrariedad o en la mera facultad discrecional de los operadores. Para lograrlo, es

¹¹⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 147.

¹¹⁹ Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, pp. 46/47.

menester contar con un razonamiento justificatorio que legitime la función jurisdiccional y nos conduzca a soluciones o respuestas racionales y razonables para todos los casos, aun para los difíciles¹²⁰. Las teorías de la argumentación jurídica han realizado, en este sentido, un estimable aporte epistemológico y metodológico¹²¹.

Sin embargo, el objetivo de esta obra no es brindar una respuesta a la problemática teórica de la actividad desplegada por los jueces al dictar las sentencias judiciales en lo concerniente al tópico relacionado con la “comprensión” del sujeto cognoscente o del intérprete -este tema es propio de la filosofía del derecho y de la hermenéutica, como desarrollo teórico general de la interpretación (Schleiermacher, W. Dilthey, Heidegger, Gadamer, Betti, Esser, Kaufmann, Hassemer, Viola, Zaccaria, entre otros)-. El cometido de esta investigación se circunscribirá a la argumentación de las decisiones jurídicas; a los desarrollos teóricos que involucran la justificación racional de la aplicación del derecho a los casos concretos (reales o hipotéticos) y, particularmente, a las cuestiones relativas a la discrecionalidad y a la ponderación en el ámbito jurisdiccional.

El contexto jurídico -junto con el moral, político y social- en el que se inserta la tesis responde entonces a las transformaciones que se vienen registrando durante las últimas décadas con el desarrollo de las repúblicas constitucionales y democráticas, en la medida que se ha profundizado la necesidad de fundamentar las decisiones judiciales emanadas de los órganos jurisdiccionales con una mayor carga justificativa, superadora del modelo decimonónico pergeñado por el Estado liberal en el que bastaba la mera cita de las normas legales, es decir, con el solo fundamento en la autoridad de la ley¹²².

Atienza señala que “el Estado constitucional, en cuanto fenómeno histórico, está innegablemente vinculado al desarrollo creciente de la práctica argumentativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el constitucionalismo, en cuanto teoría constituye el núcleo de una concepción del Derecho que... no cabe ya en los moldes del positivismo jurídico, y una concepción que lleva a poner un particular énfasis en el Derecho como práctica argumentativa.... Quienes no aceptan esta nueva concepción... no dejan por ello de reconocer la importancia de la argumentación en el Estado constitucional”; “cabría decir que de lo que se trata no es de que el jurista –el estudiante de derecho- llegue a conocer la información que se contiene en la base de datos del sistema, sino de que sepa cómo acceder a esa información, a los materiales jurídicos (es lo que los norteamericanos llaman *legal research*), y cuál es –y cómo funciona- el motor de inferencia del sistema, o sea, el conocimiento instrumental para manejar ese material (el *legal method* o el *legal reasoning*: ‘cómo hace el jurista experto’ – como piensa- para, con ese material, resolver un problema jurídico)”¹²³.

La teoría del derecho basada en la visión del fenómeno jurídico que ofrece el positivismo legalista y formalista¹²⁴, consistente en una realidad ya dada, como el producto sólo de una autoridad (un conjunto de normas legales) y no –además- como una *actividad*, una *práctica* que transcurre en el tiempo

¹²⁰ Vigo, “Razonamiento judicial justificatorio”, op. cit., p. 495 y ss.

¹²¹ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 19 y ss. García Amado, Juan A., *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, p. 44 y ss. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra, 2015, p. 43 y ss.

¹²² Con el advenimiento del Estado moderno, el juez pasó a ser un auténtico funcionario del Estado, representante de uno de los poderes estatales, el judicial, aunque subordinado al legislativo, imponiéndole el nuevo sistema el deber de dirimir las controversias únicamente a través de las reglas emanadas del órgano legislativo o por aquellas reconocidas de alguna manera por el Estado (normas consuetudinarias; Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993, p. 46.).

¹²³ Atienza, *El derecho como argumentación*, op. cit., pp. 17-18.

¹²⁴ Por modelo formalista puede entenderse la idea de que el derecho responde a una categoría comprensiva denominada “formas legales” (o lo que produce el legislador), mediante la cual todo problema y fenómeno jurídico se resuelve a través de un ejercicio de comparación de lo acontecido –los hechos- con dichas formas legales. En otras palabras: para el enfoque formalista todo el derecho emana de la voluntad de

(diacrónica¹²⁵) y que se funde con la teoría -como sucede, por ejemplo, con la concepción “interpretativa” de Dworkin, y que incorpora una pretensión de corrección o justificación (Alexy, Nino)-, parece resultar inadecuada para cumplir su objetivo epistemológico: la regulación de las conductas sociales. El ideal regulativo del jurista del nuevo constitucionalismo, o del jurista postpositivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales¹²⁶.

La idea de que los jueces cumplen una tarea más o menos sencilla y simple, semejante a un razonamiento silogístico en el que la premisa menor se subsume en la premisa mayor para deducir o inferir a partir de ello la conclusión para el caso concreto -conforme con lo dispuesto por el legislador histórico u originario-, es algo que difiere hoy en día enormemente de la realidad.

No obstante, los procesos judiciales –en particular los que transitan por las instancias extraordinarias o sede constitucional- constituyen una actividad racional y discursiva, en el que las decisiones contenidas en las sentencias definitivas son (o deberían ser y exteriorizarse) como una derivación de la combinación de un conjunto de elementos y factores que son valorados por los jueces: la cuantificación del daño a la persona, por ejemplo, proviene de la derivación del valor vida o integridad psicofísica y de los principios constitucionales de no dañar a otro -*alterum non laedere*- y de reparación plena o integral, a la par de las circunstancias particularidades de cada caso: la entidad del daño; el contexto económico y social del damnificado; la edad y situación familiar de la víctima; etc.)¹²⁷.

La doctrina de los juristas que postula la llamada técnica de la subsunción entiende que todas las manifestaciones del derecho objetivo se pueden reducir a conceptos con los que hacer subsunciones; que con un sistema de conceptos jurídicos más o menos acabado se puede dar respuesta, mediante operaciones de raciocinio, a cualquier cuestión jurídica nueva; y, en definitiva, en creer también que la ciencia y el pensamiento jurídico se ajusta al cientificismo reductivo, consistente en conocer el objeto con exactitud axiológicamente neutra¹²⁸.

Las distintas alternativas al positivismo formalista y legalista –hermenéutica, argumentación, etc.- coinciden en la necesidad de superar esa técnica logicista y reductiva¹²⁹, a partir del rechazo de la tesis de la separación entre derecho y moral, entre autoridad y razón práctica, entre ciencia y valoración¹³⁰, lo cual conlleva una revisión en la teorías de las fuentes del derecho y de la interpretación jurídica, y el

un legislador y los jueces se limitan a realizar una operación lógica-deductiva por medio de la cual se identifican los hechos del caso para ser subsumidos en una norma jurídica que contiene la consecuencia a ser aplicada (López Medina, Diego E., *El derecho de los jueces*.

Obligatoriedad del precedente constitucional, Legis, Bogotá, 2000, p. 167).

¹²⁵ Pérez Luño, Antonio, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 40.

¹²⁶ Aienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 29.

¹²⁷ Mora Restrepo, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 17 y ss. Negri, Nicolás J., “Valoración del daño a la persona”, en *La Ley*, 2008-C-725; ídem, “Reparación por daños a la integridad psicofísica en el Código Civil y Comercial”, en *RCCyC*, 2016, marzo, 7/03/2016, p. 44 y ss. CSJN, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales”, sent. del 21-IX-2004, Fallos 327:3753, en *La Ley*, 2004-F-95. Schick, Horacio, “Los montos indemnizatorios en los accidentes del trabajo y el derecho civil”, en *La Ley*, 2008-C-247; ídem, “Tres objeciones al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial y su incidencia en la reparación de infortunios laborales. La tarificación del daño por lesiones, la inaplicabilidad de las sanciones disuasivas y la eximición al Estado y sus funcionarios de la responsabilidad civil”, en *Doctrina del Trabajo*, 2012, octubre, p. 2765 y ss. Sappia, María Candelaria y Márquez, José F., “La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, en *RCyS*, 2013-IX, p. 121 y ss.

¹²⁸ Serna, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, op. cit., p. 214.

¹²⁹ Legaz Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 421; ídem, “Lógica formal y lógica de lo razonable en la lógica jurídica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, n. 18, 1975, pp. 10-15.

¹³⁰ Massini Correas, *Facticidad y razón en el Derecho*, op. cit., p. 17. Alexy, Robert, “La doble naturaleza del Derecho y Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha sido desarrollándose con el paso de los años”, en Bernal Pulido, Carlos (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima Palestra, 2011.

abandono del escepticismo ético para la elaboración de la teoría general o filosofía del derecho¹³¹: la idea de justicia no es una fórmula vacía, ni puede sostenerse un emotivismo axiológico tal que lleve a considerar a la justicia como el hecho de dar un golpe sobre la mesa, es decir, como una mera expresión emocional¹³².

Por ello, uno de los principales objetivos de este trabajo es explorar y proponer vías alternativas para juzgar, de manera correcta o justa, las cuestiones constitucionales o de derechos fundamentales (el derecho a la vida o a la integridad psicofísica), articuladas con asuntos comunes u ordinarios (la indemnización por daños), procurando demostrar que existen soluciones tendientes a evitar el uso indebido de la discrecionalidad o de técnicas inapropiadas en el desarrollo del razonamiento jurídico para el juzgamiento de los casos concretos.

Se rescatará fundamentalmente la teoría de la argumentación de Manuel Atienza, la cual parece estar brindando una cobertura epistemológica válida en relación a la interpretación constitucional -que por sí resulta compleja y difícil- y se la analizará críticamente y de manera detallada, examinando sus aportes y problemas.

Las falencias de la teoría tradicional iuspositivista serán expuestas a través de la jurisprudencia del superior tribunal nacional en un ámbito específico. En esta tesis hemos elegido el tema de la indemnización judicial de los daños a la persona, por tratarse de una cuestión en la que convergen diversos valores y principios jurídicos, a la par de un sin número de reglas, lo cual nos permitirá reflejar una característica común de la justificación y fundamentación de las decisiones judiciales respecto de casos que son resueltos en base a cláusulas o normas abiertas, indeterminadas, imprecisas, ambiguas o simplemente vagas (v.gr., el principio de la reparación plena receptado en el art. 1740 del Código Civil y Comercial, ley 26.994).

Esta peculiaridad demuestra que en este campo media un amplio margen de actuación de los jueces y que, además, determinar los parámetros o límites de lo razonablemente admisible en una decisión judicial es una ardua tarea.

En este contexto, se podrá apreciar la tensión entre los diversos modelos relativos a la función judicial. Por un lado, aquellos ¿quiénes? que no son conscientes de su cometido institucional o bien porque -por motivos ideológicos o de otra índole- esconden los verdaderos fundamentos del fallo y, por otro, aquellos que mediante argumentos pretenden reflejar (reflejar o expresar o mostrar) las razones que sustentan, verdaderamente, sus fallos.

Respecto de este último modelo, se advierte cómo se ha ido perfilando la consagración de un conjunto de exigencias que darían cuenta de la responsabilidad del oficio que han asumido y la conciencia de la necesidad de legitimación, puesto que hacen posible un contralor adecuado de su tarea decisoria, tanto para los litigantes como para la sociedad en general, a través de una decisión adoptada que resulta justificada y fundada en el marco del ordenamiento jurídico vigente, en la medida en que sus valoraciones y estándares de juicio son coherentes a dicho ordenamiento, o bien mostrando que el fallo no ha sido producto de la arbitrariedad, sino conforme con el afianzamiento de la justicia.

A lo anterior se añade -desde una perspectiva política- que en la mayoría de los sistemas

¹³¹ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984 y ed. Astrea, Buenos Aires, reimp., pp. 49-55 y 57-72. Nino critica y desecha de plano el pensamiento de muchos autores que adoptan una epistemología racionalista, la que conduce a un escepticismo o relativismo ético, tal como ocurre con Hans Kelsen cuando expone sus ideas en su conocida conferencia "¿Qué es la justicia?" o con otros juristas como Aulis Aarnio y Norbert Hoerster.

¹³² Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 267.

jurídicos continentales-europeos y latinoamericanos que siguen esta tradición los magistrados no son nombrados directamente por el pueblo, sino por medio de sus representantes (Poder Ejecutivo con acuerdo del Poder Legislativo), a través de mecanismos de selección como es, nuestro país, el Consejo de la Magistratura (art. 99 inc. 4, Constitución Nacional), por lo que la necesidad de legitimación se presenta como más acentuada y necesaria. Esto es aún más necesario en una sociedad pluralista en la que valores y principios heterogéneos deben ser integrados¹³³.

¹³³ Kriele, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, tr. Eugenio Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1982; ídem, *Liberación e ilustración: defensa de los derechos humanos*, Herder, Barcelona, 1982; ídem, *Theorie der Rechtstrennung entwickelt am Problem der Versfassungsstaat: Juristenzeitung*, 1989. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995. Robles Morchón, Gregorio, *Epistemología y Derecho*, Pirámide, Madrid, 1982. Beneyto, José M., “Interpretación constitucional y legitimidad democrática en la obra de Martín Kriele”, *Revista de Derecho Político*, n. 17, 1983, p. 153-175. Rivera, Julio C. y Crovi, Luis D., *Derecho Civil. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, pp. 30-33.

II. EXPOSICIÓN DEL TEMA

A) Argumentación jurídica.

Los problemas advertidos en la epistemología jurídica contemporánea (§ I.B, I.C.1 y I.C.2) no han conducido a la búsqueda de alguna teoría cuyo método o metodología jurídica permita justificar razonablemente las decisiones judiciales, particularmente cuando se trata de cuestiones o de materias donde campea la discrecionalidad, tal como ocurre con las sentencias de daños y su cuantificación.

He elegido a la argumentación jurídica como la herramienta teórica que nos posibilita cumplir con tal cometido.

Las teorías de la argumentación jurídica (empleo el plural porque existen muchas y difieren entre sí en aspectos importantes¹³⁴) presentan un aporte fundamental a la faceta metodológica del razonamiento jurídico en general, al enfoque más integral del derecho (como concepción jurídica) y, especialmente, a la forma en que pueden encararse los distintos problemas, así como las respuestas que a través de sus propuestas se pueden brindar (quizás más satisfactorias desde la perspectiva de la justificación y legitimación). Asimismo, pueden realizar importantes aportes a los elementos o conceptos jurídicos fundamentales (metalenguaje) para comprender mejor el saber jurídico y su práctica social.

En lo que atañe a la función jurisdiccional y a su aspecto procesal, se puede decir que las teorías de la argumentación jurídica se erigen como un patrón de análisis y crítica de las decisiones judiciales (sentencias) que trascienden su ámbito propio para replicarse en otras áreas de la praxis jurídica, e, incluso más, en la posible nueva elaboración de una concepción del derecho¹³⁵.

A continuación expondré los aspectos generales de estas teorías, partiendo de sus nociones básicas, sus antecedentes históricos, concepciones y metodología fundamental, para luego abordar el desarrollo teórico de uno de sus autores más importantes, el del profesor Manuel Atienza.

Vale la pena precisar que la teoría de la argumentación ha llegado a un punto de desarrollo tal en que cuenta con una *parte general* y otra *especial*, de forma análoga a la que presentan algunas disciplinas “dogmáticas” como el derecho civil o el derecho penal.

La parte general está destinada a esclarecer la noción de argumentación, diferenciándose entre “concepto” y “concepciones”, vale decir, entre un concepto común de argumentación, conformado por las características que se hallan presentes en toda argumentación (es decir, los elementos lógicos, los psicólogos, los lingüistas, los juristas o la gente común y corriente), y ese concepto, a su vez, permite diversas concepciones, diversas interpretaciones. Así, los razonamientos son siempre relativos a un

¹³⁴ Cfr. Grajales y Negri, *Argumentación jurídica*, op. cit., p. 356 y ss., § 40 y ss.; idem, *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

¹³⁵ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 21-22 y 28-31. Se puede señalar que para esta nueva concepción toda valoración que el juez efectúe y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos, buenas razones, y como estos argumentos han de ser válidos, completos y pertinentes, y, además, deben ser convincentes o razonables para cualquier interlocutor imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica, podemos avizorar que esta nueva concepción va más allá de una mera “actitud crítica” y no necesariamente se inserta en una teoría o fondo pragmático (Atienza).

lenguaje; presuponen algún problema, alguna cuestión para la cual el razonamiento sirve como respuesta; pueden verse como una actividad (la actividad de razonar) o como el resultado de la misma; y permiten ser evaluados según diversos criterios. Pero esos mismos elementos pueden interpretarse de maneras distintas, lo cual permite hablar de diversas concepciones o enfoques del razonamiento: formal, material o pragmático (retórico o dialéctico). Lo peculiar, si se quiere, del razonamiento jurídico es que en el mismo deben considerarse las tres perspectivas, aunque alguna de ellas pueda ser predominante, según el campo del derecho, la institución jurídica o el tipo de operador (jueces, abogados, etc.) que se tome en consideración¹³⁶.

La parte especial, por su parte, se dirige a los aspectos prácticos de la argumentación. Básicamente responde a tres cuestiones básicas: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar¹³⁷.

1. Problemas de la expresión “argumentación jurídica”.

Determinar los alcances de la expresión “argumentación jurídica” no es una tarea sencilla: por el contrario, constituye una labor ardua, ya que coexisten muchas –y distintas- acepciones y connotaciones de ella.

A continuación, antes de proponer una definición, señalaremos las principales dificultades que conlleva el término.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que –para referirse a la argumentación jurídica- los mismos juristas emplean diferentes locuciones indistintamente: demostración jurídica, discurso jurídico, fundamentación jurídica, justificación jurídica, metodología jurídica, prueba jurídica, raciocinio jurídico, razonamiento jurídico, silogismo jurídico, valoración jurídica, etc. Consecuentemente, se dificulta la determinación de su significado central o principal¹³⁸.

El adjetivo “jurídica” alude a una especie dentro del género a la cual pertenece, la argumentación en general. Ello potencia la vaguedad y ambigüedad de la expresión, ya que requiere que se expliciten en qué consiste esa especificidad: al alcance de lo “jurídico” es de por sí controvertido¹³⁹.

Por otro lado, el estudio de la argumentación se relaciona con otras disciplinas como la comunicación, dialéctica, la gramática, la lógica, la metodología, la psicología, la retórica y la tópica, tanto por los elementos que comparten como por las finalidades que persiguen. Esto trae aparejados los problemas característicos de todas las asignaturas multidisciplinarias (v.gr., la diversidad de enfoques, etc.)¹⁸⁹.

Además, la argumentación pretende asumir y erigirse como una nueva o renovada “perspectiva” del derecho, complementaria de las tradicionales visiones estructuralista (normativismo), funcionalista (realismo, sociologismo) y valorativista (iusnaturalismo, postpositivismo).

¹³⁶ Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 108-111.

¹³⁷ Atienza, *Filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 111.

¹³⁸ Puy Muñoz, “La expresión ‘argumentación jurídica’ y sinónimas. Un análisis tópico”, op. cit., pp. 94-96.

¹³⁹ El adjetivo *jurídico* trae consigo los de sus análogos *judicial*, *justo*, *forense*, *legal*, *dogmático*, etc. (Puy Muñoz, “La expresión...”, op. cit., p. 96).

¹⁸⁹ Vega Reñón, Luis, *Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*, Palestra, Lima, 2015, pp. 15-16. Marafioti, *Los patrones de la argumentación*, op. cit., p. 13. Maino, Carlos A. G., “La argumentación como camino para la búsqueda y conocimiento de la verdad en la historia de Occidente y en nuestros días”, en Puy Muñoz y Portela, *Argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, op. cit., pp. 60-61.

Por último, a lo anterior debe añadirse que, en el nuevo contexto socio-político (Estado de Derecho constitucional y democrático) y cultural (la era digital, la globalización, el multiculturalismo), la argumentación parece también constituirse en la teoría más idónea para la concepción del derecho todavía en ciernes- de nuestro tiempo (el “neoconstitucionalismo” al que hemos hecho referencia en nuestra Introducción) y, como tal, en la teoría “rival” de las metodologías propuestas por las teorías del siglo XX (v.gr., la teoría pura del derecho, la teoría analítica de Hart, la teoría funcional de Bobbio, entre otras, del iuspositivismo), que -como veremos seguidamente y también hemos adelantado en la Introducción- se muestran insuficientes para explicar la realidad argumentativa de la experiencia jurídica¹⁴⁰.

No puede dejar de mencionarse que si bien se considera que no hay una definición de argumentación jurídica aceptada por todos existe –se dice- un “cuasi consenso” en cuanto a la importancia de la persuasión en dicha praxis¹⁴¹.

2. Concepto de argumentación.

Etimológicamente, la palabra *argumentación* proviene del latín y el verbo *argūo, is, ui, utum, ere*: significa indicar, demostrar o convencer. *Argumentar* es un derivado de *argūo* que dio lugar, posteriormente, a *argumento* y a otras voces similares (v.gr., convencer).

El diccionario de la Real Academia española nos dice que la *argumentación* es la “acción de argumentar” y *argumentar* consiste en argüir, en aducir, alegar o proponer argumentos para sacar en claro o para descubrir o probar algo. *Argumento* es el razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o se niega.

Históricamente, el concepto de argumentación se remonta a la aparición de las técnicas discursivas de la búsqueda o transmisión de la verdad (analítica, dialéctica y retórica) en el pensamiento griego clásico¹⁴². El ámbito del pensamiento analítico o demostrativo era el discurso epistémico y el de la enseñanza de la ciencia; el ámbito del razonamiento dialéctico era el de lo verosímil, el de la opinión (*doxa*), y el ámbito de la retórica también tenía lugar en lo verosímil u opinable, pero a diferencia de la dialéctica,

¹⁴⁰ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 19-31 y 107-108.

¹⁴¹ Guibourg, “Hacia la evolución de la práctica jurídica”, en Ghirardi, Olsen A., *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, p. 221. Puy Muñoz, Francisco, “La expresión ‘argumentación jurídica’ y sinónimas. Un análisis tópico”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge G., *Argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, Buenos Aires y Santiago de Compostela, 2004, pp. 129-130. Guibourg considera que la falta de consenso en orden a la definición de la argumentación debe ser superado por la ciencia dogmática y la técnica informática, en tanto que Puy Muñoz considera que debe serlo por la argumentación retórica.

La argumentación –como forma de persuasión- acompaña al hombre desde sus orígenes (v.gr., el relato del Génesis cuando la serpiente seduce a Eva para que coma del fruto del árbol prohibido y luego Eva persuadió a Adán de lo mismo; Génesis, 3, 1-6). Marafioti, Roberto, *Los patrones de la argumentación. La argumentación en los clásicos y en el siglo XXI*, Biblos, Buenos Aires, 2003, p. 21.

¹⁴² Marafioti, *Los patrones de la argumentación*, op. cit., pp. 12 y 35-39. Maino, “La argumentación como camino para la búsqueda...”, op. cit., pp. 83 y 90-91. A pesar de las diferencias institucionales y de la modalidad interlocutiva, la retórica, la dialéctica y la ciencia (analítica) pertenecen a un género común. Para la concepción aristotélica, las tres técnicas mencionadas se las pueda considerar como “técnicas discursivas de la verdad” (Wolf, Francis, “*Trois techniques de vérité dans la Grèce classique. Aristote et l’argumentation*”, en Hermes 15, *Argumentation et Rhétorique*, Paris, 1995, pp. 41-71). La finalidad y el sentido de estas verdades no son las mismas en cada caso y la inscripción de estas tres técnicas en diferentes instituciones funciona cada una según sus propias normas. Sin embargo, todas descansan sobre el mismo “régimen de verdad”: aquél donde todos pueden acceder a la palabra a partir de pautas que se establecen en cada institución y que operan dentro de un régimen que, en términos generales, se pueden nombrar como *régimen democrático* (Marafioti, op. cit., pp. 35-36).

Toulmin, por su parte, entiende que la argumentación es una actividad *comunitaria*, en la medida en que permite que una comunidad avance como tal en el ámbito científico, filosófico, jurídico y político (cfr. Maino, “La argumentación como camino para la búsqueda...”, op. cit., p. 88).

no era una técnica del pensamiento dirigida a *convencer*, sino que era el arte de encontrar los medios para *persuadir*¹⁴³.

En la actualidad, a diferencia de lo ocurrido en el mundo helénico, la argumentación es considerada -de forma general y provisional- como una actividad relativa a la razón que parte de algo verosímil, que se desarrolla en un diálogo o discurso y que se orienta a la verdad¹⁴⁴. Se trata de una noción amplia pero que contiene sus elementos principales: la razón (el sujeto), la cuestión verosímil (el objeto sobre el cual recae la actividad de la razón), el discurso (el ámbito circunstancial dentro del cual se despliegan los elementos subjetivo y objetivo) y el fin (la búsqueda o la pretensión de verdad, aunque no llegue a obtenerla).

Además, la argumentación se presenta como una *expresión del razonamiento* y, por ende, asociada a la comunicación¹⁴⁵, por lo que presupone la existencia del lenguaje y de la racionalidad en cuanto se manifiesta a través de argumentos, juicios, motivos o razones, que tienden a la verdad mediante el uso de distintas técnicas discursivas, que parten de lo verosímil¹⁴⁶.

En un sentido amplio, se dice pues que la argumentación es una manera de dar cuenta y razón de algo o de alguien en el curso de una conversación, o ante alguien (un auditorio, un jurado, un lector), en determinados marcos y contextos de discurso más o menos institucionalizados¹⁴⁷, en torno a una cuestión debatible o debatida, con el fin de lograr su comprensión y ganar su asentimiento¹⁴⁸.

¹⁴³ Perelman y Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación*, op. cit., pp. 65-71. La *convicción* –dicen Perelman y Olbrechts- opera sobre la inteligencia y tiene vocación universal, la *persuasión* opera sobre la voluntad y tiene vocación particular. La retórica no se orienta a dar orden al discursar del pensamiento en el marco dialógico, sino en nociones tales como la de orador, auditorio, género, discurso, etc., a fin de lograr la adhesión del interlocutor. Los griegos inventaron tres técnicas de verdad porque quizá hay sólo tres modos de argumentación autónomos y legítimos. Uno, la demostración que corresponde a la esfera de transmisión ideal de los conocimientos desde la ciencia. Otro, el modo dialéctico que corresponde a la esfera de las convicciones personales y a las reglas ideales del debate de ideas. El tercero, el modo retórico, que corresponde a la esfera del espacio público y a las reglas que permiten compartir las verdades sociales y el debate jurídico o político (Marafioti, *Los patrones de la argumentación*, op. cit., pp. 12-13)

¹⁴⁴ Sócrates, al enfrentarse contra los sofistas, sostiene la idea de que la argumentación no puede versar sino sobre lo verdadero (Campagna, María C. y Lazzeretti, Adriana, *Lógica, Argumentación y Retórica*, Biblos, Buenos Aires, 1998, p. 129). Los sofistas no creen en la posibilidad de alcanzar la verdad y utilizan la argumentación desde el relativismo (u escepticismo) y la propia conveniencia. El método seguido por Sócrates era muy parecido al de los sofistas, era el de la refutación, pero él lo empleaba en función de la verdad (Montejano, Bernardino, *Curso de derecho natural*, Lexis-Nexis y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 51 y ss.). Georgias y Protágoras fueron los sofistas más reconocidos, quienes desarrollaron el arte de la oratoria con fines persuasivos. Ambos sostenían la imposibilidad del conocimiento humano para conseguir la verdad. Todo conocimiento es relativo y está condicionado por la actividad humana (Barthes, Roland, *Investigaciones retóricas I. La antigua retórica*, traducción de Beatriz Dorriots, Ediciones Buenos Aires, Barcelona, 1982, p. 13 y ss. Marafioti, *Los patrones de la argumentación*, op. cit., p. 24).

Al respecto, cabe traer a colación -conforme fuera señalado por Julián Marías- los sentidos primariamente adscritos a las palabras que significan “verdad” en las tres lenguas que han influido más enérgicamente en la formación de la mente occidental, es decir, en griego, latín y hebreo, las que permiten abordar el significado de este término en tres sentidos: la *aletheia* griega, como *descubrimiento* de lo que no es manifiesto; la *veritas* latina, como lo que es *exacto y fiel* y que se expone con objetividad y el *emunah* (de amén) hebreo, como *confianza*, la voz remite a un cumplimiento, a algo que se espera y será (Marías, Julián, *Antropología metafísica. La estructura empírica de la vida humana*, Revista de Occidente, Madrid, 1970, pp. 17-21; ídem, *Introducción a la filosofía*, Revista de Occidente, Madrid, 1947, pp. 104-105).

¹⁴⁵ Vega Reñón, Luis, *Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*, Palestra, Lima, 2015, p. 13 y ss.

¹⁴⁶ En Aristóteles, lo verosímil puede también conducir a la verdad, puesto que es lo que tiene mayor probabilidad de estar de acuerdo con ella: su planteo es objetivo y no subjetivo. Verosímil, dice en los Tópicos, es lo que parece tal, ya a todos los hombres, ya a la mayoría, ya a los sabios, y entre los sabios, ya a todos, ya a la mayor parte, ya a los más ilustres y dignos de crédito (cfr. Maino, “La argumentación como camino para la búsqueda...”, op. cit., p. 65).

¹⁴⁷ Como dice Marafioti, no hay argumentación pura, es decir, argumentación fuera de un marco social y de condiciones reglamentadas de interlocución. Las instituciones son también un soporte de la argumentación porque ésta las legitiman y las cobijan (*Los patrones de la argumentación*, op. cit., p. 12).

¹⁴⁸ Vega Reñón, Luis, *Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*, Palestra, Lima, 2015, p. 9 y 13-15. Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 2006 (2001), p. 256. Se trata, pues, de una explicación, aclaración o iluminación acerca de una determinada cuestión o problema que formula un individuo y que se dirige a otro, quien no la comprende o no la comparte, a fin de convencerlo.

En lo que hace a sus aspectos relacionados con el lenguaje y la lógica la argumentación es el mecanismo a partir del cual creemos en lo que se nos dice *porque ha sido dicho* y, sobre todo, *por cómo se ha dicho*, desplegando estrategias específicas¹⁴⁹.

En sentido específico, referido o aplicado a lo jurídico y desde una postura tópica, se puede afirmar que la argumentación jurídica es un discurso por el que un jurista que ve claramente que una cosa es el derecho de una persona, ilumina esa realidad a otra u otras personas que no la ven en absoluto, o no la ven de una forma clara y precisa, y las convence de que actúen respetándolo¹⁵⁰.

Se pone de relieve que la argumentación surge a causa de *problemas* o *cuestiones* (teóricas o prácticas, abstractas o concretas, reales o hipotéticas) para las que hay que encontrar soluciones, respuestas, que -según el caso- tendrán que tener también naturaleza teórica, práctica, etc. Empero, se advierte que no cabe identificar sin más la argumentación con la resolución de problemas: la resolución de un problema puede no ser argumentativa. Asimismo, la argumentación o los argumentos se vinculan con las *decisiones*, aunque no siempre media esta clase de acciones, ya que aquella puede tener lugar en contextos en los que propiamente no hay decisiones, pero en los que se tiene que formar una opinión o una creencia sobre un problema o una cuestión¹⁵¹.

Más allá de esta última salvedad, lo cierto es que si la argumentación es esencial en el derecho es porque se la considera como un mecanismo muy complejo de toma de decisiones (por parte de los legisladores, los jueces, los abogados, los juristas de la administración, los dogmáticos del derecho o los ciudadanos que viven bajo un sistema jurídico) y de razones que las acompañan. En el derecho hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones se adopten sin fundamentos o razones que las justifiquen¹⁵².

Además de estas vinculaciones –preliminares- con los problemas y las decisiones jurídicas en general, Manuel Atienza considera que la argumentación es una *noción básica* y, como tal, es un *concepto complejo* como ocurre en cualquier disciplina.

Su complejidad estaría dada por los siguientes motivos: 1) porque se la usa de manera equívoca¹⁵³; 2) porque es susceptible de asignarle distintos significados con diferentes jerarquías (uno propio o estricto y otros derivados o aproximados)¹⁵⁴; 3) porque posee alguna forma particularmente compleja de ambigüedad, de manera que no es fácil identificar una propiedad o un conjunto de propiedades que

¹⁴⁹ Marafioti, *Los patrones de la argumentación*, op. cit., p. 91.

¹⁵⁰ Puy Muñoz, “La expresión ‘argumentación jurídica’ y sinónimas. Un análisis tópico”, op. cit., pp. 99 y 128/129.

¹⁵¹ Atienza, *El derecho como argumentación*, op. cit., pp. 61-67. Bandieri dice que el conflicto es el dato primario y permanente a partir del cual el saber jurídico puede comenzar su reflexión, puesto que él arranca otra serie de fenómenos, ya propiamente jurídicos, entre ellos, especialmente, los que tienden a su gestión y composición (Bandieri, Luis M., “Argumentación y composición de conflictos”, en Puy Muñoz y Portela, *Argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, op. cit., p. 32). Considera que el conflicto es un fenómeno prejurídico básico, que lo hace objeto inmediato del laboreo del jurista y que debe ser abordado como una práctica artística (op. cit., pp. 4547 y 54-55). De allí su definición de derecho como el “arte de combinar conocimientos, habilidades y destrezas para gestionar y componer conflictos interpersonales, por medio de la búsqueda de lo justo, mediante la confrontación argumentativa tópico-retórica, en cualquier foro” (p. 53).

¹⁵² Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., pp. 61-67.

¹⁵³ La misma expresión es usada con significados que nada o casi nada tienen que ver entre sí. La tarea de aclarar el concepto consistirá entonces simplemente en mostrar esa pluralidad de significados.

¹⁵⁴ Resultaría posible asignar un significado propio o estricto de la argumentación (sin necesidad de incurrir en el esencialismo lingüístico) y luego establecer los significados derivados o aproximativos: la argumentación o los argumentos compartirían algunos de los rasgos pero no todos de la argumentación o argumentos genuinos. El problema de seguir este proceder, explica Atienza, consiste en que no se avizora la razón por la que se puede privilegiar uno de entre los diversos significados de argumentar, y que aunque alguna razón para actuar así, tendríamos que dar cuenta de cómo se vinculan entre sí todos esos significados.

convengan a todos los supuestos para los que se emplea el concepto¹⁵⁵, y 4) porque puede encuadrarse en la categoría de conceptos esencialmente controvertidos o impugnados (Gallie)¹⁵⁶.

Para sortear estas dificultades, Atienza considera que la vía más provechosa es recurrir a la distinción entre “concepto” y “concepción”²⁰⁷.

El “concepto” argumentación, desde una perspectiva muy abstracta, tiene cuatro elementos comunes: 1) es siempre una acción relativa a un lenguaje; 2) presupone un problema o cuestión; 3) presenta dos características: puede considerarse como un proceso o actividad y como el producto o resultado de ese proceso o actividad, y 4) es una actividad racional porque está dirigida a un fin y porque hay criterios para evaluar una buena o mala argumentación.

Por otro lado, en cuanto a las “concepciones” o formas de contemplar la argumentación o *dimensiones* de la argumentación, las mismas se basan en que los anteriores elementos -presentes en cualquier tipo de argumentación- pueden interpretarse de diversas maneras, enfatizando unos en lugar de otros. Ello implica la existencia de tres formas distintas de entender la argumentación: la concepción formal, la material y la pragmática, pudiendo hacerse dentro de esta última una subdivisión entre la dialéctica y la retórica. Dejaremos para más adelante el desarrollo de las concepciones de la argumentación (§ 24.a)¹⁵⁷.

3. Concepción del “derecho (mismo) como argumentación”.

Para Atienza, la argumentación es un elemento importante de la experiencia jurídica por cuanto se halla presente en las diferentes actividades del derecho: la aplicación, interpretación y producción, y en los distintos oficios del jurista: abogado, juez, legislador, etc., y porque la perspectiva de la argumentación permite entender, con mayor profundidad y exactitud muchos aspectos del derecho y de su teoría, brindando instrumentos idóneos para operar con sentido en el derecho, particularmente, en los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales¹⁵⁸.

De ahí que la argumentación jurídica desempeñe una función que va más allá de una mera práctica profesional, puesto que la misma puede ser concebida como una nueva “concepción del derecho”, cuyo trasfondo sería el pragmatismo jurídico.

El profesor español considera que una concepción del derecho debe dar respuesta a una serie, más o menos articulada, de cuestiones básicas en relación con el derecho, a saber: 1) cuáles son sus componentes básicos; 2) qué se entiende por derecho válido y cómo se trazan los límites entre el derecho y el no derecho; 3) qué relación guarda el derecho con la moral y con el poder; 4) qué funciones cumple el derecho, qué objetivos y valores deben —o pueden— alcanzarse con él; 5) cómo puede conocerse el

¹⁵⁵ El profesor de Alicante considera que, estrictamente, no se da esta situación porque todas las acepciones tienen las mismas características, pertenecen a la misma clase definida por una conjunción de propiedades esenciales o definitorias.

¹⁵⁶ Empero, según Atienza, no parece que el concepto de argumentación responda a ese patrón o, por lo menos, no del todo. Argumentar no tiene la carga valorativa que uno puede encontrar en democracia o justicia social. No existe una disputa a la que sea imposible poner fin.

²⁰⁷ Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., pp. 67-72. La distinción entre “concepto” y “concepción” fue pergeñada por Ronald Dworkin en sus obras “Los derechos en serio” (*Taking Rights Seriously*, 1977) y “El imperio de la ley” (*Law's Empire*, 1986); el concepto alude al significado teórico y general de un término, la concepción hace referencia a la forma de llevar a la práctica un concepto (v.gr., el concepto de “derechos humanos”, cfr. Pérez Luño, Antonio E., “Concepto y concepción de los derechos humanos”, en *Doxa*, n. 4, 1987, p. 47).

¹⁵⁷ Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., pp. 72-76 y 76-79; ídem, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 109-110.

¹⁵⁸ Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., pp. 11-15.

derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; 6) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho; y algunas otras más¹⁵⁹.

La argumentación, como concepción del derecho, procuraría contemplar el fenómeno jurídico de una forma diferente a la perspectiva *estructural*, que dio lugar a las diversas formas de normativismo¹⁶⁰; a la perspectiva *funcional*, que ve el derecho como una realidad social, como comportamiento humano (de los jueces y, en general, de los operadores jurídicos), y que se corresponde con las posturas sociológicas, realistas; y a la perspectiva *valorativa* que se dirige a mostrar lo que debería ser el derecho, cuáles son los requisitos del derecho justo. Atienza considera que ninguna de estas concepciones ha incorporado una teoría satisfactoria de la dimensión *argumentativa* del derecho. Es más, ninguna parecería haber tenido un reflejo claro en la práctica jurídica, es decir, un grado de articulación interno en las actividades jurídicas especializadas (cultura jurídica interna)¹⁶¹.

El enfoque argumentativo pretende ver el derecho como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata, pues, de una visión instrumental, pragmática y dinámica del derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el derecho -aunque no únicamente- como argumentación. Atienza considera que en este último enfoque se parte de que nuestras sociedades democráticas tienen que hacer frente a una serie de problemas, de conflictos sociales e individuales, que exigen el uso de instrumentos jurídicos que permitan guiar y dar sentido a su actividad¹⁶².

Se sostiene que la intervención del derecho en el conflicto social mediante la instancia legislativa suele ser insuficiente, incluso en los casos en los que el contenido se considera legitimado, pues pueden surgir dudas al aplicar las normas a los casos concretos. Por otra parte, la complejidad del derecho de nuestras sociedades hace necesario tener que recurrir a especialistas, a expertos en derecho, que de alguna manera auxilian a los productores y a los aplicadores en la labor de argumentar, proponer razonadamente el establecimiento de nuevas normas, la supresión de otras.

Y la aplicación del derecho exige, entre otras cuestiones, la ayuda de abogados, los cuales desempeñan una tarea que, en su núcleo, consiste en argumentar: para persuadir al juez, para aconsejar a un cliente, o para realizar un acuerdo negociado con el abogado de la otra parte¹⁶³.

Los factores que explican este nuevo enfoque del derecho son múltiples. Atienza señala, entre otros, los de naturaleza teórica (el descuido por parte de las concepciones del derecho más características del siglo XX, que no se preocuparon de la dimensión argumentativa del derecho, ciñéndose únicamente a la dimensión “estructural”) y los de orden práctico (que descuidaron la visión del derecho considerado como una práctica o *praxis*: la de argumentar). También apunta cuestiones de naturaleza política: el cambio en los sistemas jurídicos producido por el paso del “Estado legislativo” al “Estado constitucional” (es

¹⁵⁹ Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., pp. 19-20; ídem, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 21.

¹⁶⁰ El positivismo normativista considera al derecho como un conjunto de normas creadas o modificadas mediante actos humanos e identificables mediante criterios ajenos a la moral o a la política. La versión más radical es la de Kelsen, que considera al derecho como un conjunto de normas coactivas.

¹⁶¹ Friedman, Lawrence M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975, p. 223 (en italiano, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, tr. Giovanni Tarello, 2ª ed., Il Mulino, Bologna, 1987). Tarello, Giovanni, *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 24. La noción de “cultura jurídica” se ha desarrollado como herramienta conceptual para la comprensión del derecho como fenómeno social, esto es, como proceso actualmente operante en el interior de la sociedad. Dentro de cultura jurídica, se entiende el derecho como un fenómeno cultural, no como un conjunto de prescripciones o reglas de conducta particulares. El derecho es un conjunto de creencias y presupuestos acerca de la forma y carácter de cada comunidad en particular. Éste opera como marco de significación desde el que interpretar nuestro mundo social y a nosotros mismos dentro de él.

¹⁶² Atienza, *El sentido del derecho*, op. cit., pp. 251-252; ídem, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 12-13, 19 y ss.

¹⁶³ Atienza, *El sentido del derecho*, op. cit., pp. 252-254.

decir, la distribución formal del poder entre los diversos órganos del Estado, los derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, interpretación y aplicación del derecho y los mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes) y el pluralismo jurídico (la tendencia a borrar los límites entre el derecho formal y otros procedimientos de resolución de conflictos, como la conciliación, la mediación, la negociación, etc.). Indica asimismo aspectos de carácter pedagógico (la enseñanza del derecho tiende a ser más “práctica” -operativa- que teórica, es decir, está más volcada al manejo del material jurídico mediante el desarrollo de cualidades que a la transmisión de contenidos) y, finalmente, de orden democrático (las sociedades occidentales han perdido la legitimidad basada en la sola autoridad y tradición, exigiéndose ahora que brinden explicaciones, “razones”, de su accionar, a la par que también presupone a ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y decisiones de la vida en común)¹⁶⁴.

Como toda esta problemática no resulta fácil de ordenar y dirigir, se hizo necesario contar con una *teoría del derecho* capaz de ofrecer una visión de conjunto de todo este complejo panorama (por ej., aclarar qué es argumentar; en qué consiste justificar una decisión; cómo pueden evaluarse los argumentos; etc.). La filosofía del derecho, desde esta perspectiva, dio nacimiento a mediados del siglo XX a las llamadas “teorías de la argumentación jurídica”.

Estas teorías constituyen un conjunto de construcciones epistemológicas orientadas al estudio del razonamiento jurídico en general y del judicial en particular (el lenguaje, la lógica, la axiología, lo fáctico), brindándole una mayor interrelación y consistencia, que revalorizan el estudio de las prácticas sociales (la dialéctica, la retórica, la dialéctica), a fin de dar una descripción y prescripción, fundada y sistemática, de correctas y razonables decisiones jurídicas.

4. Origen y evolución histórica de la argumentación jurídica.

En la historia de la humanidad, la argumentación tuvo lugar en la antigüedad griega y romana, incluyendo su aplicación en el ámbito jurídico (Aristóteles, Cicerón). Sin embargo, su resurgimiento más reciente y su elaboración teórica más acabada comenzó a mediados del siglo XX con la aparición de diferentes obras dedicadas a esclarecer la forma del razonamiento jurídico y los tipos de argumentos empleados en el ámbito del derecho, tal como es el caso de la “tópica” de Theodor Viehweg¹⁶⁵ y Edward Levi¹⁶⁶; la “nueva retórica” de Chaïm Perelman¹⁶⁷; el “logos de la razonable” de Luis Recaséns Siches¹⁶⁸; la “lógica operativa” de Stephen Toulmin¹⁶⁹; la “lógica de la controversia” de Alessandro Giuliani¹⁷⁰; la

¹⁶⁴ Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., pp. 15-19. Cfr. también Douglas Price, Jorge E., *La decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 372 y ss.; particularmente, pp. 392-420.

¹⁶⁵ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit.; ídem, *Tópica y filosofía del derecho*, op. cit.

¹⁶⁶ Levi, Edward H., *And introduction to legal reasoning*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1949/1992.

¹⁶⁷ Perelman, y Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, op. cit. Perelman, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, op. cit.; ídem, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit.

¹⁶⁸ Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956; ídem, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª ed., Porrúa, México, 2008.

¹⁶⁹ Toulmin, Stephen E., *The uses of argument*, first edition, Cambridge University Press, 1958; Update Edition, University of Southern California, Cambridge University Press, New York, 2003 y su traducción al castellano “Los usos de la argumentación” de María Morrás y Victoria Pineda, Península, Barcelona, 2007). Toulmin, Stephen E.; Rieke, Richard D. y Janik, Allan, *An introduction to Reasoning*, Macmillan, New York, 1984.

¹⁷⁰ Giuliani, Alessandro, “Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)”, *Enciclopedia del diritto*, v. XXV, Milano, 1975, pp. 13-23; ídem, “Il campo dell'argomentazione. Su di un recente volumen di Ch. Perelman”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1972; ídem, “La filosofía retórica de Vico y la nueva retórica”, tr. José M. Servilla, en Cuadernos sobre Vico 11-12 (1999-2000).

“dialéctica” de Michel Villey¹⁷¹, entre otros, en contraste con los trabajos dedicados a la aplicación de la lógica formal en el campo del derecho: la nueva lógica “matemática” y lógica “deóntica” o lógica de las normas (von Wright, Klug, Kalinowski, Becker, Weinberger, Alchourrón y Bulygin)¹⁷².

Empero, recién a partir de la década del 70’ del siglo pasado la expresión fue acuñada definitivamente por teorías específicas sobre la argumentación jurídica, llamadas “teorías estándares”, como la de Neil MacCormick y la de Robert Alexy¹⁷³, que muestran una construcción teórica más elaborada y sofisticada, y que luego son seguidas –criticadas y perfeccionadas– por importantes autores como Aleksander Peczenik, Aulis Aarnio y Manuel Atienza, entre otros, gracias a las contribuciones de Richard, Wasserstrom, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Robert Summers, Michele Taruffo y Joseph Raz¹⁷⁴.

Por eso suele hablarse de dos fases en el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica: la de los “precursores” y la de la elaboración de las “teorías estándares”¹⁷⁵.

En esta tesis se han revisado las teorías estándares y se ha dado prioridad, por su desarrollo y perfeccionamiento, a la teoría de Manuel Atienza, por ser la mejor disponible y por ser la más afín con nuestra cultura jurídica, principalmente por ser un pensador de raíz occidental romanista continental²²⁷.

El surgimiento de las teorías de la argumentación jurídica tuvo como rasgo común la pretensión de elaborar una idea que se opusiera a la lógica formal deductiva propia del pensamiento decimonónico legalista (logicismo). Así, se propusieron el “logos de lo razonable”; la “tópica”; la “nueva retórica”; la “dialéctica”.

Más adelante, con el desarrollo de las teorías estándares, la argumentación importó un esfuerzo por integrar dos conceptos que aparentemente se presentaban como opuestos: la noción “lógicoformal”, vinculada con la racionalidad formal (consistencia de las premisas, respecto de las reglas de inferencia en el pago de las premisas a la conclusión) y otra concepción ligada a lo que, en forma general, ha dado en llamarse “racionalidad práctica”¹⁷⁶; o, como expusiera en otros términos Jerzy Wróblewski, la justificación

¹⁷¹ Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, tr. Luis Horno Liria, Eunsa, Pamplona, 1981, t. 2, pp. 51-79; ídem, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, tr. Bernardino Montejano (h), Ghersi, Buenos Aires, 1978, pp. 74-113 y 115-125. Vigo, Rodolfo L., *Perspectivas inusuales contemporáneas*, 2ª ed., Lexis-Nexis y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 244-252.

¹⁷² Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*, tr. J. D. García Bacca, Universidad Central, Caracas, 1961. Von Wright, Georg Henrik, *Lógica Deóntica (Deontic Logic)*, Mind, v. 60, 1951, pp. 1-15), tr. Jesús Rodríguez Marín, Universidad de Valencia, Departamento de Lógica, 1979. Kalinowski, George (Jerzy), “*Théorie des propositions normatives*”, en *Studia lógica*, v. I, 1953, pp. 146-182; ídem, *Introducción a la lógica jurídica*, tr. J. Casaubón, Eudeba, Buenos Aires, 1973. Becker, Oskar, *Untersuchungen über den Modalkalkül*, Meisenheim am Glan, 1952 (cfr. crítica en Revista de Filosofía, Instituto de Filosofía “Luis Vives”, CSIC, Madrid, año XIII n. 48, enero-marzo 1954, pp. 196-197). Weinberger, Ota, *Die Sollsatproblematik in der modern logik*, Praha, 1958 (reimpreso en *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik*, Berlin, 1974, pp. 59-186); ídem, *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Springer-Science+Business Media Dordrecht, Stuttgart, 1991. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

¹⁷³ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*; MacCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, ambas publicadas en 1978.

¹⁷⁴ Cfr. Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, Universidad Autónoma de México, México, 2005, pp. 6-7. Atienza, *El derecho como argumentación*, pp. 14-15; ídem, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 30-31.

¹⁷⁵ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., pp. 10-11; ídem, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 30.

²²⁷ Cfr. Grajales – Negri, *Argumentación jurídica*, op. cit., p. 355 y ss., § 40 y ss.

¹⁷⁶ En el siglo pasado ha tenido lugar la denominada “rehabilitación de la razón práctica” como ámbito idóneo para resolver los problemas propios del derecho, acudiendo a nuevos modelos metodológicos como el propuesto por las teorías de la argumentación jurídica (cfr. Riedel, Manfred, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, 2 vols., Freiburg i. Br., 1972-1974. Volpi, Franco, “Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo”, tr. Alejandro G. Vigo, en Anuario Filosófico, 1999, n. 32, pp. 315-342; id., “La rinascita della filosofia pratica in Germania” en C. Pacchiani (ed.), *Filosofía pratica e scienza politica*, Abano-Padova, 1980, pp. 11-97. Pérez Luño, Enrique A. “Los clásicos españoles del derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica”, en Doxa, n. 12, 1992, pp. 313-323. García Huidobro, Joaquín, *Razón práctica y derecho natural*, Edeval, Valparaíso, 1993. Massini Correas, Carlos I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, UNAM, México, 2004, pp. 73-74.

interna –propia de la lógica formal- y la justificación externa –propia de la lógica informal o dialéctica- (ver § II.B.2)¹⁷⁷.

Con anterioridad a este movimiento contemporáneo de ideas, solamente existían obras dedicadas a la lógica tradicional -fruto de la tradición griega y romana, continuada por la escolástica- que conformaban parte de los estudios universitarios. Las expresiones que comúnmente se empleaban para distinguir la lógica general de la lógica aplicada específicamente al ámbito del derecho –lógica de los juristas- eran básicamente “retórica jurídica”, “razonamiento jurídico” o “discurso forense”, por las reminiscencias a las obras de Aristóteles y Marco Tulio Cicerón¹⁷⁸. Veamos pues el pensamiento y trabajos de estos autores en la época Antigua.

4.1) La argumentación en la Antigüedad. Aristóteles y Cicerón.

En la Grecia antigua era costumbre (hábito social) los debates públicos sobre diversas cuestiones, ya sea de orden político, social o moral, o bien de índole meramente especulativa o académica. Allí era común el empleo del uso de ciertas prácticas argumentativas como la dialéctica y, particularmente, la retórica. Los sofistas hicieron un uso amplio –y cuestionable- de la retórica¹⁷⁹.

Un lugar especial dentro del desarrollo de ideas sobre la lógica en general lo es el *corpus* aristotélico, donde se recogen todas las obras relativas a las distintas formas de desplegar el razonamiento lleva el nombre de “Órganon”¹⁸⁰, y comprende los siguientes trabajos: Categorías; De la interpretación; Primeros analíticos; Segundos analíticos; Tópicos y Refutaciones sofísticas¹⁸¹. Reale y Antiseri aclaran que “órganon” significa *instrumento*, y con ello se designa a la lógica en su conjunto y, posteriormente, al conjunto de escritos aristotélicos que versan sobre lógica; con ello, dicen los profesores italianos, se quiere proporcionar los instrumentos mentales necesarios para afrontar cualquier tipo de indagación¹⁸².

Por lo cual, la “lógica” alcanza a cualquier tipo de razonamiento que pretenda demostrar algo y, en general, que trate de probar. La lógica muestra cómo procede el pensamiento cuando piensa, cuál es la estructura del razonamiento, cuáles son sus elementos, cómo es posible proporcionar demostraciones, qué tipos y modos de demostraciones existen, sobre qué cosa versan y cuándo son posibles¹⁸³.

Estrictamente, Aristóteles no se refirió a la argumentación como tal, pero sí retórica y a la dialéctica como artes o técnicas (*technai*) relativas a los razonamientos que parten de premisas probables o verosímiles. Así pues, la retórica es definida como la facultad de conocer en cada caso aquello que puede persuadir (Retórica, 1355, b, 25). Se dice que la retórica consiste en “la sistematización y explicitación del

¹⁷⁷ Wróblewski, Jerzy, "Justificación de las decisiones jurídicas", en *Sentido y hecho en el derecho*, capítulo II, p. 39 y ss., publicado originalmente en *Revue internationale de philosophie*, 1979 y luego en *Meaning and Truth in Judicial Decision*, ed. A. Arnio, Helsinki, 1983, pp. 4970. Cfr. Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., pp. 67-68.

¹⁷⁸ Cfr. García Amado, Juan A., *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 43 y ss. Andruet, Armando S. (h), *Teoría general de la argumentación forense*, Alveroni, Córdoba, 2ª reimpresión, 2005, p. 23 y ss.

¹⁷⁹ Gómez Espelosin, Francisco J., *Historia de grecia antigua*, Akal, Madrid, 2001, p. 198 y ss.

¹⁸⁰ Cfr. Vigo, Alejandro G., *Aristóteles. Una introducción*, Instituto de Estudios de la sociedad, Santiago de Chile, 2007, p. 15. Este autor señala que el *Organon* se ocupa, en una parte (Primeros y Segundos Analíticos) de la teoría de las formas válidas de inferencia y de la teoría de la demostración científica, de modo que abordan temas centrales de la lógica formal moderna y de filosofía de la ciencia, y más delante de los términos y enunciados (Categorías) y de la argumentación dialéctica en la Tópica o bien de las formas más usuales de las falacias empleadas en la discusión sofística (p. 16).

¹⁸¹ Aristóteles, *Tratados de lógica: (órganon)*, Gredos, tr. Miguel Candel Sanmartín, Madrid, 1988.

¹⁸² Reale, Giovanni y Antiseri, Dario, *Historia el pensamiento filosófico y científico*, t. I, Herder, Barcelona, 1988, p. 190.

¹⁸³ Reale, Giovanni, *Introducción a Aristóteles*, Herder, Barcelona, 1985, p. 135.

conjunto de instrucciones o reglas que permiten la construcción de una clase de discursos que son codificados para influir persuasivamente en el receptor¹⁸⁴.

Desde esta perspectiva, el discurso retórico se compone de cuatro etapas (Retórica, 1415 a 1419), a saber: 1) el exordio, la parte del discurso jurídico que se da a conocer por adelantado sobre qué asunto va a versar la discusión o controversia; 2) la exposición, donde se narran los hechos, presentándolos como posibles; 3) la demostración o persuasión, la aplicación de la prueba al punto del litigio que corresponda (Aristóteles considera que la forma argumental común a todos los argumentos jurídicos es el entinema, es decir, un silogismo que parte de probabilidad y signos¹⁸⁵), y 4) el epílogo, que consiste en cuanto puntos: inclinar el auditorio a nuestro favor y en contra del adversario; amplificar lo favorable y minimizar lo adverso; excitar las pasiones del oyente, y hacer que lo recuerde.

La argumentación jurídica sería -para Aristóteles- la parte del discurso retórico llamada demostración o persuasión, en la que se aplican las pruebas que se tengan a los puntos litigiosos que correspondan¹⁸⁶.

El Estagirita también se refirió a la dialéctica como el método por el cual se puede formar toda clase de silogismos sobre todo género de cuestiones, partiendo de proposiciones simplemente probables¹⁸⁷. Etimológicamente, el término “dialéctica” alude a la idea de diálogo o discusión, y consiste el razonar acerca de aquello que se nos plantea como plausible. La dialéctica se diferencia del razonamiento demostrativo en que éste último parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas, es decir, las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas; en cambio, la dialéctica el razonamiento es construido a partir de cosas plausibles, que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados¹⁸⁸.

En suma, para el pensar griego existen distintos caminos para acceder al conocimiento y a la verdad. En el ámbito de lo apodíctico y necesario será el de los "Analíticos" (silogismos demostrativos) y en el ámbito de lo probable o verosímil será el de los "Tópicos" y de la "Retórica", que parte de argumentos aceptados por todos o por la mayoría.

En el caso de Cicerón también existen múltiples trabajos. Entre ellos *De inventione* (manual de oratoria); *De oratore* (acerca de la formación del orador); *Orator* (retrato del orador ideal); *Topica* (sobre los lugares comunes de los discursos) y *De officiis*, su trabajo más importante¹⁸⁹. Al igual que Quintiliano, para el orador romano la argumentación presenta importantes alteraciones de la formulación aristotélica; la argumentación jurídica pasa a ser la parte del discurso retórico llamada “confirmación”, que atribuye a la propia causa credibilidad, autoridad y fundamento, simplemente argumentando²⁴². El argumento es la razón que transforma en fidedigna una cosa dudosa (Cicerón, *Tópica*, 8)²⁴³.

Las alteraciones a la idea original de Aristóteles se siguieron luego con autores como Ulpiano, Isidoro de Sevilla, Tomás de Aquino, Alfonso el Sabio, etc.²⁴⁴

¹⁸⁴ Lausberg, Heinrich, *Manual de retórica literaria*, Gredos, Madrid, 1969, t. I, párrafos, 32-33.

¹⁸⁵ Aristóteles, *Retórica*, 1357, a, 23.

¹⁸⁶ Puy Muñoz, “La expresión ‘argumentación jurídica’ y sinónimas. Un análisis tópico”, op. cit., p. 102.

¹⁸⁷ Aristóteles, *Tópicos*, 105, b, 20.

¹⁸⁸ Aristóteles, *Retórica*, I 1354a 1-10. García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, op. cit., p. 44

¹⁸⁹ Cicerón, Marco Tulio, *Tópicos*, versión bilingüe, introducción, traducción y notas de Bulmaro Reyes Coria, UNAM, México, 2006; ídem, *Bruto: de los oradores ilustres*, UNAM, 2004; *De la partición oratoria*, UNAM, 2000; ídem, *El orador perfecto*, UNAM, 1999; ídem, *De la invención retórica*, UNAM, 1997.

4.2) La argumentación en la Modernidad.

En el siglo XVI tres pensadores cambiaron la manera de pensar de Occidente en general y sobre la retórica en particular: Francis Bacon (1561-1626), Galio Galilei (1564-1642) y Petrus Ramus (1515-1572).

El primero de ellos, Francis Bacon (canciller inglés), fue influenciado por el neoplatonismo agustiniano propio de su orden y desarrolló una teoría de la inducción contraria a la concepción aristotélica¹⁹⁰. En esta, el punto de partida es siempre particular y el punto de llegada también es particular. Frente al *Organon* de Aristóteles, escribió el *Novum Organum*, donde se dedica al método científico¹⁹¹.

Para Bacon el saber posee una finalidad social y pragmática, que somete la verdad a la utilidad: “lo que es más útil en la práctica es más verdadero en la ciencia”; “la verdadera y legítima meta de las ciencias es proveer a la vida humana de nuevos inventos y recursos”¹⁹². Las primeras piedras del empirismo puestas por Bacon terminarán coherentemente en el escepticismo de Hume.

¹⁹⁰ Cicerón, *De inventione*, 1.24.34.

¹⁹³ Puy Muñoz, “La expresión ‘argumentación jurídica’ y sinónimas. Un análisis tópico”, op. cit., p. 102. García Amado, Juan A., *Teorías de la tópica jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 65-67.

¹⁹⁴ Puy Muñoz, “La expresión ‘argumentación jurídica’ y sinónimas. Un análisis tópico”, op. cit., p. 104 y ss.

Galileo elabora, por su parte, un método similar a la dialéctica platónica, pero en vez de concluir en una hipótesis última y universal, su método concluye en una verificación experimental, por lo tanto particular²⁴⁸, aunque se presenta de forma más enriquecida²⁴⁹.

¹⁹⁰ ¿Qué hay que hacer para extraer y hacer surgir los axiomas de la experiencia? En opinión de Bacon, hay que seguir el camino de la inducción, pero de una «inducción legítima y verdadera, que constituye la clave misma de la interpretación», y no de la inducción aristotélica. Bacon nos dice que ésta no es más que una inducción por simple enumeración de casos particulares; «pasa muy velozmente por sobre la experiencia y los fenómenos particulares»; desde pocos hechos particulares —ajustándose a la equivocada tendencia de la mente a elevarse de inmediato hasta los principios más abstractos, partiendo de experiencias muy escasas— «constituye enseguida, desde el comienzo, conceptos tan generales como inútiles». La inducción de Aristóteles sobrevolaría los hechos, mientras que la propuesta por Bacon —una inducción por eliminación— estaría en condiciones de asir la naturaleza, la forma o la esencia de los fenómenos (Reale, Giovanni y Antiseri, Dario, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, tr. Juan A. Iglesias, Herder, Barcelona, 1995, t. II - Del humanismo a Kant, p. 300).

¹⁹¹ De acuerdo con el criterio de Bacon, dicen Reale y Antiseri, las ciencias de su época no son capaces de realizar nuevos hallazgos. Asimismo, «también la lógica tradicional —se afirma en el *Novum Organum*— es inútil para la investigación de las ciencias». Es inútil, y además perjudicial, porque no sirve más que para consolidar y transmitir los errores de la tradición. En efecto, en el silogismo no se hace otra cosa que reducir consecuencias desde unas premisas. Empero, no es la lógica la que fija y establece las premisas: el silogismo «es un instrumento incapaz de penetrar en la profundidad de la naturaleza. Construye a nuestro asentimiento, pero no a la realidad». El silogismo consta de proposiciones y las proposiciones, de palabras; éstas, a su vez, representan nociones. No obstante, continúa Bacon, en las nociones que figuran en los silogismos de la filosofía tradicional y, en especial, de la escolástica, «nada hay que sea riguroso, ni en las nociones lógicas ni en las físicas; substancia, cualidad, acción, pasión, y tampoco el ser mismo, no son verdaderos conceptos; menos aún pesado-ligero, denso-tenué, húmedo-seco, generación-corrupción, atracción-repulsión, elemento, materia-forma, y así sucesivamente; todas ellas son nociones fantásticas, conceptos que se nos presentan como auténticas aberraciones «porque no han sido recogidos y abstraídos de los objetos siguiendo un método». Lo mismo que se dice de los conceptos puede aplicarse a los axiomas: «en la constitución de los axiomas no se hallan menos caprichos y aberraciones». En la filosofía tradicional los axiomas se obtienen de forma indebida, por medio de un pasaje precipitado e ilegítimo desde unos cuantos casos particulares hasta lo universal. En esto consiste precisamente la falsa inducción, a la que Bacon opone la verdadera inducción, que avanza hacia los principios a través de los axiomas media y que procede con cautela y paciencia, controlada de forma continua por los casos de la experiencia. «Dos son, y pueden ser sólo dos, los caminos para buscar y descubrir la verdad. Uno, desde los sentidos y desde lo particular vuela de inmediato hasta los axiomas más generales y juzga de acuerdo a estos principios, ya fijados en su verdad inmutable, extrayendo de ellos los axiomas medios: tal es el camino que se sigue comúnmente. El otro, de los sentidos y de lo particular extrae los axiomas, ascendiendo de manera gradual e ininterrumpida la escala de la generalización, hasta llegar a los axiomas más generales: éste es el camino verdadero, aunque todavía los hombres no lo hayan recorrido». No obstante, hay que recorrerlo si queremos sustituir la cultura retórico-literaria por una cultura de tipo técnico-científico (Reale y Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, op. cit., t. II, p. 290 y ss.).

¹⁹² Bacon, Francis, *Novum Organum*, I, n. 81 y II, n. 4, en *The Works of Francis Bacon*, de Spedding, Ellis y Heath, London, 1857-1874, cit. por Fazio y Gamarra, *Historia de la filosofía moderna*, op. cit., pp. 150-151. Maino, “La argumentación como camino para la búsqueda...”, op. cit., p. 70.

Petrus Ramus sigue a la retórica de los sofistas, es decir, una retórica reducida a la oratoria ornamental²⁵⁰.

Posteriormente, con René Descartes (1596-1650) y su giro gnoseológico -“*cogito, ergo sum*”-, la cuestión y el problema del saber (la cuestión neurálgica de la época) tendrá su “punto de partida” en la *certeza* (en las ideas claras y distintas) y “no como punto de llegada”, por lo que no habrá lugar para lo plausible, lo verosímil y, por ende, para la argumentación dialéctica o retórica, porque estas no son más que “probables conjeturas”²⁵¹. Descartes rechaza los conocimientos probables y establece el principio de

²⁴⁸ Maino, “La argumentación como camino para la búsqueda...”, op. cit., p. 70.

²⁴⁹ En la carta a Madama Cristina de Lorena, Galileo escribe: «Me parece que en las disputas acerca de problemas naturales no habría que comenzar por la autoridad de los pasajes de las Escrituras, sino por las experiencias sensibles y las demostraciones necesarias». Más todavía: «Parece aquello de los efectos naturales que la experiencia sensible nos pone a los ojos, o las necesarias demostraciones nos concluyen, no pueda ningún caso ser puesto en duda, y tampoco condenado, por aquellos pasajes de la Escritura cuyas palabras tuviesen un aspecto diferente». En ésta frase se encierra el núcleo esencial del método científico según Galileo. La ciencia es lo que es -conocimiento objetivo con todos los rasgos específicos que hemos analizado antes- precisamente porque avanza de acuerdo con un método definido, porque comprueba y funda sus teorías a través de las reglas que constituyen el método científico. En opinión de Galileo este método no consiste sino que en las experiencias sensibles y en demostraciones necesarias. Las experiencias sensibles son aquellas experiencias que se realizan a través de nuestros sentidos, es decir las observaciones y, en especial, las que hacemos con la vista. Las demostraciones ciertas son las argumentaciones en las que, partiendo de una hipótesis (*ex suppositione*; por ejemplo, de una definición físico-matemática del movimiento uniforme), se deducen con rigor aquellas consecuencias («yo demuestro de forma concluyente muchos accidentes») que luego tendrían que darse en la realidad. Mediante el anteojo Galileo trataba de potenciar y perfeccionar la vista natural. Del mismo modo, sobre todo al llegar a una edad más avanzada, reconoció que Aristóteles en su Dialéctica nos enseña a ser «cautos al huir de las falacias del razonamiento, encauzándolo y capacitándolo para elaborar silogismos correctos y para deducir de las premisas (...) la conclusión necesaria»; Galileo hace decir a Salviati que «la lógica (...) es el órgano de la filosofía». Por lo tanto se da por un lado una llamada a la observación, a los hechos, a las experiencias sensorias o sensibles mientras que por el otro se produce una acentuación del papel de las hipótesis matemáticas y de la fuerza lógica que sirve para extraer las consecuencias a partir de ellas. Este es el problema en el que han tropezado los estudiosos: ¿qué relación existe entre las experiencias sensibles y las demostraciones necesarias?

No sólo se trata de un problema típico de la contemporánea filosofía de la ciencia, sino de un problema que ya existe en Galileo y que surge con toda claridad en sus escritos. En efecto, está fuera de toda duda el que Galileo fundamenta la ciencia sobre la experiencia. Se remite en esto a Aristóteles, quien «anteponer (...) las experiencias sensibles a todos los razonamientos». Galileo, además, afirma inequívocamente que «lo que nos demuestra la experiencia y los sentidos, debe anteponerse a cualquier razonamiento, por bien fundado que éste parezca». Sin embargo, a pesar de estas declaraciones tan terminantes, hay bastantes casos en los que Galileo parece anteponer el razonamiento a la experiencia y acentuar la importancia de las suposiciones en perjuicio de las observaciones. Por ejemplo, en una carta dirigida el 7 de enero de 1639 a Giovanni Battista Baliani le comunica lo siguiente: «Volviendo empero a mi tratado sobre el movimiento, argumento *ex suppositione* acerca del movimiento, definido de la manera establecida; y aunque las consecuencias no correspondiesen a los accidentes del movimiento natural poco me importaría al igual que para nada deroga las demostraciones de Arquímedes el que en la naturaleza no se halle ningún móvil que se mueva en líneas espirales». Tal es el problema: por un lado, Galileo fundamenta la ciencia en la experiencia y, por el otro, parece condenar la experiencia en nombre del razonamiento.

Ante una situación de esta clase los intérpretes y los especialistas en metodología científica han optado por los caminos más diversos. Algunos han visto en las experiencias sensibles y en las demostraciones ciertas una especie de antítesis entre experiencia y razón en cambio otros no consideran que se dé tal antítesis y sostienen, de manera más acertada, que en contraposición Galileo expresa «su plena conciencia (...) de la imposibilidad de confundir deducción matemática con demostración física». Algunos, acentuando el papel de la observación, han llegado a decir que Galileo era un inductivista. También ha habido quien defiende, en cambio que se trata de un racionalista deductivista, más confiado en los poderes de la razón que en los de la observación. No falta quien dice que, de acuerdo con las conveniencias de cada momento, utiliza alternativamente y sin ningún prejuicio tanto el método inductivo como el deductivo.

Aquí no podemos detenernos en las vicisitudes de la noción galileana de método científico a lo largo de la edad moderna y de las controversias epistemológicas contemporáneas. No obstante, a los autores de éstas páginas les parece legítimo considerar que las experiencias sensibles y las demostraciones necesarias que se desarrollan a partir de suposiciones constituyen dos ingredientes que se implican recíprocamente y que juntos configuran la experiencia científica. Esta no es una mera observación ordinaria. Las observaciones ordinarias, entre otras cosas, pueden estar equivocadas. Galileo lo sabía perfectamente: a lo largo de toda su vida tuvo que combatir contra los hechos y las observaciones que se efectuaban a la luz (de las teorías) de lo que entonces era considerado como sentido común. La experiencia científica, empero, tampoco puede reducirse a una teoría o a un conjunto de suposiciones carentes de cualquier contacto con la realidad: Galileo quería ser físico, y no matemático” (Reale y Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, op. cit., t. II, p. 223 y ss., n. 6.12).

²⁵⁰ Campagna y Lazzaretto, *Lógica, Argumentación y Retórica*, op. cit., pp. 141-142. Maino, “La argumentación como camino para la búsqueda...”, op. cit., p. 70.

²⁵¹ Descartes, René, *Reglas para la dirección del espíritu*, Porrúa, México, 1992, p. 99. Maino, “La argumentación como camino para la búsqueda...”, op. cit., pp. 71-72.

que sólo deben aceptarse los conocimientos ciertos y que no dejen lugar a la duda (regla II)¹⁹³. Como dice Perelman, fue Descartes quien haciendo de la evidencia el signo de la razón, sólo quiso considerar racionales las demostraciones que, partiendo de ideas claras y distintas, propagaban, con ayuda de pruebas apodícticas, la evidencia de los axiomas a todos los teoremas¹⁹⁴.

Descartes observa que en el campo de las ciencias matemáticas y en el de la geometría existen estas certezas incondicionadas que busca y considera que el método empleado por esas ciencias es el más apto para llegar a conocimientos ciertos en cualquier campo del saber. No obstante, el proyecto cartesiano es, sobre todo, un proyecto práctico: el principal bien de la vida consiste en “avanzar en la búsqueda de la verdad”. No es una búsqueda con un solo fin contemplativo, sino práctico; su filosofía sirve para “hacernos señores y dueños de la naturaleza” (Discurso del Método, 6ª parte). Todo conocimiento perfecto es una ciencia, es decir, un conocimiento cierto y evidente. Descartes parte de la tesis que afirma la unidad fundamental de las ciencias y, consecuentemente, el método debe ser único y universal para todas las ciencias. El método tiene como finalidad facilitar el uso de la razón para tener en todo conocimiento ideas claras y evidentes. Para Descartes, el método es un conjunto estructurado de reglas ciertas y simples¹⁹⁵.

4.3) La cuestión epistemológica detrás de la argumentación jurídica.

Hemos señalado más arriba (§ I.B y I.C), la crisis del conocimiento jurídico ocurrido a mediados del siglo XX, a causa del decaimiento del iuspositivismo formalista y legalista, junto con sus dogmas acerca del sistema jurídico -derivados del postulado del legislador racional (claro, completo, no contradictorio, etc.)- y sus ideas sobre la interpretación de la ley (desentrañar su sentido), la que era aplicada bajo la técnica particular de la subsunción, propia del movimiento codificador decimonónico.

La crisis de esta concepción del derecho se inició a partir de la crítica procedente de múltiples autores y corrientes. Entre los factores a destacar, cabe hacer alusión al “segundo” Ihering y la jurisprudencia de intereses; el movimiento del derecho libre (Kantorowics, Fuchs); la escuela de la libre investigación científica (Gény); el realismo norteamericano (Holmes, Gray) y el escandinavo (Hägestrom, Olivecrona, Ross), quienes hicieron hincapié en las dimensiones no-lógicas deductivas de la aplicación del derecho y propiciaron el contexto para dar origen a los llamados “precursores” de las teorías de la argumentación jurídica (Viehweg, Levi, Recaséns Siches, Perelman, Giuliani, Toulmin, Villey)¹⁹⁶.

En efecto, quien sea partidario de la “ingenua” idea de que el juez deriva su decisión –sobre todo en los casos difíciles- de la ley¹⁹⁷, que “subsume” los hechos del caso en la norma prevista por el legislador,

¹⁹³ Descartes, *Reglas para la dirección del espíritu*, op. cit., p. 96.

¹⁹⁴ Perelman y Olbrechts, *Tratado de la argumentación*, op. cit., p. 31.

¹⁹⁵ Descartes, *Discurso del método*, 2ª parte. Cfr. Fazio y Gamarra, *Historia de la filosofía moderna*, op. cit., pp. 60-62. En las *Regulae ad directionem ingenii* Descartes quiere ofrecer “reglas fáciles y ciertas que, a quien las observe escrupulosamente, le impidan tomar lo falso por verdadero, y sin ningún esfuerzo mental, aumentando gradualmente la ciencia, lo conduzca al conocimiento verdadero de todo aquello que sea capaz de conocer” (Reale y Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, op. cit., p. 314 y ss.).

¹⁹⁶ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit.; *El Derecho como argumentación; Curso de argumentación jurídica*, op. cit. Serna, Pedro (director), Susana Blanco, Pedro Rivas, José Antonio Seoane, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica, Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Comares, Granada, 2003, pp. 1-2.

¹⁹⁷ Coincido con Karl Larenz y Pedro Serna en cuanto a que, aun cuando sea viable el modelo silogístico de subsunción –para los casos fáciles, aclaramos-, como forma lógica de la aplicación del derecho, hay al menos tres operaciones que no pueden llevarse a cabo sin el concurso personal –creativo, valorativo- del intérprete, y que no se alcanzan, por ende, como resultado de una tarea subjuntiva o

atribuyendo a la codificación –dice Hassemer- la función de fuente exclusiva de toda decisión jurídica, desconoce la realidad jurídica y su praxis actual¹⁹⁸.

El paso del tiempo ha “sentenciado” el fin de dicha concepción, en cuanto a que postula –entre otras cuestiones- que el fallo judicial deriva unívocamente de la norma codificada, dando paso a la idea de que el juez “crea derecho” cuando actúa o, al menos, que si bien en la tarea de interpretar el derecho (no solo la ley) no crea, sino requiere de justificar la decisión adoptada (Wróblewski, de Asis Roig, Igartúa Salaverry). Pero con ello, dice Hassemer, no se han resuelto las cuestiones planteadas acerca de la función de la obra codificada en relación con la actividad judicial, sino que, por el contrario, se plantean nuevas y de forma más complicada.

La experiencia histórica enseña –afirma Kaufmann- que tanto la doctrina clásica del derecho natural como también el positivismo histórico han fracasado (para brindar una teoría y una técnica idónea que pueda responder las exigencias y problemas actuales). El derecho natural con su sistema de normas petrificadas –mejor dicho, inmutables- podría funcionar en sociedades con estructuras simples, pero no en sociedades altamente complejas (económica y socialmente hablando). El positivismo jurídico, de otra parte, ciertamente suministró grandes avances en materia legislativa con la codificación de comienzos del siglo XIX, pero en tiempos de abuso de poder (régimenes totalitarios), las leyes inicuas se presentaron no simplemente como ejemplos de cátedra sino como realidades tangibles (con trágicas consecuencias), por lo que dicha concepción iusfilosófica exhibió su déficit en su idea de concebir a los ordenamientos como puramente formales, como la teoría pura de Kelsen¹⁹⁹.

Hoy en día la “teoría de la argumentación” cuenta no sólo con una amplia bibliografía especializada que viene creciendo exponencialmente desde 1970, sino también con varias revistas especializadas (*Argumentation, Informal Logic & Rethoric* por ejemplo), con círculos y sociedades dinámicas (v.gr., *International Society for the Study of Argumentation*, ISSA, fundada en Amsterdam), con portales y escaparates

lógicodeductiva, sino mediante una elección que ha de ser objeto de argumentación ad hoc: 1) la selección de la norma aplicable, que no está disponible como opción única y exclusiva; 2) la equiparación entre supuesto de hecho de la norma, que es siempre general y abstracto, y los hechos del caso, que se presentan como “hechos brutos” y deben transformarse en un enunciado complejo de hechos que permita equipararlos al supuesto de hecho de la norma, y 3) la determinación de la consecuencia jurídica, también abstracta y general en algunas de las distintas normas cuyo concurso es preciso para determinar la solución a un caso, y que precisa por ello ser ajustada, es decir, ser concretada y reducida a la unidad (Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 267-270 y 272-275. Serna, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, op. cit., pp. 216-217).

¹⁹⁸ Hassemer, Winfried, “Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley”, tr. M. V. Martínez Bretones, en Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, director Gregorio Robles Morchón, Debate, Madrid, 1992, p. 202.

¹⁹⁹ Kaufmann, *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 77. Radbruch fue uno de los artífices de la superación contemporánea del *juridicismo* al intentar explicar el derecho con sus inescindibles dimensiones políticas, éticas, culturales, etcétera. En este sentido, se destaca el hecho de haber recuperado para el derecho la temática de los valores y de los fines, superando las explicaciones formales o meramente estructurales. Contribuyó además a rehabilitar los estudios de filosofía del derecho, proyectándola en cuestiones que eran estudiadas sólo desde la ciencia jurídica. Superó, por sobre todo, la típica sinonimia decimonónica entre derecho y ley, atreviéndose a hablar de un derecho suprallegal desde el que se podía descalificar a la leyes formalmente válidas, pero injustas en medida extrema o insostenible (cfr. Radbruch, Gustav, “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en Radbruch, Schmidt y Welzel, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 12-16; ídem, “Cinco minutos de Filosofía del Derecho”, en *El neokantismo en la Filosofía del Derecho*, Universidad de Valparaíso, Chile, 1982, pp. 627-628; ídem, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, 1ª ed. alemana de 1948, pp. 154, 171 y 180). Efectivamente, Radbruch nos dice que: “Cuando ni siquiera se aspira a realizar la justicia, cuando en la formulación del derecho positivo se deja a un lado conscientemente la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, entonces no estamos sólo ante una ley que establece un ‘derecho defectuoso’, sino que más bien lo que ocurre es que estamos ante un caso de ausencia de Derecho, porque no se puede definir el Derecho, incluso el derecho positivo, si no es diciendo que es un orden establecido con el sentido de servir a la justicia. Aplicándoles ese patrón, hay partes enteras del derecho nacionalsocialista que nunca llegaron a la categoría de derecho válido. La propiedad más sobresaliente de la personalidad del Führer, que se contagió como rasgo esencial a todo derecho el derecho nacionalsocialista, era la total falta de sentido de la verdad y del Derecho...” (“Las leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, op. cit., p. 14; existe otra traducción al español de Aníbal del Campo: *El hombre en el derecho*, en el capítulo “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 135-136).

en Internet, e incluso, en algunas universidades, existen departamentos o son materias de los planes de estudio²⁰⁰.

El punto de inflexión que ha dado pie a estos desarrollos tuvo lugar -tal como fuera apuntado simbólicamente por Perelman²⁰¹- con el enjuiciamiento de los responsables del régimen nazi, cuando luego de la Segunda Guerra Mundial, entre el 20 de noviembre y el 1 de octubre de 1946, se celebró en el Palacio de Justicia de la ciudad de Nüremberg el famoso proceso²⁶¹, dado que a partir de este caso se pusieron en evidencia las insuficiencias y debilidades del positivismo jurídico, que darían lugar en las décadas siguientes a una serie de críticas que terminarían por socavar sus cimientos, reducir el número de sus seguidores teóricos y de poner de relieve su distanciamiento cada vez más pronunciada con la realidad -la experiencia jurídica- y la operatividad del derecho.

A la par de esta “decadencia” de la iusfilosofía positivista, coadyuvada por las consecuencias de la dictadura marxista en la Unión Soviética, y las dudas arrojadas por el “eterno retorno del derecho natural” (a efectos de brindar respuestas claras y precisas a los problemas planteados)²⁶², tuvo lugar el nacimiento y expansión de otra paradigma rival dado por el proceso de “constitucionalización del derecho”²⁶³ y el surgimiento del “neoconstitucionalismo” como “forma política inédita” en Europa continental y como “nueva cultura jurídica”, o -por lo menos- como un movimiento distinto de la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho legalista y decimonónico²⁶⁴.

En este orden de cosas, se dice que fue el caso “Lüth” del Superior Tribunal alemán (1958, BVerfGE 7, 198) uno de los hitos históricos que dio nacimiento a esa corriente o movimiento del “neoconstitucionalismo”. En este precedente se consideró que la Constitución constituye un “orden objetivo de valores”²⁶⁵.

²⁶¹ Los “Juicios de Nüremberg” o, también, “Procesos de Nüremberg”, fueron un conjunto de procesos jurisdiccionales emprendidos por iniciativa de las naciones aliadas vencedoras al final de la Segunda Guerra Mundial, en los que se determinaron y sancionaron las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler en los diferentes crímenes y abusos contra la Humanidad cometidos en nombre del III Reich alemán a partir del 1 de septiembre de 1939 hasta la caída del régimen alemán en mayo de 1945. Desarrollados en la ciudad alemana de Nüremberg entre 1945 y 1946, el proceso que tuvo mayor repercusión en la opinión pública mundial fue el conocido como Juicio principal de Nüremberg o Juicio de Nüremberg, dirigido a partir del 20 de noviembre de 1945 por el Tribunal Militar Internacional (TMI), cuyo sustento era la Carta de Londres, en contra de 24 de los principales dirigentes supervivientes del gobierno nazi capturados, y de varias de sus principales organizaciones.

El Tribunal estuvo compuesto por un juez titular de cada uno de los países y su respectivo suplente. Ellos fueron: Geoffrey Lawrence (Titular Reino Unido) y Norman Birkett (Suplente Reino Unido); Francis Biddle (Titular Estados Unidos) y John J. Parker (Suplente Estados Unidos); Henri Donnedieu de Vabres (Titular Francia) y Robert Falco (Suplente Francia); Iona Nikitchenko (Titular Unión Soviética) y Alexander Volchkov (Suplente Unión Soviética). El fiscal jefe de la Corte fue el juez norteamericano Robert H. Jackson, con la ayuda de los fiscales Hartley Shawcross, del Reino Unido; el General Román Rudenko, por la URSS; y François de Menthon y Auguste Champetier, de Francia.

²⁶² Rommen, Heirrich, *Die ewige Wiedekehr des Naturrechts*, Köbel, München, 2ª ed., 1947 (1936). Kaufmann, Arthur, *El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él*, en Rabbi-Baldi, Renato, *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco-Universidad Austral, Buenos Aires, p. 362. Rabbi-Baldi, *Teoría del derecho*, op. cit., p. 162. de Asís, Agustín, “Sobre la problemática del derecho natural”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n. 6, 1958-1959, pp. 111-155. Ayuso, Miguel, “Las aporías presentes del derecho natural (de retorno en retorno)”, en *Verbo*, nn. 437438, 2005, pp. 553-574.

²⁰⁰ Vega Reñón, Luis, *Si de argumentar se trata. Una introducción a la argumentación*, 2ª ed., Montecasinos, Barcelona, 2007, p. 15; idem, *Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*, op. cit., p. 15. Desde el año 2003, el área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante -de la mano de su Director: el catedrático y doctor Manuel Atienza- ha impartido un Título Propio de la Universidad de Alicante de postgrado en argumentación jurídica. Primero, como curso de especialista (2003-2010) y, luego, como Título propio de máster en argumentación jurídica (desde el 2011 hasta la actualidad; cfr. <https://web.ua.es/es/argumentacionjuridica/informacion-academica/organizacion.html>).

²⁰¹ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit., p. 103.

²⁶³ Guastini, Riccardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, (tr. José M. Lujambio), en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta. Carbonell, Miguel y Sánchez Gil, Rubén, “Qué es la constitucionalización del derecho?”, en www.juridicas.unam.mx. Pozzolo, Susanna, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Palestra, Lima, 2018.

²⁶⁴ Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, op. cit., pp. 339-353. Vigo, *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 3-10 y 55-60. Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2008, t. XXXV, pp. 1-26.

²⁶⁵ Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 144. El Tribunal Federal alemán parte de la tradicional teoría liberal que entiende los derechos fundamentales como una garantía de las libertades individuales frente a las injerencias del poder público. Sin embargo, junto a ello, el Tribunal sostuvo que la Ley Fundamental no pretende ser ningún orden neutral de valores; en sus artículos sobre derechos fundamentales ha erigido un orden objetivo de valores que se manifiesta en un esfuerzo con pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores que encuentra su núcleo en la personalidad humana desarrollada libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad, debe ser válido como fundamento jurídico constitucional para todas las áreas del derecho: la legislación, la administración y la judicatura recibiendo de él pautas e impulsos (cfr. Cruz, Luis M., *La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005; id., “La constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo”, *Dikaion*, v. 23, n. 18, Universidad de la Sabana, Colombia, diciembre, 2009, pp. 11-31).

Alexy también ha advertido la importancia de la jurisprudencia del Tribunal alemán. Al respecto, ha señalado que la suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un «efecto de irradiación» en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una

Entre las características del “iusconstitucionalismo” o “neoconstitucionalismo” se destacan: 1) en la teoría general, que el derecho deja de ser considerado como un conjunto sistemático de normas autoritativas para comprender valores y principios disponibles para las respuestas jurídicas de los operadores; 2) en la epistemología jurídica ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador, sino que se reclama prescripción y valoración; 3) en la práctica social, la aplicación deja de asimilarse a decisión irracional o volitiva como en Kelsen, o de fácil desentrañamiento de la solución contenida en la norma, para requerir de la razón práctica ponderaciones y argumentos que la validen o justifiquen; 4) en lo institucional, el derecho en mayor o en menor medida se judicializa, superando la distinción entre creación y aplicación; 5) en la doctrina de la validez, las normas jurídicas -incluidas las legales- se amplía a los contenidos, especialmente constitucionales, que potencian el papel del Poder Judicial; 6) se reconoce una juridicidad indisponible o limitadora del derecho que ponen las autoridades, y 7) la distinción tajante entre derecho y moral se fractura, y el jurista debe enfrentar exigencias de moral crítica²⁶⁶.

Pues bien, todos estos acontecimientos abrieron paso a una línea nueva de investigación científica que se prolongó durante el resto del siglo XX, la que sumada al auge de la lingüística, adoptada por un amplio sector de la filosofía del derecho contemporánea –la denominada “textura abierta” del lenguaje jurídico (Austin, Hart, Ross, Carrió, Nino²⁶⁷), y de la lógica informal (Viehweg, Recaséns Siches, Perelman, Kalinowski, Guiliani, Legáz Lacambra²⁶⁸)-, dieron lugar a un espacio propicio para la elaboración de las teorías de la argumentación.

En este sentido, con una síntesis formidable, Vigo expone que “el paradigma dogmático-legalista se constituyó en Europa continental en el siglo XIX básicamente a instancias de la escuela exegética, la escuela histórica y el primer Ihering, y entre sus diferentes postulados característicos destaquemos..., los siguientes: 1. la sinomía medular entre derecho y ley, remitiendo la Constitución al mundo no jurídico de lo político; 2. la tajante separación entre creación y aplicación del derecho, aquella librada a la voluntad perfecta del legislador, y ésta confiada a la razón judicial escéptica, que mediante un elemental mecanismo de subsunción repetía sin dificultades la ley para el caso; y 3. el valor jurídico decisivo y central del modelo es la ‘seguridad jurídica’, en cuanto saber a qué atenerse jurídicamente o contar con la respuesta previsible y anticipada para cada problema jurídico. Para ese paradigma no había espacio ni necesidad de razonamiento justificatorio, pues la decisión creadora del legislador se justificaba en sí misma y era

incontrolable, y luego venía el irrelevante silogismo formal judicial de rigurosidad teórica. De ahí la rudimentaria teoría interpretativa circunscripta a ‘reconstruir con fidelidad la voluntad del legislador’ (Savigny), y la igualmente simple y rígida teoría de las fuentes del derecho, centrada en la norma jurídica general, y más específicamente en la creada por el poder legislativo”²⁶⁹.

Aquella “matriz disciplinar” sufrió, pues, un profundo agrietamiento con el “juicio de Nüremberg”, al sacar a luz sus insuficiencias y riesgos de aquel modelo, puesto que –en definitiva- en

ponderación según valores y principios constitucionales (Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, tr. Jorge M. Seria, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 159).

²⁶⁶ Vigo, Rodolfo L., “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, UNAM y Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, pp. 348349). Cfr. Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003. Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, pp. 213-236; García Amado, Juan A., “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, pp. 237-264; Prieto Sanchís, “Réplica a Juan Antonio García Amado”, pp. 265288; Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, pp. 289-326, en Miguel Carbonell Sánchez (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007. Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

La Corte Suprema de Justicia argentina ha hecho mención expresa de este caso y de uno de sus cánones interpretativos en la causa “Rodríguez, María Belén contra Google S.A. y otros” (Fallos, 337:1174, considerando 14).²⁶⁷ Cfr. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 155 y ss.

²⁶⁸ Cfr. Legáz y Lacambra, Luis, “Lógica formal y lógica de lo razonable en la lógica jurídica”, en Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 18, 1975.

²⁶⁹ Vigo, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 55.

ese proceso se pone en crisis el corazón mismo de las enseñanzas decimonónicas, en tanto que juzga por violar el “derecho” a aquellos que habían cumplido con la “ley válida”.

Podemos citar, como una muestra de lo que venimos diciendo, casos como el llamado “Guardianes del muro” – “Mauerschützen”- (sent. del 24-X-1996), la causa “Streletz, Kessler y Krenz c/ Alemania” (Estrasburgo, sent. del 22-III-2001), y, en nuestro país, entre otros, el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *in re* “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad” (sent. del 14-VI-2005; causa S.1767.XXXVIII)²⁷⁰.

En Argentina, el positivismo -en sus diversas vertientes²⁷¹- tuvo su auge durante el siglo XX en diferentes ámbitos académicos y judiciales. Empero, con el resurgimiento del Estado de Derecho y democrático en el año 1983²⁷², ya no se puso en tela de discusión la presencia de los principios y valores jurídicos en el ordenamiento y con ello la irrupción de una nueva concepción del derecho²⁷³.

En efecto, el Estado de Derecho es aquella forma política que –como sostiene Pérez Luño- supone la más compleja sujeción del poder a la legalidad; pero no a una legalidad neutra abierta a cualquier contenido, sino a una legalidad legítima, en cuanto necesariamente orientada a garantizar los derechos fundamentales.

El Estado de Derecho entraña la fundamentación del poder político en la soberanía popular; soberanía que se ejerce a través de la ley. Por eso, la ley que garantiza la seguridad de los ciudadanos y a la que éstos, en reciprocidad, deben obediencia no es al dictado de una voluntad arbitraria o despótica, sino a la expresión de la voluntad general. A ello se añade que el bloque de legalidad del Estado de Derecho no es axiológicamente neutro. Dicha legalidad se halla legitimada formalmente por el principio de imparcialidad de su origen (voluntad mayoritaria del pueblo) y de sus destinatarios (igualdad ante la

²⁷⁰ Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, tr. Carlos Bernal Pulido, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 69-67; ídem, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, en Doxa, n. 23, 2000, pp. 197-230; ídem, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, tr. José A. Seoane.

En este último trabajo Alexy señala al comienzo que: «Gustav Radbruch planteó su famosa fórmula en 1946, bajo la impresión directa de doce años de Nacionalsocialismo. Reza así: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”. Es fácil apreciar que esta fórmula consta de dos partes. En la primera parte se dice que las leyes positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una “medida insoportable”. Esto puede ser designado como la “fórmula de la intolerancia”. En la segunda parte, se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento “es negada conscientemente” la igualdad, que según Radbruch representa el núcleo de la justicia. Esto se puede denominar la “fórmula de la negación”. La fórmula de la intolerancia tiene un carácter objetivo. Aplica la medida de la injusticia. Por el contrario, en la fórmula de la negación se trata de algo subjetivo: los propósitos o las intenciones del legislador... Por ello, se le puede dar la siguiente versión sucinta a la fórmula de Radbruch: Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas. Más breve incluso: La extrema injusticia no es Derecho».

En relación a la causa “Simón”, véase Renato Rabbi-Baldi, “La causa ‘Simón’ de la Corte Suprema argentina. Un análisis desde la filosofía del derecho (publicado en “Delitos de lesa humanidad. Reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN”, Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 101-114) y más ampliamente su obra *Teoría del Derecho*, 4ª ed., pp. 127-129, 161 y ss.

²⁷¹ Cfr. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 30 y ss.

²⁷² Nino, Carlos S., *Juicio al mal absoluto*, tr. Martín Böhmer, Ariel, Buenos Aires, 2006. Nino expone que las violaciones masivas de derechos humanos suponen el mal absoluto o lo que Kant denominó “mal radical”. Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado (p. 33).

²⁷³ Ello obedece al reconocimiento y operatividad de los derechos humanos por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Rabbi-Baldi, Renato, “La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos”, *El Derecho*, t. 180, p. 1383 y ss.).

Y cuando se habla de “derechos humanos” se pone en crisis el iuspositivismo –aunque menos sea para la vertiente legalista– por cuanto se alude a un tipo de derechos “preexistentes o anteriores” al derecho positivo (Hervada, Javier, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea en la Filosofía del Derecho”, en *Persona y Derecho*, n. 9, Eunsa, Pamplona, 1982, p. 243; Robles, Gregorio, “Los Derechos humanos ante la Teoría del derecho”, en *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 312; Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en *Doxa*, n. 4, 1987, p. 84; Vigo, Rodolfo L., “Presente de los derechos humanos y algunos desafíos (con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994)”, *El Derecho*, t. 180, pp. 1410-1411).

ley); y materialmente, por poseer un contenido moral básico perfectamente delimitado: el reconocimiento en términos de normas positivas (bajo la forma de derechos fundamentales) de los derechos humanos²⁰².

En el sistema jurídico argentino, la reforma constitucional de 1994 constituyó –en este punto– todo un hito mediante la constitucionalización de varios tratados de derechos humanos²⁰³, cuyas disposiciones contienen numerosos principios y valores. Ahora ha llegado el turno del nuevo Código Civil y Comercial por cuanto, en el título preliminar, exige que la interpretación de las leyes deba ser realizada teniendo en cuenta tanto los tratados internacionales de derechos humanos como los *principios y valores* jurídicos, de forma coherente con todo el ordenamiento jurídico (art. 2, ley 26.994).

Para el paradigma decimonónico, la perspectiva de análisis del derecho era entonces fundamentalmente “normativista”, es decir, consistía en encontrar y describir los componentes del orden jurídico –las normas–²⁰⁴ y sus “conceptos jurídicos fundamentales”, y entendía que la función de los

²⁰² Pérez Luño, Antonio, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997 (1977), p. 169.

²⁰³ Vigo, “Presente de los derechos humanos y algunos desafíos (con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994)”, op. cit., p. 1408 y ss. Con la reforma de 1994 la Constitución dio un paso jurídicamente revolucionario al asimilar “la actual conciencia jurídica de la humanidad” (Truyol y Serra, Antonio, *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 31) y optar a favor de aquellas reservas y exigencias imprescriptibles, inalienables e inviolables con las que el hombre cuenta frente al Estado y los otros hombres, por el único y suficiente título de pertenecer al género humano.

El impacto de la reforma de 1994 no sólo se debe a la profundización del proceso de juridización, positivización o reconocimientos de textos jurídicos de los derechos humanos con una jerarquía supralegal (arts. 31 y 75 inc. 22), sino además a la renovación de la dimensión axiológica en relación al texto Constitucional de 1853 (los valores y la ideología son diferentes; cfr. Sagüés, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 5 y ss., § 4 a 13; p. 27; pp. 39-41, § 45).

²⁰⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, tr. Moisés Nilve, 4 ed., Eudeba, Buenos Aires, 2003, pp. 19, 25, 31, 36-38 y 59-61. Atienza, *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 251.

operadores jurídicos – especialmente los jueces- se limitaba a identificar –de forma mecánica²⁰⁵- el supuesto de hecho y subsumirlo en una norma. En rigor, para la doctrina decimonónica tradicional del derecho –el iuspositivismo formalista- la cuestión judicial se encontraba relegada, ya que la primera tarea a que debía dedicarse era la de elaborar una teoría general de las normas, en cuanto ontología (únicamente de interés –y de atingencia- para la investigación y desarrollo de la ciencia), cuando en realidad debería comprender toda la realidad del fenómeno, abarcando –además de las normas (juntamente con los principios y valores jurídicos), la “experiencia”, esto es, todo lo atiente a la aplicación y praxis misma del derecho, lo que constituye –para no ficcionar o idealizar la realidad estudiada- el verdadero “banco de pruebas” de cualquier filosofía o teoría jurídica.

Tal enfoque se contrapone ahora contra una corriente de pensadores que consideran que deben concebirse de otra manera no sólo la “estructura” del derecho (normas, principios y valores) sino también sus funciones (la sociológica, la valorativa y la argumentativa), debiendo diferenciarse los problemas o casos que pueden presentarse en la realidad²⁰⁶.

El modelo anterior sólo había contemplado –como elemento típico del derecho- a la “norma jurídica”, la que definía autoritativamente un supuesto o hipótesis fáctica a la que se le imputaban ciertas consecuencias o efectos jurídicos. Esta visión normativista, sostenida plenamente por Kelsen y en menor medida por Hart, fue cuestionada luego por autores como Dworkin y Alexy, proponiendo la introducción de los “principios”.

El principio, como es sabido, no implica recurrir a un derecho “concentrado” en una hipótesis y su consecuencia, sino que constituyen más bien “mandatos de optimización”, en tanto exigen la mejor conducta posible según las probabilidades fácticas y jurídicas. Robert Alexy sostiene que los principios son mandatos de optimización, puesto que ordenan que se realice algo en la mejor medida posible, y pueden ser cumplidos en diversos grados. Los principios receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos y la relación con las reglas²⁰⁷.

A los principios se añaden también los valores, que cumplen diversas funciones, tanto en lo que hace a la elaboración de normas en los supuestos de lagunas legales, como en la labor interpretativa para desentrañar el significado de las palabras o derechos, como en la solución de conflictos entre derechos fundamentales²⁰⁸.

²⁰⁵ Acota Alf Ross que, para la concepción mecanicista del derecho, el juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes: es un autómatas. Se da por sentado que tiene que respetar la ley y su función se limita a un acto puramente racional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que éste hace con los hechos del caso que tiene que decidir (Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 192).

²⁰⁶ Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 183-185 y 205-206. Vigo, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 56. Atienza, *El sentido del derecho*, op. cit., pp. 251-252.

²⁰⁷ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 161 y ss. Este autor nos dice que: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho” (op. cit., p. 162).

²⁰⁸ CSJN, sent. del 28-X-2014, causa R.522.L.XLIX; Fallos 337:1174 (cfr. consid. 8 del voto de Maqueda y Lorenzetti). Lorenzetti, por su parte, en cuanto a los valores jurídicos, señala las siguientes funciones: a) en el campo de validez material, los valores señalan un límite

Ocurre que la sociedad democrática y pluralista de nuestro tiempo ya no está dispuesta a legitimar por la remisión a la autoridad o por meras explicaciones estructurales o formales, sino que pretende que la autoridad tenga “razones” cuando toma una decisión, las haga conocer y las someta a la crítica ciudadana²⁸¹.

Sin embargo, la argumentación jurídica no se agota en la función legitimadora (Cappelletti decía que los jueces se legitiman en el ejercicio de su poder por medio de la práctica de ciertas “virtudes pasivas, formales o procedimentales”, entre las que destaca la justificación de las decisiones), sino que abarca también la función validante, controladora, concretizadora, didáctica, científica, pacificadora y moralizadora²⁰⁹.

En esta nueva línea de pensamiento, se considera que un caso difícil debe ser argumentado con normas, principios y valores jurídicos, utilizando las normas como un instrumento más, siendo las principales características de este nuevo esquema de razonamiento, las siguientes: a) el derecho es una ciencia de problemas y no meramente especulativa; b) la tarea del juez es el ejercicio de la prudencia y no la especulación; c) la prudencia se basa en el razonamiento argumentativo; d) argumentar es convencer a un auditorio imaginario (la comunidad toda); e) la argumentación se basa en la experiencia previa acumulada, o en la capacidad del argumento para persuadir a un auditorio universal, utilizado como modelo²¹⁰.

He aludido a los casos difíciles porque no siempre en todo conflicto es necesario recurrir a la argumentación jurídica en sentido estricto. La argumentación es una dimensión del derecho que cobra relieve y significación en supuestos “excepcionales” (los casos difíciles) y -más aún- en los “drásticos”.

Así pues, si se trata de “casos fáciles” puede ser suficiente la aplicación del esquema tradicional del método deductivo y de la técnica de la subsunción, cuyo ámbito de incumbencia es más bien general, aunque no exclusivo (§ I.C.4).

Los pasos del mencionado procedimiento serían los siguientes: a) delimitar los hechos, es decir, el supuesto de hecho relevante por aplicación de las reglas procesales (elemento-fáctico-premisa menor del silogismo sentencial); b) identificar la norma, vale decir, el conjunto de premisas jurídicas válidas que permitan formular un enunciado normativo general (elemento normativo-premisa mayor del silogismo sentencial), lo cual supone aplicar los criterios de jerarquía, especialidad y temporalidad e interpretar el sentido de la norma; c) deducir la solución del caso (elemento lógico-deductivo).

En cambio, si se trata de “casos difíciles”, de supuestos excepcionales, se precisa de la argumentación jurídica, dado que se presentan dificultades tanto en la determinación del elemento normativo (problema interpretativo), como en el plano el fáctico, lingüístico, fáctico y lógico²¹¹.

No obstante, aunque no se nos pasa por alto que estas categorías han sido criticadas recientemente, creemos que resultan de utilidad para delimitar los campos de interés en estos estudios. En efecto, frente a la concepción del formalismo jurídico y su pretensión de alcanzar una interpretación exacta, uniforme,

axiológico a la decisiones judiciales; b) en el campo argumentativo pueden ser contenido de los principios, en tanto éstos contienen una idea o referencia valorativa –en este caso, dice, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores; c) en otros el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro) y en ello se diferencia del principio (mandato de optimización, mandar hacer algo en la mayor medida posible), y d) en otros supuestos el valor puede ser utilizado con fines clasificatorios, en el sentido de categorización de objetos (Lorenzetti, *Teoría de la decisión judicial*, op. cit., p. 146). ²⁸¹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 25. Vigo, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 56.

²⁰⁹ Vigo, *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 69-70.

²¹⁰ Cfr. Lorenzetti, *Teoría de la decisión judicial*, op. cit., p. 206.

²¹¹ Cfr. Vigo, Rodolfo L., *Interpretación Jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

única y objetiva de la ley (*rectius*, del derecho), junto a un retrato limitado del rol del juez en su aplicación²¹², han surgido diferentes intentos para remediar la insuficiencia del anterior modelo teórico: la teoría analítica, la teoría hermenéutica, etcétera²¹³.

En el caso de la primera, la analítica parte de la premisa fundamental según la cual interpretar un enunciado normativo no significa describir lo que ello significa, sino *adscribir* a aquél un significado. Por lo tanto, el significado no el algo dado, ni siquiera implícitamente por la norma, sino que es creado por el intérprete. En el caso del juez, al interpretar la norma para aplicarla al caso concreto no “encuentra” un significado preexistente: lo determina en función de la decisión. En consecuencia, la actividad decisoria no es declarativa, sino creadora del derecho.

Algo semejante ocurre con la teoría hermenéutica de la interpretación, según la cual la determinación del significado de una norma no tiene nada en común con el descubrimiento del verdadero significado querido por el formalismo positivista, sino que a la solución del caso se arriba luego de un complejo procedimiento dialéctico en el cual la norma, supuesto de hecho abstracto, supuesto de hecho concreto y hecho interactúan en diversas fases y niveles.

El problema está, entonces, en saber si existe o no “una” solución jurídica correcta de la controversia. O, quizás (como hoy en día se dice), si existe una mejor solución, o la mejor disponible, o la más razonable o mejor “justificada” para una controversia determinada.

Para las teorías antiformalistas (como la corriente del realismo norteamericano, primer alzamiento en contra del formalismo positivista), nunca existe una única respuesta correcta a un problema de interpretación/aplicación de la ley. Ante un problema de “interpretación” siempre existen “las” soluciones que el intérprete (los jueces) elaboran, pero ellas son más o menos variables y relativas a las opciones y directivas de interpretación empleados: una prueba clara de ella es el número considerable de causas que son recurridas y modificadas por los tribunales superiores (Cámaras de Apelación o Cortes de Casación o análogas).

²¹² Sus postulados básicos son que: a) toda norma tiene un significado intrínseco, implícito pero objetivamente dado; b) la actividad del intérprete consiste en individualizar y hacer explícito el significado; c) si hay un problema interpretativo, es decir, existen varias interpretaciones respecto del mismo enunciado normativo, esto se resuelve individualizando este significado y descartando los otros; el método interpretativo es lógico-deductivo y excluye elecciones discrecionales; y e) el juez interpreta la norma según los mismos criterios y por ende explícita significados implícitos objetivamente existentes, por eso declara el derecho y no lo crea; procede lógicamente sin realizar elecciones valorativas aplicando deductivamente la norma al hecho.

²¹³ Cfr. Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil*, tr. Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez, Palestra, Lima, 2006, pp. 104-107.

Una versión moderada de la teoría antiformalista de la interpretación ha sido la postura que entiende que a veces existe la solución correcta y otras veces no, incluso cuando nos encontramos en el ámbito de la misma norma. La base de esta orientación está en la mencionada distinción, trazada por Herbert Hart en su obra “El concepto de derecho” (*The Concept of Law*), entre *easy cases* y *hard cases* en el ámbito de la corriente analítica del Derecho.

Se considera que un caso fácil tiene lugar cuando el supuesto de hecho concreto ingresa en el número de significados de la norma y, por ende, es evidente que ella se aplica en aquel caso; en cambio, un caso difícil es aquel que el supuesto de hecho se emplaza en el “área de penumbra” de la norma y, por tanto, no es evidente si ella debe o no aplicarse al caso. En el primer supuesto, que es el más frecuente, la solución correcta existe, mientras que en el segundo no existe y el caso puede ser resuelto si el criterio discrecional del intérprete, es decir, optar entre las diferentes soluciones que puedan presentarse²¹⁴.

Respecto a esto, como se decía en los párrafos anteriores, tal distinción entre casos fáciles y difíciles, aun teniendo en cuenta la posición de Dworkin sobre la posibilidad de obtener una “buena solución” objetivamente determinada por el ordenamiento (gracias al juez Hércules), presenta algunas deficiencias. Se ha observado que no resulta suficiente delinear en términos generales la distinción entre casos fáciles y difíciles, dado que frente a un caso concreto queda por establecer si este es fácil o difícil, es decir, si aquél ingresa en el “núcleo” o en la “penumbra” de la norma, y para resolver la duda es necesario una operación interpretativa que provea una respuesta al problema jurídico colocado en aquel caso. Efectivamente, parece que el juez tiene siempre dos posibilidades: declarar que la norma es “clara” y aplicarla en su significado intuitivo, o declarar que ella es “dudosa” y, por tanto, interpretarla, Pero ésta es ya una “opción valorativa” en torno al significado de la norma (Wróblewski)²¹⁵.

Desde otra perspectiva, la misma noción de “núcleo” del significado es en realidad problemática y la *textura abierta* de la norma –como problema del lenguaje- precluye cualquier distinción fija y rigurosa de las diversas áreas del significado (Twining y Miers, Luzzati)²¹⁶.

Es más, el problema de las opciones interpretativas ha sido reelaborado íntegramente, porque la distinción en cuestión parece funcionar como un instrumento de análisis *ex post* de las decisiones que se refieren a una norma determinada, más que un instrumento a emplearse *ex ante* para conseguir o adoptar decisiones adecuadas: no explica según qué criterios no circulares se puede establecer en el caso concreto si es “fácil” o “difícil”, si existe o no la solución correcta.

5. Concepciones de la argumentación jurídica.

Existen, básicamente, tres formas diferentes de concebir a la argumentación según la función que pueden llegar a desempeñar en un discurso jurídico: la formal, la material y la pragmática.

En efecto, teniendo en cuenta la noción de problemas o la diversidad de situaciones en las que puede resultar necesario argumentar, se presentan tres concepciones distintas: la perspectiva formal propia de la lógica deductiva que se centra preferentemente en la argumentación como resultado; la argumentación material o sustantiva que se funda en una teoría de premisas justas o correctas y, finalmente, la pragmática que tiene por fin lograr la adhesión del destinatario²¹⁷.

²¹⁴ Taruffo, *El vértice ambiguo: Ensayos sobre la Casación civil*, op. cit., pp. 110-111.

²¹⁵ Wróblewski, Jerzy, "Interpretación operativa y decisiones interpretativas", en *The Judicial Application of Law*, ed. Zenon Bánkowski y Neil MacCormick, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 2010, pp. 87-130.

²¹⁶ Taruffo, *El vértice ambiguo: Ensayos sobre la Casación civil*, op. cit., pp. 112-114.

²¹⁷ *El derecho como argumentación*, op. cit., pp. 76-77 y 80-85; ídem, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 110 y ss.

5.1) Concepción formal.

La concepción *formal* de la argumentación se ocupa principalmente de la estructura del razonamiento (las premisas, la conclusión y la relación que se establece entre estos dos elementos, la inferencia) y su resultado: la validez formal. No se centra en la argumentación como actividad; no describe cómo la gente argumenta, sino que señala las condiciones que tienen que respetarse para que el razonamiento pueda considerarse válido. Esos criterios de validez están dados por las reglas de inferencia (por ejemplo, si un razonamiento asume una de las formas admitidas como el *modus ponens* o silogismo subsuntivo, entonces cabe decir que es lógicamente correcto, aunque por ello no resulte sólido o persuasivo).

La inferencia consiste en pasar de unos enunciados a otros; es una acción o una actividad. Una inferencia es el resultado de esa actividad. Y la relación de inferencia es la que se establece entre unos enunciados (las premisas) y otro (la conclusión). La lógica formal estándar se ocupa de las inferencias, no de la acción de inferir (Atienza). Esta concepción es característica de la “lógica formal” (lógica clásica).

En este primer contexto, el de la lógica deductiva en sentido estricto, un argumento constituye un encadenamiento de proposiciones. Estas proposiciones no son interpretadas, en cuanto a su contenido, en términos de verdad o corrección. Un argumento es deductivamente válido siempre que cumpla las reglas de inferencia. Esto es así porque la lógica formal no se interesa por los argumentos en cuanto tales, sino por los esquemas de los argumentos²¹⁸.

5.2) Concepción material.

La concepción *material* de la argumentación lleva a plantear las cosas de una manera distinta. La argumentación se ve ahora como un proceso consistente en dar “buenas razones” a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica. No basta con que el argumento presente una determinada forma. Se necesita además que lo que las premisas enuncian sea verdadero y que supongan razones relevantes para la conclusión²¹⁹.

Esta concepción se centra no en la inferencia, sino en las premisas (las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar una acción) y en la conclusión. Lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que los hace verdaderos o correctos. Procura explicar, descubrir o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción, etc.

En esta concepción se encuadran la “lógica de lo razonable” de Recaséns Siches; la tónica de Viehweg y la teoría interpretativa de Dworkin.

5.3) Concepción pragmática.

La concepción *pragmática* contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística. La argumentación jurídica es entendida como una *deliberación*, es decir, como una “actividad que lleva a cabo un sujeto para resolver qué creencia está justificado tener o qué curso de acción él u otro debe emprender o debería haber emprendido”²²⁰. La argumentación se torna necesaria en razón de su finalidad, esto es, la de persuadir a otro, a un auditorio, o en interactuar con otro para llegar a un acuerdo respecto de cualquier

²¹⁸ Atienza, *El sentido del derecho*, op. cit., pp. 258-259.

²¹⁹ Atienza, *El sentido del derecho*, op. cit., p. 259.

²²⁰ Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., p. 255.

²⁹⁴ *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 111.

problema teórico o práctico. La argumentación es vista entonces como una actividad, como una interacción²⁹⁴.

Los enunciados o argumentos que son empleados en el razonamiento (premisas y conclusión) no son ya enunciados sin interpretar (concepción lógica) o interpretados como verdaderos o falsos (concepción material), sino enunciados “aceptados”. La finalidad de esta actividad es lograr “convencer” o - en términos perelmanianos- “lograr adhesión” del auditorio. Lo fundamental en la tarea será que el “otro” acepte cierta tesis, y no solo ello, sino que a partir de dicha tesis actúe, es decir, que los efectos son un eje para la concepción pragmática de la argumentación jurídica. Precisamente, el término pragmático hace referencia a las circunstancias, acciones y posiciones que ocupan los sujetos en el debate argumentativo y que influyen decididamente en el resultado de la actividad.

En esta concepción se distingue por el hecho de señalar el rol que asume en la teoría cada uno de los sujetos que participan en la actividad argumentativa. Ese rol puede variar según la postura o actitud más o menos activa para alcanzar ciertos o determinados fines en el ámbito del discurso argumentativo.

En este sentido, se dice que hay dos enfoques de esta concepción. El retórico, como el de Perelman, centrado en la idea de persuasión del auditorio, en la que la argumentación asume un rol básicamente estático. Y otro dialéctico, como el de Toulmin, en el que la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico entre ellos, por su constante interacción.

Más allá de una u otra postura, lo central para esta perspectiva es el éxito de la argumentación, lo cual depende de lograr la persuasión o el acuerdo con el otro, respetando ciertas reglas.

6. Análisis y evaluación de la argumentación.

Desarrollada la “parte general” de la teoría de la argumentación jurídica, pasaré ahora a exponer la “parte especial”, relativa a los aspectos prácticos de la argumentación²²¹.

El enfoque argumentativo del derecho, que se ocupa de los componentes formales, materiales y pragmáticos que se articulan bajo esta dimensión jurídica, se enfrenta con la tarea de explicar cuestiones de sumo interés. Entre ellas se destacan la labor de cómo “analizar” una argumentación; de cómo “evaluar” esta clase de discursos y de cómo “argumentar” en el derecho²²².

Estas tres operaciones suelen estar unidas en la práctica, pero es de utilidad separarlas para su mejor comprensión. Cabe aclarar que las tareas de analizar y evaluar se realizan con posterioridad a la formulación de una argumentación, en tanto que la forma de argumentar es anterior a dicha formulación.

6.1) Análisis de argumentaciones.

Esta actividad se despliega mediante una serie de tareas que se realizan conjuntamente.

6.1.a) Representación.

Una de ellas es la de representar los argumentos y las argumentaciones de las que forman parte. La representación comprende la forma y la estructura de la argumentación y las razones que se emplean,

²²¹ Atienza, *Filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 111.

²²² *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 423.

Atienza,

señalando sus diversos tipos, el peso de cada uno, etc. Para ello puede emplearse la lógica formal y simbólica, tal como lo hacen en sus teorías Alexy y MacCormick, o el de diagrama de flechas de Toulmin.

En ninguna de estas representaciones es posible dar cuenta de todos los elementos que se encuentran en una argumentación, pero sí de muchos de ellos. Lo importante es que por medio de la representación se pueda observar el aspecto inferencial, el paso de unos argumentos a otros, como los tipos de enunciados y los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo en cada una de las etapas. También permite advertir la diferencia entre argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos.

Una argumentación es el conjunto de pasos, actos del lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta esencial –el problema que da lugar a la argumentación- y su respuesta -la solución-. Un argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones no constan exclusivamente de argumentos. Y una línea argumentativa es un conjunto de argumentos dirigidos a defender una tesis o rechazarla²²³.

6.1.b) Exhibición.

Otra tarea comprendida en el análisis de los argumentos consiste en exhibir cuáles son los elementos, las partes, que pueden diferenciarse en una argumentación.

6.1.c) Análisis propiamente dicho.

Finalmente, otra tarea es la de analizar detalladamente cada una de esas partes. La representación y la exhibición de argumentos no equivale a su análisis, sino que constituyen instrumentos lo facilitan (Atienza).

El análisis de la argumentación de una sentencia, por ejemplo, exige tener en consideración otros componentes de la fundamentación del fallo. Los fundamentales son siete: a) la narración de los hechos del caso; b) el problema jurídico sobre el que se argumenta; c) las cuestiones de las que depende la solución del problema; d) las respuestas a esas cuestiones; e) las razones en las que se basan las anteriores respuestas (en las que se deben distinguir las *rationes decidendi* de los *obiter dicta*); f) la solución del problema, y g) la decisión²²⁴.

6.2) Evaluación de argumentaciones.

Esta actividad depende, fundamentalmente, de los criterios que se adopten en este menester, los cuales pueden ser de diversa índole: técnicos, fácticos, morales. La aceptabilidad de los procedimientos se someterá en última instancia de la objetividad y racionalidad del modelo o teoría adoptada (Popper, Bunge).

En el Estado de Derecho constitucional, los criterios de evaluación de las argumentaciones tienden a satisfacer –sobre todo en las decisiones judiciales- las exigencias que se derivan de la observancia y operatividad de los derechos humanos o fundamentales, los que presentan una importante cuota de moralidad, lo que no conlleva –como suponen muchos- la idea de irracionalidad, sino de una racionalidad distinta, de índole práctica, y de una moral crítica (Toulmin, Alexy, MacCormick, Peces-Barba, Pérez Luño).

²²³ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 425.

²²⁴ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 429-430. Cfr. Hegland, Kenny, *Introduction to the Study and Practice of Law*, St. Paul (Minn.), West, 2000, p. 107.

Además, debe tenerse en cuenta que pueden adoptarse diferentes actitudes en la evaluación, según la finalidad práctica perseguida en tal valoración (la aceptación de argumentos, la discrepancia, la refutación, la crítica, etc.). Por eso se dice que la evaluación de los argumentos –y también de la argumentación jurídica- es una cuestión “contextual”: depende del objetivo buscado y de la instancia en que se realiza²²⁵.

En este sentido debe además diferenciarse el objeto sobre el cual recae la evaluación, puesto que no es lo mismo evaluar un argumento que una decisión o una acción (puede haber una buena o mala decisión y a la vez una buena o mala argumentación); la evaluación de los argumentos lo es en orden a la justificación de la decisión. Los argumentos y la decisión son entidades distintas.

En la evaluación del razonamiento judicial, en la que el juez tiene el deber de fundar sus decisiones mediante la expresión de buenas razones en forma adecuada e idónea para lograr la persuasión, un buen argumento significa que se ha cumplido un esquema de inferencia válido – deductivo o no (Toulmin)-, basado en premisas relevantes y suficientemente sólidas y que puede convencer a un auditorio que tiene condiciones aceptables o razonables de imparcialidad, información y racionalidad (Perelman).

Volviendo a la evaluación de la argumentación y sus criterios, a los efectos de que se cumplan con las características de objetividad y racionalidad, se proponen los siguientes: universalidad, coherencia, aceptabilidad de las consecuencias, moralidad social y moral justificada.

6.2.a) Universalidad.

En principio, la universalidad es un criterio útil para evaluar las premisas del razonamiento judicial.

El requisito de universalidad, dice Atienza, se aplica tanto en relación a los problemas normativos como a los problemas fácticos. Se halla implícito en el propio esquema de justificación interna (Wróblewski, Taruffo) a los fines de construir la premisa normativa, la *ratio decidendi* (la premisa mayor del silogismo).

En este aspecto, la universalidad no tiene que ver con la generalidad de la norma sino con su aplicabilidad a todo hecho comprendido en el supuesto normativo. En la justificación externa de la premisa fáctica tiene que presentarse también la universalidad, aunque sólo sea de carácter probabilístico. Este requisito exigirá que esa premisa sea utilizable en todos los casos en los que se den esas mismas circunstancias²²⁶.

Asimismo, la idea de universalidad significa algo más que esa exigencia formal-lógica respecto de las premisas del silogismo sentencial. Por un lado, implica una regla formal de justicia, de igualdad de trato en condiciones y circunstancias similares (Perelman) y, por otro, conlleva una regla fundamental del discurso racional (Alexy)²²⁷.

6.2.b) Coherencia.

²²⁵ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 547-549.

²²⁶ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 554-555.

²²⁷ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 554.

³⁰² Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 556.

La noción de coherencia, en este sentido estricto, se encuentra ligada a la idea de consistencia lógica, pero difiere de esta última porque la coherencia se refiere a la compatibilidad (de una norma, de una decisión o de una narración fáctica) en relación con los valores, principios y teorías en juego³⁰².

De esta manera, la coherencia resulta pues una cuestión de grado, que admite distintos niveles de aceptación.

El juez puede encontrarse frente a un caso que presenta normas incompatibles o inconsistentes²²⁸; ante hechos que no presentan toda la información suficiente; en causas con valores en disputa que admiten diversos niveles de satisfacción. En estas hipótesis, la coherencia de los argumentos estará dada por la razonabilidad de la solución –posible– con los principios que campean el orden jurídico³⁰⁴.

Nosotros entendemos que tras la pretensión de una interpretación coherente con el ordenamiento se encuentra la idea amplia de inconsistencia, antinomia o incompatibilidad, la cual no se limita ya a la incompatibilidad entre dos o más normas -contradicciones lógicas en términos generales- sino a una noción de antinomia como sinónimo de perturbación de la unidad del sistema jurídico²²⁹.

Ronald Dworkin emplea un concepto análogo al de coherencia. El profesor norteamericano adopta la idea de “integridad”³⁰⁶ para compatibilizar las normas jurídicas con el comportamiento político (en este, el del juez); esta exigencia es un requerimiento general para actuar sobre una base de principios coherentes y únicos.

6.2.c) Adecuación de las consecuencias.

El criterio consecuencialista se enfoca hacia el futuro. Se emplea tanto en las premisas normativas como en las fácticas y tiende a justificar una decisión en términos de eficiencia del objetivo buscado y de otros estados de cosas que se conectan con la resolución a dictarse.

De este modo, una razón de fin es un argumento cuya fuerza justificativa deriva del hecho de que, si se toma tal decisión, es posible predecir que la misma tendrá efectos que cumplirán algún objetivo social valioso (salud pública, la seguridad, la democracia).

Sin embargo, el criterio consecuencialista también puede usarse como una razón de corrección. En este supuesto, lo que justifica la decisión es un argumento que se apoya en una norma socio-moral en relación a las acciones pasadas de las partes o al estado de cosas que resulta de tales acciones. Con ello se busca evitar, por ejemplo, que alguien obtenga un beneficio de un acto ilícito; o proteger a quien está en una situación de desventaja; etc.)²³⁰.

²²⁸ La coherencia resulta ser la inexistencia de inconsistencias normativas. Debemos decir que existe inconsistencia cuando dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente del sistema imputan a un mismo caso soluciones incompatibles, es decir que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad y que sus soluciones sean lógicamente incompatibles; por supuesto que la incompatibilidad dependerá de la lógica deóntica que se imponga, pero en general podemos identificar como incompatibles dos normas en las que una establece la permisión del caso y otra establece la prohibición y por lo tanto la sanción del caso.

Como algo que pareciera no puede ser evitado por los sistemas jurídicos los mismos han generado una serie de principios para tratar de dar solución a los conflictos que hacen incoherente, en muchas ocasiones, al sistema. ³⁰⁴ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 556.

²²⁹ Velluzzi, Vito, “Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil?”, tr. Amalia Amaya, en *Doxa*, n. 21-I, 1998, pp. 65-82. ³⁰⁶ Dworkin, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 125.

²³⁰ Summers, Robert S., “Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification”, en *Cornell Law Review*, n. 63, 1978.

6.2.d) Moral social y moral crítica.

En ocasiones la moralidad social aparece reconocida en las normas jurídicas, por lo que el uso de ese criterio para evaluar las decisiones judiciales no presenta mayores problemas. En otras hipótesis las disposiciones legales no lo han manifestado o, en los casos difíciles, resulta necesario optar por una u otra interpretación a propósito de un determinado concepto valorativo, por lo que surge el interrogante de saber si el criterio de la “moral social” puede ser utilizado y si tiene fuerza justificativa²³¹.

En general, pareciera ser que el juez no puede ser indiferente o contradecir las convicciones sociales (por ejemplo, adoptar argumentos que vayan en contra de la protección de las instituciones democráticas en un Estado de Derecho). Debería elegir siempre aquellos argumentos o razones a favor de la moral social, puesto que ello facilitará además que su fallo sea persuasivo para el auditorio.

Los criterios socialmente mayoritarios parecen estar vinculados a la idea de democracia: decidir como la mayoría preferiría que se hiciese. Esto implicaría que las decisiones judiciales deberían optar por las valoraciones sociales predominantes. Sin embargo, Atienza considera que esta concepción no resulta satisfactoria: puede que no sea fácil identificar la opinión mayoritaria o que la opinión de la mayoría sea discriminatoria; la opción por la democracia no resultaría aplicable por parte de los escépticos o relativistas morales; los ordenamientos y las constituciones a veces adoptan normas morales que no resultan ser las mayoritarias o compartidas por la sociedad. En suma, considera que la justificación de los razonamientos judiciales tiene que provenir de una moral racionalmente justificada que, en ocasiones, puede no coincidir con la moral social (Rawls, Habermas, Nino)²³².

En la filosofía moral existen diversas propuestas que sostienen el objetivismo moral y que podrían ser aptas para desempeñar esa función: suministrar un método para descubrir la moral correcta²³³.

Los principios de una moral justificada serían aquellos a los que llegarían por consenso una serie de agentes que discuten respetando ciertas reglas más o menos idealizadas. Los criterios para evaluar los razonamientos judiciales remitirían pues a la argumentación racional.

6.2.e) Razonabilidad.

Por último, se menciona un criterio totalizador o englobante de todas las pautas de evaluación de la argumentación, como de síntesis, y es aquel que tiene que ver con la equidad, el sentido común y la prudencia.

La razonabilidad alude a lo razonable, lo cual significa que algo sea “arreglado, justo, conforme a la razón” (RAE). Y la razón es la facultad de discurrir y de argumentar.

El criterio de razonabilidad de los argumentos hace hincapié, pues, en el deber de legitimar la tarea desarrollada, a fin de que las decisiones jurídicas sean convincentes y tengan la pretensión de estar justificadas con base en buenas razones, para que la solución adoptada sea satisfactoria desde el punto de vista del sistema jurídico como de los derechos humanos, y en última instancia, desde el punto de vista estimativo, es decir, con sentido de justicia, para determinar lo que se debe hacer aquí y ahora en un caso

²³¹ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 559.

²³² Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 560.

²³³ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 561. El profesor de Alicante aclara que una posición objetivista de la moral no es lo mismo que defender el absolutismo moral; el objetivista sostiene que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero están abiertos a la crítica, a la discusión racional y, por tanto, pueden ser modificados, no son absolutos (p. 562).

concreto, para el logro de determinados fines²³⁴, como puede ser el desarrollo de los ideales de la democracia deliberativa dentro del Estado constitucional de Derecho³¹².

6.3) Cómo argumentar.

Por último, en cuanto a la tarea de argumentar, Atienza considera que la misma pasa, fundamentalmente, por la distinción de una serie de etapas que pueden establecerse en el proceso de resolución argumentativa de un problema jurídico: a) identificación y análisis del problema; b) propuesta de una solución; c) comprobación y revisión; d) redacción de un texto (en donde, a su vez, cabe distinguir entre la organización –en partes- del discurso y su expresión)²³⁵.

Un esquema argumentativo similar, en cuanto a la forma, es el que cuenta con los siguientes pasos: identificar las cuestiones que se plantean en la contienda; obtener información sobre los mismos para buscar los tópicos y generar a partir de ellos argumentos; planificar los argumentos y pensar en otros ante posibles objeciones; ordenar los argumentos en torno a un esquema y redactar la argumentación²³⁶.

En principio es conveniente realizar estas tareas en orden, aunque esto puede variar dependiendo de la complejidad del tema a tratar. Si es un tema simple, que consta sólo de una o dos “cuestiones polémicas”, no es necesario trabajar todos los problemas de manera separada. Por otra parte, si es un tema especialmente difícil o complejo, puede ser necesario “volver atrás” en distintos momentos, y realizar preguntas al caso que permitan detectar sobre qué aspectos es necesario profundizar la búsqueda de información (leyes análogas y complementarias, doctrina, jurisprudencia nacional e internacional, datos empíricos –pruebas-) para luego obtener la documentación respectiva y encontrarse en condiciones de responder las preguntas o elaborar nuevas de mayor complejidad o utilidad; cuando se está redactando la argumentación puede descubrirse que el orden inicial que se había planteado no es el ideal, por lo que debe corregirse el esquema inicial las veces que sea necesario.

6.3.a) Identificación de problemas.

Una cuestión básica pero fundamental en toda tarea argumentativa es la identificación de problemas.

Los problemas se presentan de diversas formas. Hay algunos que resultan fáciles y simples a partir de las características que exhiben y que podemos reconocer, las que –a su vez- allanan la búsqueda de la solución o respuesta que podemos brindar a tales problemas. Otros, en cambio, son difíciles y complejos por el gran número de cuestiones que muestran y que deben determinarse, ya sea por la necesidad de análisis y estudios, por el lenguaje técnico, por la especificidad fáctica o la tensión axiológica, etcétera, que demandan una investigación más detenida y meditada para poder lograr una identificación satisfactoria de los problemas, con un algún grado de certeza o probabilidad.

Obviamente, todo problema –fácil o difícil- puede admitir diversas lecturas, ya que en el intérprete influyen muchos factores de evaluación y valoración que determinan de alguna manera su identificación.

²³⁴ Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, 12 ed., Porrúa, México, 1997, pp. 247-248, 252-260.

³¹² Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, p. 712.

²³⁵ Atienza, “El giro argumentativo en la teoría del derecho contemporáneo”, conferencia magistral en la entrega del título *honoris causa* de la Universidad del Litoral (Argentina), del 22 de octubre de 2014 (punto 3).

²³⁶ Grajales, Amós A. y Negri, Nicolás J., *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial. Elementos para la práctica profesional*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 158 y ss.

Pero siempre es posible lograr una determinación provisoria, razonable y objetiva. De eso se trata la tarea a desarrollar en esta primera etapa.

Un método básico de la argumentación jurídica escrita para identificar o detectar problemas es la heurística²³⁷. Otra manera es la conocida “lluvia de ideas”. En el caso jurídico y a efectos de escribir un discurso argumentativo mejor será hablar de una “lluvia de preguntas”.

De ahí que un paso importante en la técnica para elaborar el pertinente discurso sea despertar todos los interrogantes y cuestionamientos sobre los problemas a argumentar, de forma tal que se pueda aprehender y comprender mejor su naturaleza, los hechos y valores en discusión (o en tensión), la corrección o pertinencia de los argumentos formulados y los que habrían sido posible invocar y no fueron esgrimidos, las soluciones posibles que admite el sistema y cuál de ellas es la más ajustada al caso, etc.

En esta etapa es conveniente tomar nota de las preguntas o cuestiones planteadas, a fin de analizar su jerarquía y fortaleza en el discurso argumentativo, para luego realiza una selección y decisión para su posterior utilización.

Insistimos en la necesidad de que los problemas sean analizados desde preguntas pertinentes y relevantes (deben evitarse las cuestiones inconducentes, inoficiosas, innecesarias, superfluas). Un mal planteo de preguntas conducirá a una errónea identificación de los problemas y su solución.

6.3.b) Seleccionar y esquematizar los problemas.

Para argumentar también es conveniente y útil seleccionar y esquematizar los problemas, sobre todo cuando presentan cierta amplitud o complejidad de cuestiones que hacen necesario trabajar con un gran número de argumentos o razones que, por el contexto o el auditorio, pueden llegar a ser omitidas por olvido o la escasez de tiempo.

Por eso es recomendable elaborar un esquema del discurso argumentativo que haga mención de sus puntos clave. Puede formularse una serie de cuestiones o preguntas numeradas (ordenadas), que no sólo presente adecuadamente el problema, sino también los argumentos que se cuentan a favor o en contra. Para ello deberá seguirse una estructura básica, como la empleada por la narrativa clásica de introducción, nudo y desenlace. Es decir un primer punto introductorio a los problemas, un conjunto de preguntas que concentren los problemas -el nudo- y un grupo de afirmaciones que podría llegar a ser la resolución de dichos problemas.

Al tratar cada problema el discurso argumentativo debería evitar su repetición en otro tramo del mismo para evitar posibles contradicciones en las soluciones propuestas, así como un nuevo abordaje del problema aun cuando en otros tramos del discurso se haga referencia a él.

Resulta realmente contraproducente elaborar discursos argumentativos donde el tratamiento de un problema se encuentra repetido o disperso.

El nudo de preguntas a resolver debe tener relación con los distintos problemas que se plantean. Si alguna de ellas le es ajena esto generará “ruido”.

Todo el discurso debe mantener una unidad, por lo cual lo superfluo en el discurso debe ser eliminado.

²³⁷ Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Académica de la Lengua Española, la palabra heurística proviene del griego hallar, inventar, y significa una técnica de la indagación y del descubrimiento; o búsqueda o investigación de documentos o fuentes históricas. En algunas ciencias, manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo, reglas empíricas, etc.

Una práctica forense que parece repetirse es la de sumar contenidos al discurso argumentativo aun cuando los mismos no sean del todo relevantes a la cuestión tratada. Así también el uso excesivo e inconducente de citas jurisprudenciales de escaso valor convictivo por la jerarquía del órgano emisor de la misma o por lo inatingente de su contenido es un elemento que –aunque engrose considerablemente la extensión del discurso- en nada colabora con su claridad ni con su eficacia argumentativa. En el caso de los discursos argumentativos en el ámbito jurídico, lo que sobra –indudablemente- daña.

6.3.c) La organización del discurso.

Luego de identificar y seleccionar los problemas, realizando un esquema argumentativo, corresponde organizar el discurso.

En muchas oportunidades nuestros discursos no respetan un orden, lo que genera confusiones. Debemos adoptar ciertas pautas de organización como, por ejemplo, la de establecer un marco teórico²³⁸ necesario para responder a ciertos problemas y que debe ser expuesto previo a dar la respuesta. También, si para resolver el problema es necesario haber dado respuesta a una cuestión previa, resulta lógico desarrollar este tópico antes de abordar el problema de fondo.

Muchos de nuestros lectores pueden pensar que estas recomendaciones simples son harto conocidas y, por ende, respetadas siempre por el emisor de todo discurso argumentativo, pero las deficiencias se repiten con una frecuencia mucho mayor de la que se cree y los errores en los discursos argumentativos que dan base al proceso (demandas y contestaciones de demandas) determinan muchas veces el éxito o el fracaso final de lo que se pretende.

Efectivamente, en el ámbito del derecho, el discurso argumentativo suele desarrollarse como una sucesión de ideas en el orden que van apareciendo en la mente del emisor, pero sin respetar un esquema previo, lo que genera una confusión que afecta el mensaje a enviar.

No debe olvidarse que una demanda o una contestación de demanda u otros escrito judicial de similares características no son otra cosa que un mensaje que se envía a un auditorio y su organización afecta sensiblemente su contenido, por lo cual desarrollar un esquema en el que se reflexione sobre la función que cada una de las partes del discurso tiene en relación con la totalidad del mismo es un paso importante para elaborar discursos argumentativos convincentes.

El encadenamiento de los problemas y su tratamiento sucesivo mediante un esquema, con la consiguiente organización del discurso es otra de las recomendaciones posibles. Es decir que cada punto lleve al siguiente y así sucesivamente: cuando se resuelve uno de los puntos del problema, aparece de manera lógica otro. Seguir esta secuencia facilita la lectura y comprensión por parte del auditorio, lo que coadyuva –indudablemente- a lograr la adhesión de la tesis sostenida o propuesta.

6.3.d) La *inventio*.

Cómo encontrar qué decir. Para poder plantear argumentos es necesario tenerlos. Al mismo tiempo es necesario tener conocimientos sobre el tema y de allí la necesidad de contar con fuentes de información. Las fuentes más usuales de información para elaborar argumentaciones jurídicas son: las

²³⁸ Marco teórico: son las ideas (teorías e hipótesis) con las cuales supuestamente el problema adquiere un sentido. El marco teórico consiste en asumir una teoría que sirva de marco de referencia a todo el proceso de investigación, enlazando el problema con la metodología propuesta y empleada para buscarle una solución.

normas jurídicas, las resoluciones judiciales, y la teoría (bases de datos jurídicos, ensayos, manuales, artículos y monografías). Claramente, a mayor complejidad la estrategia determina una mayor búsqueda de información. Los discursos jurídicos necesitan tal grado de profundidad y detalle que la búsqueda previa de información se torna indispensable.

La *inventio* quizás sea la etapa más conocida de la elaboración de los discursos argumentativos y consiste en buscar las ideas adecuadas para incorporar a un mensaje persuasivo o en el caso del Derecho, convincente, y tornarlo aceptable. Es una operación esencialmente creativa ya que, antes de ella, el orador no sabe qué decir y es precisamente en la *inventio* donde se gesta la médula del discurso retórico.

Los argumentos no surgen de la nada, sino que a través del proceso de la *inventio* se recurre a argumentos que ya existen y pueden encontrarse recurriendo a determinados “tópicos” o lugares comunes. Es decir que de acuerdo a la teoría de la argumentación, la *inventio* es el proceso por el cual extraemos argumentos de ciertos lugares comunes que la mente ya conoce y memoriza y que nos permitirá construir el discurso.

Deberán buscarse argumentos probatorios y refutatorios de nuestra tesis, diseñar la línea argumental (*argumentatio*) y prever la descalificación de los argumentos por parte de un probable contra argumentante (*confutatio / refutatio*).

Dentro de la *inventio* en el específico campo del discurso argumentativo jurídico pensamos de extrema trascendencia la idea que Perelman nos ofrece respecto a lo que él llama “acuerdo previo” y que ningún buen argumentante debería olvidar.

El acuerdo previo es una premisa compartida por el auditorio y el orador que permite desarrollar la argumentación, aumentando la posibilidad de que ésta cumpla su fin. Es la evaluación de que el auditorio al que se dirige el argumento comparte el tópico de donde se lo extrajo.

Es decir que como argumentantes debemos extraer nuestros argumentos de ciertos tópicos que deben ser comunes a todos los interlocutores. Esto desecha de plano argumentos que el argumentante crea que son buenos para convencer pero que no se ha detenido a evaluar si conforman un lugar común compartido también por el auditorio.

6.3.e) Decidir el rumbo del discurso.

Las decisiones se encuentran en todos los ámbitos de la vida. Va con la condición humana. Lo cierto es que frente al conjunto de información generada para dar solución al problema es necesario tomar una posición, decidir en base a los intereses defendidos y al material argumentativo recolectado cómo puede plantearse la solución de los problemas.

No es esto una cuestión referida exclusivamente al juez que tiene por función primordial la toma de decisiones, sino también para los abogados, que son quienes previamente toman decisiones para justificar sus acciones. Como regla general, cada uno de los puntos del esquema se refiere a una cuestión polémica, que admite -en principio- varias soluciones posibles. En esta fase del trabajo hay que determinar de manera precisa cuál es el problema a resolver (evitando generalidades y ambigüedades), plantearse cuáles son las soluciones posibles y, si es posible, tomar partido por una de ellas.

Por supuesto, se debe estar abierto a la posibilidad de que el análisis racional del caso nos haga cambiar de opinión posteriormente, pero generalmente es buena idea tener una opinión formada en una fase temprana del proceso, una vez que hemos buscado la información pertinente.

En ocasiones no somos capaces de tomar partido de manera intuitiva. En estos casos, podemos pasar a la siguiente fase y analizar el caso de forma racional para encontrar los argumentos relevantes para decidir. Ahora bien, en último término, una vez finalizado este análisis, lo normal es que se nos exija algún tipo de pronunciamiento para que nuestro discurso no se perciba como vacío o incompleto. Generalmente, una argumentación que no toma partido por una de las opciones posibles (con todos los matices que sean necesarios) se percibe como poco útil o práctico. Así se podría calificar a la sentencia de un juez que no resuelve el conflicto que se le ha sometido como el caso de un profesional que no responde a los problemas planteados en su discurso.

Por consiguiente, en nuestro discurso argumentativo, como regla, será prudente manifestar alguna opinión, aunque la misma pueda tener variables morigeradoras de la primera propuesta discursiva derivándose el discurso argumentativo hacia otras alternativas.

6.3.f) Diseñar argumentos a favor y en contra de la opción tomada.

Tomada una postura frente a los problemas y analizado el material con el que se cuenta, es necesario expresar argumentos.

Un argumento, tal como hemos afirmado, es primordialmente un enunciado que conecta lógicamente una premisa con una conclusión. Se trata de brindar buenas razones que aduzcan la posibilidad de entender como válida una premisa.

Debe tenerse en cuenta que no cualquier argumento puede (debe) ser utilizado. No puede entrarse en los aspectos prácticos de la argumentación jurídica sin comprender lo que, a distancia, es un argumento válido o una falacia, y para ello una y otra vez debemos recurrir a los conceptos básicos de la lógica.

El argumento es válido si realmente hay una conexión lógica entre la premisa y la conclusión.

En este punto entramos en un ámbito conflictivo: el debate entre los argumentos eficaces y los argumentos válidos.

Decir que un argumento es válido implica decir que es lógicamente imposible que sus premisas sean verdaderas y su conclusión falsa: la conclusión se deriva lógicamente, cuando se infiere de las premisas.

Pero la eficacia es otro nivel de evaluación del argumento. Allí se mide su capacidad para que sea aceptado y compartido como premisa que corrobora la conclusión por parte del destinatario del discurso argumentativo.

Tal como sostiene Perelman la eficacia de la argumentación no depende del efecto que puedan lograr argumentos de modo aislado, sino más bien del conjunto del discurso, es decir de la cadena que se establece entre los argumentos y de la interacción de los mismos que se genera en el proceso mental del auditorio.

En el discurso argumentativo jurídico nos adentramos en el ámbito de una práctica que pretende “convencer” al auditorio, es decir que nos alejamos del ámbito de la persuasión. En el ámbito del derecho no se elabora con el discurso argumentativo una propuesta persuasiva que apele a una serie de mecanismos psicológicos donde no haya una mediación protagónica de la razón, sino que debe buscarse la convicción, que apele a la razón y hace un llamado a la revisión crítica, tanto de los argumentos a favor como de los argumentos en contra de la propuesta o tesis.

Es necesario pensar todo tipo de argumentos y no solo los favorables a nuestra tesis, evaluar qué argumentos se pueden esgrimir contra ella, para lo cual deberemos identificarlos. Claro está que no se los identifica para incluirlos en el discurso pero sí para determinar lo que pueden ser contra argumentos de la contraparte (adelantarnos a ellos, presentarlos ya refutados). Luego veremos la conveniencia o no de elaborar argumentos *a priori* ante la posible contra argumentación.

Por lo pronto el argumentante debe construir un catálogo de argumentos: más adelante se decidirá cuáles de ellos resultan los más fuertes dentro del contexto del discurso para ser incluidos. Decididos los argumentos se podrán relacionar estableciendo cadenas de argumentos, para lo cual también debe pensarse cierto orden que fortalezca el discurso.

En línea con lo dicho se abre la cuestión de establecer el orden de los argumentos presentados. Aun cuando no pueda establecerse cuándo está mejor dispuesto el auditorio a recibir ciertos argumentos, ante auditorios especializados (como lo es el jurídico) existe un orden que puede esperarse y que puede entenderse convencionalmente como admitido.

6.3.g) Alcance y organización de la argumentación.

Resulta interesante tomar las ideas de Perelman respecto a la organización de los argumentos dentro del discurso. En primer lugar un discurso convincente no está formado de una acumulación desordenada de argumentos o de un número indefinido de los mismos; por el contrario, requiere una organización de argumentos seleccionados, presentados en un orden tal que les otorgue la mayor fuerza.

Según el profesor belga, con el que coincidimos, no existiría a primera vista un límite en la cantidad de argumentos que pueden acumularse en un discurso, pues el fin último de la argumentación es reforzar la adhesión a cierta tesis por parte de un auditorio. Podría pensarse que necesitamos más argumentos a medida en que el auditorio sea más numeroso: a mayor cantidad de integrantes del auditorio mayor cantidad de argumentos. Nada parecido sucede en la práctica.

Debemos tener en cuenta dos aspectos del auditorio que determinan la extensión del discurso.

En primer lugar, la voluntad y capacidad del auditorio para prestar atención tiene sus limitaciones.

En este aspecto no debe olvidar quien argumenta -en nuestro caso, quien escribe- que su discurso es para otros, y debe ser leído. Perelman sostiene que no todos están preparados para leer textos extensos. Ello sucede aun cuando en el contexto del discurso haya una obligación de hacerlo (el ámbito jurídico es uno de esos casos). Aún en el contexto donde el auditorio este obligado a leer íntegramente el discurso existen límites para la presentación de la tesis esgrimida y de su defensa. Es prudente entonces no olvidar que los discursos argumentativos dentro del ámbito jurídico (y con mayor razón dentro del ámbito judicial) deben ser pensados y estructurados no como una tarea egocéntrica de satisfacción personal del argumentante sino como una pieza con una tésis definida a partir del otro; es decir de a quien se debe convencer.

Otra limitación informal puede surgir aun cuando no esté expresa en el contexto donde se desarrolle el discurso. En la mayoría de las etapas procesales los discursos escritos no se encuentran limitados en extensión²³⁹, no obstante ello existen límites informales, no escritos, donde la extensión del

²³⁹ En otras circunstancias las limitaciones en extensión se hacen expresas y rígidas. Tal el caso de la Acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Que establece que el recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12). Igual restricción será de aplicación para el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

discurso puede tornarse disvaliosa y afectar la fortaleza del mismo cuando se extiende más allá de lo que se considera normal en el foro. Claramente se trata de un límite surgido de la experiencia que se tiene en el ámbito donde se elaboran los discursos.

Podemos entonces afirmar que hay límites escritos o no en la extensión de la argumentación, y que estos deben ser reconocidos y aceptados por el argumentante.

Sentado esto y atento a la finitud que nos presenta la tarea argumentativa deben escogerse los argumentos en función de su fuerza convictiva, para lo cual deberá evaluarse en cada caso aquellos argumentos que se consideren más pertinentes para sostener y dar apoyo a la tesis propuesta. En ese aspecto otra reflexión nos surge como posible aporte: no deberían en principio exponerse argumentos que la pudieran poner. Y con ello entramos en el terreno de una práctica muy común en el foro: la exposición de argumentos en respuesta que se adelantan a los contra argumentos que hipotéticamente pudiera expresar la contraparte. La bilateralización limitada del discurso muchas veces fuerza al argumentante a adelantar argumentos a los que el otro pudiera posiblemente esgrimir.

Desde un punto de vista de lógica argumentativa el argumentante solo está obligado a exponer contraargumentos en la medida de haber recibido un argumento que lo amerite. Al decir de Alexy: quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

Si el argumentante se adelantara a argumentar contra un argumento hipotético que no ha sido expuesto en principios no estaría haciendo otra cosa que asumir la debilidad de su discurso en algún aspecto. Es decir que asumiría que alguno de sus flancos argumentativos es más débil que otros y por tanto merece reforzarse aun antes de haber sido atacado. Asumiendo que dicho flanco será atacado. No sería otra cosa que acercarse a la profecía autocumplida.

Podemos concluir entonces que adelantar contraargumentos cuando los argumentos de la contraparte no han sido vertidos en principio debilita la propia argumentación. Es cierto que frente a determinadas circunstancias y la imposibilidad cierta de contraargumentar (por ejemplo, porque no hay instancia procesal que lo permita) es lógico pensar en adelantar argumentos que se contrapongan a posibles críticas, pero resulta fundamental no olvidar que cuando se desarrollen existe la posibilidad de que se debilite el propio discurso argumentativo. Por lo cual esgrimir contraargumentaciones contra la hipotética refutación que pueda elaborar la contraparte debería estar limitada a lo que sea ineludible de abordar.

Es indispensable no generar dudas en el discurso que no se le habrían ocurrido al auditorio si no hubiesen sido mencionadas.

Por otra parte la utilización de argumentos débiles también genera un debilitamiento del discurso integralmente: la lectura que hace el auditorio de ellos afecta la confianza del mismo en el argumentante, ya que pueden inducir a la creencia de que no tiene otros mejores para fundamentar su tesis.

Los argumentos presentados deben organizarse de acuerdo con un orden particular. De lo contrario pierden eficacia, porque un argumento no es débil ni fuerte en un sentido absoluto y para todos los auditorios sino sólo en relación con un auditorio particular que está preparado para aceptarlo o no. Los argumentos eficaces pueden modificar las opiniones o las disposiciones de un auditorio. Un argumento que es débil porque no se adecua al auditorio puede ser fuerte y eficaz cuando el auditorio ha sido modificado por un argumento anterior. Del mismo modo, un argumento que es ineficaz porque no es comprendido puede volverse pertinente una vez que el auditorio ha sido bien informado.

En el caso de los discursos argumentativos hemos visto que la importancia de los tópicos o lugares comunes -aun cuando para las teorías más actuales de la argumentación jurídica no pueda limitarse la argumentación solo a una cuestión de tónica jurídica, como parecía pretender Viehweg, a quien se le ha reprochado desde antaño la vaguedad de los tópicos-. En el ámbito jurídico esos tópicos son específicos del ambiente especializado en el que se desenvuelve el discurso argumentativo en el ámbito jurídico²⁴⁰. No obstante no ser los tópicos los únicos elementos a partir de los cuales se pueden elaborar discursos argumentativos jurídicos, lo cierto es que cuando se parte de una tesis que conlleva estar contra alguno de los tópicos aceptados en el derecho dicho discurso merece una labor argumentativa más compleja y esforzada a fin de que la tesis novedosa sea aceptada.

Así como sostuvimos que no deberían darse mayores argumentos cuando la contraparte aún no ha contraargumentado, también sostenemos que, si lo postulado en la tesis resulta contrario a algún tópico aceptado, entonces resultará necesario desplegar un discurso que abarque todos los argumentos necesarios para superarlo.

B) Modelo de Manuel Atienza.

Nos hemos propuesto determinar la idoneidad y validez de las denominadas “Teorías de la Argumentación Jurídica” y, específicamente, la propuesta por Manuel Atienza Rodríguez (Oviedo, 1951) en el campo de la fundamentación de sentencias judiciales relativas a la responsabilidad civil y el problema de la “cuantificación de los daños”, como metodología para los jueces o tribunales en la aplicación del derecho a los casos particulares.

En el actual contexto socio-político (Estado de Derecho constitucional y democrático; § I.B.1) y cultural (la globalización-regionalismo-, el multiculturalismo, etc.), el model pergeñado por el catedrático español se erige en la teoría más apta y completa para la concepción constitucionalista o postpositivista del derecho y como tal en la teoría “rival” frente a las metodologías propuestas por las concepciones del siglo XX, cuyas falencias hemos detallado.

1. Aproximación a su teoría.

De forma liminar, es necesario poner de relieve que la argumentación jurídica de Manuel Atienza se inserta y se justifica en una concepción iusfilosófica, en una cierta “idea del derecho”, del conocimiento jurídico y de la justicia. Efectivamente, la teoría y práctica de la argumentación jurídica plantean y presuponen un pensamiento particular de la realidad jurídica y su contexto, que llevan –a nuestro autor– a identificar al derecho como un fenómeno social e histórico, que comprende al normativismo, pero que no se limita a reducirle a un sistema de normas. Para el profesor de la Universidad de Alicante, desde el punto de vista ontológico, la “idea del derecho” es fundamentalmente una *actividad o práctica social*, cuyo

²⁴⁰ Perelman, siguiendo el catálogo de Struck, menciona algunos: “nadie puede ser juez y parte”; “la ley posterior deroga a la anterior”; “nadie está obligado a lo imposible”; “la proporcionalidad”; “la seguridad jurídica”, entre otros.

objetivo principal -en los Estados constitucionales- es satisfacer los derechos fundamentales de los individuos²⁴¹.

La caracterización del derecho como “práctica social” se sustentada en tres componentes: 1) una concepción dinámica del derecho, lo que supone considerarlo no simplemente como un hecho social, sino como un artefacto social, extraordinariamente complejo, inventado para cumplir ciertos propósitos; 2) la distinción –dentro de esa compleja realidad- de dos dimensiones, una organizativa o autoritativa y otra finalista o axiológica, y articuladas de tal forma que la segunda no puede reducirse a la primera, sino que más bien goza de cierta preeminencia; y 3) la necesaria vinculación de la práctica jurídica con valores morales objetivos o con la “idea de justicia”²⁴².

El primero de los componentes, el derecho como artefacto social, alude a que no es una realidad natural, dada de antemano; sino artificial, creada por los hombres para satisfacer determinados fines. Además es complejo porque incluye no sólo objetos, sino también acciones, procesos, etc.; no sólo el producto, el resultado, sino también la actividad. Con el derecho en su conjunto, pero también con cada institución o con cada norma, se trata de lograr un propósito y, por eso, las cuestiones jurídicas son esencialmente prácticas, tienen que ver con los medios y los fines o, mejor, con la interrelación entre medios y fines (Ihering, Fuller)²⁴³.

El segundo componente, la doble dimensión del derecho (organizativa y finalista), refiere a la existencia de una organización compleja, compuesta no sólo de normas y coacción –elementos formales-, sino también de fines, por tratarse de una realidad especial donde confluyen los sistemas culturales y la organización externa de la sociedad dentro del plexo vivo de fines del mundo históricosocial (Ihering, Diltley)²⁴⁴.

El tercero de los componentes, la dimensión valorativa de la práctica jurídica, apunta a que dicha actividad –entendida como “cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan bienes inherentes a la misma” (MacIntyre)- no puede entenderse si no es en íntima conexión con los valores, los bienes que la caracterizan, y que los sujetos que participan en la misma han de esforzarse por lograr (virtudes)²⁴⁵. Además debe tenerse en cuenta la existencia de fines últimos indisponibles: de valores en sentido estricto (derechos humanos)²⁴⁶.

Pues bien, la idea del derecho y su caracterización presentan implicancias para la “teoría del derecho”. Entre otras cuestiones, la necesidad de combinar tres ingredientes fundamentales: el método analítico, el objetivismo moral y la transformación social. Respecto del método analítico, como aporte del positivismo del siglo XX a la cultura jurídica, se destaca el uso y aceptación de ciertas distinciones (por ej., entre enunciados descriptivos y prescriptivos, o entre explicar y justificar). En cuanto a la moral, aclara que el tema no paso por recurrir al derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo; la alternativa del objetivismo moral (mínimo) debería ser que, frente al relativismo, defiende la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero

²⁴¹ Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 9-11, 17 y ss.

²⁴² Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., p. 35 y ss.

²⁴³ Ihering, Rudolf, *La lucha por el derecho*, tr. Adolfo Posada, Ajica, México-Lima-Bs. As., p. 5. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., p. 36.

²⁴⁴ Ihering, Rudolf, *El fin en el derecho*, tr. Leonardo Rodríguez, Rodríguez Serra Editor, Madrid, pp. 32-34. Fassó, *Historia de la filosofía del Derecho*, tr. José E. Lorca Navarret, Pirámides, Salamanca, 1996, pp. 183-184.

²⁴⁵ MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, tr. Crítica, 2ª ed., Biblioteca de Bolsillo, Madrid, 2004, pp. 248, 252 y ss.

²⁴⁶ Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., pp. 43-44.

abiertas a la crítica y, por tanto, falibles. Finalmente, en cuanto a las teorías críticas y la necesidad de insertar el derecho en el medio social y planterase su potencial de transformación social, expone la conveniencia de que la teoría del derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social, etc.), y asuma el carácter histórico del derecho y de las categorías jurídicas, y preste atención a los elementos desiguales e ideológicos del derecho²⁴⁷.

A partir de esa idea del derecho como práctica social y de su aproximación a la realidad jurídica desde una visión “fisiológica y funcional” (no meramente estructural), el autor se orienta a la teoría de la argumentación²⁴⁸, que en rigor de verdad constituye una amalgama de los aportes realizados por diversos autores, especialmente, por aquellos que han propuesto una “lógica de los juristas” diversa a la metodología tradicional positivista. Se trata pensadores que siguen la huella de la rehabilitación de la razón práctica”; son filósofos o iusfilósofos tales como Viehweg, Perelman, Toulmin, Habermas, MacCormick, Alexy, entre otros, por lo que se podría calificar de una visión sincrética, en cuanto adopta para su modelo aquellos elementos o aportes más destacados de autores diversos, según se desprende de las citas e ideas recogidas en las obras que aludiremos seguidamente²⁴⁹.

Para la exposición de esta teoría se tendrá en consideración especialmente la desarrollada en su libro “Las razones del derecho” (1991); “El Derecho como Argumentación” (2006), “Curso de argumentación jurídica” (2013) y “Filosofía del Derecho y transformación social” (2017)²⁵⁰.

Atienza es, probablemente, uno de los teóricos de la argumentación más importante de habla hispana. En comparación con otros pensadores, quizás su teoría sea la más metódica y, a la par, la más abierta al compromiso de una ideología política y moral³²⁹, lo que contrasta con el análisis filosófico-histórico de Viehweg o Perelman, o el técnico de Toulmin o Alexy.

El profesor español estima que “una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas distintas, esto es, considerando cuál sea el objeto, el método y la función de la misma. Dicho de otra manera, se trataría de ver qué es lo que explica la teoría en cuestión, cómo lo explica y para qué, esto es, qué finalidad instrumental o no, manifiesta o latente, cumple”²⁵¹.

En el caso del propio Atienza, se trata de una teoría sustentada en su concepción general del derecho -filosófica y científica, como fuera apuntada al comienzo de este punto-, por lo que su perspectiva de la argumentación es inescindible de sus ideas acerca del fenómeno jurídico (esto es, como *práctica social compleja*).

Este enfoque lleva a ver el derecho no sólo desde la perspectiva estructural, funcional o valorativa, sino también desde el nuevo enfoque: el argumentativo, puesto que -en sus propias palabras- “nuestras sociedades tienen que hacer frente a una serie de problemas, de conflictos sociales e individuales, que exigen el uso de instrumentos jurídicos”. “La complejidad del Derecho de nuestras sociedades hace

²⁴⁷ Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., p. 50 y ss.

²⁴⁸ El autor considera que la iusfilosofía expuesta y la “idea del derecho” se conecta con una visión argumentativa del derecho, porque “permite volver operativas para los juristas muchas de las construcciones doctrinales elaboradas en el marco de la teoría del Derecho (la teoría de las fuentes, de los enunciados jurídicos, de la validez, de la interpretación, de la prueba...). Conecta a la filosofía del Derecho con la filosofía general (teoría general de la argumentación, filosofía moral y política) y con los saberes sociales (psicología cognitiva, teoría de la decisión, sociología jurídica...). Y lleva, en definitiva, a tener que servirse del método analítico para, sobre la base de cierto objetivismo moral (sin el cual no cabría hablar propiamente de criterios de corrección ni de argumentación jurídica justificatoria), facilitar la toma de decisiones encaminadas a mejorar el Derecho y la sociedad” (Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., p. 69).

²⁴⁹ También deben añadirse otros autores que influyen en su pensamiento como Recaséns Siches, Wróblewski, Peczenik, Aarnio, Summers, Alchourrón y Bulygin, Nino, Vaz Ferreira, etc.

²⁵⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (1991); *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007 (2006) y *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013; *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid (2017).

³²⁹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 251. Pareciera ser relativista, de tipo procedimental, al estilo de Alexy.

²⁵¹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 236.

necesario tener que recurrir a especialistas, a expertos en Derecho, que de alguna forma auxilian a los productores y a los aplicadores: así, un aspecto importante de la labor de los numerosos juristas al servicio de la Administración... consiste en argumentar, en proponer razonadamente el establecimiento de nuevas normas, la supresión de otras...; y la aplicación del Derecho exige, entre otras cosas, el concurso de abogados, los cuales desempeñan una labor que, en su núcleo, consiste en argumentar: para persuadir al juez, para aconsejar a un cliente, o para alcanzar un acuerdo negociado con el abogado de la otra parte...”; “... la dogmática jurídica y la técnica legislativa, mantienen también una conexión estrecha con la argumentación: su función básica consiste, cabe decir, en suministrar argumentos –por ejemplo, en el caso de la dogmática, argumentos más generales y de porte más sistemático que los que puedan encontrarse en los escritos de un abogado o en la sentencia de un juez– para la toma de decisiones en esas dos instancias básicas de todo sistema jurídico desarrollado: la producción y la aplicación de normas”²⁵².

Basándose en ello, propone al Derecho “como argumentación”, si bien más adelante matiza esta afirmación al sostener que el derecho no es sólo argumentación – refiriéndose el derecho teórico-, pero sí lo es en la práctica, donde consistente en razonar y en justificar decisiones jurídicas, sobre todo – reiteramos- en el derecho del Estado constitucional²⁵³.

Precisamente, desde la faz práctica del derecho, es que Atienza piensa que es necesario desarrollar una teoría jurídica que explique este fenómeno: la argumentación jurídica. Su tesis es que las principales concepciones del derecho del siglo XX no permiten -por diversos motivos- captar los aspectos argumentativos del derecho²⁵⁴. Entrevé que en nuestros días se encuentra en formación una nueva concepción del derecho –que él comparte (el postpositivismo o constitucionalismo postpositivista)-, cuyo trasfondo es el pragmatismo jurídico y que conlleva la idea del derecho como argumentación³³⁴.

En efecto, como hemos expuesto al inicio, Atienza entiende que “el Estado constitucional, en cuanto fenómeno histórico, está innegablemente vinculado al desarrollo creciente de la práctica argumentativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el constitucionalismo, en cuanto teoría constituye el núcleo de una concepción del Derecho que... no cabe ya en los moldes del positivismo jurídico, y una concepción que lleva a poner un particular énfasis en el Derecho como práctica argumentativa... Quienes no aceptan esta nueva concepción... no dejan por ello de reconocer la importancia de la argumentación en el Estado constitucional”; “cabría decir que de lo que se trata no es de que el jurista –el estudiante de derecho- llegue a conocer la información que se contiene en la base de datos del sistema, sino de que sepa cómo acceder a esa información, a los materiales jurídicos (es lo que los norteamericanos llaman *legal research*), y cuál es –y cómo funciona- el motor de inferencia del sistema, o sea, el conocimiento instrumental para manejar ese material (el *legal method* o el *legal reasoning*: ‘cómo hace el jurista experto’ –como piensa- para, con ese material, resolver un problema jurídico)”³³⁵.

A esas alturas, en un uso lingüístico coloquial pero sin perder la rigurosidad del tratamiento del tema, afirma que: “Al final, pues, lo que habría que propugnar no es exactamente una enseñanza más práctica (menos teórica) del derecho, sino una más metodológica y argumentativa. Si se quiere, al lado del lema ¡la enseñanza del derecho ha de ser más práctica!, habría que poner este otro: ¡no hay nada más práctico que la buena teoría y el núcleo de esa buena teoría es argumentación!”³³⁶.

²⁵² Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2004, pp. 251-254.

²⁵³ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, op. cit., p. 254.

²⁵⁴ Atienza considera que una concepción del derecho debe dar respuesta a una serie, más o menos articulada, de cuestiones básicas en relación al derecho, a saber: 1) cuáles son sus componentes básicos; 2) qué se entiende por derecho válido y cómo se trazan los límites entre el derecho y el no derecho; 3) qué relación guarda el derecho con la moral y con el poder; 4) qué funciones cumple el derecho, qué objetivos y valores deben –o pueden- alcanzarse con él; 5) cómo puede conocerse el derecho, de qué manera puede construirse el

Un ulterior factor en esta perspectiva nueva del derecho es de índole política. Las sociedades occidentales han perdido la legitimación basada en la autoridad y la tradición, en su lugar aparece el consentimiento de los afectados, la democracia. El ascenso de la democracia supone un incremento de la argumentación. Esto es, si se concibe a la democracia como un sistema de gobierno –un procedimiento de toma de decisiones- en el que se consideren las preferencias de todos, es obvio que existe un espacio mayor para la argumentación³³⁷.

Sobre este punto se observa, en casi todos los autores representantes de las teorías de la argumentación jurídica, la ligazón inescindible entre las teorías sobre el poder y sobre los sistemas democráticos y el modo de interpretar y trabajar el fenómeno jurídico.

Pues bien, como hemos apuntado antes (ver § II.A.5), en la denominada “parte general” de su teoría de la argumentación jurídica, Atienza presenta tres formas de entenderla a las que denomina argumentación formal, material y pragmática (dentro de esta última concepción a su vez distingue la dialéctica y la retórica)³³⁸.

La primera concepción –la argumentación *formal*- es característica de la lógica. En ésta se entiende el razonamiento jurídico como una inferencia, como un encadenamiento de proposiciones, así un argumento es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de unas de ellas se sigue otra. Este tipo de argumentación, sin embargo y como hemos visto, corresponde a un razonamiento del tipo silogístico aristotélico, donde no sólo es importante la inferencia deductiva, sino también el contenido de verdad o de corrección de las premisas. La segunda concepción, la *material* de la argumentación, “se preocupa no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas. Se trata de justificar las premisas no ya

conocimiento jurídico; 6) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho; y algunas otras más (Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., p. 19).

³³⁴ Atienza, *El Derecho como Argumentación*, op. cit., pp. 8, 57 y ss. ³³⁵

Atienza, *El Derecho como Argumentación*, op. cit., pp. 17-18.

³³⁶ Atienza, *El Derecho como Argumentación*, op. cit., op. cit., p. 18.

³³⁷ Atienza, *El Derecho como Argumentación*, op. cit., p. 19.

³³⁸ Dentro de la concepción pragmática de la argumentación realiza una distinción entre la dialéctica y la retórica.

mediante el silogismo... la justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan la corrección del razonamiento”. Se trata, en síntesis, de brindar buenas razones que aduzcan la posibilidad de entender como válida una premisa. La última, la concepción *pragmática*, considera a la argumentación como una interacción lingüística. Ésta se desarrolla entre dos o más sujetos, y tiene por objeto el convencimiento del uno sobre el otro²⁵⁵. Atienza afirma al respecto que “se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el Derecho como argumentación”²⁵⁶. El derecho es presentado desde esta perspectiva como un complejo entramado de decisiones y argumentaciones, “pero decidir, se ha visto, no es argumentar; los razonamientos, los argumentos, no son las decisiones, sino las razones - o cierto tipo de razones - que pueden darse en favor de las decisiones”²⁵⁷.

²⁵⁵ Atienza, *El Derecho como Argumentación*, op. cit., p. 66 y ss.

²⁵⁶ Atienza, Manuel, *Derecho y Argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 23.

²⁵⁷ Atienza, *Derecho y Argumentación*, op. cit. p. 33.

Antes de comenzar a desarrollar los puntos principales de la teoría de Atienza, debemos destacar la función práctica que para el autor tiene la teoría de argumentación jurídica, la cual “debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el Derecho”²⁵⁸.

En una proyección más teórica, Atienza afirma que las teorías de la argumentación jurídica deberán estar orientadas a la mejora de los sistemas jurídicos, de tal forma que éstos sean considerados sistemas jurídicos expertos²⁵⁹. Resulta relevante también que en su opinión las teorías de la argumentación jurídica deben cumplir una función básica en cuanto a la mejora de la enseñanza del derecho, pues “un objetivo central del proceso de aprendizaje del derecho tendría que ser el de aprender a pensar o a razonar *como un jurista*, y no a limitarse a conocer los contenidos del derecho positivo. La teoría de la argumentación jurídica tendría que suministrar una base adecuada para el logro de este objetivo”³⁴⁴.

2. El derecho como argumentación y el objeto de su teoría.

2.1) Fuentes bibliográficas.

Ya en su reconocida obra *Las razones del derecho* de 1991 —quizás el libro de habla castellana de mayor trascendencia para introducirse en las teorías de la argumentación jurídica”²⁶⁰- Atienza comienza por esbozar lo que él mismo denomina “proyecto de una teoría de la argumentación jurídica”, en la, que en propias palabras, sugerirá “las líneas fundamentales que deberían guiar la construcción de una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada”²⁶¹. O como bien lo expresa en *Derecho y Argumentación*: “elaborar un esquema general que pueda servir como guía para edificar una teoría plenamente desarrollada de la argumentación jurídica”³⁴⁷.

La teoría fue posteriormente desarrollada y precisada en otras obras como *El Derecho como argumentación* (2006)²⁶² y *Curso de argumentación jurídica* (2013)²⁶³. También resultan de interés otros trabajos realizados en publicaciones colectivas: *La teoría del derecho en el paradigma Constitucional* (Ferrajoli, Moreso y Atienza, 2008²⁶⁴); *Para una teoría postpositivista del Derecho* (Atienza y Ruíz Manero, 2009²⁶⁵) y “Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado” (2016)²⁶⁶. Finalmente, cabe destacar el discurso pronunciado con motivo del título honoris causa otorgado por la Universidad del Litoral (Argentina) el día 22 de octubre 2014, que lleva como título “El giro argumentativo en la teoría del derecho

²⁵⁸ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 250.

²⁵⁹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 250.

³⁴⁴ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 250.

²⁶⁰ Es el propio Atienza el que luego genera algún demérito de su propia obra, cuando en el prólogo a la edición mexicana del año 2000 afirma: “lo que entonces escribía a propósito de las diversas concepciones de la argumentación jurídica, que han tenido una gran influencia desde los años cincuenta (la de los lógicos; la de los *precursores*, Viehweg, Perelman y Toulmin; y la de los representantes de la *teoría estándar*: MacCormick y Alexy) me sigue pareciendo hoy básicamente correcto, pero incompleto; y las sugerencias que hacía —en el último capítulo— sobre cómo construir una teoría del razonamiento jurídico que superara algunos de los déficits que me pareció encontrar en las anteriores concepciones, las he desarrollado —y sometido a un proceso de ajuste— en una serie de artículos que he publicado desde entonces (cfr. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 2a. reimpresión, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000).

²⁶¹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 235.

³⁴⁷ Atienza, *Derecho y Argumentación*, op. cit.

²⁶² Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007 (2006).

²⁶³ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

²⁶⁴ Ferrajoli, Luigi - Moreso, Juan J. - Atienza, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

²⁶⁵ Atienza, Manuel - Ruíz, Manero, Juan, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Lima, 2009.

²⁶⁶ Atienza, Manuel - García Amado, Juan A., “Diálogos Jurídicos”, Anuario de la Facultad de Derecho, n° 1, 2016, pp. 229-255.

contemporánea”; éste último ensayo, junto con los relacionados con su filosofía del derecho se encuentran recogidos en el libro *Filosofía del Derecho y transformación social* (ed. Trotta, Madrid, 2017).

2.2) La teoría. Perspectivas y aspectos.

Desde la postura de Atienza, la teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas distintas (el objeto, el método y la función de la misma). En otras palabras, como el mismo apunta, qué es lo que explica la teoría, cómo lo explica y para qué lo explica. En ese orden alega que las teorías que lo han precedido y que fueran resumidas en su obra resultan deficitarias en los tres aspectos, frente a lo cual esboza algunas propuestas alternativas²⁶⁷.

Los aspectos en los que las teorías de la argumentación jurídica, incluso las estándares como las de MacCormick y Alexy, son deficientes y que podrían mejorarse, y que el mismo Atienza procura superarlas, son: a) la argumentación en relación a las decisiones judiciales; b) la argumentación en el ámbito de la producción del Derecho (la faz legislativa); c) la argumentación referida al ámbito de la resolución de los conflictos que exceda el mero ámbito la adjudicación y se adentre en el de la mediación o negociación y d) la argumentación y su faz descriptiva, entendida tanto como contexto de descubrimiento o como descripción de cómo se fundamentan de hecho las decisiones judiciales²⁶⁸.

Respecto del primero de los puntos señalados, la insuficiencia de las teorías estándares se presenta en cuanto al *objeto* de la argumentación jurídica. Atienza critica que se haya ocupado casi con exclusividad de cuestiones de tipo normativo, dejando fuera de su estudio la mayor parte de las argumentaciones que se producen fuera de los tribunales superiores, precisamente la argumentación que versa sobre los *hechos*²⁶⁹.

La construcción de una teoría de la argumentación jurídica, que también se ocupe de este tipo de razonamiento jurídico, generaría una mayor aproximación hacia las teorías de la argumentación que se desarrollan en otros ámbitos, como la argumentación científica y la argumentación de la vida ordinaria. Por otro lado, obligaría a considerar que la teoría de la argumentación jurídica no sólo ha de desarrollarse en estrecho contacto con la teoría moral y con lo que normalmente se llama “teoría del derecho”, sino junto a la sociología del derecho, entendida como teoría sociológica y como investigaciones de tipo empírico²⁷⁰.

²⁶⁷ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 236.

²⁶⁸ Para el conocimiento y crítica de las teorías de Alexy y MacCormick, véase Grajales-Negri, *Argumentación jurídica*, op. cit., p. 396 y ss.; p. 417 y ss.; ídem, *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*, Marcial-Pons, Buenos Aires-Madrid, 2018, p. 166 y ss.; p. 209 y ss. cfr. Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 236 y ss. El profesor de la Universidad de Alicante dirá que “uno de los mayores defectos de la teoría estándar de la argumentación jurídica es precisamente que esta no ha elaborado un procedimiento que permita representar adecuadamente cómo los juristas fundamentan de hecho sus decisiones. Tanto MacCormick como Alexy recurren a estos efectos a la lógica formal deductiva —digamos, la lógica clásica—, pero me parece que esta, por sí sola, no es un instrumento suficiente para cumplir ese objetivo. Básicamente, porque en los procesos de argumentación jurídica —así como en la argumentación en la vida ordinaria— juegan un papel fundamental las relaciones de ser un argumento a favor de y ser un argumento en contra de, que no pueden traducirse adecuadamente en términos de la noción habitual de inferencia lógica” (p. 240).

En su opinión “Un fragmento de argumentación jurídica podría, en mi opinión (...), representarse adecuadamente si se utilizan diagramas que permitan dar cuenta tanto del aspecto sintáctico como del aspecto semántico y pragmático de la argumentación” (ídem).

Básicamente el esquema el siguiente: el planteamiento de un problema; afirmación de un enunciado empírico (universal o singular); adopción de un enunciado normativo que obliga, prohíbe o permite hacer algo; formulación de una pregunta que se puede hacer en el curso de la argumentación y que puede tener una o más salidas; asunción de un juicio de valor; establecimiento de una definición o de un postulado de significado; adopción de un principio (que puede considerarse algo a mitad de camino entre un valor y una norma); etc. (ídem, p. 241).

²⁶⁹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 241.

²⁷⁰ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 237.

³⁵⁷ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 239.

En lo que respecta a la función de la argumentación jurídica, considera que la teoría de la argumentación jurídica no puede tener un carácter puramente prescriptivo, sino que además ha de ser descriptiva²⁷¹.

Con tal aseveración quiere significar que la argumentación debe ser capaz de dar cuenta suficiente de los argumentos tienen de hecho en la vida jurídica: las teorías de la argumentación jurídica no solo deberían prestar atención al “contexto de justificación” de la toma de decisiones sino también al “contexto de descubrimiento” que entrañan las mismas, y deberían estudiar el método que permita describir cómo se fundamentan de hecho las decisiones tomadas.

2.3) Justificación interna y justificación externa.

Al final del punto anterior se indicó un tema clave de las teorías estándares de la argumentación jurídica: la distinción entre justificación externa y justificación interna del razonamiento jurídico²⁷¹.

Se ha considerado que el razonamiento jurídico puede ser explicado o esquematizado siguiendo la distinción clásica –propia del ámbito de la filosofía de las ciencias- entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, distinción que ha adquirido trascendencia en el desarrollo de las teorías estándares de la argumentación, por influencia de Wróblewski, en orden a contribuir a la racionalidad de las decisiones jurídicas (v.gr., Alexy, Aarnio)²⁷².

Al respecto, cabe aclarar que el autor polaco alteró la denominación –mediante una trasposición-, llamando a la primera –contexto de descubrimiento- como “justificación externa” y a la segunda –contexto de justificación- como “justificación interna”²⁷³.

En efecto, la distinción señalada proviene de la epistemología y, particularmente, de las ideas de Reichenbach y Popper. Para el primero la distinción tiene por objeto delimitar el campo de la epistemología: ésta sólo se ocupa del contexto de justificación, mientras que el contexto de descubrimiento tiene ver con el modo del pensador de encontrar un teorema, así como cualquier discusión sobre los procesos reales del pensar.

El segundo, Karl Popper, formula la distinción del siguiente modo: la etapa inicial, el acto de concebir o de inventar una teoría, es un tema propio de la psicología empírica, pero no del conocimiento científico (epistemología), que alude a cuestiones de justificación o validez lógica²⁷⁴: “La etapa inicial, el acto de concebir o inventar una teoría, no me parece que exija un análisis lógico ni sea susceptible de él. La cuestión acerca de cómo se le ocurre una idea nueva a una persona -ya sea un tema musical, un conflicto dramático o una teoría científica- puede ser de gran interés para la psicología empírica, pero carece de

²⁷¹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, pp. 45-46.

²⁷² Nettel, Ana L., “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, en *Isonomía*, n. 5, 1996, p. 115.

²⁷³ Wróblewski, Jerzy, “Legal Decision and Its Justification”, en *Le raisonnement Juridique*, Actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, H. Buben, 1971, Bruselas, pp. 409-419; idem, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, en *Rechtstheorie*, n. 5, 1974, pp. 33-46; idem, *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit., 2018, pp. 44-45. Alexy, Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 213. Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 266-267.

²⁷⁴ Reichenbach, Hans, *Experience and Prediction*, University of Chicago Press, Chicago, 1938, pp. 7-8. Popper, Karl, *Logik der Forschung*, traducida al castellano del inglés como *La lógica de la investigación científica*, por Víctor Sanchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 30-31. Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, op. cit., p. 267. Nettel, Ana L., “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, en *Isonomía*, n. 5, 1996, p. 109.

importancia para el análisis lógico del conocimiento científico. Este no se interesa por *cuestiones de hecho* (el *quid facti?* de Kant), sino únicamente por cuestiones *justificación* o *validez* (el *quid juris?* kantiano)²⁷⁵.

Por ello, Popper propone distinguir netamente entre el proceso de concebir una idea nueva y los métodos y resultados de su examen lógico: “En cuanto a la tarea de la lógica del conocimiento -que he contrapuesto a la psicología del mismo-, me basaré en el supuesto de que consiste pura y exclusivamente en la investigación de los métodos empleados en las contrastaciones sistemáticas a que debe someterse toda idea nueva antes de que se la pueda sostener seriamente. Algunos objetarán, tal vez, que sería más pertinente considerar como ocupación propia de la epistemología la fabricación de lo que se ha llamado una ‘reconstrucción racional’ de los pasos que han llevado al científico al descubrimiento, a encontrar una nueva verdad. Pero la cuestión se convierte entonces en: ¿qué es, exactamente, lo que queremos reconstruir? Si lo que se trata de reconstruir son los procesos que tienen lugar durante el estímulo y formación de inspiraciones, me niego a aceptar semejante cosa como tarea de la lógica del conocimiento: tales procesos son asunto de la psicología empírica, pero difícilmente de la lógica”. Por eso Popper propone la “eliminación del psicologismo” del área de la “lógica del conocimiento” (epistemología)²⁷⁶.

Manuel Atienza nos brinda una explicación más acabada de esta traspolación al campo de la epistemología jurídica, y el porqué de la adopción de esta tesis para su teoría de la argumentación jurídica²⁷⁷.

A su modo de ver, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación permite diferenciar –a su vez- dos perspectivas de análisis de las argumentaciones. Así pues, por un lado, distingue el enfoque de determinadas ciencias sociales, como la psicología social, que han diseñado diversos modelos para *explicar* el proceso de toma de decisiones; al que se llega, en parte, mediante el uso de argumentos (v.gr., en el campo del derecho, el de la información integrada de Martín F. Kaplan, que pretende explicar no sólo cómo se decide sino que sugiere también qué es lo que llevó a decidir de determinada manera), y, por otro lado, la perspectiva de otras disciplinas que estudian bajo qué condiciones un argumento puede considerarse *justificado*. Aquí, a su vez, puede hablarse de una justificación *formal* de los argumentos (cuándo un argumento es formalmente correcto) y de una justificación *material* (cuándo puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable). Ello permitiría distinguir entre la *lógica formal* o deductiva, por una parte, y lo que a veces se llama *lógica material* o *informal* (en donde se incluirían la tópica, la retórica, etc.), por la otra³⁶⁵.

De forma esquemática se puede decir entonces que el proceso de toma de decisiones, en el que campean motivaciones psicológicas, constituye una actividad extralógica (contexto de descubrimiento), en tanto que la actividad de “sentar” las premisas en el razonamiento judicial justificatorio como la de “razonar” a partir de las premisas establecidas, importa una actividad netamente lógica, sea formal o informal (contexto de justificación).

Atienza entiende que las teorías estándares de la argumentación jurídica (Alexy, MacCormick), incluyendo la suya, se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, esto es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas. Se trata, por tanto, de teorías que pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también (y al mismo tiempo, según ellos, ambos planos coinciden en

²⁷⁵ Popper, *La lógica de la investigación científica*, op. cit., pp. 30-31.

²⁷⁶ Popper, *La lógica de la investigación científica*, op. cit., p. 31.

²⁷⁷ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, pp. 22-25 y 45-46.

³⁶⁵ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, pp. 22-24.

general) cómo se deberían justificar. Parten del hecho de que las decisiones jurídicas deben ser y pueden ser justificadas.

Sin embargo, tal distinción ha sido cuestionada en la epistemología jurídica. Se dice que la diferenciación entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación nos llevaría a creer que las cuestiones de hecho (esto es, la forma en que fueron creadas las ideas) no tiene relevancia para la justificación de las teorías ni, *mutatis mutandi*, para la justificación de la decisión judicial²⁷⁸. Es más, las teorías estándares de la argumentación jurídica se auxiliarían de esta distinción, ubicando sus desarrollos en el contexto de justificación, dejando de lado todo aquello que tiene que ver con la forma en que se llegó a la decisión. De esta manera las teorías no analizarían los elementos ideológicos, psicológicos y sociológicos que llevan a las autoridades a plantear de tal o cual forma las decisiones, por lo que excluirían de su análisis las motivaciones reales de quienes deciden.

Desde las huestes de las teorías estándares de la argumentación, se dice que ello no es de relevancia para el análisis justificatorio²⁷⁹: un análisis que tome en cuenta este tipo de elementos está explicando y no analizando las razones que sostienen la decisión: no se ocupa de ver si la conclusión de la decisión se sigue de las premisas, que es precisamente lo que significa para ellos justificar²⁸⁰.

Empero, se insiste en que con los presupuestos metodológicos de las teorías estándares se evade todo lo que no sería susceptible de análisis lógico, lo que no es universal o general, es decir, lo contingente, lo particular (en sentido similar se pronuncia Haba cuando critica a las teorías de la argumentación jurídica²⁸¹). De manera que los presupuestos epistemológicos que implica la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación, en el ámbito de las decisiones judiciales, excluiría un enfoque que considere la forma en que efectivamente se llevan a cabo las decisiones, o lo que es lo mismo –dice Nettel– el análisis fiel de las decisiones judiciales en su contexto histórico, sociológico y psicológico.

Por esa razón es que –para Fleck– la epistemología necesita ampliar su marco de intereses; debe tomar en cuenta la pluralidad de los estilos de pensamiento y la multiplicidad de los colectivos de pensamiento. Asimismo, debe considerar el momento de desarrollo –tomando también en cuenta los estados embrionarios del conocimiento–, de manera que la epistemología comprenda los métodos psicológico, sociológico e histórico²⁸².

Si ello es así, habría que proponer el estudio del “contexto histórico sociológico en la construcción del conocimiento” dentro de la teoría de la argumentación jurídica, consistente en investigar la racionalidad que está implícita en los estilos de pensamiento de los jueces, no para solamente describirla y después poder predecirla, como propusiera Ross, sino para compararlos y criticarlos²⁸³.

²⁷⁸ Nettel, “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, op. cit., p. 110.

²⁷⁹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., pp. 24-26.

²⁸⁰ Cfr. Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, pp. 26. Nettel, “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, op. cit., p. 115.

²⁸¹ Haba, Enrique P., “Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación”, en *Doxa*, n. 33, 2010, pp. 321-360, n. 1, *Visión General*, p. 328. Véase también Haba, Enrique P. - Atienza, Manuel - Sarlo, Óscar - García Amado, Juan A. - Carrión W., Roque, *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2014.

²⁸² Fleck, Ludwik, *La génesis y el desarrollo de un hecho científico. Introducción a la teoría del estilo del pensamiento y del colectivo de pensamiento*, Alianza, Madrid, 1986; ídem, “The problem of epistemology”, en R. S. Cohen y T. Schnelle (eds.), *Cognition and Fact. Materials on Ludwick Fleck*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1986, pp. 111-112. Nettel, “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, op. cit., pp. 111-113.

²⁸³ Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 105 y ss. Nettel, “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, op. cit., p. 117.

En otras palabras, la distinción entre “motivos” y “razones” (contexto de descubrimiento y contexto de justificación), se presenta de alguna manera en la clásica contraposición entre las concepciones iusfilosóficas entre “realistas” y no “realistas” (como los postpositivistas –en sus versiones fuertes o débiles- y los iusnaturalistas). Ambas concepciones tratan la cuestión de la aplicación del derecho por parte de los jueces desde puntos de vista diferentes: los primeros desde la perspectiva del contexto de descubrimiento, teniendo en cuenta los factores que realmente influyeron en el juez al tomar la decisión (elementos de la personalidad, estatus social, emociones, etc.), los segundos desde el contexto de justificación, esto es, a las circunstancias que surgen del ordenamiento jurídico, los hechos acreditados en el caso, etc. Empero, más allá de estas perspectivas, lo cierto es que el proceso real de toma de decisiones –el conjunto de conocimientos que emplea el juez- está determinado en gran medida por el contexto de descubrimiento. Por eso señala con acierto Bankowski que: “*the way we set about finding the truth will also determine in part the truth*”²⁸⁴.

Pues bien, en el campo del derecho, tal diferenciación sigue siendo uno de los puntos de referencia para el análisis de las decisiones judiciales y su “racionalidad” (Wróblewski, Taruffo, MacCormick, Aarnio, Alexy, Atienza, entre otros). Por ejemplo, Carlos Nino distingue entre las razones explicatorias o subjetivas, por las que alguien –un juez- ha decidido una cuestión de una determinada manera (se identifican los estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones –creencias o deseos-), y las razones justificatorias u objetivas –a partir de las cuales han sido inferidas las conclusiones jurídicas- son aquellas que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción y, por ende, valorarlas y determinar si las razones son buenas o malas de distintos puntos de vista (como el moral, el prudencial o el jurídico); las razones justificatorias son aquellas que sirven de premisas de un razonamiento que conduce a una acción (Raz)²⁸⁵.

Taruffo –por su parte- expone que la distinción entre el razonamiento decisorio y el razonamiento justificatorio –siguiendo las ideas de Richard Wasserstrom- resulta reveladora de la actividad del juez, dado que ella permite introducir en este “vago e indistinto fenómeno” una diferenciación fundamental: “una cosa es el procedimiento a través del cual el juez llega a formular la decisión final, mediante una concatenación de elecciones, de hipótesis constatadas como falsas o bien confirmadas, de mutaciones que intervienen en curso del proceso, de elaboraciones y valoraciones que desembocan en la decisión final; y otra cosa es el razonamiento con el cual el juez, luego de haber formulado la decisión final, organiza un razonamiento justificativo en el cual expone las ‘buenas razones’ en función de las cuales su decisión debería ser aceptada como válida y compartible”²⁸⁶. Ambos contextos –el de descubrimiento y el de justificación- presentan características diversas y comunes²⁸⁷. Pero, según Taruffo, no pueden asimilarse, porque “si la negación de la distinción entre los dos contextos lleva a sostener –como sucede frecuentemente- que la motivación de la sentencia sea una especie de registro, o de balance, del procedimiento mental a través del cual el juez llegó a la decisión, se trata de una opinión que choca de manera clamorosa contra la realidad de los hechos. Para darse cuenta de ello, basta con pensar en la eventualidad, muy frecuente, de que la motivación sea escrita con una distancia de meses o de años

²⁸⁴ Bankowski, Zenon “The jury and the Reality”, en Neoth, P. (ed.), *Law, Interpretation and Reality*, Kluwer, Dordrecht-Boston-London, pp. 232-233, cit. por Iturralde Sesma, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, op. cit., p. 272.

Bankowski dice que el hecho de que un jurado encuentre a un acusado culpable depende del proceso judicial, las normas de prueba y los procedimientos que se usan para construir y comprobar historias rivales “coherentes” sobre lo que ha ocurrido.

²⁸⁵ Nino, Carlos S., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 126 y 129-130.

²⁸⁶ Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, op. cit., pp. 14-15.

²⁸⁷ Afirmar que el razonamiento decisorio y el razonamiento justificativo constituyen fases diversas del razonamiento del juez (dice Taruffo), y que no son concebibles el uno como la fotocopia del otro, no significa afirmar que ambos sean diversos en todos sus aspectos, tanto por lo que hace a su estructura como a sus contenidos. ³⁷⁶ Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, op. cit., p. 16.

respecto del momento en el cual se formuló la decisión; o bien en el caso en el que aquella es redactada sólo por uno de los miembros del órgano colegiado que ha formulado la decisión... Quien conozca al menos un poco la teoría de la argumentación debería tener claro que los instrumentos que se usan para decidir no son los mismos que se usan para justificar, como saben bien los teóricos de la decisión”³⁷⁶.

En síntesis, si bien la diferenciación clave de las teorías estándares de la argumentación, esto es, la distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación resulta controvertida o cuestionada por algunos autores, lo cierto es que no ha sido falseada en su núcleo más duro –desde el plano de la racionalidad-, en la medida en que lo que se procura brindar son las razones que sostuvieron la decisión y no la explicación de sus motivos, vale decir, si la conclusión de la decisión se sigue de las premisas, que es precisamente lo que significa justificar²⁸⁸, siendo pues las teorías estándares de la argumentación –y entre ellas la de Atienza- la que hasta la fecha la “mejor disponible” en el campo del derecho²⁸⁹.

3. Aportes metodológicos de la teoría sincrética.

Quizás el aporte más concreto de Atienza a las teorías estándares de la argumentación jurídica es el que brinda con relación al problema metodológico²⁹⁰. Como veremos más adelante, este punto será uno de los aportes más destacados para el campo de la dogmática civilista en materia de cuantificación de daños a la persona (§ IV).

En efecto, en este punto nuestro autor trasciende la mera crítica. El mismo dice que “una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada tendría que disponer... de un método que permita representar adecuadamente el proceso real de la argumentación (al menos, la fundamentación de una decisión, tal y como aparece plasmada en las sentencias y en otros documentos jurídicos), así como de criterios —tan precisos como sea posible— para juzgar sobre la corrección —o sobre la mayor o menor corrección— de esas argumentaciones y de sus resultados, las decisiones jurídicas”³⁸⁰.

En otras palabras, su teoría propone el diseño de un modelo que permita la reconstrucción racional de todo el proceso de argumentación que se lleva a cabo, especialmente, frente a un caso difícil²⁹¹.

Así pues, considera una sucesión de pasos que deberían tenerse en cuenta:

3.a) Identificación del problema.

En esto punto sigue a Neil MacCormick y enumera los elementos y/o pasos que deben identificarse -y adoptarse- en todo razonamiento jurídico sentencial³⁸². Ellos son:

1) Problemas de relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál es la norma aplicable a un caso.

²⁸⁸ Cfr. Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, pp. 26. Nettel, “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, op. cit., p. 115.

²⁸⁹ Bunge, Mario, *Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica*, tr. H. Pons, Sudamericana, Buenos Aires, 1999, pp. 7 y 10-11. Popper, Karl R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, tr. Néstor Míguez, Paidós, 3ª reimp., Barcelona, 1991, p. 264 y ss.; ídem, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 290-292.

²⁹⁰ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 240 y ss.

³⁸⁰ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 240.

²⁹¹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 243

³⁸² Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 244.

2) Problemas de interpretación, que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso;

3) Problemas de prueba, que se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar.

4) Problemas de calificación, que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.

3.b) Limitación a un problema de interpretación.

Aun cuando admite que en muchos casos puede que haya que enfrentarse con una cuestión compleja en donde, por ejemplo, el problema de interpretación se encuentra íntimamente relacionado con los otros tipos de problemas, hay que determinar si el problema de interpretación surge por insuficiencia de información (esto es, la norma aplicable al caso es una norma particular que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión) o por un exceso de información (la norma aplicable puede, en principio, entenderse de varias maneras que resultan ser incompatibles entre sí)²⁹².

Esto tiene que ver con la consideración de la argumentación como un proceso de tipo informativo, en el cual se parte de determinada información -contenida en las premisas- para llegar a una información de salida -la de la conclusión-. Cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso de tipo deductivo²⁹³.

Con claridad, Atienza nos dice que normalmente necesitamos argumentar en aquellas situaciones en que la información de las premisas es deficitaria, o bien excesiva (no en el sentido de redundante, sino en el de contradictoria) para poder llegar a la conclusión deseada²⁹⁴.

3.c) Construcción de una hipótesis.

Hay que construir hipótesis de solución para el problema, esto es, hay que construir nuevas premisas para crear una nueva situación informativa que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación con la conclusión. Si se trata de un problema interpretativo por insuficiencia de información, la nueva premisa tendrá que consistir en una reformulación de la norma de la cual se parte, que dé lugar a una nueva norma que resulte ser suficientemente amplia —o suficientemente precisa— como para abarcar el caso sometido a examen.

Si se tratara de un problema interpretativo por exceso de información, habría que optar por una de las diversas interpretaciones posibles de la norma en cuestión, descartando todas las demás²⁹⁵.

3.d) Justificación de la hipótesis.

Hay que justificar las hipótesis de solución formuladas, es decir, hay que presentar argumentos a favor de la interpretación propuesta. Si se trata de un problema de insuficiencia de información, la

²⁹² Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 244.

²⁹³ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, pp. 244-245.

²⁹⁴ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 245.

²⁹⁵ *Ibidem*.

argumentación —entendiendo por tal, el conjunto de los argumentos aducidos y estructurados de una cierta forma— se puede llamar, en sentido amplio, analógica. En la argumentación *analógica* pueden subdistinguirse, a su vez, diversas formas de argumentar, según se use una argumentación *a pari* o *a simili*, una argumentación *a contrario*, o una argumentación *a fortiori*²⁹⁶.

Por otra parte, Atienza sostiene que si se tratara de un problema de exceso de información, la argumentación tendría lugar mediante el esquema de la *reductio ad absurdum*. Lo que en el uso de este tipo de argumentación se trata de mostrar es que determinadas interpretaciones no son posibles, porque llevarían a consecuencias —entendido este término en un sentido muy amplio, que incluye tanto consecuencias fácticas como normativas— inaceptables.

Debe quedar claro que los argumentos son enunciados —empíricos, normativos, etc.— que se aducen a favor de otros enunciados, por lo que tanto la analogía como la reducción al absurdo no son propiamente argumentos, sino estrategias o formas de argumentación que, desde luego, pueden aparecer entrelazadas en un proceso complejo de argumentación²⁹⁷.

Para argumentar a favor de determinada tesis puede elegirse, en principio, cualquiera de estas dos estrategias, que resultarán más o menos útiles en función de cuál sea la situación argumentativa; o si se quiere, de cómo interpreta la misma el que argumenta.

3.e) Finalización del modelo.

De las nuevas premisas a la conclusión. El último paso con el que se terminaría el modelo, según indica escuetamente Atienza, resultaría el ir desde las nuevas premisas a la conclusión. Se trataría de la culminación de todo el proceso de argumentación, que finaliza con este esquema de justificación interna, es decir, de lógica “formal”³⁸⁹.

4. Criterios de corrección. Cognoscitivismo y objetivismo “mínimo”.

Atienza estima que el modelo de argumentación por él propuesto sería insuficiente si no se contemplaran además “criterios que deban usarse para juzgar su corrección” (justificación externa). Pensamos que valores como la vida humana, la integridad psicofísica, la dignidad humana, la libertad, etc., no serían estimados debidamente si no a través de una teoría ética que vincule sustancialmente al derecho, en orden a su salvaguarda (derechos humanos) por medio de las instituciones políticas y sociales.

En su opinión, “uno de los mayores méritos de la teoría estándar de la argumentación jurídica es haber contribuido notablemente a la elaboración de este tipo de criterios, que... tanto en el caso de MacCormick como en el de Alexy se condensa en la *noción de racionalidad práctica*. Sin embargo, dicha noción... *resulta aún insuficientemente desarrollada*. La objeción fundamental que se les puede dirigir es que los criterios de racionalidad práctica son exclusivamente criterios mínimos que sólo permiten descartar como irracionales determinadas decisiones o formas de argumentación. Pero el problema estriba en que, en relación con los casos difíciles, lo que suele ocurrir es que las diferentes soluciones en presencia... pasan ese test de racionalidad²⁹⁸.

²⁹⁶ Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., p. 38 y ss.

²⁹⁷ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, pp. 245-246.

³⁸⁹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 247.

²⁹⁸ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, pp. 247-248.

Al respecto, Atienza plantea, entonces, la posibilidad de “extender la noción de racionalidad práctica antes recordada para abarcar una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad que ofreciera algún tipo de criterio con que operar en los casos difíciles, por más que tales criterios puedan resultar discutibles o no gocen ya de la solidez de los otros”²⁹⁹.

Sin embargo, la sugerencia de Atienza no se queda ahí, va aún más lejos: pareciera que siguiendo a Dworkin³⁰⁰- habría que recurrir a los principios y directrices ético-políticas. Efectivamente, el catedrático nos dice que “una tal teoría, por otro lado, no podría tener un carácter puramente o esencialmente formal, sino que tendría que incorporar necesariamente contenidos de naturaleza política y moral”³⁰³.

De esta manera, considera que el objetivismo mínimo ético es una condición necesaria para dar cuenta cabal de una teoría del derecho acorde con las exigencias la *praxis* jurídica, que presupone un enfoque argumentativo, en los Estados constitucionales occidentales³⁰¹.

Atienza entiende, a diferencia de Ferrajoli, que el positivismo jurídico ha dejado de ser una teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del derecho del Estado constitucional, ya que concibe exclusivamente al derecho como sistema (normativo-estructural) y no también como práctica social. El derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico para que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar³⁰².

Para el profesor español, el positivismo jurídico se define por la tesis de las fuentes sociales del derecho (“el derecho es un fenómeno social, creado y modificado por actos humanos”) y la tesis de la separación entre el derecho y la moral (“el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria de la validez jurídica de la misma”). Así planteadas, a su entender, ambas tesis no sólo son irrelevantes sino que constituyen un obstáculo para el desarrollo de una teoría y dogmática adecuada a las condiciones del Estado constitucional. Considera que el carácter descriptivista de esta teoría y su concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta producto de actos prescriptivos inhabilitan al positivismo jurídico para intervenir en discusiones hoy centrales como la que suscitan los conflictos entre los principios o las excepciones implícitas en las reglas³⁰³.

A fin de superar esas deficiencias, formula algunas reflexiones sobre cómo, en su opinión, debería encararse la construcción de una nueva teoría (o filosofía) del derecho para los países latinos de Europa y América.

Señala Atienza que un modelo de teoría del derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del derecho³⁰⁴.

²⁹⁹ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 249.

³⁰⁰ Cfr. Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, ed. Belknap – Harvard, 1986, Cambridge (Massachusetts), pp. 90-101, 337-338 y conchs.; ídem, *Justice for Hedgehogs*, ed. Belknap – Harvard, 2011, London, cap. 6 a 8 y, especialmente, p. 240 y ss. ³⁰³ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 249.

³⁰¹ Atienza, Manuel, “El giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea”, en el discurso realizado con motivo del *honoris causa* otorgado por la Universidad del Litoral (Argentina), septiembre de 2014.

³⁰² Atienza y Ruíz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, op. cit., p. 152.

³⁰³ Atienza, en “Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado”, op. cit., pp. 229-255.

³⁰⁴ Atienza, Manuel, *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Madrid, 2008, p. 311; ídem, “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, op. cit., pp. 299-318. En este último trabajo, Atienza precisa que el “objetivismo moral, cuando se entiende de manera adecuada, puede resultar una tesis bastante más

Atienza intenta rescatar ciertos elementos útiles de cada una de estas tradiciones, y recupera del iusnaturalismo su concepción metaética, el objetivismo moral. Sin embargo, sobre la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, advierte que la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso –añade– las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivism ético (y el relativismo, pero no obviamente como posición descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales), y 2) es autofrustrante³⁰⁵.

Concluye que la alternativa debería ser “un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defiende la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles”³⁹⁹.

Este planteamiento se ve de algún modo detallado en el pequeño ensayo “Cuento de Navidad” y en otro posterior “Objetivismo moral y derecho”³⁰⁶ de mayor extensión y profundidad: Atienza entiende que el objetivista no asume que los juicios morales tengan valor de verdad, pero sí cree que son principios y juicios que pueden ser fundamentados de un modo objetivo, no del mismo modo que los juicios científicos o descriptivos, pero sí mediante criterios racionales que permitan decir de ellos que son correctos o incorrectos (sigue, en este punto, el pensamiento de Habermas). Se presume que quien defiende unos principios lo hace de un modo sincero, con una genuina pretensión de corrección en cuanto a tales principios o valores. Sin embargo, tal actitud favorable a la corrección de los principios que alguien asume no impide que tal persona esté abierta a discutir sobre ellos y a evaluar cualquier argumento que pudiera hacerle cambiar de posición sobre tales principios. De ahí que este objetivismo es uno de tipo mínimo porque no asume certezas definitivas en materia moral, únicamente considera correctos ciertos valores o principios por las razones en las que se fundamenta y que todos quienes participen en una discusión en torno a ellos pudieran considerar como aceptables.

Sin embargo, es un objetivismo derrotable si en la discusión se presentan mejores argumentos que aquellos en los que se fundaba la corrección de tales valores. Sería análogo al falibilismo popperiano en

fácil de aceptar de lo que muchos creen. Y, desde luego, es un presupuesto necesario para hacer filosofía del Derecho con sentido. 1) De entrada, conviene recordar que el positivismo jurídico no se ha caracterizado comúnmente por ser contrario al objetivismo ético, sino por sostener la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. Como se sabe, los positivistas de la Jurisprudencia analítica inglesa (Bentham y Austin) fueron objetivistas éticos, utilitaristas. A diferencia de Kelsen o de Ross que defendieron (sin duda, influidos por el positivismo lógico de la época) tesis fuertemente no-cognoscitivistas en materia moral. Pues bien, lamentablemente, es ese no-cognoscitivismo (bastante ajeno al gran desarrollo que ha conocido la filosofía moral en las últimas décadas) lo que parece estar en la base de lo que hoy, en el mundo latino, sostienen autores positivistas tan influyentes como Ferrajoli, Guastini, Comanducci o Bulygin. 2) Además, los nocognoscitivistas parecen empeñados en negar el objetivismo ético basándose en (atrincerados tras) una concepción de la verdad que sólo sería aplicable a los enunciados de la ciencia natural y de la ciencia formal. Pero el objetivismo ético no está comprometido con la tesis de que existen “verdades éticas” en el mismo sentido en que se habla de verdades en el ámbito de la ciencia. Como recientemente ha escrito Dworkin [Dworkin 2011], es cierto que en el mundo de la moral no existen “morons” que sean los equivalentes a los “átomos” del mundo físico. Pero ser objetivista en materia moral significa simplemente considerar que los juicios morales pueden estar o no justificados en términos racionales; no que sean verdaderos o falsos, sino correctos o incorrectos. 3) La clave radica entonces en preguntarse cuáles son esos criterios de corrección, y la respuesta (la respuesta en la que, con diferencias de énfasis, vienen a coincidir las diversas concepciones de la ética a las que suele denominarse constructivistas) es que son los que determina el procedimiento de la discusión racional, cuyas reglas rigen tanto en relación con cuestiones teóricas como prácticas. Y dado que una de esas reglas es la del carácter abierto del diálogo racional, lo que de ahí se sigue es que el procedimiento permite arribar a juicios de validez objetiva, pero no absoluta: nuevos argumentos no considerados hasta el momento podrían hacer que tuviésemos que corregir un juicio considerado hasta entonces como correcto. O sea, el objetivismo moral no es absolutismo moral: los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta” (pp. 314-315, punto 9.3).

³⁰⁵ Atienza, *Ideas para una Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 312.

³⁹⁹ Atienza, *Ideas para una Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 312.

³⁰⁶ Atienza, Manuel, “Objetivismo moral y derecho”, en www.lamiradadepheito.blogspot.com.es y en *Análisis e diritto*, n. 2015, Madrid, 2016, pp. 109-115.

relación con las teorías científicas: serán aceptadas en tanto no se acredite su error o sea refutada, por lo que su aceptación nunca puede ser plenamente acreditada, solo presuntivamente admitida.

Al igual que este falibilismo, que considera posible que todo conocimiento podría, en principio, ser erróneo, el objetivismo moral en sentido mínimo considera que toda asunción moral podría, en principio, no ser correcta. Empero, ello solo se daría tras una discusión racional en la que argumentativamente pudiera concluirse dicha incorrección (Habermas, Alexy). Hasta entonces, rige la pretensión de corrección que asume quien defiende tales principios³⁰⁷.

El objetivismo de Atienza tampoco se identifica con la imposición de valores o principios a quien pudiera no compartarlos, pues la tolerancia es uno de los principios morales que considera objetivamente fundados. La discusión en torno a tales principios siempre debe estar abierta, descartando cualquier posibilidad de imponerlos autoritativamente sin que medien argumentos de corrección. Sin embargo, no excluye que, estando objetivamente fundados, se puedan imponer las reglas que garantizan la protección de tales valores. Para ejemplificarlo recurre al caso de la tortura: aunque hubiera alguien que no considerase incorrecta dicha práctica, salvo algún caso extremo, no podría impedírsele expresar su posición, mas ello no impide imponer jurídicamente la prohibición de la tortura.

Finalmente, Atienza considera que la resistencia al objetivismo no sería sino consecuencia de un eventual problema con los términos empleados en la discusión. Así, al intentar refutar el argumento del no cognoscitivista cuyo rechazo al objetivismo estriba en el empeño de hablar de principios verdaderos y falsos y no, simplemente, de principios correctos e incorrectos, señala el objetivista que solo se trataría de un desacuerdo de palabras.

Lo esencial, a criterio del objetivista: “es aceptar que acerca de las cuestiones morales cabe una discusión racional; no exactamente igual a las de carácter científico, pero racional; esto es, que hay criterios objetivos y que, por ejemplo, cuando tú dices que la tortura es peor que el comportamiento que consiste en no torturar o que cuando yo afirmo que la tortura es moralmente mala y que no puede justificarse una norma que permita la tortura, nuestros juicios no son meras proclamaciones de deseos o manifestaciones de emociones³⁰⁸.”

Tal es la seguridad en su planteo que el objetivista, a modo de singular autocrítica, sentencia “yo diría que los objetivistas en materia de moral cometen (o cometemos) algún error (algún error retórico), pues no puede ser que resulte tan difícil hacer ver a los demás algo que, en el fondo, es bastante trivial³⁰⁹.”

Por lo expuesto, la posición de Atienza –dice Morales- se puede resumir en las siguientes ideas: a) entiende el objetivismo ético como alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral y no como un recurso al derecho natural; b) rechaza el relativismo (salvo en su tesis descriptiva) y el no cognoscitivismo ético porque: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales) y 2) es autofrustrante; c) a diferencia del relativismo, el objetivismo ético asume que los juicios de valor incorporan una pretensión de corrección; a diferencia del absolutismo, el objetivismo ético asume que los juicios de valor incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico) pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles y d) el objetivista no asume que los juicios morales tengan valor de verdad, pero sí cree que son principios y juicios que pueden ser

³⁰⁷ Cfr. Morales Luna, Félix F., *Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza*, en Cuaderno de Trabajo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, n. 1, Lima, 2013, pp. 14-15.

³⁰⁸ Atienza, Manuel, “Cuento de Navidad”, en *Analisi e Diritto*, n. 29, Madrid, 2009, p. 116.

³⁰⁹ Atienza, “Cuento de Navidad”, op. cit., p. 116.

fundamentados de un modo objetivo, mediante criterios racionales que permitan decir de ellos que son correctos o incorrectos³¹⁰.

En definitiva, el cognitivismo ético mínimo (según la clasificación de Fishkin) resulta necesario para Atienza (en el plano de la ética normativa y en el de la metaética) pues, en caso contrario, con el relativismo no puede defenderse la tolerancia, sino que tiene que abstenerse de hacer juicios morales o, en todo caso, su defensa de la tolerancia tendrá que ser también ella relativa³¹¹³¹².

5. Crítica.

La clave para avizorar los aportes de la argumentación jurídica consiste en elucidar la finalidad de una teoría jurídica como la elaborada por Atienza. Como él mismo dice “una teoría de la argumentación jurídica debería cumplir, básicamente, tres funciones: la primera es de carácter teórico o cognoscitivo, la segunda tiene una naturaleza práctica o técnica y la tercera podría calificarse como política o moral”³¹³.

Al respecto, en cuanto a la primera función, coincide con “la idea de Alexy de que el derecho debe verse, por un lado, como un sistema de normas (es la perspectiva de la teoría estándar — estructural— del derecho) y, por otro lado, como un sistema de procedimientos (esta sería la perspectiva asumida por la teoría de la argumentación jurídica). Por lo que para elaborar una teoría del derecho auténticamente general debería integrar ambos aspectos (y que al final desemboque en una teoría de la sociedad)”³¹⁴.

“Por función práctica o técnica de la argumentación jurídica entiendo básicamente —dice Atienza— que esta debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho. Para que una teoría de la argumentación jurídica pueda cumplir esta función de carácter instrumental (dirigida tanto a los prácticos del derecho como a los cultivadores de la dogmática jurídica), tendría que ofrecer un método que permita reconstruir el proceso real de la argumentación y una serie de criterios para juzgar acerca de su corrección; como se acaba de indicar, esta es una tarea que, en una considerable medida, está todavía por hacer”³¹⁵.

La argumentación debería permitir la construcción de sistemas jurídicos expertos; tendría que cumplir un papel semejante en relación con el “motor de inferencia”³¹⁶.

Este aspecto resulta muy interesante para temas como la responsabilidad civil, que se presenta como una institución compleja, integrada por un gran número de principios y reglas, que deben ser integradas adecuadamente en la sentencias de daños (§ II.C).

Finalmente, en cuanto a la cuestión de tipo política o moral señala que “la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción —una ideología política y moral— más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista. Quien tiene que resolver determinado problema jurídico, incluso desde la posición de un juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta —política y moralmente correcta— del mismo. Puede muy bien darse el caso

³¹⁰ Cfr. Morales Luna, *Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza*, op. cit., p. 15.

³¹¹ Steven Lukes, *Relativismo moral*, ed. Paidós, Barcelona, 2011, pp. 61-62, cit. por Atienza en “Cognitivismo moral y derecho”, op. cit., n. 3.

³¹³ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 249.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 250.

³¹⁶ *Ibidem*.

de que el jurista —el juez— tenga que resolver una cuestión y argumentar a favor de una decisión que él estima correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que no es la solución a que lleva el derecho positivo. El derecho de los estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí que sea el mejor de los mundos jurídicos existentes)³¹⁷.

Para concluir con esta crítica del modelo del profesor Atienza, debo poner de relieve una vez más que su teoría se presenta como la “mejor disponible” (Popper) en la epistemología jurídica contemporánea que transita por el actual “postpositivismo” (§ I.A y I.B)³¹⁸.

³¹⁷ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., pp. 251-252.

³¹⁸ Bunge, Mario, *Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica*, tr. H. Pons, Sudamericana, Buenos Aires, 1999, pp. 7 y 10-11. Popper, Karl R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, tr. Néstor Míguez, Paidós, 3ª reimp., Barcelona, 1991, p. 264 y ss.; idem, *La lógica de la investigación científica*, tr. Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 290-292.

C) Responsabilidad civil. Conceptos jurídicos fundamentales.

El derecho no es sólo un *sistema de procedimientos* (aspecto dinámico y práctico: la argumentación), ni tampoco solamente un *sistema normativo*, sino que ambos “sistemas” se integran y se complementan entre sí³¹⁹. Recordemos que -para Atienza- el derecho no es sólo argumentación, pues no desconoce el aspecto estructural ni el fenómeno del normativismo y, por ende, el sistema de normas; en otras palabras, la consideración del derecho como actividad o práctica social no supone excluir o negar que el derecho es también un sistema de normas; “mejor, que las normas forman parte de esa práctica”³²⁰.

Sentada pues esta idea madre, para comenzar a profundizar la tarea de justificar las sentencias (decisiones) judiciales en materia “cuantificación de daños a la persona”, resulta primordial detenerse a considerar el sistema argentino de “responsabilidad civil”, en cuanto institución dogmática-normativa³²¹, o como también es denominada “Derecho de daños” o “Responsabilidad por daños”³²².

De sus conceptos básicos, fundamentos, funciones, presupuestos y clasificaciones surgirán los criterios y pautas que orientarán la reparación de los perjuicios, ya que de “la adecuada selección de las premisas facilita arribar a las respuestas justas” o razonables³²³.

Comenzaré por indicar una conceptualización del instituto. La responsabilidad civil es considerada como la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico³²⁴.

³¹⁹ La teoría del derecho tiene que ser capaz de unir dos modelos distintos de sistema jurídico, el de sistema jurídico como sistema de procedimientos y el de sistema jurídico como sistema de normas. El primero representa el lado activo, y consta de cuatro procedimientos: el discurso práctico general, la creación estatal del derecho, el discurso jurídico y el proceso judicial. El segundo es el lado pasivo, que debe mostrar que el derecho –en cuanto sistema- consiste no sólo en reglas, sino también en principios (Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 275; ídem, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en E. Garzón Valdés (ed.), *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas, 1985, p. 54. Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., pp. 203-204 y 249.).

³²⁰ Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., pp. 16-17, 24-25, 53 y 69.

³²¹ Mayo, Jorge A. y Prevot, Juan Manuel, “En búsqueda de una noción coherente de responsabilidad civil”, RCyS, 2010-XII-42.

³²² Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, t. I, pp. 17 y 251, nota 1; Zavala de González, *Responsabilidad por daños*, op. cit., t. 4, p. 53. En contra: Brebbia, Roberto H., “La equidad en el derecho de daños”, LL, diario del día jueves 3 de abril de 1997, p. 3, nota 25.

Es la denominación empleada por la doctrina alemana (en 1940 se elaboraron unas ponencias conteniendo los principios fundamentales para la reforma del Derecho de indemnización de daños presentadas por el profesor H. C. Nipperdey y otros ilustres juristas: el título de la obra es “Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts” y la subcomisión estaba integrada además de Nipperdey por Hedemann, Löring, Reinhardt y Wahl; cfr Santos Briz, Jaime, *Derecho de Daños*, Revista de Derecho Privado, 1963, p. 3, n. 4.) y por algunos autores españoles (Santos Briz, Díez-Picazo) para destacar al daño como presupuesto de la obligación de reparar (Santos Briz, *Derecho de daños*, op. cit.; Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999; Santos Briz y Sierra Gil de la Cuesta, *Tratado de Derecho Civil, Teoría y Práctica*, op. cit., t. III, p. 395).

³²³ Zavala de González, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, t. 2 a, op. cit., p. 27. De Lorenzo, Miguel F., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996. Picasso, Sebastián y Galdós, Jorge M., en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, pp. 417 y ss.; 473 y ss.

³²⁴ Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, t. I, p. 9. Al respecto, Mayo y Prevot observan que la responsabilidad civil -desde una visión dogmática-, además de ser considerada una institución jurídica del derecho privado, es entendida como una *obligación de resarcir*, o como *imputación de un hecho dañoso a un sujeto*, o bien, más profundamente, como una situación jurídica objetiva o como una *forma de sanción*. En este último sentido, juristas destacados, reflexionando sobre este fenómeno, consideran que la noción de responsabilidad “sólo encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo. La responsabilidad es pues una forma de sanción del incumplimiento del débito, que es un acto antijurídico. Así pensadas las cosas, no existe responsabilidad sin que previamente exista deber y un deber que quiera ser calificado como deber jurídico tiene que llevar aparejada una sanción que, bajo una u otra forma, constituye responsabilidad” (Díez-Picazo).

Los principios fundamentales del derecho de daños, aplicables a la responsabilidad civil y que han sido pergeñados por la doctrina y la jurisprudencia, son –entre los más importantes–, los siguientes, a saber: a) *neminem laedere* que reconoce sus orígenes en el derecho romano y significa el deber de no dañar a nadie y –como veremos– tiene jerarquía constitucional (§ III.C); b) el principio de reparación plena o integral, el cual supone una correspondencia entre el daño ocasionado y el menoscabo producido (art. 1741, CCCN); y c) la protección de intereses fundamentales de la persona humana, en virtud de los tratados reconocidos constitucionalmente y las normas legales que son consecuencias de los principios y valores allí receptados (arts. 1, 2 y 51, CCCN)³²⁵.

En la filosofía de la responsabilidad civil extracontractual por daños se debaten, como cuestión de fondo, distintas concepciones morales, políticas y sociales que procuran dar respuestas a los interrogantes últimos del deber de responder (económicas; retributivas y compensatorias –basadas en el análisis económico del derecho o en teorías de la justicia formales o sustantivas–)³²⁶.

En relación a los fundamentos últimos de los denominados "factores de atribución" o "imputabilidad", son las *razones que justifican la responsabilidad*, al evidenciar como justo que el daño sea prevenido o reparado por determinadas personas (Bustamante Alsina, Zavala de González), dado que no es lo mismo concebir un sistema basado en la conducta del agente dañador que otro basado en el daño producido o causado³²⁷. Este último enfoque determina un abanico de factores de atribución que legitiman la reparación en un sin número de supuestos y que, por ende, no se reduce al análisis de la conducta del agente –la base de la atribución de la reparación, que por ser tal no puede desentenderse del factor subjetivo de la culpa o el dolo, predeterminado como subsidiario en nuestro Código (art. 1721)–.

De este modo, los fundamentos subjetivos del deber de responder surgen de un juicio de reproche de la conducta del ofensor, según el querer del individuo y en función de pautas valorativa de tipo ético. La culpabilidad en sentido amplio, admite dos manifestaciones: la culpa y el dolo. En cambio, los fundamentos objetivos se caracterizan por fundar la atribución del incumplimiento obligacional o la responsabilidad que se derive del hecho ilícito extracontractual, en parámetros objetivos de imputación que prescinden de la idea de culpabilidad. Son factores objetivos: el riesgo creado o provecho, la garantía, la equidad, el abuso del derecho. En estos casos no se autoriza la eximición de responsabilidad demostrando la ausencia de culpa, pudiéndose sólo invocar la ruptura del nexo causal en sus distintas formas³²⁸.

Fuera de condicionar la idea del responder, el daño resarcible y la relación de causalidad también constituyen requisitos funcionales (presupuestos), porque deciden bajo qué entidad (concepto) y con qué extensión se responde: deben resarcirse todos los menoscabos ocasionados injustamente, pero no más que los daños causados (cfr. arts. 1726, 1737, 1738 y 1740, Código Civil y Comercial, ley 26.994)⁴²².

³²⁵ Compagnucci de Caso, Rubén H., *Derecho de las Obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 673 y ss. Pizarro y Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., t. I, p. 21 y ss.

³²⁶ Rosenkrantz, Carlos F. "Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual", en *Lecciones y Ensayos*, n. 67/68, 1999, p. 147 y ss.; ídem, *La responsabilidad extracontractual: Donde la filosofía, el derecho y la economía se juntan*, Gedisa, Barcelona, 2005. Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge L. (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosóficos-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Fabra Zamora, Jorge L., "Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM, México, 2015, vol. 3, pp. 2533-2618. Papayannis, Diego M. (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

³²⁷ Sanz, Carlos R., "Apostillas en torno al tema de la responsabilidad, Prudentia Iuris", Universitas, Buenos Aires, 1983, n° XI.

³²⁸ Compagnucci de Caso, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., p. 802 y ss.

⁴²² Zavala de González, *Resarcimiento de daños...*, op. cit., t. 4, p. 122.

1. Daño resarcible. Importancia. Concepto. Naturaleza: diversos criterios.

1.1) Importancia.

El concepto central de la responsabilidad civil, como ha quedado evidenciado en el punto que antecede, es el de daño. La dogmática jurídica ha destacado su importancia para la comprensión del sistema y para brindarle coherencia y armonía, apuntando que no se trata de una noción puramente especulativa o teórica sino eminentemente práctica, dirigida a buscar soluciones y respuestas a los casos que se plantean en la realidad. Se dice que no existe creación conceptual de verdadera jerarquía científica que no sea congruente con esa *funcionalidad* o *instrumentalidad* que debe presidirla.

Así el daño, condicionante de importantes consecuencias jurídicas, se ve a la vez inexorablemente condicionado por éstas. El contenido de esos efectos determinados circunscribe y delimita la materia resarcible (el daño mismo) en estrecha dialéctica³²⁹. La cuestión conceptual es, además, esencial por motivos de claridad en el entendimiento del discurso y de las discusiones doctrinarias; en materia de daños a las personas constituye una buena muestra la polémica sobre si su menoscabo constituye o no un perjuicio *per se*.

En virtud de ello, la noción de daño resarcible elaborada por el derecho civil debería comenzar por considerar el fin perseguido, esto es, la reparación del perjuicio sufrido por la víctima, puesto que el daño –como noción teórica- debe estar al servicio de los daños en el sentido de manifestaciones prácticas. Con la “publicización” o constitucionalización del derecho privado, los fines o valores jurídicos son los que han adquirido prioridad por sobre la regulación de la materia en sí y sus formas³³⁰.

Pues bien, en el desarrollo actual de la dogmática, el daño es el principal presupuesto de la responsabilidad civil. Se dice que es el presupuesto central sin el cual no puede plantearse ninguna pretensión resarcitoria; sin daños –dice Josserand-, nada de daños y perjuicios: el hecho puede ser antijurídico e imputable a una persona, pero si no causa un perjuicio, no hay responsabilidad⁴²⁵.

Se afirma, en este sentido, que el daño integra la esencia de la responsabilidad civil: “puesto que [si] se trata de reparar –dicen los Mazeaud-, hace falta desde luego que exista algo que reparar. Por eso distingue esencialmente la responsabilidad civil de la responsabilidad moral y de la responsabilidad penal...”³³¹.

Si se atiende a la cronología temporal, el daño sería el último elemento en aparecer como consecuencia o resultado de la acción antijurídica, pero desde el punto de vista metodológico el daño es el primer elemento, puesto que el problema de la responsabilidad del agente comienza recién a plantearse cuando existe un daño causado (Orgaz)³³².

El daño resarcible se ha convertido en la piedra angular, en el eje en derredor del cual gira todo el sistema resarcitorio³³³.

³²⁹ Zavala de González, *Resarcimiento de daños...*, op. cit., t. 2a, p. 27.

³³⁰ Zavala de González, *Resarcimiento de daños...*, op. cit., t. 2a, pp. 28 y 32. Lorenzetti, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley*, diario del 23/04/2012, p. 1 y ss. Rivera, en Rivera, Julio C. – Medina, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 11 y ss. Picasso, Sebastián, “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *RCyS*, 2015-IV, p. 5 y ss. ⁴²⁵ Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derechos de las Obligaciones*, op. cit., t. I, p. 335.

³³¹ Mazeaud y Tunc, *Tratado...*, t. 1-I, pp. 293-294, n. 208.

³³² Orgaz, *El daño resarcible*, op. cit., pp. 35-36.

³³³ Calvo Costa, Carlos A., “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IV, p. 82.

El Código Civil y Comercial contempla expresamente este presupuesto en una sección especial del capítulo de la responsabilidad civil en donde es definido de la siguiente manera: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” (art. 1737). Asimismo, se establecen los requisitos: “Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente...” (art. 1739).

Se puede decir -con Fischer- que el daño es todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quienquiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre⁴²⁹.

Al respecto cabe apuntar que la palabra daño admite diferentes acepciones³³⁴³³⁵. La vulgar, que significa la destrucción o menoscabo de un bien por cualquier motivo, así sea por la acción del propio titular o por caso fortuito y la jurídica, denominada comúnmente como “daño resarcible”, el que está constituido por la vulneración de intereses ajenos, sancionado por el ordenamiento jurídico³³⁶.

Zannoni explica que etimológicamente el sustantivo “menoscabo” es el efecto de menoscabar, verbo que es definido como “disminuir las cosas, quitándoles una parte; acortarlas, reducirlas a menos”, en tanto que la acción de dañar significa “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”³³⁷.

Si bien entonces el daño constituye un detrimento, un menoscabo, un perjuicio, un acto que produce nocividad, ello no alcanza para definir el concepto que interesa al derecho. El concepto de daño a elucidar es el “resarcible”, ya que es el que la ley sanciona mediante una indemnización. El daño resarcible se integra con el hecho dañoso -o hecho físico- y el presupuesto normativo (requisitos del daño)³³⁸³³⁹.

En este mismo sentido se sostiene que el daño es todo detrimento, mengua o menoscabo que sufre una persona, en sus bienes patrimoniales o económicos, bajo ciertas condiciones –daño material o patrimonial-, y que en hipótesis particulares importa la lesión al honor o a las afecciones legítimas, o en general a los llamados derechos “de la personalidad o personalísimos” –daño moral o extrapatrimonial⁴³⁴.

Desde una perspectiva objetiva (Larenz) y como *presupuesto de la responsabilidad civil*, el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio (es decir, sobre un interés propio y personal). Además, el daño puede producirse respecto de intereses que un grupo de personas o una colectividad comparten (v.gr., los denominados intereses colectivos o difusos, como son los que tutelan el derecho ambiental; cfr. arts. 14, 240 y concs., Cod. Civ. y Com.; 43, Constitución Nacional).

³³⁴ Fischer, Hans S., *Los Daños Civiles y su reparación*, tr. W. Roces, Librería General Victoriano Suarez, Madrid, 1928, p. 1.

³³⁵ El diccionario de la Lengua Española establece para conceptuar el daño los siguientes sinónimos: perjuicio, menoscabo, dolor. Se dice que el perjuicio está relacionado con el gasto o detrimento material o ganancia dejada de obtener; el menoscabo, a punta a la disminución o deterioro, o causar mengua en la persona o en sus cosas; el dolor, situación aflictiva interior o exterior en el cuerpo o en los sentimientos, lo que se ha identificado como daño moral. El daño implicaría entonces la pérdida o modificación de algo existente, material o inmaterial presente o futuro (Ghersl).

³³⁶ Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 4, pp. 115-120.

³³⁷ Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, op. cit., p. 45, § 19.

³³⁸ Compagnucci de Caso, *Manual...*, p. 145, n. 95.

³³⁹ Trigo Represas y Compagnucci de Caso, *Responsabilidad civil...*, op. cit., t. 2, p. 220.

Sin perjuicio de ello, el daño también puede ser considerado no ya como presupuesto de la responsabilidad civil sino como presupuesto del deber de prestación (v.gr., en los casos de cobertura de daños en el derecho de seguros)³⁴⁰.

1.2) Naturaleza del daño resarcible.

La naturaleza del daño resarcible -esto es, el elemento determinante sobre el cual recae y que determina su clase- es una cuestión discutida en doctrina, y existen diferentes teorías que intentan desentrañarla. Algunas de estas teorías tienden a elucidar el concepto a partir de la materia lesionada (daño-lesión), mientras que otras lo hacen en función del resultado de la lesión (daño-consecuencia)³⁴¹.

Así, por un lado se dice que el daño resarcible es la “lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial, jurídicamente protegido, que provoca consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales, respectivamente”³⁴²; y, por otro, se dice que el daño no se refiere a la lesión de un bien o interés jurídico, sino que alude al *resultado* de la lesión a ese bien o interés jurídico, es decir, se diferencia la *lesión* del derecho o interés de las *consecuencias* perjudiciales que de ella se derivan. El daño patrimonial es el que repercute en los bienes económicos y el moral el que afecta la integridad espiritual o social de la víctima (Santos Briz, Orgaz, Aguiar, León, Zavala de González, Pizarro)³⁴³.

En esta tesis se adopta este último criterio, por cuanto sostiene que el daño resarcible no radica en la lesión misma del derecho o interés, que la presupone, sino en sus “efectos”: la cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, ciñe el contenido que debe serle asignado.

El daño patrimonial entraña un defecto del patrimonio (disvalor pecuniario) y el moral –o extrapatrimonial- importa un defecto existencial en relación a la situación subjetiva de la víctima precedente al hecho (disvalor personal). Únicamente si el daño consiste en el *resultado* de la lesión se tiene la *materia* objeto de la reparación y al mismo tiempo se la puede cuantificar³⁴⁴.

Por lo tanto, si se acepta que el daño en sí mismo es una consecuencia, para encuadrarlo como patrimonial o moral habrá de averiguarse en qué reside esa consecuencia, sobre qué versa, cuál es su materia propia, siendo ontológicamente secundaria la clase de factor que origina aquel resultado. Al respecto cabe aclarar, como bien dice Pizarro, que en el derecho argentino no existe un tercer género distinto del daño patrimonial y moral. Si bien la nueva normativa no es del todo clara (cfr. art. 1738, Cód.

³⁴⁰ Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, op. cit., pp. 1-2, § 1. Desde otra concepción, Bueres habla –indistintamente- de daño resarcible o daño injusto, y considera que el mismo requiere de dos recaudos: i) el concepto –simple- de daño (lesión a un interés eficaz o relevante) y ii) la calificación de injusticia. Daño e injusticia actúan en dos planos diferentes, que no deben ser confundidos. La calificación de injusticia no se resume en un mero enunciado, no es una fórmula mágica, sino que debe elaborarse en cada caso concreto según las circunstancias que lo rodeen; esa injusticia es del daño y no del factor de atribución; la calificación de injusticia reclama un juicio valorativo, que no puede prescindir de la situación del dañador y del dañado (Bueres, en Lafaille, *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*, 2ª ed., op. cit., pp. 387-389; ídem, Introducción a la obra de Calvo Costa, *Daño resarcible*, op. cit., p. 13 y ss.).

³⁴¹ Seguimos la exposición de Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 2a, p. 33 y ss.; t. 4, p. 117 y ss.; Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, op. cit., p. 50 y ss. y Calvo Costa, “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”, op. cit., pp. 84-90; ídem, “Presupuestos de la Responsabilidad Civil”, en *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Responsabilidad Civil. Parte General*, Ricardo L. Lorenzetti (director), La Ley, Buenos Aires, 2013, t. II, p. 28 y ss.

³⁴² Calvo Costa, *Daño resarcible*, op. cit., p. 97; ídem, “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”, RCyS, 2015IV, abril, 2015, p. 90. La tesis que atiende a la naturaleza del derecho o bien jurídico menoscabado fue sostenida por Acuña Anzorena, “La reparación del agravio moral en el Código Civil”, LL, 16-536; Salas, “La reparación del daño moral”, JA, 1942-III-47, secc. doctr.; entre otros. Existe una tesis diferente, aunque en los efectos prácticos es similar, es la que tiene en cuenta el interés afectado por el hecho, con prescindencia de la naturaleza del bien lesionado. Para esta última posición el daño patrimonial reside en la frustración de un interés económico y el daño moral en el menoscabo a un interés extrapatrimonial (Zannoni, Bueres, Vázquez Ferreyra).

³⁴³ Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible* (Actos Ilícitos), Omeba, Buenos Aires, 1960, pp. 40-42, n. 6.

³⁴⁴ Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 2a, pp. 38-39.

Civ. y Com.), lo cierto es que no cabe interpretar que en el nuevo sistema se halla una tercera categoría: el daño sólo puede ser patrimonial o no patrimonial (moral). Las nuevas categorías de daños sólo pueden ser concebidas a partir de serios desenfoces del concepto de daño patrimonial y moral. Despojar al daño resarcible de esta cualidad funcional (su resarcibilidad) –se afirma– por vía de la deformación de su concepto, equivaldría a construir una campana sin badajo, inutilizándose una categoría esencial de la responsabilidad civil³⁴⁵.

Por eso no nos parece acertado calificar la naturaleza del daño en razón de la esencia del bien, derecho o interés lesionado que ha sufrido un menoscabo, puesto que no es correcto decir que el daño es patrimonial porque el bien o interés lesionado es un objeto de satisfacción patrimonial y que el daño es, a su vez, moral cuando el bien o interés vulnerado es extrapatrimonial. Sucede ordinariamente que cuando un bien extrapatrimonial (v.gr. la integridad psicofísica) es afectado ocasiona también daños patrimoniales (operaciones, curaciones, etc.) y daño moral (el dolor o la aflicción sufrida por la víctima por tales menoscabos)³⁴⁶.

El daño resarcible no se identifica entonces con la índole del derecho (o interés jurídicamente protegido) que ha sido infringido, es decir con el hecho dañoso, sino que se centra en las repercusiones o consecuencias desfavorables experimentadas por el damnificado (Zavala de González) La naturaleza de estas repercusiones o consecuencias de la lesión ocasionada definirá el tipo de daño: patrimonial o moral.

En definitiva, el daño implica siempre la lesión a un interés humano jurídicamente protegido o tutelado³⁴⁶, ya sea por el menoscabo de valores patrimoniales o extrapatrimoniales (a la persona, “personales”), debiéndose distinguir la vulneración del bien o interés jurídico respecto de las consecuencias patrimoniales o morales que esa violación puede originar.

Coincido con la opinión de Bueres, Pizarro y Calvo Costa en cuanto a que esta última postura es compatible con la que define al daño resarcible como la lesión a un interés, puesto que el análisis sobre la procedencia o no de la reparación debe partir de un estudio previo sobre la juridicidad del interés vulnerado, para luego de verificada ella, proceder a indemnizar las consecuencias o trascendidos del perjuicio. El daño resarcible (el denominado daño injusto) es la ofensa a intereses ajenos, patrimoniales o espirituales, protegidos por el ordenamiento jurídico que provocan consecuencias desfavorables de esas mismas naturalezas patrimoniales o espirituales³⁴⁷.

El Código Civil y Comercial ha adoptado esta tesis, ya que considera que es resarcible todo daño que importe una lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737), a la vez que luego incluye especialmente las consecuencias patrimoniales como las no patrimoniales, sea por el menoscabo de derechos económicos como de derechos personalísimos (arts. 1838 y 1841).

1.3) Función.

³⁴⁵ Cfr. Pizarro, Ramón D., *Daño moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 82.

³⁴⁶ Cfr. Zannoni, *El daño...*, op. cit., p. 52.

³⁴⁶ Lo expuesto no significa que la protección jurídica tenga que ser expresa ni manifestarse a través de la ley. También merecen tutela por el derecho, es decir, los que no se oponen a la moral, el orden público, las buenas costumbres o los derechos de terceros (cfr. Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, t. 2a, p. 29, n. 4).

³⁴⁷ Bueres, en la actualización a la obra de Lafaille, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2009, pp. 390-391; ídem, Introducción a la obra de Calvo Costa, *Daño resarcible*, op. cit., p. 13 y ss. Calvo Costa, “Daño resarcible...”, op. cit., p. 86, quien sigue a Visintini, Giovanna, *Il danno ingiusto*, ed. Rivista Critica di Diritto Privato, noviembre 1987, p. 182 y ss.

La indemnización de los daños y perjuicios, al margen de implicar también un aspecto sancionatorio-civil, cumple una función prevalentemente reparatoria. Actúa como una técnica jurídica que tiene como finalidad restablecer el equilibrio anterior (*statu quo ante*), neutralizando el daño injustamente producido a la víctima³⁴⁸.

La función resarcitoria o compensatoria es la misión clásica de la responsabilidad civil -aunque no sólo de esta rama del derecho, ya que también se presenta en el campo de la seguridad social-. La “finalidad” de la reparación es resarcitoria, busca compensar el menoscabo ocasionado, no castigar al autor. Por ello, cuando es factible, se procuran prevenir las consecuencias disvaliosas.

La mayoría de la doctrina nacional y extranjera concuerda en que la principal función de la responsabilidad civil es restablecer a la víctima en la situación en la que estaba antes de la producción del daño, por lo que desde esta perspectiva la responsabilidad civil es restauradora, compensatoria, resarcitoria, reparadora, restitutoria, indemnizatoria, reintegradora, retributiva, satisfactoria, refaccionaria o equilibrante, todos calificativos que implican la ficción jurídica por la cual se vuelve al estado anterior y se deviene indemne, o sea, sin perjuicio, sin daño⁴⁴⁵.

En el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994), esta función es abordada en forma expresa la Sección 3ª (“Función Resarcitoria”) y siguientes dentro del Título V del Libro III, en el Capítulo relativo a la “Responsabilidad Civil” (art. 1716 y ss.).

Para la Corte Suprema, la función resarcitoria tiene jerarquía constitucional y encuentra su recepción en el art. 19 de la Carta Magna³⁴⁹.

2) Extensión y modos de reparar el daño.

2.1) Extensión. Principio de la reparación integral.

En principio, cabe tener en cuenta que el resarcimiento de los daños debe ser integral, es decir, constituir una verdadera indemnización. Esto no significa que literalmente la responsabilidad se extienda a todo daño, sino dentro de ciertos límites: el dado por la relación de causalidad adecuada, punto en el que se detiene la responsabilidad (art. 1726, 1ª parte, Cód. Civ. y Com.) que, sin embargo, es jurídicamente “plena”.

Al respecto, el Código dispone: “La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable” (art. 1740).

Como señala Zavala de González, la reparación plena presupone una congruencia con la entidad del perjuicio y que la indemnización sea efectiva con la mayor prontitud posible. El objetivo es crear una situación similar a la vigente antes de ocurrir el daño, puede concretarse con bastante aproximación (casi

³⁴⁸ Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, t. VII, p. 475.

⁴⁴⁵ Kemelmajer de Carlucci, “Funciones y fines de la responsabilidad civil”, op. cit., n. 16.

³⁴⁹ En cuanto a la recepción en la jurisprudencia de la Corte, véase el trabajo de Fernando A. Sagarna, “Funciones de la Responsabilidad Civil”, en *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Responsabilidad civil. Parte general*, Ricardo L. Lorenzetti (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 324 y ss.

nunca con exactitud) en la indemnización de daños patrimoniales; en cambio, es imposible en perjuicios existenciales (tradicionalmente llamados “morales”, que el Código califica como “no patrimoniales”)³⁵⁰.

Por otra parte, en lo que respecta a la extensión de la reparación, el Código prevé un régimen general –salvo excepción legal en contrario (última parte, art. 1726)- y otro propio para el supuesto del incumplimiento obligacional: denominado como “previsibilidad contractual” (arts. 1726, 1727 y 1728, Cód. Civ. y Com.).

2.2) Modos de reparar el daño.

En principio, cada tipo de daño necesita una forma de reparación adecuada, es decir, que se corresponda con la modalidad del perjuicio a indemnizar. De esta manera, las distintas formas de reparación del daño vienen a desempeñar una función diferente, ya que pueden operar como sustitución, como compensación o como mera recompensa satisfactiva³⁵¹.

Si se trata de un daño patrimonial causado a las cosas o al patrimonio de una persona, la reparación habrá de consistir en el restablecimiento del equilibrio patrimonial perdido, lo que –a su vez- puede realizarse bien mediante la incorporación en especie de la cosa perdida o deteriorada o bien mediante su *aestimatio rei* o equivalente pecuniario (la reparación cumple una función *compensatoria*)⁴⁴⁹.

Al respecto, Fischer señala que el daño patrimonial se determina mediante una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que presentaría si éste no hubiese ocurrido. La diferencia resultante indica la existencia del daño y su cuantía (“teoría de la diferencia”). Esta fórmula matemática en que se cifra el patrimonio es indispensable para la determinación del daño patrimonial. Gracias a ella, y sin esfuerzo alguno, podemos reducir el concepto de daño y colocar bajo la protección jurídica todos los menoscabos experimentados en el patrimonio, aun los que causalmente se hallen más alejados del hecho que los provoca.

Basta, para que exista daño patrimonial, con que, aun permaneciendo inmunes los valores o bienes positivos, aumenten las deudas o resulte frustrada una ganancia o adquisición. Estas dos modalidades de daño se hallan comprendidas en el concepto general de “interés”³⁵².

En cambio, en el daño no patrimonial (daño moral) no resulta aplicable la “teoría de la diferencia”. En los daños no patrimoniales se encuentran los perjuicios más heterogéneos que pueden inferirse a una persona y que sólo presentan en común la característica negativa que indica su calificación: la de no ser patrimoniales, por lo que resulta menester indagar en cada caso si tal menoscabo existe y determinar su reparación en dinero, teniendo en cuenta la imposibilidad de que el daño sea reparado restableciendo las cosas al estado anterior, por lo que su función es meramente satisfactiva (cfr. art. 1041, último párr., Cód. Civ. y Com.)³⁵³.

Por otra parte, en lo que hace a la ponderación del daño patrimonial, Hedemann y Trigo Represas exponen que la reparación puede hacerse conforme a dos criterios: a) *valor objetivo*: debe tomarse como regla general el valor objetivo o corriente de plaza (Busso, von Tuhr) y b) *valor subjetivo*: debe tenerse en

³⁵⁰ Zavala de González, Matilde, “El principio de reparación plena”, RCyS, 2015-IV, p. 95.

³⁵¹ Cfr. Llamas Pombo, “Formas de reparación del daño”, op. cit., pp. 14-15.

⁴⁴⁹ Llamas Pombo, “Formas de reparación del daño”, op. cit., p. 15.

³⁵² Fischer, *Los Daños Civiles y su reparación*, op. cit., pp. 17-18.

³⁵³ Fischer, *Los Daños Civiles y su reparación*, op. cit., pp. 222 y 225-229.

cuenta no el puramente objetivo, sino el que realmente tenían las cosas para el damnificado en función de su patrimonio concreto, porque este valor corresponde a su interés (Orgaz, Fischer, Larenz)³⁵⁴.

Si se trata de un daño no patrimonial -a la persona; a su integridad física, a sus derechos personalísimos- que afecta su “seguridad personal” o sus “afecciones legítimas” la cuestión es más compleja, dado que en este caso el resarcimiento del daño moral supondrá una satisfacción mediante la entrega de una suma dineraria (la reparación desempeña un rol *satisfactivo*). El art. 1741, última parte, establece que el “monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”⁴⁵³.

Cabe apuntar que si el resarcimiento del daño (concebido como sanción jurídica) procura -en alguna medida- impedir que el mismo se repita o vuelva a producir (ello se vislumbra más claramente en el daño punitivo), en el este supuesto no se trata -en rigor de verdad- de un caso de reparación, sino una hipótesis de “tutela inhibitoria” del daño³⁵⁵, o quizás “disuasiva”. Messineo dice que las hipótesis de inhibición pueden manifestarse en los supuestos de usurpación del nombre, marca, etcétera; abuso de imagen ajena; de actos de competencia desleal; de perturbaciones y molestias a la posesión, a la propiedad, servidumbre; etcétera⁴⁵⁵.

En lo que atañe a los daños patrimoniales, generalmente, se suelen clasificar las formas de reparación del daño del siguiente modo: el resarcimiento mediante la prestación por equivalente pecuniario (sistema romano) y la reintegración en forma específica (sistema germano)³⁵⁶.

La reparación pecuniaria consiste en la indemnización por medio de una suma de dinero con la cual se satisface el interés del acreedor por medio de un equivalente. Este sistema fue elaborado en el derecho romano y llegó a nuestros días a través de su recepción en el Código Civil francés.

La indemnización sustitutiva no tiene como finalidad genuina el retorno de la víctima o damnificado a la situación que tenía (o que habría tenido) en caso de no producirse el daño sino la *compensación* de tales perjuicios mediante la entrega de una suma dineraria. El dinero representa aquí un equivalente del interés lesionado, pues el mismo es un medio apto para satisfacer o reponer todo tipo de intereses³⁵⁷.

El segundo sistema procura la reparación en especie, esto es la reintegración en forma específica o reparación *in natura*, que importa volver las cosas al estado en que se encontraban antes del daño producido (v.gr., la restitución de la cosa sustraída o su reemplazo por otra equivalente, si se trata de una

³⁵⁴ Hedemann, *Tratado...*, *Derecho de Obligaciones*, v. III, p. 124, §14.III.b. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., t. VI, pp. 325-326, nn. 3214-3215.

Aclara además el supuesto dado por el “precio de readquisición e imputación de beneficios”, indicando que a veces el pago de la indemnización por la pérdida de una cosa usada importa no ya sólo la reparación del daño sino también un enriquecimiento sin causa para el damnificado, que incorporará a su patrimonio el valor de una cosa nueva en lugar de la vieja y usada que perdiera. Tal enriquecimiento es admitido por algunos en virtud de la equidad (De Cupis; CNCiv., Sala B, sent. del 26-XII-1972, ED, 48-284; idem, Sala F, sent. del 1-XI-1981, JA, 1982-III-360) y negado por otros que insisten en que en estos casos debe haber compensación entre el daño efectivo y el lucro a favor del perjudicado, o sea que deducirse de la indemnización calculada sobre el valor del objeto nuevo, la diferencia de valor existente entre éste y el viejo (Enneccerus y Lehmann; CNCiv., Sala D, sent. del 29-VIII-1979; idem, Sala G, sent. del 18-IV-1991, LL, 1991-D-318). ⁴⁵³ Iribarne, Héctor P., *De los daños a la persona*, Ediar, Buenos Aires, 1995 (1993), pp. 143 y ss.; 399 y ss.; 599 y ss.; idem, “La cuantificación del daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños*, n. 6, 1999, p. 185. Zavala de González, Matilde, “El concepto de daño moral”, en JA, 1985-I-726. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, op. cit., p. 48.

³⁵⁵ Llamas Pombo, “Formas de reparación del daño”, op. cit., p. 15. De Cupis, *El Daño*, op. cit., pp. 577-578, n. 100.

⁴⁵⁵ Messineo, *Manual...*, op. cit., t. IV, p. 242, n. 114.5 bis.

³⁵⁶ De Cupis, *El Daño*, op. cit., pp. 588-589, n. 104. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, op. cit., p. 287 y ss., § 81.

³⁵⁷ De Cupis, *El Daño*, op. cit., p. 748. Llamas Pombo, “Formas de reparación del daño”, op. cit., pp. 34-35.

cosa fungible; la destrucción de lo hecho contra la prohibición establecida en las obligaciones de no hacer; etc.); este último es el sistema alemán.

En el ámbito contractual prevalece el sistema germano, mientras que en el extracontractual predomina el romano³⁵⁸.

Ambos tienen ventajas e inconvenientes. La indemnización dineraria tiene a su favor que el dinero es un denominador común de valores. El dinero tiene como riesgo su propia depreciación por la inflación, que puede perjudicar al acreedor, y asimismo porque su importe se fija –más de la veces- de formas más o menos arbitrarias. Por su parte, la indemnización en especie es la forma más elemental, la forma más genuina de reparar el daño. Sin embargo, a veces es de difícil solución, como cuando se trata del deterioro de las cosas usadas, o bien grave en demasía la situación del deudor. Por otra parte, cuando se trata de indemnizar daños pecuniarios, hay que recurrir al dinero. Además, si la reparación en especie queda a cargo del deudor, puede no satisfacer el interés del acreedor (Compagnucci de Caso).

Para Messineo, tanto los supuestos de reparación no pecuniaria como los de cumplimiento coactivo *in natura* (v.gr. la entregar de una cosa determinada que exista en el patrimonio del deudor; o cuando se trata de una obligación de hacer fungible, a través del cumplimiento por otro a costa del deudor; o cuando el deudor haya contravenido a la obligación legal o contractual negativa –de no hacer-, el acreedor es autorizado a destruir, a costa del deudor, lo que se haya hecho por este último), no son casos –estrictamente hablando- de resarcimiento, sino de reparación, pues no media el elemento de la *equivalencia* respecto del daño inferido³⁵⁹.

Resta señalar, en cuanto a la reparación *in natura*, que en muchas ocasiones la naturaleza propia del daño causado y sus consecuencias resulta imposible, tal como ocurre en los daños a la persona; el lucro cesante; el daño moral; la pérdida o destrucción de una cosa no fungible o de género limitado; etcétera.

En un intento clasificatorio, recientemente Llamas Pombo ha intentado sistematizar las distintas formas de reparación del daño en las siguientes categorías³⁶⁰:

1. Reparación en forma específica:

- 1.1. Reposición al estado anterior mediante obligación de hacer
 - 1.1.1. Por obra del responsable
 - 1.1.2. Por obra de un tercero a costa del responsable
- 1.2. Reposición al estado anterior mediante obligación negativa
- 1.3. Restitución de las cosas
- 1.4. Sustitución del objeto
- 1.5. Reembolso de gastos e inversiones

2. Indemnización pecuniaria

- 2.1. Resarcimiento por equivalente del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante)

³⁵⁸ Cfr. Mayo, Jorge A., en Belluscio, Augusto C. –dir.- y Zannoni, Eduardo A. –coord.-, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Astrea, 2ª reimp., Buenos Aires, t. 2, p. 703, n. 28. Compagnucci de Caso, *Manual...*, op. cit., p. 161.

³⁵⁹ Messineo, *Manual...*, op. cit., t. IV, p. 257, n. 115.6.

³⁶⁰ Cfr. Llamas Pombo, “Formas de reparación del daño”, op. cit., pp. 16-17.

2.2. Compensación satisfactiva del perjuicio corporal y del daño en sentido estricto

En suma, siguiendo a Llambías, podemos decir que la reparación del daño puede realizarse de dos maneras: en especie o en dinero. La reparación se hace en especie, mediante la reposición del estado material de las cosas a la situación precedente a la realización del hecho dañoso. Por ejemplo, si se produce un choque de automóviles el culpable debe subsanar los desperfectos del vehículo dañado: el hecho perjudicial origina una obligación de hacer. La reparación, en cambio, se hace en dinero, cuando el damnificado recibe una suma pecuniaria equivalente al valor del daño sufrido: el hecho perjudicial origina una obligación de valor que se mide en una suma de dinero³⁶¹.

El Código Civil originario de Vélez, siguiendo la tradición romana y el modelo francés (Planiol, Ripert y Boulanger) adoptó este último sistema (arts. 519, 1068 y antiguo 1083), el sistema pecuniario, que se recomienda por su simplicidad (Orgaz, Galli).

Con la reforma de la ley 17.711 al art. 1083 del Código Civil se pasó a un sistema de restitución en especie, salvo que ello fuera imposible: el resarcimiento de daños consistía en la reposición de las cosas a su estado anterior, salvo que ello no fuera posible o cuando la víctima optara por el reclamo pecuniario, lo que hacía que en la práctica esta última excepción se transformara en la regla (en la mayoría de los casos se prefiere el dinero)³⁶².

En el nuevo Código Civil y Comercial se adopta un sistema intermedio o mixto, porque la reparación plena consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso. Ahora bien, el Código consagra una opción a favor del damnificado, tiene el derecho a recibir la indemnización mediante el pago en dinero o bien en especie.

De este modo, el sistema de nuestro ordenamiento sigue siendo *dual*. En la responsabilidad llamada contractual (obligacional), la indemnización siempre tiene carácter pecuniario pues se concreta en una suma de dinero (arg. arts. 730, 777 inc. “c”, 1716 y 1749) que entra en sustitución de la prestación incumplida. En la responsabilidad derivada por la violación del deber de no dañar a otro propia de la órbita aquiliana- el damnificado puede optar por la indemnización en dinero o en especie³⁶³.

Cabe recordar que como ya mencionamos -y apunta López Herrera- en los casos de lesión a derechos personalísimos (como ser el daño al honor, la intimidad o la identidad personal), la reparación puede consistir en la publicación de la sentencia (art. 1740, última parte). Debido a que cada víctima es soberana de decidir si ésta es la mejor forma de reparación, no procede de oficio.

³⁶¹ Llambías, *Tratado...*, *Obligaciones*, t. I, 2ª ed., t. I, p. 303, n. 246.b).

³⁶² El sistema alemán se atiene a la reparación en especie. El art. 249 del BGB dispone que: “*El que está obligado a indemnizar daños y perjuicios deberá restablecer el estado de cosas que habría existido si no hubiera ocurrido la circunstancia que le obligue a indemnizar. Si los daños y perjuicios se deben por lesión causada a una persona o por deterioro de una cosa, podrá el acreedor exigir en lugar de la reparación la suma de dinero necesaria para procurársela*”. Según esta regulación, como regla general el responsable ha de reponer a su costa el estado de cosas precedente al hecho ilícito. Por excepción, se admite la sustitución de ese proceder por una suma de dinero equivalente al costo de la reposición, cuando se trate de daño en la persona o en las cosas. Para justificar ese sistema, la Exposición de Motivos del Código alemán dice: “*El principio del restablecimiento del estado anterior de cosas se quebranta en justa consideración a la situación respectiva del perjudicado y del obligado a indemnizar; pues si bien es dicho restablecimiento, la forma más adecuada de la reparación, sobre todo cuando el perjuicio consiste en privar de una cosa o en modificar, con perjuicio, una situación legal, tampoco puede dejarse al perjudicado que intervenga, a menudo con éxito dudoso, en la persona y cosas del deudor. Por esto permite el Código al acreedor que en tales casos exija, en vez del restablecimiento, la cantidad de dinero que hubiese de emplear para obtenerlo*” (Código alemán, tr. García Moreno, p. 67, cit. por Llambías, *Tratado...*, op. cit., t. I, p. 304, nota 41).

³⁶³ Llambías, *Tratado...*, *Obligaciones*, 2ª ed., t. I, p. 304.

La publicación de la sentencia no es incompatible con el pago de los daños, que si bien ciertamente es una forma de reparación que en todo caso tiende a evitar el daño futuro, no borra los daños padecidos, como por ejemplo los gastos incurridos, pérdida de clientela por la difamación, etcétera³⁶⁴.

3. Evaluación y cuantificación de los daños.

3.1) Precisiones conceptuales.

Se dice que “evaluar” y “cuantificar” son dos operaciones distintas, aunque fuertemente relacionadas la una con la otra³⁶⁵. Ambas coadyuvan a la expresión del daño a indemnizar en términos de dinero; es la traducción de ese daño a un número de unidades monetarias³⁶⁶.

Así pues, por un lado, “evaluar” significa señalar el valor de una cosa; estimar, apreciar, calcular³⁶⁷, y tiene como sinónimos valorar, estimar, valorar³⁶⁸. “Valorar” es, a su vez, señalar el precio de una cosa; es reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de una persona o cosa. Valor es el grado de utilidad o aptitud de las cosas, para satisfacer necesidades o proporcionar bienestar o deleite; cualidad de las cosas, en virtud de la cual se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente.

En el campo de la responsabilidad civil, *valorar* significa esclarecer el contenido intrínseco o composición material del daño, así como establecer las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras³⁶⁹. Rey y Rinesi dicen que valorizar significa determinar el valor de un bien y como la asignación de un valor exige el empleo de algún instrumento de medición que permita establecer magnitud, y la moneda es una medida común de los valores, consiguientemente, el dinero sirve para determinar el valor, para evaluar³⁷⁰.

Por otro lado, “medir” es comparar una cantidad con su respectiva unidad, con el fin de averiguar cuántas veces la primera contiene la segunda, en tanto que cuantificar es expresar numéricamente una magnitud³⁷¹.

³⁶⁴ López Herrera, comentario al art. 1740, en Rivera y Medina, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, op. cit., t. IV.

³⁶⁵ Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, op. cit., p. 310, § 88. Pizarro, Daniel R., “La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil”, en *Revista de Derecho de Daños*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001-1, p. 338.

³⁶⁶ Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., t. VI, p. 329, n. 3219.

³⁶⁷ Cfr. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21° ed., Madrid, 1992, t. 1, p. 927.

³⁶⁸ Cfr. Diccionario Enciclopédico Vox, Lexis 22, Sinónimos Antónimos, Barcelona, 1976, p. 174.

³⁶⁹ Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 4, p. 481. Zannoni, *El daño...*, op. cit., pp. 90-91 y 287.

³⁷⁰ Si bien la moneda puede ser usada como medida para valorar los daños, conviene tener presente la advertencia señalada por Gustavo Zagrebelsky (*El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, 10ª ed. Trotta, traducción de Marina Gascón, Madrid, 2011, pp. 125-126): “Es necesario, sin embargo, percatarse del hecho de que esta idea de las transacciones entre valores puede derivar en algo muy parecido al mercado de los valores, y esta mutación genética del espíritu en economía resultaría plenamente realizada cuando a cada valor —como 'valor de cambio'— le fuese atribuido su 'justo precio'. Es indudable que las sociedades occidentales, mediante la extensión ya casi ilimitada de la categoría del daño (es decir, valor violado) resarcible (es decir, transformable en dinero), por la que desgraciadamente han trabajado desde hace décadas generacionales de juristas y de jueces animados por las mejores intenciones, han llegado ya muy lejos en este camino de la 'mercantilización' integral de los 'valores' jurídicos”.

Y concluye diciendo que “una sociedad verdaderamente pluralista debería levantar sólidas defensas contra una tendencia de ese género, tendencia que, al final, no satisfaría por igual todos los valores en juego, ni siquiera mediante la transformación de los valores sacrificados en valor-dinero, sino que conduciría pura y simplemente a la tiranía de un solo valor, el valor de la economía, capaz de someter a su yugo a todos los demás, originariamente de naturaleza no económica. Las sociedades que quisieran preservar el carácter pluralista deberían afirmar 'valores que no tienen precio', valores entre los que el equilibrio deba alcanzarse mediante la ponderación con otros valores del mismo tipo, sin la participación del medium homologador y desnaturalizador del dinero”.

³⁷¹ Cfr. Tavano, María J., “La valuación del daño a la persona y el análisis económico del derecho”, en *Revista de Derecho de Daños, Cuantificación del daño*, Rubinzal Culzoni, 2001-1, Santa Fe, p. 77.

Ahora bien, determinar el valor del daño es apreciarlo no ya en su naturaleza sino en su repercusión económica: la medida patrimonial del desmedro sufrido por la víctima. En el daño patrimonial, la apreciación del valor del perjuicio es decisiva para fijar el alcance de la indemnización, pues ésta debe ser equivalente a la disminución patrimonial o a la pérdida de enriquecimiento sufridas por la víctima —el valor igualdad sustenta la operación de valoración—. El tema no es sencillo, pero tampoco ofrece dificultades insuperables. En cambio, en el daño moral hay una imposibilidad natural en el comienzo: no puede haber comparación alguna entre un padecimiento espiritual y una indemnización dineraria. Por tanto, la liquidación del monto supone técnicas adicionales a la sola valuación del daño³⁷².

En síntesis, valorar es entonces determinar la entidad cualitativa del daño o, lo que es igual, esclarecer el contenido intrínseco o composición materia, y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras. Una vez que el daño ha sido valorado, corresponde ponderar su repercusión en el plano indemnizatorio, a cuyos efectos se debe proceder a determinar su valor y cuantificar la indemnización. El proceso de cuantificación del daño procura establecer cuánto debe pagarse en concepto de indemnización, para alcanzar una justa y equilibrada reparación del detrimento³⁷³.

Cuantificar un daño a indemnizar, dice Trigo Represas, supone la expresión del mismo en términos de dinero, es la traducción de ese daño a un número de unidades monetarias. En otras palabras, cuantificar un daño es una tarea vinculada a su liquidación, lo cual implica la valoración en la medida de los menoscabos ocasionados y, en consecuencia, su tasación: la *estimatío* y la *taxatio* (Ascarelli)³⁷⁴. En nuestro país, la cuantificación es una labor primordialmente judicial, dado que sólo excepcionalmente y respecto de algunas áreas el legislador ha previstos en normas las tarifas o baremos aplicables a cada daño³⁷⁵. Veamos sucintamente los sistemas.

3.2) Sistemas.

En lo que concierne a los modos de valorar y cuantificar el daño, existen los siguientes sistemas.

a) Legal. La determinación legal del monto de la indemnización puede ser establecida por la ley, sea indicando el importe de la reparación o bien disponiendo el límite máximo³⁷⁶. Es por lo tanto el modo por el cual la propia ley fija la cuantía del menoscabo, tal como se establece en la ley de accidentes de trabajo (art. 1 y ss., ley 26.773) o en el transporte aéreo por pérdida de mercadería y equipaje (art. 145, Cód. Aeronáutico)³⁷⁷.

Jorge Mayo agrega como supuesto de valoración legal el caso de la seña (art. 1059, Cód. Civ. y Com.), cuando el oferente se arrepiente de celebrar el contrato y la ley obliga a restituir el doble de la suma entregada³⁷⁸.

³⁷² Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 4, pp. 481-482. Véase también Bustamante Alsina, Jorge, “Equitativa valuación del daño no mensurable”, en LL, 1990-A-654.

³⁷³ Cfr. Negri, Nicolás J., “Valoración del daño a la persona”, en LL, 2008-C-725.

³⁷⁴ Ascarelli, Tulio, “Obbligazione pecuniarie”, en Scialoja - Branca, *Commentario al Codice Civile*, Libro V, comentario a los arts. 1271/72/84, Bologna-Roma, 1959, pp. 517-518.

³⁷⁵ Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., t. VI, p. 329, n. 3219.

³⁷⁶ Galli, en Salvat, *Tratado...*, op. cit., t. I, p. 193, n. 167^a.

³⁷⁷ Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de Obligaciones...*, op. cit., n. 613 bis.

³⁷⁸ Mayo, en Belluscio y Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias...*, op. cit. t. 2, p. 708, n. 33.

b) Judicial. Es el sistema que prevé el Código para la mayoría de los casos (arts. 730 inc. “c”, 777 inc. “c”, 1745 inc. “b”, 1746, 1750 y concs.). El juez fija el detrimento prudencialmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (razón y experiencia; art. 386, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación) y del *onus probandi* (art. 377, Código procesal cit.; art. 1746, Cód. Civ. y Com.)³⁷⁹.

La valoración y liquidación del daño no puede ser hecha más que sobre la base –dice Barbero- de las pruebas suministradas por el actor, que es a quien incumbe probar (art. 1746 cit.), salvo los menoscabos *in re ipsa* e intereses moratorios. Como es sabido, la prueba no sólo debe recaer sobre la existencia del daño, sino también *cuál* es y *cuánto* es. Demostrado que *existe*, cuando no se pueda probar con exactitud *cuánto* es, el juez puede liquidarlo mediante la *valoración equitativa* (art. 165, C.P.C.C.N.)³⁸⁰.

Además, cabe reiterar que en la valoración del daño deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima y del dañador (arts. 1737, 1738, 1739, 1740, 1742 y concs., Cód. cit.)³⁸¹, así como la finalidad de la indemnización, que es eminentemente resarcitoria (art. 1716). En el daño no patrimonial –como dispone el Código- debe procurar satisfacciones sustitutivas y compensatorias (cfr. art. 1741, Cód. cit.)³⁸².

c) Convencional. Es el sistema en virtud del cual el daño se halla estipulado por las partes anticipadamente, como en la cláusula penal (art. 790 y ss., Cód. Civ. y Com.), o *a posteriori* de acaecido el daño, ya sea por convenio – por aplicación del principio de la autonomía privada (arts. 957 y 959, Cód. cit.)- o por transacción (art. 1641 y ss.)³⁸³.

d) Arbitral. Es el que hacen los árbitros, peritos árbitros o amigables componedores, por convenio de partes o cuando la ley así lo determina³⁸⁴.

3.3) Apreciación crítica de los modos valoración del daño.

La existencia de indemnizaciones tasadas -como existen en el fuero laboral, en el Código Aeronáutico, etc.- podría hacer pensar en una rápida y simple solución a los problemas enunciados, dado que el operador jurídico no tendría más trabajo que dar a los damnificados las sumas resarcitorias predeterminadas -dentro de los topes- de acuerdo con las circunstancias de cada caso, esencialmente la índole del perjuicio. Sin embargo, es necesario poner de resalto que los sistemas que prevén prestaciones tarifadas conducen generalmente a igualar situaciones dispares, acarreado de esta manera muchas injusticias³⁸⁵. La igualdad ante la ley ha sido siempre entendida como “igualdad en igualdad de

³⁷⁹ Cfr. el criterio aplicado por la CSJN, en Fallos 327:3753 y 331:570.

³⁸⁰ Barbero, *Sistema de Derecho Privado, Obligaciones*, t. III, p. 94, n. 634.I.

³⁸¹ SCBA, C. 117.926, sent. del 11-II-2015.

³⁸² SCBA, C. 118.085, sent. del 8-IV-2015.

³⁸³ Mayo, en Belluscio y Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias...*, op. cit. t. 2, p. 708, n. 33.

³⁸⁴ Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de Obligaciones...*, op. cit., n. 613 bis. Mayo, en Belluscio y Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias...*, op. cit. t. 2, pp. 708-709, n. 33.

³⁸⁵ Quizás sea ésta una de las principales razones por las que se ha cuestionado la constitucionalidad de la Ley de Accidentes de Trabajo. Ello puede inferirse del fallo de la Corte federal, *in re* “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales”, sent. del 21-IX-2004, Fallos 327:3753 (LL, 2004-F-95); ídem, *in re* “Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A. s/ despido”, sent. del 14-IX-2004, Fallos 327:3677 (LL, 2004E-929), donde dijo que si bien no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas, si el propósito del instituto es reparar, la modalidad que se adopte debe guardar una razonable

circunstancias³⁸⁶ y resulta contrario a derecho resarcir a las víctimas de forma igual cuando sufren distintos menoscabos³⁸⁷, especialmente cuando comprenden daños extrapatrimoniales.

La cuantificación judicial cuenta, por su parte, con la ventaja de reparar las circunstancias particulares de cada caso y no tener, además, un catálogo rígido y cerrado de daños, lo que permitiría la pronta recepción de nuevas manifestaciones patrimoniales o extrapatrimoniales de menoscabos³⁸⁸. Empero, posee la desventaja, para los abogados, de estudiar el caso y peticionar con la mayor precisión e idoneidad posible, y para los magistrados, de fundamentar debidamente la sentencia, con la probable existencia de una gran diversidad en las cuantías fijadas entre distintos tribunales.

4. Empleo de fórmulas matemáticas para cuantificar indemnizaciones.

Los criterios de evaluación y las pautas de cuantificación de los daños no se quedan solamente en las circunstancias y en los sistemas antes mencionados, sino que la doctrina y la jurisprudencia han sugerido la utilización de fórmulas matemáticas para determinar con mayor exactitud, precisión y objetividad las sumas indemnizatorias (ver § III.B), consagrándose esta modalidad en el art. 1746 del nuevo Código Civil y Comercial.

El problema del uso de las fórmulas gira alrededor -tal como se puede evidenciar- del rol que desempeñan las mismas en la justificación de la decisión judicial. Evidentemente por sí mismas las fórmulas no son argumentos autosuficientes: “Las fórmulas son apenas expresiones que exponen un procedimiento efectuado sobre datos que no son más, ni menos, que premisas. Por eso mismo, tampoco resulta correcto utilizarlas y luego descartar su resultado por excesivo o insuficiente. Para hacerlo, debería confiarse en un procedimiento superior (preferible) que sirviera de parámetro. Y si existiera tal cosa, no tendría sentido usar la fórmula que se empleó. Algo muy diferente es, ante la sorpresa por el aparentemente inadecuado resultado, volver sobre los valores empleados y verificar si son correctos en el marco en discusión. Es en esa instancia, que es una regular determinación de los hechos relevantes, donde reside, precisamente, la sana discrecionalidad judicial³⁸⁹.”

En razón de esta última consideración es que la cuestión de la determinación de los “valores” (variables) empleados en las fórmulas torna necesaria la argumentación jurídica. Resulta necesario – sobre todo en la cultura jurídica actual, necesitada de legitimación en el Estado constitucional y democrático- exponer las razones por las cuales se ha elegido un salario determinado –si lo hay y si el mismo es fijo o variable-, una edad de jubilación (60, 65, 70 o 75); un porcentaje de discapacidad permanente dictaminado por un perito médico, etc. (y no otros). De esta pluralidad de alternativas surge la necesidad de justificar por qué se ha elegido una variable y no otra. Las partes del proceso –como un derecho constitucional-, los órganos jurisdiccionales superiores (v.gr. las cámaras de apelación), la comunidad jurídica y la sociedad

vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación (SCBA, causas L. 75.293 *in re* “Ludueña”, sent. del 27-XII-2002; L. 74.564, *in re* “González Vitela”, sent. del 29-X-2003; y L. 76.376, *in re* “Montero”, sent. del 1-IV-2004; L. 79.366, *in re* “Bravo Elizondo”, sent. del 28-VI-2006).

³⁸⁶ CSJN, caso “Caillé”, Fallos, 153:67 (1928); ídem, caso “Valdez Cora, Ramón”, Fallos: 182:355 y sus citas (1938); ídem, Fallos: 340:1581, 1795, entre otros.

³⁸⁷ Rivera, Julio C., “Cuantificación legal y judicial”, en Revista de Derecho de daños, 2001-1, Cuantificación del daño, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 20-21.

³⁸⁸ Alferillo, Pascual F., “Cuantificación de los daños personales”, en LL, 2008-A-159.

³⁸⁹ Acciarri, Hugo A., “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 3 y ss.

toda requieren los motivos que llevaron al juzgador a resolver el caso de una determinada manera y por ese monto de condena³⁹⁰.

Los aportes metodológicos del profesor Atienza antes apuntados (§ II.B.3), como es la justificación externa de las premisas -que implican una hipótesis que conforman la decisión judicial, se presenta como un complemento de la justificación interna -lógica formal- dada en los casos de cuantificación de daños a la persona por el uso de las fórmulas matemáticas. La justificación externa vendría de la mano del objetivismo moral y de la pretensión de corrección, en orden a la defensa de principios o valores jurídicos: en el caso, pueden ser los de reparación integral, por un lado, y los valores vida o integridad psicofísica, por otro (arts. 1740, 1745, 1746 y concs., CCCN). También puede presentarse un problema de interpretación -justificación interna-, como puede ser el caso de la indemnización por fallecimiento y el uso de fórmulas matemáticas, dado que el Código nada dice al respecto, a diferencia de la indemnización que sí contempla tales cálculos, lo cual plantea la necesidad de justificar mediante argumentos si por insuficiencia de información normativa cabe emplear una argumentación por analogía *a simili* (arts. 2, 1745 y 1746, CCCN).

Obviamente, desde el aspecto dogmático-legal, la argumentación presenta de por sí ciertos condicionantes; no se puede argumentar de cualquier manera, sino dentro de los cánones de lo jurídico. Así, por ejemplo, el mismo ordenamiento (v.gr. Código Civil y Comercial) dispone la diferenciación entre las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales del daño resarcible, sin admitir una tercera categoría, de acuerdo con lo señalado *ut supra* (arts. 1737 a 1741; § II.C.1)³⁹¹. Los daños a las personas habilitan, en este sentido, a reclamos tanto “patrimoniales” como el lucro cesante, el daño emergente o la pérdida de la chance, como relativos a las “consecuencias no patrimoniales”, esto es, el daño moral (arts. 1737 a 1741).

Ahora bien, en la categoría del daño (consecuencia) patrimonial derivada de la discapacidad psicofísica “permanente” de la persona, y aún en el supuesto de fallecimiento, existe una referencia más o menos directa a valores monetarios reales: valores de cambio³⁹². No es que la vida o la integridad psicofísica tengan un valor en sí misma, sino por sus proyecciones económicas³⁹³.

Esa referencia a valores monetarios ha intentado ser expresada mediante una herramienta de amplia aplicación como los baremos³⁹⁴. Sin embargo, la casuística presenta múltiples dificultades como,

³⁹⁰ Guzmán, Leandro, *Derecho a una sentencia motivada. Integración del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

³⁹¹ CSJN, causas S.36.XXXI, *in re* “Sitjá y Balbastro, Juan Ramón c/ Pcia. de La Rioja y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 27/05/2003, Fallos 326:1673; C. 742. XXXIII.; “Coco, Fabián Alejandro c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 29/06/2004, Fallos 327:2722.

³⁹² Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte*, Astrea, Buenos Aires, 2008, t. 1, p. 1 y ss., § 1 a 7. Acciarri, Hugo A., “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 3 y ss.

³⁹³ Cfr. CSJN, causas “Cano Romero de Alvarez, Ilda c/ Pcia. de Buenos Aires”, sent. del 11/06/1981, Fallos 303:820; “Santa Coloma, Luis Federico y otros”, sent. del 5/08/1986, Fallos 308:1160; V 115 XXIV; “Villalba, Julio Martín y otra c/ Pcia. de Santiago del Estero y otro s/ sumario”, sent. del 7/04/1999, Fallos 322:621; F 115 XXIX; “Fabro, Víctor y otra c/ Pcia. de Río Negro y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 9/11/2000, Fallos 323:3564; “Meza, Dora c. Pcia. de Corrientes y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 14/07/2015, RCyS 2015-X-80.

³⁹⁴ Iribarne explica que el vocablo “baremo” es un galicismo que proviene del nombre del inventor F. J. Barréme. En español tiene tres acepciones: 1) cuaderno o tabla de cuentas ajustables; 2) lista o repertorio de tarifas; 3) conjunto de normas establecidas convencionalmente para evaluar los méritos personales, la solvencia de las empresas, etc. En nuestra materia, con esta expresión se designa a las tablas que contienen los módulos de evaluación de la incapacidad de una persona causada a raíz de detrimentos físicos y psíquicos (Iribarne, *De los daños a la persona*, p. 513). La determinación de los perjuicios derivados de la incapacidad de una persona exige medir de un modo razonable la mengua producida por las secuelas de las lesiones que sufrió. Es necesario así establecer un patrón de referencia apto para estandarizar las pautas de evaluación de los detrimentos padecidos por los damnificados. Con ese fin ha prevalecido el criterio de ponderar en qué porcentaje la lesión y sus secuelas producen mengua de la capacidad total del individuo. Según el órgano, sentido o facultad afectada y su importante función en la vida del hombre sano, se atribuye a cada afección el porcentaje que la ciencia médica estima razonable la mensuración del detrimento padecido (*De los daños a la persona*, op. cit., p. 514).

por ejemplo, cuando la víctima no desarrolla una actividad productiva -sea por el rol que desempeña en la sociedad o en la familia (v.gr. ama de casa)- o bien por sus condiciones especiales (v.gr., menor de edad, jubilado, etc.), o por las características especiales de su oficio o profesión (v.gr., modelo publicitaria, jugador profesional, etc.).

A ello se añade dificultades técnicas, como resolver acerca de la conveniencia de otorgar una suma única en concepto indemnizatorio, representada por el valor que obtendría la víctima por el ejercicio previsible de esa capacidad a lo largo del tiempo, o bien una renta. También resulta una tarea ardua la determinación e incidencia de las manifestaciones anteriores y posteriores a la sentencia, es decir, los períodos temporales pasados y futuros al momento de cómputo. En el ordenamiento jurídico argentino sólo se contemplan algunas directivas para cuantificar el daño (art. 1746, CCCN) que, lógicamente, deben ser observadas y, a la vez, ser fundadas razonablemente para que la decisión se ajuste a derecho (art. 3, CCCN), puesto que de ese modo se puede justificar de un modo explícito, transparente, controlable y razonablemente unívoco el razonamiento que condujo a la cantidad que determine (y que no podría de modo igualmente justificar otra cantidad)⁴⁹⁵.

Acciarri expone que así como la *práctica* de quienes rechazaban el uso de fórmulas acarrea varias debilidades (opacidad y correlativa dificultad de control del razonamiento; ausencia consiguiente de justificación aceptable y vicio constitucional derivado; desigualdad injustificable de los montos asignados en diferentes jurisdicciones o tribunales que sentenciaban sobre bases análogas, etc.), las sentencias que empleaban fórmulas muestran también algunas dificultades de doble índole: problemas exógenos al uso de las fórmulas y problemas endógenos al uso de fórmulas de valor presente de una renta constante⁴⁹⁶.

En relación a las primeras dificultades -las exógenas- se refieren a cierto empleo que se hizo y se hace de las fórmulas en el derecho judicial argentino. Las llamadas fórmulas “Vuoto”, “Marshall”, “Las Heras-Requena” o las equivalentes son expresiones de una misma receta: aquellas que devuelven el valor presente de una renta constante no perpetua⁴⁹⁷ (§ VI. ANEXOS). El uso de tales expresiones no fuerza ni implica ningún modo especial de valorar a sus variables. No obstante, la práctica más extendida asumía que, por ejemplo, usar la fórmula “Vuoto” implicaba dar -a la variable *ingreso*- (el valor del ingreso monetario explícito de la víctima al momento del hecho dañoso)- la tasa de interés de descuento el valor del 6% anual. Este proceder puede acarrear -al menos- dos clases de problemas, dice Acciarri. Unos, generales y derivados *per se* de los valores escogidos en el caso original. Por ejemplo, de considerar que el 6% anual es un valor exagerado para la tasa de descuento, cualesquiera que sean las particularidades del caso, reproducir ese valor en otros procesos extendería esa misma falencia a todos ellos.

Problemas de otra índole son los derivados de la reiteración uniforme de ese modo de dar valores, sin atenderse a las peculiaridades relevantes del caso. Por ejemplo, haber escogido el valor del ingreso monetario explícito de la víctima al momento del hecho como medida de su capacidad puede ser muy razonable en algún caso, pero menos en otros. Podría serlo si las condiciones del damnificado directo (edad, capacitación, etc.) llevaran a predecir que su ingreso no iría a variar en lo futuro y que, dada su particular asignación de tiempo, consideraríamos que ese ingreso es una buena representación monetaria de toda su capacidad para realizar actividades productivas o económicamente valorables. Pero si la víctima hubiera sufrido las consecuencias dañosas a sus veinte años, no parece justificable dar por sentado que su ingreso a esa edad pueda considerarse equivalente a su capacidad.

En estos casos, asumir que se debe tomar en cuenta únicamente el ingreso monetario de la víctima al momento del hecho y que computar cualquier otro valor implicaría “usar mal” ese procedimiento no resulta plausible. Tal práctica, consistente en asignar valores a las variables siguiendo invariablemente la

modalidad de selección de datos empleada en el caso original, justifica algunas de las objeciones levantadas por la Corte Suprema nacional en el caso “Arostegui”⁴⁹⁸.

Los problemas de acotación de la capacidad al mero trabajo formal y de cristalización de su valor en un punto predeciblemente inferior al que podría alcanzar no son consecuencia del mero uso de fórmulas, sino de aquellas peculiaridades del procedimiento de decisión empleado para dar valor a las variables (datos de remuneración formal) y de la clase de fórmula empleada (de rentas constantes).

⁴⁹⁵ Acciarri, Hugo A., “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 3 y ss. Andruet, Armando S., “La decisión razonablemente fundada del art. 3° del Código Civil y Comercial”, en RCCyC, año 2, n.

7, agosto de 2016, p. 63 y ss. Grajales – Negri, *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, op. cit., p. 84 y ss.

⁴⁹⁶ Acciarri, “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, op. cit., p. 3 y ss.

⁴⁹⁷ CNTrab., sala III, sent. del 16/6/1978, “Vuoto, D. S. y otro c. AEG Telefunken Argentina SAIC”, TySS, octubre 1978 y ED, 81-312. TSJ Córdoba, sala Penal, sent. del 22/3/1984, “Marshall, D. A. s/ homicidio culposo - Daños y perjuicios”, JA, 1985-I-214. ⁴⁹⁸ CSJN, sent. del 8/4/2008, “Arostegui, P. M. c. Omega ART SA y otro”.

En definitiva –sostiene Acciarri–, si en un caso se escogió un valor inadecuado para alguna variable, sea por mera reiteración consuetudinaria o por otra razón (por caso, por atender algún argumento de autoridad –práctica tan usual como pernicioso en nuestro derecho–), las debilidades resultantes no son achacables al uso de una fórmulas en general sino a otra razón separable. Si se trata de problemas de “cristalización” del valor de la capacidad en un valor temporalmente inadecuado (como ocurre con la reiteración del ingreso de los jóvenes sin posibilidad de considerar su progreso, más probable que el estancamiento), tales dificultades se correlacionan con una clase particular de fórmulas de valor presente: las fórmulas de renta constante.

En cuanto a las dificultades endógenas al uso de las fórmulas, se señala que para calcular el valor presente de una renta constante no se capta ninguna variación de la suma correspondiente a la capacidad. Por ejemplo, algunos tribunales advertían que asumir una “renta” (más precisamente, una suma equivalente a la capacidad) invariable no se condecía con la evolución predecible de esa capacidad en el caso sometido a su juicio y que, al contrario, los hechos notorios implicados hacían prever que fuera a incrementarse notablemente en el futuro. Luego, adicionaban al resultado del cálculo una cantidad suplementaria en concepto de “chance de progreso”. Estos suplementos (frecuentemente de un 20 a un 30%) solían surgir de un procedimiento que no se explicitaba. Algunas veces, la decisión era diferente: se optaba por adoptar un valor no idéntico al ingreso vigente al momento del hecho, sino uno superior, que se estimaba como una especie de promedio de ingresos futuros y crecientes.

En este sentido, el intento más acabado, en cuanto a su precisión y generalidad, es el que dio por resultado la llamada fórmula “Méndez”³⁹⁵ (§ VI. ANEXOS). En realidad, lo dispuesto en ese caso no incide sobre la fórmula base, ya que aplica la fórmula “Vuoto” pero modifica el procedimiento que se usó en aquél para valorizar algunas variables. En dos de ellas, directamente adopta un valor fijo: en cuanto a la edad límite hasta la cual computar capacidad pasa de los 65 años de “Vuoto” a 75, y en lo que hace a la tasa de descuento, pasa del 6 al 4% anual. Lo más interesante, comenta Acciarri, es el modo en que calcula el valor “ingreso”. En vez de reproducir la remuneración de la víctima al momento del hecho, multiplica esa remuneración por 60 y la divide por la edad de la víctima al tiempo de sufrir las consecuencias dañosas (con un tope superior de 60, es decir que si el hecho afecta a una persona de 66 o más años de edad, el divisor será en todos los casos 60).

³⁹⁵ CNTrab., sala III, sent. del 28/4/2008, “Méndez, Alejandro c/ Mylba SA y otro s/ accidente - Acción civil”.

La intuición subyacente parece fácil de inferir, dice Acciarri. Según lo que sabemos de lo que regularmente ocurre en el mundo (hechos notorios), el tope de remuneración para una misma persona se suele alcanzar más cerca de su edad madura que de su temprana juventud. Por supuesto que hay sectores (modelos, deportistas profesionales, etc.) donde esta progresión difiere, pero en base a lo que normalmente sucede, sería bastante razonable asumir lo primero. Si esto es así, se infiere que, para el caso general, la remuneración de una persona de 20 años estará más lejana al tope de su productividad que la de esa misma persona a los 40, y así sucesivamente hasta el punto máximo. Luego, si una persona resulta damnificada a sus 20, cristalizar su ingreso (como expresión de su capacidad) a esa edad, subvaloraría su productividad y, consiguientemente, el monto indemnizatorio a su favor. Esa sub fórmula, empleada en “Méndez”, en definitiva, es un modo de calcular el punto máximo de la curva de ingreso esperable para una persona, realizada a partir de su ingreso a una cierta edad y algunas asunciones (razonables) de sentido común.

El problema es que al introducir ese valor en la fórmula “Vuoto” ella calculará todos los períodos implicados de acuerdo con ese valor máximo. La razón de esa uniformidad es estructural: la fórmula “Vuoto” sólo calcula el valor presente de una renta constante. Ese efecto es el cuestionable: una cosa es decir que es esperable que un joven de veinte años vaya a ganar a sus sesenta el triple de su ingreso inicial (eso es lo que resulta de multiplicar el ingreso de sus veinte años por 60 y dividirlo por 20). Otra muy diferente es que ese ingreso máximo deba ser considerado, uniformemente, como su remuneración o el valor de su capacidad, desde sus 20 años hasta el fin de su vida estadística. Mientras que lo primero es una cuestión de hecho, contingente y como tal, materia de opinión, lo segundo no guarda consistencia con las bases del problema.

Como se ve, el problema de uniformar o “cristalizar” ingresos que predeciblemente van a variar (en cualquier punto de esa variación sea tal nivel muy bajo o muy alto) resulta sencillamente endógeno al tipo de fórmula empleada. Parece perogrullesco reiterarlo a esta altura, pero las fórmulas para calcular el valor presente de una renta constante no pueden calcular directamente el valor de una renta variable. Incrementar el monto del ingreso al máximo previsible, como ocurre en “Méndez”, acarrea el defecto ya indicado y no resuelve el problema. La variabilidad, afirma Acciarri, es un factor altamente relevante para calcular, del mejor modo posible, la indemnización de una capacidad que se proyecta y fluctúa en el tiempo. La Corte Suprema de la Nación, en “Arostegui”, descalificaba el uso de “Vuoto” porque su empleo sólo cuantificaba por “su repercusión (de la incapacidad) en el salario que ganaba (la víctima) al momento de los hechos proyectado hacia el resto de la vida laboral de aquélla”. En esos términos, la objeción es claramente plausible y se puede extender a todos los empleos usuales de las fórmulas de rentas constantes³⁹⁶.

³⁹⁶ Acciarri, Hugo A., “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 3 y ss.

III. PLANTEO DEL PROBLEMA

La presente tesis se ciñe a determinar si la teoría de la argumentación jurídica elaborada por el profesor español Manuel Atienza brinda el marco teórico necesario y válido, para sustentar un modelo, metodología jurídica o técnica idónea para el dictado de sentencias judiciales acordes con las exigencias del Estado de Derecho constitucional y democrático, las disposiciones legales contenidas en los artículos 1 a 3, 1708, 1716, 1737 a 1740, 1745, 1746 y concordantes del Código Civil y Comercial, así como también con las pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de cuantificación de daños patrimoniales a la persona³⁹⁷.

La hipótesis planteada consiste en establecer, pues, si la teoría de Manuel Atienza constituye un instrumento capaz de explicar y guiar la actividad de los jueces en su función de aplicar el derecho, frente a los estándares de motivación, fundamentación, justificación y razonabilidad señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (§ III.C), en consonancia con las disposiciones del nuevo Código, y así evitar que las sentencias puedan ser tachadas de arbitrarias³⁹⁸. Es más: cabe preguntarse si los estándares fijados por la misma Corte resultan acordes y satisfactorios frente a las interpelaciones jurídicas, políticas y sociales; conjetura sobre la cual es desarrollada esta tesis (§ I.B, III.A y III.D).

De acuerdo con la doctrina pretoriana de la arbitrariedad de sentencias, elaborada desde antaño por el Alto Tribunal federal (CSJN, *leading case* “Rey c/ Rocha”, sent. del 2-XII-1909; § VI.A.1³⁹⁹), una sentencia es fundada cuando constituye una derivación razonada del derecho vigente, conforme a las circunstancias del caso, exigencia que también se halla receptada en el artículo 3 del Código Civil y Comercial cuando se refiere a la forma de decidir los asuntos sometidos a su conocimiento: “*El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*”⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Klimovsky, *Las desventuras del conocimiento científico*, op. cit., pp. 26, 91, 93-94 y 131-141.

³⁹⁸ Atienza y Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, op. cit.; idem, *El Derecho como argumentación*, op. cit.; idem, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit.

³⁹⁹ El *leading case* de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia fue el famoso caso "Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro", sent. del 2/12/1909 (Fallos: 112:384) y su consolidación se dio en "Storani de Boidanich" (Fallos: 184:137, sent. del 26/6/1939). Cfr. CARRIÓ, Genaro R. y CARRIÓ, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983. Como observan estos autores, esa doctrina fue expuesta como un obiter dicta de un recurso que no prosperó; después de muchos años el dictum de "Rey c. Rocha" pasó a ser *holding* (Fallos: 131:387; 150:84; 174:252; 178:355; 181:418). Más allá de ello, en ese precedente la Corte sostuvo que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17), da lugar a recurso ante el Tribunal en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes a juicio de los litigantes (ps. 27-28 y 34-40).

⁴⁰⁰ Cfr. Negri, Nicolás J., “Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial”, RCCyC, diciembre 2016, p. 59 y ss. Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 39. Andruet, Armando S. (h), “La decisión razonablemente fundada del art. 3º del Código Civil y Comercial”, en RCCyC, agosto, 2016, p. 63 y ss. Desde otra óptica, véase Chiappini, Julio O., “El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial exige una sentencia 'razonablemente fundada'”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2013-I, n.2. Rabbi-Baldi, Renato, comentario al art. 3, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, pp. 68-69. Tobías, José W., comentario al art. 3, en Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tratado exegético*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, pp. 34-36.

En los supuestos de indemnización por daños, se puede afirmar que una sentencia es arbitraria cuando no pondera y aplica adecuadamente los principios, valores y reglas jurídicas en juego (*neminem laedere*, reparación integral, vida, integridad física, etc.; arts. 2, 3, 1716 a 1746, Código Civil y Comercial; viejos arts. 1083, 1084, 1085, 1086 y concs., Código Civil derogado), en relación a las circunstancias fáctico-probatorias atinentes a la persona-víctima-damnificado (ver § III.B).

¿Qué exigencias, entonces, debería cumplir una sentencia judicial para no ser “tachada” de arbitraria?

La hipótesis antes señalada se relaciona con una serie de interrogantes o hipótesis secundarias, a saber: 1) la de elucidar los términos o expresiones tales como: sentencia fundada; arbitrariedad; discrecionalidad; ponderación; aplicación; interpretación; daño resarcible; etcétera, vinculados con las decisiones judiciales; 2) determinar los elementos y condicionantes que en general integran un fallo judicial; 3) establecer las operaciones lógica-gnoseológicas que realizan los jueces: ponderación (principios y valores garantizados por derechos fundamentales como la vida, la integridad física; el honor; etc.); subsunción (premisa general –normativa- y hechos –fáctica-); 4) diferenciar los problemas que presentan las sentencias en sus diferentes planos: normativo, lingüístico, fáctico, lógico, axiológico, político, sociológico, etcétera; 5) Evaluar los métodos que emplean los tribunales en orden a establecer si los mismos pueden satisfacer debidamente los requerimientos de la Corte de la Nación, y 6) Analizar las propuestas de las teorías de la argumentación y, específicamente, la propuesta por Manuel Atienza como una metodología adecuada a las exigencias del máximo Tribunal federal.

De todas estas cuestiones, en la tesis nos detendremos, particularmente, en dos temáticas: por un lado, en el problema metodológico y técnico, enclavado en el razonamiento jurídico (*Lógica de los juristas*⁴⁰¹) y, por otro lado, desde la visión de la dogmática jurídica de la responsabilidad civil, en el problema de la evaluación y cuantificación de los daños⁴⁰².

⁴⁰¹ Cfr. Bobbio, Norberto, *Derecho y lógica*, tr. A. Rossi, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México D.F., 1965, p. 27 y ss.

⁴⁰² Salas, Acdeel E., “Evaluación del daño causado a la persona”, en JA, 1955-IV-15. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, op. cit., t. VI, p. 329 y ss., § 3219. Trigo Represas, Félix A. – Compagnucci de Caso, Rubén H., *Responsabilidad por accidentes de automotores*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 2, p. 274 y ss. Iribarne, “Juicio prudencial y razonamiento jurídico en las indemnizaciones por daños a la persona”, op. cit.; idem, *De los daños a la persona*, op. cit. Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 2a y t. 4. A.A.V.V., *Cuantificación del daño*, en Revista de Derecho de Daños, 2001-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001. Cifuentes, Santos, “El ejercicio de la Magistratura y la apreciación subjetiva de las indemnizaciones”, en LL, 2001-B-1387. Alferillo, Pascual F., “Cuantificación de los daños personales”, en LL, 2008-A-159. Negri, Nicolás J., “Valoración del daño a la persona”, en LL, 2008-C-725. Pizarro y Vallespinos, *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones*, op. cit., t. 4, p. 308 y ss., n. 894. Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1984), II Jornadas Rosarinas de Derecho Civil (2000); XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2007). Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998 y 2016, t. I.

A) La justificación razonable de las decisiones judiciales.

En virtud de las cuestiones, discusiones y problemas expuestos sucintamente en el punto que antecede, puede vislumbrarse la importancia notoria que ha adquirido en los últimos tiempos el tema relativo a la justificación razonable de las sentencias judiciales en las sociedades que se rigen bajo el Estado de Derecho⁴⁰³.

Principalmente, esto obedece tanto a la necesidad de legitimar el ejercicio del poder dentro de una democracia constitucional, como a la de abordar más adecuada y eficazmente la complejidad de los asuntos planteados en el seno de la sociedad actual. De esta manera, se busca alcanzar soluciones (decisiones) que realicen los intereses –personales o sociales- en aras del bien común⁴⁰⁴, sobre todo en aquellos casos en que se presentan diversas alternativas interpretativas, con amplio margen de discrecionalidad para los operadores jurídicos, es decir, en los casos difíciles o en los que no existe una única respuesta correcta o justa para la solución de los conflictos (por ejemplo, los asuntos vinculados con la protección de derechos fundamentales tales como la vida, la intimidad, etc.; o los problemas relacionados con la bioética, el medio ambiente, el consumidor; etc.).

Las circunstancias apuntadas nos interpelan a investigar si las sentencias judiciales que dictan los tribunales – en nuestra tesis, esto se hizo en lo relativo a la materia de cuantificación de daños a la persona- cumplen las exigencias del Estado constitucional de derecho⁴⁰⁵, de acuerdo con los actuales estándares plasmados en tratados internacionales y constituciones de los Estados y que, desde hace algún tiempo, se están explicitando en la jurisprudencia, especialmente, de los superiores tribunales (nacionales o internacionales)⁴⁰⁶, tal como se postula desde el postpositivismo constitucionalista o desde el neoconstitucionalismo (§ I.B).

Las pautas -y exigencias- en la fundamentación (motivación) de las decisiones jurídicas que han surgido en los últimos tiempos –por ejemplo, la norma incorporada en el Código Civil y Comercial, en su art. 3º, en orden a la “razonabilidad”-, sumadas a la mayor demanda política y social de legitimación hacia los jueces por parte de la ciudadanía, instituciones y organismos –gubernamentales o no-, mediante una justificación razonable de las sentencias pronunciadas en los procesos judiciales, hacen necesario encarar

⁴⁰³ Fayt, Carlos S., *Derecho Político*, 12ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 262 y ss.

⁴⁰⁴ Sánchez Agesta, Luis, *Principios de Teoría Política*, Mundo Científico, Madrid, 1970, p. 17 y ss.

⁴⁰⁵ Las normas constitucionales se refieren a la motivación de las sentencias o actos jurisdiccionales (art. 120.3, Const. de España; art. 111, Const. de Italia), como también lo hace al igual que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 45, revisado por el Protocolo 11) o a que las sentencias sean “fundadas” (art. 18, Const. de Argentina; art. 21, Const. de Finlandia). También se habla de la “motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias” (art. 139, párr. 9, Const. de Perú) o que sean “fundamentadas todas las decisiones, so pena de nulidad” (art. 92, IX, Const. de Brasil), o bien de que exista una “sentencia definitiva motivada” (art. 239, inc. 1, Const. de Uruguay). Por otra parte, se considera como una garantía implícita del proceso legal. Así por ejemplo la Corte Europea o el Tribunal de Estrasburgo (casos “Van de Hurk c/ Países Bajos”, sent. del 19-IV-1998; “Hiro Balani c/ Espagne”, sent. del 9-XII-1994; “Higgins c/ France”, sent. del 9-II-1998; “Kutic c/ Croatie”, sent. del 1-III-2002).

⁴⁰⁶ Carrió, Genaro R. y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983. Morello, Augusto M., *La Casación. Un modelo intermedio eficiente*, 2ª ed., Editora Platense, La Plata, 2000. Berizonce, Roberto O., Hitters, Juan Carlos y Oteiza, Eduardo (coord.), *El papel de los tribunales superiores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006 (primera parte), 2008 (segunda parte). Taruffo, *El vértice ambiguo*, op. cit.

el estudio de los métodos y teorías empleadas, a efectos de evaluar la presencia de anomalías, carencias o defectos, y cuáles son sus causas.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se expuso por parte de la Comisión reformadora, en relación a la citada norma (art. 3°), que el deber de resolver los casos mediante una “decisión razonablemente fundada” responde a la necesidad de “seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial”⁴⁰⁷ para no incurrir en la tacha de arbitrariedad de sentencias⁴⁰⁸.

Desde la óptica de la interpretación constitucional se acota que *toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable*: el Congreso, el Poder Ejecutivo y los Jueces, cuando actúan en el ejercicio de sus funciones específicas deben hacerlo de manera razonable⁵¹³. En este sentido, lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa obrar conforme a la razón; ser justo, moderado, prudente: todo aquello que puede ser resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común.

Ahora bien, cabe tener en cuenta que la razonabilidad presupone a su vez la racionalidad, pero no se identifican. La lógica del derecho es diferente a la de otras disciplinas; es la lógica o es *logos* de lo razonable (Recasens Siches). En cuanto a las características que presenta la lógica jurídica y, en especial, el “razonamiento judicial”, existe un debate metodológico sobre el tipo de racionalidad al que debe adscribirse la tarea de juzgar. En lo aquí interesa destacar, las posiciones pueden simplificarse en dos posturas: la *racionalidad pura* y la *racionalidad práctica*. La primera se halla representada por quienes consideran que el acto de juzgar es una manifestación de *racionalidad pura*, o sea una actividad estrictamente lógica a través de la cual el juez es capaz de conocer o identificar la norma aplicable al caso controvertido. Quienes defienden esta tesis comparan la actividad del juez con un *silogismo* en el que la premisa mayor está representada por el sistema de fuentes del derecho positivo; la premisa menor, por las circunstancias del caso enjuiciado; y la conclusión es un acto lógico por el cual el juez, una vez identificada la norma pertinente dentro del sistema de fuentes, la aplica a la solución del caso que es objeto del proceso. Se trata de un mecanismo que explicita el procedimiento de la subsunción⁴⁰⁹. La segunda, concibe la actividad judicial como expresión de la *racionalidad práctica*, es decir, la reputa un proceso discursivo destinado a

⁴⁰⁷ Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, op. cit., t. I, p. 39.

⁴⁰⁸ El *leading case* de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia fue el famoso caso “Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro”, sent. del 2XII-1909 (Fallos, 112:384) y su consolidación se dio en “Storani de Boidanich” (Fallos, 184:137, sent. del 26-VI-1939). Cfr. Carrió, Genero R. y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983. Como observan estos autores, esa doctrina fue expuesta como un *obiter dicta* de un recurso que no prosperó; después de muchos años el *dictum* de “Rey vs. Rocha” pasó a ser holding (Fallos 131:387; 150:84; 174:252; 178:355; 181:418). Más allá de ello, en ese precedente la Corte sostuvo que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17), da lugar a recurso ante el Tribunal en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes a juicio de los litigantes (pp. 27-28 y 34-40).⁵¹³ Linares Quintana, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional según la doctrina y la jurisprudencia*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 122, § 13. Cayuso, Susana, “El principio de razonabilidad”, en Manili, Pablo L. (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, pp. 1036-1037.

⁴⁰⁹ Tradicionalmente, dice Alsina, se admite que la sentencia —desde el punto de vista de su estructura— constituye un *silogismo*, en el que la premisa mayor está dada por la norma abstracta, la menor por el caso concreto y la conclusión por la parte dispositiva. Dice que ya en la Edad Media los glosadores advirtieron en la sentencia la forma de un silogismo, y esta concepción lógica, tradicional, es la defendida casi unánimemente por los procesalistas (v.gr. Calamandrei, Piero, “La génesis lógica de la sentencia”, en *Estudios sobre el proceso civil*, tr. S. Sentís Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América, 1962, p. 367, n. 14). En los casos judiciales, el juez procede en orden inverso, porque primero analiza los hechos (cfr. *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993 -1958-, p. 281), y luego hace su confrontación con la norma legal, para llegar a la conclusión, no en base a un hecho único, ni a una única norma abstracta, sino después de una seria complicada de deducciones recíprocamente vinculadas (la operación consistente en el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética, contenida en la ley, se denomina en la doctrina moderna *subsunción* (Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1961, t. IV, p. 58 y ss.).

inferir las “buenas razones”, argumentos o motivos relevantes tendentes a establecer la norma jurídica más oportuna para resolver el proceso⁴¹⁰.

Ahora bien, ¿en qué consiste lo “razonable” o la “razonabilidad” a la que alude el artículo 3 cuando habla de la decisión “razonablemente” fundada?

Para elucidar el significado de este término, es necesario partir de la noción de *razón* porque la palabra *razonable* (del latín, *rationabilis*⁴¹¹) es un adjetivo que significa arreglado, justo, conforme a la razón⁴¹². La razón es la facultad del ser humano de pensar, reflexionar para llegar a una conclusión o formar juicios de una determinada situación o cosa⁴¹³. La palabra razón proviene del latín *ratio*, *rationis* que significa “cálculo, razón o razonamiento”.

Además, el término *razón* puede tener varios significados dependiendo de cómo sea empleado. La razón es el argumento que una persona alega para probar algo o persuadir a otra persona de sus argumentos. Asimismo, razón es la causa determinante del proceder de una persona y de un hecho. Atienza también reconoce estos sentidos del término, señalando que el término razón puede entenderse como *facultad humana*, como premisa de un *argumento*, como *motivo psicológico* y como *justificación de una acción*. El profesor de Alicante considera que las tres últimas acepciones se vinculan con el razonamiento judicial: el que reconstruye los pasos deductivos de la justificación (razón como premisa); el que representa el proceso psicológico del juez (razón motivo) y el que pretende garantizar una justificación sustantivamente correcta (razón como justificación)⁴¹⁴.

En cuanto a la idea de *razonabilidad* también puede hablarse en varios sentidos. Juan Francisco Linares alude a la razonabilidad en la *técnica*, en cuanto se habla de medios razonables para obtener un fin; a la razonabilidad en la *axiología jurídica* cuando se busca el fundamento de los valores específicos del plexo axiológico (solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad, orden y en el valor totalizador justicia), y en la *ciencia del derecho* cuando se busca la razón suficiente de una conducta compartida. Y añade que cuando se habla de razonabilidad en sentido lato de una ley, sentencia o acto administrativo, se mientan con ello los tres factores de razón suficiente: existencia, esencia y verdad (justicia). Pero en sentido estricto por

⁴¹⁰ Pérez Luño, Antonio E., “¿Qué significa juzgar?”, en *Doxa*, n. 32, 2009, p. 162. Andruet, Armando, “La decisión razonablemente fundada del art. 3º del Código Civil y Comercial”, en *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley, año II, n. 7, agosto, 2016, p. 75 y ss.

⁴¹¹ Se conoce como racional lo relativo a la razón. El término racional es usado como adjetivo para describir a alguien que es dotado de la razón, es decir, es un individuo que raciocina, actúa conforme la razón. La palabra racional es de origen latín *rationalis*.

⁴¹² Bielsa, Rafael, *Estudios de derecho público: I, Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1950, t. 1, p. 485. Este autor sostiene que la conciencia del juez es iluminada por la razón; pero la razón le hará discernir o conocer; lo hará sabio, pero no justo. ¿Y es ése el valor jurídico de lo razonable, como fórmula o ingrediente principal de la interpretación? Lo razonable tiene otro sentido, que es el de la proporción justa, de moderación, de equidad. En virtud de ese poder de interpretación de los tribunales han juzgado la justicia y razón de las disposiciones legales, en sentido lato (idem, p. 514).

Bidart Campos, por su parte, sostiene que el principio de razonabilidad receptado en nuestro ordenamiento jurídico (ley, sentencia) es un complemento imprescindible al de legalidad. Lo opuesto a razonabilidad es la arbitrariedad. Dicho principio se encuentra condensado en el art. 28 de la Constitución Nacional. Y añade que el principio de razonabilidad equivale a la garantía del debido proceso sustantivo, cuya finalidad es preservar el valor justicia contenido de todos los actos de poder, y también de los particulares (Bidart Campos, Germán J., *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 70-71).

⁴¹³ Ferrater Mora en su diccionario de filosofía señala, en su primera acepción, que “se llama razón a cierta facultad atribuida al hombre y por medio de la cual se le ha distinguido de los demás miembros de la serie animal. Esta facultad es definida usualmente como la capacidad de alcanzar conocimiento de lo universal, o de lo universal y necesario, de ascender hasta el reino de las ‘ideas’ — ya sea como esencias, ya como valores, o ambos”. En la tercera acepción, dice que “se entiende la razón como equivalente al fundamento; la razón explica entonces por qué algo es como es y no de otro modo”. Más adelante apunta que los significados de razón que resultan predominantes y son considerados por muchos autores como los más fundamentales son dos: 1) la razón como facultad y 2) la razón como un principio de explicación de las realidades (*Diccionario de Filosofía*, 5ª ed., Montecassino, Pennsylvania, 1964).

⁴¹⁴ Redondo, Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996. Cfr. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 129.

razonabilidad sólo se entiende el fundamento de verdad o justicia, que es –a su entender- el alcance con que se maneja el vocablo por nuestra Corte Suprema y la de los Estados Unidos⁴¹⁵.

La idea de razonabilidad en el ámbito del discurso judicial también presenta diversos sentidos. En sentido *amplio* se aplica a cualquier decisión judicial, pues la razonabilidad marca el límite de lo justificable, de lo jurídicamente aceptable. La razonabilidad es algo más que la racionalidad en sentido estricto, aunque en ocasiones decidir de manera razonable significa hacerlo en forma estrictamente racional.

En sentido *específico* la razonabilidad se aplica a propósito de ciertas decisiones, de ciertas argumentaciones. La necesidad de ser razonable se plantea cuando, en relación a una cuestión, parece existir un cierto margen para decidir de una manera o de otra⁴¹⁶. Esta noción de razonabilidad implica incorporar la idea de aceptabilidad. Una decisión que resultaría razonable es la que, teniendo en cuenta todos los elementos de la situación (el juicio razonable es siempre un juicio holístico⁴¹⁷), logra una articulación óptima entre las exigencias contrapuestas y que resulta además aceptable. La aceptabilidad debe ser entendida como el equilibrio entre la aceptación de hecho (de puntos de acuerdo reales) y el consenso racional⁴¹⁸.

En relación con este último sentido, Aulis Aarnio ha defendido una concepción amplia de la racionalidad de la que forma parte tanto la racionalidad lógica como la racionalidad discursiva, que interpreta en el sentido de la racionalidad dialógica de Habermas y Alexy. Sin embargo advierte que la racionalidad discursiva es insuficiente porque solo puede proporcionar estándares valorativos objetivos en abstracto, pero no consideradas todas las circunstancias, por lo que considera que la noción de lo racional debe complementarse con la de lo “razonable”, que Aarnio siguiendo a Perelman entiende en términos de “aceptabilidad” por parte del auditorio⁴¹⁹.

La razonabilidad debe ser considerada en el ámbito de la comunicación o “discurso jurídico”, es decir, en las reglas que dominan la argumentación y, con ello, con la posibilidad de la aceptación o adhesión racional de una decisión por parte del auditorio al cual va dirigida⁴²⁰, el que comprende no solo las partes del proceso, sino también a los órganos judiciales superiores del juez que controlan las sentencias; los académicos, doctrinarios o juristas y la comunidad política toda.

⁴¹⁵ Linares, Juan M., *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 107-111. Linares sostiene que la razonabilidad jurídica es una valoración de justicia, que se asienta en dos principios fundamentales: el lógico de identidad, y el de igualdad.

⁴¹⁶ Es lo que puede ocurrir cuando se trata de evaluar dos justificaciones judiciales de signo contrapuesto sobre un mismo caso: ninguna comete errores inferenciales ni deja de utilizar el sistema de fuentes establecido, ni recurre a cánones de interpretación extravagantes o resulta incoherente en relación con la alguna interpretación más o menos plausible de los valores del ordenamiento (Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 565).

Por otra parte, cabe apuntar que la razonabilidad debe ser puesta en el contexto de la discrecionalidad judicial, es decir, en el espacio que brindan las normas para que el juez adopte una decisión, el cual no sólo está dado por las palabras de la ley y los problemas del lenguaje (ambigüedad, vaguedad, etc.), sino también por la remisión a los principios y valores en el cual se interpretan las normas legales o fundamentales (art. 2).

⁴¹⁷ En términos generales, holístico indica que un sistema y sus propiedades se analizan como un todo, de una manera global e integrada, ya que desde este punto de vista su funcionamiento sólo se puede comprender de esta manera y no sólo como la simple suma de sus partes (el término fue acuñado por Jan Christiaan Smuts en el año 1926).

⁴¹⁸ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 563-564.

⁴¹⁹ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificación jurídica, tr. Ernesto Garzón Valdés, CEPC, Madrid, 1991. Cabra Apalategui, José M., *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, Dykinson, Madrid, 2000.

⁴²⁰ Wintgens, Luc J. “Retórica, razonabilidad y ética: un ensayo sobre Perelman”, revista *Doxa*, n. 14, 1993, pp. 195-206.

Al respecto, la Corte nacional ha resuelto que omitir desarrollar una argumentación que posibilite su refutación jurídica descalifica la decisión como acto judicial, ya que tal práctica impide desentrañar el proceso lógico empleado en ella⁴²¹.

En este momento, resulta oportuno insistir en que hablar de “decisión” (o sentencia judicial) implica que, en forma previa, pueden presentarse –en general- diversas opciones para la resolución de un caso, litigio o problema⁴²². Así pues, trasladadas estas ideas a la cuestión de la única respuesta correcta, la razonabilidad presupone que frente a la resolución de un problema o de un caso no existe una única respuesta posible sino varias dentro de las cuales alguna de ellas es o puede resultar más aceptable, convincente o razonable. Siguiendo este criterio si supusiéramos –como durante siglos se ha hecho- que hay una única respuesta verdadera para todos los casos, la tarea de la judicatura implicaría encontrar una verdad “demostrable”, y si hay demostración entonces no hay lugar para la razonabilidad y, por lo tanto, no hay necesidad de dictar una sentencia razonablemente fundada, sino que habría que brindar una demostración suficiente.

Atienza considera que los problemas jurídicos tienen una respuesta final, pero esa respuesta no tiene por qué ser correcta ni, menos aún, única. La idea de la respuesta correcta no puede aceptarse ni siquiera como guía para un juez o un teórico del derecho, dice el autor español. Cuando sobre un mismo problema jurídico se proponen dos soluciones basadas en juicios de valor intrínsecos (últimos) incompatibles entre sí, no cabe hablar de respuesta correcta: cada una es correcta dados ciertos criterios, y no hay un meta-criterio que cubra ambos. De lo único que cabe hablar es de la mejor respuesta posible, que sería aquella que resulte aceptable para la mayoría de una comunidad ideal (que se guía por las reglas del discurso racional), pero particular, en cuanto sus miembros comparten ciertos valores básicos que pueden no coincidir con los de otras comunidades⁴²³.

De ahí que, para una postura, la “razonabilidad” es un principio constitucional y su tutela tiende a hacer efectiva y eficaz el derecho del debido proceso sustantivo. Constituye un principio y como tal se caracteriza como un mandato de optimización, cuyo objetivo es garantizar que el contenido de las normas, de los actos y la aplicación de las mismas guarden una adecuada coherencia con el texto, principio y valores de la norma base⁴²⁴. Para otra postura, se trata más de una garantía que de un principio propiamente dicho, ya que se traduce en una exigencia para la validez y aplicación de las normas, y que junto con la legalidad conforman la garantía fundamental del Estado de Derecho. Mientras que los principios resultan aplicables a determinadas relaciones jurídicas, la razonabilidad es un requisito o condición de validez y aplicación de todo el orden normativo⁴²⁵.

⁴²¹ CSJN, Fallos 324:1365, “Nicolai, Jorge Alberto y Díaz, Juan Eduardo s/ encubrimiento” (sent. 24-IV-2001), en La Ley, diario del 14XI-2001, n. 103.048 (suplemento).

⁴²² Los problemas jurídicos presentan ciertos rasgos comunes: 1) son prácticos y surgen como consecuencia de algún conflicto real o potencial; 2) pueden estar bien o mal estructurados, según que se encuentre bien definido o no el estado inicial y la meta que quiera alcanzarse y hay un camino claro para pasar de una situación a otra; 3) los problemas están dados en un medio institucional, lo cual condiciona todo el proceso de resolución; 4) los problemas jurídicos afectan siempre a valores morales; 5) el lenguaje tiene una importancia fundamental en la resolución de los problemas (Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 645-646).

⁴²³ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 638.

⁴²⁴ Cfr. Cayuso, Susana, “El principio de razonabilidad”, en Manili, Pablo L. (director), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 1038.

⁴²⁵ Saggese, Roberto M. A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 49.

En consecuencia, la razonabilidad –entendida en este sentido– resulta ser una garantía contra la arbitrariedad, ya que la decisión requerirá el desarrollo de una adecuada fundamentación (justificación), esto es, una argumentación mínima⁴²⁶.

Finalmente, cabe hacer una breve alusión al calificativo de “fundada” empleada en el art. 3 del Código Civil y Comercial, si bien –en principio– puede parecer que esta exigencia sólo alude a una cuestión formal; a un requisito establecido en casi todos los ordenamientos procesales (v.gr., art. 34 inc. 4, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), lo cierto es que se trata de un principio básico, con consecuencias significativas en orden a la democracia constitucional y deliberativa, en lo que hace a su control por la comunidad, comprendiendo a las partes, al mismo juez (por parte de los órganos superiores) y a la comunidad política⁵³².

En este sentido se ha expresado que la motivación de las resoluciones judiciales cumple dos grandes funciones en el ordenamiento jurídico. Por un lado, es un instrumento técnico procesal y, por el otro, es a su vez una garantía político-institucional⁴²⁷. Efectivamente, se distinguen dos funciones del deber de motivar las resoluciones judiciales: 1) facilita un adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes tienen la condición de partes en el proceso, a la vez que constituye un control riguroso de las instancias judiciales superiores cuando se emplean los recursos pertinentes, y 2) la de ser un factor de racionalidad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales, pues garantiza que la solución brindada a la controversia sea consecuencia de una aplicación racional del ordenamiento, y no el fruto de la arbitrariedad o capricho en el ejercicio de la administración de justicia⁴²⁸.

Al respecto, es dable señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad en el derecho libremente aplicado sino en las leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme reglas que la comunidad debe conocer, las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual debe hacerse respetar porque constituye un elemento de la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso⁴²⁹.

En este sentido, las constituciones provinciales de Buenos Aires y Santa Fe –entre otras–, solamente hacen referencia al fundamento “legal”, pero esos textos constitucionales fueron dictados bajo la influencia del racionalismo jurídico positivista, lo que no implica que con ello se satisfaga la exigencia

⁴²⁶ CSJN, voto del Dr. Lorenzetti en Fallos, 329:3764 (*in re*, “Ravecca, José Hilario c/ Romaical S.R.L. y otros”, sent. 5-IX-2006; Fallos 329:4248, 4360 y 5520; 330:1516, 1751, 2151, 2452 y 2445; 331:1293; entre otros. Grajales y Negri, *Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 6-11.

⁵³² CSJN, Fallos 236:27 (*in re*, “Storachenco”, sent. del 3-X-1956). Manili, Pablo L. (director), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, pp. 444-445. Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1957, t. II, p. 255.

⁴²⁷ Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, op. cit., p. 356. Igartua Salaverría, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; p. 23. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 2004, p. 623. Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 128 y ss. Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., *Argumentación e Interpretación*, Grijley, Lima, 2011, p. 142. Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 277. Nieto, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 164. Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 178. Castillo Alva, José L., *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*, Grijley, Lima, 2013; idem, “Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales”.

⁴²⁸ Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, op. cit., p. 386.

⁴²⁹ CSJN, *in re* “B. S., J. G. c/ Unión Cordobesa de Rugby” (sent. del 20-XI-2012). En igual sentido véase Fallos 312:1234, 315:502, 2514; 319:2637; 330:2498; 332:885.

de motivación⁴³⁰ mediante la sola referencia de los textos y de las citas legales, ya que se pretende del juez, además, una argumentación justificatoria de la decisión adoptada⁴³¹.

Es oportuno señalar que el artículo 3 del Código Civil y Comercial argentino alude a que la decisión sea “fundada”. Con lo cual surge la duda de si el deber consiste técnicamente en brindar una “fundamentación”, o si sólo basta con la “motivación” de las razones que se han tenido para la decisión que ha sido tomada. A tal efecto, Andruet destaca que se trata de un problema de larga discusión el asimilar o dejar de hacerlo, ambas operaciones intelectivas, habiendo triunfado en la proyección y acogida por la doctrina, la tesis en que pueden ser consideradas prácticas asimilables⁴³², aunque en rigor se trataría de prácticas diferentes⁴³³.

En efecto, cuando se dice acerca de la *fundamentación* de un discurso se alude a las “causas sustanciales” mediante las cuales algo es explicado en modo próximo a lo verdadero y apodíctico, de tal forma que quien puede dar fundamento de algo, lo está explicando causalmente. En cambio, cuando se refiere a la *motivación* se apunta a las razones que se han tenido para decidir de esa manera y no de una distinta. Y por ello, basta con la motivación de la decisión, y que es también el concepto que ha tenido una mayor apropiación por parte de quienes transitan los temas del razonamiento judicial, como es el caso de Michele Taruffo en su obra la “La motivación de la sentencia” (1975) y más recientemente Leandro Guzmán en “Derecho a una sentencia motivada” (2013). Al justiciable, al litigante, a las instancias que puedan acaso todavía intervenir en función de aquello que fuera lo decidido, habrá de resultarles más importante conocer los motivos razonables que existen para esa decisión, antes que la *ratio* metafísica de lo decidido⁴³⁴.

En este orden de ideas, se relaciona la idea de la motivación con el fin de justificar la decisión a adoptarse⁴³⁵. Al respecto, Atienza dice que: “En los sistemas jurídicos del Estado constitucional, los jueces están obligados a motivar sus decisiones. Motivar no significa 'explicar', esto es, señalar cuáles han sido los factores causales (sociológicos, psicológicos, ideológicos, etc.) que han producido la decisión, sino 'justificar', indica las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable”⁴³⁶. En igual sentido se afirma que “la justificación de una decisión supone poner de manifiesto las razones o argumentos que hacen aceptable la misma. En particular la justificación de una resolución jurisdiccional implica hacer patentes las razones por las que la decisión es aceptable desde la óptica del ordenamiento”⁴³⁷.

Expuestas estas precisiones semánticas en torno al sentido y significados de los términos motivación, fundamentación y justificación, corresponde preguntarse cuándo determinados basamentos

⁴³⁰ Álvarez Gardiol, Ariel, *Epistemología jurídica*, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2010, p. 369.

⁴³¹ Vigo, Rodolfo L., *Interpretación Jurídica (del modelo inpositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 36; idem, *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2003, p. 55 y ss.

⁴³² Guzmán, Leandro, *Derecho a una sentencia motivada*, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 56.

⁴³³ Andruet, Armando S. (h), "La decisión razonablemente fundada del art. 3° del Código Civil y Comercial", en *Revista de Código Civil y Comercial*, La Ley, agosto, 2016, p. 63, n. 17.

⁴³⁴ Taruffo, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, tr. Lorenzo Córdova Vianello (La motivazione della sentenza civile), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006; idem, *Páginas sobre Justicia Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 520. Colomer Hernández, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Igartua Salaverria, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

⁴³⁵ Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit., p. 39 y ss. Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 35.

⁴³⁶ Atienza, Manuel, "Justificación jurídica", en Veña Reñón, Luis y Olmos Gómez, Paula, *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Trotta, Madrid, 2011, p. 346.

⁴³⁷ Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, op. cit., p. 38.

judiciales son calificados como defectuosos o cuando una decisión judicial se halla indebidamente justificada, tales afirmaciones deben ser respaldadas mediante explicaciones que las sustenten.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte federal –en su rol de garantizar la protección de los derechos fundamentales- brinda un amplio repertorio de casos, particularmente con la doctrina pretoriana de la “arbitrariedad de sentencia” que ejerce en el ámbito del recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48), por medio de la cual se ponen de relieve una serie de problemas de fundamentación de sentencias judiciales que es del caso analizar e investigar⁴³⁸.

La razonabilidad en la justificación de los fallos sería entonces una garantía contra la arbitrariedad, ya que la decisión judicial adoptaría una adecuada fundamentación lo cual conlleva –obligatoriamente- una argumentación mínima⁴³⁹.

Sin embargo, la mera identificación de los posibles problemas o errores en los que incurren los tribunales inferiores al emitir sus fallos –tal como será apuntado más adelante (§ III.C)- no es suficiente. Es menester abordar la cuestión de fondo (v.gr., el formalismo reinante en el razonamiento desplegado por los jueces) y las técnicas empleadas (v.gr., mero intuicionismo o el silogismo sentencial) para luego, desde una perspectiva práctica, hacer una propuesta metodológica adecuada que sirva de guía o modelo de actuación para los tribunales.

Reiteramos que las *teorías de la argumentación jurídica* parecen constituir una herramienta idónea para superar la actual crisis o insuficiencia del modelo tradicional, a fin de brindar una mejor comprensión del fenómeno jurídico (Atienza sostiene que es una práctica social con una doble dimensión: autoritativa y valorativa) y, a la vez, para una mejor administración de justicia (como institución del Estado) y la tutela efectiva –operativa- de los derechos fundamentales (§ II.B).

El señalado problema de la razonable fundamentación o motivación de las sentencias judiciales se aprecia, a primera vista, con la simple lectura de los repertorios jurisprudenciales conocidas en nuestro país (La Ley, Jurisprudencia Argentina, El Derecho, etc.), así como de las bases de datos de los organismos oficiales (por ejemplo, el sitio web del Poder Judicial de la Nación o del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires), los que exhiben numerosos pronunciamientos descalificados (revocados, anulados o dejados sin efecto), por parte de los tribunales superiores.

Se torna necesario, entonces, examinar los problemas que en ellos aparecen con cierta regularidad y contrastarlos con los estándares indicados por el máximo tribunal de la Nación en su calidad de intérprete último y custodio de la primacía de la Constitución Nacional (cfr. art. 31). Para ello resultará fecundo analizar los precedentes de los últimos años (en la tesis se evaluará la jurisprudencia de las últimas tres décadas: 1983 a 2015 en materia de responsabilidad civil o “derecho de daños”), a los efectos de verificar si la teoría de la argumentación jurídica puede aportar una metodología idónea para lograr una mejor eficiencia en la aplicación del derecho en los casos jurisdiccionales, en consonancia con los objetivos señalado en el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina, entre ellos, el de “afianzar la justicia”.

En este orden de ideas, corresponde destacar que la fundamentación del razonamiento forense presenta particularidades en el Derecho de Daños y, especialmente, en el área de la “cuantificación de los daños a la persona”, problemática que han abordado algunas investigaciones pero que no han alcanzado

⁴³⁸ Carrió, Genaro R. y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. En la jurisprudencia de la Corte Suprema*, 3ª ed., Buenos Aires, 1983, t. I, p. 9 y ss.

⁴³⁹ Cfr. CSJN, voto del Dr. Lorenzetti en Fallos, 329:3764 (*in re*, “Ravecca, José Hilario c/ Romaical S.R.L. y otros”, sent. del 5-IX-2006; Fallos 329:4248, 4360 y 5520; 330:1516, 1751, 2151, 2452 y 2445; 331:1293; entre otros. Bidart Campos, Germán J., *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 70-71. Grajales y Negri, *Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 6-11.

hasta la actualidad un grado de formulación teórica aceptable ni para la dogmática jurídica ni –por sus diversos criterios y procedimientos- por la jurisprudencia, sino que –por el contrario- todavía continúan presentándose casos de arbitrariedad de decisiones por falta de una debida justificación.

En esta tesis evidenciaremos los problemas que en el campo de la cuantificación de los daños han llevado a la descalificación por “arbitrariedad” de las sentencias judiciales. Asimismo, evaluaremos los aportes antes expuestos de la teoría de Manuel Atienza⁴⁴⁰ (§ II.B).

⁴⁴⁰ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit. Grajales y Negri, *Argumentación jurídica*, op. cit.

B) El problema en los casos de cuantificación de los daños a la persona.

Los “daños a la persona” es una denominación especial usada por parte de la dogmática civilista respecto de aquellos daños patrimoniales que procuran reparar o resarcir los menoscabos ocasionados no a los bienes sino a la persona misma del damnificado o de la víctima (daño emergente, lucro cesante, pérdida de la chance), tal como se presenta ante el fallecimiento de alguien o frente a la discapacidad psicofísica permanente. Estos supuestos de hecho siempre han sido contemplados en el sistema jurídico argentino, en razón de la importancia para la comunidad (cfr. arts. 1084 a 1086, Cód. Civil de Vélez, ley 340; arts. 1737, 1738, 1739, 1745 y 1746, Cód. Civil y Comercial, ley 26.944)⁴⁴¹.

Aclarada esta primera referencia, cabe poner de relieve –en relación a la problemática práctica antes aludida- la necesaria valoración que debe llevar a cabo juez al resolver en cuantificación de los daños, por los principios y valores jurídicos en juego –la reparación plena, la vida, la integridad psicofísica, etc.- (§ II.C.2), y la clara presencia de la discrecionalidad en distintos aspectos de la decisión judicial, inevitablemente surge el problema de la fundamentación y justificación (arts. 3, 1737 a 1740, 1745 y 1746, Cód. Civ. y Com.).

En efecto, la existencia de bienes y valores principales, junto con las cuestiones propias de las circunstancias del caso dentro del proceso judicial, ponen en evidencia la presencia de la discrecionalidad en la “aplicación” del derecho, ya sea porque suponen de algún modo la elección –y consecuente valoración- entre diferentes alternativas en el proceso de justificación sentencial (v.gr., por la existencia de diferentes opciones entre la que puede elegir el órgano decisor o bien por la ausencia de estándares jurídicos), o porque se presentan supuestos de delegación de poder o alguna ausencia o indeterminación normativa (v.gr., por la existencia de problemas semánticos o lógicos normativos).

Tales cuestiones constituyen uno de los presupuestos de las teorías de la argumentación jurídica, en tanto que en la función judicial las *valoraciones* –en la adopción de una decisión- resultan ineludibles, más aún cuando la dilucidación de los problemas prácticos que se plantean ante los tribunales se remiten –de un modo u otro- a bienes o valores concretos (normativos, institucionales, políticos, etc.), cuya justificación –orientada en muchos casos hacia el futuro, hacia las consecuencias- excede la mera actividad interpretativa y se configurar más bien en una actividad argumentativa, puesto que se vale de argumentos o de razones⁴⁴².

⁴⁴¹ Iribarne, Héctor P., “Juicio prudencial y razonamiento jurídico en las indemnizaciones por daños a la persona”, revista *Prudentia Iuris*, Universitas SRL, agosto 1983, Buenos Aires; ídem, *De los daños a la persona*, Ediar, Buenos Aires, 1992.

⁴⁴² Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª ed., Porrúa, México, 2008, p. 172; ídem, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, pp. 226-227. Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial*, El Foro, Buenos Aires, 2002. de Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 14 y 107. Ezquiaga Ganuzas, Francisco, “Los juicios de valor en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 1, San Sebastián, 1984, pp. 33-60. Cueto Rua, Julio C., “La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación”, en *Doxa* n. 21-II, 1998, pp. 111-119.

Véase también Linfante Vidal, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, publicado en *Doxa*, n. 25, 1989, p. 12 y ss. Atienza señala que la discrecionalidad se presenta sobre todo en la aplicación de normas de fin (reglas o principios). Como la manera de alcanzar el fin no puede establecerse de antemano, se deja cierta libertad a la hora de elegir los medios e incluso en ocasiones de moldear los fines (Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 437-438). Vigo señala que las teorías de la argumentación, al mismo tiempo que centran su atención a la necesidad de que el jurista apele a razones o argumentos que respalden sus afirmaciones o premisas que forman parte de su discurso y propuesta de solución o respuesta al problema en el que trabajan, también brindan nóminas de argumentos disponibles a ese fin (Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho constitucional*, op. cit., p. 35).

El *quid* de la cuestión está en resolver el problema de la discrecionalidad, para que no derive en arbitrariedad. La discrecionalidad arbitraria en la determinación de la indemnización y la falta de motivación –justificación– de los fallos judiciales desencadenan numerosas consecuencias negativas: la inseguridad jurídica, la imposibilidad del control jurisdiccional y ciudadano en general, la dificultad para realizar transacciones extrajudiciales y el consecuente aumento de litigiosidad; etc.

Como apunta García Amado “el patrón de racionalidad argumentativa tiene sentido y utilidad (...) como fuente de esquemas de justificación de decisiones judiciales que envuelven siempre un componente de discrecionalidad; discrecionalidad tanto mayor cuanto más difícil sea el caso, bien por las dudas probatorias, bien por problemas referidos a las normas (existencia de norma aplicable, selección de norma aplicable, interpretación de normas aplicables...), bien por los dilemas morales que en la conciencia del juez o el sentir social provoquen las circunstancias del caso o soluciones de las normas. Bajo este punto de vista, que sería el de una teoría de la argumentación con pretensiones menos ambiciosas y no vinculada al iusmoralismo, sino de orientación iuspositivista, la teoría de la argumentación proporciona herramientas muy útiles para discernir entre justificaciones más convincentes y razonables o menos convincentes por irrazonables, pero siempre en la idea de que lo que se justifica es el uso que el juez haga de su discrecionalidad y a fin de que podamos en lo posible evitar que lo discrecional degenera en arbitrario...”⁴⁴³.

Ahora bien, el tema que nos trae el presente apartado es el relativo a la “cuantificación” (§ II.B.3). Con un claro sentido realista, Highton de Nolasco señala que las sentencias pueden ser completas y estar jurídicamente muy fundadas, pueden contener gran fuerza de convicción sobre la razón del demandante; no obstante, lo primero que les interesa a las partes y sus abogados es el *monto de condena*⁴⁴⁴.

De ahí que la debida evaluación y cuantificación de los daños a la persona, sea por fallecimiento o discapacidad, son cuestiones neurálgicas en la actividad justicativa de las sentencias judiciales, que exige de una guía y práctica adecuadas. En el foro, en este punto concreto, media una falta de homogeneidad en la fijación del *quantum* indemnizatorio, lo cual pone en jaque el valor seguridad jurídica, ya que, indudablemente, se ve menoscabada por la significativa disparidad existente entre las sumas de dinero establecidas por los pronunciamientos de distintos tribunales del país, aun dentro del mismo departamento judicial o de las salas de una misma Cámara de Apelación⁴⁴⁵.

Frente a ello, se propone la publicidad de los precedentes y la formulación de baremos judiciales para ayudar a superar la imprevisibilidad existente y de esta manera mejorar la seguridad jurídica. Pero creo este paliativo resulta insuficiente e inadecuado, puesto que la falla de la matriz es de índole epistémica y no de carácter informativa o comunicativa en relación a los partícipes –operadores jurídicos– de la práctica judicial.

El problema se presenta, desde un comienzo, con el régimen legal previsto en el ordenamiento normativo, el que si bien presenta algunas mejoras, sigue dejando librado a la discrecionalidad de los tribunales la valoración de los daños y su cuantificación, aún cuando median pautas genéricas para su estimación (v.gr., los arts. 1737 a 1741, 1744 a 1746, Cód. Civ. y Com.; el art. 29, Cód. Penal; el art. 165, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y de la Pcia. de Bs. As.).

⁴⁴³ García Amado, Juan A., prólogo en Grajales y Negri, *Argumentación Jurídica*, op. cit.

⁴⁴⁴ Highton, Elena I. – Gregorio, Carlos G. – Álvarez, Gladys, “Cuantificación de daños personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho y Economía*, n. 21, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 128.

⁴⁴⁵ Rivera, “Cuantificación legal y judicial”, op. cit., p. 20.

A ello se añaden luego las cuestiones relativas a la interpretación jurídica de ciertos conceptos indeterminados ⁴⁴⁶ (v.gr., “lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores...” –art. 1745-; “interferencia en su proyecto de vida” –art. 1738-; etc.), todo lo cual, sumada a las limitaciones procesales y circunstancias del caso, genera en muchas ocasiones, errores graves de fundamentación o en diferentes supuestos de “arbitrariedad de sentencia” (Carrió). Consecuentemente, las partes de los procesos judiciales deben emplear –para sanear esos anomalías o defectos- los medios de impugnación contemplados en los códigos procesales (recursos) para que los tribunales superiores subsanen u orden rectificar la inadecuada fundamentación de los fallos, situación que conlleva la elevación de los costos del proceso y el retraso considerable en la satisfacción de la tutela judicial efectiva de los derechos (art. 15, Constitución de la Provincia de Buenos Aires) debido a la prolongación de los juicios, en desmedro de garantías consagradas en tratados internacionales (v.gr., el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). A la par, aumenta la desconfianza en las instituciones del país, fundamentalmente en el Poder Judicial, con menoscabo de la seguridad jurídica y, en última instancia, del valor justicia, piedra de toque del derecho.

A ello se añade el componente histórico-cultural; que las prácticas forenses durante décadas han estado influenciadas por el positivismo formalista y legalista (§ I.B y I.C.2), que eluden el deber de fundamentar y justificar razonablemente las decisiones judiciales.

Y últimamente, con la reciente entrada en vigencia del nuevo ordenamiento en el año 2015, la introducción del uso de las fórmulas matemáticas, lo cual presenta un problema adicional (art. 1746, Cód. Civil y Comercial).

Comenzaremos por el análisis de campo en relación a esta última problemática.

1. Situación en la jurisprudencia en general.

En materia de indemnización de daños a la persona, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dentro del fuero laboral, se destaca el precedente “Vuoto vs. Telefunken” del año 1978 (§ VI. ANEXOS)⁴⁴⁷, de amplia difusión. En él se consagró la fórmula “Vuoto”, que fue - más recientemente- corregida en la conocida causa “Méndez” del año 2008 ya mencionada⁴⁴⁸.

En las jurisdicciones provinciales el panorama es variado. Tal como señalan Acciarri e Irigoyen Testa⁴⁴⁹, mientras en algunas provincias -como en la de Córdoba- las fórmulas parecen utilizarse ampliamente en todos los niveles de la jurisdicción⁴⁵⁰, en otras podría considerarse que prevalece la tendencia contraria, como ocurre en la Provincia de Tucumán⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ Díez-Picazo, Luis, Experiencias jurídicas y teoría del derecho, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1999 (1993), p. 269 y ss.

⁴⁴⁷ CN Trab., Sala 3, 16/6/78, en TySS de octubre de 1978; ED, 81-312.

⁴⁴⁸ CN Trab., Sala 3, 28/4/08, “Méndez, Alejandro D. c. Mylba S.A y otro”, en RDLSS, 2008-II-953.

⁴⁴⁹ Acciarri, Hugo A. - Irigoyen Testa, Matías, “La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes”, en LL, 2011-A-877.

⁴⁵⁰ TS Córdoba, sala Penal, 22/3/1984, “Marshall, Daniel A. s/ homicidio culposo - daños y perjuicios”, en JA, 1985-I-214; ídem, Sala Civ. y Com., 25/6/2008, “Dutto Aldo Secundino c/ America Yolanda Carranza y otro - Ordinario - Recurso de Casación” (expte. D-02-07); CCiv. y Com. Córdoba, sala 5ª, 27/8/2007, “E., J. c. C., L. y otros”, en Lexis N° 70044932; CCiv. Com. y Cont. Adm. San Francisco 28/2/2007, “Biderbost de Baralle, Mercedes A. c/ Juan J. Tinivella y Sucesores” (2007), Lexis n. 70036154. Cfr. Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 4, p. 495.

⁴⁵¹ CS Tucumán, sentencia n. 566 (19/9/1994); sentencia n. 440 (6/6/2001); sentencia n. 216, CCiv. y Com. Tucumán, sala 2ª (23/09/1992). Fallos disponibles en la Web oficial del Poder Judicial de Tucumán: <http://www.justucuman.gov.ar/>.

Entre ambos extremos se encuentran las jurisdicciones donde los tribunales superiores muestran una aceptación mayor (Provincia de Buenos Aires, en el ámbito laboral; en el fuero civil y comercial es menor), intermedia (Provincias de Mendoza, del Chaco o del Santiago del Estero⁴⁵²), o menor (Provincias de Santa Fe o de La Pampa⁵⁵⁹) a la exposición del razonamiento mediante fórmulas, pero defieren esa decisión, de modo general, en las jurisdicciones inferiores.

2. Situación en la dogmática iusprivatista.

La doctrina tradicional dominante resulta un tanto contradictoria. Por un lado, exige una motivación de las decisiones judiciales con una exposición expresa de los elementos y circunstancias tenidos en cuenta para determinar los daños y, por otro, rechaza las fórmulas matemáticas o actuariales por su falta de idoneidad y defiende el libre arbitrio judicial en lo que respecta a la cuantificación de los daños a la persona en concepto de daño patrimonial.

En efecto, la doctrina y jurisprudencia dominante proclama “que en materia de indemnización del daño patrimonial a la persona no correspondería sujetarse a criterios matemáticos para evaluar el lucro cesante por incapacidad, debiendo, por el contrario, ponderarse las circunstancias relativas a persona, tiempo y lugar de cada caso en particular”⁵⁶⁰.

Pizarro y Vallespinos exponen con una claridad meridiana que existe “una indisimulable resistencia al empleo de cálculos matemáticos y actuariales, objeción que es enarbolada como una cuestión de principios, alegándose que importa más el resultado equitativo que el método seguido para obtenerlo. La reparación del daño que deriva de incapacidad sobreviniente no debería ceñirse a cálculos matemáticos, sobre la base de tablas indicadoras relativas a la futura vida útil de la víctima, sino que en todos los casos debería quedar sujeta al prudente arbitrio judicial, ponderando la importancia de las lesiones, la edad y condición socio-económica de la víctima y las demás circunstancias del caso y del damnificado. Una solución dúctil frente a supuestos que requieren de flexibilidad, toda vez que nada hay más antimatemático que la vida humana, siempre incierta, variable, fluctuante e impredecible”⁵⁶¹.

“Quienes renuncian a la utilidad de las matemáticas, de las estadísticas y de los baremos o tablas de incapacidad, afirman que las fórmulas que se utilizan, basadas en aquéllas, tienen tal simplicidad que resultan técnicamente inapropiadas, pues la incapacidad que se pondera y resarce no es sólo la laboral. Existen otros factores relevantes, que deben ser computados, además de los ingresos, que aquéllas no

ST Chaco, 11/08/2005, “Giles de Troncoso, Elia y otro c/ Rovira, Guillermo L. y/u otros” (Exp. Prim. Inst. n° 56.786/2004), inédito; “Luque, Ramón y otra c/ Luque, Ricardo. F. y/o otros” (Exp. Prim. Inst. n° 5542/00), Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Chaco, sala 4ª, (junio - 2000), inédito; “Jeremich, Gladis M. y otro c/ Establecimiento de E.G.B. N° 168 "Gral. Enrique Mosconi" y/u otro” (Exp. Prim. Inst. n° 17007/05), Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Chaco, sala 4ª, (27/04/2006), inédito; “González Lira,

⁴⁵² SCBA, “Nicola, Daniel Victorio c/ Nicola, Aldo Andrés. Accidente”, Ac.y Sent. 1994-II-255; “De Cuadro, Marcela c/ Crealina S.R.L. Accidente”, SCBA, Ac. y Sent. 1992-III-669; L. 70.946, “Saidman, Marta Juana c/ Provincia de Buenos Aires. Dirección General de Escuelas y Cultura. Accidente”; Ac. 83.961, “Domínguez, Alejandro y otra c/ Sanatorio Modelo de Quilmes S.A. y otros”, abril de 2004. SC Mendoza, sala 1ª, 15/08/1995, “Sbriglio, Ernesto L y otro c/ Gustavo Manzano”, Expte. N° 56.811, disponible en la Web del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, Dirección de fallos judiciales: http://www.jus.mendoza.gov.ar/organismos/fallos_judiciales/dano_persona_1.htm; “Gálvez, Samuel Y. c/ Sancor Cooperativa de Seguros Limitada”, SC Mendoza, sala 1ª, (14/05/2002). Lexis N° 30011705; “Cobos, Raimundo V. c. Departamento General de Irrigación y/u otro” Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, (26/03/2008). Lexis N° 70044374. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza tiene dicho que las fórmulas matemáticas del valor presente son una posibilidad a la que pueden recurrir los jueces para ponderar las indemnizaciones por incapacidades y muertes de las personas, siempre y cuando su empleo sea fundado y la liquidación obtenida sea “razonable”.

Argentina c/ Empresa Tiro Federal S.R.L. Línea 8 y/u otro”, Cám. Apelaciones Civ. y Com. Chaco, sala 3ª, (8/10/2007), inédito. Sobre la posible flexibilidad para tomar los valores de la fórmula del valor presente (en el caso, el porcentaje de incapacidad) véase: “Britez, Edmunda c/ Refrescos del Litoral S.A. y/o Responsable” (Exp. Prim. Inst. n° 11595/03), Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Chaco, sala 2ª, (30/05/2008), inédito.

Un criterio mixto entre las fórmulas y sus factores correctores aplicables ha sido invocado por el Supremo Tribunal de Santiago del Estero en “Ledesma de Hoyos, Analía c/ Giménez, Francisco R.”, Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, sala Civ. y Com. (3/12/1997), JA, 1998III-216.

⁵⁵⁹ Sup. Corte Just. Santa Fe, 1993, “Suligoy, Nancy R. y otros c/ Prov. de Santa Fe”; Tribunal Colegiado Resp. Extracontr. Rosario, n. 2, (23/05/2006), “Chiurchiu, Angela c/ Leiva, Benjamín y otra”, Lexis N° 70023916; “Totaro, Vilma c/ Gobierno de la Provincia de Santa Fe” (causa 410/2006), CCiv. y Com. Rosario (acuerdo plenario del 30/08/2007). Disponible en la Web oficial del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe: <http://www.poderjudicial-sfe.gov.ar/> Sin embargo, más recientemente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala primera (acuerdo ordinario del 22/04/2010), se ha expedido a favor del empleo de fórmulas en “Bonino, José L. c/ Quignard, Eduardo C. M. y/u ot. s/ daños y perjuicios acumulados: 34/05 “Recreo c/ Sánchez”; 107/06 “Serato c/ Sánchez” (Expte. Sala I N° 307 - Año 2009).

Sup. Trib. de Justicia de La Pampa, sala B (4/10/2005), “Escudero, Rita c/ Inst. de Seg. Soc. de la Pcia. de La Pampa”; “Álvarez, Flavia L. y otros c/ Gianforte, Darío J. y otros”, sala A (31/5/2005), en www.jusonline.gov.ar/Jurisprudencia/consulta.asp.

⁵⁶⁰ Cfr. Pizarro y Vallespinos, *Instituciones... Obligaciones*, op. cit., t. 4, p. 316. Véase también Acciarri, Hugo A., *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 189-222; idem, “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 3 y ss.

⁵⁶¹ Cfr. Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas (integridad sicofísica)*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1990, t. 2a, p. 495 y ss.

contemplan, amén de no hacerse cargo de los supuestos en los cuales se comprueban dificultades para la demostración de estos últimos”.

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha enrolado tradicionalmente en esta orientación”.

“La sencillez y el facilismo son los dos grandes aliados de esta concepción, que termina haciendo reposar la valoración del daño y cuantificación de su indemnización en la *pura discrecionalidad judicial*” (la cursiva nos pertenece).

“Se le ha observado, críticamente, que bajo la invocación de la equidad y el prudente arbitrio judicial se esconde, en realidad, la ausencia de todo criterio rector, más o menos objetivo y controlable, quedando todo, en definitiva, librado a la discrecionalidad judicial [Zavala de González, Iribarne]. Esto conduce a que el magistrado, sin ataduras, resuelva la cuestión en función de aquello que le parece apropiado, basado muchas veces en su propia intuición y en el particular sentimiento de justicia y equidad que seguramente lo anima. Queda así puesta en evidencia una grave claudicación a la hora de fundar la sentencia y una renuncia a una metodología común para supuestos similares que siempre es largamente preferible a la que emerge de la libre convicción del juzgador. Las consecuencias son tan graves como evidentes: todos los protagonistas, los justiciables y la sociedad, quedan sumidos en la más absoluta inseguridad jurídica, cuestión que se refleja en los más dispares criterios y montos indemnizatorios que se determinan para casos más o menos similares”⁴⁵³.

“El menosprecio de las matemáticas y de los cálculos actuariales pone en evidencia una equivocada valoración del problema. No se trata de alcanzar predicciones o vaticinios absolutos en el caso concreto, pues la existencia humana es por sí misma riesgosa y nada permite asegurar, con certidumbre, qué podría haber sucedido en caso de no haber ocurrido el infortunio que generó la incapacidad o la muerte. Lo que se procura es algo distinto: efectuar una proyección razonable, sin visos de exactitud absoluta, que atienda a aquello que regularmente sucede en la generalidad de los casos, conforme el curso ordinario de las cosas. Desde esta perspectiva, las matemáticas y la estadística pueden brindar herramientas útiles que el juzgador en modo alguno puede desdeñar”.

⁴⁵³ Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, op. cit., t. 4, p. 317. Zavala de González, *Resarcimiento de daños...*, op. cit., t. 2a, pp. 499-501.

Al respecto, en las Primeras Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal de la Provincia de Buenos Aires (Junín, 1984) se propuso que las decisiones judiciales en materia de daños a las personas (muerte, lesiones, incapacidades) debían expresar concretamente cómo las variables relevantes tenidas en cuenta (edad, ingresos, expectativas futuras, etc.) conducían a la determinación del resarcimiento. No bastaría con la mera invocación de la “prudencia”, “equidad”, “arbitrio judicial”, “equidad” o fórmulas análogas que no se acompañasen con enunciados concretos en el sentido propuesto, ya que toda sentencia debe constituir derivación razonada del derecho vigente, con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa y en atención a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha descalificado como arbitrarios fallos que sólo enuncian genéricamente las pautas que afirman tener en cuenta sin decir de qué modo conducen al resultado a que se arriba⁴⁵⁴.

En este mismo sentido, en las II Jornadas Rosarinas de Derecho Civil, se recomendó que “las sentencias reflejen de la manera más explícita y fundada posible las pautas de valoración y cuantificación del daño y que esas pautas se traduzcan efectivamente en los montos, de suerte que permitan al justiciable y a los tribunales superiores la posibilidad de controlar la motivación del decisorio”.

En este mismo sentido se pronuncia el doctor Ricardo Guibourg. El ex juez y pensador argentino considera -frente a la crítica sobre el papel que le caben a las matemáticas (en un tema tan delicado como es la persona humana)- que su uso es indispensable para cualquier razonamiento cuya conclusión sea un número, ya se trate de un monto indemnizatorio, de una regulación de honorarios o de una condena penal a cierto tiempo de prisión. No hay modo alguno de llegar a una conclusión numérica que no sea puramente arbitraria sin aplicar alguna clase de algoritmo, legal o personal, preciso o aproximado, explícito, implícito o acaso subconsciente⁴⁵⁵.

Al autor citado no pierde de vista que cada caso contiene un número indeterminado de características, por lo que cualquier fórmula encerraría la estimación del daño en un marco estrecho, incompatible con la valoración equitativa del derecho conculcado, conduciendo —si se la lleva a sus últimas consecuencias- a consecuencias que tornarían inútiles las normas generales. Sin embargo, observa que la idea misma de una norma general, implícita en la concepción del Estado de Derecho, por vía del principio de legalidad que se considera uno de sus elementos más importantes, conlleva admitir que, de las infinitas características presentes en cada situación, es posible identificar políticamente las que *a priori* juzguemos relevantes para justificar determinada solución normativa. Si no fuéramos capaces de hacer esto, todas las normas serían infundadas y sólo podríamos confiar en los jueces (que, al concebir cada uno sus propios criterios, hacen exactamente lo mismo acerca de sus juicios de relevancia).

Como advierte sagazmente Guibourg, “... una cosa es ver la realidad que nos rodea y otra conocerla. Conocer la realidad requiere formarse una idea —por primitiva que sea— acerca de ella. Esa idea es una representación (un modelo). Y, al diseñar un modelo de la realidad, necesariamente tomamos dos decisiones: a) delimitar el segmento de realidad a representar y b) seleccionar cuáles, entre las infinitas cualidades que en ella podrían advertirse, consideramos importantes para la representación que nos

⁴⁵⁴ Cfr. Zavala de González, *Resarcimiento de daños...*, op. cit., t. 2a, pp. 509-510. De manera coincidente, en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora, 2007) se dijo: “Tratándose de cuantificación del daño patrimonial a la persona, particularmente lucro cesante futuro, es necesario acudir a la utilización de fórmulas matemáticas, actuariales u otros parámetros objetivos uniformes, que permitan alcanzar con razonable grado de objetividad un resultado previsible para los justiciables. Ello, sin perjuicio de las amplias facultades del juzgador de incrementar o disminuir fundadamente el monto resultante de dicho procedimiento. La falta de parámetros objetivos produce efectos altamente perniciosos con insalvable secuela de injusticia (cfr. Zavala de González, *Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte*, op. cit., t. 2, pp. 250-251, § 268.

⁴⁵⁵ Guibourg, Ricardo A., “Cuantificación del daño”, revista de Doctrina del Trabajo, 2009 (abril), p. 355. Véase también Acciarri, Hugo A., *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 189-222.

proponemos elaborar. Estas decisiones son adoptadas según nuestro interés, nuestra curiosidad o nuestra preferencia (incluido lo que los juristas suelen llamar su sentido de justicia), ya que nada hay en la realidad misma que nos las imponga”⁴⁵⁶.

Ahora bien, tal como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la aplicación de una fórmula matemática ha resultado algo *reduccionista* (nos referimos al caso “Vuoto, Dalmero c/ Telefunken Argentina S.A.” de la Cám. Nac. del Trabajo, sent. del 16-VI-1978; ver § VI.C.1), en virtud de que se halla en juego “la comprensión plena del ser humano que informa a éste”, la que exige ser ponderada debidamente en todo decisorio judicial, por cuanto –como lo sostuvo en otros antecedentes del mismo tribunal- “...el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres” (“Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía”, sent. del 8-IV-2008, considerando 5º, Fallos: 331:570; ver § VI.ANEXOS).

En los infortunios laborales, dentro del contexto indemnizatorio del Código Civil, la incapacidad del trabajador “suele producir a éste un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc.”, el que “debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de [la] actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable” (Fallos: 308:1109, 1115 y 1116). De ahí que “los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos -aunque elementos importantes que se deben considerar- no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio” (Fallos: 310:1826, 1828/1829). Tampoco ha dejado de destacar que en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de “chance” cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos: 308:1109, 1117).

En el considerando 6º añadió que es descalificar la sentencia que rechaza la demanda tendiente a obtener, con base en el Código Civil, una indemnización por los daños derivados de un accidente laboral, si, al limitar su examen a la comparación entre lo que le correspondía percibir por prestaciones dinerarias según el sistema tarifado previsto en el art. 14.2 b de la Ley de Riesgos de Trabajo y los montos concedidos usualmente para reclamos basados en el derecho común, deja de atender el agravio relativo al carácter desmembrado de la renta periódica, pues dicha modalidad puede consagrar una solución incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor. Al respecto, expuso textualmente, sustentándose en lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que “... es el carácter desmembrado de la forma de percepción de la reparación prevista en la LRT (renta periódica)”.

Esta circunstancia, por lo demás, fue tenida en cuenta de manera expresa por el Tribunal al pronunciarse en la causa ‘Milone’ (Fallos: 327:4607), oportunidad en la que admitió que la señalada modalidad puede consagrar una solución ‘incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor (art. 14 bis de la Constitución Nacional)’, así como mortificar ‘el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida’ e introducir ‘un trato discriminatorio’ (Fallos: 327:4607, 4619 y 4620).

⁴⁵⁶ Guibourg, Ricardo A., “Cuantificación del daño”, revista de Doctrina del Trabajo, 2009 (abril), p. 355.

Tal como lo ha juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos '[e]l 'proyecto de vida' se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Dificilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte' (Loayza Tamayo vs. Perú (reparaciones y costas), sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C N° 42, párr. 148)" (sic, considerando 6°).

En razón de estas observaciones se elaboró una nueva fórmula, que corrigió los defectos señalados por la Corte. Así, a partir del caso "Méndez"⁴⁵⁷ se introdujeron los siguientes cambios en la determinación de las variables: a) se sometió el ingreso del trabajador en el momento del accidente a un cálculo estimativo, fundado en su edad, que introdujera la previsible mejora futura de su retribución; b) se abandonó la idea de vida laboral (65 años) por la de vida estimada probable (75 años) y c) se disminuyó la tasa de interés puro (6%), apreciada en 1978 como compatible con la protección del valor del capital, a la de 4% propuesta por la Corte para depósitos en divisas⁵⁶⁷.

El resultado de estos nuevos criterios fue un considerable incremento en el resarcimiento. Sin embargo, como observa Guibourg, tanto en su nueva versión como en la anterior, la fórmula no tiene otro propósito que calcular el lucro cesante provocado por el hecho dañoso, con todos los riesgos que cualquier extrapolación estimativa comporta. Cualquier referencia a la dimensión espiritual y afectiva del ser humano, ajena a su condición generadora de ingresos debe incluirse también en la apreciación del perjuicio, pero no es medida por la fórmula "Vuoto" en ninguna de sus versiones: corresponde al ámbito del daño moral y debe ser objeto de una estimación autónoma, así como los perjuicios patrimoniales directos, sujetos a prueba o estimación según las circunstancias particulares del caso, quedan englobados en el daño emergente.

Son precisamente estos últimos aspectos y cuestiones las que pueden ser abordadas por las teorías de la argumentación jurídica a los efectos de brindar un marco metodológico satisfactorio a las actuales exigencias jurídicas, políticas y sociales, de forma que mediante un uso adecuado del lenguaje ("plano semántico") se puedan distinguir las diferentes categorías de daños, para que no haya superposición de rubros indemnizatorios, esto es, problemas en el "plano lógico" (principio de identidad), en orden a las consecuencias patrimoniales o no patrimoniales (arts. 1738 y 1741, CCCN), en cuanto se trata de supuestos de hecho diferentes previstos por el sistema jurídico para su reparación ("plano normativo"), que deben ser debidamente tutelado, en aras de salvaguardar los principios y valores jurídicos en juego (principio de reparación plena, valores de integridad personal, salud psicofísica, vida, libertad, etc.).

En relación a la forma de cuantificar el daño de acuerdo con los términos señalados por el art. 1746 del Código Civil y Comercial, vale decir, mediante el uso de una fórmula matemática⁴⁵⁸, resulta menester tener presentes los aspectos y componentes antes señalados para "justificar" la decisión a adoptarse, y, a la par, las pautas o parámetros para "fundar" (motivar) adecuadamente la sentencia judicial.

⁴⁵⁷ CNAT, Sala III, sent. del 28-IV-2008, "Méndez, Alejandro Daniel c/ Mylba SA y otro / accidente - acción civil" (DT, 2008-668).

⁵⁶⁷ CSJN, sent. del 27-XII-2006, "Massa, Juan Agustín c/ PEN", LL, 2007-A-316.

⁴⁵⁸ Acciarri, Hugo A., *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 223 y ss.; ídem, "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", La Ley, diario del 15/7/2015, p. 1. Véase también López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV. Schiavo, Carlos A., "¿Las fórmulas matemáticas puras resuelven justamente la cuantía indemnizatoria? Analizando el art. 1746 del CCyC" en RCCyC, 2016 (julio), 6/7/2016, p. 115 y en RCyS, 2016-X, p. 14 y ss.

Las investigaciones desarrolladas hasta el momento se han ocupado de indicar y explicar algunas de las consecuencias que provocan los problemas de arbitrariedad por defectos en la fundamentación de las sentencias (Highton de Nolasco, Rivera, Zannoni, Zavala de González, Iribarne, etc.)⁴⁵⁹, mas no han determinado las causas de tales problemas, de índole teórica y epistémica. Por ello es que se ha propuesto analizar la aplicabilidad de la teoría de la argumentación jurídica. En otras palabras, no se ha investigado con profundidad el déficit epistemológico -salvo de forma secundaria o aparente- de los presupuestos científicos y herramientas metodológicas que afectan a las instituciones políticas encargadas de administrar justicia (órganos jurisdiccionales).

Se hace entonces necesario el abordaje crítico de los elementos axiológicos, lingüísticos, lógicos, fácticos, normativos, etc., que subyacen en la actividad de los magistrados en la elaboración de los fallos que provocan los cuestionamientos (descalificación) en su estructuración y aceptabilidad, por defectos en su fundamentación y justificación razonable, todo ello para suministrar herramientas o instrumentos eficaces para la resolución de los problemas que plantean los casos concretos de responsabilidad civil y, particularmente, el determinación de la reparación de los daños⁴⁶⁰.

En suma, “uno de los desafíos más delicados que planteo hoy la terea judicial es la de cuantificar las indemnizaciones de los daños personales en caso de muerte y de lesiones. De nada sirve tener la sentencia mejor fundada, si no se refleja en una razonable cuantificación”⁵⁷¹.

C) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

1. Introducción

Como se ha anticipado, hemos investigado los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante las últimas tres décadas (1983-2015) en materia de daños patrimoniales ocasionados a la persona. Destacamos la jurisprudencia emanada del Alto Tribunal debido a su importancia como mecanismo de unificación de la jurisprudencia.

A continuación reseñaremos las principales sentencias dictadas en la materia. En primer lugar, expondré los daños derivados del fallecimiento de una persona y, en segundo término, los casos atinentes a los daños derivados de la discapacidad psicofísica permanente de una persona.

2. Valor vida

Con anterioridad a la vuelta del régimen constitucional y democrático en la República Argentina, ocurrida a fines del año 1983, existieron algunos pronunciamientos de la Corte nacional -a través de la vía del recurso extraordinario federal y la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (art. 14, ley 48)- que merecen ser mencionados, ya que si bien abordaron tangencialmente y de forma poco satisfactoria el

⁴⁵⁹ A.A.V.V., *Cuantificación del daño*, en Revista de Derecho de Daños, 2001-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001. Negri, Nicolás J., “Valoración del daño a la persona”, La Ley, 2008-C-725.

⁴⁶⁰ Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, op. cit. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit.

⁵⁷¹ Pizarro y Vallespinos, *Tratado de la responsabilidad civil*, op. cit., t. I, p. 751.

problema de la fundamentación y justificación de la cuantificación de los daños a la persona, sentaron algunas ideas en torno a los parámetros a considerar para evaluar el perjuicio y, por ende, determinar la reparación.

Uno de los precedentes es la sentencia dictada en el caso “Pipino Vda. de Caballero, Libia E., y otros c/ F.F. C.C. del Estado” de 1950, en el que se aludió a la determinación del “daño material”, en la que debía tenerse en cuenta “la condición económica, edad y situación de familia del causante, lo que pudo representar durante su vida probable en cuanto a la asistencia de su mujer e hijos si no hubiera ocurrido el accidente que ocasionó la muerte y la falta de fijeza de los ingresos que obtenía dado la índole de las actividades a que se dedicaba” (Fallo, 216:91).

A partir del año 1986, las causas en las que la Corte se pronuncia acerca de nuestra materia son las siguientes:

2.1) “Santa Coloma, Luis Federico y otros” (1986, Fallos 308:1160).

En este caso se dijo que es arbitraria la sentencia que niega indemnización a título de “chance” por daño material a los actores fundada en que su holgada situación no haría razonable prever que hubieran de recibir ayuda económica de las hijas -lo que impediría asegurar que sus muertes resultaran en un perjuicio material para ellos-, pues (la decisión emitida en la instancia de grado) pasa por alto la circunstancia de que el apoyo económico que los hijos pueden brindar a sus padres -en determinados medios- puede traducirse más frecuentemente en la colaboración en la gestión del capital familiar, según su envergadura, cuando la edad de los progenitores así lo exija.

Empero, en este famoso caso en materia de daños, nada se dijo en cuanto a la forma de estimar el perjuicio en concepto de “pérdida de la chance”, por lo que no resulta relevante para nuestra investigación.

2.2) “Prille de Nicolini, Graciela Cristina c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires” (causa P. 338. XX.; 15/10/1987; Fallos 310:2103).

El primer antecedente relevante es “Prille de Nicolini” de 1987. En este caso la Corte expresamente consideró que: “El valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos sino mediante una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, pues el valor vital de los hombres no se agota con la sola consideración de aquellos criterios”.

“Para determinar el valor de la vida humana es menester computar las circunstancias particulares de la víctima (capacidad productiva, edad, profesión, ingresos, posición económica) como la de los damnificados (asistencia recibida, cultura, edad, posición económica y social) que deben ser valoradas prudencialmente por el tribunal (art. 1084, segunda parte, del Código Civil)”.

A partir de este *leading case* la Corte sentó el criterio según el cual la vida humana no tiene un valor económico *per se* y, por ende, tampoco puede ser fijado mediante “criterios exclusivamente económicos”, sino que deben ponderarse otras circunstancias, sobre todo las condiciones personales de la víctima y de los damnificados. Sin embargo, nada dice en cuanto a la forma de argumentar de modo que permita a los jueces de grado fundamentar y justificar debidamente la cuantificación de los daños.

2.3) “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Pcia. de Buenos Aires s/ sumario (daños y perjuicios)” (F.554.XXII.; 11/05/1993; Fallos 316:912).

Unos años después del fallo “Prille de Nicolini” de 1987, la Corte vuelve a expedirse sobre el problema de la fundamentación de sentencias en materia de daños. Manifiesta expresamente a que “la vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir”. Afirma con esto que la determinación del llamado “valor vida” –en cuanto “daño material” (patrimonial o económico)- debe referirse a la capacidad que tiene el hombre de producir bienes, por lo que esa menoscabo o quebranto ocasionado por la muerte de una persona debe ser resarcido en consideración a la capacidad o posibilidades económicas.

Dijo también que: “La supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”.

Ahora bien, el Supremo Tribunal precisó además que: “La valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquéllos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”. En este considerando de la sentencia la Corte alude a los ingresos (salarios, rentas, etc.) que percibía en vida la víctima.

Seguidamente, se expide sobre el uso de las fórmulas matemáticas: “Para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas, sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima (edad, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.)”.

El considerando es sintético y terminante: no han de usarse para estimar el valor vida las fórmulas matemáticas. La Corte rechaza su uso e indica que para su cálculo deben emplearse las “diversas variables relevantes de cada caso en particular”. ¿Qué significado tiene esta expresión? Como veremos más adelante en otros fallos de la Corte, en ciertos casos donde la víctima percibía un ingreso determinado (por ejemplo, un salario fijo), las fórmulas matemáticas -basadas en los ingresos y la edad de la víctima, especialmente- constituyen un elemento más para estimar la cuantía del daño en concepto de “valor vida”, aunque no el único, sino que resulta ser complementario con los demás elementos relevantes que presenta la causa.

2.4) “Balbuena, Blanca Gladys c/ Provincia de Misiones s/ daños y perjuicios” (B.368.XXIII; 5/07/1994, Fallos 317:728).

En este pronunciamiento se reitera la misma doctrina del fallo “Fernández”, emitido el año anterior. En los considerandos se reproducen casi literalmente las mismas expresiones: “La vida humana no tiene valor económico en sí misma, sino en consideración a lo que produce o puede producir”. “La supresión de la vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”. “La valoración de la vida humana consiste en la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esa fuente de ingresos se extingue”. Y el criterio según el cual: “Para fijar la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino considerar y

relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular tanto en relación con la víctima como con los damnificados”.

2.5) “Furnier, Patricia María c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (F.553.XXII., 27/09/1994, Fallos 317:1006).

En “Furnier” ocurre lo mismo que en “Balbuena”: se adoptan las pautas del precedente “Fernández”, por lo que la doctrina de éste –en cuanto al daño “valor vida” y su cuantificación- parece consolidarse, habiendo ya tres sentencias dictadas en el mismo sentido.

“La vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir”. “La supresión de una vida, aparte de los efectos de índole afectiva, ocasiona otros de orden patrimonial, y lo que se mide en signos económicos son las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”. “La valoración de la vida humana es la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”. Y “Para fijar la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas, sino que es menester computar las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etc.”.

2.6) “Brescia, Noemí Luján c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios” (B.100.XXI.; 22/12/1994; Fallos 317:1921).

En este caso la Corte profundiza las razones por las cuales la vida humana no tiene un valor económico de forma intrínseca, así como también la naturaleza y contenido del daño “material” (patrimonial) resarcible derivado por la muerte de una persona.

“La vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”.

“Lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”.

2.7) “Tkachuk de Kalyz, Luba c/ Sevillano, Marcelo Fabián y otros” (T.131.XXXIII; 21/10/1997; Fallos 320:2230).

En este caso se trata, de forma tangencial, un aspecto relevante para la fundamentación y justificación de sentencias en materia de daños –a los fines de que la discrecionalidad que ostentan los jueces de grado no degeneren en arbitrariedad-, como es el relativo a la determinación del daño inferido particularmente a los damnificados-.

La Corte resolvió que: “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que fijó el monto indemnizatorio del valor vida, sin una ponderación apropiada del daño inferido y sin consultar los criterios de equidad que resultan particularmente necesarios, desvirtuando así el principio de reparación integral propio de la materia en examen”.

Por otra parte, el Tribunal hace referencia a un principio capital de la responsabilidad civil: el principio de la reparación integral o plena, ahora contemplado de manera expresa en el art. 1740 del Código Civil y Comercial. La alusión a la equidad hace relación a la necesidad de evaluar el daño según las circunstancias particularidades del caso.

2.8) “Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Provincia de Santa Cruz y otro s/ daños y perjuicios” (S 360 XXV; 6/07/1999, Fallos 322:1393).

En esta causa se reiteran las expresiones empleadas en el caso “Brescia” relativas al valor de la vida humana y el alcance y contenido del daño resarcible.

En casi idénticas palabras, la Corte dijo que: “La vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección en signos económicos no es la vida misma que ha cesado sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”.

“Lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que el extinto producía desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”.

2.9) “Saber, Ciro Adrián c/ Provincia de Río Negro, y otros s/ daños y perjuicios” (S.101.XXXI; 9/11/2000; Fallos 323:3614).

En este caso la Corte cambia la nomenclatura del daño patrimonial ocasionado por la pérdida de la vida humana. En lugar de hablar “daño material” emplea la expresión “daño emergente”. Quizás hubiera sido más apropiado, tal como lo había hecho en otras oportunidades, hablar de “pérdida de la chance”.

Al margen de ello, volvió a reiterar las mismas expresiones y pautas para cuantificar el daño. Así pues, el Tribunal expresó que: “A fin de establecer el daño emergente debe destacarse que la vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir”. “La supresión de una vida, además de los efectos de índole afectivo, ocasiona otros de orden patrimonial, y lo que se mide con signos económicos son las consecuencias que sobre los patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. Es decir, que la valoración de la vida humana es la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”.

“Para fijar la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino que es menester confrontar las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etc.”.

Finalmente, estableció como pauta aplicable a la cuantificación del daño extrapatrimonial o no patrimonial el siguiente criterio general: “La reparación que se establezca por el daño moral no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste”.

2.10) “Ahumada, Lía Isabel c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios” (A.9.XXX.; 25/09/2001; Fallos 324:2972).

En este caso se vuelven a emplear las pautas sentadas en los precedentes “Fernández”, “Balbuena” y “Furnier” en lo que respecta a la indemnización de la pérdida de la vida y su cuantificación, descartando el empleo de fórmulas matemáticas.

“La vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o pueda producir. La supresión de una vida, además de las consecuencias de índole afectiva, ocasiona otras de orden patrimonial, y lo que se mide con signos económicos son las consecuencias que sobre los patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”.

“Para establecer el valor de la vida humana no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino que es menester confrontar las circunstancias particulares de la persona fallecida y de los damnificados, edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etc.”.

2.11) “Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios” (C.1948.XXXII.; 21/05/2002; Fallos 325:1156).

En esta causa se reiteran las expresiones empleadas en los casos “Brescia” y “Schauman de Scaiola” relativas al valor de la vida humana y el alcance y contenido del daño resarcible.

“La vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir, pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”.

“Lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”.

2.12) “Vergnano de Rodríguez, Susana Beatriz c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios” (V.128. XXXV; 28/05/2002; Fallos 325:1277).

La Corte vuelve a confirmar el criterio sentado en “Prille de Nicolini” respecto de la indemnización de la vida humana.

“La supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo que produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”.

“La valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía de los perjuicios que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”.

2.13) “Valle, Roxana Edith c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (V.523.XXXVI; 10/04/2003; Fallos 326:1299).

En esta causa vuelve a aplicarse la misma doctrina que en “Vergnano”, confirmando nuevamente el criterio sentado en “Prille de Nicolini”.

“La vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo incommutabile. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”.

“La valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”.

2.14) “Folgan, Roberto c/ Rivero, Edgardo Sergio y otro” (F.468.XXXVII.; 2/12/2003; Fallos 326:4768).

La Procuración General de la Corte, teniendo en cuenta la doctrina ya reiterada de la Corte, en su dictamen recoge el criterio establecido respecto del resarcimiento del fallecimiento de una persona.

El Tribunal Supremo, a fin de reiteraciones innecesarias, asume como propios los fundamentos vertidos por el Ministerio Público, a los cuales remite]: “El valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos sino mediante una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, pues el valor vital de los hombres no se agota con la sola consideración de aquellos criterios”.

2.15) “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688” (A.2652.XXXVIII; 21/09/2004; Fallos 327:3753).

En este destacado precedente, la Corte –con motivo de la acción civil promovida ante los tribunales del fuero laboral- resalta el carácter fundamental del derecho a la reparación del daño, señalando su *status* constitucional. Además, vuelve a reiterar el concepto del perjuicio ocasionado por la pérdida de la vida humana, su sentido y alcance.

“El valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales

aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres”.

“La incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable”.

“El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.

“El valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales ni se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de la víctima, pues ello importaría instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda)”.

2.16) “Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/ Provincia de Entre Ríos y otros s/daños y perjuicios” (F.286.XXXIII; 24/08/2006; Fallos 329:3403).

En este caso la Corte recoge todas las consideraciones de los precedentes dictados en la materia, empleando las mismas expresiones para definir el daño y establecer su cuantía.

“La vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de la vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”.

“Lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”.

“Para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular tanto en relación con la víctima (capacidad productiva, cultura, edad, estado físico e intelectual, profesión, ingresos, laboriosidad, posición económica y social, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, asistencia recibida, cultura, edad, educación, condición económica y social, etc.)”.

“El lucro cesante representa la ganancia dejada de percibir por la víctima de un hecho ilícito, pero cuando sobreviene la muerte de ella y quien lo reclama son el cónyuge superviviente y sus hijos, dicho lucro no puede representar otra cosa más que la indemnización que prevé el art. 1084 del Código Civil, es decir, aquella que se denomina como valor vida, más allá del rótulo que la parte le ponga al reclamar”.

2.17) “Pereyra de Bianchi, Isabel del Carmen c/ Provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios” (B.606.XXVI; 7/11/2006; Fallos 329:4944).

En este caso la Corte abordó la problemática generada por los accidentes de tránsito en autopistas concesionadas y la naturaleza de la responsabilidad civil, determinando que la misma queda comprendida dentro del ámbito de una relación de consumo, con todas las particularidades que ello conlleva.

Además se adentró, en instancia originaria, en la problemática de los daños, siguiendo la doctrina ya sentada “Prille de Nicolini” de 1987, con más las precisiones empleadas en los casos “Brescia” y “Schauman de Scaiola”. Se refirió a que “la vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir, no es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable”. “La supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes”. “Lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue”.

También aplicó el mismo criterio establecido en el caso “Fernández” de 1993 en cuanto al cálculo de la reparación: “Para fijar la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino que es menester computar las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, ingresos, posición económica y social, expectativa de vida, etc.”.

2.18) “Nuñez, Hugo Fabio c/ Surfilatti SA y otro s/ accidente” (N.117.KLVII, 6/10/2015).

En este último precedente, adhiriendo a los fundamentos de la Procuración General, la Corte descalificó la sentencia de la Cámara del fuero laboral, porque se apartó de la doctrina sentada en “Arostegui” (Fallos: 331:570), pese a que la actora había alegado que la indemnización debía estimarse prescindiendo de las fórmulas matemáticas, puesto que tales pautas fueron catalogadas “como reduccionistas y opuestas a la reparación integral del menoscabo”, atento a que atienden a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, sin apreciar los otros órdenes de la vida del trabajador que se ven afectados por el daño.

Además, recordó el precedente “Aquino”, en cuanto a que estos supuestos se hallan regidos por el principio *alterum non laedere*, en virtud del cual “debe tenerse en cuenta la consideración plena de la persona y los imperativos de justicia de la reparación seguidos por nuestra Constitución y, de consiguiente, por el Tribunal, que no deben cubrirse sólo en apariencia (v. Fallos 327:3753, cons. 7º)”. La descalificación de la LRT en los términos de esa doctrina obedeció, precisamente, a que la regla no reconocía otro daño que no fuese la pérdida de la capacidad de ganancias, pues sólo indemnizaba daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que evaluaba, asimismo, menguadamente.

Por otra parte, también recordó que en el caso “Milone” (Fallos: 327:4607), la Corte sostuvo que “debía evaluarse si la indemnización consagraba una reparación equitativa, o sea, que resguarde el sentido reparador en concreto; al tiempo que, con cita de tratados sobre Derechos Humanos, aseveró que una reparación inadecuada mortifica el marco de libertad constitucionalmente protegido resultante de la autonomía del sujeto alcanzado, usualmente el trabajador y, en su caso, la familia de éste- que experimenta

una profunda reformulación de su proyecto de vida (en esp., cons. 5° a 7° y 9°; Fallos: 331 :570, cons. 6°, y Fallos: 331 :1510; en esp., cons. 2° a 4° y 7°)".

3. Discapacidad psicofísica.

Los fallos más destacados de la Corte nacional en materia de cuantificación del daño por discapacidad psicofísica permanente son los siguientes.

3.1) “Luján, Honorio Juan c/ Nación Argentina” (1986, Fallos 308:1109).

En materia de indemnización por lesiones psicofísicas, que ocasionan discapacidad permanente, la Corte también ha tenido la necesidad de expedirse respecto del contenido del daño y su cuantificación.

Uno de los precedentes más importantes en la materia, con la integración del Tribunal luego de la vuelta de la democracia y el Estado de Derecho en 1983 es el caso “Luján”, en el que un agente policial sufrió heridas graves durante la prestación de servicios. En esta causa se precisó que “no obstante lo que parece desprenderse del texto literal del art. 1086 del Código Civil (código derogado), cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de la que pueda corresponder por el menoscabo de su actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable”.

De esta manera, al igual que con la reparación del daño por pérdida de la “vida humana”, la discapacidad genera un perjuicio resarcible independiente del daño moral o no patrimonial (y también del daño denominado “lucro cesante”), que está dado por las consecuencias económicas que el menoscabo produce en la vida de relación de la víctima.

Concretamente, en el caso se dijo que la pérdida casi total de la audición y sus graves secuelas producen un serio perjuicio en la vida de relación, lo que repercute en las relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc.

La Corte también se pronunció respecto de la cuantificación del daño. Así pues, señaló que -con relación al *quantum* para establecer la indemnización por la disminución de las aptitudes físicas o psíquicas- no cabe atenerse a criterios matemáticos ni son de aplicación los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta genérica de referencia. Para fijar el monto, en este caso la Corte consideró las circunstancias personales del damnificado (sin especificar cuáles) y la gravedad de las secuelas (tampoco aclaró nada al respecto; considerando 8°).

De este modo, existe una coincidencia de criterios entre la valoración de la vida humana y la discapacidad psicofísica por parte del Máximo Tribunal del país, más allá de la ausencia de pautas más concretas y específicas para justificar la cuantificación de los daños.

3.2) “Levaton, David c/ Sindicato de Encargados y Apuntadores Marítimos” (L.264.XXII; 23/05/1989; Fallos 312:752).

En este caso se siguió el mismo criterio del precedente “Luján” en orden a la autonomía del daño y su valoración. “Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de su actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable”.

3.3) “Pose, José Daniel c/ Provincia de Chubut y otra s/ daños y perjuicios” (P.73.XXIII; 1/12/1992; Fallos 315:2834).

El mismo sendero que en la causa “Levanton” siguió la Corte en el caso “Pose”. El Tribunal indicó que: “Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, ésta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, ya que la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”.

3.4) “Reyes, Pascual Ángel c/ Estado Nacional y/u otros s/ juicio de conocimiento” (R.167.XXX; 15/07/1997; Fallos 320:1361).

En esta causa la Corte se pronunció de la misma manera que en el caso “Luján” en cuanto a las pautas a seguirse para la cuantificación del daño. “Para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas y psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación”.

Como se puede advertir, la Corte no agregó más precisiones que las apuntadas en aquél precedente.

3.5) “Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario” (Z.15.XXIII; 28/04/1998; Fallos 321:1124).

En este fallo la Corte siguió los mismos criterios, aunque reparó –puntualmente- en el valor de los dictámenes médicos y los porcentajes que por discapacidad se establecen a los efectos de estimar los daños, muchas veces seguidos a raja tabla por los tribunales ordinarios.

Consideró que: “Los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos, aunque elementos importantes que se deben considerar, no conforman pautas estrictas de observación obligatoria para los jueces”. “Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”.

En esta causa reparó en una circunstancia especial de la víctima que merecía ser resarcida: “Corresponde indemnizar la frustración de las posibilidades de éxito en el campo deportivo como consecuencia del daño sufrido por un jugador de fútbol cuando existen posibilidades suficientes de buen éxito deportivo y económico que superan la hipótesis del daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible en los términos del art. 1067 del Código Civil”.

3.6) “Coco, Fabián Alejandro c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios” (C.742.XXXIII; 29/06/2004; Fallos 327:2722).

En esta causa se adoptaron, básicamente, las pautas establecidas en el precedente “Luján”, pero se añadieron algunos criterios para la reparación de daños a la persona que han generado algún debate en cuanto a su autonomía y forma de reparación. Se trata de los denominados *tertium genus* –tercer género, distinto al daño patrimonial y extrapatrimonial- como el daño psicológico, daño estético, etc.

La Corte dijo que: “Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, ya que la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”. “Para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas o psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque pueden ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación”.

Más adelante, en cuanto a los *tertium genus*, resolvió que “El daño o lesión estética no es autónomo respecto al material o moral, sino que integra uno u otro o ambos, según el caso”. “Si bien cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes tanto físico como psíquicas esta incapacidad debe ser reparada, ello es en la medida que asuma la condición de permanente”. “Para la indemnización autónoma del daño psíquico respecto del moral, la incapacidad a resarcir es la permanente y no la transitoria, y debe producir una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso”.

3.7) Milone, Juan Antonio c/ Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente (M.3724.XXXVIII; 26/10/2004, Fallos 327:4607).

Se trata de un caso destacado, como el dictado en la causa "Aquino", en el mes anterior (21/09/2004), donde la Corte formula las siguientes consideraciones de suma importancia.

Los principios elaborados a partir de lo dispuesto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma de 1994, en el art. 75, incs. 22 y 23, del texto constitucional y, en tal sentido, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera de manera explícita la interdependencia e indivisibilidad que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto todos éstos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, por lo que el mencionado conjunto de derechos exige una tutela y promoción permanentes con el objeto de lograr su plena vigencia.

Un trance de tamaña gravedad como una discapacidad, sobre todo de las comprendidas por el art. 14.2.b de la ley 24.557, llevará seguramente al trabajador -y, en su caso, a la familia de éste a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inculcable por mayúsculo y es precisamente por ello que el medio reparador, de ser inadecuado, puede añadir a la mentada frustración, una nueva, tal como sucede con el sistema originariamente previsto por la ley mencionada.

El sistema de pura renta periódica regulado por el original art. 14.2.b de la ley 24.557, importa un tratamiento discriminatorio para los damnificados víctimas de las incapacidades más severas (superiores

al 20 % e inferiores al 66 %) en tanto a quienes sufren una minusvalía de rango inferior les reconoce una indemnización de pago único (art. 14.2.a, ley citada), distinción que no se compadece con la atención de las necesidades impostergables de las víctimas más afectadas por la incapacidad, desnaturalizándose por esta vía la finalidad protectora de la ley (Constitución Nacional, arts. 16 y 75, inc. 23).

Aun cuando la Ley de Riesgos del Trabajo (art. 14.2.b) no resulta censurable desde el plano constitucional por establecer como regla, para determinadas incapacidades, que la reparación dineraria sea satisfecha mediante una renta periódica, sí es merecedora del aludido reproche, por no establecer excepción alguna para supuestos en que el criterio legal no se adecua al objetivo reparador cuya realización se procura.

La norma contenida en el art. 14.2.b de la ley 24.557 consagra una solución incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor (art. 14 bis de la Constitución Nacional) al paso que mortifica el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida, e introduce un trato discriminatorio.

3.8) “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios” (M. 802. XXXV; 6/03/2007; Fallos 330:563).

En este destacado precedente relativo a la responsabilidad civil de los organizadores de espectáculos públicos –entre ellos, los deportivos como el fútbol regidos por la AFA-, la Corte reitero el criterio sentado en el caso “Luján”: “Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”.

3.9) “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.” (A.436.XL; 8/04/2008; Fallos 331:570).

En este precedente la Corte analizó la constitucionalidad de la ley de riesgos de trabajo en lo que atañe a la procedencia de la acción civil, así como también la cuestión relativa al cálculo de las indemnizaciones por discapacidad laboral permanente, juzgando la validez de las fórmulas matemáticas usadas por los tribunales laborales (en el caso, la conocida y ya mencionada fórmula “Vuoto”).

Al respecto, la Corte dijo –siguiendo el precedente “Luján”- que “el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres”. “La incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable”.

En cuanto a la fuerza vinculatoria de los dictámenes médicos y la cuantificación del daño precisó que: “Los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos no conforman pautas estrictas

que el juzgador deba seguir inevitablemente, toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio”.

También entendió que en el ámbito del trabajo corresponde indemnizar la pérdida de “chance” cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera, lo no se computaba en la fórmula “Vuoto”.

3.10) “Baeza, Silvia Ofelia c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios” (B.140.XXXVI; 12/04/2011; Fallos 334:376).

En esta causa se siguen los criterios antes señalados, apuntándose que las fórmulas matemáticas constituyen una pauta más para la cuantificación del daño.

“Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida, y a fin de evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral”.

3.11) “Molina, Alejandro Agustín c/ Pcia. de Santa Fe y otros s/ daños y perjuicios” (20/12/2011; RCyS 2012-II-148, LL, 2012-A-439).

En este caso la Corte mantiene los mismos lineamientos: “cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, atendiendo a su incidencia en el campo laboral y sus proyecciones en el ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (cf. Fallos: 329: 2688 y 4944; 322: 2002 y 2658, entre otros)”; “para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas no es necesario ajustarse a criterios matemáticos ni tampoco a los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta de referencia. Deben tenerse en cuenta, además, las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación (Fallos: 320:1361; 325:1156 y 330:563, entre otros)”.

3.12) “Picón, Sergio Rafael c/ Fundación San Cayetano S.A. y otros s/ acción civil” (24/09/2015; LL, 29/10/2015, p. 11).

Finalmente, en esta causa –siguiendo el dictamen de la Procuración- la Corte vuelve a reiterar el carácter fundamental del derecho a la reparación de los daños (caso “Santa Coloma”, “Luján” y “Aquino”) y se expide sobre las fórmulas matemáticas siguiendo la línea sentada en “Arostegui”.

La Corte considera que “el principio general que sienta el artículo 19 de la Carta Magna, según el cual se veda a los hombres perjudicar los derechos de terceros, se halla entrañablemente vinculado a la idea de reparación y que “la reglamentación que hace el Cód. Civil en cuanto a las personas y las

responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica” (doctr. de Fallos: 308:1118 y 327:3753, entre otros; y sentencia dictada en S.C. R. 401, L. XLIII, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, del 27/11/2012, cons. 18”).

En el presente caso, el Tribunal dijo que “valorando especialmente que nos encontramos ante la demanda de un trabajador que ha visto disminuida totalmente su capacidad con carácter permanente, extremo que ‘repercutirá no solo en [su] esfera económica (...), sino también en diversos aspectos de su personalidad (...), con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (...); para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo’ (cf. doctrina de Fallos: 327:4607 y 333:1361).

En tal sentido, ha reiterado esa Corte en fallos vinculados con accidentes en el marco reparatorio del Cód. Civil, que la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus vínculos sociales, deportivos, artísticos; y que, por otro lado, debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable (v. Fallos: 308:1109, 1115 y 1116; 331:570). Por ello, no sólo incumbe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, desde el punto de vista individual y social, lo que le confiere un contexto de valoración más amplio (cfse. Fallos: 310: 1826 y 331:570)”.

“Tales aspectos –señaló la Procuración-, omitidos en el fallo en estudio, debieron haber sido ponderados a efectos de determinar el monto del resarcimiento, máxime, teniendo en cuenta la gravedad del detrimento y su repercusión en el proyecto de vida del damnificado. En concordancia con ello, la Corte destacó en ‘Arostegui’, que las fórmulas matemáticas, por reduccionistas, resultan opuestas a la reparación integral, pues atienden a la persona en su faz exclusivamente laboral, sin ponderar los otros órdenes de la vida del trabajador que, en el sub lite, se vieron afectados por el daño reconocido, estimado -insisto- en el 100% de la T.O.”.

“Resulta dable observar que, en el caso, pese a invocar el último precedente y enfatizar que el valor de la vida humana no es susceptible de ser apreciado a través de un cálculo matemático, la juzgadora se ciñó contradictoriamente a resarcir sólo el perjuicio material, sustentada principalmente en las fórmulas utilizadas en los antecedentes ‘Vuoto’ y ‘Méndez’, sin suministrar razones puntuales que justifiquen la merma operada en relación con los factores tenidos en cuenta en primera instancia y omitiendo valorar si se consagra un resarcimiento equitativo, o sea, que resguarde el sentido reparador en concreto (v. Fallos: 327:4607)”.

“Adviértase, para concluir, que la propia aseguradora observó que el fallo ‘Arostegui’ no solo descalificó el antecedente ‘Vuoto’ sino, también, el uso categórico de fórmulas matemáticas, y que la rectificación practicada por la cámara laboral en ‘Méndez’, ‘...lo que hizo fue insistir en el error de fondo (uso de fórmulas)...”.

4. Síntesis de los estándares exigidos.

Según la índole del perjuicio –el bien o interés afectado- y la forma evaluar los menoscabos ocasionados, la jurisprudencia de la Corte presentar importantes consideraciones y consecuencias prácticas para la fundamentación y justificación de los fallos judiciales. Tales derivaciones pueden ser clasificadas – conforme a la diferenciación efectuada en los puntos que anteceden- en “daño por pérdida de la vida humana” y en “daño por incapacidad física sobreviniente definitiva”. Veamos.

4.1) Valor vida.

En relación a la primera categoría, cuando se trata de valorar y cuantificar la reparación del daño producida por la muerte de una persona, la doctrina sentada por la Corte se sintetiza, inductivamente, en tres aspectos⁴⁶¹.

4.1.a) La delimitación semántica del daño.

La denominación del rubro indemnizatorio receptada es la conocida expresión “vida humana” o “valor vida”. Ello se debe a la fuerte tradición de la doctrina y de la jurisprudencia, aunque reconoce que con ese nombre se refiere al perjuicio que sufren los que eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que la víctima producía.

4.1.b) El sentido y alcance del daño.

La Corte precisa también el rubro indemnizatorio, estableciendo su significado y las consecuencias que procura indemnizar o reparar. Al respecto, adopta el criterio según el cual la vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir (daño-bien-consecuencia).

Si bien no soslaya la grave turbación espiritual que genera el hecho de tasar económicamente una vida, al margen del sufrimiento provocado en el ámbito afectivo (que distingue y califica como daño moral), no puede desconocerse –afirma la Corte– los efectos de orden patrimonial que acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. Por eso es que, a título de lucro cesante, la pérdida de la ayuda económica que brindaba la persona fallecida a los damnificados es indemnizable.

Cabe aclarar que, tratándose del fallecimiento de hijos, el perjuicio producido es otro; el rubro indemnizatorio no es “lucro cesante”, sino la “pérdida de la chance”⁴⁶² (cfr. art. 1738, CCCN).

4.1.c) La cuantificación del daño.

⁴⁶¹ Cfr. CSJN, causas P.338.XX.; “Prille de Nicolini, Graciela Cristina c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y Pcia. de Buenos Aires”, sent. del 15/10/1987, Fallos 310:2103; F.554.XXII.; “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Pcia. de Buenos Aires s/ sumario (daños y perjuicios)”, sent. del 11/05/1993, Fallos 316:912; B. 368. XXIII.; “Balbuena, Blanca Gladys c/ Pcia. de Misiones s/ daños y perjuicios”, sent. del 5/07/1994, Fallos 317:728; F.553.XXII.; “Furnier, Patricia María c/ Pcia. de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, sent. del 27/09/1994, Fallos 317:1006; B.100.XXI.; “Brescia, Noemí Luján c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 22/12/1994, Fallos 317:1921; T.131.XXXIII.; “Tkachuk de Kalyz, Luba c/ Sevillano, Marcelo Fabián y otros”, sent. del 21/10/1997, Fallos 320:2230; S.360.XXV.; “Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Pcia. de Santa Cruz y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 06/07/1999, Fallos 322:1393; S.101.XXXI.; “Saber, Ciro Adrián c/ Pcia. de Río Negro y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 09/11/2000, Fallos 323:3614; A.9.XXX.; “Ahumada, Lía Isabel c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 25/09/2001, Fallos 324:2972; C.1948.XXXII.; “Camargo, Martina y otros c/ Pcia. de San Luis y otra s/ daños y perjuicios”, sent. del 21/05/2002, Fallos 325:1156; V.128.XXXV.; “Vergnano de Rodríguez, Susana Beatriz c/ Pcia. de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 28/05/2002, Fallos 325:1277; F.468.XXXVII.; “Folgan, Roberto c/ Rivero, Edgardo Sergio y otro”, sent. del 2/12/2003, Fallos 326:4768; V.523.XXXVI.; “Valle, Roxana Edith c/ Pcia. de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 10/04/2003, Fallos 326:1299; A.652.XXXVIII.; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, sent. del 21/09/2004, Fallos 327:3753; F.286.XXXIII.; Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/ Pcia. de Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, sent. del 24/08/2006, Fallos 329:3403; B.606.XXXVI.; “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Pcia. de Buenos Aires, Camino del Atlántico S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 7/11/2006, Fallos 329:4944.

⁴⁶² Cfr. CSJN, causas “Cano Romero de Alvarez, Ilda c/ Pcia. de Buenos Aires”, sent. del 11/06/1981, Fallos 303:820; “Santa Coloma, Luis Federico y otros”, sent. del 5/08/1986, Fallos 308:1160; V.115.XXIV.; “Villalba, Julio Martín y otra c/ Pcia. de Santiago del Estero y otro s/ sumario”, sent. del 7/04/1999, Fallos 322:621; F.115.XXIX.; “Fabro, Víctor y otra c/ Pcia. de Río Negro y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 9/11/2000, Fallos 323:3564; “Meza, Dora c. Pcia. de Corrientes y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 14/07/2015, RCyS 2015-X-80. Véase también el trabajo de José F. Márquez, “Daños por muerte de una persona. Lucro cesante y pérdida de la chance. Necesidad de fundar la procedencia y cuantía”, en Abeledo-Perrot Buenos Aires, octubre, 2011, p. 1132.

En lo que hace a la determinación del menoscabo, la Corte sostiene que -para fijar la indemnización por valor vida- no han de aplicarse fórmulas matemáticas, sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima (capacidad productiva, cultura, edad, estado físico e intelectual, profesión, ingresos, laboriosidad, posición económica y social, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, asistencia recibida, cultura, edad, educación, condición económica y social, etc.).

4.2) Discapacidad psicofísica.

La segunda categoría analizada en los precedentes de la Corte Suprema, esto es, el daño por incapacidad sobreviniente ha recibido un tratamiento diferente. Al respecto, la doctrina se sintetiza en los enunciados que procederemos a exponer.

Por un lado, se dice que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente (aspecto esencial para su procedencia), esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física – sostiene el Tribunal- tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida.

Por otro lado, al igual que sucede con el daño por la pérdida de la vida humana, a fin de evaluar el resarcimiento, no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral⁴⁶³.

También aclara que los perjuicios derivados de la lesión estética o daño psíquico o psicológico no son autónomos respecto del menoscabo material o moral, sino que integran uno de ellos o ambos, según el caso⁴⁶⁴. Además, dichos rubros indemnizatorios sólo pueden ser reparados en la medida en que tengan la condición de permanente⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Cfr. CSJN, causas “Luján, Honorio Juan c/ Nación Argentina”, sent. del 5/08/1986, Fallos 308:1109; L. 264.XXII.; “Levaton, David c/ Sindicato de Encargados y Apuntadores Marítimos”, sent. del 23/05/1989, Fallos 312:752; P. 73. XXIII.; “Pose, José Daniel c/ Pcia. de Chubut y otra s/ daños y perjuicios”, sent. del 1/12/1992, Fallos 315:2834; Z. 15.XXIII; R. 167.XXX.; “Reyes, Pascual Ángel c/ Estado Nacional y/u otros s/ juicio de conocimiento”, sent. del 15/07/1997, Fallos 320:1361; “Zacarías, Claudio H. c/ Pcia. de Córdoba y otros s/ sumario”, sent. del 28/04/1998, Fallos 321:1124; C. 1948. XXXII.; “Camargo, Martina y otros c/ Pcia. de San Luis y otra s/ daños y perjuicios”, sent. del 21/05/2002, Fallos 325:1156; C. 742.XXXIII.; “Coco, Fabián Alejandro c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 29/06/2004, Fallos 327:2722; B. 140.XXXVI; M. 802.XXXV.; “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 6/03/2007, Fallos 330:563; “Baeza, Silvia Ofelia c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 12/04/2011, Fallos 334:376; “Molina, Alejandro Agustín c/ Pcia. de Santa Fe y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 20/12/2011, RCyS 2012-II-148; “Picón, Sergio Rafael c/ Fundición San Cayetano S.A. y otros s/ acción civil”, sent. del 24/09/2015, LL, 29/10/2015, p. 11.

⁴⁶⁴ Cfr. CSJN, causas S. 36. XXXI.; “Sitjá y Balastro, Juan Ramón c/ Pcia. de La Rioja y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 27/05/2003, Fallos 326:1673; C. 742. XXXIII.; “Coco, Fabián Alejandro c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 29/06/2004, Fallos 327:2722.

⁴⁶⁵ Cfr. CSJN, causas M. 424. XXXIII.; “Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, sent. del 20/03/2003, Fallos 326:847; C. 742. XXXIII.; “Coco, Fabián Alejandro c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 29/06/2004, Fallos 327:2722.

A ello se agrega que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos, aunque son elementos importantes para ser considerados, no conforman pautas estrictas de observación obligatoria para los jueces⁴⁶⁶.

IV. APRECIACIONES Y CONCLUSIONES

A) Déficits de los estándares exigidos por la Corte Suprema.

1. Contrapuntos. Necesidad de la teoría de la argumentación jurídica.

Conforme fuera anticipado en la Introducción (§ I.A), nos hemos propuesto en esta tesis abordar el problema originado por los déficits de fundamentación en las sentencias judiciales en materia de cuantificación de daños a la persona.

Tal como ha quedado evidenciado *ut supra* (§ III.C), la cuestión fundamental consiste en que el sistema jurídico argentino y las prácticas forenses presentan una preocupante carencia de pautas concretas y precisas para la justificación de los fallos, así la ausencia de criterios objetivos para fijar los montos indemnizatorios, situación que conduce –sobre todo en casos análogos- a soluciones frecuentemente inequitativas, inseguras e injustas⁴⁶⁷.

Del lado del sistema jurídico recientemente se han incorporado algunas modificaciones importantes en el derecho privado, tal como ocurre con los arts. 3 y 1746 del Código Civil y Comercial, aunque como hemos indicado en otro lugar resultan insuficientes, por cuanto carecen de una explicitación mínima de la metodología que tales normas y principios conllevan para su aplicación⁴⁶⁸.

Respecto de las prácticas forenses, la reseña de los precedentes de la Corte Suprema exhibida en el punto anterior nos permite observar la validez de la crítica formulada contra un modo de proceder de muchos tribunales nacionales que, adheridos a una metodología positivista formalista y legalista (§ I.C.2.2),

⁴⁶⁶ Cfr. CSJN, causas Z. 15.XXIII; “Zacarias, Claudio H. c/ Pcia. de Córdoba y otros s/ sumario”, sent. del 28/04/1998, Fallos 321:1124. A. 436.XL; “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.”, sent. del 8/04/2008, Fallos 331:570.

⁴⁶⁷ Iribarne, “Juicio prudencial y razonamiento jurídico en las indemnizaciones por daños a la persona”, op. cit., p. 55; ídem, *De los daños a la persona*, op. cit., pp. 11-19. Highton, Elena I. – Gregorio, Carlos G. – Álvarez, Gladys, “Cuantificación de daños personales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, n. 21, p. 127 y ss. Alferillo, Pascual E., “Cuantificación de los daños personales”, en *La Ley*, 2008-A-159; ídem, comentario al art. 1746, en Alterini, Jorge H. (director general), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 278. Vázquez Ferreyra apunta que la falta de un criterio jurisprudencial uniforme en el ámbito nacional que permita ajustar las indemnizaciones a parámetros razonables en las sentencias, preocupa a todos los operadores del sistema (tribunales, abogados, aseguradoras, etc.; Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Cuantificación de los daños por mala praxis médica”, en *LL*, 2002-F-1389).

⁴⁶⁸ Cfr. Grajales – Negri, *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, op. cit., pp. 103-122 y 123-126. Negri, Nicolás J., “Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial”, en *revista Código Civil y Comercial*, Thomson-Reuters-La Ley, diciembre, 2016, p. 59 y ss. En relación con el art. 3 del Código (el de resolver los casos mediante una “decisión razonablemente fundada”), he indicado que –de acuerdo con la opinión autorizada- dicha obligación consiste en “seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial” (Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación*, op. cit., t. I, p. 39), dado que tal deber deriva de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias; mas esa pauta –la de seguir un proceso argumentativo- no se desprende de la normativa del Código, sino de sus comentaristas.

o bien sin una metodología asumida conscientemente, no exponen ni fundamentan debidamente las razones que justifican sus decisiones. Las exigencias del Estado de Derecho constitucional y democrático resultan contrarias a las prácticas derivadas de dicha forma de proceder, que se desentiende de las particularidades del caso y de la protección efectiva de los principios y valores jurídicos, y de los derechos fundamentales en juego.

Hemos observado como la Corte ha señalado las deficiencias de sentencias emanadas de tribunales inferiores, ya sea porque resultan dogmáticas al disponer condenas indemnizatorias sin explicar la forma a la que arriban a los montos de condena, o bien porque aplican fórmulas matemáticas desconociendo otras circunstancias particulares del caso sin brindar una fundamentación razonable, incurriendo en el vicio o tacha de arbitrariedad de sentencias (§ VI.A.1).

A nuestro entender, esa crítica –aunque acertada– resulta insuficiente. Es correcta en tanto señala la falta de una fundamentación adecuada y razonable respecto de las decisiones judiciales de los tribunales inferiores que son objeto de revisión por parte de la Corte, pero a la vez es insuficiente por dos motivos.

Por un lado, no explicita ni precisa debidamente las razones que le permiten sostener sus aserciones, incurriendo en el mismo dogmatismo que achaca a las sentencias que ella misma revisa (v.gr., cuando se refiere a la vida humana o la integridad psicofísica y afirma que no tienen un valor *per se* sino en orden a las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales; o bien cuando sostiene la inaplicabilidad de las fórmulas matemáticas para estimar los daños).

Por otro lado, no expone ni establece la metodología ni la técnica jurídica necesaria para paliar la arbitrariedad atribuida a los tribunales inferiores mediante reglas concretas, esto es, a través un método o procedimiento argumentativo que permita sortear las deficiencias apuntadas por el mismo Alto Tribunal federal⁴⁶⁹.

Consecuentemente, para superar los vicios señalados a los jueces de grado –y que lleva a descalificar sus decisiones por arbitrariedad manifiesta– la Corte debería desarrollar (fundar y justificar) sus propias consideraciones, indicando el modo en que debería efectuarse un proceso argumentativo, mediante una adecuada justificación interna y externa del razonamiento sentencial (§ II.B.2.3), de forma tal que permita su análisis y evaluación, para efectuar un contralor del razonamiento aplicado al caso (§ II.A.6 y II.B.3)⁴⁷⁰.

Pues bien, retomemos el desarrollo efectuado en su oportunidad –en lo que se refiere al Derecho de Daños– para poner en evidencia estas cuestiones problemáticas. De forma liminar, tal como fuera señalado, cuantificar judicialmente los daños es una tarea vinculada con la liquidación, todo lo cual implica la valoración de los perjuicios –bienes menoscabados (la vida humana o su integridad psicofísica)– y su tasación (§ II.C.2). En el derecho privado dicha tarea es deferida al juez, quien debe realizar un control de mérito sobre el *quantum* reclamado, analizando la prueba que el damnificado ha producido en el proceso, formulando una declaración de certeza sobre su valor, más allá de sus facultades discrecionales (cfr. art. 165, C.P.C.C.)⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 39.

⁴⁷⁰ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 423 y ss.; ídem, *Las razones del derecho*, op. cit., 1993, p. 240 y ss. Vigo, “Razonamiento judicial justificatorio”, op. cit., p. 483 y ss.

⁴⁷¹ Zannoni, Eduardo A., “Significado y alcance de la cuantificación del daño (Una aproximación generalizadora), en *Revista de Derecho de Daños*, 2001-I, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 7-8. El art. 165 del Código procesal dispone: “Cuando la sentencia contenga condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, fijará su importe en cantidad líquida o establecerá por lo menos las bases sobre que haya de hacerse la liquidación. Si por no haber hecho las partes estimación de los frutos o intereses, no fuese posible ni lo uno ni lo otro, se

Todos los sistemas jurídicos occidentales, dice Julio César Rivera, reconocen que la valuación de los daños sufridos por las víctimas de accidentes constituye un problema de difícil solución, por estar imbricados en él intereses diversos. Y que ello conduce a respuestas legislativas y judiciales muy diversas⁵⁸³.

Sucede a menudo que las consideraciones o fundamentos expuestos en las sentencias se limitan a enunciar dogmáticamente aspectos *cualitativos* del damnificado (por ejemplo, la especie de incapacidad sufrida, su carácter transitorio o permanente, la edad, la profesión, la condición social de la víctima, etc.), o a aplicar sin más criterios *cuantitativos* (por ejemplo, el uso de baremos o de otras fórmulas matemáticas), o bien a la combinación de ambas pautas, pero soslayando relacionarlas debidamente con el derecho vigente y, sobre todo, con las circunstancias particulares del caso, de forma tal que el importe indemnizatorio determinado pueda ser corroborado como una derivación razonable del derecho vigente.

Evidentemente, la técnica jurídica empleada por los tribunales no es suficiente –o quizás se encuentre desactualizada–, considerando los complejos y múltiples elementos que confluyen, directa o indirectamente, en la estructura y composición de la matriz que conforma el razonamiento jurídico de la decisión judicial (normativos, fácticos, lingüísticos, lógicos, axiológicos, políticos, sociológicos, económicos, tecnológicos, etc.).

En la introducción de la tesis, indicamos que la problemática ha cobrado una nueva dimensión en el contexto actual de los derechos fundamentales –por su operatividad y necesidad de optimizar su satisfacción– y de la vida de las personas en democracia dentro de un Estado de Derecho constitucional y democrático (arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 33, 42, 75 incs. 22 y 23, Constitución de la Nación).

La clave de la cuestión se presenta en la posibilidad de justificar racionalmente, mediante parámetros objetivos y verificables, los montos indemnizatorios por daños ocasionados a la persona (v.gr., por lesiones o discapacidad psicofísica), especialmente cuando el asunto se encuentra dentro de un campo en el que predomina la discrecionalidad judicial, con normas, principios y valores jurídicos complejos y difíciles de aplicar (v.gr., arts. 1 a 3, 1708, 1716, 1737, 1738, 1740, 1746 y concs., Cód. Civ. y Com.)⁴⁷².

Debe añadirse a todo ello un elemento técnico-normativo más, el deber de emplear fórmulas matemáticas para justificar la determinación del *quantum* resarcitorio. Así, el art. 1746 del nuevo Código dispone que la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica “*deberá ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizándolas. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad*”.

Algunos autores han cuestionado la normativa consagrada en el Código; se dice que el legislador ha incurrido en un desacierto en la formulación y redacción del art. 1746: “se debe señalar una insuficiencia en sus previsiones indemnizatorias, por lo cual no se deberían agregar a estas deficiencias aquellas interpretaciones filo matemáticas que en sus propuestas pretenden imponer al juez dogmas con ropajes

los determinará en proceso sumarísimo. La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto”. ⁵⁸³ Rivera, “Cuantificación legal y judicial”, op. cit., p. 15.

⁴⁷² Acciarri, Hugo A., “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 3 y ss. Berger, Sabrina M., “El contenido de la indemnización: el art. 1738 del CCyC”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 24 y ss. Compiani, María Fabiana, “La obligación de la evaluación objetiva en la determinación de indemnizaciones resarcitorias por daños a la persona”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 29 y ss. Ghersi, Carlos A., “La cuantificación de daños en caso de muerte de personas con trabajo en el mercado informal”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 33 y ss.

cientificistas y constantes matemáticas de discutible y endeble fundamentación, que sin duda producirán resultados totalmente injustos”⁴⁷³.

También se cuestiona que “las fórmulas matemáticas consideran que la vida humana no tiene un valor económico *per se* sino en función de lo que produce o puede producir, criterio que constituye un enfoque estrictamente económico, axiológicamente disvalioso y que no se condice con el respeto de la vida y la dignidad como derechos fundamentales del hombre, tutelados por declaraciones internacionales, tratados, sentencias de tribunales transnacionales y receptados entre otros por el artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, artículos I, II, III, IV y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 2°, 3°, 6°, 16 y concordantes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos ellos de raigambre constitucional en nuestro país⁴⁷⁴. La vida humana tiene un valor constitucional, a pesar de la ausencia de toda regla constitucional concerniente a la protección de la vida humana”. Y se añade que “el uso de las fórmulas estereotipadas e inflexibles conlleva el riesgo de reparación no integral porque consideran una situación general que desatiende la circunstancia particular del dañado”. “La fórmula toma en cuenta el último sueldo o ingreso del damnificado, no contempla circunstancias aleatorias, tanto de mejoras (chance) como de mermas (pérdidas de ingreso), de empleo que implica segregación definitiva del mercado formal (40% de incapacidad, es hoy día causa de exclusión completa del mundo productivo)”⁴⁷⁵.

No obstante estas críticas, cabe poner de relieve que en el Código Civil y Comercial Comentado dirigido por Ricardo Lorenzetti se indica que la aplicación de este “criterio matemático” es solo un “parámetro orientativo sujeto al arbitrio judicial”, manteniéndose “en vigor los criterios interpretativos que confieren al razonable arbitrio judicial la función correctora por excelencia para cuantificar los daños”.

En este mismo sentido, la doctrina de la Corte nacional antes reseñada también dice que “los porcentajes de incapacidad que resultan de la prueba pericial no obligan matemáticamente al juez, aunque constituyen un valioso aporte, porque la cuantía por incapacidad sobreviniente no debe ceñirse a cálculos matemáticos rígidos, cerrados y herméticos, sino que debe fijarse sujeta al prudente arbitrio judicial ponderando la importancia de las lesiones, la edad de la víctima, la repercusión que las mencionadas secuelas pueden tener en una futura actividad productiva y demás circunstancias del caso”. “En definitiva -se afirma-, ‘para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación’. Ello significa que las fórmulas matemáticas no constituyen la única ni autónoma fuente de cuantificación, ya que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio (que no es arbitrariedad) judicial, pero podrá ser un elemento útil a la hora de fijar el *quantum* por muerte como por incapacidad sobreviniente”⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Schiavo, Carlos A., “¿Las fórmulas matemáticas puras resuelven justamente la cuantía indemnizatoria? Analizando el art. 1746 del CCyC” en RCCyC, julio 2016, 6/7/2016, p. 115 y en RCyS, 2016-X, p. 14 y ss.

⁴⁷⁴ Morello, Augusto M., “La vida humana y su valor”, en JA 2005-III-256. Mosset Iturraspe y Piedecabras, *Responsabilidad por daños*, op. cit., 2016, t. I, pp. 477-504.

⁴⁷⁵ Schick, Horacio, “Tres objeciones al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial y su incidencia en la reparación de infortunios laborales. La tarificación del daño por lesiones, la inaplicabilidad de las sanciones disuasivas y la eximición al Estado y sus funcionarios de la responsabilidad civil”, en *Doctrina del Trabajo*, octubre 2012, p. 2765 y ss.

⁴⁷⁶ Galdós, Jorge M., comentario al art. 1746, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), en *Código Civil y Comercial Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VIII, pp. 523, 527 y 528. El autor cita en la nota 387 a los precedentes de la Corte nacional “Zacarías, Claudio H. c/ Provincia de Córdoba y otros”, sent. del 28/4/1998; en *Jurisprudencia Argentina*, 1991-I-361, y “Morales, María B. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, sent. del 8/9/1992, en JA, 1992-IV-624; y en la nota 389 a los casos de la Corte nacional publicados en Fallos 320:1361 y 325:1156.

Todas estas consideraciones deben ser aquilatadas a la luz de otras ya expuestas en esta investigación, como la relativa a que el uso de fórmulas no importa una restricción a la *legítima discrecionalidad judicial*, sino a la *arbitrariedad*. “Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente lo expresa con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión”⁴⁷⁷.

Es más, con Guibourg, hemos apuntado que no es posible arribar a un monto en dinero sino se parte de algún tipo de algorismo, cálculo, fórmula, etc., y lo que resulta más relevante aún, es la consideración relativa a que si bien es una realidad incuestionable que cada caso contiene un número indeterminado de características y que, a raíz de ello, cualquier pretensión de estimar el daño siempre sería estrecha o reductiva del menoscabo efectivamente sufrido por el damnificado (más allá de la noción de daño resarcible que por sí limita los alcances de la reparación), lo cierto es que -como dice dicho autor- la idea misma de una norma general -implícita en la concepción del Estado de Derecho-, por vía del principio de legalidad que se considera uno de sus elementos más importantes, conlleva admitir que, de las infinitas características presentes en cada situación, es posible identificar políticamente aquellas que *a priori* juzguemos más relevantes para justificar determinada solución normativa. Si no fuéramos capaces de hacer esto, todas las normas serían infundadas -incluyendo también el uso de las fórmulas matemáticas- y no habría otra alternativa que confiar en el libre arbitrio - equidad, justicia, prudencia- de los jueces⁴⁷⁸.

A partir de esta última consideración, el desafío que se presenta para los operadores es el correcto uso de las fórmulas adecuadas, para lo cual es menester conocer bien el caso a juzgar -sus peculiaridades propias- y determinar las pautas o parámetros que han de ser contemplados en la fórmula de cálculo del daño, para lo cual, como veremos seguidamente, se necesitará de la actividad argumentativa y recurrir al modelo del profesor español (Atienza).

Como síntesis de todo lo expuesto, pueden adoptarse las cuatro reglas explicitadas por Jorge Galdós, a saber: 1) sí a la aplicación de las fórmulas matemáticas; 2) sí a la aplicación de la fórmula que el juez elija fundadamente; 3) no a la aplicación automática y obligatoria del resultado matemático que arroje la fórmula y 4) sí al arbitrio judicial para ponderar y evaluar la integridad del daño, conforme la singularidad del caso⁴⁷⁹.

Al respecto explica con mayor ahondamiento que: “La aplicación de la fórmula no procura la matemática estandarización o uniformidad económica de los montos indemnizatorios, imponer criterios matemáticos abstractos y generales ni suplir la labor judicial de ponderación. El fundamento del deber legal de su utilización radica en la carga de motivar y fundar razonablemente las sentencias judiciales, conforme los paradigmas de la constitucionalización del derecho civil, la pluralidad y el diálogo de fuentes y el juicio de ponderación de los principios, todo lo que se desprende de los arts. 1, 2, 3 y 7 CCCN. Se trata, en definitiva, de individualizar y explicar las bases objetivas tenidas en cuenta para arribar al resultado final, indicando los datos particulares del supuesto de hecho juzgado, respetando y atendiendo a sus singularidades. El objetivo es procurar la mayor predictibilidad y certeza de los montos indemnizatorios y favorecer los arreglos extrajudiciales evitando los litigios, permitiendo su comparación con casos análogos registrados en la misma o en otras jurisdicciones y suplir la determinación judicial abstracta y más imprecisa

⁴⁷⁷ Acciarri, Hugo A. - Irigoyen Testa, Matías, “La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes”, en LL, 2011-A-877.

⁴⁷⁸ Guibourg, Ricardo A., “Cuantificación del daño”, revista de Doctrina del Trabajo, 2009 (abril), p. 355. Véase también Acciarri, Hugo A., *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 189-222.

⁴⁷⁹ Galdós, Jorge M., “Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN)”, en RCyS, 2016XII, tapa.

y genérica del monto por una explicitación que revele de qué forma se atiende a las particulares del caso. También asegura al justiciable y a toda la sociedad cómo y porque el juez llegó a una cifra, computando las variables singulares y los elementos de juicio tenidos en cuenta y facilita el control de su razonabilidad y legalidad por las instancias superiores, al tiempo que indican estimativamente los valores (incluso ‘piso’ y ‘techo’) de otros tribunales nacionales o provinciales”.

Creo que estas motivaciones, juntamente con las consideraciones antes expuestas, resultan suficientes para respaldar la enunciación de las cuatro reglas apuntadas. Pero, además, Galdós precisa que: “Estas fórmulas constituyen la vía instrumental que permiten la determinación orientativa del capital al que se refiere el art 1746 CCCN. Se erigen como un valioso parámetro o guía que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de medir los daños por discapacidad física o psíquica. Empero, la utilización obligatoria de las denominadas fórmulas matemáticas no conduce a la aplicación automática e inexorable del resultado numérico al que se arribe; por ende cabe concluir que el referido imperativo legal debe ser interpretado como una herramienta de estimación ineludible para el juez, pero que no excluye a los otros parámetros, provenientes de la sana crítica, la experiencia vital y el sentido común, pudiendo apartarse de la cuantía matemática fundando los motivos o razones por los que se reduce o incrementa aquél monto. Dicha cuantía matemática no es de acatamiento obligatorio y vinculante. A ello corresponde agregar que en esta etapa de implementación del Código Civil y Comercial se irán superando, mediante los aportes de la doctrina y la jurisprudencia, algunas cuestiones, sobre todo de técnica matemática en la utilización y aplicación de las fórmulas, porque (...) coexisten varias de ellas y la selección de las variables a considerar (por caso la edad de vida útil, la tasa de amortización) revela que la conclusión matemática podrá resultar muy variable. Si para el mismo supuesto de hecho se emplea una u otra fórmula o se computan una u otra variable (reiteramos, por caso, la edad máxima de la víctima, la tasa de amortización etc.), los resultados serán distintos y dispares. Por eso no existe ni obligatoriedad de acudir a una específica y determinada fórmula ni de acatar la cuantía que arroje. La norma del art 1746 CCCN no dice que la indemnización ‘deberá ser calculada o fijada únicamente’ sino que establece que ‘debe ser evaluada’, lo que según el Diccionario significa que se debe ‘estimar, apreciar, calcular el valor de algo’, lo que comprende la facultad judicial de emitir el juicio de ponderación conforme la singularidad del caso, la naturaleza y entidad del daño, las circunstancias existenciales de la víctima y la realidad económica. Creemos –afirma Galdós– que mantienen vigencia las pautas interpretativas desarrolladas anteriormente en cuanto que el juzgador no está atado a pautas matemáticas inflexibles, fórmulas rígidas o cerradas, porcentajes de incapacidad herméticos o relaciones actuariales. La referencia a un capital que genere rentas no es la única e infalible modalidad de determinación del ‘quantum’ del daño por discapacidad permanente, física y psíquica, porque ésta comprende no sólo la capacidad laborativa o productiva, o sea la pérdida de ingresos o rentas por la afectación a la actividad productiva o económicamente valorable, sino que también contempla, conforme inveterada jurisprudencia, la capacidad vital o intrínseca de la persona, más allá de su idoneidad laboral o para generar ingresos, y el daño a la vida de relación, es decir la lesión de los aspectos de la personalidad vinculados con el ámbito social, doméstico, cultural y deportivo del damnificado”⁴⁸⁰.

Pues bien, con la exégesis formulada, queda claro que el nuevo ordenamiento civil argentino establece el deber de emplear fórmulas matemáticas para fijar con objetividad y racionalidad las bases del monto indemnizatorio de condena. Sin embargo, no obliga al uso de una determinada fórmula (Vuoto, Méndez, Acciarri), ni tampoco obliga –no tiene carácter vinculante– el resultado de la aplicación de la fórmula cuando el mismo ofrece una cifra contraria a las reglas de la lógica, experiencia o sentido común,

⁴⁸⁰ Galdós, Jorge M., “Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN)”, en RCyS, 2016XII, tapa.

vale decir, cuando el resultado no es razonable, encontrándose habilitado el juez para apartarse de la cuantía matemática alcanzada. Pero lo que resulta de máximo interés, frente a este cuadro de situación es que el juez o tribunal deberá brindar una justificación fundada y razonable (argumentación), tanto en lo que respecta a la elección de la fórmula y los valores implementados en ella; como, en su caso, cuando decida apartarse del resultado obtenido del uso del cálculo, sea porque reduce o incrementa el monto arrojado por la fórmula.

Entonces, una cosa es la obligación o el deber de aplicar una fórmula –cualquiera que sea, en la medida que cumpla con las indicaciones establecidas por el legislador- y otra es que el juez tenga la prerrogativa de elegir la fórmula más apropiada para el caso, lo que sí constituye una facultad discrecional del juez o tribunal, elección que –en nuestra opinión- debe haber sido adecuadamente justificada en la decisión judicial (art. 3, Cód. Civ. y Com.), al igual que en el caso particular o excepcional requiera apartarse del resultado arrojado por la fórmula matemática.

Ahora bien, para que el *deber* impuesto por el Código, en cuanto al uso de fórmulas matemáticas, no sea desconcertante o no se diluya –en su imperatividad- cuando las singularidades del caso lleven a apartarse del resultado obtenido, en virtud de que resulte absurdo (argumento apagógico o *ab absurdum*), será necesario explicitar los datos empleados en las variables de la fórmula, para luego justificar el apartamiento del algorismo o cálculo matemático, en orden a salvaguardar los fines y valores en crisis (reparación integral del daño, protección de la integridad personal y de la salud psicofísica, etc.), los que sirven –en definitiva- para dar sentido y sustento a la práctica social del derecho (Atienza).

En este sentido, para cumplir con el requisito de la decisión razonablemente fundada (art. 3, Cód. Civ. y Com.), deberá recurrirse a la argumentación.

En cuanto a la elección de los valores y variables empleados en la fórmula: la explicación de la fórmula matemática. A mi criterio, basta con describirla de modo suficiente para su posterior contralor.

En relación a la interpretación de la ley, particularmente en cuanto a los resultados inaceptables de la aplicación de la fórmula y, por ende, del enunciado normativo contenido en el art. 1746 del Código Civil y Comercial, puede recurrirse al *argumento apagógico*, el que –en palabras de Giovanni Tarello- es aquel por el cual se debe excluir aquella interpretación de un enunciado normativo que dé lugar a una norma “absurda”. El fundamento del carácter persuasivo de este argumento interpretativo se encuentra en la difusión de la creencia que el derecho no contenga normas absurdas: sea porque se hipotiza la “racionalidad del legislador” (de ahí que a este argumento también lleve el nombre de “hipótesis del legislador razonable” que se da a éste argumento), sea porque se considera que la norma “absurda” no puede ser válida⁴⁸¹.

La identificación de este problema interpretativo se puede realizar a partir del modelo argumentativo de Atienza, presentado para esta clase de casos difíciles. Frente, pues, a aplicación inaceptable de la fórmula, resulta lógico y conveniente reformular la norma jurídica o darle otro sentido, a fin de lograr el propósito subyacente en la ley –lograr un control efectivo del razonamiento judicial- y, a la vez, alcanzar una solución satisfactoria o aceptable del caso (pretensión de corrección o justicia del caso). Por ejemplo, ante un caso de lesión física de un futbolista profesional, cabría determinar los años de esplendor deportiva ya transitados y todavía a transcurrir y que se verá impedido de usufructuar a raíz del daño sufrido, así como las probabilidades de incrementar su desarrollo deportivo y económico mediante la obtención de nuevas contrataciones (“pases”); etc. El texto legal reza: “la indemnización *debe*

⁴⁸¹ Tarello, Giovanni, *Interpretación de la ley*, tr. Diego Dei Vecchi, Palestra, Lima, 2013, p. 331.

ser evaluada mediante la determinación de un capital...” (art. 1746). Pues bien, la determinación de ese importe deberá ser llevado a cabo de otra manera que resulte *razonable* y, además, justificada.

Otro problema diferente de interpretación, que exige del despliegue de la actividad argumentativa según el modelo del profesor Atienza, es el supuesto especial dado en nuestro novel ordenamiento privado, respecto a la determinación del monto indemnizatorio en el caso de fallecimiento u homicidio (art. 1745, Cód. Civ. y Com.).

El Código vuelve a adoptar un *concepto jurídico indeterminado* ("lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores..."; cfr. art. 1745 inc. b) y lo peor aún es que soslaya determinar la forma en que debe ser cuantificado el daño; a diferencia de la indemnización por lesiones o incapacidad psicofísica, el Código nada dice respecto del uso de las fórmulas matemáticas.

En relación a la primera cuestión, el uso de conceptos indeterminados, la aplicación del método analítico seguido por la dogmática civilista ya ha logrado aclarar el sentido de dicha expresión ("lo necesario para alimentos"). Ramón Pizarro y Gustavo Vallespinos dicen que: "La norma pone de manifiesto el carácter *alimentario* o *asistencial* de la indemnización, que había sido admitido en forma pacífica por casi toda la doctrina al interpretar el artículo 1084 del código civil derogado. Va de suyo que resultan aplicables, para la determinación de la medida y contenido del perjuicio, las directivas de los artículos 537 y siguientes, debiendo la indemnización comprender lo necesario para la 'subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondiente a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades', y para la educación si el damnificado es persona menor de edad (art. 541"⁴⁸². Comparto esta interpretación, porque es la que guarda mayor "coherencia" en el sistema del nuevo Código (art. 2, Cód. Civ. y Com.), y, asimismo, porque se sustenta en el argumento sistemático o *sedes materiae*.

El argumento sistemático (o del “derecho por sí ordenado”) en general, es aquel por el cual a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos (entre ellos asumidos como unidos justamente a los fines de la interpretación “sistemática”) se debe atribuir el significado prescripto, o bien no se debe atribuir el significado impedido, por el “sistema jurídico”⁴⁸³.

Como es evidente, refiere Tarello, esta explicación no explicita nada, hasta que no sea explicitado el significado de “sistema jurídico”; pero distintas han sido y son las nociones de sistema jurídico elaboradas por los juristas. En la acepción que aquí nos interesa emplear, por “sistema” se entiende el conjunto de conceptos que “el legislador” usa. Según esta acepción de “sistema” existe en la ley, una rígida correspondencia entre conceptos normativos y términos de los enunciados, tanto que en el atribuir significado, tanto que cuando es cierto o considerado tal el significado del término x (v.gr., “posesión”, “domicilio”) en un enunciado, aquel significado se atribuye a x en todos los enunciados en el cual se repite. De ahí que a esta acepción se la emplea bajo el argumento de la “constancia terminológica”⁴⁸⁴.

En relación a la segunda cuestión (la ausencia de alguna pauta o criterio para cuantificar el daño, así como el empleo de alguna fórmula), considero que debería aplicarse la argumentación analógica (concretamente, los argumentos *a fortiori* o *a simili*), ante la falta de información suficiente para conformar

⁴⁸² Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 717. En igual sentido, Scoles, Juan Cruz, "La cuantificación del 'valor de la vida humana' según la Sup. Corte Bs. As.", en revista La Ley Buenos Aires, septiembre, 2015, p. 823 y ss. Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., t. IV, pp. 623-627; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, t. VII, pp. 188-191.

⁴⁸³ Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 337 y ss.

⁴⁸⁴ Para una comprensión más amplia del argumento sistemático (incluyendo su relación con otras acepciones del término sistema), véase Grajales, Amós A., "Argumento *sedes materiae*. Un antiguo argumento para una nueva visión del derecho", en *Jurisprudencia Argentina*, 2012-12, APBA 2012-12-1331. Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 337 y ss. Vernengo, Roberto J., *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977, p. 49 y ss. Iturralde Sesma, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, op. cit., p. 282.

las premisas del caso -aplicar la norma⁴⁸⁵-, y, a la par, para no incurrir en un desigualdad injustificada en casos similares, lo cual nos conduciría a una decisión contraria a la garantía de igualdad ante la ley, consagrada en el art. 16 de la Carga Magna, como baluarte valorativo del sistema jurídico y de la práctica social del derecho en su conjunto.

En la interpretación de la ley y en la argumentación jurídica en general, los argumentos *a fortiori* y *a pari* son usados, generalmente, con el propósito de extender el ámbito de aplicabilidad de las normas⁴⁸⁶. Alchourrón pone por ejemplo de un razonamiento *a fortiori* el siguiente caso: “como los préstamos con un interés de un 12% anual son permitidos, con mayor razón (*a fortiori*) son permitidos los préstamos con un interés anual del 8%”⁴⁸⁷. Los argumentos *a pari* son aquellos en los que se extienden una solución normativa a casos diferentes de los reglados pero que se encuentran en paridad de circunstancias⁴⁸⁸.

En el caso puntual del fallecimiento (u homicidio), no encuentro elementos ni argumentos valederos para que se adopte una postura distinta en cuanto a la técnica o metodología aplicable, a la antes analizada, en relación a la determinación de la cuantía de los daños por lesiones o discapacidad psicofísica (arts. 2, 3 y 1746, Cód. Civ. y Com.). Si la fórmula es justificada por el legislador respecto de los casos de lesiones (físicas o psíquicas), cuanto más (o mayor aún) se halla justificada en relación a los casos de la pérdida de la vida humana.

Y si no fuera conveniente o idóneo el argumento *a fortiori* -difícil de rebatir, a mi criterio-, cabría la aplicación del argumento *a pari* o *a simili* (se llama argumento analógico o argumento *a simili* al procedimiento discursivo que se emplea para justificar o motivar la aplicación analógica), dada la gran similitud de los elementos que componen ambos casos o situaciones jurídicas. Efectivamente, mediante este razonamiento se pueden resolver casos no contemplados por el sistema jurídico, aplicando la solución prevista por el legislador para otro supuesto de hecho que se asemeja al caso no previsto⁴⁸⁹.

De lo contrario, de no aceptarse estos argumentos, se adoptaría una cifra indemnizatoria sin explicar la forma en que se determina, lo cual importaría excluir a una decisión judicial del control de razonabilidad y de las exigencias del Estado de Derecho constitucional y democrático, que requiere – como lo señala la doctrina para el caso de lesiones- “una decisión fundada, que explique cómo se llega al monto, para lo cual pueden usarse fórmulas matemáticas”⁶⁰²; lo mismo para el caso de lesiones como para el caso de homicidio.

Recurrir a consideraciones no fundadas (dogmatismo, esto es, una de las causales más habituales de arbitrariedad); a la aplicación sin más de cierta jurisprudencia, precedentes o *ratio decidendi* de fallos, sin formular un adecuado análisis comparativo o analógico, y sin una base cierta y objetiva como las brindadas por las fórmulas, nos encontraríamos pues con decisiones que emplean expresiones retóricas y persuasivas; recomendaciones de organismos internacionales; etc., sin mayor sustento objetivo y racional, lo cual no parece aceptable ni razonable. En rigor, todas estas y otras consideraciones no poseen una argumentación fundada.

⁴⁸⁵ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 244.

⁴⁸⁶ Alchourrón, Carlos E., “Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991, p. 3.

⁴⁸⁷ Alchourrón, “Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari”, op. cit., p. 10.

⁴⁸⁸ Alchourrón, “Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari”, op. cit., p. 19.

⁴⁸⁹ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, tr. Marina Gascón y Miguel Carbonell, UNAM, México, 1999, p. 57.

⁶⁰² Lorenzetti, Ricardo L., *Fundamentos de Derecho Privado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 374.

2. Interrogantes.

Los problemas apuntados *ut supra* han generado importantes derivaciones a nivel epistemológico que no pueden ser soslayadas (§ I.B y I.C.1). Entre los principales cuestionamientos a la actividad práctica desplegada por los jueces podemos destacar los siguientes:

2.a) La validez y vigencia de los presupuestos socio-políticos del modelo dogmático iuspositivista decimonónico: la división de poderes de Montesquieu; el rol del juez como “boca de la ley”; el postulado del legislador racional (orden jurídico perfecto: coherente, completo, etc.); el sólo uso del silogismo como técnica para la aplicación del derecho; etc., que se enfrenta con el problema estructural, dado por la nueva conformación del sistema jurídico (constitucionalización del derecho privado, en nuestro caso) y con la necesaria presencia de valores y principios jurídicos, que exigen de la valoración del juez, en orden a la práctica social que despliega en el cometido de la función jurisdiccional.

2.b) La validez del modelo instrumental o pragmático que tuvo origen en el realismo norteamericano y que se ha desplegado en diferentes vertientes (*Critical Legal Studies, Posmodern Legal Movements, Originalists, Comunitarians, Feminist Jurisprudence, New Republicans*, etc.), sosteniendo ideas como que el derecho es radicalmente indeterminado; o que es político; etcétera. En esta vertiente lo decisivo es construir una respuesta que conduzca al objetivo (sociológico, político, económico, etc.) que pretende conseguir el operador del derecho. En el caso especial del resarcimiento por daños, el objetivo estaría dado por satisfacer el interés de la víctima, mediante el pago de una indemnización de contenido económico.

2.c) La verdad de posturas irracionalistas o voluntaristas que niegan la existencia de una razón práctica y, por ende, la cognoscibilidad de los juicios morales, dado que las elecciones en el campo de las conductas posibles son remitidas a las emociones, creencias o valores, inaccesibles como tales a la razón humana. En este sentido, autores como Kelsen o Ross entienden que las opciones que realizan inexorablemente los jueces son irracionales. Las decisiones son volitivas.

En la misma línea, también se pueden añadir otras cuestiones relacionadas con los interrogantes antes apuntados, a saber:

2.d) La posibilidad y las limitaciones de la racionalidad y de la subjetividad en las decisiones jurídicas; qué alcance puede tener la racionalización de la discrecionalidad judicial mediante la observancia de pautas o criterios objetivos por parte de los jueces (actividad argumentativa), y con ello posibilidad de una “única respuesta correcta o justa” (pretensión de corrección).

2.e) El sentido y alcance que debe otorgarse a la “prudencia” o “arbitrio judicial” al que aluden las normas jurídicas cuando se refieren a las facultades de los jueces en materia de cuantificación de los daños a la persona: por ejemplo, las leyes de forma (art. 165, Cód. Proc. Civ. y Com.) o las leyes de fondo (arts. 1738, 1740, 1741, 1742, 1744 a 1746, Cód. Civ. y Com., y 29, Código Penal); así como el método analítico para hacer frente a los conceptos jurídicos indeterminados presentes en el sistema normativo (“alimentos”, “razonable”, “reparación plena”, etc.; arts. 1745 y 1746, Cód. Civ. y Com.).

2.f) La utilidad y consistencia de los estándares indicados por la Corte nacional, a fin de facilitar la labor de justificación de las sentencias judiciales, lo cual puede ser relativo, dado que el mismo órgano parece incurrir en el mismo dogmatismo achado a los tribunales inferiores, o por

el uso implícito del argumento de autoridad, al no fijar pautas concretas y específicas para cuantificar los daños a la persona.

2.g) El debido abordaje de la complejidad de los elementos –en el estado actual de la ciencia- que componen el razonamiento judicial, sobre todo en lo que hace a la determinación del supuesto de hecho normativo y su interpretación argumentativa; a la fijación de los hechos dentro del proceso y la idoneidad de la prueba producida en él para la verificación de las circunstancias particulares del caso (factores que deben ser evaluados para la cuantificación del daño: edad, familia, estado socio-económico antes del hecho dañoso, etc.); la elaboración y uso de los baremos objetivos y racionales; el empleo de fórmulas actuarias o matemáticas idóneas para cuantificar el daño; etcétera.

Son precisamente estos últimos aspectos y cuestiones las que pueden ser abordadas por la teoría de la argumentación jurídica a fin de brindar un marco metodológico satisfactorio a las actuales exigencias jurídicas, políticas y sociales.

B) Implicancias de la teoría de la argumentación jurídica.

1. Apreciaciones conclusivas.

A la luz del desarrollo que hemos formulado de la argumentación jurídica y de la teoría de Manuel Atienza en particular -en cuanto procura brindar un modelo de racionalidad y objetividad práctica para las decisiones jurídicas (§ II.A.6 y II.B.3)- podemos inferir que ante el fenómeno de la discrecionalidad judicial presente, entre otras materias, en la cuantificación de los daños a la persona, sea por fallecimiento o discapacidad psicofísica, incluso cuando se recurre al empleo de fórmulas matemáticas -dada la inevitable condena al pago de una suma dineraria en concepto resarcitorio y por la selección de sus componentes también numéricos (edad, salario, jubilación, grado de discapacidad, etc.), se plantea la conveniencia de adoptar algunas pautas y reglas básicas para evitar la tan cuestionada arbitrariedad⁴⁹⁰.

Este objetivo cobra mayor relevancia si se pondera la necesidad de afianzar la justicia, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica en las sociedades constitucionales y democráticas, y las instituciones que asumen tales compromisos, a la vez que se tratan de resguardar principios y valores jurídicos como la vida humana y su integridad⁴⁹¹. Por ello, si no se quiere renunciar a la razón o la razonabilidad jurídica, se precisa una estructura teórica y metodológica que permita articular todos estos bienes y propósitos en los casos concretos.

Si bien ha existido siempre el temor de ponerle un precio a la vida humana o a la integridad psicofísica (un valor intrínseco) y, por lo tanto, una resistencia al empleo de fórmulas matemáticas para cuantificar los daños, creemos que resulta –en principio- aconsejable la elección de algún algoritmo o cálculo que sea el más representativa de los valores a cuantificar en la indemnización, puesto que de esta

⁴⁹⁰ Azpelicueta, Juan J., “El valor de la vida humana y el método de cuantificación”, en ED, 118-920. Morello, Augusto M. – Stiglitz, Gabriel, “El valor de la vida humana como costo de la garantía colectiva para la prevención del daño a la persona”, en LL, 1984-D-1100.

⁴⁹¹ Mosset Iturraspe, Jorge, *El valor de la vida humana*, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 17 y ss.

manera se puede lograr un procedimiento uniforme para la fijación de los perjuicios a la persona, a la par de facilitar el contralor de las partes, del tribunal de apelación o casación y del público en general, respecto del modo y elementos tenidos en cuenta para arribar a aquel monto. Además ello también proporcionará a los litigantes una herramienta idónea para lograr una razonable previsión sobre los posibles resultados económicos de estos pleitos; factor que facilita la composición de muchos de ellos (mediantes acuerdos o convenios transaccionales), con la consecuencia de alivianar el número de procesos judiciales, y, a la vez, una mayor prontitud en la reparación de los perjuicios⁴⁹².

El rechazo de toda pauta racional -como es el caso de una fórmula de cálculo matemático- para dejar librada la cuestión al sólo arbitrio judicial y, por ende, a un empirismo casuístico y arbitrario, no es pues conducente ni conveniente, especialmente cuando se trata de un daño patrimonial que versa sobre consecuencias materiales respecto de las cuales existen elementos objetivos (edad, salario, chances económicas, etc.). Obviamente las circunstancias particulares de cada caso impiden una aplicación igualitaria y uniforme de las fórmulas, por lo que el juez con argumentos o razones valederas podrá adoptar otras variables a fin de evitar inconsistencias de las fórmulas actuariales, puesto que no hay procedimientos infalibles o exactos, sino aproximativos y flexibles a la realidad. Deberá individualizarse el daño, esto es, ponderar la situación de cada víctima para determinar cómo y en qué medida gravita en su persona y en su plan de vida⁴⁹³.

La referencia a valores monetarios, mediante el uso de baremos y de fórmulas matemáticas, presenta múltiples dificultades en la casuística forense como -por ejemplo- cuando la víctima no desarrolla una actividad productiva sea por el rol que desempeña en la sociedad o en la familia (v.gr., ama de casa) o bien por las condiciones de la víctima (v.gr., menor de edad, jubilado, etc.) o bien por la naturaleza de determinadas ocupaciones o profesiones (v.gr., jugadores de fútbol, modelos, etc.).

A ello se añade las dificultades técnicas como resolver acerca de la conveniencia de otorgar *una suma única* en concepto indemnizatorio, representada por el valor que obtendría la víctima por el ejercicio previsible de esa capacidad a lo largo del tiempo, o bien *una renta*. También resulta una tarea ardua la determinación e incidencia de las manifestaciones anteriores y posteriores a la sentencia, es decir, los períodos temporales pasados y futuros al momento de cómputo⁴⁹⁴.

En razón de estas dificultades y otras cuestiones, se han propuesto distintos modelos o sistemas. Los más conocidos para cuantificar los daños a la persona son: 1) sobre la base de las necesidades de la víctima (no se atiende a la productividad actual o futura de la víctima, sino a sus requerimientos económicos que no pueden ser satisfechos por la discapacidad sufrida; 2) renta o pensión: la indemnización no se paga en forma de un capital único, sino de renta periódica equivalente a las ganancias o ingresos frustrados por la incapacidad; 3) cómputo lineal de ganancias frustradas; 4) capital como fuente de renta neta; 5) capital como fuente de renta capitalizada y temporaria: se entrega un capital apto para producir una renta similar al monto de ganancias perdidas por la discapacidad, aunque no se calcula sobre

⁴⁹² Tribunal Superior de Córdoba, sala penal, sent. del 22/3/1984, “Marshall, Daniel A.”, en La Ley Córdoba, 1984, t. I, p. 961, JA 1985-I214; ídem, sala laboral, sent. del 19/12/1984, “Brizuela de Cavagna, Ana M. c. Minerva Construcciones y otra”, en La Ley Córdoba, t. II, p. 689. Cfr. Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 2a, pp. 502-503; ídem, *Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte*, Astrea, Buenos Aires, 2008, t. 2, pp. 237-240, § 257 a 259; p. 248 y ss., § 266. Márquez, José F., “Criterios para la valoración del lucro cesante causado por pérdida de la vida humana (Las pautas del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba)”, en La Ley Córdoba, Año III, p. 319. Suprema Corte de Mendoza, sent. del 16/3/95, “Cerruti Olguín, Adrián R. c/ José Capel y otros s/ daños y perjuicios”, en Jurisprudencia de Mendoza, Dirección de Fallos Judiciales, “El daño a la persona en la Jurisprudencia de la Sala I”, octubre 1995, pp. 3334.

⁴⁹³ CSJN, sent. del 20/3/1986, en ED, 118-548.

⁴⁹⁴ Acciarri, “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, op. cit., p. 3 y ss.

la base de la productividad del capital, sino que éste debe considerarse como renta y consumirse al finalizar el lapso por el cual se acuerda el resarcimiento⁴⁹⁵.

Este último modelo parece ser el adoptado por el art. 1746 del Código, que parte de los salarios o de la productividad del sujeto, real o potencial, el porcentaje de minusvalía y el residuo de vida que queda a la fecha del siniestro. Es además el sistema más propiciado por la doctrina y el que emplea la mayor parte de la jurisprudencia⁴⁹⁶, y respecto del cual se postulan cuatro ideas fundamentales, a saber.

- 1) sí a la aplicación de las fórmulas matemáticas;
- 2) sí a la aplicación de la fórmula que el juez elija fundadamente;
- 3) no a la aplicación automática y obligatoria del resultado matemático que arroje la fórmula;
- 4) sí al arbitrio judicial para ponderar y evaluar la integridad del daño, conforme la singularidad del caso⁴⁹⁷.

Ahora bien, estas reglas del discurso jurídico requieren de mayores concretizaciones teóricas para que sean susceptibles de ser controladas o evaluadas (cfr. art. 3, Código Civil y Comercial), siendo insuficiente la “argumentación” exhibida por los fallos de la Corte Suprema de la Nación antes analizados, puesto que solo se limitan a mencionar algunas pautas orientativas de los elementos que deberían considerarse o ponderarse para la cuantificación de los daños a la persona, mas no desarrollan una justificación razonable fundada e idónea para conocer las sumas que constituyen objeto de condena en los procesos judiciales.

A tal fin estimo apropiado recurrir al uso de un modelo o sistema de cálculo que cuente con las precisiones técnicas necesarias (v.gr., las sugeridas por Acciarri). Asimismo, comparto el criterio por el que se considera válido exponer los distintos argumentos que permitan justificar el empleo de una fórmula determinada o la selección de sus variables o bien el apartamiento de los resultados de un cálculo cuando lo amerite el caso concreto, por sus peculiaridades. En este sentido, resulta útil el uso de los tópicos (*topoi*; v.gr., el principio de la reparación plena –art. 1740, Cód. Civil y Comercial-) en la cuantificación de los daños⁴⁹⁸, mas requiere de un proceso argumentativo complementario que permita sentar las premisas el razonamiento judicial, tanto en su faz externa (justificación externa) como interna (justificación interna; § II.B.2.3), conforme fuera explayado el tema oportunamente, en orden a los problemas interpretativos que presentan la aplicación de los arts. 1745 y 1746 del Código Civil y Comercial (argumentos *ad absurdum*, sistemático, *a fortiori* o *a simili*, § IV.A.1).

En lo que se refiere a las precisiones técnicas, Acciarri anota que los problemas de las fórmulas se refieren al uso que se hizo y se hace de ellas en el derecho judicial argentino. Se trata de la práctica de dar valor a las variables de un modo que se entiende indisolublemente unido al empleo de la fórmula que se utiliza: las llamadas fórmulas “Vuoto”, “Marshall” y “Las Heras-Requena” son expresiones de una misma

⁴⁹⁵ Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 2a, pp. 511-512.

⁴⁹⁶ Zannoni, Eduardo, “Época de la determinación del daño”, en A.A.V.V., *Temas de responsabilidad civil. En honor de Augusto Mario Morello*, Librería Editora Platense, La Plata, 1981, p. 121. Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 2a, pp. 520-524; ídem, *Tratado de los daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte*, op. cit., t. 2, pp. 263-268, § 275. Mosset Iturraspe – Piedecabras, *Responsabilidad por daños*, op. cit., 2016, t. I, pp. 476-504.

⁴⁹⁷ Galdós, “Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN)”, op. cit.

⁴⁹⁸ La tópica es una “técnica de pensamiento” destinada a la solución de problemas que se caracteriza por ser un instrumento con que opera en el ámbito jurídico por medio de los *topoi*, “tópicos” o “lugares comunes”, entendidos éstos como “sedes” o asientos de argumentos, como premisas que deben buscarse y que son, esencialmente, compartidas (Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, op. cit., p. 49.

García Amado, “Tópica, Derecho y método jurídico”, p. 162. Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 54).

fórmula (una que devuelve el valor presente de una renta constante no perpetua). Por ejemplo, se señala que para calcular el valor presente de una renta constante no se captan directamente ninguna variación de la suma correspondiente a la capacidad⁴⁹⁹.

Respecto de los argumentos que pueden hacerse valer en el discurso jurídico en contexto de la cuantificación de los daños mediante el uso de fórmulas matemáticas, ya sea para su aplicación llana, o para admitir correcciones a sus consecuencias o para justificar la aplicación de ciertas variables, son diversos. Iribarne ha enumerado los siguientes criterios y principios generales a considerarse en la cuantificación de los daños: 1) la idea de la reparación plena; 2) el rol del *statu quo ante*; 3) el principio de la *compensatio lucri cum damno*; 4) la relación de causalidad adecuada; 5) la distinción entre el daño futuro, la certeza del daño y la reparación de la chance; 6) la noción del “valor de la vida humana”; 7) la función del daño moral o extrapatrimonial⁵⁰⁰.

Para el cálculo de la indemnización por muerte, señala como puntos más concretos a tener en cuenta en las variables relevantes: 1) la familia como unidad económica; 2) la identificación y rol de los factores determinantes de la prestación resarcitoria; 3) el tiempo relevante para la medida del daño y la edad de los damnificados; 4) presupuestos económicos del perjuicio y 5) la corrección de tales presupuestos. Al efecto propone diversos modelos según sea el padre de familia, la muerte de la madre o del hijo⁵⁰¹ (según se trate de la muerte del padre o madre de familia, o un hijo).

Para la estimación de la indemnización por discapacidad, advierte la excesiva sujeción a baremos⁵⁰², distorsionando los presupuestos razonables de los cálculos que pueden realizarse a esos fines⁶¹⁶, así como las normas que rigen la relación de causalidad en esta materia⁶¹⁷. En razón de ello sugiere la categorización de las consecuencias indemnizables de los hechos u ofensas ocasionadas (v.gr., gastos de curación, rehabilitación, ganancias pérdidas); el examen particularizado de las facultades afectadas por el hecho dañoso (incapacidad motriz, ceguera, sordera, pérdida del olfato y gusto, daño estético, psicológico), así como las variables correspondientes al rol de la víctima en una familia (padre, madre, niños o adolescentes, ancianos)⁶¹⁸.

En síntesis, como fuera apuntado *ut supra*, las sentencias judiciales no pueden fijar una condena indemnizatoria sin explicar la forma en que se determina su importe, puesto que se la misma debe permitir un “control de razonabilidad”⁶¹⁹. “Expresar que se tuvieron en cuenta ciertas condiciones de las personas o los hechos implicados (edad, gravedad, especialización, etc.) y concluir con un número, no resulta aceptable. Sencillamente, porque las mismas palabras podrían haber estado seguidas por otra cantidad”⁶²⁰.

De este modo, las decisiones judiciales en materia de daños a la persona (muerte, lesiones) deben expresar concretamente cómo las variables relevantes tenidas en cuenta (edad, ingresos, expectativas futuras, etc.) empleadas en la fórmula matemática conducen a la determinación del resarcimiento. No basta la mera invocación de la “prudencia”, “equidad”, “arbitrio judicial” o fórmulas análogas que no se acompañan con enunciados concretos en el sentido propuesto. Ello porque toda sentencia debe constituir

⁴⁹⁹ Acciari, “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, op. cit., p. 3 y ss.

⁵⁰⁰ Iribarne, *De los daños a la persona*, op. cit., pp. 21, 25 y 67 y ss.

⁵⁰¹ Iribarne, *De los daños a la persona*, op. cit., p. 253 y ss.

⁵⁰² Iribarne explica que el vocablo “baremo” es un galicismo que proviene del nombre del inventor F. J. Barrême. En español tiene tres acepciones: 1) cuaderno o tabla de cuentas ajustables; 2) lista o repertorio de tarifas; 3) conjunto de normas establecidas convencionalmente para evaluar los méritos personales, la solvencia de las empresas, etc. En nuestra materia, con esta expresión se designa a las tablas que contienen los módulos de evaluación de la incapacidad de una persona causada a raíz de detrimentos físicos y psíquicos (Iribarne, *De los daños a la persona*, p. 513). La determinación de los perjuicios derivados de la incapacidad de una persona exige medir de un modo razonable la mengua producida por las secuelas de las lesiones que sufrió. Es necesario así establecer un patrón de referencia apto para estandarizar las pautas de evaluación de los detrimentos padecidos por los damnificados. Con ese fin ha prevalecido el criterio de

derivación razonada del derecho vigente, con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa y en atención a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha descalificado como arbitrarios fallos que sólo enuncian genéricamente las pautas que afirman tener en cuenta sin decir de qué modo conducen al resultado a que se arriba.

Las circunstancias cualitativas del caso permiten evaluar el contenido del daño, pero por sí mismas no son conducentes a una cierta suma indemnizatoria. Lo cualitativo (las características y gravedad del perjuicio) es la base y antecedente de lo cuantitativo (el resarcimiento a ordenar), pero no siempre hay una equivalencia tal que permita, una vez determinado lo primero esclarecer lo segundo mediante alguna fórmula matemática, puesto que requiere de una argumentación sostenida en *buenas razones relevantes*, atinentes al caso, en el marco del sistema jurídico vigente, para lograr la persuasión⁶²¹.

Obviamente que no pueden haber pautas *fijas*, dada las particularidades de cada caso, pero si el derecho tiene la pretensión de alcanzar los cánones de una verdadera ciencia (lo que para algunos pensadores no tiene, ya que no reúne las características necesarias, concretamente en el caso de la llamada “dogmática jurídica” no sería una verdadera *ciencia*, sino una mera *técnica* o *tecno-praxis*)⁶²², o algún

ponderar en qué porcentaje la lesión y sus secuelas producen mengua de la capacidad total del individuo. Según el órgano, sentido o facultad afectados y su importante función en la vida del hombre sano, se atribuye a cada afección el porcentaje que la ciencia médica estima razonable la mensuración del detrimento padecido (op. cit., p. 514).

⁶¹⁶ El problema que se plantea con los baremos en la cuantificación de los daños es que como presupuesto del cálculo de la indemnización se considera –por medio de una ficción– que el damnificado ha visto mermados sus ingresos en proporción idéntica al porcentaje de incapacidad que lo afecta (Iribarne, *De los daños a la persona*, p. 514). Se considera que el porcentaje de menoscabo de la víctima establecido en la peritación médica debe estar relacionado con la indemnización; debe ponderarse el efecto que la incapacidad produce en las actividades de las víctimas (ya que la fijación de la indemnización sobre esa base puede resultar escasa o abultada frente al daño concretamente padecido por la víctima); además deben evaluarse las posibilidades de ascenso o descenso de los ingresos, y no a valores constantes como generalmente se lo hace en las prácticas judiciales (Iribarne, *De los daños a la persona*, pp. 515-516; Vázquez Vialard, Antonio, *Accidentes y enfermedades del trabajo*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 325). En suma, los baremos no deben interpretarse aisladamente, dado que sólo constituyen pautas orientadoras para la fijación del *quantum* indemnizatorio (Rubinstein, Santiago J., *Código de tablas de incapacidades laborativas*, ELP, La Plata, 1988, p. 7).

⁶¹⁷ Iribarne, *De los daños a la persona*, op. cit., pp. 491-492.

⁶¹⁸ Iribarne, *De los daños a la persona*, op. cit., pp. 500-502 y ss.

⁶¹⁹ Lorenzetti, *Fundamentos de Derecho Privado*, op. cit., p. 374.

⁶²⁰ Acciarri, “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, op. cit., p. 3 y ss.

⁶²¹ Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., pp. 157-158.

⁶²² Cfr. Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 278-283; idem, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., pp. 167-192. El autor sostiene que la dogmática jurídica se parece más a una “técnica”, tesis que ha sido criticado por Vernengo. La postura de Atienza es seguida, con algunos matices por Enrique Haba (cfr. Vernengo, Roberto J., “Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho?”, en *Doxa*, n. 3, 1986, pp. 289-295; Atienza, Manuel, “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo”, en *Doxa*, n. 3, 1986, pp. 297-311; Vernengo, Roberto J., “Réplica a la respuesta de M. Atienza”, en *Doxa*, n. 3, 1986, pp. 313-314; Haba, Enrique P., “Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho”, en *Doxa*, n. 14, 1993, pp. 269-317; idem, “Sobre el derecho como ‘técnica’ o ‘tecnología’. Apostillas a una polémica entre dos visiones científicas sobre las posibilidades del discurso jurídico”, en *Doxa*, n. 17-18, 1995, pp. 491-498; Ruiz Miguel, Alfonso, “La dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?”, en Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo, Coordinadores, *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, pp. 387-412).

En relación a las posturas negatorias, el problema surgió con la idea misma de ciencia y sus presupuestos epistemológicos. Por otra parte, el positivismo comteano influyó mucho en orden a la concepción “monista” de la ciencia y el intento de encajar al saber jurídico –al igual que las ciencias humanas en general– en los cánones de alguna ciencia teórica; más precisamente, dentro del modelo paradigmático de las ciencias físico-matemáticas (Kalinowski, Georges, *Querelle de la science normative*, L.G.D.J, Sirey, Paris, 1969, Massini, *La prudencia jurídica*, op. cit., p. 91 y ss. Zuleta Puceiro, Enrique, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 21 y ss. Cfr. Schmill Ordóñez, Ulises, “Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”, en *Doxa*, n. 33, 2010, pp. 17-36. Ruíz Manero, Juan, “Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. Sobre el trasfondo de la teoría pura del derecho y sobre lo que queda de ella”, en *Doxa*, n. 33, 2010, pp. 37-46).

La primera crítica fue dirigida contra la escuela moderna de derecho natural (Grocio, Püfendorf, Leibniz), que se apresuró a asimilar el derecho a las ciencias constituidas sobre axiomas racionalidad de moralidad (Kalinowski, Villey). Luego se presentó la crítica contra la empresa

que intentó constituir la ciencia del derecho sobre el modelo de las ciencias naturales, como ocurrió con la escuela histórica alemana y la pandectista, que sufrieron los embates de von Kirchmann en 1847 (Kirchmann, Julius H. von, “El carácter científico de la llamada ciencia del Derecho”, tr. Werner Goldschmidt, en A.A.V.V., *La ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 247-286. Legáz Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 153 y ss. Haba, Enrique P., “Kirchmann sabía menos... ¡Pero vio mejor!, en *Doxa*, n. 14, 1993). Kirchmann sostuvo el carácter no científico del conocimiento del derecho desde la concepción que se tenía en esa época acerca de la “ciencia”, bajo el paradigma de las ciencias naturales, de índole empírica y positivista (cfr. Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Ciencia y Filosofía del Derecho*, EJE, Buenos Aires, 1961, p. 59. Imaz, Esteban, “La actualidad del alegato del fiscal Von Kirchmann”, en LL, 65-797. Neumann, “La teoría de la ciencia jurídica”, en Kaufmann, Arthur y Hassemer (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. Gregorio Robles, Debate, Madrid, 1992, pp. 352. Vega, *La idea de ciencia en el Derecho*, op. cit., p. 42). Consideramos que la falencia principal de la crítica dirigida contra la ciencia jurídica, que presenta la denuncia de Kirchmann, es su excesivo apego positivista y la consiguiente imposibilidad de concebir otros modelos científicos que procuran comprender y explicar el fenómeno jurídico, integrado por elementos normativos -reglas, principios y valores-, sociales -prácticas, instituciones, relaciones e intereses-, políticos -Estado de Derecho- y culturales), y de Ihering en 1872, sobre todo contra la elaboración desmesurada de conceptos, que dieron paso a la escuela de intereses, la del derecho libre y los movimientos sociológicos (Heck, Ehrlich; cfr. Villey, *Compendio de filosofía del derecho*, op. cit., pp. 58-68; idem, *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural*, tr. Carlos R. Sanz, Ghersi, Buenos Aires, 1978, pp. 12, 21, 28, 32, 53-55 y 73. Kalinowski, Georges, *Querelle de la science normative*, L.G.D.J., Sirey, Paris, 1969, Massini, *La prudencia jurídica*, op. cit., p. 91 y ss.).

El profesor de Alicante sostiene que la cuestión de la “cientificidad” de la jurisprudencia (ciencia del derecho) es un tema “mal planteado”. La jurisprudencia no es una ciencia porque no trata de explicar un acontecimiento, sino de estudiar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; su fin no es propiamente conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos. En el caso de la dogmática jurídica, no es una actividad propiamente científica, sino más bien una “técnica social” o una “tecnología” (es decir, en términos de Bunge, una técnica que emplea el conocimiento científico). En virtud de ello, considera que la cuestión a dilucidar es la de saber si, en cuanto técnica, puede incorporar y utilizar el conocimiento científico (Atienza, *Introducción al derecho*, op. cit., pp. 282-283. Véase también Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., 2010, pp. 25, 85 y 90).

Desde una perspectiva actual del conocimiento jurídico y como tal superadora de la metodología de la “dogmática”, la teoría jurídica contemporánea debería tener presente –conforme a las ideas de Nino- la clara distinción entre la dimensión descriptiva y sistematizadora del derecho positivo, y la dimensión que procura alcanzar una reformulación de éste, lo cual supone tener a la vez una plena conciencia de los diferentes métodos y técnicas de justificación, así como de las finalidades que cada una de las dimensiones mencionadas están llamadas a llevar a cabo (Nino, *Algunos Modelos Metodológicos...*, op. cit., p. 99; idem, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 342.).

La teoría jurídica debería comenzar por determinar qué normas tienen efectivamente vigencia en cierto ámbito, para lo cual tendría que dejar de lado ciertos preconceptos sobre las “verdaderas” fuentes del derecho y analizar, fundamentalmente a través de las decisiones judiciales, cuáles son las pautas que reciben real aplicación. Vinculada con esta función, también se encuentra la de asignar significado a las normas vigentes, para lo cual deberían tomarse en consideración las reglas interpretativas utilizadas por los órganos de aplicación y los usos lingüísticos vigentes (para hacer frentes a los problemas del lenguaje).

Por otro lado, está la dimensión normativa (prescriptiva) y axiológica. Nino sugiere que las tareas antes señaladas -no obstante ser intrínsecamente valiosas- adquieren mayor relevancia cuando se dirigen a asistir la labor de los jueces en su cometido de alcanzar soluciones para casos particulares que sean axiológicamente satisfactorias, aun en las situaciones en que el derecho positivo no ofrezca una solución unívoca. Para lo cual, al igual que en el discurso moral ordinario, esta modalidad de teorización frente al derecho persigue justificar los juicios valorativos acerca de la solución correcta para ciertas clases de casos, mostrando que ellos derivan de un sistema coherente de principios generales. Esto exige hacer explícitas algunas de las consecuencias lógicas de los distintos principios cuya validez se discute para determinar si ellas son aceptables y si no están en conflicto con las consecuencias de otros principios. También del mismo modo que en el discurso moral no jurídico, los juicios de valor particulares que se formulan en el contexto de la teoría jurídica están sometidos a la restricción de que ellos deben ser universalizables (Nino, *Algunos Modelos Metodológicos...*, op. cit., pp. 99-100; idem, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 344).

estándar universalizable y, con ello, un umbral mínimo de seguridad, *algunas* pautas tiene que haber, con la variabilidad y flexibilidad necesarias, acorde con la naturaleza de la materia bajo análisis, pero partiendo de un lenguaje y técnica común (racionalidad y razonabilidad)⁵⁰³.

Retomando el problema de la cuantificación de los daños a la persona, cabe reconocer la dificultad pero no la imposibilidad de establecer la cuantía económica de los menoscabos producidos. Por ejemplo, la vida de la víctima; las aleas de las ganancias futuras; etc. El derecho no es un conocimiento exacto o cierto como otros saberes, sino que se caracteriza por su verosimilitud y, por ende, por arribar a conclusiones razonables⁵⁰⁴.

Legaz consideraba que en todo razonar sobre asuntos humanos hay que contar con su índole propia para hacerlo de manera adecuada. Razonar es usar de la razón y usar de la razón es “discurrir” con

⁵⁰³ Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 2a, pp. 499-501.

⁵⁰⁴ Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 2ª, p. 501.

arreglo a un modelo determinado. La razón es única: varían los modelos de discurso; elegir uno u otro obedece a “razones” que han de estar justificadas, esto es, han de obedecer a criterios “razonables”. Razonable es aquello en lo que se puede convenir por los hombres doctos y entendidos en la materia, bien por su evidencia probada, de su demostrabilidad, su probabilidad, su plausibilidad, por todas las razones que la razón no conoce pero que se imponen con fuerza de convicción irresistible, porque captan lo esencial de una situación. La lógica de lo razonable está en la base de todo pensar, de todo discurrir, y como éste siempre transcurre, en la medida en que es correcto, en una forma lógica, tiene una primacía absoluta, en el sentido de que la elección de un modelo u otro de discurso es una cuestión de razonabilidad⁵⁰⁵.

De allí que el juicio evaluador y cuantificador de los daños a la persona deba partir de “probabilidades” y no de “fatalidades”; no de lo necesario sino de lo previsible en función del curso natural y ordinario de las cosas. Y este ámbito de “regularidad”, al decir de Zavala de González, es definible de forma aproximativa a través de regularidades, como son las variables tenidas en cuenta por las diversas fórmulas matemáticas propuestas en la materia⁵⁰⁶.

Para ello el operador jurídico debe valerse de la razón -junto a los sentidos y a la voluntad humana- y procurar justificar sus decisiones para que las mismas resulten aceptadas por ser “razonables”⁵⁰⁷.

2. Colofón.

Los principios y valores que hemos considerado –la reparación plena, la vida humana, la integridad psicofísica, etc.-, que forman parte del ordenamiento jurídico desde la perspectiva de los derechos fundamentales consagrados en la constitución y tratados internacionales de derechos humanos, junto a las ya tradicionales reglas (proposiciones normativas, con sus problemas interpretativos), evidencian la discrecionalidad en la “aplicación” del derecho, puesto que suponen la ponderación o valoración -y consecuente elección (decisión)- por parte del juzgador entre varias alternativas en el proceso racional de justificación sentencial⁶²⁸.

En este marco, la relevancia de las teorías de la argumentación jurídica se vuelve fundamental, en tanto que en la función jurisdiccional las *valoraciones* de los componentes y elementos en que se articulan entre los hechos y las reglas, principios y valores, y la justificación que se hace de todos ellos –orientada en muchos casos hacia el futuro, hacia las consecuencias de la decisión- exceden la mera actividad “interpretativa”, para constituirse en una *actividad argumentativa*, puesto que se vale de argumentos o de razones para adoptar decisiones *razonables* en un contexto socio-político y cultural caracterizado por el Estado de Derecho constitucional y democrático⁵⁰⁸.

Hemos visto que en los repertorios jurisprudenciales se presentan casos en los que los jueces de diferentes tribunales fijan montos claramente dispares ante circunstancias similares, aplicando –supuestamente- los mismos métodos o técnicas. Como puede advertirse, ello conlleva un grave

⁵⁰⁵ Legaz y Lacambra, Luis, “Lógica formal y lógica de lo razonable en la lógica jurídica”, en Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 18, 1975, p. 30.

⁵⁰⁶ Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 2ª, p. 501.

⁵⁰⁷ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., pp. 157-158.

⁶²⁸ Linfante Vidal, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa*, n. 25, 1989, p. 12 y ss.

⁵⁰⁸ Atienza, *El Derecho como argumentación*, pp. 15-19; ídem, *Filosofía del Derecho y transformación social*, op. cit., pp. 35-46, 97 y ss.

menoscabo de garantías tales como el de igualdad ante la ley, defensa en juicio y propiedad privada, pilares del sistema jurídico y del Estado de Derecho.

De ahí que interese a la ciencia del derecho contar con una teoría sólidamente elaborada que ofrezca una estructura o matriz lo más completa e integral posible, como la pergeñada por el profesor Manuel Atienza que, mediante elementos y parámetros claros y objetivos, permita la elaboración de un razonamiento justificatorio de las sentencias judiciales y que de esta manera disminuyan -en el mayor grado posible- los supuestos de arbitrariedad en la determinación de los montos indemnizatorios en los supuestos de responsabilidad civil por daños a la persona.

Concretamente, respecto del uso de las fórmulas, exigido por el nuevo art. 1746 del Código para el caso de lesiones resulta necesario dejar en claro que es un deber respecto del uso de alguna fórmula, mas no es el uso de alguna fórmula en particular (Vuoto, Marshall, Méndez, Acciarri, etc.).

El problema se presenta en cómo conjugar ese deber con la infinidad de características relevantes que presenta cada caso, y, especialmente, con aquellos supuestos en que resulta difícil el uso de las variables previstas en las fórmulas, a la luz de los estándares exigidos por el art. 3 y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (§ III.C).

Me refiero a los casos de fallecimiento o lesiones de personas que son amas de casa, jubilados, menores de edad. O bien, aquellos casos en que la víctima o damnificado ejercen una profesión u ocupación particular, como son el jugador de fútbol o las modelos, en donde el esplendor de la carrera se da en la juventud.

Ante este problema, considero que para cumplir con los estándares del art. 3 del Código y del Estado de Derecho en orden al fenómeno de la “constitucionalización”, resulta necesario acudir a la teoría de la argumentación, para saber elegir la fórmula más adecuada para el caso. Puntualmente, cuando en un caso especial o excepcional no resulte factible la aplicación del art. 1746 (dado que la incapacidad permanente comprende, según la Corte, la aptitud laboral o productiva, la aptitud genérica o vital y la vida de relación), o cuando el resultado arrojado por el uso de la fórmula resulte irrazonable, ya sea porque el monto sea ínfimo o exorbitante (CSJN, *in re* "Luján"). En estos supuestos deberá acudirse a la argumentación, a fin de asegurar el valor subyacente en la norma: una indemnización razonable que permita su contralor judicial.

Una estrategia argumentativa –ante un supuesto de excesiva información-, consistirá en acudir al método de la reducción al absurdo o argumento apagógico, descartando las interpretaciones y aplicaciones inaceptables de la ley como consecuencia de la aplicación de una fórmula matemática (§ II.B.3.4 y ANEXO VI.D.8).

En el supuesto de la indemnización por fallecimiento, también se requiere de la argumentación (art. 1745, CCCN).

Por un lado, para interpretar los *conceptos jurídicos indeterminados*. El art. 1745 inc. b del Código, dispone que por el “valor vida” debe repararse “lo necesario para alimentos del cónyuge, del convivientes, de los hijos menores...”. Este problema semántico se puede resolver acudiendo al argumento sistemático o *sedes materiae*, para encontrar un significado coherente dentro del sistema normativo (ANEXO VI.D.12). En nuestro caso, el art. 541 del Código brinda la noción de la “La prestación de alimentos” diciendo que “comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante”.

Por otra parte, también se requiere de la argumentación, a causa de un problema de información insuficiente (según el modelo de Atienza; § II.B.3.1), ante la omisión que presenta el nuevo art. 1745 del Código para cuantificar el daño. A diferencia del art. 1746, la norma no prevé la aplicación de fórmula alguna para determinar la indemnización por fallecimiento; sólo establece que el juez tenga en cuenta "el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes" (art. 1745 inc. b, *in fine*).

Al respecto creo que aplicando el argumento *a fortiori* o *a pari*, podría extenderse por analogía el uso de la fórmula prevista para el caso de lesiones al caso de muerte para determinar el valor vida (§ II.B.3.1 y ANEXO VI.D.2 y 3).

Gracias al aporte teórico brindados por estas dos disciplinas (Teoría del Derecho y Obligaciones, en cuanto a la argumentación y la responsabilidad respectivamente), y a la experiencia que ha aportado el trabajo desempeñado en tribunales, arribo a las siguientes apreciaciones, siguiendo a los miembros de la Comisión reformadora del Código Civil y Comercial:

1. La aplicación de la fórmula no procura imponer criterios matemáticos abstractos y generales ni suplir la labor judicial de evaluar el daño.
2. El fundamento del deber legal de su utilización radica en la carga de motivar razonablemente las sentencias judiciales, conforme a las exigencias derivadas de la constitucionalización del derecho civil, la pluralidad y el diálogo de fuentes, que se desprende de los arts. 1, 2, 3 y 7 Código Civil y Comercial.
3. Se trata, en definitiva, de individualizar y explicar las bases objetivas tenidas en cuenta para arribar al resultado final, indicando los datos particulares del hecho juzgado, respetando y atendiendo a sus singularidades.
- 4.- El objetivo es asegurar a los justiciables y a toda la sociedad cómo y por qué el juez llegó a la suma de condena, computando las variables singulares y los elementos de juicio tenidos en cuenta. Ello hace a la igualdad -en igualdad de circunstancias-, y a la transparencia del sistema y, por ende, hacia un modo más democrático de decidir (en el sentido de accesible a cualquiera sin otro requisito que la razón y sin privilegiar a autoridad alguna). Ambos aspectos hacen al núcleo fundamental de la democracia constitucional.
5. Otro objetivo es facilitar el control de razonabilidad y legalidad de los montos indemnizatorios por las instancias superiores, al mismo tiempo que se indican estimativamente los valores (los pisos y los techos) de las indemnizaciones.
6. A la par también lograr más acuerdos extrajudiciales, gracias a la mayor predictibilidad y certeza de los montos indemnizatorios, evitando los litigios, permitiendo su comparación con casos análogos registrados en la misma o en otras jurisdicciones.

Como síntesis de ello y de lo expuesto en esta tesis, se pueden establecer tres reglas básicas derivadas del sistema normativo (arts. 3 y 1746, CCCN) y de la metodología argumentativa del profesor Atienza, para que las sentencias sean justificadas y razonables, de conformidad con los principios y valores que postula el Estado de Derecho constitucional.

Tales reglas son las siguientes:

- 1) sí a la aplicación de las fórmulas matemáticas (por cuanto brindan una mayor objetividad y racionalidad a la cuantificación);
- 2) sí a la elección fundada de la fórmula (alguna de aquellas elaboradas por la doctrina o por la jurisprudencia), que mejor recepte las circunstancias más relevantes del caso, en sus valores y variables de cálculo matemático;
- 3) no a la aplicación automática y obligatoria de la fórmula que arroje de su interpretación un resultado inaceptable, siempre que este apartamiento sea argumentado de acuerdo con la metodología y las formas de argumentación sugeridas por el modelo de Atienza (argumentos apagógico, sistemático, analógico, etc.).

Todo ello podrá colaborar con la mejora de las instituciones, principalmente, la Administración de Justicia, y, en particular, la praxis de los operadores jurídicos, en la necesidad legitimarse política y socialmente en su actividad, en orden a los postulados de una democracia constitucional, y, en última instancia, a “afianzar la justicia”, la “estrella polar” de nuestro Preámbulo.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Bibliografía General.

AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, tr. E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

— La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico, “Doxa”, n° 8, 1990.

AARNIO, AULIS - ALEXY, ROBERT - PECZENIK, ALEKSANDER, The foundation of legal reasoning, “Rechtstheorie”, n° 12, 1981.

AFTALIÓN, ENRIQUE R. - VILANOVA, JOSÉ - RAFFO, JULIO, *Introducción al derecho*, Bs. As., Lexis Nexis, 2004.

ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1987 (1975).

— *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

— *Norma jurídica*, en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana Filosofía, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000 (1996). — *Sistemas normativos*, Bs. As., Astrea, 2012.

ALEXY, ROBERT, *La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, tr. M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

— Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica, “Doxa”, n° 5, 1988.

— *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

— *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1998.

— La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático, “Derechos y Libertades”, n° 8, año V, 2000, pp. 21-41.

— Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín, “Doxa”, n° 23, 2000, pp. 197-230.

— *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gidesa, 2004.

— Aleksander Peczenik, “Doxa”, n° 29, 2006.

- Una defensa de la fórmula de Radbruch, tr. J. SEOANE, en VIGO, RODOLFO L., “La injusticia extrema no es derecho”, Bs. As., La Ley, 2004.
- *El concepto y la naturaleza del derecho*, tr. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- ¿Derechos humanos sin metafísica?, “Ideas y Derecho”, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2008.
- Los principales elementos de mi filosofía del derecho, “Doxa”, n° 32, 2009.
- La doble naturaleza del Derecho y Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha sido desarrollándose con el paso de los años, en Bernal Pulido, Carlos (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima Palestra, 2011.
- ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 1957/1961.
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de filosofía del derecho*, Juris, Rosario, 1998.
- *Epistemología Jurídica*, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2010.
- ARISTEGUI, ABEL J., *Oposiciones fundamentales a la teoría egológica del derecho*, La Plata, Platense, 1967.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, tr. J. PAILLI BONET, Barcelona, Gredos, 2008.
- *Metafísica*, versión trilingüe preparada por V. GARCÍA YEBRA, Barcelona, Gredos, 1970.
- *Política*, tr. M. GARCÍA VALDÉS, Madrid, Gredos, 1982.
- *Tratado de lógica*, Barcelona, Gredos, 2007.
- ARTIGAS, MARIANO, *Karl Popper: Búsqueda sin término*, Madrid, E.M.E.S.A., 1979. — *Filosofía de la ciencia experimental*, Pamplona, Eunsa, 1999.
- ATIENZA, MANUEL, *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985.
- *Las razones del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (1991); México, UNAM, 2000.
- *El sentido del derecho*, Barcelona, 6ª ed., Ariel, 2010 (2001).
- *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2007 (2006).
- *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.
- Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo, “Doxa”, n° 3, 1986, pp. 297-311.
- Entrevista a Aulis Aarnio, “Doxa”, n° 21-I, 1998.
- A propósito de la argumentación, “Doxa”, n° 21-II, 1998.
- Entrevista a Aleksander Peczenik, “Doxa”, n° 22, 1999.
- El derecho como argumentación, “Isegoría”, 1999.
- Tesis sobre Ferrajoli, “Doxa”, n° 31, 2008.
- Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Madrid, 2008.
- Cuento de Navidad, “Análisi e Diritto”, Madrid, n° 29, 2009.
- A vueltas con la ponderación, “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, n° 44, 2010, pp. 46-47.
- Dos versiones del constitucionalismo, “Doxa”, n° 34, 2011.
- Cognitivismo moral y derecho, en www.lamiradadepeitho.blogspot.com.es

— Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca, “Doxa”, n° 37, 2014, pp. 299-318.

ATIENZA, MANUEL - FERROJOLI, LUIGI, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, UNAM, 2005.

ATIENZA, MANUEL - FERROJOLI, LUIGI - MORESO, JUAN J., *La teoría del derecho en el paradigma Constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

ATIENZA MANUEL - GARCÍA AMADO, JUAN A., Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, “Diálogos Jurídicos”, Anuario de la Facultad de Derecho, n° 1, 2016, pp. 229-255.

ATIENZA, MANUEL - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, Entrevista a Ulrich Klug, “Doxa”, n° 6, 1989, pp. 509-519.

ATIENZA, MANUEL - RUÍZ MANERO, JUAN, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 4ª ed., Ariel, 2007 (1996).

— Para una teoría postpositivista del Derecho, Lima, Palestra, 2009.

BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2006.

BALLESTEROS, JESÚS, *Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1994.

— *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997 (1986).

BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4ª ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2014; 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

— Estructura y límites de la ponderación, “Doxa”, n° 26, 2003.

— Estudio introductorio, en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. en español, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

— *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2007.

— *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011. — Derechos fundamentales, “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, México”, México, UNAM, 2015, v. 2, pp. 1571-1592.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *La interpretación y el control de constitucionalidad en la jurisdicción constitucional*, Bs. As., Ediar, 1987.

— *Teoría general de los derechos humanos*, Bs. As., Astrea, 1991.

— *Compendio de Derecho Constitucional*, Bs. As., Ediar, 2008.

BIX, BRIAN, *Teoría del derecho: tipos y propósitos*, tr. ERICA FRONTINI, “Isonomía”, n° 25, octubre, 2006, pp. 57-68.

BOBBIO, NORBERTO, *Derecho y lógica*, tr. A. ROSSI, México, UNAM, 1965.

— “metodo”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, U.T.E.T., 1957, t. X, pp. 602-606.

— La razón en el Derecho (observaciones preliminares), traducción de Alfonso Ruiz Miguel, "Doxa", n° 2, 1985, pp. 17-26.

— *El positivismo jurídico*, tr. R. DE ASÍS y A. GREPPI, Madrid, Debate, 1993.

— *El problema del positivismo jurídico*, tr. E. GARZÓN VALDÉS, Bs. As., Eudeba, 1965. — *Teoría general del derecho*, 3° ed., Bogotá, Temis, 2007.

BODEHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, tr. VICENTE HERRERO, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

BÖHMER, MARTÍN E., *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999.

BUNGE, MARIO, *La investigación científica*, México, Siglo XXI, 2004.

— *La ciencia: su método y su filosofía*, Bs. As., Siglo Veinte, 1992.

— *Epistemología*, México, Siglo XXI, 2004.

— *Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica*, tr. M. PONS, Bs. As., Sudamericana, 1999.

— *Buscar la filosofía en las ciencias sociales*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2005.

— *A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo*, traducción de Rafael González del Solar, Barcelona, Gedisa, 2007.

BULYGIN, EUGENIO, "Sentencia judicial y creación del Derecho", en *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

— Sobre el status ontológico de los derechos humanos, "Doxa", n° 4, 1987.

— Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos, "Doxa", n° 9, 1991.

— Entrevista a Georg Henrik von Wright, "Doxa", n° 12, 1992.

CALAMANDREI, Piero, "La génesis lógica de la sentencia", en *Estudios sobre el proceso civil*, tr. S. SENTÍS MELENDO, Ediciones jurídicas Europa-América, 1962.

CALSAMIGLIA, ALBERT, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

— ¿Por qué es importante Dworkin?, "Doxa", n° 2, 1985.

— El derecho como integridad: Dworkin, inédito.

— Postpositivismo, "Doxa", n° 21-I, 1998, pp. 209-220.

CAMPS, VICTORIA, *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa Calpe Colección Austral, 1990.

CANARIS, CLAUS-WILHEM, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, tr. Daniela Brückner y José Luis de Castro, Madrid, Civitas, 1995.

CARACCIOLO, RICARDO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

CARBONELL, MIGUEL, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

— *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

CARBONELL, MIGUEL - GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO (editores), *El canon del Neoconstitucionalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

- CÁRCOVA, CARLOS M., *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2009.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ª ed., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
- CARRIÓ, Genaro R. y CARRIÓ, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.
- CASARES, TOMÁS D., *La justicia y el derecho*, 3ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974.
- CASAUBON, JUAN A., *Nociones generales de lógica y filosofía*, Bs. As., Educa, 1999.
- CATENACCI, IMERIO J., *Introducción al derecho*, Bs. As., Astrea, 2001.
- CHALMERS, ALAN F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, tr. E. PÉREZ SEDEÑO, Madrid, 2ª ed., Siglo Veintiuno, 1984.
- CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- CIURO CALDANI, MIGUEL A., *Derecho y política*, Bs. As., Depalma, 1976.
- El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura, “El Derecho”, t. 126, p. 884 y ss.
 - Neoconstitucionalismo, finalidades, principios, valores y trialismo, “La Ley”, t. 2016-A-1008.
- COHEN, MORRIS - NAGEL, ERNEST, *Introducción a la lógica y al método científico*, tr. N. MÍGUEZ, Bs. As., Amorrortu, 1968.
- COING, HELMUT, *Fundamentos de filosofía del derecho*, tr. J. M. MAURI, Barcelona, Ariel, 1961; Córdoba, Asde Ediciones Previas, 1995.
- COLACILLI DE MURO, MARÍA A. - COLACILLI DE MURO, JULIO C., *Elementos de lógica moderna y filosofía*, Bs. As., Estrada, 1985.
- COMANDUCCI, PAOLO, Principios jurídicos e indeterminación del Derecho, “Doxa”, n° 21-II, 1998, pp. 89-104.
- Constitucionalización y teoría del derecho, “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, Córdoba, t. XLIV.
 - Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico, “Isonomía”, n° 16, 2002.
 - “Constitucionalismo”: problemas de definición y tipología, “Doxa”, n° 34, 2011, pp. 95-100.
 - Manuel Atienza e il diritto come argomentazione, “Analisi e diritto”, n. 2015, Madrid, 2015, pp. 109-122.
- COPI, IRVING M., *Introducción a la lógica*, tr. N. MÍGUEZ, Bs. As., Eudeba, 1969 (1962).
- COPELSTON, FREDERICK, *Historia de la filosofía*, tr. M. SACRISTÁN, Barcelona, Ariel, 1974.
- CORTINA, ADELA - MARTÍNEZ NAVARRO, EMILIO, *Ética*, Madrid, Akal, 2001 (1996).

COSSIO, CARLOS, *El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial*, Bs. As., El Foro, 2002.

— La justicia, “La Ley”, 126-1037.

— La teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963. — La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, Bs. As., Losada, 1944; 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964.

COTTA, SERGIO, La coexistencia ontológica como fundamenta del derecho, “Persona y Derecho”, n° 9, Eunsa, Pamplona, 1982.

— *Justificación y obligatoriedad de las normas*, tr. A. FERNÁNDEZ GALIANO, Madrid, Ceura, 1987.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1993 (1958).

CRUZ, LUIS M., La constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo, “Dikaion”, v. 23, n. 18, Universidad de la Sabana, Colombia, diciembre, 2009.

— *La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005.

CRUZ PARCERO, JUAN A., Concepto de derechos, “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho”, México, UNAM, 2015, v. 2, pp. 1503-1519.

CUCATTO, ANDREA, *Introducción a los estudios del lenguaje y la comunicación*, La Plata, Edulp, 2009.

CUETO RÚA, JULIO C., *Fuentes del derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot, reimp., 1982.

— Seguridad jurídica, “La Ley”, 1994-A-742.

— Los valores jurídicos en Cossio, “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, n° 19, 1999.

DE ASÍS ROIG, RAFAEL, *Jueces y normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

DEL VECCHIO, GIORGIO, *Filosofía del derecho*, tr. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, 9º ed., Barcelona, Bosch, 1969.

DÍAZ, ELÍAS, Estado de Derecho, “Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía”, vol. Filosofía política, Madrid, Trotta, 1995.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 3ª ed., Ariel, 1993.

DOUGLAS PRICE, JORGE E., *La decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012.

DREIER, RALF, *Derecho y justicia*, tr. O. QUIJANO, Bogotá, Temis, 1994.

DWORKIN, ROLAND, *Taking rights seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., *Los derechos en serio*, tr. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1989.

— Hard cases, “Harvard Law Review”, vol. 88, n° 6.

— *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985. *Una cuestión de principios*, tr. VICTORIA BOSCHIROLI, Bs. As., Siglo XXI, 2012.

— *Law's Empire*, Cambridge-Massachusetts, Belknap-Harvard, 1986. *El imperio de la justicia*, tr. C.

FERRARI, Barcelona, Gedisa, 2005.

- ¿Es el derecho un sistema de reglas?, “Cuadernos de Crítica”, n° 5, 1977.
- *Ética privada e igualitarismo político*, tr. A. DE DOMENECH, Barcelona, Paidós, 1993.
- *Justice in robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.
- *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge-Massachusetts-London, Harvard University Press, 2000. *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Bs. As., Paidós, 2003.
- *Justice for hedgehogs*, London, Belknap-Harvard, 2011. *Justicia para erizos*, tr. H. PONS, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2014.

EKMEKDJIAN, MIGUEL A., *Temas Constitucionales*, Bs. As., La Ley, 1987.

- Jerarquía constitucional de los derechos civiles, “La Ley”, 1985-A-847.
- De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles, “El Derecho”, 114-945.

ESSER, JOSEF, La interpretación, “Anuario de Filosofía del Derecho II”, 1986, tr. M. RODRÍGUEZ MOLINEO.

- *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, tr. E. VALENTÍ, Barcelona, Bosch, 1961.

ETCHEVERRY, JUAN B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, UNAM, 2006.

- El ocaso del positivismo jurídico incluyente, “Persona y Derecho”, v. 67, 2012/2.

— *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de ley natural y derechos naturales*, México, UNAM, 2013.

ETCHEVERRY, JUAN B. - SERNA, PEDRO (eds.), *El caballo de Troya del Positivismo Jurídico. Estudios críticos sobre el “Inclusive Legal Positivism”*, Comares, Granada, 2010.

EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO, *Los juicios de valor en la decisión judicial*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, n° 1, San Sebastián, 1984, pp. 33-60.

FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ, “Filosofía del derecho versus Teoría del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1992, n° IX, pp. 207-222.

FARRELL, MARTÍN D., *Utilitarismo. Ética y política*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1983.

— *Las obligaciones jurídicas como obligaciones prima facie*, en EUGENIO BULYGIN y otros (comps.), *El lenguaje del derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.

— ¿Hay derechos comunitarios?, “Doxa”, n° 17-18, 1995.

— *El utilitarismo en la filosofía del derecho*, en J. L. FABRA ZAMORA y E. SPECTOR (editores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, v. 3 (versión electrónica), México D.F., UNAM, 2015.

FASSÓ, GUIDO, *Historia de la Filosofía del Derecho*, tr. J. F. LORCA NAVARRETE, Madrid, Pirámide, 1979-1996.

FERNÁNDEZ SABATÉ, EDGARDO, *Filosofía del derecho*, Bs. As., Depalma, 1984.

FERRAJOLI, LUIGI, *Sobre la definición “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero*, en *Insomía*, n° 19, 2003, pp. 227-240.

— *Epistemología y garantismo*, tr. J. J. MORESCO y P. E. NAVARRO, México, Fontamara, México, 2004.

— *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, tr. P. ANDRÉS y otros, Madrid, Trotta, 2007 (2001). — *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neoiusnaturalismo*, “Doxa”, n° 34, 2011, pp. 311-361.

— *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, tr. A. RUIZ MIGUEL, L. PRIETO SANCHÍS, M. GASCÓN, J. C. BAYÓN, P. A. IBÁÑEZ, Madrid, Trotta, 2011.

— *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, tr. P. A. IBÁÑEZ, Madrid, Trotta, 2014.

FERRAJOLI, LUIGI - RUIZ MANERO, JUAN, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza, 1984.

FETERIS, EVELINE, *Fundamentos de la argumentación jurídica*, tr. A. SUPELANO, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

—
FEYERABEND, PAUL, *Contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, tr. F. HERNÁN, Madrid, Tecnos, 2003.

FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, tr. C. ORREGO, Bs. As., Abeledo Perrot, 2000. — Derecho natural y razonamiento jurídico, tr. I. MASSINI CORREAS, “Persona y derecho”, Universidad de Navarra, n° 22, 1995.

Aquinas. Moral, political and legal theory, Oxford, Oxford University Press, 1998.

FREGE, FRIEDRICH L. G., *Escritos filosóficos*, Barcelona, Crítica, 1996. — *Investigaciones lógicas*, Madrid, Tecnos, 1984.

FULLER, LON L., *The Morality of Law*, 2ª ed., New Haven – London, Yale University Press; *La moralidad del derecho*, tr. F. NAVARRO, México, F. Trillas, 1967.

GAETA, RODOLFO - GENTILE, NÉLIDA y LUCERO, SUSANA, *Aspectos críticos de las ciencias sociales. Entre la realidad y la metafísica*, Eudeba, Buenos Aires, 2007.

GAMBRA, RAFAEL, *Curso elemental de filosofía*, Salamanca, Anaya, 1974.

GARCÍA AMADO, JUAN A., *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

— Del método jurídico a las teorías de la argumentación, “Anuario de Filosofía del Derecho”, vol. III, 1986.

— La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la “teoría del derecho” como sucedáneo, “Persona y Derecho”, n° 31, Pamplona, 1994.

— Ductibilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios, “Archivos de Filosofía del Derecho”, t. XIII y XIV, 1996-1997.

— *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad del Externado, 1997.

— Retórica, argumentación y derecho, “Isegoria”, n° 21, 1999.

— “Razón práctica y teoría de la legislación”, en Derechos y Libertades, v. 9, jul-dic 2000, pp. 299-317.

— Habermas y el derecho, en García Amado, J. A. (coord.), *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Dykinson, 2001.

— La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias, “Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso”, n° 45.

— *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003.

— El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia, en R. SANÍN RESTREPO (coord.), Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo, Legis, Bogotá, 2006, pp. 119-163.

— *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

— ¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso, “Doxa”, n° 33, 2010.

— *Iusmoralismo(s): Dworkin, Alexy, Nino*, Lima, Legisprudencia.pe, 2014.

—
GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky, “Anuario de Filosofía del Derecho”, XIII, 1996, pp. 87-109.

— Palabras, palabras, palabras... De lo que el derecho les dice a los jueces, “Jueces para la democracia”, n° 36, noviembre, 1999, pp. 58-66.

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

GARCÍA VALDÉS, E. (ed.), *Derecho y filosofía*, Barcelona-Caracas, Alfa, 1985.

GHIRARDI, OLSEN A., *Lecciones de lógica del derecho*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1983.

— *Lógica en el proceso judicial (Dialógica del Derecho)*, Córdoba, Lerner, 1987.

El derecho y la ciencia del derecho, en "Razonamiento forense", Córdoba, Del Copista, 1998. — Modalidades del razonamiento judicial, en *El razonamiento judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, v. 4. Córdoba, 2001.

GILSON, ÉTIENNE, *El realismo metódico*, Madrid, Rialp, 1963.

GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho*, Bs. As., 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, 1987.

— *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978.

— Semblanza del trialismo, “El Derecho”, t. 113, p. 733 y ss.

— La Doctrina del Mundo Jurídico, Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1962.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Meditación sobre la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1º reimpresión, México, 1982.

GONZÁLEZ VICÉN, FELIPE, *Estudios de filosofía del derecho*, Tenerife, Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, 1979.

— La filosofía del Derecho como concepto histórico, “Anuario de Filosofía del Derecho”, n° 14, Madrid, 1969, pp. 15-65.

GRAJALES, AMÓS A., Grajales, Amós A., *Seguridad jurídica y Mercosur*, ed. Utopías, Ushuaia, 2011. — Argumento “sedes materia”. Un antiguo argumento para una nueva visión del derecho, “Jurisprudencia Argentina”, 2012-IV-1331.

GRAJALES, AMÓS A. - NEGRI, NICOLÁS J., *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, Bs. As., Astrea, 2016.

GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, tr. M. GASCÓN y M. CARBONELL, México, UNAM, 1999.

— *Estudios de teoría constitucional*, ed. Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2001.

— La constitucionalización del ordenamiento jurídico, en CARBONELL, MIGUEL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

—

GUIBOURG, RICARDO A. “Hacia la evolución de la práctica jurídica”, en Ghirardi, Olsen A., *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.

GUIBOURG, RICARDO A. - GHIGLIANI, ALEJANDRO M. - GUARINONI, RICARDO V., *Introducción al conocimiento jurídico*, Bs. As., Astrea, 1984.

HABA, ENRIQUE P., Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticos) sobre la actual teoría del derecho, “Doxa”, n° 14, 1993, pp. 269-317.

— Sobre el derecho como “técnica” o “tecnología”. Apostillas a una polémica entre dos visiones científicas sobre las posibilidades del discurso jurídico, “Doxa”, n° 17-18, 1995.

— Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del derecho. El bluff Dworkin, “Doxa”, n° 24, 2001.

— *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico. Axiología II. Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos*, San José, Universidad de Costa Rica, 2004.

Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación, “Doxa”, n° 33, 2010.

HABERMAS, JÜRGEN, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985.

— *Teoría de la acción comunicativa*, tr. M. JIMÉNEZ, Madrid, Taurus, 1987. *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1989.

— *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, tr. S. MAS TORRES y C. MOYA, Madrid, Tecnos, 1987. — Law and Morality: Two lectures, en Sterling M. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures*, VIII, Salt Lake City, “University of Utah Press”, 1988.

— *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, tr. M. JIMÉNEZ, Madrid, Cátedra, 1989.

— Towards a Communication-concept of rational collective will-formation. A thought-experiment, “Ratio Juris”, v. 2, n° 2, 1989, pp. 144-154.

— *Facticidad y validez*, tr. por M. JIMÉNEZ REDONDO, Madrid, Trotta, 1998.

HAMBLIN, CHARLES, L., *Fallacies*, London, Methuen & Co. Ltd., Newport News, 2004 (1970).

HART, HERBERT L. A., *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, tr. G. CARRIÓ, Bs. As., AbeledoPerrot, 1962.

— *El concepto de derecho*, tr. G. CARRIÓ, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, Gráf. Uguina, 1971.

HERNÁNDEZ MARIN, RAFAEL, Métodos jurídicos, “Anuario de Filosofía del Derecho”, v. III, 1966, pp. 183-190.

HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1981.

— *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000 (1992).

— Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea en la Filosofía del Derecho, “Persona y Derecho”, n. 9, Pamplona, Eunsa, 1982.

—
HESSEN, JOHANNES, *Tratado de filosofía*, Bs. As., Sudamericana, 1976.

HOLMES, OLIVER W., *La senda del derecho*, tr. C. A. GARBER, Bs. As., Perrot, 1959.

— The path of the law, “Harvard Law Review”, n° 10, 1897, p. 11, y Simon & Brown, 2011, y tr. C. A. GARBER, Bs. As., Perrot, 1959.

HOYOS CASTAÑENDA, ILVA M., *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, Eunsa, 1989.

IGARTÚA SALAVERRÍA, JUAN, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998.

INFANTE VIDAL, ISABEL, Dos conceptos de discrecionalidad jurídica, “Doxa”, n° 25, 1989.

ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Lenguaje legal y sistemas jurídico*, Madrid, Tecnos, 1989.

— *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

— *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*, Lima, Ara Editores, 2010.

JOLIVET, RÉGIS, *Tratado de filosofía*, tr. L. DE SESMA, Bs. As., Ediciones Carlos Lohlé, 1960.

KALINOWSKI, GEORGE, *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, tr. J. A. CASAUBON, Bs. As., Eudeba, 1973.

— *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, tr. C. I. MASSINI, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1982.

KAUFMANN, ARTHUR, Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica, “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, n° 17, 1977.

— *Filosofía del derecho*, traducción L. Villar Borda y A. M. Montoya, ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

KAUFMANN, ARTHUR - HASSEMER, WINFRIED, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, tr. G. ROBLES MORCHÓN, Madrid, Debate, 1992.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, tr. Moisés Nilve, 4 ed., Eudeba, Buenos Aires, 2003. — *Teoría pura del derecho*, traducción de R. Vernengo, 15 ed., Porrúa, México, 2007.

KLIMOVSKY, GREGORIO, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, Bs. As., A-Z, 2001.

KLUG, ULRICH, *Lógica jurídica*, tr. J. D. GARCÍA BACCA, Caracas, Universidad Central, 1961. — *Problemas de Filosofía del derecho*, tr. E. GARZÓN VALDÉS, Bs. As., Sur, 1966.

KUHN, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, tr. A. CONTIN, México, Fondo de Cultura Económica, 1986 (1971).

LAKATOS, IRME, *La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid, Alianza Universidad, 1983.

LALADE, ANDRÉ, *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, Bs. As., El Ateneo, 1953.

LAPORTA, FRANCISCO, Sobre el concepto de derechos humanos, “Doxa”, n° 4, 1987, pp. 23-46. — Acotaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo, “Doxa”, n° 7, 1990, pp. 301-309.

LAPORTA, FRANCISCO - ATIENZA, MANUEL, Diálogo sobre el imperio de la ley y el constitucionalismo, “El Cronista”, n° 0, octubre 2008.

LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, tr. E. GIMBERNAT ORDEIG, Barcelona, Ariel, 1966; tr. M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, Ariel, 1994 (2010).

LARIGUET, GUILLERMO, La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica, “Isonomía”, n° 17, Octubre, 2002.

LATORRE, ÁNGEL, *Introducción al derecho*, Barcelona, Ariel, 1974.

LEGÁZ y LACAMBRA, LUIS, Lógica formal y lógica de lo razonable en la lógica jurídica, “Anuario de Filosofía del Derecho”, Madrid, n° 18, 1975.

LEOCATA, FRANCISCO, *Persona, lenguaje, realidad*, Bs. As., UCA, 2003.

LEVI, EDWARD M., *An introduction to legal reasoning*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2013 (1949); *Introducción al razonamiento jurídico*, tr. G. CARRIÓ, Bs. As., Eudeba, 1964.

LINFANTE VIDAL, ISABEL, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, “Doxa”, n° 25, 1989. — *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

LÓPEZ DURAN, ROSALIO, *Metodología Jurídica*, México, Iure Editores, 2002.

LORENZETTI, RICARDO L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2006.

MACCORMICK, NEIL, *Legal reasoning and legal theory*, oxford, oxford University Press, 2003.

— “Coherence in Legal Justification”, en *Theorie der Normen*, editado por W. Krawietz et al., Berlin, Duncker and Humblot, 1984.

— *Rhetoric and the rule of law. A theory of legal reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005. *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, tr. J. A. GASCÓN SALVADOR, Lima, Palestra, 2016.

— La argumentación silogística: una defensa matizada, “Doxa”, n° 30, 2007.

MARÍAS, JULIÁN, *Introducción a la filosofía*, Madrid, Revista de Occidente, 1947.

— *Antropología metafísica. La estructura empírica de la vida humana*, Bs. As., Revista de Occidente, 1970.

MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963.

— La racionalidad práctica de la filosofía del derecho, “Persona y derecho”, n° 19, 1988, p. 131.

MAGGIORE, GIUSEPPE, *La doctrina del método jurídico e la sua revisione critica*, “Revista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1926, p. 446 y ss.

MASSINI, CARLOS I., *Sobre el realismo jurídico*, Bs. As. Abeledo-Perrot, 1978.

— *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1980.

— *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.

— *Filosofía del Derecho*, tomos I a III, Bs. As., Lexis-Nexis y Abeledo Perrot, 2005-2008.

— El tema del bien o del valor: De la problemática del valor a los valores jurídicos, “El Derecho”, Filosofía, t. 209, p. 1111 y ss.

— *El derecho. Los derechos humanos y el valor del derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1987.

— *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Bs. As., Ábaco, 1999.

— El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli, “Persona y Derecho”, n° 61, 2009.

— *Factibilidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Bs. As., Marcial Pons, 2014.

MESSIO, PATRICIA E., La praxis de la prudencia jurídica, en Ghirardi, Olsen y otros, *Actitudes y planos en el razonamiento forense*, Córdoba, Advocatus, 2002.

MILLÁN-PUELLES, ANTONIO, *Fundamentos de filosofía*, Madrid, Rialp, 1985.

MIRÓ QUESADA, F., Problemas fundamentales de la lógica jurídica, “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”, n° I-III, 1954, p. 68.

MONTEJANO, BERNARDINO, *Curso de derecho natural*, Bs. As., Lexis Nexis y Abeledo Perrot, 2002.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, tr. N. ESTEVANEZ, Bs. As., Albatros, 1942; tr. M. BLÁSQUEZ y P. DE VEGA, Madrid, Sarpe, 1984.

MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del derecho*, ed. Universidad de la Sabana, Bogotá, 2005.

MORALES LUNA, FÉLIX F., Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza, en Cuaderno de Trabajo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, n. 1, Lima, 2013.

MORESO MATEOS, JOSEP J. - NAVARRO, PABLO E, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

MORESO MATEOS, JOSEP J. - NAVARRO, PABLO E. - REDONDO NATELLA, MARÍA C. (eds.), *Normas y actitudes normativas*, México, Fontamara, 1994.

— Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial, “Doxa”, n° 11, 1992, pp. 247-263.

MORELLI, MARIANO, Pensar el derecho desde el problema. Theodor Viehweg: tópica y sistema en la historia del derecho, www.cartapacio.edu.ar/ojs/in-dex.php/iyd/article/view/815/1446, y “Trabajo del Centro”, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de UNR, vol. 5, 2008.

MOUCHET, CARLOS - ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, *Introducción al derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1980.

MUFFATO, NICOLA, Normatividad del derecho, “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho”, JOSÉ L. FABRA ZAMORA y VERÓNICA RODRÍGUEZ BLANCO (dir.), México, UNAM, 2015, v. 2.

MÜLLER, FIEDRICH - VILLACORTA MANCEBO, LUIS-QUINTÍN, *Postpositivismo*, ed. Tratamiento Gráfico del Documento, Santander, 2009.

NEGRI, NICOLÁS J., Realismo jurídico norteamericano y teorías de interpretación, “Jurisprudencia Argentina”, 2009-I-1215.

— Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial, “Revista del Código Civil y Comercial”, 2016 (diciembre), p. 59 y ss.

- *Responsabilidad civil contractual*, Bs. As., Astrea, 2017.
- NINO, CARLOS S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, México, Fontamara, 1993; 2a ed., 1995.
- *Constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- *Derecho moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- El constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas, "Doxa", n° 5.
- *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1984; 2a ed., Bs. As., Astrea, 2012.
- *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2005.
- *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Bs. As., Eudeba, 1987.
- *Introducción al análisis del derecho*, 2a ed., Bs. As., Astrea, 2012.
- *Juicio al mal absoluto*, tr. M. BOHMER, Bs. As., Ariel, 2006.
- *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gidesa, 1997.
- *La validez del derecho*, Bs. As., Astrea, 2012.
- Liberalismo versus comunitarismo, "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", n° 1, septiembre-diciembre, 1988, pp. 363-364.
- Escritos de Carlos S. Nino. Metaética, ética normativa y teoría jurídica. Derecho, moral y política, v. 1, Bs. As., Gedisa, 2007.
- *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pesar la democracia*, Bs. As., Siglo Veintiuno, 2013.
- *Una teoría de la justicia para la democracia*, Bs. As., Siglo Veintiuno, 2013.
- *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Bs. As., Siglo Veintiuno, 2014.
- OLLERO TASSARA, ANDRÉS, Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino, "Separata del Anuario de estudios sociales y jurídicos". Escuela Social de Granada, v. III, 1974, pp. 291-303. — La Constitución: entre el normativismo y la axiología, "Anuario de Filosofía del Derecho", Madrid, IV, pp. 389-402.
- Consenso: ¿racionalidad o legitimación?, "Anales de la Cátedra de Francisco Suárez", n° 23-24, 1983-84.
- *El derecho en teoría*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007.
- ORREGO SÁNCHEZ, CRISTÓBAL, Hermenéutica y no cognitivismo ético en H.L.A. Hart y Joseph Raz, "Seminarios de Filosofía", n° 11, 1998, pp. 57-72.
- Iusnaturalismo contemporáneo, "Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho", FABRA ZAMORA, JORGE L. y NUÑEZ VAQUERO, ÁLVARO (dir.), México, UNAM, 2015, v. 1.
- OTERO PARGA, MILAGROS, *Valores constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela Publicacions, 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Los valores superiores*, Madrid, Civitas, 1984.
- Ética pública y derecho. Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Gregario Peces-Barba Martínez en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Sesión de 19 de abril de 1993, Madrid, 1993.
- *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, y otros, *Curso de teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO, La fundamentación de los derechos humanos, “Estudios Políticos”, n° 35, 1983, 7-71.

— *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 9ª ed., Tecnos, 1986 y 2010.

— Concepto y concepción de los derechos humanos, *Doxa*, n° 4, 1987.

— El concepto de los derechos humanos y su problemática actual, “Derechos y Libertades”, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año 1, n° 1, 1993, pp. 179-196.

— *La seguridad jurídica*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, Barcelona, 1994.

— *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2006.

— *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 4ª ed., Palestra, Perú, 2005.

— “¿Qué significa juzgar?”, “Doxa”, n° 32, 2009.

PIEPER, JOSEF, Pieper, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, tr. R. Cercós, Madrid. Rialp, 1974. — *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1980.

POPPER, KARL R., *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1980 (1962).

— *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, tr. N. MÍGUEZ, Paidós, 3ª reimp., Barcelona, 1991.

— *Búsqueda sin término*, Madrid, Tecnos, 1977.

PORTELA, JORGE G., *Una introducción a los valores jurídicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

POZZOLO, SUSANNA, Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional, “Doxa”, n° 21-II, 1998, pp. 339-353.

PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

— Tribunal Constitucional y positivismo jurídico, “Doxa”, n° 23, 2000.

— Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional, “Doxa”, n° 31, 2008, pp. 325-353.

RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg, “El Derecho”, 185-1270.

— La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos, “El Derecho”, 180-1383.

— *Teoría del derecho*, 4ª ed., Bs. As., Ábaco, 2015.

RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1962.

— Cinco minutos de filosofía del derecho, “Revista de Ciencias Sociales”, vol. 20, 1982.

— *El hombre en el derecho*, tr. A. DEL CAMPO, Bs. As., Depalma, 1980.

— *Filosofía del derecho*, tr. W. ROCES, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, y tr. J. MEDINA ECHEVARRÍA, Madrid, Reus, 2007.

RADBRUCH, GUSTAV - SCHMIDT, EBERHARD - WELZEL, HANS, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971.

RAZ, JOSEPH, *The Concept of a Legal System*, 2ª ed., Clarendon, Oxford, 1980 (1970).

— *Razón práctica y normas*, tr. J. RUIZ MANERA, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

— H. L. Hart, A.A.V.V., H. L. A. Hart y el concepto de derecho, “Revista de Ciencias Sociales”, Universidad de Valparaíso, ed. dirigida por Agustín Squella. Valparaíso, n° 28, 1986.

REALE, MIGUEL, *Teoría Tridimensional del Derecho: una visión integral del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.

REALE, GIOVANNI - ANTISERI, DARIO, *Historia del Pensamiento Filosófico y Científico*, tr. J. A. IGLESIAS, 3ª ed., Herder, Barcelona, 2005, ts. I a III.

RECASÉNS, SICHES, LUIS, Interpretación del derecho, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XVI, p. 534.

— Filosofía del derecho, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XII, p. 224.

— *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956; 2ª ed., 1973.

— *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 2008.

— *Vida humana, sociedad y derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1940.

REDONDO, CRISTINA, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1996.

— La justificación de las decisiones judiciales, “Isegoría”, n° 21, 1991.

— El carácter práctico de los deberes jurídicos, “Doxa”, n° 21-II, 1998.

— Razones y normas, “Discusiones”, n° 5, 2005, pp. 29-66.

REICHEL, HANS, *La ley y la sentencia: orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del derecho y aplicación del último*, tr. E. MIÑANA VILLAGRASA, Madrid, Reus, 1921.

RICHARDSON, H., *Practical Reasoning about Final Ends*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, Bs. As., Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2004.

RIVERA, JULIO C. – CROVI, LUIS D., *Derecho Civil. Parte General*, Bs. As, Abeledo-Perrot, 2016.

ROBLES, GREGORIO, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.

RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.

RODRÍGUEZ, JORGE L., La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos. Estudio en homenaje a Carlos Eduardo Alchourrón.

- Sistemas jurídicos, “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho”, J. L. FABRA ZAMORA y V. RODRÍGUEZ BLANCO (dir.), México, UNAM, 2015, v. 2.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO, *Ciencia y filosofía del derecho*, Bs. As., E.J.E.A., 1961.
- RODRÍGUEZ BOENTE, SONIA E., *La justificación de las decisiones judiciales: el artículo 102.3 de la Constitución Española*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, MARCELINO, Sobre los métodos filosóficos y su aplicación al derecho, “Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático Don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)”, t. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *Aplicación judicial del derecho lógica de la argumentación*, Madrid, Civitas, 1988.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN, *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995.
- ROGEL VIDE, CARLOS, *Derecho Civil. Método y concepto*, Bogotá, México D.F., Madrid y Bs. As., Temis, Ubijus, Reus, Zavalía, 2010.
- ROMERO, FRANCISCO, *Lógica e introducción a la problemática filosófica*, Bs. As., Losada, 1973.
- RORTY, RICHARD, *Consecuencias del pragmatismo*, tr. J. M. Esteban Cloquell, Madrid, Tecnos, 1995.
- *Objetividad, relativismo y verdad*, tr. J. Vigil Rubio, Barcelona, Paidós, 1996.
- *Una ética para laicos*, Katz editores S.A, Bs. As.-Madrid, 2009.
- Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad, en A.A.V.V., *De los derechos humanos*, tr. H. Valencia Villa, Madrid, S. Shute & S. Hurley, Trotta, 1998.
- ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Bs. As., Eudeba, 2005.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Constitución: valores, principios, derechos..., en Valores de una sociedad plural, Madrid, Fundación para el análisis y los Estudios Sociales, 1999.
- RUÍZ MANERO, JUAN, Principios jurídicos, en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000 (1996).
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO, Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate, “Doxa”, n° 12, 1992.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Manual de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2007.
- SALAS, MINOR E., ¿Qué pasa actualmente en la teoría del derecho alemana? Un breve bosquejo general, “Doxa”, n° 24, 2001.

— Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, “Isonomía”, n° 27, octubre, 2007, pp. 112-142.

SANGUINETI, JUAN J., *El conocimiento humano. Una perspectiva filosófica*, Madrid, Palabra, 2005. — *Lógica*, Pamplona, Eunsa, 1985.

SANTIAGO, ALFONSO, Neoconstitucionalismo, “Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas”, t. XXXV, Bs. As., 2008.

SANTOS PÉREZ, MARÍA L., Apuntes para una teoría de la argumentación jurídica en el marco del nuevo constitucionalismo, “Letras Jurídicas”, n° 9, vol. 18, www.lettrasjuridicas.com/Volumen18.htm. — Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin, “Doxa”, n° 26, 2003.

SARLO, ÓSCAR, Algunas observaciones críticas al trabajo de Enrique P. Haba, “Doxa”, n° 33, 2010.

SAVIGNY, FRIEDRICH K., *Sistema del Derecho romano actual*, tr. JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY, Madrid, Centro Editorial Góngora, 1878.

SCHREIBER, RUPERT, *Lógica del derecho*, tr. E. GARZÓN VALDÉS, Bs. As., Sur, 1967.

SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.

SERNA, PEDRO, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006.

SERNA BERMÚDEZ, PEDRO - TOLLER, FERNANDO M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

SCHOPENHAUER, ARTHUR, *Dialéctica erística o el arte de tener razón en 38 estratagemas*, Madrid, Trotta, 1997.

SIECKMANN, JAN, Norma jurídica, “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho”, JOSÉ L. FABRA ZAMORA y VERÓNICA RODRÍGUEZ BLANCO (dir.), México, UNAM, 2015, v. 2.

SMITH, JUAN C., La problemática ontológica, gnoseológica y lógica del derecho, “La Ley”, 1980-A1057. — Contenidos de la Filosofía del Derecho, manuscrito de la Ponencia presentada en el Encuentro Nacional de Profesores de Filosofía del Derecho, celebrado en la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba del 30 de marzo al 1° de abril de 1979.

SOLER, SEBASTIÁN, *Fe en el derecho y otros ensayos*, Bs. As., T.E.A., 1956.

— *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.

— La llamada norma individual, “La Ley”, 66-847.

— La ley y el súbdito, “La Ley”, 142-1094.

— *Las palabras de la ley*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

SPOTA, ALBERTO G., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Bs. As., Depalma, 1947, t. I, v. 1.

- STAMMLER, RUDOLF, *Tratado de filosofía del derecho*, tr. W. ROCES, México, Editora Nacional, 1980.
- SUMMERS, ROBERT S., Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification, “Cornell Law Review”, n° 63, 1978.
- TALE, CAMILO, *Lecciones de filosofía del derecho*, Córdoba, Alveroni, 1995.
- TARELLO, GIOVANNI, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; tr. DIEGO DEI VECCHI, *Interpretación de la ley*, Lima, Palestra, 2013.
- TARUFFO, MICHELE, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, tr. J. MONROY PALACIOS y J. MONROY GÁLVEZ, Lima, Palestra, 2006.
- *La motivación de la sentencia civil*, tr. L. CÓRDOBA VIANELLO, Madrid, Trotta, 2011.
- *La prueba de los hechos*, tr. J. FERRER BERTRÁN, Madrid, Trotta, 2002.
- *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, tr. D. ACCATINO SCAGLIOTTI, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- TINANT, EDUARDO L., En torno a la justificación de la decisión judicial, “La Ley”, 1997-E-1395. — La interpretación en el derecho, “La Ley”, 1982-B-993.
- TOLLER, FERNANDO M., Hacia el ocaso del darwinismo jurídico. Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación de los derechos fundamentales, “El Derecho”, 180-1427.
- La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales”, en Ferrer Mc Gregor, Eduardo, Interpretación constitucional, México, Porrúa, 2005, t. II, pp. 1199-1284.
- Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos, en Cianciardo, Juan (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Bs. As., Ábaco, 2006.
- La armonización de derechos mediante el control de razonabilidad. Reflexiones sobre el principio de proporcionalidad y aplicación práctica a partir de un caso de vacunación obligatoria, “Persona y Derecho”, v. 66, 2012/1.
- TORRE, ABELARDO, *Introducción al derecho*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2003.
- TORRES LACROZE, FEDERICO A., *Manual de introducción al derecho*, Bs. As., Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, 1978.
- TRUYOL y SERRA, ANTONIO, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994.
- VEGA, JESÚS, *La idea de ciencia en el Derecho. Una crítica histórico-gnoseológica a partir de la idea de “ciencia normativa”*, Oviedo, Pentalfa, 2000.
- VELAZCO ARROYO, JUAN C., Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica, tr. KLUS GUNTHER, “Doxa”, n° 17-18, 1995.

- VELLUZZI, VITO, Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil?, tr. AMALIA AMAYA, “Doxa”, n° 21-I, 1998, pp. 65-82.
- VERGARA, LEANDRO, Crítica a la teoría de la ponderación alexiana, “La Ley”, 2013-D-1238.
- VERNEAUX, ROGER, *Epistemología general o crítica del conocimiento*, Barcelona, Herder, 1971. — *Immanuel Kant: crítica de la razón pura*, Madrid, E.M.E.S.A., 1978.
- VERDROSS, ALFRED, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, tr. M. de la CUEVA, México, UNAM, 1983.
- VERNENGO, ROBERTO J., *La interpretación jurídica*, México D.F., UNAM, 1977.
- Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una ciencia del derecho?, “Doxa”, n° 3, 1986, pp. 289-295.
- Réplica a la respuesta de M. Atienza, “Doxa”, n° 3, 1986.
- VIEHWEG, THEODOR, Tópica y filosofía del derecho, tr. J. M. SEÑA, Barcelona, Gidesa, 1990. — Tópica y jurisprudencia, tr. L. DíEZ-PICAZO, Madrid, Taurus, 1964.
- VIGO, RODOLFO L., *Las causas del derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.
- *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984.
- *Interpretación constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1993.
- Presente de los derechos humanos y algunos desafíos (con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994), “El Derecho”, 180-1410.
- Aproximaciones a la seguridad jurídica, “Derechos y Libertades”, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año III, n° 6, febrero-1998, p. 500 y ss.
- La axiología jurídica en Gustav Radbruch, en “Anuario de filosofía jurídica y social”, Bs. As., Abeledo-Perrot, Asociación Argentina de Derecho Comparado, n° 19, 1999.
- *Interpretación jurídica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- Razonamiento justificatorio judicial, “Doxa”, n° 21-II, 1998.
- Los Principios Jurídicos (perspectiva jurisprudencial), Bs. As., Depalma, 2000.
- Descodificación y la Reforma al Título Preliminar del Código Civil: algunas insistencias desaconsejables, en Roberto H. Brebbia -Director-, Estudios sobre el proyecto de código unificado de 1998, Bs. As., Zavalía, 2001.
- *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003.
- *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, UBA, 2004.
- Ética judicial e interpretación jurídica, “Doxa”, n° 29, 2006.
- *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Bs. As., LexisNexis, 2006.
- ¿Deben los jueces saber filosofía?, “La Ley”, 2009-E-1326.
- Constitucionalización y Neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones, en Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Santa Fe, UNAM y Rubinzal Culzoni, 2009, t. I.
- Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional, “La Ley”, 2010-A-1165.
- Los “hechos” en los paradigmas legalista y constitucionalista, “La Ley”, 2012-D-679.

- Consideraciones iusfilosóficas sobre el delito de prevaricato (a propósito de la condena del juez Baltasar Garzón), “El Derecho”, diario del 5-VI-2012, n. 13.010.
- ¿Es posible la justificación racional de los Derechos Humanos? (Alexy, Finnis, Nino vs. Bobbio, Ferrajoli, Bulygin), “La Ley”, 2013-D-1334.
- El papel de un Tribunal Constitucional en Democracia (Aharon Barak), “La Ley”, diario del 3VII-2014.
- Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias, Bs. As., Educa, 2015.
- VILANOVA, JOSÉ M., *Elementos de filosofía del derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984.
- *Introducción al conocimiento científico*, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 1985.
- VILLEY, MICHEL, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, tr. B. MONTEJANO (h), Bs. As., Ghersi, 1978. — *Compendio de filosofía del derecho*, tr. L. HORNO LIRIA, Pamplona, Eunsa, 1979-1981, ts. 1 y 2.
- VIOLA, FRANCESCO - ZACCARIUA, GIUSEPPE, *Derecho e interpretación*, Madrid, Dykinson, 2007.
- VON WRIGHT, GEORG H., *Lógica Deóntica* (Deontic Logic, 1951), tr. J. RODRÍGUEZ MARÍN, Universidad de Valencia, Departamento de Lógica, 1979.
- *Norma y acción. Una investigación lógica*, tr. P. GARCÍA FERRERO, Madrid, Tecnos, 1979.
- WEBER, MAX, *Economía y sociedad*, tr. J. MEDINA ECHEVARRÍA y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- WEINBERGER, OTA, *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, ed. Springer-Science+Business Media Dordrecht, Stuttgart, 1991.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Investigaciones filosóficas*, tr. A. GARCÍA SUÁREZ y U. MOULINES, Barcelona, Crítica, 1988.
- WRÓBLEWSKI, JERZY, Legal y syllogism and rationality of judicial decision, “Rechtstheorie”, n° 5, 1974.
- Meaning and Truth in Judicial Decision, Helsinki, edited by Aulis Aarnio, Jurídica, 1979. — *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, tr. ARANTXA AZURZA, Madrid, Civitas, 1985.
- *Sentido y hecho en el derecho*, tr. F. J. EZQUIAGA GANUZAS y J. IGARTUA SALAVERRÍA, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, tr. M. GASCÓN ABELLÁN, Madrid, Trotta, 2011 (1995).
- ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.
- *Teoría del derecho: una introducción crítica*, Bs. As., Depalma, 1987.
- *Teoría del derecho. Enfoques y aproximaciones*, Bs. As., Lexis Nexis, 2005.

2. Bibliografía específica de Derecho de Daños.

A.A.V.V., *Cuantificación del daño*, Revista de Derecho de Daños, 2001-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

ACCIARRI, HUGO A., *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 2015. — “Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código”, LA LEY, revista del 15/07/2015, p. 1 y ss.

— “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 3 y ss.

ACCIARRI, HUGO A. - IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes”, en LL, 2011-A-877.

ALFERILLO, PASCUAL F., “Cuantificación de los daños personales”, La Ley, 2008-A-159.

ALTERINI, ATILIO A., *Responsabilidad civil, Límites de la reparación civil*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.

— *El incumplimiento considerado en sí propio (enfoque objetivo del ilícito civil)*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1963. Edición especial en Homenaje al Profesor Atilio Aníbal Alterini en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Número Especial, 10º Aniversario, 1999-2009, ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

ALTERINI, ATILIO A. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992.

ALTERINI, ATILIO A. - AMEAL, OSCAR J. – LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

BERGER, SABRINA M., “El contenido de la indemnización: el art. 1738 del CCyC”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 24 y ss.

BERNAL PULIDO, CARLOS - FABRA ZAMORA, JORGE L. (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosóficos-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

BUERES, A. J., *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

— *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

— *Responsabilidad civil de los médicos*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

— *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Ábaco, Buenos Aires, 1981.

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 9ª ed., Buenos Aires, 2003.

CALVO COSTA, CARLOS A., *Daño resarcible*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

— “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”, RCyS, 2015-IV-82.

CAZEAUX, PEDRO N. – TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010.

CIFUENTES, SANTOS, “El ejercicio de la Magistratura y la apreciación subjetiva de las indemnizaciones”, La Ley, 2001-B-1387.

COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Manual de Obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997. — “La responsabilidad contractual y extracontractual. Unificación en el Código Civil y Comercial”, RCyS, 2015-IV-31.

— *Derecho de las Obligaciones*, Bs. As., La Ley, 2018.

COMPIANI, MARÍA F., “La obligación de la evaluación objetiva en la determinación de indemnizaciones resarcitorias por daños a la persona”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 29 y ss.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, v. I y II, Las relaciones obligatorias, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

— *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

— *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. IV, Las relaciones en particular, 1ª reimp., 2011.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. V, La responsabilidad extracontractual, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011.

FABRA ZAMORA, JORGE L., “Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM, México, 2015, vol. 3, pp. 2533-2618.

FISCHER, HANS S., *Los Daños Civiles y su reparación*, tr. W. Roces, Librería General Victoriano Suarez, Madrid, 1928.

GALDÓS, JORGE M., comentario al art. 1746, en Lorenzetti, Ricardo L. (director), en *Código Civil y Comercial Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. VIII.

— “Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN)”, en RCyS, 2016-XII, tapa.

GHERSI, CARLOS A., “La cuantificación de daños en caso de muerte de personas con trabajo en el mercado informal”, en RCCyC, noviembre de 2016, p. 33 y ss.

GUIBOURG, RICARDO A., “Cuantificación del daño”, revista de Doctrina del Trabajo, 2009 (abril).

HIGHTON, ELENA I. – GREGORIO, CARLOS G. – ÁLVAREZ, GLADYS, “Cuantificación de daños personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho y Economía, n° 21, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

IRIBARNE, HÉCTOR P., “Juicio prudencial y razonamiento jurídico en las indemnizaciones por daños a la persona”, revista *Prudentia Iuris*, Universitas SRL, agosto 1983, Buenos Aires. — *De los daños a la persona*, Ediar, Buenos Aires, 1992.

LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, 1999.

— “Formas de reparación del daño”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, año XII, n° 9, septiembre 2010.

LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 20ª ed., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

— *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1973 (hay ediciones posteriores). — “El precio del dolor”, revista *Jurisprudencia Argentina*, 1954-III-360.

LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, comentario al art. 1746, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV.

— *Manual de Responsabilidad Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

LORENZETTI, RICARDO L., *Fundamentos de Derecho Privado. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, La Ley, Bs. As., 2016.

— “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, *La Ley, Suplemento Constitucional Especial*, 2003, abril y en revista *La Ley*, 2003-C-1184.

MAYO, JORGE A., “En búsqueda de una noción coherente de responsabilidad civil”, *RCyS*, 2010-XII42.

MAZEAUD, HENRI y LÉON - TUNC, ANDRÉ, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, tr. Alcalá Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1961.

MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tr. SENTÍS MELENDO y otros, Ejea, Bs. As., 1955.

MORELLO, AUGUSTO M., *Indemnización del daño contractual*, 3ª ed., actualizada por Jorge Mario Galdós, Librería Editora Platense, La Plata, 2003.

— “La vida humana y su valor”, *Jurisprudencia Argentina*, 2005-III-256.

MOSSET ITURRASPE, JORGE (dir.) - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.) - GHERSI, C. A. - STIGLITZ, G. A. - PARELLADA, C. (coaut.) - ECHEVESTI, C. A. (colab.), *Responsabilidad civil*, Hammurabi, Bs. As., 1992.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Estudios sobre la responsabilidad por daños*, Santa Fe, 1980/1982. — *Responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, 1998 y 2016.

NEGRI, NICOLÁS J., “Valoración del daño a la persona”, en *LL*, 2008-C-725.

— “Reparación por daños a la integridad psicofísica en el Código Civil y Comercial”, en Revista Código Civil y Comercial, año II, n. 2, marzo 2016, pp. 44-52.

ORGAZ, ALFREDO, *El daño resarcible (Actos Ilícitos)*, Omeba, Bs. As., 1960.

OSSOLA, FEDERICO A., *Responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2016.

PAPAYANNIS, DIEGO M. (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

ROSENKRANTZ, CARLOS F., “Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual”, en Lecciones y Ensayos, n. 67/68, 1999, p. 147 y ss.

— *La responsabilidad extracontractual: Donde la filosofía, el derecho y la economía se juntan*, Gedisa, Barcelona, 2005.

PIZARRO, RAMÓN D. – VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones*, Hammurabi, Bs. As., 1999-2012 (tomos 1 a 5).

— *Tratado de responsabilidad civil*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2017.

RIVERA, JULIO C., “Cuantificación legal y judicial”, en Revista de Derecho de Daños, 2001-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

SALAS, ACDEEL E., “Evaluación del daño causado a la persona”, *Jurisprudencia Argentina*, 1955-IV15.

SANTOS BRIZ, JAIME, *Derecho de Daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

— *La Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, 2ª ed., Montecorvo, Madrid, 1977.

SANTOS BRIZ, JAIME (dir.) y SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Tratado de Derecho Civil, Teoría y Práctica, Derecho de Obligaciones*, t. III, Bosch, Barcelona, 2003.

SCHIAVO, CARLOS A., “¿Las fórmulas matemáticas puras resuelven justamente la cuantía indemnizatoria? Analizando el art. 1746 del CCyC” en RCCyC, 2016 (julio), 6/07/2016, p. 115 y en RCyS, 2016-X, p. 14 y ss.

SCHICK, HORACIO, “Tres objeciones al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial y su incidencia en la reparación de infortunios laborales. La tarifación del daño por lesiones, la inaplicabilidad de las sanciones disuasivas y la eximición al Estado y sus funcionarios de la responsabilidad civil”, en *Doctrina del Trabajo*, octubre 2012, p. 2765 y ss.

TAVANO, MARÍA J., “La valuación del daño a la persona y el análisis económico del derecho”, en Revista de Derecho de Daños, Cuantificación del daño, Rubinzal Culzoni, 2001-1, Santa Fe.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. - COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. - LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., La Ley, Bs. As., 2011.

ZANNONI, Eduardo A., *La obligación (Concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria)*, separata de la Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, N° 20, 1984. — *El Daño en la Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Astrea, Bs. As., 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990-1999, ts. 2a, 2b y 4.

— “El principio de reparación plena”, RCyS, 2015-IV, p. 95.

3. Bibliografía específica de Argumentación Jurídica.

ALARCÓN CABRERA, CARLOS - VIGO, RODOLFO L. (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Bs. As., Marcial Pons, 2011.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

AMAYA, AMALIA, Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho, “Revista Discusiones”, X, p. 21 y ss.

ANDRUET, ARMANDO S. (h), *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001. — “La decisión razonablemente fundada del art. 3° del Código Civil y Comercial”, en Revista del Código Civil y Comercial, año II, n° 7, agosto, 2016, pp. 63-81.

ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (1991); México, UNAM, 2000.

— Lógica y argumentación jurídica, en JAVIER ECHEVERRÍA y otros, *Calculemos*, Homenaje a Miguel Sánchez, Madrid, Trotta, 1994, pp. 229-238.

— Estado de Derecho, argumentación e interpretación, “Anuario de Filosofía del Derecho”, n° XIV, 1997.

— *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

— *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

— *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

— El giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea, discurso con motivo del título *honoris causa* otorgado por la Universidad del Litoral (Argentina), 22-10-2014.

ATRIA, FERNANDO, Del derecho y el razonamiento jurídico, “Doxa”, n° 22, 1999.

CABRA APALATEGUI, JOSÉ M., *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, Madrid, Dykinson, 2000.

CALAMANDREI, PIERO, *La casación civil*, tr. N. ALCALÁ-ZAMORA, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1956.

CALONAJE, CONCHA, *Técnica de la argumentación jurídica*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

CICERÓN, MARCO TULLIO, *Tópicos*, versión bilingüe, introducción, traducción y notas de Bulmaro Reyes Coria, México, UNAM, 2006.

— *Bruto: de los oradores ilustres*, México, UNAM, 2004.

— *De la partición oratoria*, México, UNAM, 2000. —

El orador perfecto, México, UNAM, 1999.

— *De la invención retórica*, México, UNAM, 1997.

COLBERT (Jr.), JAMES G., Lógica, “Gran Enciclopedia Rialp”, Madrid, Rialp, 1981, t. 14.

GARCÍA AMADO, JUAN A., Del método jurídico a las teorías de la argumentación, “Anuario de Filosofía del Derecho”, vol. III, 1986.

— Tópica, derecho y método jurídico, “Doxa”, n° 4, 1987.

— *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

— La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias, Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso (Chile), n. 45, pp. 103/129 y en *Ensayos de Filosofía Jurídica*, ed. Temis, Bogotá, 2003.

GIULIANI, ALESSANDRO, *Il campo dell'argomentazione. Su di un recente volumen di Ch. Perelman*, “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, Milano, 1972.

— Logica del diritto (teoria dell'argomentazione), “Enciclopedia del diritto”, v. XXV, Milano, 1975, p. 13 y ss.

— La filosofía retórica de Vico y la nueva retórica, tr. J. M. SERVILLA, “Cuadernos sobre Vico 1112”, 1999-2000.

GRAJALES, AMÓS A. - NEGRI, NICOLÁS J., Ronald Myles Dworkin y la teoría de la argumentación jurídica (“in memoriam”), “Jurisprudencia Argentina”, n° 4, 2013-II.

— *Argumentación jurídica*, Bs. As., Astrea, 2014.

— *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

GUZMÁN, Leandro, *Derecho a una sentencia motivada. Integración del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2014.

HABA, ENRIQUE P. - ATIENZA, MANUEL - SARLO, ÓSCAR - GARCÍA AMADO, JUAN A. - CARRIÓN W., ROQUE, Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica, Lima y Bogotá, Palestra y Temis, 2014.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*, ed. Ara Editores, Lima, Perú, 2010.

LAUSBERG, HEINRICH, Manual de retórica literaria, Madrid, Gredos, 1969.

LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión jurídica. Fundamentos de derecho*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, ed. Clarendon, 2003 (1978).

— La argumentación silogística: una defensa matizada, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 30, 2007.

MANS PUIGARNAU, JAIME M., *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1969.

MARAFIOTI, ROBERTO, *Los patrones de la argumentación. La argumentación en los clásicos y en el siglo XXI*, Bs. As., Biblos, 2003.

PECZENIK, ALEKSANDER, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989; Springer Science & Business Media, 2009, tr. E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho y razón*, México, Fontamara, 2000.

PERELMAN, CHAIM, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, Bogotá, Norma, 1997. — *La lógica jurídica y la nueva retórica*, tr. L. DÍEZ-PICAZO, Madrid, Civitas, 1988.

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHT TYTECA, Lucie, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, traducción de J. Sevilla Muñoz, ed. Gredos, Madrid, 1989. Hemos empleado también la edición en inglés: *The New Rhetoric, A Treatise on Argumentation*, University de Notre Dame Press, 2ª impresión.

PINTO FONTANILLO, JOSÉ A., *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2003.

PUELLO ARRIETA, RAÚL E., *Razonamiento práctico y persuasión razonada en la nueva retórica de Perelman y Olbrechts-Tyteca*, <http://tesis.luz.edu.ve/tde-arqmvos/74/TDE-2011-04-27T10:17:12Z875/Publico/puello-ameta-raul-enrique.pdf>

PUY MUÑOZ, FRANCISCO - PORTELA, JORGE G. (coords.), *Argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

SERNA, PEDRO (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2003.

TOULMIN, STEPHEN E., *An Examination of the Place of Reason in Ethics*, Cambridge, 1950.

— *The uses of argument*, first edition, Cambridge University Press, 1958; Update Edition, New York, University of Southern California, Cambridge University Press, 2003; *Los usos de la argumentación*, tr. MARÍA MORRÁS y VICTORIA PINEDA, Barcelona, Península, 2007.

TOULMIN, STEPHEN E. - RIEKE, RICHARD D. - JANIK, ALLAN, *An introduction to Reasoning*, New York, Macmillan, 1984.

VEGA RÉNON, LUIS, *Si de argumentar se trata. Una introducción a la argumentación*, Barcelona, Montecasinos, 2007.

— *La fauna de las falacias*, Madrid, Trotta, 2013.

— *Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*, Lima, Palestra, 2015.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de L. Díez Picazo, ed. Taurus, Madrid, 1964.

VIGO, RODOLFO L., *Interpretación jurídica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

— Razonamiento justificatorio judicial, “Doxa”, n° 21–II, 1998.

— *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.

WASSERSTROM, RICHARD A., *The judicial decision. Toward a theory of legal justification*, Stanford, Stanford University Press, 1961.

WESTON, ANTHONY, *Las claves de la argumentación*, tr. JORGE F. MALEM, 11ª Barcelona, Ariel, 2011.

WINTGENS, LUC J., Retórica, razonabilidad y ética: un ensayo sobre Perelman, “Doxa”, n° 14, 1993, pp. 195-206.

4. Bibliografía específica para el diseño metodológico.

BUNGE, MARIO, *Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica*, traducción de H. Pons, ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1999.

— *La investigación científica*, Siglo XXI editores, 3ª ed., 2004.

— *Epistemología*, ed. siglo veintiuno editores, 4ª ed., 2004.

CASAUBON, JUAN A., *Nociones Generales de Lógica y Filosofía*, ed. Educa, Buenos Aires, 1999.

COPI, IRVING M., *Introducción a la lógica*, 7ª ed., Eudeba, Buenos Aires.

FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, ed. Ariel Referencia, 1994, Barcelona.

HESSEN, JOHANNES, *Tratado de Filosofía*, 2ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1976.

JOLIVET, RÉGIS, *Tratado de Filosofía, I, Lógica y Cosmología*, traducción Leandro de Sesma, Ediciones Carlos Lohlé, 5ª ed., 1960.

KLIMOSVKY, GREGORIO, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, 5ª ed., A-Z, Buenos Aires, 2001.

KLUG, ULRICH, *Lógica jurídica*, traducción de J. D. García Bacca, ed. Universidad Central, Caracas, 1961.

KUHN, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, ed. F.C.E., 1986.

- LALANDE, ANDRÉ, *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía*, ed. El Ateneo, 1953.
- LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de E. Gimbernat Ordeig, ed. Ariel, Barcelona, 1966; traducción de M. Rodríguez Molinero, ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- MANS PUIGARNAU, JAIME M., *Lógica para juristas*, ed. Bosch, Barcelona, 1969.
- MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ M., *La estructura del conocimiento jurídico*, ed. Eunsa, Pamplona, 1963. — “La racionalidad práctica de la filosofía del derecho”, en revista *Persona y Derecho*, n. 19, Pamplona, 1988.
- MILLÁN-PUELLES, ANTONIO, *Fundamentos de Filosofía*, ed. 12ª, Rialp, Madrid, 1985.
- NAGEL, ERNEST, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, tr. Néstor Míguez, Paidós, Buenos Aires, 2006.
- OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 2011.
- ROMERO, FRANCISCO, *Lógica e introducción a la problemática filosófica*, 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1973.
- SIERRA BRAVO, R., *Tesis doctorales y trabajos de investigación Científica. Metodología general de su elaboración y documentación*, 2ª ed., Paraninfo, Madrid, 1995.
- SANGUINETI, JUAN JOSÉ, *El conocimiento humano. Una perspectiva filosófica*, Palabra, Colección Albatros, 2005.
- *Lógica*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona.

VI. ANEXOS

Jurisprudencia. Fórmulas matemáticas. Argumentos usuales en el razonamiento judicial justificatorio.

A) Fundamentación de sentencias.

La Corte Suprema ha revocado sentencias que omiten brindar una fundamentación adecuada (v.gr., en la determinación del monto indemnizatorio). En efecto, toda sentencia debe indicar cuáles son las pautas cualitativas tenidas en cuenta para la valoración del daño y, además, precisar de qué modo ellas se plasman en la cuantía del resarcimiento.

El Alto Tribunal viene sosteniendo que “para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieran a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación” (sent. del 4-X-1994, “González”, JA, 1995-II-19).

En este mismo sentido ha señalado que cuando los tribunales evalúan el daño mediante la invocación del prudente arbitrio que hace a sus facultades inherentes -art. 165, Cód. Procesal-, el ejercicio de la aludida prudencia debe hallarse acompañado de la expresión de las razones que la sustentan (Fallos: 306:1395; causas C.636.XXII, “Consortio de Propietarios Edificio 25 de Mayo 192/96/98 c. Establecimiento Ganadero San Antonio S.A.” y G.759.XXVI, “González, Miguel A. c. Nuevo Federal S.A.”, falladas el 16-V-1989 y el 4-X-1994, respectivamente; cit. en la causa “Pérez, Fredy Fernando c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ sumario”, P.263.XXVIII; sent. del 24-VIII-1995; Fallos: 318:1598).

Ahora bien, la Corte Suprema ha abordado el tratamiento de la indebida fundamentación de sentencias –en la instancia extraordinaria- a través de la vía procesal pergeñada por su propia doctrina pretoriana, que ha dado en denominarse como “arbitrariedad de sentencias”, cuyo *leading case* se transcribe a continuación (“Rey c/ Rocha”).

1. “Rey, Celestino M. c/ Rocha, Alfredo y otro” (2/12/1909).

Buenos Aires, diciembre 2 de 1909.

Considerando: Que por el auto de fs. 18 se admitió el recurso, en concepto de que se invocaron en el juicio respectivo algunas garantías constitucionales, y se pretendía por el apelante que se le había privado de ellas;

Que sustanciado dicho recurso y examinados todos los antecedentes del caso, es forzoso llegar a la conclusión de que la sentencia de fs. 465 del expediente principal no es contraria a las garantías eludidas.

Que, en efecto, el art. 14 de la Constitución Nacional enumera derechos subordinados, en su ejercicio, a la reglamentación de las leyes, las cuales, a su vez, deben tener en cuenta lo dispuesto por el art. 28 de la misma Constitución.

Que en el presente juicio no ha sido discutida en forma alguna la constitucionalidad de la ley 3975.

Que la destrucción de la marca ordenada por la sentencia de fs. 465, confirmatoria de la de fs. 431, no es una pena propiamente dicha, como lo demuestran los arts. 6º y 54 de la ley citada 3975, en cuanto de ellos resulta que en juicios civiles se puede ordenar al demandado que se abstenga de usar una marca, ya empleada y en uso, lo que equivale a la destrucción en sus efectos jurídicos.

Que no tratándose así de un castigo o pena, carece de pertinente aplicación al caso el art. 18 de la Constitución Nacional, que dispone que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

Que por lo que respecta al art. 17 de la misma ley fundamental, debe observarse que la sentencia apelada, al confirmar la de fs. 431, justifica la destrucción ordenada de la marca, con el art. 53 de la ley 3975; y no constituyendo la inteligencia oportunamente cuestionada de este artículo el objeto del recurso no procede entrar en el examen de si él ha sido, o no, bien interpretado.

Que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando

haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la Suprema Corte podría encontrarse en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, y 3° y 6° de la ley 4055.

Que admitiendo que por las condiciones especiales del caso "sub judice", procediera la revisión indicada, no habría mérito para revocar el fallo de fs. 465, pues de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia establecida bajo el imperio de las leyes concordantes con la 3975, los jueces, dentro del procedimiento criminal, están habilitados para ordenar la destrucción de marcas, aun cuando absuelvan a los acusados, en atención a su buena fe.

Por estos fundamentos: se confirma la sentencia apelada en la parte que es materia del recurso. Las costas se abonarán en el orden causado, atenta la naturaleza de los puntos debatidos.

2. "Pérez, Fredy Fernando c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ sumario" (24/08/1995).

Buenos Aires, 24 de agosto de 1995.

Vistos los autos: "Pérez, Fredy Fernando c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ sumario".

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, en cuanto al recurso de apelación que había deducido la parte actora, lo declaró parcialmente desierto, admitió el rubro relativo a "adquisición de un automotor" y confirmó los montos de los otros ítems del resarcimiento que habían sido fijados en el fallo de primera instancia, dicha parte interpuso el recurso ordinario de apelación que, denegado por la alzada, fue declarado admisible por esta Corte mediante la resolución de fs. 761. La recurrente presentó su memorial a fs. 764/770, que fue contestado por la demandada con la presentación de fs. 777/782.

2°) Que Fredy Fernando Pérez promovió demanda contra la Empresa Ferrocarriles Argentinos por el resarcimiento del perjuicio material y moral generado por las gravísimas lesiones sufridas a raíz de un accidente ferroviario, el que ocurrió cuando el damnificado viajaba como pasajero del Ferrocarril General San Martín y debido a la realización de una brusca maniobra que ocasionó su caída del vagón, quedó aprisionado bajo las ruedas del tren, que lo arrastró por espacio de varios metros mientras lo aplastaba contra el andén del cual estaba partiendo dicho medio de transporte.

3°) Que, en lo que interesa al caso, la alzada confirmó la sentencia de primera instancia -que había asignado íntegramente la responsabilidad por el hecho a la empresa estatal- en cuanto a los montos del resarcimiento fijados por los conceptos de incapacidad, daño moral y gastos futuros ortopédicos, de tratamiento médico y de rehabilitación.

En cuanto al contenido patrimonial del daño ocasionado por las secuelas incapacitantes que padece el perjudicado, el tribunal a quo señaló -después de puntualizar la índole, gravedad y consecuencias de las lesiones sufridas- que el quantum no debía estar fundado sólo en cálculos de naturaleza actuarial ni cabía atenerse exclusivamente a los porcentajes de incapacidad que determinaron los peritajes médicos realizados en la causa, por lo que sobre la base de la condición personal, laboral, económica y social de la víctima que destaca, concluyó que no correspondía modificar el monto de \$ 100.000 que había establecido el fallo de primera instancia.

En lo que atañe al importe fijado para reparar el daño moral, la cámara estableció la finalidad resarcitoria de este ítem a la par que juzgó que ninguna suma de dinero sería suficiente para compensar los sufrimientos espirituales que el damnificado soportó y deberá padecer, mas ante la obligación que pesa sobre la jurisdicción de fijar el monto correspondiente, consideró que la suma de \$ 100.000 fijada en la decisión apelada cumplía adecuadamente con la función de procurar satisfacciones meramente sustitutivas, por lo que también confirmó el fallo sobre el punto examinado.

Por último, con referencia a los gastos futuros que serán necesarios para atender la provisión de elementos ortopédicos y la realización del tratamiento médico y de rehabilitación, la alzada desestimó el planteo -que perseguía el aumento del monto correspondiente a esta partida- desde un doble enfoque de la cuestión. Por un lado, sostuvo que estas erogaciones no habían sido evaluadas en el escrito de demanda, por lo que las estimaciones realizadas por los peritos médicos no debían ser aceptadas en tanto escapaban al ámbito de conocimientos de dichos técnicos; por el otro, en la sentencia se afirmó que el memorial no satisfacía la exigencia establecida en el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues aquél remitía a una liquidación practicada en el alegato que en modo alguno representaba la crítica concreta y razonada prevista por la norma en juego.

4º) Que, en su presentación de fs. 764/770, el apelante se agravia de los fundamentos utilizados por la cámara para sostener los montos del resarcimiento a los que, en definitiva, ha arribado, pues considera que éstos son reducidos.

Con referencia al daño material derivado de la incapacidad que padece, el demandante afirma que la sentencia es dogmática pues no ha determinado el método seguido para obtener el importe establecido, además de que ha soslayado las conclusiones del informe realizado por el perito actuario. Asimismo, enfatiza que el capital cuestionado generará una renta que no permitirá una subsistencia digna, que no compensa el perjuicio sufrido desde el día del hecho hasta la percepción del crédito y, por último, que el fallo es autocontradictorio, pues a pesar de que reconoce -con apoyo en la condición de discapacitado absoluto- una indemnización por los gastos de adecuación de la vivienda, el monto en que se concluye no permite adquirir un inmueble con la finalidad aludida.

En lo que concierne al daño moral, el recurrente puntualiza que, no obstante que coincide con el marco fáctico y descriptivo del pronunciamiento, el monto al que se arribó no satisface mínimamente el grave padecimiento que deberá soportar por el resto de su vida, pues el estado de impotencia sexual, la pérdida del control de esfínteres -rectal y vesical- y la absoluta imposibilidad para caminar, justifican que se otorgue una suma que permita la posibilidad de gozar de la vida, en la medida de lo posible, durante los cincuenta años que le restan por vivir.

En cuanto a los gastos futuros, el recurrente postula que la cámara ha incurrido en una posición rigorista en los dos fundamentos utilizados, pues los dictámenes están apoyados en prueba documental y en los conocimientos de los peritos intervinientes. Además, en la expresión de agravios se había demostrado con la explícita mención de los once rubros distintos que comprende este perjuicio, que la suma que había fijado la decisión de primera instancia sólo cubría el 10 % de los gastos necesarios.

5º) Que con respecto a la suma fijada para compensar la incapacidad absoluta y permanente ocasionada por el accidente, cabe desechar la impugnación inicial sostenida por el apelante con apoyo en que la cámara incurrió en una sentencia dogmática al fundar la decisión en su mero arbitrio, pues el pronunciamiento efectúa un pormenorizado desarrollo sobre la finalidad de esta indemnización, de que no resulta decisiva la realización de tareas productivas y de la naturaleza, gravedad, proyecciones y evolución de las secuelas incapacitantes. Igualmente y después de señalar que el informe del actuario únicamente configuraba un dato de importancia que debía ser apreciado en conjunto con el resto de las pautas enunciadas, la alzada puntualizó la incidencia que en el caso tenían la edad del damnificado y todos los elementos incorporados a la causa que daban cuenta sobre la condición social, laboral y cultural de aquél, así como las actividades recreativas y religiosas que llevaba a cabo con anterioridad al hecho.

6º) Que, al respecto, esta Corte ha decidido que cuando los tribunales evalúan el daño mediante la invocación del prudente arbitrio que hace a sus facultades inherentes -art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, el ejercicio de la aludida prudencia debe hallarse acompañado de la expresión de las razones que la sustentan (Fallos: 306:1395; causas C.636.XXII. "Consortio de Propietarios Edificio 25 de Mayo 192/96/98 c/ Establecimiento Ganadero San Antonio SACIFIA" y G.759.XXVI "González,

Miguel Ángel c/ Nuevo Federal S.A. ", falladas el 16 de mayo de 1989 y el 4 de octubre de 1994, respectivamente).

Con tal comprensión, los elementos destacados por el tribunal a quo permiten verificar la adecuada relación que guardan con el monto del resarcimiento al que se arriba, por lo que la sentencia se muestra debidamente fundada sobre el punto, máxime cuando la exigencia señalada de expresar las razones que fundan la decisión no está dada, como postula el recurrente, por el estricto seguimiento de criterios matemáticos ni por la aplicación de los porcentajes de la ley de accidentes de trabajo, pues como bien lo decidió la cámara- la utilidad de dichos elementos sólo está dada como pautas genéricas de referencia (Fallos: 312:2412; causa H 48.XXIV "Harris, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios", sentencia del 9 de diciembre de 1993).

7º) Que, por otro lado, es insuficiente para modificar lo decidido la afirmación de la recurrente acerca de que el capital fijado como indemnización no le permitirá afrontar una subsistencia digna, pues la perjudicial consecuencia que invoca no pasa de ser una subjetiva discrepancia con lo decidido, en tanto se omite efectuar el desarrollo necesario para acreditar que el monto cuestionado no se adecua a la situación económica y laboral que el damnificado tenía con anterioridad al hecho, además de que el argumento queda reducido a un plano hipotético en la medida en que el apelante no ha expresado cuál es el contenido patrimonial que, a su entender, preserva debidamente la finalidad que aduce como frustrada.

8º) Que en cuanto a la omisión que alega de que no ha sido apreciado el agravamiento del daño originado por el lapso transcurrido desde el hecho sin haber percibido la indemnización, corresponde señalar que el retardo del responsable en cumplir con la obligación resarcitoria es compensado con el pago de los intereses moratorios que la sentencia ordena devengar desde que cada perjuicio ha sido causado (fs. 631 vta.), decisión que -además- ha receptado el pedido expresamente efectuado por el recurrente en el escrito de demanda (fs. 83 y 98 vta.) y que no debe ser modificada, pues se adecua a la extensión del resarcimiento contemplada en el art. 622 del Código Civil, máxime cuando el demandante no ha invocado que las acreencias que se ordenan pagar sean insuficientes para reparar el perjuicio en cuestión.

9º) Que igualmente ineficaz para incrementar el monto fijado es el argumento fundado en la autocontradicción del fallo porque no contempla la adquisición de un inmueble a pesar de que ha condenado a pagar el costo que demandará la refacción de la vivienda, pues la partida que se dice omitida no fue incluida en el escrito de demanda como objeto de la pretensión deducida, circunstancia que es un óbice insoslayable para que la cuestión sea examinada en esta instancia, en tanto una decisión al respecto vulneraría el principio procesal de congruencia, de raigambre constitucional, que este Tribunal ha tutelado en reiterados precedentes (art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 229:953 Ver Texto; 230:478 Ver Texto; 248:548; 302:263 Ver Texto; 307:948 ; 313:528).

Por lo demás, el principio -de igual jerarquía- de que la reparación debe ser integral, tiene el preciso alcance que surge de su enunciado en el sentido de que todo el daño causado debe ser resarcido, mas la necesidad de preservarlo -aun sin pedido de parte- que pesa sobre el órgano jurisdiccional llamado a intervenir, no justifica que sean sorteadas explícitas normas procesales que determinan el preciso alcance de la competencia apelada y que hacen a la tutela de la garantía de defensa en juicio.

En las condiciones expresadas, corresponde desestimar el agravio introducido y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en cuanto al monto del resarcimiento que establece para el rubro considerado.

10) Que con respecto a la cuantía de la indemnización por el agravio moral, una adecuada apreciación de las lesiones y padecimientos que la víctima ha debido soportar y sufrirá por el resto de su vida, lleva a la conclusión que este daño tiene una entidad que no es suficientemente compensada por la suma fijada en el pronunciamiento recurrido.

En efecto, Fredy Fernando Pérez tenía 25 años de edad el día 15 de marzo de 1989, en que sufrió el accidente ferroviario que genera de la responsabilidad ventilada en el sub lite. Sin perder el conocimiento, fue levantado de las vías y trasladado al Hospital Municipal de Pilar, en el que se le diagnosticó traumatismo de tórax y de columna vertebral con lesión medular; en dicho establecimiento se realizó la sutura de las heridas del cuero cabelludo y en el examen del sistema nervioso no se obtuvo movilidad de los miembros inferiores (fs. 220/221). Por la noche fue derivado al Hospital Rossi de la ciudad de La Plata (fs. 229), en el que se le efectuaron radiografías, para ser trasladado al día siguiente al Hospital Gral. San Martín de dicha ciudad, en el cual quedó internado en la sala de neurocirugía, donde le fue drenado un hemotórax izquierdo.

A partir del 12 de abril permaneció internado en el servicio de ortopedia y traumatología del mencionado establecimiento, por padecer fracturas de arcos posteriores cercanos al cuello, de las costillas IX, X, XI y XII del lado izquierdo con leve desplazamiento y de la XII vértebra dorsal -por acuñaamiento- más luxación con protusión de la pared ósea hacia el canal medular, que le provocaba paraplejía flácida. Asimismo, desarrolló úlceras por decúbito, una dorsal y otra sacra (fs. 527/535).

El 21 de junio se lo trasladó al Hospital de Rehabilitación Dr. Manuel Roca, en el que se le realizó una talla vesical por haber presentado una uretritis hemorrágica. El 19 de octubre se le colocó, bajo anestesia local, sonda vesical en permanencia, y el 21 de noviembre se efectuó intervención quirúrgica con anestesia general sobre columna dorso-lumbar, para colocar instrumental de Harrington e injertos óseos de ambas crestas ilíacas con el propósito de estabilizar la columna. El 21 de enero de 1990 se coloca a la víctima corset torácico y abdominal, autorizándolo a deambular en sillas de ruedas. El 2 de febrero se le retira la sonda vesical después de realizarse una cistometría; el 4 de mayo se le indican tres autocateterismos intermitentes por día y el 19 de junio de 1990 egresa de dicho nosocomio (fs. 174/194).

En la oportunidad en que fue examinado por el perito neurólogo, el actor presentaba en su cabeza dos cicatrices en el cuero cabelludo, una de las cuales está ubicada en el vértex, con forma de "z" y de 4 centímetros cada rama, y la otra en la región occipital izquierda, de corte vertical y de 6 centímetros. En el tronco, dicho auxiliar verificó al auscultar el hemitórax izquierdo, una menor entrada de aire y murmullo vesicular disminuido; herida quirúrgica de drenaje del hemotórax en parrilla costal izquierda; en toda la espalda, múltiples máculas y cicatrices discrónicas y planas por excoriaciones; cicatriz quirúrgica mediana, dorsal y lumbar, de 27 centímetros, y en su parte media otra cicatriz romboidal y transversal cuyo diámetro mayor es de 16 centímetros y el menor de 7 centímetros; cicatriz oblicua de 4 centímetros en región de la espina ilíaca en la parte posterior, superior y derecha; dos cicatrices oblicuas de 8 centímetros cada una en región de la espina ilíaca posterior e inferior, bilaterales y hacia adentro; una cicatriz elíptica en región sacra y ambas áreas superiores de los glúteos, por colgajos en "V" e "Y", opuestos por su base, que miden 30 centímetros en su diámetro transversal y 8 centímetros en dirección céfalo-caudal; cicatriz de talla vesical, plana, oval de diámetro transversal de 4 por 2 centímetros. En los miembros, el perito informó sobre la presencia de una cicatriz de canalización venosa en el codo derecho, paraplejía flácida arrefléxica con moderada hipotrofia muscular.

Sobre la base de los antecedentes relacionados, en el peritaje aludido se concluyó que Fredy Fernando Pérez padece secuelas neurológicas con compromiso total y permanente de las funciones motoras, sensitivas y anatómicas, que configuran una paraplejía con nivel sensitivo D. X, XI y XII que lo incapacita para la marcha, el control de los esfínteres, rectal y vesical, e impotencia sexual (fs. 426/429).

Por su lado, el perito médico psiquiatra expone que el damnificado padece una lesión en la esfera psíquica, consistente en una severa neurosis reactiva, con matices depresivos, a la que se agrega una sintomatología propia del llamado "síndrome de Pierre Marie" (fs. 260 vta.).

11) Que los antecedentes puntualizados son claramente demostrativos de las graves afecciones que la víctima ha debido tolerar en sus legítimos intereses de naturaleza extrapatrimonial y,

con mayor significación, de la fatal prolongación de aquellos padecimientos por el resto de su vida, pues la circunstancia de que las secuelas se hayan consolidado no soslaya ni atenúa en modo alguno la decisiva consecuencia de que para el actor, de 25 años de edad, este accidente ha significado la frustración definitiva e insuperable de todo proyecto que, cualquiera que fuere su naturaleza y su factibilidad, hubiera trazado para su futuro sobre la elemental base de conservar plenamente las aptitudes físicas y psíquicas que portaba hasta el día del hecho.

Por lo demás, la afirmación del tribunal a quo según la cual "...ninguna suma de dinero será suficiente para compensar los sufrimientos morales y espirituales" no se adecua con el carácter indemnizatorio que previamente se le había asignado a esta reparación, además de que tampoco autoriza a desentenderse de la entidad del agravio ni de las muy variadas aplicaciones que el damnificado podría dar a la suma en cuestión para mitigar el dolor que se dice comprender (Fallos: 308:1160).

Con tal comprensión de la entidad de los sufrimientos espirituales, teniendo en cuenta la naturaleza resarcitoria de rubro solicitado, que este concepto no tiene que guardar necesariamente relación con el daño material (Fallos: 308:1109; causa H.48.XXIV, citada anteriormente) y lo decidido por este Tribunal en un caso que guarda substancial analogía con el examinado en el sub iudice (causa P. 73. XXIII. "Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios", fallada el 1º de diciembre de 1992), se eleva el monto de esta reparación a la suma de pesos cuatrocientos mil (\$ 400.000), según, los valores imperantes para la fecha de la sentencia de primera instancia.

12) Que con relación a la cuantía de los gastos futuros que demandará la provisión de medicamentos y de elementos ortopédicos, además del tratamiento médico y de rehabilitación que deberá realizar el perjudicado, la insuficiencia de los agravios en que el tribunal a quo fundó su decisión de declarar desierto el recurso sobre el punto, no se adecua a las constancias de la causa ni al texto legal aplicable.

13) Que, en efecto, en primer lugar corresponde puntualizar que en el escrito de demanda se individualizó con toda precisión la entidad de este daño (fs. 89 vta./ 92), a la par que se aclaró suficientemente que la medida y valuación del perjuicio quedaba supeditada al resultado de los informes y de los peritajes a realizarse en la causa, pues sostuvo que esta forma de proceder estaba justificada por las circunstancias del caso, derivadas de la naturaleza de las lesiones, y por la imposibilidad de establecer el monto del perjuicio, en tanto se verificaban elementos decisivos que no estaban definitivamente determinados.

Por ello, si se tiene en cuenta que la pretensión fue promovida cuando la víctima todavía permanecía internada (fs. 105), que la demandada no efectuó objeción de ninguna índole sobre la forma y los alcances con que se introdujo este reclamo, al punto que negó expresamente la causación del daño y el contenido que se le había asignado, que los peritajes médicos y los informes de los que resultaban los montos a los que se supeditó el reclamo fueron debidamente sustanciados con las partes sin que se haya deducido impugnación alguna sobre las conclusiones que resultaban de dichas pruebas (fs. 230, 263 vta., 321, 416, 429 vta. y 476) y que el art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contempla expresamente que en supuestos como el planteado en el sub lite la parte actora queda legítimamente relevada de precisar el monto perseguido, cabe concluir que no es correcto el argumento utilizado en la sentencia para no considerar el agravio que había planteado el demandante.

14) Que, por otro lado, también es atendible el planteo del apelante en cuanto a la decisión de la alzada de declarar desierto el recurso, pues esta decisión exhibe un rigorismo formal que no se compadece con el real alcance del agravio que había introducido la demandante, pues -contrariamente a lo afirmado en la sentencia- en el memorial no se había efectuado una mera remisión al desarrollo realizado en el alegato, sino que, después de sostenerse que en dicha presentación se habían detallado cada uno de los gastos en función de su proyección temporal, se reiteró en forma concreta dicha

liquidación para demostrar la manifiesta insuficiencia del importe que, por el concepto examinado, había fijado el pronunciamiento de primera instancia (fs. 654/655).

15) Que, en consecuencia, corresponde que este Tribunal examine la impugnación introducida sobre el punto.

Al respecto, el peritaje realizado por el médico neurólogo descartó que la víctima necesite realizar una futura intervención quirúrgica para atemperar su cuadro actual, además de que tampoco precisará del acompañamiento de un enfermero diplomado. En cambio, el experto dictaminó un conjunto de erogaciones a realizar por el damnificado durante toda su vida, destinadas a: realización cada 4 o 6 meses de un examen de control por un médico especializado en urología, junto con un análisis de orina con urocultivo y antibiograma; adquisición de una sonda vesical por semana, de una bolsa colectora de orina cada diez días, de medicamentos para prevenir infecciones vesicales, de una cama ortopédica cada diez años, de un almohadón con siliconas por año, de un sillón electrónico cada 5 años y de un colchón neumático también cada cinco años. Asimismo, en el peritaje se afirmó que el actor requerirá un tratamiento de rehabilitación para reinsertarse socialmente (fs. 427 vta./429 vta.).

Por su lado, el perito médico especializado en psiquiatría concluyó en que la víctima requiere de un tratamiento terapéutico, el cual deberá realizarse durante los dos primeros años con una frecuencia de una sesión semanal y seis consultas anuales de control psiquiátrico, que demandará la suma de dinero que menciona (fs. 262). Asimismo, este profesional afirma que el actor requerirá durante toda su vida apoyo psicológico y clínico, como también control psiquiátrico.

16) Que frente a la certeza de los gastos que el demandante deberá afrontar en los términos que surgen de los peritajes aludidos (art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), corresponde que éstos sean resarcidos por el responsable según lo que dispone el art. 1086 del Código Civil, para cuya determinación cabe atenerse a las estimaciones realizadas en los mencionados dictámenes, toda vez que ellas están fundadas en el conocimiento que los expertos tienen como consecuencia inmediata del ejercicio de la especialidad que desarrollan, máxime cuando -además de que no ha existido impugnación de las partes- diversos ítems han sido corroborados por la prueba informativa agregada a fs. 230, 321, 416 y 476.

En cuanto al monto del resarcimiento, este Tribunal ha desechado el método -pretendido por el demandante- de sumar directamente cada una de las distintas erogaciones durante los 44 años que es considerado como el lapso de vida que le resta al damnificado, pues al consistir la reparación en el pago por parte del responsable de una prestación única y actual, aquel procedimiento conduce a un enriquecimiento ilícito que lesiona el principio sentado en el art. 1083 del Código Civil, toda vez que a los efectos de una adecuada determinación del contenido patrimonial de este daño no cabe desentenderse de la renta que dicho capital -aun manteniendo intangible su valor- producirá durante el período en cuestión y de su razonable relación con los gastos que paulatinamente deberán afrontarse (causa A.181.XXIV "Argañaraz, Juan Carlos y otra c/ Empresa Nacional de Agua y Energía s/ daños y perjuicios", sentencia del 23 de febrero de 1993).

En tales condiciones, se eleva la cuantía de este concepto a la suma de noventa y un mil pesos (\$ 91.000).

17) Que en atención a las modificaciones que introduce esta sentencia, corresponde en los términos del art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que se adecue -en lo que concierne al recurso de la actora- el pronunciamiento sobre las costas generadas por la actuación cumplida en segunda instancia, por lo que de conformidad con lo establecido por los arts. 68 y 71 del código citado, se imponen a la demandada la totalidad de las propias y el 90 % de las de la actora, que por ende- sólo deberá soportar el 10 % restante de las propias.

En cuanto a las ocasionadas por esta instancia, sobre la base del resultado a que se arriba y de las normas citadas, se impone a la demandada la totalidad de las propias y el 80 % de las de la actora, que únicamente deberá afrontar el 20 % restante de las propias.

Por ello, se declara procedente el recurso ordinario, se confirma la sentencia en cuanto al monto de la indemnización fijado por el concepto incapacidad y se la modifica en cuanto a los importes establecidos por los rubros daño moral y gastos futuros que se elevan, respectivamente, hasta las sumas de cuatrocientos mil pesos (\$ 400.000) y noventa y un mil pesos (\$ 91.000) según los valores imperantes para la fecha de la sentencia de primera instancia. Asimismo se adecua la decisión sobre las costas de segunda instancia en lo que concierne al recurso de la actora, que se imponen a la demandada en su totalidad en cuanto a las propias y el 90 % de las de la actora, que deberá soportar el 10 % restante de las propias. En cuanto a las costas de esta instancia, se imponen a la demandada la totalidad de las propias y el 80 % de las de la actora, que deberá soportar el 20 % restante de las propias. Notifíquese y devuélvase.

B) Derecho a la reparación de daños. Jerarquía constitucional.

El derecho a la reparación de los daños ocasionados o sufridos ha sido emplazado por la Corte Suprema, en numerosos fallos, como un derecho de jerarquía constitucional. A continuación se señalan los principales precedentes.

1. “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos” (5/08/1986, Fallos, 308:1160; JA, 1986-IV-625).

La Corte consideró que “la sentencia apelada lesiona el principio *alterum non laedere* que tiene raíz constitucional (art. 19, Const. Nacional) y ofende al sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna” (consid. 7º). Agregó seguidamente: “Que (...) no figura entre las potestades de un Estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social” (consid. 8º).

Texto completo del fallo:

Buenos Aires, agosto 5 de 1986.

Considerando: 1º) Que la sentencia de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Rev. LA LEY, t. 1985-B, p. 557, fallo 36.797-S), impugnada mediante el recurso extraordinario deducido a fs. 500/524, cuya denegación dio lugar a la presente queja, modificó el fallo de primera instancia -que había hecho lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios ordenando abonar a los actores la suma de \$a 2.786.510-y redujo el monto de la condena a \$a 557.400.

2º) Que para la mejor comprensión del caso, conviene indicar que a fs. 40/51 promovieron demanda los cónyuges Luis F. de Santa Coloma y Jacqueline C. A. Dedoyard de Santa Coloma -por derecho propio y el primero de los nombrados también en representación del menor Martín A. de Santa Coloma- contra la Empresa Ferrocarriles Argentinos, por cobro de los daños materiales y morales resultantes del accidente ferroviario acaecido el 8 de marzo de 1981, en las cercanías de Brandsen, Provincia de Buenos Aires. En ese suceso perdieron la vida las menores Isabel C., Florencia y Luz de Santa Coloma y sufrió diversas heridas el mencionado Martín A., todos ellos hijos de los actores.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda por la suma ya indicada. Interpuestos recursos de apelación por la actora y la demandada, la Cámara en su decisión de fs. 484/491 modificó el monto de la condena, reduciéndolo a la suma de \$a 557.400. En cuanto aquí interesa, cabe señalar que la alzada revocó la decisión de primera instancia en lo concerniente al invocado daño material sufrido por los padres a consecuencia de la muerte de sus tres hijas -por entender que éste no había sido probado- y, por otra parte, disminuyó considerablemente la suma fijada por el inferior en materia de daño moral.

Los actores se agraviaron de la manera en que la sentencia apelada resolvió los mencionados puntos, y sostuvieron su arbitrariedad con base en los variados vicios que señalan en su recurso de fs. 500/524 y en la presente queja.

3º) Que los agravios de los apelantes suscitan cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, pues si bien remiten al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia propia de los jueces de la causa y ajena, como regla y por su naturaleza, a la instancia extraordinaria (Fallos, t. 302, p. 1095; t. 300, p. 694 -Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2191, sum. 465; 2192, sum. 466-), corresponde

apartarse de tal principio cuando, como en el caso, median razones de mérito suficientes para descalificar el pronunciamiento.

4º) Que, en efecto, al rechazar toda indemnización por daño material a los padres, la sentencia señala que ni aun a título de "chance" -representada por la posible ayuda económica que pueda prestar en el futuro un hijo- corresponde fijar suma alguna. Lo decidido al respecto en segunda instancia se funda en que la holgada situación del matrimonio Santa Coloma -que no hace razonable prever que hubiere de recibir ayuda económica de sus hijas- impediría asegurar que de la muerte de éstas vaya a resultar perjuicio material para los actores.

De lo expuesto resulta una contradicción en el razonar del tribunal apelado, que lo priva de validez lógica. En efecto, si aquello que se trata de resarcir es la "chance" que, por su propia naturaleza, es sólo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte de las menores vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo de "chance" de cuya reparación se trata. Por otra parte, la sentencia pasa por alto la circunstancia de que el apoyo económico que los hijos pueden brindar a sus padres no se reduce a lo asistencial -bien que esto es lo habitual en las familias de escasos recursos y que, en determinados medios puede traducirse más frecuentemente en la colaboración en la gestión del capital familiar, según su envergadura-, cuando la edad de los progenitores así lo exija.

5º) Que también debe hacerse lugar a los agravios de los actores en lo que se refiere al capítulo de la sentencia que reduce la suma que por daño moral había fijado el juez de primera instancia. En efecto, después de invocar que la reparación del daño moral tendría una finalidad principalmente punitiva, el a quo fija por este rubro \$a 230.000, como correspondiente al sufrido por los padres, no sin antes señalar -entre otras consideraciones- que ha tenido en cuenta el obrar del culpable y las consecuencias de su accionar.

Los vicios que en esta parte presenta la sentencia apelada llevan al tribunal a detenerse con cierto detalle en su análisis. Como dato esencial se observa lo ínfimo de la suma por la que se hace progresar el reclamo. Ello salta a la vista si se la reajusta al momento actual -usando cualquiera de los índices estadísticos oficiales- o si se la compara con lo admitido por el a quo en concepto de "gastos de sepelio" (que representan un 66,52 % de aquélla). En este aspecto es tal la desproporción entre la suma en examen y la trágica entidad de la muerte de las tres hermanas -de 9, 10 y 13 años al momento del siniestro- que sólo cabe recordar el viejo adagio "res ipsa loquitur".

La alzada ha pretendido fundamentar su conclusión en este punto, en la concepción según la cual lo punitivo o sancionatorio sería la única base que justificaría establecer una suma por daño moral. A este respecto, la sentencia destaca "la gravedad de la conducta de Ferrocarriles Argentinos, cuya notable negligencia surge con meridiana claridad" y no se desentiende de las que denomina "consecuencias del accionar", acerca de lo que manifiesta no olvidar "el tremendo dolor que han debido sufrir los progenitores". Como la capacidad económica de la demandada resulta obvia -lo que por notorio ha hecho que el juzgador ni se detuviera en el punto- fácilmente se concluye que se encuentran reunidos todos los requisitos que, desde la perspectiva asumida por la Cámara, imponen la aplicación de una condigna sanción, resultado al que, inexplicablemente, no se arriba. Ello revela una evidente contradicción con las premisas aceptadas y descalifica el pronunciamiento (Fallos, t. 300, p. 993 -Rev. LA LEY, t. 1978-D, p. 707-, cons. 7º; fallo recaído "in re" "Rossi, Virgilio I. c. Dirección Nac. de Vialidad s/ nulidad de acto administrativo" de fecha 8 de setiembre de 1981, R. 508.XVIII. consid. 2º).

6º) Que, por otra parte, resultan dogmáticas y carentes de la debida fundamentación las afirmaciones del a quo según las cuales el dolor de los padres "no es susceptible de ser aplacado, ni siquiera en grado mínimo, por la recepción de dinero, cualquiera sea la cantidad", pires a tal dolor "nada agregará

ni quitará la cifra que reciban los agraviados", lo que demostraría que "la reparación que otorga la ley no puede tener tal finalidad".

En primer lugar, tal aserción no intenta siquiera compatibilizarse con los textos legales en los que la mentada "reparación" aparece inequívocamente relacionada con la acción por indemnización y la obligación de resarcir (arg. arts. 522 y 1078, Código Civil). Por otra parte, el pronunciamiento en recurso no atiende a las muy variadas aplicaciones que los padres de la menores podrían dar a la suma en cuestión, al decretar de modo indemostrable que jamás éstos podrán -a través de ese medio- obtener un ápice de consuelo o satisfacción, por más digna, noble o espiritual que fuese.

7º) Que al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es -por su menguado monto- meramente nominal y al renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera -por imperfecta que sea- el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del "alterum non laedere" que tiene raíz constitucional (art. 19, ley fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna.

8º) Que, asimismo, no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social. Es obvio que, desde una especial -y respetable- concepción de la ética, puede mirarse a la reparación del daño moral como un apartamiento de las rigurosas exigencias que tal ética formula a quienes deseen seguirla. Pero no cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues, como lo señala Cardozo, "los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad comente de hombres y mujeres de conciencia recta" (The nature of the judicial process", p. 106, U.S. 1937, Yale University Press). En efecto, la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional.

Ahora bien; en el sentimiento corriente, la actitud hacia las pérdidas definitivas no es aconsejar su asunción heroica, sino que se traduce en un activo intento de mitigarlas, aun a sabiendas de la pobreza de medios con que se cuenta a ese fin. No es ésta, sin embargo, la posición de la Cámara, que de hecho compele a un renunciamiento -consistente en soportar calladamente la pérdida de tres hijas- que no puede ser impuesto a los demás, sino sólo libremente escogido por ellos.

9º) Que, por todo lo dicho, el pronunciamiento recurrido no constituye una derivación razonada del derecho vigente por lo que debe ser revocado, de conformidad con la conocida doctrina del tribunal en materia de sentencias arbitrarias.

Por ello y lo concordante dictaminado por el Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 500/524 y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que se proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo al presente. Con costas (Augusto C. Belluscio. - Carlos S. Fayt. - Enrique S. Petracchi. - Jorge A. Bacqué).

2. "Gunther" y "Luján" (5/08/1986).

En "Gunther" (Fallos, 308:1118; JA, 1987-IV-653) y "Luján" (Fallos, 308:1109), la Corte reconoció expresamente que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional, con sustento también en el art. 19 de la Consto Nacional: "Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el arto 19 de la Consto Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica".

Esta doctrina fue reiterada en los años siguientes, pudiendo mencionarse como buen ejemplo de ella, lo resuelto en “P., F. F. C. Ferrocarriles Argentinos” (LL, 1995-E-17), “Peón” (17/08/1998, “Peón, Juan D. y otra C. Centro Médico del Sud S.A.”, JA, 2000-IV-17) y “Aquino” (21/09/2004, Fallos 327:3753), donde la Corte proclamó que el principio constitucional de la reparación debe ser además integral.

Esta circunstancia –la constitucionalización del derecho a la reparación del daño injustamente sufrido- conlleva la necesidad de articular la metodología empleada en la fundamentación de sentencias, en el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho o, como se ha denominado en los últimos tiempos, “neoconstitucionalismo”.

3. “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.” (21/09/2004, Fallos 327:3753). Buenos Aires, setiembre 21 de 2004.

Considerando: 1º) Que la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que, después de haber declarado la inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1, de la ley 24.557 de riesgos del trabajo (LRT), condenó a la empleadora demandada, con base en el Código Civil, al pago de la indemnización por daños derivados del accidente laboral (producido en noviembre de 1997), reclamada por el actor, empleado de la primera. Juzgó a tal fin, en síntesis y entre otras consideraciones, que el régimen indemnizatorio de la LRT aplicable en el caso era marcadamente insuficiente y no conducía a la reparación plena e integral que debía garantizarse al trabajador con arreglo al art. 14 bis de la Constitución Nacional y a otras normas de jerarquía constitucional enunciadas en diversos instrumentos internacionales contenidos en el art. 75, inc. 22, de aquélla, máxime cuando sólo la indemnización relativa al lucro cesante triplicaba la prevista por la LRT para el supuesto de fallecimiento. El a quo, por otro lado, tomó en cuenta que el trabajador, cuando contaba con la edad de 29 años, a consecuencia del infortunio laboral sufrido al caer desde un techo de chapa ubicado a unos 10 metros del piso, padecía de una incapacidad del 100% de la llamada total obrera, encontrándose impedido de realizar cualquier tipo de actividad, sea en la especialidad de aquél o en cualquier otra. Señaló, asimismo, que llegaba firme ante la alzada la conclusión del fallo de primera instancia, en cuanto a que estaba demostrado que al trabajador no le habían sido otorgados los elementos de seguridad y que no se había colocado red u otra protección para el caso de caídas.

2º) Que contra dicha sentencia, sólo en la medida en que declaró la inconstitucionalidad de la LRT, la demandada interpuso recurso extraordinario, que ha sido incorrectamente denegado tal como lo pone de manifiesto Procurador Fiscal en el dictamen antecedente (punto IV). Luego, al estar en juego una cuestión federal y encontrarse reunidos los restantes requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario previstos en los arts. 14 y 15 de la ley 48, corresponde hacer lugar a la queja interpuesta con motivo de la mencionada denegación.

En tales condiciones, la Corte procederá a examinar los agravios sobre la invalidez del art. 39, inc. 1, de la LRT, que reza: "Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil".

3º) Que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el "principio general" que "prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero": alterum non laedere, que se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación". A ello se yuxtapone, que "la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil sólo consagra el [citado] principio general", de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto "a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier

disciplina jurídica" ("Gunther c. Estado Nacional", Fallos: 308:1118, 1144, considerando 14; asimismo: Fallos: 308:1109).

En este sentido, la jurisprudencia del tribunal cuenta con numerosos antecedentes que han profundizado la razón de ser de los alcances reparadores integrales que establecen las mencionadas normas del Código Civil las cuales, como ha sido visto, expresan el también citado "principio general" enunciado en la Constitución. Cabe recordar, entonces, que el "valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres". Es, lo transcripto, la ratio decidendi expuesta ya para el 26 de agosto de 1975 (Fallos: 292:428, 435, considerando 16; asimismo: Fallos: 303:820, 822, considerando 2º; 310:2103, 2111, considerando 10, y 312:1597, 1598, entre muchos otros), y que el paso del tiempo y las condiciones de vida que lo acompañaron no han hecho más que robustecer, sobre todo ante la amenaza de hacer del hombre y la mujer, un esclavo de las cosas, de los sistemas económicos, de la producción y de sus propios productos (Juan Pablo II, Redemptor hominis, 52).

En esta línea de ideas, la Corte también tiene juzgado, dentro del antedicho contexto del Código Civil y con expresa referencia a un infortunio laboral, que la reparación también habrá de comprender, de haberse producido, el "daño moral". Más aún; la "incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de [la] actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable". En el caso, fue juzgado que "la pérdida casi total de la audición sufrida por el actor, y sus graves secuelas, sin duda producen un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc." (Fallos: 308:1109, 1115, considerando 7º). De ahí, que "los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos - aunque elementos importantes que se deben considerar- no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio" (Fallos: 310:1826, 1828/1829, considerando 5º). En el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de "chance", cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos: 308:1109, 1117, considerando 9º).

Estos precedentes, por lo demás, se corresponden, de manera implícita pero inocultable, con los principios humanísticos que, insertos en la Constitución Nacional, han nutrido la jurisprudencia constitucional de la Corte. En primer lugar, el relativo a que el "hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" ("Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud y Acción Social" Fallos: 323:3229, 3239, considerando 15 y su cita -La Ley, 2001-C, 32-). En segundo término, el referente a que el "trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, [...] normativamente comprendidos en la Constitución Nacional...Y ello sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan" ("S.A. de Seguros 'El Comercio de Córdoba' c. Trust" Fallos: 258:315, 321, considerando 10 y

sus citas; en igual sentido Fallos: 304:415, 421, considerando 7°). El Régimen de Contrato de Trabajo (ley 20.744) se inscribe en esta perspectiva, cuando preceptúa que el "contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico..." (art. 4).

En breve, como fue expresado hace varios siglos, no es la mano la que trabaja, sino el hombre mediante la mano: homo per manum.

4°) Que la Corte, en "Provincia de Santa Fe c. Nicchi", juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera "justa", puesto que "indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento", lo cual no se logra "si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida" (Fallos: 268:112, 114, considerandos 4° y 5°). Esta doctrina, por cierto, fue enunciada y aplicada en el campo de la indemnización derivada de una expropiación y con base en el art. 17 de la Constitución Nacional. Empero, resulta a todas luces evidente que con mayor razón deberá serlo en la presente controversia. Por un lado, no está ahora en juego la protección de la integridad patrimonial, esto es, según el citado precedente "Campodónico de Beviacqua", un valor instrumental, sino uno fundamental, la protección de la inviolabilidad física, psíquica y moral del individuo trabajador ante hechos o situaciones reprochables al empleador. Por el otro, la propia Constitución Nacional exige *expressis verbis*, y no ya implícitamente como ocurre con el citado art. 17, que la ley asegurará condiciones "equitativas", i.e. justas, de labor (art. 14 bis). Y aun podría agregarse que si el expropiado amerita tan acabada reparación, insusceptible de mayores sacrificios ante nada menos que una causa de "utilidad pública" (art. 17 cit.), a fortiori lo será el trabajador dañado, por cuanto la "eximición" de responsabilidad impugnada tiene como beneficiario al empleador, que no ha sabido dar cumplido respeto al principio *alterum non laedere*. Adviértase, por lo demás, que según lo indicó el juez Risolía, la regla de "Provincia de Santa Fe" transcripta al comienzo de este párrafo, es aplicable a los litigios por daños y perjuicios (en el caso, derivados de un accidente de tránsito), lo que "impone que la indemnización deba ser 'integral' -que vale tanto como decir 'justa'-, porque no sería acabada indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte" (Fallos: 283:213, 223, considerando 4° y su cita). En términos análogos se expresó, en la misma oportunidad, la jueza Argúas: "en forma unánime la doctrina nacional y extranjera y la jurisprudencia de casi todos los tribunales del país, sostienen que la indemnización debe ser 'integral' o justa [...] ya que si no lo fuera y quedara subsistente el daño en todo o en parte, no existiría tal indemnización" (p. 225, considerando 8°). Asimismo, esta Corte reconoció la aplicación del art. 21, inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa", a reclamos fundados en violaciones al derecho a la vida, dando así a dichos bienes un alcance que trasciende la esfera de lo patrimonial (O.158.XXXVII "Oharriz, Martín Javier c. M° J y DD HH - ley 24.411 -resol. 111/90-", sentencia del 26 de agosto de 2003).

5°) Que, en tales condiciones, el thema a esclarecer consiste en si el art. 39, inc. 1, de la LRT conduce a un resultado compatible con los principios enunciados en los dos considerandos anteriores, no obstante que dispone la eximición de responsabilidad civil del empleador y, por ende, "desarraiga" de la "disciplina jurídica" de los accidentes y enfermedades laborales la reglamentación que hace el Código Civil (excepción hecha del art. 1072 de este último, que contempla un supuesto ajeno a la litis). Ahora bien, dado que dicha eximición es producto de las "prestaciones" de la LRT, el aludido esclarecimiento requiere el estudio de los alcances de la prestación por incapacidad permanente total declarada definitiva (LRT, art. 15, inc. 2, segundo párrafo, según texto vigente a la fecha del accidente y al que se aludirá en adelante). Esto es así, por cuanto fue con base en dicha prestación que los jueces de la causa compararon el régimen de la LRT con el del Código Civil. Cuadra advertir, a los efectos de dicha comparación, que las restantes prestaciones de la LRT, i.e., las llamadas "en especie" (art. 20, inc. 1, a, b y c), nada agregan a lo que el régimen civil hubiese exigido al empleador (vgr., Fallos: 308:1109, 1116, considerando 8°).

Otro tanto correspondería decir si se quisiera integrar al plexo de prestaciones, las previstas para la situación de incapacidad laboral temporaria y de provisionalidad de la incapacidad laboral permanente total (LRT, arts. 13 y 15, inc. 1, primer párrafo).

6°) Que puesto el debate en el quicio indicado, lo primero que debe afirmarse es que resulta fuera de toda duda que el propósito perseguido por el legislador, mediante el art. 39, inc. 1, no fue otro que consagrar un marco reparatorio de alcances menores que los del Código Civil. Varias razones justifican este aserto. Por un lado, de admitirse una posición contraria, debería interpretarse que la eximición de responsabilidad civil impugnada carece de todo sentido y efecto útil, lo cual, regularmente, es conclusión reñida con elementales pautas de hermenéutica jurídica (Fallos: 304: 1524, y otros), mayormente cuando se trata de una norma que, en el seno de las dos cámaras del Congreso de la Nación, despertó encendidos debates y nada menos que en torno de su constitucionalidad (v. Antecedentes parlamentarios, Buenos Aires, La Ley, 1996-A, ps. 465, 468, 469/470, 476/477, 481 y 505/515 -para la Cámara de Diputados-; y 555, 557/558, 562, 569/574 -para la de Senadores-; ver asimismo, el despacho en minoría formulado en la primera de las citadas cámaras -ídem, p. 462-).

Por el otro, es manifiesto que, contrariamente a lo que ocurre con el civil, el sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida. De no ser esto así, el valor mensual del "ingreso base" no sería el factor que determina el importe de la prestación, sobre todo cuando el restante elemento, "edad del damnificado", no hace más que proyectar dicho factor en función de este último dato (LRT, art. 15, inc. 2, segundo párrafo). Súmanse a ello otras circunstancias relevantes. El ingreso base (LRT, art. 12, inc. 1): a. sólo toma en cuenta los ingresos del damnificado derivados del trabajo en relación de dependencia e, incluso en el caso de pluriempleo (ídem, art. 45.a), lo hace con el limitado alcance del decreto 491/97 (art. 13); y b. aun así, no comprende todo beneficio que aquél haya recibido con motivo de la aludida relación, sino sólo los de carácter remuneratorio, y, además, sujetos a cotización, lo cual, a su vez, supone un límite derivado del módulo previsional (MOPRE, ley 24.241, art. 9, modificado por decreto 833/97). Finalmente, la prestación, sin excepciones, está sometida a un cuántum máximo, dado que no podrá derivar de un capital superior a los \$ 55.000 (LRT, art. 15, inc. 2, segundo párrafo).

En suma, la LRT, mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, y la consiguiente eximición de responsabilidad del empleador de su art. 39, inc. 1, sólo indemniza daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, evalúa menguadamente.

7°) Que, por ende, no se requiere un mayor esfuerzo de reflexión para advertir que la LRT, al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances, la tutela de los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil, no se adecua a los lineamientos constitucionales antes expuestos, a pesar de haber proclamado que tiene entre sus "objetivos", en lo que interesa, "reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales" (art. 1, inc. 2.b). Ha negado, a la hora de proteger la integridad psíquica, física y moral del trabajador, frente a supuestos regidos por el principio *alterum non laedere*, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional y, de consiguiente, por esta Corte, que no deben cubrirse sólo en apariencia (Fallos: 299:125, 126, considerando 1° y sus citas, entre muchos otros). Para el presente caso, es de reiterar lo expresado en el considerando 1°, que llega firme a esta instancia: por un lado, la falta imputable al empleador por no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias, y, por el otro, la insuficiencia de la reparación prevista en la LRT.

En este orden de ideas, el Tribunal no advierte la existencia de motivo alguno que pudiera justificar no ya el abandono sino la simple atenuación de la doctrina constitucional de la que se ha hecho mérito;

antes bien, las razones que serán expuestas en el presente considerando, así como en los siguientes, imponen un celoso seguimiento de aquélla.

En efecto, es manifiesto que el art. 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional. Al prescribir lo que dio en llamarse el principio protectorio: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes", y al precisar que éstas "asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor", la reforma constitucional de 1957 se erige en una suerte de hito mayúsculo en el desarrollo de nuestro orden constitucional, por haber enriquecido el bagaje humanista del texto de 1853-1860 con los renovadores impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX. Impulsos estos percibidos por la Corte en temprana hora (1938), cuando juzgó válidas diversas reglamentaciones tutelares de la relación de trabajo con base en que el legislador argentino, mediante ellas, no hacía otra cosa que seguir "el ritmo universal de la justicia" (Fallos: 181:209, 213). Ritmo que, a su turno, la reforma de 1957 tradujo en deberes "inexcusables" del Congreso a fin de "asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables" (Fallos: 252:158, 161, considerando 3º). La "excepcional significación, dentro de las relaciones económico-sociales existentes en la sociedad contemporánea, hizo posible y justo" que a las materias sobre las que versó el art. 14 bis "se les destinara la parte más relevante de una reforma constitucional" (ídem, p. 163, considerando 7º y sus citas).

Para el constituyente que la elaboró y sancionó, la citada norma entrañaba, en palabras del miembro informante de la Comisión Redactora, convencional Lavalle, una aspiración "a derrotar [...] al 'hombre tuerca' [...] y soliviantar al 'hombre criatura' que, agrupado en su pueblo, en el estilo de la libertad y en nombre de su humana condición, realiza, soñador y doliente, agredido y esperanzado, con perspectiva de eternidad, su quehacer percedero" (Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, t. II, pág. 1061).

8º) Que la manda constitucional del art. 14 bis, que tiene ya cumplidos 47 años, a su vez, se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es asaz concluyente al respecto, pues su art. 7 preceptúa: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] a.ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias [...]; b) La seguridad y la higiene en el trabajo". A ello se suma el art. 12, relativo al derecho de toda persona al "disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", cuando en su inc. 2 dispone: "Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar este derecho, figurarán las necesarias para [...] b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo [...]; c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades [...] profesionales". El citado art. 7.b del PIDESC, corresponde subrayarlo, implica que, una vez establecida por los estados la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados (Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 242).

Añádense a este listado de normas internacionales con jerarquía constitucional, por un lado, las relativas a la específica protección de la mujer trabajadora contenidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, como son, más allá de las previstas en cuanto a la discriminación respecto del trabajador masculino, vgr., el art. 11, que impone la "salvaguardia de la función de reproducción" (inc. 1.f), y que obliga al Estado a prestar "protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado pueden resultar perjudiciales para ella" (inc. 2.d). Por el otro, no puede ser pasada por alto la protección especial del niño

trabajador, claramente dispuesta en el art. 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y de manera general, en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Dicha actividad es demostrativa de la gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador víctima de un accidente laboral. Por ejemplo, no ha faltado en el seno de ese órgano la censura a la New Zealand Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act de 1992, en cuanto ponía en cabeza del trabajador víctima de un accidente una parte del costo del tratamiento médico (Comisionado Simma, Summary record of the 25th meeting: New Zealand. 22/12/1993, E/C.12/1993/SR. 25, párr. 17). A su vez, las Directrices relativas a la Forma y el Contenido de los Informes que deben presentar los Estados Partes, elaboradas por el citado Comité, requieren que éstos den cuenta de las disposiciones legales, administrativas o de otro tipo, que prescriban condiciones mínimas de seguridad e higiene laborales, y proporcionen los datos sobre el número, frecuencia y naturaleza de accidentes (especialmente fatales) o enfermedades en los últimos 10 y 5 años, comparándolos con los actuales (HRI/GEN/2, 14-4-2000, párr. 16.a y b). Agrégase a ello, que no son escasas las advertencias y recomendaciones del mencionado órgano internacional, dirigidas a los países en los que las leyes de seguridad en el trabajo no se cumplen adecuadamente, de lo que resulta un número relativamente elevado de accidentes laborales tanto en el ámbito privado como en el público (vgr., Observaciones finales al tercer informe periódico de Polonia, E/C.12/Add.26, 16-6-1998). Respecto de nuestro país, el Comité mostró su inquietud con motivo de la "privatización de las inspecciones laborales", y por el hecho de que "a menudo las condiciones de trabajo [...] no reúnan las normas establecidas". De tal suerte, lo instó "a mejorar la eficacia de las medidas que ha tomado en la esfera de la seguridad y la higiene en el trabajo [...], a hacer más para mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad ambientales e industriales, y a asegurar que la autoridad pública vigile e inspeccione las condiciones de higiene y seguridad industriales" (Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina, 1-12-1999, E/C.12/1/Add.38, párrs. 22 y 37). Cabe acotar que, ya en las Observaciones que aprobó el 8 de diciembre de 1994, este órgano había advertido a la Argentina "que la higiene y la seguridad en el lugar de trabajo se encuentran frecuentemente por debajo de las normas establecidas", por lo que también había instado al Gobierno "a que analice los motivos de la falta de eficacia de sus iniciativas de seguridad e higiene en los lugares de trabajo y a que haga más esfuerzos para mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad medioambiental y laboral" (E/C.12/1994/14, párrs. 18 y 21).

Desde otro punto de vista, el ya mencionado principio protectorio del art. 14 bis guarda singular concierto con una de las tres obligaciones que, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, impone el PIDESC al Estado ante todo derecho humano: la de "proteger", por cuanto requiere que este último "adopte medidas para velar que las empresas o los particulares" no priven a las personas de los mentados derechos (v. Observación General N° 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 1999; N° 13. El derecho a la educación (art. 13), 1999; N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), 2000, y N° 15. El derecho al agua (arts. 11 y 12), 2002, HRI/GEN/1/Rev.6, ps. 73 -párr. 15-, 89 -párr. 50-, 104 -párr. 35- y 123 -párrs. 23/24-, respectivamente).

En línea con lo antedicho, no huelga recordar los más que numerosos antecedentes que registra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de las llamadas "obligaciones positivas" de los estados, que ponen en cabeza de éstos el deber de "garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder, y también en relación con actuaciones de terceros particulares" (v., entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y Derechos Humanos

del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28-8-2002, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002, San José, 2003, ps. 461/462, párr. 87 y sus citas).

Más aún; en el terreno de las personas con discapacidad, en el que se insertan, naturalmente, las víctimas de infortunios laborales, el PIDESC exige "claramente que los gobiernos hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas" para dichas personas. "En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena realización e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas", máxime cuando la del empleo "es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido tan preeminente como persistente. En la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 5. Las personas con discapacidad, 1994, HRI/GEN/1/Rev.6, ps. 30 -párr. 9- y 33 -párr. 20-).

9°) Que, en suma, lo expresado en los dos considerandos anteriores determina que, si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). De tal manera, el proceder legislativo resultaría, además, acorde con los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. Valga citar, por hacerlo de uno de los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero reiterativo de su tradicional jurisprudencia, que cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se impone una "justa indemnización". Y las reparaciones, "como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial" y no pueden implicar el "empobrecimiento de la víctima" (Bamaca Velázquez vs. Guatemala. Reparaciones, sentencia del 22-2-2002, Serie C N° 91, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002, San José, 2003, ps. 107/108, párrs. 40/41 y sus citas).

10) Que, desde otro ángulo, es un hecho notorio que la LRT, al excluir la vía reparadora del Código Civil eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último (v. Fallos: 123:379), que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9688 de accidentes del trabajo, sancionada en 1915 (art. 17).

Ahora bien, este retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se "compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2.1). La norma, por lo pronto, "debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata". Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo "más explícita y eficazmente posible" a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el sub lite, "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos

de que se disponga" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, p. 18, párr. 9; asimismo: Observación General N° 15, cit., p. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, p. 14, párr. 23).

Más todavía; existe una "fuerte presunción" contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 y N° 15, cits., ps. 103 -párr. 32- y 122 -párr. 19-, respectivamente), sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que "la mejora continua de las condiciones de existencia", según reza, preceptivamente, su art. 11.1.

El mentado principio de progresividad, que también enuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisamente respecto de los derechos económicos y sociales (art. 26), a su vez, ha sido recogido por tribunales constitucionales de diversos países. Así, vgr., la Corte de Arbitraje belga, si bien sostuvo que el art. 13.2.c del PIDESC no tenía efecto directo en el orden interno, expresó: "esta disposición, sin embargo, se opone a que Bélgica, después de la entrada en vigor del Pacto a su respecto [...], adopte medidas que fueran en contra del objetivo de una instauración progresiva de la igualdad de acceso a la enseñanza superior..." (Arrêt n° 33792, 7-5-1992, IV, B.4.3; en igual sentido: Arrêt n° 40/94, 19-5-1994, IV, B.2.3). Este lineamiento, por cierto, es el seguido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al censurar, por ejemplo, el aumento de las tasas universitarias, dado que el art. 13 del PIDESC pide por lo contrario, esto es, la introducción progresiva de la enseñanza superior gratuita (Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.29, párr. 22).

En un orden de ideas análogo, el Tribunal Constitucional de Portugal ha juzgado que "a partir del momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) los deberes constitucionalmente impuestos para realizar un derecho social, el respeto de la Constitución por parte de éste deja de consistir (o deja sólo de consistir) en una obligación positiva, para transformarse (o pasar a ser también) una obligación negativa. El Estado, que estaba obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social" (Acórdão N° 39/84, 11-4-1984, la itálica es del original; asimismo: Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 4ª. ed., p. 469 y la doctrina allí citada, a propósito del "principio de prohibición de retroceso social" o de "prohibición de evolución reaccionaria").

De su lado, el Consejo Constitucional francés, con referencia a los objetivos de valor constitucional, tiene juzgado que, aun cuando corresponde al legislador o al Gobierno determinar, según sus competencias respectivas, las modalidades de realización de dichos objetivos y que el primero puede, a este fin, modificar, completar o derogar las disposiciones legislativas proclamadas con anterioridad, esto es así en la medida en que no se vean privadas las garantías legales de los principios de valor constitucional que dichas disposiciones tenían por objeto realizar (Décision n° 94-359 DC del 19-1-1995, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 1995, París, Dalloz, ps. 177/178, párr. 8). Es esta una muestra de la jurisprudencia llamada du cliquet (calza que impide el deslizamiento de una cosa hacia atrás), que prohíbe la regresión, mas no la progresión.

Cabe memorar, en este contexto, las palabras del ya mencionado miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957, sobre el destino que se le deparaba al proyectado art. 14 bis, a la postre sancionado. Sostuvo el convencional Lavalle, con cita de Piero Calamandrei, que "un gobierno que quisiera substraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante", aun

cuando ello "podrá desagradar a alguno que querría permanecer firme" (Diario de sesiones..., cit., t. II, p. 1060).

11) Que la exclusión y eximición sub *discussio* impuestas por la ley de 1995, también terminan mortificando el fundamento definitivo de los derechos humanos, enunciado desde hace más de medio siglo por la Declaración Universal de Derechos Humanos: la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta "intrínseca" o "inherente" a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (Preámbulo, primer párrafo, y art. 1; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional). Fundamento y, a la par, fuente de los mentados derechos pues, según lo expresa el PIDESC, los derechos en él enunciados "se desprenden" de la dignidad inherente a la persona humana (Preámbulo, segundo párrafo; en iguales términos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo, segundo párrafo. Ver asimismo: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo). Por demás concluyente es este último tratado de raíz continental: ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano [...]" (art. 29.c), así como también lo es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Considerando: Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar materialmente y alcanzar la felicidad..." (primer párrafo).

Protección de la dignidad del hombre que, inserta en el texto constitucional de 1853-1860, como será visto en el considerando siguiente, ha recibido un singular énfasis si se trata del trabajador, por vía del art. 14 bis: las leyes asegurarán a éste condiciones "dignas" de trabajo. Incluso el trabajo digno del que habla el PIDESC es sólo aquel que respeta los derechos fundamentales de la persona humana y los derechos de los trabajadores, entre los cuales "figura el respeto de la integridad física y moral del trabajador en el ejercicio de su actividad" (v. Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (artículo 6°)..., cit., p. 5, párr. 8).

Luego, el hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio *alterum non laedere* deban ser indemnizados sólo en los términos que han sido indicados (*supra* considerando 6°), vuelve al art. 39, inc. 1, de la LRT contrario a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona, por vía de considerarla no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo. Se olvida, así, que el hombre es el señor de todo mercado, y que éste encuentra sentido si, y sólo si, tributa a la realización de los derechos de aquél (conf. causa V.967.XXXVIII "Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa S.A. s/ despido", sentencia del 14 de septiembre de 2004, considerando 11 -Sup. Especial La Ley, setiembre 2004, p. 25-). La expresión mercado de trabajo, empleada en más de una oportunidad por el Mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó al entonces proyecto de LRT (Antecedentes..., cit., ps. 408 y 409), parece no haber reparado siquiera en la precisa observación de Pío XI, cuando habla del mercado que "llaman" del trabajo: *in mercatu quem dicunt laboris* (Quadragesimo anno, 36, 408). Fue precisamente con base en que "el trabajo no constituye una mercancía", que esta Corte descartó que la normativa laboral a la sazón en juego pudiera ser inscripta en el ámbito del comercio y tráfico del art. 67, inc. 12, de la Constitución Nacional -actual art. 75, inc. 13- (Fallos: 290:116, 118, considerando 4°).

Es oportuno, entonces, que el Tribunal, además de insistir sobre el ya citado precedente "Campodónico de Beviacqua", recuerde que la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre

el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional (Fallos: 314:424, 441/442, considerando 8°), y haga presente el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales "indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Es por ello que, en la jurisprudencia de la Corte, no está ausente la evaluación del daño como "frustración del desarrollo pleno de la vida" (Fallos: 315:2834, 2848, considerando 12).

12) Que el régimen de la LRT cuestionado tampoco se encuentra en armonía con otro principio señero de nuestra Constitución Nacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la justicia social, que cobra relevante aplicación en el ámbito del derecho laboral a poco que se advierta que fue inscripto, ya a principios del siglo pasado, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, como un medio para establecer la paz universal, pero también como un fin propio. Entre otros muchos instrumentos internacionales, los Preámbulos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su turno, no han cesado en la proclamación y adhesión a este principio, que también revista en el art. 34 de la antedicha Carta (según Protocolo de Buenos Aires).

Empero, es incluso innecesario buscar sustento en los mentados antecedentes, por cuanto la justicia social, como lo esclareció esta Corte en el ejemplar caso "Berçaitz", ya estaba presente en nuestra Constitución Nacional desde sus mismos orígenes, al expresar ésta, como su objetivo preeminente, el logro del "bienestar general" (Fallos: 289:430, 436). Más aún; el citado antecedente de 1974 no sólo precisó que la justicia social es "la justicia en su más alta expresión", sino que también marcó su contenido: "consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización"; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el "bienestar", esto es, "las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" (ídem; asimismo: Fallos: 293:26, 27, considerando 3°).

Es oportuno destacar, aún, que fue esta justicia la que inspiró, precisamente, la elaboración y sanción del ya citado art. 14 bis, según lo asentaron con toda claridad los reformadores de 1957 (convencionales Jaureguiberry -informante del despacho de la Comisión Redactora-, Peña, Palacios, Schaposnik, Pozzio y Miró, Diario de sesiones..., cit., t. II, ps. 1221, 1253, 1262 y 1267, 1293 y 1344, respectivamente), y lo advirtió oportunamente esta Corte (Fallos: 246:345, 349, considerando 7°, y 250:46, 48, considerando 2°).

Más todavía. La llamada nueva cláusula del progreso, introducida en la Constitución Nacional para 1994, es prueba manifiesta del renovado impulso que el constituyente dio en aras de la justicia social, habida cuenta de los términos en que concibió el art. 75, inc. 19, con arreglo al cual corresponde al Congreso proveer a lo conducente al "desarrollo humano" y "al progreso económico con justicia social". No es casual, además, que en el proceso de integración del MERCOSUR, los estados partícipes se hayan atendido, en la Declaración Sociolaboral, al "desarrollo económico con justicia social" (Considerandos, párrafo primero).

Desarrollo humano y progreso económico con justicia social, que rememoran la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986 (Resolución 41/128): "Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste" (art. 3), máxime cuando también les corresponde garantizar "la justa distribución de los ingresos" y hacer las reformas económicas y sociales adecuadas con el objeto de "erradicar todas las injusticias sociales" (art. 8.1). En este último sentido,

resulta de cita obligada la Corte Europea de Derechos Humanos: "Eliminar lo que se siente como una injusticia social figura entre las tareas de un legislador democrático" (James y otros, sentencia del 21-2-1986, Serie A n° 98, párr. 47).

Es cuestión de reconocer, por ende, que "el Derecho ha innegablemente evolucionado, en su trayectoria histórica, al abarcar nuevos valores, al jurisdiccionalizar la justicia social...", por reiterar las palabras del voto concurrente del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio A. Cançado Trindade (Medidas provisionales en el caso de la Comunidad de Paz de San José Apartado, resolución del 18-6-2002, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002, San José, 2003, p. 242, párr. 10 y sus citas).

También lo es de reconocer, al unísono, que mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la LRT no ha tendido a la realización de la justicia social, según ha quedado ésta anteriormente conceptualizada. Antes bien; ha marchado en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo (Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, considerando 8°) y, en consecuencia, formular una "preferencia legal" inválida por contraria a la justicia social (doctrina de Fallos: 264:185, 187, considerando 6°). Ello encierra, paralelamente, la inobservancia legislativa del requerimiento de proveer reglamentaciones orientadas a "asegurar condiciones humanitarias de trabajo y libertad contra la opresión", según lo afirmó esta Corte en "Roldán c. Borrás", con cita de la sentencia *West Cost Hotel Co. v. Parrish* de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (Fallos: 250:46, 49, considerando 3°; en sentido análogo, respecto de la regulación estatal de los salarios: Fallos: 246:345, 348/349, considerandos 6° y 7°). Al respecto, corresponde acotar, por un lado, que en el citado precedente nacional de 1961, se impugnó la constitucionalidad de la obligación a la sazón impuesta a los empleadores de pagar a sus empleados una determinada asignación mensual por cada uno de los hijos menores o discapacitados a cargo de aquéllos. Por el otro, que esta Corte rechazó el planteo haciendo explícito que "el fundamento valorativo de la solución reposa en inexcusables principios de justicia social (Fallos: 181:209; 246:345 y otros) y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica" (p. 50, considerando 4°). El requisito de la "justicia de la organización del trabajo" asentado en "Roldán", a su turno, daría fundamento a la Corte para rechazar otros cuestionamientos dirigidos a diversas prestaciones en beneficio de los empleados puestas por el legislador en cabeza de los empleadores (vgr., Fallos: 251:21, 34, considerando 3°), sobre todo cuando la observancia de dicho principio "también incumbe a la empresa contemporánea" (Fallos: 254:152, 155, considerando 3°).

13) Que frente a este cúmulo de objeciones con fundamento constitucional, corresponde recordar que la lectura del ya citado Mensaje del Poder Ejecutivo y de las intervenciones de los legisladores de las dos cámaras del Congreso que intervinieron en defensa del art. 39, inc. 1, da cuenta de las diversas razones que apoyaban la iniciativa: "establecer condiciones para que el financiamiento imponga costos previsibles y razonables", evitar los "desbordes que pueden generar evaluaciones que se apartan de criterios técnicos" y los tratos "desiguales frente a personas en idéntica situación", garantizar una "respuesta ágil frente a las necesidades de un trabajador siniestrado, sin generar a sus empleadores situaciones traumáticas desde el punto de vista financiero", eliminar "el negocio de empresas que pagaban mucho y accidentados que cobraban poco", por citar sólo algunos ejemplos (Antecedentes..., cit., ps. 409, 410 y 516). También fue dicho que, después "de la reforma del Código Civil, mediante la incorporación de las teorías de la culpa y la concausa en su art. 1113, la doctrina y la jurisprudencia realizan un desarrollo de la acción civil donde se plantea el tema de la reparación integral, que ha sido distorsionada en los últimos años y ha conformado lo que en la Argentina se dio en llamar la industria del juicio" (ídem, pág. 509).

No hay dudas, para esta Corte, que es justo y razonable que la legislación contemple el abanico de intereses y expectativas que pone en juego la relación laboral con motivo de un accidente o enfermedad, en términos que atiendan, equilibradamente, a todos los actores comprometidos en ese trance. Tampoco las hay, en cuanto a que la solución de estas cuestiones debe ser encarada desde una perspectiva mayor, comprensiva del bien común.

Empero, esto es así, bajo la inexcusable condición de que los medios elegidos para el logro de dichos fines y equilibrios resulten compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución Nacional enuncia y manda respetar, proteger y realizar a todas las instituciones estatales.

Incluso si la búsqueda legislativa se hubiera orientado hacia el bien común, debería afirmarse que éste es "un concepto referente a las condiciones de vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal", y que tiende, como uno de sus imperativos, a "la organización de la vida social en forma [...] que se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, la colegiación obligatoria de periodistas. Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, 13-11-1985, Serie A N° 5, párr. 66). Todo lo relativo al trabajo subordinado, cuadra añadir, denota "una situación a la que en su momento están llamados a ocupar numerosos miembros de la sociedad" (Fallos: 305:2040, 2044, considerando 4°).

En todo caso, es "falsa y tiene que ser desechada la idea de que la prosperidad general, buscada al través de los medios del art. 67, inc. 16 [de la Constitución Nacional -actual art. 75, inc. 18-], constituye un fin cuya realización autoriza a afectar los derechos humanos [...] La verdad, ajustada a las normas y a la conciencia jurídica del país, es otra. Podría expresársela diciendo que el desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia" del art. 28 de la Constitución Nacional (Fallos: 247:646, 659, considerando 22), que dispone que "los principios, garantías y derechos" reconocidos en ésta, "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Asimismo, es de plena aplicación al presente litigio uno de los elocuentes fundamentos del caso "Mata c. Ferretería Francesa", que también juzgó sobre un derecho amparado por el primer párrafo del art. 14 bis: "tratándose de cargas razonables [...] rige el principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa (Fallos: 189:234; 234:161; 240:30 y otros), éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios" (Fallos: 252:158, 163/ 164, considerando 10).

Si el régimen anterior al de la LRT había demostrado su "fracaso para proveer una reparación integral y oportuna a quien sufre las consecuencias del siniestro", como lo asevera el varias veces citado Mensaje del Poder Ejecutivo (Antecedentes..., cit., p. 408), lo cierto es que su reemplazo, supuesto que hubiese logrado mejorar la reparación en términos de oportunidad, importó un franco retroceso del predicado carácter integral, por vía del art. 39, inc. 1.

14) Que desde antiguo, esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional "cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad" (Fallos: 299: 428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas).

En tales condiciones, por cuanto ha sido expresado, el art. 39, inc. 1, de la LRT, a juicio de esta Corte, es inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, de aquélla. Esta conclusión torna inoficioso que el Tribunal se pronuncie a la luz de otros principios, valores y preceptos de la Constitución Nacional.

Finalmente, se imponen dos advertencias. En primer lugar, el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la

Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: *alterum non laedere*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales.

En segundo término, la solución alcanzada no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidos por la LRT. En efecto, es manifiesto que del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la LRT origine la eximición de responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1), no se sigue que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley. De tal suerte, este pronunciamiento no sólo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por Procurador Fiscal, se resuelve: Hacer lugar al recurso de queja, declarar admisible el recurso extraordinario denegado, y confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia del agravio tratado, con costas a la apelante (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).- Enrique S. Petracchi.- Augusto C. Belluscio (según su voto).- Antonio Boggiano (según su voto).- Juan C. Maqueda (según su voto)- E. Raúl Zaffaroni.- Elena I. Highton de Nolasco (según su voto).

C) Criterios para la valoración y cuantificación judicial de daños. Fórmulas matemáticas o actuariales.

La jurisprudencia ha adoptado diferentes fórmulas matemáticas o actuariales para determinar el lucro cesante originados por daños a la persona (v.gr., lesiones psicofísicas)⁵⁰⁹.

Los casos más destacados en la materias son “Vuoto”, Méndez” y “Arostegui”. Los dos primeros corresponden a la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y el último a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. “Vuoto, Dalmero, Santiago y otro c/ A.E.G. Telefunken Argentina S.A.I.C.” (16/06/1978; LL, 1979-C-620).

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires junio 16 de 1978.

El Dr. Vázquez Vialard dijo:

De acuerdo con lo resuelto a fs. 337 por la Corte Sup., corresponde que este tribunal vuelva a pronunciarse sobre el monto de la indemnización debida por la demandada con motivo del fallecimiento del hijo de los actores (único punto motivo del recurso extraordinario deducido a fs. 295/300) que el Sr. juez de 1ª instancia fijó a fs. 276 en la suma de \$ 1.200.000 y que fuera motivo de apelación por la demandada (ver fs. 281/3).

De acuerdo con el criterio sostenido en forma reiterada por esta sala, la reparación del daño material causado, -en el caso de autos, fallecimiento-, debe estar dado por un capital que puesto a un interés del 6 % se amortice en un período calculado como probable de vida de la persona o personas que tienen derecho a la indemnización, mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubieran recibido de no haber mediado el evento.

Para la determinación de ese monto, con especial referencia al caso de autos, debe tenerse en cuenta la edad de los actores a la fecha del fallecimiento de su hijo (61 y 59 años, ver fs. 1 y 25) por lo que de acuerdo con la expectativa de edad que corresponde a hombres y mujeres en el país, considero razonable fijar en tal concepto el plazo de 20 años. En lo que se refiere al ingreso mensual en los mismos se han visto privados de percibir con motivo del deceso de su hijo (soltero de 28 años), estimo prudente fijarlo en el 20 % de los ingresos que éste tenía, dado que si bien con ese estado civil podía ser uno mayor, con la perspectiva de casarse es factible que el mismo disminuyera.

Al efecto, corresponde tomar como base el promedio de lo percibido durante los últimos tres meses íntegros trabajados por la víctima, lo que da un total de \$ 2.646 (ver pericia de fs. 146, punto c, de fs. 146 vta./147), por lo que los actores habrían dejado de percibir la suma de \$ 540 por mes (con base julio 1972) que actualizada a la fecha de esta sentencia de acuerdo con los índices que establece el art. 276 LCT (t.o.) da un total de \$ 46.735,52.

De acuerdo con esos elementos de juicio, el capital que corresponde fijar en concepto de indemnización del daño material es de \$ 1.400.000 actualizado a la fecha de la sentencia. Para alcanzar esa cifra he aplicado la fórmula matemática adoptada en casos anteriores:

⁵⁰⁹ Las Heras, “Determinación de lucro cesante”, en Gaceta del Colegio Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, sep.-oct., 1984, p. 4. Requena, “Fórmula abreviada para liquidar el lucro cesante por muerte o incapacidad”, en Semanario Jurídico, n° 1180, p. 239; ídem, “Caracterizada adhesión a la fórmula matemática financiera abreviada para liquidar el lucro cesante por muerte o incapacidad”, en La Ley Córdoba, 2000-115. Requena – Zavala de González, “Valuación del daño patrimonial por incapacidad y pérdida de la vida humana”, en Semanario Jurídico, 1999-A-179. Zavala de González, *Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte*, op. cit., t. 2, p. 268 y ss., § 276 y 277. Acciarri, “¿Deben emplearse fórmulas matemáticas para cuantificar incapacidades?”, en RCyS, 2007-86; ídem, *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, La Ley, Bs. As., 2015; ídem, “Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad”, en RCCyC, nov., 2016, p. 3 y ss.

$C = a \times (1 - V^n) \times 1/i$; donde $V^n = (1/(1+i))^n$ y donde a = retiro por período, n = número de períodos, i = tasa de interés (coeficiente) en el período.

De acuerdo con las constancias de autos y criterio sostenido por esta sala en casos similares (causa 46631 "Carabajal Beatriz del Valle v. Ital Textil S.A.C.I.F.I. s/ accidente - art. 1113 CCiv.", sentencia 34723 del 31/12/1976), considero razonable fijar la suma de \$ 280.000 en concepto de daño moral. Dado la causa del deceso, dejo a salvo mi opinión en contrario expuesta en ese caso.

Si bien prima facie el monto de la condena que propongo alcanza a \$ 1.680.000, suma superior a la fijada a fs. 276, la misma está actualizada a la fecha de esta sentencia (aquella lo era a mayo de 1976), por lo que el importe es inferior.

En consecuencia voto para que se fije en \$ 1.400.000 la reparación del daño material y en \$ 280.000 el del daño moral que la demandada debe abonar con más los intereses fijados en la sentencia apelada de fs. 275/276. decisión que ha quedado firme.

Atento el resultado y naturaleza de la cuestión resuelta considero que las costas en la alzada deben declararse por su orden.

Dado la modificación del resultado del juicio, propongo se fijen en \$ 145.000, \$ 105.000 y \$ 56.000 los honorarios de la representación letrada de la parte actora, demandada (ambos no alegaron) y contadora por su trabajos en 1ª instancia y en \$ 50.000 y \$ 50.000 los trabajos de fs. 281/283 y 285/287 respectivamente, todos ellos actualizados a la fecha de esta sentencia.

Los Dres. Guibourg y Santa María dijeron que adhieren por análogos fundamentos al voto precedente.

Por lo tanto, el tribunal resuelve: Confirmar la sentencia de fs. 275/276 fijando el monto de la condena en la suma de \$ 1.680.000 actualizado a la fecha de la presente, con costas en el orden causado en la alzada. Dejar sin efecto los honorarios regulados a fs. 276/276 vta. fijándose en \$ 145.000, \$ 105.000 y \$ 56.000 los de la representación letrada de la parte actora, demandada y contadora por sus trabajos en 1ª instancia y en \$ 50.000 y \$ 50.000, respectivamente, los trabajos de fs. 281/283 y 285/287, todos ellos actualizados a la fecha de esta sentencia. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.- Evaristo A. Santa María.- Ricardo A. Guibourg.- Antonio Vázquez.

2. "Méndez, Alejandro Daniel c/ Mylba S.A. y otro" (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, 28/04/2008, Digesto del Trabajo, 2008-junio, p. 668, LL, diario del 29-VII-2008, p. 7; La Ley Online: AR/JUR/1200/2008).

En este fallo, la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo decidió revisar la fórmula que venía empleando en el precedente "Vuoto" (16/06/1978), en virtud de lo resuelto por la Corte Suprema en el caso "Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Plus y Compañía S.R.L." (8/04/2008).

Luego de una serie de consideraciones, la Cámara propuso la siguiente fórmula:

$$C = a \times (1 - V^n) \times \frac{1}{i}; \text{ donde } v^n = \frac{1}{(1 + i)^n}$$

Donde:

a : representa el retiro por período (equivalente a la disminución salarial anual provocada por la incapacidad); n : el número de períodos (cantidad de años que restan al damnificado como expectativa de vida); i : el coeficiente de la tasa de interés en el período (0,04).

Texto completo del fallo:

2ª Instancia.— Buenos Aires, abril 28 de 2008.

El doctor Guibourg dijo:

La parte actora, US Equities Reality (Argentina) LLC —en adelante USER—, Liberty A.R.T. S.A. y HSBC Bank Argentina S.A. apelan la sentencia de fs. 677/683 vta., que acoge las pretensiones deducidas en el inicio, en los términos de los memoriales de fs. 689/691 vta., fs. 694/695 vta., fs. 698/700 vta. y fs. 701/712 vta., con réplica a fs. 716/717, fs. 721/722 y fs. 724/726. El perito contador apela los honorarios regulados a su favor por estimarlos reducidos (fs. 696).

La parte actora se queja porque considera insuficiente la suma en concepto de reparación integral.

Por su parte, USER apela la extensión de la condena en forma solidaria en su contra con sustento en las previsiones del art. 94 del CPCCN. También cuestiona el monto indemnizatorio.

Liberty A.R.T. S.A. se queja por la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557. Cuestiona la extensión de la condena en su contra al pago de la reparación integral, como también el grado de incapacidad y el ingreso base tomados en cuenta por la sentenciante para el cálculo del resarcimiento.

Finalmente, HSBC Bank Argentina S.A. critica la extensión de la condena en forma solidaria en su contra con sustento en el art. 30 de la LCT y el acogimiento de los reclamos indemnizatorios establecidos en el art. 2 de la ley 25.323 y 80 de la LCT. Apela, en lo central, la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557 y agrega que no obran elementos en la causa que demuestren la existencia de cosa riesgosa generadora de daño resarcible en los términos del art. 1113 del Código Civil. Entiende, además, que la prueba testimonial acredita acabadamente la culpa de la víctima.

El actor funda su pretensión indemnizatoria en los arts. 1068, 1072, 1109, 1113 y concordantes del Código Civil. Por eso, es preciso analizar si se hallan probados en el presente los presupuestos fácticos para la aplicación de las normas citadas (art. 377 del CPCCN).

No se rebate en la alzada que el actor sufrió un accidente en su brazo derecho en ocasión de hallarse trabajando para Mylba S.A., más concretamente, al golpearse con un canasto de mimbre lleno de papeles, documentación y carpetas de propiedad de la entidad bancaria demandada mientras cargaba un camión para hacer una mudanza.

Si bien es cierto que el canasto con el que se golpeó el actor no constituye intrínsecamente cosa riesgosa, en el presente resulta aplicable la doctrina plenaria n° 266 "Pérez Martín c/ Maprico S.A.I.C.I.F.", de la que se extrae que opera la responsabilidad civil objetiva que prevé el artículo 1113 C.C. cuando interviene en la producción del evento una cosa capaz de causar un daño, aun cuando no sea por su riesgo intrínseco, sino por la forma del uso que, obedeciendo a la directiva del dueño o guardián, debe cumplir el dependiente, y en ese supuesto aquél será responsable, salvo que se acrediten las causas de exención.

En el caso no se ha invocado con claridad y tampoco probado la existencia de culpa del trabajador en la producción del infortunio al punto de reducir o excluir la responsabilidad que cabe a la empleadora Mylba S.A. en los términos del artículo 1113 del Código Civil en atención a su calidad de dueña o guardiana de la cosa causante del daño. Este parecer lleva, sin más, a confirmar el fallo de grado en el punto en consideración.

En orden a los agravios esgrimidos en relación con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 apartado 1 de la ley 24.557, destaco que el derecho social recurre a menudo a tarifar las reparaciones atendiendo a una situación general y no a la del trabajador o sus derechohabientes en particular. En tal sentido, no puede existir un derecho adquirido a un determinado sistema legal de cálculo de indemnizaciones o retribuciones, en tanto las modificaciones que se producen no importen alteraciones irrazonables de los derechos. Sólo se autoriza la descalificación de una norma con base constitucional cuando su aplicación configura la supresión o desnaturalización del derecho que se

pretende asegurar (esta sala, sentencia Nro. 71411 del 31/10/95 in re "Demares Adalberto c/ Karatex SA"; sentencia Nro. 72977 del 29/11/96 in re "Aguirre, Ramón c/ Prod. Esp. de Ingeniería SA"; sentencia Nro. 77459 del 30/9/98 in re "Tolosa, María I. c/ Frigorífico Yaguané SA"; entre otras).

Ahora bien, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/Accidente – Ley 9688" (sentencia del 21 de setiembre de 2004), sostuvo que la exención a los empleadores de responsabilidad civil frente a los trabajadores y a los derechohabientes de éstos que –como regla– establece la citada normal legal, importa colocar a los segundos víctimas de infortunios laborales o de enfermedades profesionales en una situación desventajosa en relación con el resto de los ciudadanos, en tanto que la indemnización que ella consagra sólo contempla la pérdida de capacidad de ganancia de aquéllos —según el tope que el régimen especial establece— y los excluye de la reparación integral que el derecho común prevé, solución que resulta injustificadamente discriminatoria y, por ende, inconstitucional por vulnerar el derecho de igualdad (art. 14 bis de la Constitución Nacional).

De acuerdo con lo normado por el art. 14 de la ley 24.557, en su redacción vigente en la fecha del infortunio, la reparación que correspondería percibir al actor asciende a la suma de \$ 7.836,53 ($\$ 604 \times 53 \times 13,6\% \times 1,8$).

En reclamos como el presente, a partir del precedente "Vuoto, Dalmiro c/ AEG Telefunken Argentina SA" (SD 36010 del 16/6/78), esta Sala ha aplicado para el cálculo de una parte de la indemnización civil por accidente del trabajo una fórmula que ha sido larga y pacíficamente aceptada por la jurisprudencia. Ahora bien, el 8 de abril de 2008, la Corte Suprema dictó el fallo "Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Plus y Compañía SRL", donde dejó sin efecto el fallo correspondiente de esta Sala en un tema tangencialmente vinculado con aquella fórmula, ya que su punto central consistía en la aplicación de la doctrina "Milone" (CSJN, 26/10/94) para rechazar el pago fraccionado de la indemnización por daños. Parece necesario, pues, formular algunas aclaraciones e introducir también algunas modificaciones en el marco del método aplicado por este Tribunal, en acatamiento a la doctrina sentada por la Corte en el citado caso "Arostegui".

Ante todo es preciso dejar en claro que, si se pretende llevar a cabo un razonamiento cuyo resultado sea un número (por ejemplo, una cantidad de dinero en concepto de resarcimiento monetario), no hay modo alguno de llegar a ese resultado si no es por medio de un cálculo matemático. Este cálculo puede ser explícito, fundado en datos verificados y ordenado mediante un algoritmo previamente establecido y justificado, o bien implícito y subconsciente, a partir de datos vagos y cambiantes y regido por un criterio puramente subjetivo, de contenido total o parcialmente emotivo. Pero, sea como fuere, es posible (teóricamente posible, aunque psicológicamente muy difícil) reconstruir cualquiera de estos razonamientos implícitos hasta llegar a aquel algoritmo y encontrar las variables que, al menos para el caso, el intérprete haya tomado en cuenta. Incluso debería ser posible rastrear las razones por las que, eventualmente, ciertas variables han de tenerse en cuenta en una clase de casos y no en otra. Si se desestimara incluso esta posibilidad teórica, la conclusión necesaria sería que la determinación del resultado es puramente arbitraria. Y sin embargo, podría insistirse aún, la propia arbitrariedad de un resultado numérico obedece siempre a alguna fórmula, aunque su estructura y sus variables puedan juzgarse inconvenientes o injustificadas. Es posible, pues, criticar una fórmula tanto por su estructura como por sus variables, elementos todos estos que requieren una justificación ajena al propio cálculo; pero es literalmente imposible prescindir de la aplicación de alguna fórmula cuyos elementos se juzguen debidamente justificados.

Toda apreciación de la realidad, matemática o no, constituye necesariamente una forma de reduccionismo, ya que es imposible percibir, representar, recordar o tomar en cuenta las infinitas condiciones de cada situación o estado de cosas. El observador siempre ejerce un juicio, a menudo implícito, acerca de la relevancia que atribuye a ciertas condiciones, que son las que escoge para su consideración. Para el examen de los perjuicios civilmente resarcibles, este tribunal aplica una taxonomía

tradicional que los divide en tres segmentos, a saber, el daño emergente, el lucro cesante (ambos integrantes del daño económico) y el daño moral (o extrapatrimonial). Examinaré a continuación estas categorías, para asegurar que ningún perjuicio resarcible (cuya relevancia pueda justificarse argumentalmente) quede fuera del modelo representativo.

El daño emergente es monetario y fácil de medir: consiste en los gastos en los que la víctima haya tenido que incurrir como consecuencia directa del daño sufrido. Esos gastos, probados o, si tal fuera el caso, estimados de acuerdo con las circunstancias, han de ser restituidos en su totalidad (arts. 1078, 1083, 1086, primera parte, del Código Civil).

El lucro cesante (art. 1086, parte final, del Código Civil) también es monetario, aunque más aleatorio. Comprende la diferencia entre los ingresos que pueda calcularse que la víctima tendrá a partir del daño sufrido y los ingresos que pueda estimarse que la víctima habría tenido si el daño no se hubiese producido. Esta parte del daño es la que pretende medir la fórmula "Vuotto": toma como punto de partida el ingreso de la víctima (no sólo el salario ganado a las órdenes del responsable, sino su ingreso total proveniente de cualquier fuente laboral, si así resultase de lo invocado y probado); lo extiende durante toda la vida útil de la víctima y calcula una suma de dinero que, percibida de inmediato e idealmente depositada a una tasa de interés reducida (de tal modo de conservar tentativamente el poder adquisitivo del dinero en el que está expresada), permita a la víctima hacer retiros periódicos equivalentes al porcentaje de pérdida de ingreso resultante del cálculo del daño.

Hay aquí dos observaciones internas a formular acerca de la estructura del algoritmo.

Una de ellas indica que es altamente improbable que la víctima dé a la indemnización que reciba el uso supuesto por la fórmula "Vuotto": lo más seguro es que, según cuál sea su cuantía, la destine a pagar deudas, a actualizar consumos postergados o a intentar algún emprendimiento personal de corte lucrativo. Esta elección corresponde a la víctima personalmente y no es apropiado interferir en ella: el uso del capital supuesto por la fórmula de referencia no tiene otro objeto que facilitar el cálculo financiero del resarcimiento del daño en este particular aspecto.

La otra observación se refiere a la edad tope con la que se aplique la fórmula. El empleo de la fórmula "Vuotto" ha tomado en cuenta hasta ahora el fin de la "vida útil" de la víctima, estimable en 65 años. Pero el hecho es que la (presupuesta) merma de salario que el trabajador sufra como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejará, en la etapa pasiva, en su haber previsional. Por esta razón, y frente a los señalamientos de la Corte, parece justificado ahora introducir esta modificación y elevar la edad tope a 75 años.

Pero hay también una observación externa, recogida por el fallo "Arostegui", acerca de la elección de las variables: que la fórmula congela el ingreso de la víctima, para el objetivo de calcular la indemnización, en el momento del daño, sin tomar en cuenta la "chance" o perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño habrá disminuido. Esto es exacto. Ahora bien, en este aspecto puede señalarse que no es ésa la única circunstancia, más o menos aleatoria, que puede incidir en la correspondencia entre el resarcimiento y el verdadero lucro cesante. También es posible que dicho ingreso disminuya o aun desaparezca: la víctima, de no haber sufrido el daño cuyas consecuencias se juzgan, no sólo podría mejorar de fortuna sino también sufrir otro daño posterior o aun fallecer. Y no puede dejar de considerarse además que no se puede conocer a ciencia cierta la cuantía del lucro cesante de un trabajador: es posible que siga trabajando con su incapacidad, si ésta se lo permite y con el consiguiente mayor esfuerzo, con el mismo salario; es posible también que en algún momento pierda su empleo y le resulte difícil o aun imposible conseguir otro, según la incapacidad que porte, su edad y otras variables propias del mercado de trabajo, cuya evolución es imposible prever. Cualquier medida es puramente conjetural; pero, como es preciso escoger una, se ha entendido apropiado suponer que, habida cuenta de todas estas posibilidades aleatorias, el lucro cesante de la víctima consiste en una afectación de su ingreso en la misma proporción de su porcentaje de incapacidad laboral.

Cierto es que, cuanto menor es la edad de la víctima, son más probables en su conjunto las eventualidades favorables que las desfavorables. Es posible estimar que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se halla estabilizado hacia el futuro. Estas circunstancias, en acatamiento a lo dispuesto por la Corte en “Arostegui” y teniendo en cuenta los factores aleatorios precedentemente mencionados (perspectivas de mejora y riesgo de desempleo), pueden tomarse en cuenta mediante la siguiente fórmula, de tal modo que la disminución de la escala refleje la reducción de la probabilidad de mejoras respecto de las opuestas, hasta el punto en el que pueda estimarse probable la estabilización del ingreso.

Ingreso a computar = ingreso actual x 60 ./ . edad (tope de 60 años)

En el mismo contexto de las variables a emplear, cabe señalar que la estimación de una tasa de interés de 6% fue empleada en el momento original porque –a esa tasa– era aproximadamente posible hacer un depósito bancario tal que mantuviese el poder adquisitivo original. Esta situación ha cambiado a lo largo de los años, por lo que parece prudente reducir dicha tasa a la de 4%, que es la estimada por la propia Corte Suprema, para depósitos en divisas, en el fallo “Massa, Juan Agustín c/PEN” del 27/12/06.

El daño moral, a su vez, es la dimensión no económica del perjuicio padecido por la víctima. Comprende el dolor sufrido por el daño, las molestias del tratamiento médico y la disminución afectiva que el perjuicio proyecta hacia el resto de la vida del afectado. Cualquier disminución física –una vez computados el daño emergente y el lucro cesante, y con total independencia de ellos– genera perjuicios que se advierten en el ámbito mental y afectivo (que en una época fue llamado moral) de la víctima: pena, incomodidad, desazón, sensación de disminución, frustraciones, dificultades para desempeñarse en los más diversos aspectos de la vida. Y, si el daño consiste en la muerte de la víctima, una vez computados los elementos anteriores y también con independencia de ellos, el perjuicio moral se manifiesta en el ámbito psíquico de los deudos: pena, frustración, pérdida de un ser querido, falta de guía y ejemplo parentales, desgarramiento afectivo por la pérdida de un hijo, por dar algunos ejemplos.

En el fallo “Arostegui” se advierte la necesidad de valorar al trabajador como un ser integral y no sólo como un productor de resultados económicos. Esto es enteramente exacto: la pérdida de resultados económicos corresponde sólo a la parte de la indemnización llamada lucro cesante: todo el resto, la parte no económica del perjuicio, la parte puramente humana, afectiva, valorativa, se halla comprendida en el rubro que genéricamente, y por imperio de la tradición, se denomina daño moral y que excede por cierto el estricto pretium doloris pero no se asimila a los restantes segmentos del perjuicio.

De acuerdo con las explicaciones y modificaciones expresadas en los párrafos precedentes, considero que el monto del resarcimiento por daño material (lucro cesante) debe consistir en principio en una suma de dinero tal que, puesta a un interés de 4% anual, permita –si el titular lo desea– un retiro periódico y similar al que la incapacidad impide presuntivamente percibir, y se amortice en el lapso estimado de vida útil de la víctima. Esto puede obtenerse mediante la siguiente fórmula:

a: representa el retiro por período (equivalente a la disminución salarial anual provocada por la incapacidad); n: el número de períodos (cantidad de años que restan al damnificado como expectativa de vida); i: el coeficiente de la tasa de interés en el período (0,04).

Para establecer la reparación, tomo en cuenta la incapacidad que presenta el trabajador (13,6% de la total obrera con carácter permanente según lo informado por el perito médico a fs. 566/568); la edad que tenía al momento de sufrir el infortunio (29 años) y el ingreso de \$ 1.249,65, estimado según la fórmula ya descripta a partir de la edad ya referida y del salario de \$ 604, por lo que el resultado numérico de la fórmula asciende a \$ 25.906,45.

El daño moral es un rubro distinto del material, No tiene directa relación numérica con éste, por lo que la pretensión de estimarlo en porcentaje del lucro cesante carece de fundamento racional. Para fijar su cuantía debe tenerse en cuenta la evolución de las lesiones que constan en las historias clínicas, así como la incapacidad resultante en cuanto ella trae presuntivamente aparejados perjuicios

extrapatrimoniales. Como consecuencia de tal apreciación, estimo equitativo fijar dicho monto en la suma de \$ 13.000,00.

Resulta evidente que la reparación prevista por el sistema de la LRT, que no alcanza al 20% de la integral, resulta irrisoria si se tiene en cuenta el daño sufrido por el accionante, por lo que en el caso, corresponde confirmar la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 LRT, en tanto su aplicación resulta lesiva de la protección de la que debe gozar el trabajo según el art. 14 bis y del derecho de propiedad tutelado por el art. 17 de la Constitución Nacional.

En virtud del resultado económico del pleito que propongo, el tratamiento de los agravios esgrimidos por la parte actora en cuanto a la exigüidad de las sumas diferencias a condena en la instancia previa se torna abstracto.

Trataré, seguidamente, los agravios esgrimidos por la aseguradora de riesgos del trabajo en tanto fue condenada al pago de las sumas derivadas de la reparación integral.

La citación de Liberty A.R.T. S.A. no se enmarca en las disposiciones del art. 94 del CPCC. Este tipo de intervención de terceros en un proceso se halla regulado por el art. 118 de la ley 17.418, que dispone "...la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro...".

Podría argumentarse que este supuesto especial de citación involucra sólo aquellos casos en los que, de un modo estricto, la eventual condena coincide con el objeto del seguro. Sin embargo, y aun cuando la condena no se funda en las normas contempladas en la respectiva póliza de seguro (ésta sólo cubre la responsabilidad de la empleadora derivada de la ley 24.557), esta Sala ha responsabilizado a las aseguradoras de riesgos del trabajo en las acciones fundadas en el artículo 1113 del Código Civil, sin perjuicio de que tal responsabilidad se viera ceñida económicamente a los límites de la póliza (SD 83528 del 7/5/02 en autos "Fernández c/ Asemp" y SD 83626 del 30/5/02 en autos "Roibal, Juan M. c/ Raico SA").

En tales precedentes se sostuvo que si el accidente sufrido se encuentra dentro de los cubiertos por el seguro de riesgos de trabajo, la indemnización que se reconoce en los términos del derecho común, por ser plena, incluye los montos que la aseguradora debió haber liquidado en los términos de la ley 24.557. Como no existe la posibilidad de que el trabajador perciba indemnizaciones distintas por el mismo hecho, es decir, no hay duplicación en tal sentido, se impone la condena a la apelante. Nótese que la exención de toda responsabilidad a Liberty A.R.T. S.A. implicaría una lesión a la empleadora del actor, que se encontraba obligada a contratar el seguro y, consecuentemente, cubierta en esa medida frente a los eventuales infortunios de sus dependientes, y un enriquecimiento de la propia aseguradora, dada la existencia de un hecho que la habría obligado a pagar las sumas previstas por la ley 24.557.

Lo precedentemente expuesto lleva a aplicar, en el presente, las previsiones del art. 118 de la ley de seguros. El agravio sobre el punto debe ser desestimado.

Tampoco resulta atendible el agravio esgrimido por Liberty A.R.T. S.A. respecto de su citación fue requerida en los términos de la póliza prevista por la ley 24.557. Si bien el seguro contratado no cubre las reparaciones fundadas en el derecho común, lo cierto es que las enfermedades profesionales que padece el actor se encuentran cubiertas por el seguro de riesgos del trabajo y, por lo tanto, la indemnización que se reconoce al dependiente en la causa, por ser plena, incluye los montos que la aseguradora debió haber liquidado en los términos de la ley 24.557.

Desde tal perspectiva, el tratamiento de los agravios vertidos por la apelante en cuanto al valor del ingreso base denunciado por el asegurado y aquél que resultara probado en la causa se torna abstracto.

Resta analizar las quejas vertidas por la demandada HSBC Bank Argentina S.A. y el tercero USER respecto de la condena en forma solidaria en su contra.

No es motivo de controversia que HSBC Bank Argentina S.A. contrató el mantenimiento de sus sucursales y edificios con USER, la que a su vez subcontrató con Mylba S.A. el servicio de mudanza y traslados de objetos y muebles de una sucursal a otra.

La entidad bancaria hace hincapié en que su actividad normal y específica dista notablemente del objeto social de Mylba S.A., ya que ésta es una empresa de mudanzas. Le asiste razón.

El art. 30 de la LCT dispone: "Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de la seguridad social. El incumplimiento de alguno de los requisitos, hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social, cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado".

Por ende, para que resulte aplicable al caso la solidaridad prevista en el art. 30 de la L.C.T. deben darse los siguientes presupuestos: subcontratación de trabajos o servicios, tratarse de la actividad normal y específica propia del establecimiento y cumplir el trabajador la tarea en beneficio directo del principal.

Ahora bien, la actividad principal de la entidad bancaria se podría resumir en operaciones financieras y bancarias. Entiendo que la actividad de mudanza es accesoría y esencialmente escindible, ya que no conforma una entidad técnica de ejecución entre la principal y su contratista, lo que impone descartar el segundo supuesto previsto en el art. 30 de la LCT (en sentido análogo, ver CSJN, 15/4/1993 "Rodríguez Juan R. c/ Cía, Embotelladora Argentina SA y otro" (DT, 1993—A, 754). Por ello, propongo revocar este segmento de la decisión impugnada.

Las consideraciones expuestas respecto de HSBC Bank Argentina S.A. sellan la suerte de la queja de USER, ya que fue condenada en la instancia previa en los términos del art. 94 del CPCCN.

El tercero en un proceso no asume una posición autónoma sino que se encuentra subordinada a la parte que provocó su intervención. Su citación sólo tiene por objeto evitar que en la eventual pretensión regresiva que la demandada ejerza, el tercero oponga la excepción de negligente defensa.

HSBC Bank Argentina S.A. cita como tercero a USER, empresa que contrató para que se hiciera cargo de la gestión de los servicios de organización y mantenimiento de los inmuebles del grupo económico que la primera integra, en los términos del art. 94 del CPCCN, y resulta vencedora en el proceso. Por ello, considero que no se hallan reunidos los presupuestos fácticos contemplados en el art. 94 del CPCCN –eventual acción regresiva– para extender la condena a USER y auspicio, por lo tanto, revocar el pronunciamiento de grado en el punto.

La forma de resolver la cuestión torna abstracto el tratamiento de la apelación deducida por HSBC Bank Argentina S.A. respecto del acogimiento de los reclamos indemnizatorios con fundamento en los arts. 2 de la ley 25.323 y 80 de la LCT.

En definitiva y en virtud de las consideraciones vertidas, propongo modificar el fallo de grado, elevar el monto de condena en concepto de reparación integral a la suma de \$ 38.888,17 y eximir de responsabilidad a HSBC Bank Argentina S.A. y US Equities Reality (Argentina) LLC.

La modificación introducida lleva a dejar sin efecto las costas y los honorarios fijados en origen (artículo 279 del C.P.C.C.N.). En consecuencia, propongo imponer las costas en ambas instancias por el acogimiento de los reclamos indemnizatorios derivados del distracto a cargo de MYLBA S.A., a excepción de las costas en relación con HSBC Bank Argentina S.A., que se impondrán a cargo de la parte actora (art. 68 del C.P.C.C.N.). En relación con el acogimiento del reclamo en concepto de reparación integral, propongo imponer las costas en ambas instancias a cargo de MYLBA S.A. y Liberty A.R.T. S.A. – en los límites del contrato de cobertura –, a excepción de las costas en relación con HSBC Bank Argentina S.A., que se impondrán a cargo de la parte actora (art. 68 del C.P.C.C.N.). También auspicio imponer las costas

generadas en ambas instancias en relación con US Equities Reality (Argentina) LLC, a cargo de HSBC Bank Argentina S.A. quien requirió su citación en los términos del art. 94 del CPCCN. En atención al mérito y a la extensión de las labores desarrolladas, cabe regular los honorarios de las representaciones y patrocinios letrados de las partes actora, HSBC Bank Argentina S.A., US Equities Reality (Argentina) LLC, Mylba S.A., Liberty A.R.T. S.A., el perito médico y el perito contador en 20%, 15%, 15%, 11%, 13%, 7% y 7% del monto de condena más intereses respectivamente, de lo que en definitiva, les corresponda percibir al calcularse la liquidación que prevé el artículo 132 de la L.O. (art. 38 de la ley 18.345, leyes 21.839 y 24.432).

Esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27 de septiembre de 1993, en autos "Quiroga, Rodolfo c/ Autolatina Argentina S.A. s/ accidente— ley 9688", que el impuesto al valor agregado es indirecto y, por lo tanto, grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación"(C.181 XXIV del 16 de junio de 1993), al sostener que "no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio— adicionándose a los honorarios regulados— implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto".

Propongo que se haga saber al obligado al pago del honorario de abogados y procuradores que, en caso de corresponder, deberá adicionar al monto de la regulación el de la contribución prevista en el inc. 2) del art. 62 de la ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se hace saber al obligado al pago de los honorarios de abogados y procuradores que, en el caso de corresponder, debe adicionar al honorario el monto relativo a la contribución prevista en el inciso 29 del art. 62 de la ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en ocasión de abonar la tasa de justicia, la contribución prevista en el inciso 3) del citado art. 62, todo bajo apercibimiento de comunicar la situación a CASSABA (art. 80, ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y punto II, Acordada CSJN N° 6/05).

Voto, en consecuencia, que se modifique la sentencia apelada en el sentido de eximir de responsabilidad a HSBC Bank Argentina S.A. y US Equities Reality (Argentina) LLC y se eleve el monto de condena a la suma de \$ 38.888,17 (por el reclamo con sustento en los arts. 1113 y concordantes del Código Civil), que llevará los intereses fijados en el pronunciamiento recurrido. Auspicio imponer las costas en ambas instancias por el acogimiento de los reclamos indemnizatorios derivados del distracto a cargo de MYLBA S.A., a excepción de las costas en relación con HSBC Bank Argentina S.A., que se impondrán a cargo de la parte actora (art. 68 del C.P.C.C.N.). En relación con el acogimiento del reclamo en concepto de reparación integral, propongo imponer las costas en ambas instancias a cargo de MYLBA S.A. y Liberty A.R.T. S.A. — en los límites del contrato de cobertura —, a excepción de las costas en relación con HSBC Bank Argentina S.A., que se impondrán a cargo de la parte actora (art. 68 del CPCCN). También auspicio imponer las costas generadas en ambas instancias en relación con US Equities Reality (Argentina) LLC, a cargo de HSBC Bank Argentina S.A. quien requirió su citación en los términos del art. 94 del CPCCN. Propicio que se regulen los honorarios de las representaciones y patrocinios letrados de las partes actora, HSBC Bank Argentina S.A., US Equities Reality (Argentina) LLC, Mylba S.A., Liberty A.R.T. S.A., el perito médico y el perito contador en 20%, 15%, 15%, 11%, 13%, 7% y 7% del monto de condena más intereses respectivamente, de lo que en definitiva, les corresponda percibir al calcularse la liquidación que prevé el artículo 132 de la L.O., proporción que no incluye el impuesto al valor agregado. En caso de corresponder, a los honorarios fijados se adicionará el monto relativo la contribución del inciso 2 art. 62 ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se hace saber a la condenada en costas que en la etapa del art. 132 L.O. deberá abonar la contribución prevista en el inciso 3 del artículo 62 de la ley mencionada, todo bajo apercibimiento de comunicar el incumplimiento a la Caja de Seguridad Social para abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASABA) mediante oficio de estilo en la

oportunidad procesal correspondiente. (art. 80 ley 1181 de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y punto II Acordada CSJN No. 6/5).

Los doctores Eiras y Porta dijeron:

Que adherimos al voto que antecede por compartir sus fundamentos.

Por ello, el Tribunal resuelve: I. Modificar la sentencia apelada en el sentido de eximir de responsabilidad a HSBC Bank Argentina S.A. y US Equities Reality (Argentina) LLC y elevar el monto de condena a la suma de pesos treinta y ocho novecientos seis con 45/100 centavos (\$ 38.906,45) por el reclamo con sustento en los arts. 1113 y concordantes del Código Civil, que llevará los intereses fijados en el pronunciamiento recurrido; II.— Imponer las costas en ambas instancias por el acogimiento de los reclamos indemnizatorios derivados del distracto a cargo de MYLBA S.A., a excepción de las costas en relación con HSBC Bank Argentina S.A., que se impondrán a cargo de la parte actora; III. En relación con el acogimiento del reclamo en concepto de reparación integral, imponer las costas en ambas instancias a cargo de MYLBA S.A. y Liberty A.R.T. S.A. —en los límites del contrato de cobertura—, a excepción de las costas en relación con HSBC Bank Argentina S.A., que se impondrán a cargo de la parte actora; IV.— Imponer las costas generadas en ambas instancias en relación con US Equities Reality (Argentina) LLC, a cargo de HSBC Bank Argentina S.A. quien requirió su citación en los términos del art. 94 del CPCCN; IV.— Regular los honorarios de las representaciones y patrocinios letrados de las partes actora, HSBC Bank Argentina S.A., US Equities Reality (Argentina) LLC, Mylba S.A., Liberty A.R.T. S.A., el perito médico y el perito contador en 20%, 15%, 15%, 11%, 13%, 7% y 7% del monto de condena más intereses respectivamente, de lo que en definitiva, les corresponda percibir al calcularse la liquidación que prevé el artículo 132 de la L.O., proporción que no incluye el impuesto al valor agregado; V.— Hacer saber que, en caso de corresponder, a los honorarios fijados se adicionará el monto relativo la contribución del inciso 2 art. 62 ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se hace saber a la condenada en costas que en la etapa del art. 132 L.O. deberá abonar la contribución prevista en el inciso 3 del artículo 62 de la ley mencionada, todo bajo apercibimiento de comunicar el incumplimiento a la Caja de Seguridad Social para abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASABA) mediante oficio de estilo en la oportunidad procesal correspondiente. (art. 80 ley 1181 de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y punto II Acordada CSJN No. 6/5). Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase. —Ricardo A. Guibourg. —Roberto O. Eiras. —Elsa Porta.

3. “Arostegui Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía” (Fallos: 331:570; 8/04/2008). Buenos Aires, 8 de abril de 2008.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Pablo Martín Arostegui en la causa Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda promovida por el trabajador contra su empleadora y la aseguradora de riesgos del trabajo (ART) de ésta, en la que el primero reclamaba con base en el Código Civil una indemnización por los daños derivados de un accidente laboral. Para resolver como lo hizo, el a quo consideró que el actor (padre de tres hijos y que contaba 24 años al momento de los hechos, 25 de abril de 1997), padecía una incapacidad física del 65% y psíquica del 10%, de la llamada total obrera, a consecuencia del infortunio sufrido cuando un compañero de tareas puso en movimiento la guillotina del balancín en el que aquél estaba trabajando, produciéndosele la amputación parcial de cuatro dedos de la mano derecha y tres de la mano izquierda. Tras señalar que el daño era resarcible en los términos del art. 1113 del Código Civil, juzgó que no se presentaban en el caso los presupuestos fácticos que habilitaran la declaración de inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557, de riesgos del trabajo (LRT). Para ello,

efectuó una comparación entre lo que le correspondía percibir a la víctima por prestaciones dinerarias según el sistema tarifado previsto en el art. 14.2.b de la LRT y los montos que usualmente concedía la sala para reclamos basados en el derecho común. A este fin tuvo en cuenta que, desde el infortunio, el actor cobraba de la ART una renta mensual que, a partir del año 2000, era de aproximadamente \$ 306, por lo que, hasta la fecha de su jubilación, percibiría a "valores constantes" un equivalente a \$ 163.098 (\$ 306 x 13 meses x 41 años). Por otro lado, para estimar la reparación del derecho civil, aplicó el criterio de su propia jurisprudencia asentada en el caso "Vuoto, Dalmero c/ Telefunken Argentina S.A." (sentencia del 16 de junio de 1978), según el cual, "el monto del resarcimiento por daño material (lucro cesante) debe consistir en principio en una suma tal que, puesta a un interés anual del 6%, permita un retiro periódico y se amortice en el lapso de tiempo estimado de vida útil de la víctima. Esto puede obtenerse por medio de la fórmula: $C = a \times (1 - Vn) \times 1/i$; de donde $Vn = 1/(1 + in)$, a representa el retiro por período (equivalente a la disminución del salario anual provocada por la incapacidad), n el número de períodos (cantidad de años que restan hasta que el damnificado se halle en condiciones de obtener jubilación ordinaria con haber máximo) e i el coeficiente de la tasa de interés en el período (0,06). En el presente caso, el salario mensual de la víctima ascendía a \$ 446,4; la vida útil posterior al accidente puede estimarse en 41 años y la incapacidad equivalente a 65% por lo que la indemnización por tal concepto asciende a \$ 57.101,78", la cual elevó a \$ 72.101,78 al adicionarle reparaciones por los daños psíquicos (\$ 5.000) y moral (\$ 10.000). A partir de esos cálculos, la sala concluyó en que las sumas que percibiría el actor en el marco de la LRT superaban las que correspondían por el derecho común, por lo que no se daban los mencionados presupuestos que justificarían la inconstitucionalidad solicitada en la demanda.

2º) Que contra dicha sentencia la actora dedujo recurso extraordinario, en el que afirma la arbitrariedad de aquélla con sustento en que hizo un deficiente análisis de los hechos probados, tanto en relación a la gravedad del daño, como al importe y composición de la renta que percibe y a la reparación que le correspondería por aplicación del derecho civil. Destaca que la renta -que afirma en \$ 225,05- es baja, ya que incluye asignaciones familiares que dejará de percibir cuando sus hijos sean mayores de edad, y que, por su forma de pago periódica, constituye una indemnización totalmente desmembrada, que le impide disponer de su patrimonio. Señala que la reparación reclamada según el derecho civil debe tener carácter integral, es decir, contemplar todos los ámbitos de la vida y no sólo el laboral, los cuales ningún cálculo matemático, por más brillante que sea, puede contemplar. Finalmente, cuestiona que, con la decisión adoptada, se haya dado validez constitucional a los arts. 1 y 39 de la LRT. La denegación de ese recurso dio origen a la queja en examen.

3º) Que los agravios del apelante suscitan cuestión federal para su tratamiento por la vía intentada dado que, si bien remiten a cuestiones de derecho común y procesal, ajenas como regla a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no resulta óbice cuando el fallo contiene una ponderación de la realidad económica que satisface sólo en apariencia el principio de la reparación integral, o no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias de la causa, u omite el examen de circunstancias relevantes del litigio (Fallos: 299:125; 300:936 y 303:2010, entre otros). En el sub examine se configuran estas excepciones por un triple orden de razones que se relacionan, las dos primeras, con el juzgamiento de la reparación, tanto en el ámbito de la LRT cuanto en el del Código Civil, y el tercero, con la preterición de un extremo conducente para la debida decisión de la controversia.

4º) Que esto es así, en cuanto al primer aspecto indicado, por dos motivos. En primer lugar, en el importe de la renta mensual (\$ 306) se incluyeron las asignaciones familiares por hijos (\$ 120), sin dar razones por las cuales éstas integrarían dicho importe durante 41 años. En segundo término, resulta absolutamente inválido el método de sumar, como si fueran valores actuales, cantidades monetarias que el trabajador habrá de percibir en diferentes períodos de tiempo. En efecto, las cantidades de dinero sólo pueden ser objeto de adición cuando ocurren en el mismo momento, por lo cual la sala, al multiplicar los \$ 306 del modo en que lo hizo, soslayó considerar el "valor actual" de esas rentas futuras. No sería ocioso recordar que la propia LRT sigue el concepto de "valor actual" del dinero en su art. 49, disposición final

segunda, punto 3, así como en el ya citado art. 14.2.b, texto según decreto 1278/2000, a los efectos de la aplicación de los topes de \$ 55.000 y \$ 180.000 allí previstos. Estas objeciones al método seguido respecto de la LRT se robustecen aun más a poco que se advierta que el a quo sí las habría tenido en cuenta al calcular el otro término de la comparación, esto es, la indemnización del Código Civil de acuerdo al antes recordado criterio del caso "Vuoto". Ello, por cierto, acredita con mayor evidencia la invalidez de haber sumado de manera directa las rentas mensuales.

Cuadra agregar, en todo caso, que la referencia del fallo apelado a los valores "constantes" de las rentas no se encuentra acompañada de explicación alguna que la precise y justifique, máxime cuando ello tampoco surge de las constancias del proceso vinculadas con las rentas percibidas por el actor entre 1997 y 2000 (v. expediente principal: peritaje contable, fs. 766/766 vta.; documentación, fs. 345/391; asimismo: contestación de la ART al recurso extraordinario, fs. 989, cuarto párrafo).

5º) Que, en orden al segundo aspecto, el a quo, so color de restitutio in integrum, estimó el resarcimiento por el daño material del derecho civil también mediante una tarifa. Más todavía; de una tarifa distinta en apariencia de la prevista en la LRT, pero análoga en su esencia pues, al modo de lo que ocurre con ésta, sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, vale decir, de prestadora de servicios, ya que lo hace mediante la evaluación del perjuicio material sufrido en términos de disminución de la llamada "total obrera" y de su repercusión en el salario que ganaba al momento de los hechos proyectado hacia el resto de la vida laboral de aquélla. Tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste. Al respecto, la doctrina constitucional de esta Corte tiene dicho y reiterado que "el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales", ya que no se trata "de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres" ("Aquino", votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos: 327:3753, 3765/3766, 3787/3788 y 3797/3798, y sus citas; y "Díaz", voto de la jueza Argibay, Fallos: 329:473, 479/480, y sus citas).

El Tribunal también ha expresado en diversos pronunciamientos vinculados, al igual que los citados anteriormente, con infortunios laborales en el contexto indemnizatorio del Código Civil, que la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste "un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc.", y que, por el otro, "debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de [la] actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable" (Fallos: 308:1109, 1115 y 1116). De ahí, que "los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos -aunque elementos importantes que se deben considerar- no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio" (Fallos: 310:1826, 1828/1829). Tampoco ha dejado de destacar que en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de "chance", cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos: 308:1109, 1117).

6º) Que, finalmente, en cuanto al tercer punto cuestionado, que al margen de su autonomía complementa el analizado en el considerando anterior, debe advertirse que, al limitar su examen a la ya recordada comparación, la sala dejó de atender a un agravio del actor relevante para el juzgamiento del sub lite como lo es el carácter desmembrado de la forma de percepción de la reparación prevista en la LRT (renta periódica). Esta circunstancia, por lo demás, fue tenida en cuenta de manera expresa por el Tribunal al pronunciarse en la causa "Milone" (Fallos: 327:4607), oportunidad en la que admitió que la

señalada modalidad puede consagrar una solución "incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor (art. 14 bis de la Constitución Nacional)", así como mortificar "el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida", e introducir "un trato discriminatorio" (Fallos: 327:4607, 4619 y 4620). Tal como lo ha juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos "[e]l 'proyecto de vida' se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte" (Loayza Tamayo vs. Perú (reparaciones y costas), sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C N° 42, párr. 148).

7°) Que, en suma, los diversos motivos que han sido expresados conducen a que la sentencia recurrida deba ser descalificada como acto judicial válido, según conocida y permanente jurisprudencia de esta Corte en materia de arbitrariedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, sea dictado un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, remítase. Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco (según su voto) - Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni - Carmen M. Argibay (según su voto).

D) Fórmulas matemáticas.

1. **"Vuotto"**. $C = a * (1 - Vn)$ Donde:

$$Vn: 1 / (1 + i)^n$$

"C" es el monto total que la sentencia manda a pagar.

"a" es la ganancia anual.

"Vn" es un factor que relaciona el número de años restantes para llegar a determinada edad, dado por "n" que es la potencia a la que debe elevarse el resto de la fórmula.

"i" es la tasa de interés anual que se estima producirá como renta el capital que se manda a pagar.

2. **"Marshall"**.

$$C: a * (1 - Vn) / i$$

$$Vn: 1 / (1 + i)^n$$

"a": significa el retiro por período.

"n": es el número de períodos mensuales.

"i": tasa de interés (coeficiente) en el período.

3. "Acciarri-Yrigoyen Testa".

$$C = A (1 + i)^n - 1 / i (1 + i)^n$$

C = capital a determinar

A = ganancia afectada, para cada período. Los períodos considerados pueden variar (pueden ser, por ejemplo, mensuales o anuales).

i = tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada.

Se tomaba habitualmente una tasa del 6 % anual.

n: períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o expectativa de vida presunta de la víctima (es una determinación judicial y no tiene por qué coincidir con la edad jubilatoria). 1

= 1

Ejemplo de Acciarri - Yrigoyen Testa⁵¹⁰:

$$C = 16.900 \times (1 + 0,06)^{35} - 1 / 0,06 (1 + 0,06)^{35} = 245.020,36$$

Trabajador en relación de dependencia, de 30 años de edad, a quien el hecho le produce una incapacidad del 100%, y cuyas ganancias eran de \$ 1.300 mensuales. Para el cómputo se utiliza una tasa de interés de 6% anual y se estima la edad límite de sus posibilidades productivas en 65 años (véase la ecuación).

C = \$ 245.020,36 (doscientos cuarenta y cinco mil cincuenta pesos con treinta y seis centavos).

⁵¹⁰ Acciarri, Hugo - Yrigoyen Testa, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", RCyS, 2011-III-3. López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, pp. 1088-1089.

D Argumentos frecuentes en las prácticas forenses para justificar y legitimar las decisiones judiciales.

En la actualidad existe un debate en torno a las características que presenta el razonamiento judicial y del tipo de racionalidad al que debe adscribirse la tarea de juzgar que aquí es útil traer a colación. En lo que interesa destacar, las posiciones pueden simplificarse a dos posturas: la *racionalidad pura* y la *racionalidad práctica*⁵¹¹.

La primera se halla representada por quienes consideran que el acto de juzgar es una manifestación de *racionalidad pura*, una actividad estrictamente lógica a través de la cual el juez es capaz de conocer o identificar la norma aplicable al caso controvertido. Quienes defienden esta tesis comparan la actividad del juez con un *silogismo* en el que la premisa mayor está representada por el sistema de fuentes del Derecho; la premisa menor, por las circunstancias del caso enjuiciado; y la conclusión es un acto lógico por el cual el juez, una vez identificada la norma pertinente dentro del sistema de fuentes, la aplica a la solución del caso que es objeto del proceso. Se trata de un mecanismo que explicita el procedimiento de la subsunción.

La segunda concibe a la actividad judicial como expresión de la *racionalidad práctica*, es decir, le reputa un proceso discursivo tendente a inferir las “buenas razones”, argumentos o motivos relevantes tendientes a establecer la norma jurídica más oportuna para resolver el proceso.

El modelo de ciencia de estilo argumentativo sostiene que los juristas no se deben limitar a la descripción del derecho positivo (y declararlo en el caso concreto; tarea de tipo cognoscitiva; ver § I.C.), sino que también deben proponer soluciones -sobre todo para los casos difíciles en los que no existe una única respuesta correcta⁵¹²-, con fundamento en componentes morales y políticos, mediante el ejercicio de la razón práctica, la que permite justificar tales soluciones. Se apunta, en este sentido, que el derecho positivo no sólo se integra con normas o reglas, sino también con principios y valores jurídicos, y, por otro parte, se interrelaciona con las prácticas sociales (Aarnio, Alexy, Nino, Peczenik). En consecuencia, el razonamiento jurídico ocupa un lugar principal en el método, que no se restringe solamente a una cuestión de aplicación de normas, sino que se dirige a discernir la mejor solución posible; el razonamiento se despliega en tres aspectos que van más allá de las enunciados normativos: la validez lógica de los argumentos, la capacidad persuasiva y la plausibilidad material de una argumentación⁶³⁴.

Con ello se quiere decir que los argumentos empleados para fundar la decisión contenida en una sentencia judicial deben comprender no sólo aquellos que estrictamente se dirijan a la justificación formal y material de la argumentación y sus premisas (“buenas razones”), sino también abarcar aquellos otros que campean el plano psicológico y el proceso de toma de decisiones, que deberán ser descriptos y explicados mediante argumentos propios de la tópica y de la retórica.

En este sentido, serán de suma eficacia y utilidad –para la elección de una fórmula (y sus variables) que permita cuantificar los daños a la persona- el empleo de los argumentos frecuentes en las prácticas forenses, puesto que los argumentos son la expresión externa del razonamiento o raciocinio, que confrontándose con el de otras personas, procura suscitar la convicción de la corrección o verdad de aquéllos.

En efecto, los argumentos presuponen el lenguaje y siendo éste el medio natural de transmisión del pensamiento, presupone también el diálogo, que presenta especial importancia en la discusión o controversia, la cual implica el intercambio de argumentos entre dos o más adversarios. O expresado en

⁵¹¹ Pérez Luño, “¿Qué significa juzgar?”, op. cit., p. 162.

⁵¹² Atienza y Ruíz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, op. cit. Nino, *Algunos modelos metodológicos de ‘ciencia’ jurídica*, op. cit.

⁶³⁴ Núñez Vaquero, “Ciencia jurídica”, op. cit., pp. 618-619.

otras palabras: el argumento presupone la confrontación de pareceres ante un adversario, el cual puede ser activo, en cuanto rearguye, mediante objeciones o contra-argumentos, nuestra propia argumentación, o bien pasivo, en cuando siendo su intención aprender, admite la legitimidad de nuestra argumentación, aunque solo sea provisoriamente⁵¹³.

Por otra parte, cabe señalar que los argumentos pueden ser evaluados desde diferentes perspectivas: como válidos o inválidos (desde el punto de vista formal); como más o menos sólidos (desde una perspectiva material); persuasivos (desde una visión pragmática); o como buenos o malos argumentos (las falacias). Como dice Aristóteles en sus *Refutaciones sofísticas*, en el apéndice a los *Tópicos*, las falacias son argumentos que parecen buenos o correctos sin que lo sean⁵¹⁴. Ellas importan, pues, errores de razonamiento (Cohen y Nagel)⁵¹⁵, porque implican la violación de reglas lógico-formales, materiales o dialécticas de la argumentación; por eso las técnicas de la argumentación deben ayudarnos a refutar los argumentos falaces o a desvelarlos⁵¹⁶.

Más allá de la evaluación de los argumentos, se dice que los mismos –en el contexto de la interpretación jurídica- son un período compuesto por varias proposiciones ligadas por vínculos de subordinación, y también eventualmente de coordinación, y tales que una de ellas se suponga inferida de las otras, que se *aducen como garantía de aceptabilidad*. Los argumentos pueden ser considerados como *logos* (premisas de las que se puede predicar tanto su bondad o fuerza como su validez formal o necesidad lógica) o como *topos* (premisas que se han de encontrar para que de ellas surja el *logos*, es decir, para comenzar a argumentar; la *inventio*)⁵¹⁷.

Ahora bien, los argumentos son muchos y diferentes, por lo que se han propuesto distintas clasificaciones (Klug, Kalinowski, Tarello). Efectivamente, una de las características de la justificación en el terreno jurídico es que no hay un catálogo cerrado de razones que puedan sustentar las distintas premisas que componen un razonamiento, dado que puede alegarse argumentos de diferente tipo. Tampoco existe una jerarquía; empero, en muchos casos, el uso de argumentos parece legitimar una decisión en la medida en que se ofrece un argumento sólido en su apoyo.

Limitándome ahora a los argumentos que tienen aplicación en el campo jurídico, según la ya conocida exposición de Ulrich Klug, se distingue entre la forma básica del razonamiento jurídico –el silogismo judicial- que vendría a ser una aplicación al campo del derecho del silogismo *modus barbara* y las formas especiales: el razonamiento por analogía (*a simili*), el razonamiento *a contrario*, *a fortiori* (*a maiore ad minus* y *a minori ad maius*) y el argumento *ad absurdum*. Klug también considera la existencia de argumentos interpretativos, los que sirven para establecer las premisas de los argumentos deductivos, pero estos últimos no formarían parte de la lógica jurídica⁵¹⁸.

Una clasificación más amplia y completa es la de George Kalinowski. El profesor polaco distingue entre argumentos de coacción intelectual (lógicos), de persuasión (retóricos) y propiamente jurídicos (presunciones, prescripciones, ficciones, etc.). Esta clasificación las relaciona, a su vez, con otra que puede hacerse dentro de los argumentos jurídicos: los argumentos normativos (cuando al menos una de las

⁵¹³ Mans Puigarnau, *Lógica para juristas*, op. cit., p. 193.

⁵¹⁴ Pese a la antigüedad del tema, todavía se observa la falta de una teoría general de las falacias, tal como observara hace algunos atrás Charles Hamblin en el inicio de su conocida obra: “*There is hardly a subject that dies harder or has changed so little over the years. After two millennia of active study of logic and, in particular, after over half of that most iconoclastic of centuries, the twentieth A.D., we still find fallacies classified, presented and studied in much the same old way. Aristotle’s principal list of thirteen types of fallacy in his Sophistical Refutations –the Latin title is De Sophisticis Elenchis...*” (Hamblin, Charles, L., *Fallacies*, ed. Methuen & Co. Ltd., Newport News, London, 1970, p. 9).

⁵¹⁵ Cohen, Morris y Nagel, Ernest, *Introducción a la Lógica y al Método científico*, tr. N. Míguez, Amorrortu, Buenos Aires, 1968, t. 2, p. 214.

⁵¹⁶ Calonaje, Concha, *Técnica de la argumentación jurídica*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 203.

⁵¹⁷ Gianformaggio, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, en *Doxa*, n. 4, 1987, pp. 97-98.

⁵¹⁸ Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*, tr. J. C. Cardella, Temis, Bogotá, 1998. Atienza, *El derecho como argumentación*, op. cit., p. 155.

⁶⁴¹ Kalinowski, George, *Introducción a la lógica jurídica*, tr. Juan A. Casaubón, Eudeba, 1973, Buenos Aires, pp. 160-162.

premisas y la conclusión son normas) y los no normativos (los que se utilizan, por ejemplo, en el campo de la prueba), a los que sólo considera jurídicos por accidente⁶⁴¹.

Los razonamientos no normativos consistirían en la inducción incompleta, el razonamiento deductivo, el razonamiento reductivo (la abducción), el razonamiento por analogía, la inducción amplificante y el razonamiento estadístico. A estos argumentos, que considera de aplicación universal (llamados pruebas metodológicas), habría que añadir los argumentos retóricos de persuasión y las pruebas puramente jurídicas, que no desarrolla. Los razonamientos normativos pueden tener lugar en la creación, interpretación o en la aplicación del derecho. En el plano de la interpretación se utilizarían argumentos extralógicos (v.gr., *a rubrica, pro subjecta materia*, etc.) como paralógicos (v.gr., el argumento *ad auctoritate, a generali sensu, rationes legis estricta*, etc.) y argumentos lógicos (*modus ponens, a fortiori, a simili ad simile o per analogiam y a contrario*). Los argumentos estrictamente lógicos están regidos tanto por las reglas lógicas y por reglas extralógicas (es decir, por reglas de interpretación jurídicas), estando las primeras subordinadas a las segundas. Y en el plano de la aplicación del derecho Kalinowski distingue cinco tipos de silogismos jurídicos⁵¹⁹.

Otra clasificación muy conocida es la de Giovanni Tarello⁵²⁰. El profesor italiano enumera quince argumentos que complementaremos con los aportes de otros juristas (Mans Puigarnau, Perelman, Schreiber, Romero, Guastini, Vigo)⁵²¹. A continuación pasaré revista de cada uno de ellos.

1) *A contrario*.

El profesor genovés nos refiere que el argumento *a contrario* es aquella argumentación por la cual, dada una norma que predica una calificación normativa cualquiera (v.gr., un poder, una obligación, un *status*) de un sujeto o de una clase de sujetos, a falta de otra norma expresa que exprese lo contrario, se debe excluir que valga (que exista, que sea válida) una norma distinta la cual predica esa misma calificación normativa para cualquier sujeto o clase de sujetos⁵²².

En esta explicación –dice Tarello– el argumento *a contrario* se presenta como una regla sobre la producción jurídica, y precisamente como una regla que excluye la producción, mediante implicación o analogía, de normas ulteriores respecto a aquellas ya expresas. Efectivamente en sus más antiguas aplicaciones el argumento *a contrario* era una regla sobre la exclusión de producción normativa nueva; ahora, y en nuestra cultura, funciona como regla (y relativo argumento) de interpretación, y precisamente como regla según la cual siendo dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término del enunciado que está para un sujeto o una clase de sujetos, se debe evitar extender el significado de aquel término hasta comprender sujetos o clases de sujetos no estrecha y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo.

Sea en cuanto a regla sobre la exclusión de producción normativa, sea en cuanto regla de la interpretación, el argumento *a contrario* se expresa en la máxima jurídica: *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*.

En cuanto a regla de interpretación, el argumento *a contrario* es el argumento que sirve para motivar o para proponer, aquella que en general se llama “interpretación literal”, o “interpretación restrictiva”. En cuanto acto para motivar o proponer interpretaciones según la letra, el argumento *a contrario* es generalmente apreciado y dotado de notable fuerza persuasiva en las culturas en las cuales:

⁵¹⁹ Cfr. Atienza, *El derecho como argumentación*, op. cit., p. 156.

⁵²⁰ Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 341-387. Hay traducción de Diego Dei Vecchi, *Interpretación de la ley*, Palestra, Lima, 2013, pp. 309-345.

⁵²¹ Cfr. Mans Puigarnau, *Lógica para juristas*, op. cit., p. 206 y ss. Catenacci, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 344 y ss. Vigo, Rodolfo L., "Argumentación constitucional", Ponencia presentada en el I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Cancún, México, mayo de 2008); idem, en *Interpretación y argumentación: problemas y perspectivas actuales*, coord. por Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo, 2011, pp. 463-492.

⁵²² Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 313 y ss.

a) se atribuye gran valor a la letra documental; b) se tiende a endurecer el vínculo de subordinación de los órganos de la aplicación en comparación al órgano de producción normativa.

Como dice Guastini, la expresión *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit* significa que cuando el legislador ha dicho exactamente lo que quería decir es evidente que lo que no ha dicho no quería decirlo; si hubiese querido decirlo, lo habría dicho. El argumento se rige por la presunción de una perfecta correspondencia entre la intención del legislador y el texto normativo⁵²³.

En suma, el argumento *a contrario* es la conclusión a la que se arriba a partir del opuesto. Tiene el esquema de la analogía y constituye un procedimiento discursivo en el que una determinada proposición jurídica que afirma un deber de un sujeto, a falta de disposición expresa, se debe excluir la validez de una proposición jurídica diferente que afirme la misma obligación o deber (Perelman). Así, por ejemplo, la norma que obliga a pagar impuestos a las sociedades con fines de lucro, argumentado *a contrario* se puede concluirse que las sociedades que no tienen esa finalidad están eximidas de pagar impuestos.

Con este argumento se intenta reemplazar –en el campo del derecho– una decisión acerca del contenido o la validez de la norma jurídica mediante un razonamiento. Con esto se elimina el problema y se puede reemplazar la fundamentación que debería referirse precisamente a la validez jurídica de una proposición jurídica problemática, mediante una inferencia inadmisibles. Evidentemente, se podría llamar la fundamentación de la validez de una norma jurídica problemática, *argumentum a contrario*. Sin embargo, considera Schreiber, no hay que designar a este razonamiento como argumento “a contrario”, si no se quiere que los conceptos de la lógica del derecho pierdan su utilidad.

Lo que la ciencia del derecho designa como razonamiento “a contrario”, apartándose en parte de la lógica, está formulado por Klug: “En la ciencia del derecho se deduce mediante el argumento a contrario el siguiente esquema: Premisa: si un caso concreto cumple con los presupuestos legales V1, V2... Vn, se producen para él las consecuencias jurídicas R1 R2... Rn. Conclusión: si un caso concreto no cumple con los presupuestos legales V1 V2... Vn, no se producen para él las consecuencias jurídicas R1, R2... Rn”⁵²⁴.

El razonamiento *a contrario* se estudia con la analogía, puesto que versa sobre casos en que aparecen dudas sobre la aplicación de determinadas leyes.

2) *A simili* o de analogía.

El argumento *a simili*, llamado también analógico, es en cierto sentido opuesto, en el procedimiento intelectual y en el modo de funcionar, al argumento *a contrario*, dice Tarello. Cuando se habla de “argumento analógico” se debe entender la expresión en sentido restricto, que tradicionalmente se manifiesta en la locución latina “analogía legis” (que se distingue de la “analogía iuris” bajo la que se esconden argumentos retóricos distintos de aquel ahora en discusión)⁵²⁵.

El argumento *a simili* es aquel argumento por el cual, dada una norma que predica una calificación normativa cualquiera (por ejemplo un poder, una obligación, un status) de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que exista, que sea válida) una norma distinta, la cual predique esa misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que tenga con el primer sujeto o con la primera clase de sujetos una semejanza o “analogía” asumida como relevante según la identidad de disciplina jurídica (al menos por cuanto concierne a la calificación en cuestión). En esta explicación el argumento *a simili* se presenta como una regla sobre la producción jurídica, y precisamente como una regla que impone la producción de normas que tengan el efecto de obtener para el segundo término de la analogía, la disciplina que una norma preexistente impone al primer término de la analogía: y

⁵²³ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, UNAM, México D.F., 1999, p. 28.

⁵²⁴ Schreiber, *Lógica del derecho*, op. cit., pp. 70-71.

⁵²⁵ Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 317 y ss.

efectivamente, en sus más antiguas aplicaciones en el campo jurídico, el argumento *a simili* era una regla sobre la producción normativa, sobre la producción de normas nuevas. Ahora en nuestra cultura funciona como regla (y relativo argumento) de interpretación, y precisamente como la regla según la cual: dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término del enunciado que está para un sujeto o una clase de sujetos, se debe extender el significado de aquel término a comprender sujetos o clases de sujetos también no incluidos estricta y literalmente, que sin embargo presentan con los sujetos literalmente incluidos una similitud o analogía asumida como relevante según la identidad de disciplina jurídica (al menos en cuanto concierne a la calificación en cuestión); y se debe excluir en este mismo caso la aplicación del argumento interpretativo a contrario (Tarello).

En otras palabras también se dice que la aplicación analógica de una proposición jurídica se da cuando una proposición que ha sido dictada para una determinada situación de hecho, es aplicada a otra situación de hecho diferente pero que coincide con la primera 'en las relaciones esenciales (Klug, Prieto Sanchís)⁵²⁶.

En cuanto regla de la interpretación (pero no en cuanto regla sobre la producción normativa), Tarello señala que el argumento *a simili* se expresa en la máxima jurídica: *lex minus dixit quam voluit*. Esta máxima expresa también el uso de otro argumento, aquel *a fortiori* que discutiremos a continuación. Es necesario en este punto desarrollar alguna consideración sobre el hecho que el argumento *a simili* funciona, en el ámbito interpretativo, como vehículo de interpretación “extensiva” (del mismo modo que el argumento *a fortiori*), mientras en cuanto a regla sobre la producción normativa se distingue por una “extensión” (Tarello).

Por otra parte, se señala que el razonamiento analógico o por analogía reviste la apariencia de un silogismo, pero en rigor se limita a suponer como probable que existen notas comunes en ambos pensamientos⁶⁵⁰. Mediante este razonamiento se pueden resolver casos no contemplados por el sistema jurídico, aplicando la solución prevista por el legislador para otro supuesto de hecho que se asemeja al caso no previsto.

La analogía opera, entonces, a través de la comparación de dos supuestos (el regulado y el no regulado). Ambas hipótesis son similares pero diferentes, por lo que deben analizarse los elementos relevantes de uno y otro caso a fin de considerarlos semejantes y aplicarles a ambos la misma solución normativa.

El argumento por analogía es, de este modo, aquel que sobre la base de la comparación de dos objetos similares respecto de una serie de propiedades, donde uno de ellos tiene además alguna otra propiedad distinta, se afirma que el o los objetos restantes también tienen esa otra propiedad. No es una conclusión lógica, sino una comparación.

3) *A fortiori*.

El argumento *a fortiori* es aquel por el cual, dice Tarello, dada una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que exista, que sea válida) una norma distinta que predique esa misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos, que se encuentre en situación tal de merecer, a mayor razón del primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada acuerde al primer sujeto o clase de sujetos. En cuanto argumento interpretativo, el argumento *a fortiori* permite motivar o fundar la propuesta de una interpretación extensiva de un enunciado normativo, de modo de incluir en uno de sus términos aparentemente referente a un único sujeto o clase de sujeto, también otros sujetos o clases de sujetos; o de incluir en uno de sus términos referente a un único comportamiento o clase de comportamientos

⁵²⁶ Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., p. 57. El autor apunta que se llama argumento analógico o argumento *a simili* al procedimiento discursivo que se emplea para justificar (o motivar) la aplicación analógica. ⁶⁵⁰ Romero, *Lógica e introducción a la problemática filosófica*, op. cit., p. 77.

también otros comportamientos u otras clases de comportamientos. No se trata, no obstante la apariencia, de un subcaso del argumento analógico o de un argumento analógico particularmente fuerte o persuasivo; en efecto, dice el profesor genovés, el argumento *a fortiori* no se funda sobre la semejanza, sino solo sobre la razón o *ratio* de la norma o del enunciado normativo (según el punto de vista que se asuma). No es necesario que la conducta en la cual se extiende el significado del enunciado sea “semejante” o “análoga” a aquella a la cual sin dudas el enunciado ya se refería, basta que la prima merezca “a mayor razón” la calificación normativa reservada a la segunda. Justamente porque se funda sobre el “mérito” y no sobre la “semejanza”, no se puede decir que el argumento *a fortiori* produzca resultados distintos según se aplique a enunciados formulados en términos de calificaciones ventajosas o desventajosas.

Se puede decir, en cambio, que el argumento *a fortiori* da lugar a dos esquemas distintos según que se aplique a la interpretación de enunciados formulados en términos de calificaciones ventajosas o en términos de calificaciones desventajosas, esquemas distintos que la tradición retórica identifica como: a) el argumento *a minori ad maius* y el argumento *a maiori ad minus*⁵²⁷.

El argumento *a minori ad maius* puede ser aplicado –dice Tarello– a las calificaciones desventajosas, como a las prohibiciones, según las cuales, si la ley prohíbe lo menos con mayor razón prohíbe lo más, y el argumento *a maiori ad minus*, puede ser aplicado a calificaciones ventajosas (v.gr., los derechos, las autorizaciones), según las cuales, si la ley autoriza lo más implícitamente permite lo menos.

Se trata, pues, de un razonamiento que permite resolver un caso a partir de otra norma por extensión. El problema planteado no cuenta en sí con una regla que brinde una solución pero existe otra que por su relación debe extenderse “con mayor razón” a aquel problema que no ha sido previsto por el sistema.

La mejor forma de caracterizar el argumento *a fortiori* –dice Schreiber– es recurrir a ejemplos. Así, Enneccerus-Nipperdey adoptan un argumento de esta índole cuando afirman que los principios de la representación, es decir, de la actuación en nombre de otro, pueden ser aplicados, en gran medida, a la actuación bajo nombre falso. Este ejemplo muestra que con el argumento *a fortiori* se elige un modo de expresión formal, pero que el contenido de este argumento se refiere a la interpretación y validez de normas jurídicas. Si el argumento *a fortiori* fuera una forma de inferencia podrían derivarse, sin necesidad de saber de qué proposiciones jurídicas se trata, nuevas proposiciones partiendo de la estructura de aquellas. Pero este no es el caso, afirma Schreiber.

Tammelo⁵²⁸ propone otro ejemplo. Considera como argumento *a fortiori* el siguiente argumento del derecho de tránsito: de la prohibición a los ciclistas de ir de a dos en los caminos públicos, se deduce *per argumentum a fortiori* la prohibición de ir de a tres en los caminos públicos.

4) De plenitud.

Este argumento es conocido por ser uno de los postulados del “legislador racional”, esto es en la completitud del ordenamiento jurídico, vale decir, que no existen lagunas normativas. El argumento consiste en presuponer que todos los casos tienen respuesta en las normas sancionadas por el legislador.

Tarello dice que el argumento de lo completo de la disciplina jurídica es por un parte un argumento dotado de notable eficacia persuasiva, y por otra parte un argumento subordinado y subsidiario. Está dotado de notable fuerza persuasiva porque se funda sobre la creencia que el “derecho” o el “sistema jurídico” o el “ordenamiento jurídico” (según la locución preferida en los distintos ambientes culturales) provee una disciplina completa –privada de lagunas– de la vida asociada, y esta creencia está ampliamente difundida entre los operadores jurídicos operantes en todas las organizaciones modernas, y en particular, entre los jueces. Es un argumento subordinado y subsidiario, porque éste no alcanza jamás, por sí solo, a

⁵²⁷ Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 320 y ss.

⁵²⁸ Tammelo, Ilmar, *Modern Logic in the Service of Law*, Springer Verlag, Wien, New York, 1978.

⁶⁵³ Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 322 y ss.

decidir un problema de aplicación del derecho, o un problema de interpretación en sentido lato, pero tiene que ser integrado por al menos otro argumento retórico o también tiene que ser completado con la asunción de un principio general productivo de normas, como será mostrado en breve⁶⁵³.

Puede ser definido –dice Tarello- como el argumento por el cual, no habiendo encontrado una norma que, por un comportamiento dado o por un sujeto dado, adscriba una calificación normativa a ese mismo comportamiento, se debe concluir no obstante que valga (que sea válida, que exista) una norma que adscriba al comportamiento no reglado, alguna calificación normativa. En cuanto argumento interpretativo, el argumento de lo completo sirve para impedir el camino a atribuciones de significado a los enunciados normativos tales de hacer llegar al intérprete a configurar las disposiciones que llevarían al resultado de hacer considerar “no disciplinado por el derecho”, es decir no calificado, cualquier comportamiento.

El carácter subordinado y subsidiario de este argumento está ligado al hecho de no ser completo. Una vez que se ha decidido de no atribuir, a los enunciados normativos a disposición del intérprete, un significado tal que configure cualquier comportamiento como no calificado, el intérprete se encuentra frente a la necesidad de atribuir en concreto significados a los enunciados normativos a disposición, y puede hacerlo de varios modos. Por ejemplo, fundando sobre la previa aceptación del argumento de lo completo el recurrir a un ulterior argumento, elegido entre aquellos que sirven (aparentemente) a producir o a excluir la producción de normas nuevas, como respectivamente el argumento *a simili* o el argumento *a contrario*.

Una posibilidad distinta que se abre al intérprete que haya recogido el resultado de un empleo del argumento de lo completo consiste en el asumir un particular principio general productivo de normas, relativo a los comportamientos no calificados: todos los comportamientos (aparentemente) no calificados deben considerarse calificados en un modo particular, por ejemplo todos permitidos.

5) De coherencia.

El argumento de la coherencia de la regulación jurídica también presupone el postulado del “legislador racional” y se despliega en aquellos casos en que la interpretación exige ser realizada dentro de un contexto normativo o de principios determinado.

Según este argumento, en presencia de dos normas que predicen calificaciones normativas incompatibles debe concluirse que al menos una de las dos no vale (no es válida, no existe) con carácter general, o bien no es aplicable en el caso particular, con lo cual se evita un conflicto de normas mediante una interpretación correctiva de las normas recurriendo a otros argumentos interpretativos.

El argumento de la coherencia de la disciplina jurídica es –como el de lo completo– por una parte un argumento dotado de notable eficacia persuasiva, y por otra un argumento subordinado y subsidiario. Está dotado de notable fuerza persuasiva porque se funda sobre la creencia que el “derecho” o el “sistema jurídico” o el “ordenamiento jurídico” (según la locución preferida en los distintos ambientes culturales) provee una disciplina coherente –privada de antinomias– de la vida asociada, y esta creencia está ampliamente difundida entre los operadores jurídicos en todas las organizaciones modernas, en particular entre los jueces.

Es un argumento subordinado y subsidiario –dice el profesor genovés-, porque no basta, por sí solo para decidir la aplicación del derecho o para resolver un problema de interpretación en sentido lato, cuando se encuentra frente a un llamado “conflicto de normas”, pero debe ser integrado al menos por otro argumento retórico o también debe ser completado con la asunción de un principio general sobre la solución de los conflictos de normas. A diferencia de cuanto se verifica en el caso del argumento de lo completo (en el cual es rara la disposición de derecho positivo que provee a cerrar el sistema adoptando en línea general una calificación para el no-calificado) en las organizaciones jurídicas modernas son frecuentes las disposiciones relativas a los conflictos de normas⁵²⁹.

Puede ser definido –afirma Tarello- como el argumento por el cual, en presencia de dos normas que respectivamente predicen dos calificaciones normativas incompatibles, se debe concluir que al menos una de las dos normas no valga (no sea válida, no exista) en línea general, o también que no sea aplicable en ese caso en particular.

En cuanto argumento interpretativo, el argumento de la coherencia sirve para cerrar el paso a las atribuciones de significado a los enunciados normativos tales de configurar disposiciones que llevarían al resultado de hacer emerger un conflicto de normas; es decir impone la búsqueda de aquella que (acogiendo una vieja tradición lexical de la retórica jurídica) Bobbio ha llamado “interpretación correctiva”. El carácter

⁵²⁹, op. cit., p. 324 y ss.

subordinado y subsidiario del argumento de la coherencia deriva del hecho que, con el fin de no hacer emerger conflicto de normas de la interpretación de dos enunciados normativos, se necesita proceder a una ulterior interpretación de uno de tales enunciados o también de ambos: eso deberá hacerse recurriendo a otros argumentos interpretativos, por lo que el argumento de la coherencia funciona como criterio de elección de ulteriores argumentos (en base a los resultados de estos últimos: serán excluidos aquellos que llevan a un conflicto de disposiciones).

6) Psicológico.

Éste argumento indaga la voluntad de legislador, la finalidad tenida en miras al sancionar una ley, mediante el análisis de los antecedentes parlamentarios, a efectos de reconstruir la intención de legislador, la razón de ser de la ley, para que de este modo se resuelva el caso planteado acorde con esa voluntad.

Es, pues, un recurso a la voluntad del legislador concreto por el que a cada enunciado normativo se le debe atribuir el significado que corresponde a la voluntad de su autor.

Tarello precisa que es el argumento por el cual a cada enunciado normativo se le debe atribuir el significado que le corresponde a la voluntad del emisor o autor del enunciado, es decir, del legislador en concreto, del legislador histórico. El fundamento de este argumento reside en la doctrina imperativa de la ley, en la doctrina para la cual la ley es un comando, dirigido del superior al inferior: el comando se manifiesta, en un documento, y atribuir significado al documento significa regresar a la voluntad del cual el documento es expresión. Se trata de un argumento interpretativo antiquísimo, en cuanto modo obvio de atribuir significado a documentos normativos en todas las organizaciones en las cuales documentos similares expresan -o se presume que expresan- la voluntad de un individuo⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 327 y ss. En las culturas jurídicas modernas, dice Tarello, esta doctrina encuentra completa elaboración en el voluntarismo propio de algunas doctrinas del absolutismo de los siglos XVII y XVIII de modo particular de Pufendorf; y ha encontrado un notable sostén en la sucesiva doctrina de la separación de poderes (o ideología según la cual la función de hacer las leyes y aquella de juzgar en base a las leyes son conceptualmente separables y tienen que ser dadas a órganos distintos) por la cual el juez no recurre a la propia voluntad. A veces, sobre la base de teorías similares, se ha considerado de tener que excluir la actividad interpretativa, y de tener que imponer al juez, en el caso de oscuridad o dudas sobre el significado de los documentos legislativos, de dirigirse directamente al legislador para obtener una interpretación auténtica.

Pero, muy frecuentemente, debido también al fracaso de tales institutos, la doctrina imperativa del derecho combinada con aquella de la separación de poderes ha inducido a los operadores jurídicos a privilegiar el argumento psicológico para motivar y proponer decisiones en base a normas, considerando así de asegurar la fidelidad de la ley y la no responsabilidad política del judicial. Como es claro el pasaje desde una normativa al menos teóricamente producida por un individuo (o por individuos delegados) a una normativa de asamblea legislativa habría podido implicar notables dificultades prácticas en el privilegiar el argumento psicológico: pero por una parte la intervención directa (real o difundida) de Napoleón en la producción de códigos napoleónicos logró sacar este obstáculo al menos en los primeros tiempos del gran favor por este argumento, y por otra parte, precisamente las asambleas, con sus discusiones registradas y con sus votos o opiniones sobre cada proyecto y fragmentos de proyectos, dieron vida a estos "trabajos preparatorios" (generalmente publicados) que podían dar precisamente los indicios necesarios para la reconstrucción de la voluntad psicológica del legislador histórico. Toda la cultura positivista continental de la primera mitad del ochocientos, en Francia con la escuela de la exégesis primero por fidelidad a Napoleón y luego por exigencias de preservación de su obra legislativa, y en el área alemana por razones políticas al menos entre los juristas liberales (desconfiados de la Escuela histórica) privilegió -o en cierto modo valoró mucho- el argumento psicológico y el uso de los trabajos preparatorios.

Al respecto, Tarello dice que se hacen las siguientes observaciones. En primer lugar, el uso del argumento psicológico está condicionado por la adhesión (de quien lo usa para motivar o del destinatario de la propuesta de interpretación) a la ideología imperativa y a aquella de la fidelidad a la ley por parte del juez. Por lo tanto tal uso se desacredita en la medida en que prevalecen opiniones según las cuales la formación del derecho no tiene carácter voluntario (por ejemplo, porque tiene carácter orgánico o funcional) o bien según el cual la formación del derecho tiene, o debe tener, entre sus componentes, la voluntad de los operadores de la aplicación del derecho o de los doctores. Esto explica porque no pocas escuelas jurídicas -a partir de la Restauración- si hayan usado para desacreditar el uso de este argumento.

En segundo lugar, el argumento psicológico por su misma naturaleza logra ser más eficaz cuanto mayor el tiempo en el cual el enunciado objeto de interpretación es emitido, está cerca al tiempo en el cual la atribución de significado le es decidida, motivada o propuesta. El argumento psicológico en efecto ha tenido su momento de gran auge inmediatamente después de las codificaciones napoleónicas, y por breves periodos, después de las otras codificaciones nacionales del ochocientos en el ámbito de las respectivas áreas. En los otros periodos y en el ámbito de organizaciones de derecho no codificado, el privilegio se verifica solo según la legislación especial innovadora, y en relación a tal legislación. Esporádicamente, adquiere fuerza en relación a documentos de normativa de tipo patricio -tratados internacionales, contratos

colectivos de trabajo, acuerdos normativos- por breves tiempos e inmediatamente sucesivos a la redacción del documento (salvo cuanto se dirá apenas conocido).

En tercer lugar, el argumento psicológico puede ser utilizado fructuosamente si y solo si la voluntad normativa del autor del documento subsiste efectivamente. Esto no sucede, según algunos, cuando el iter y los procedimientos de formación de los documentos legislativos son demasiados complejos y participan demasiadas personas en demasiados momentos sucesivos. Esto, en todo caso, no sucede cuando al iter de formación del documento participan portadores de diversos y conflictivos intereses, voluntades y pretensiones, y estos sujetos llegan a una solución de compromiso no ya sobre la norma sino sobre la fórmula, es decir sobre el enunciado normativo, justamente por obra de su interpretabilidad en sentidos diversos y conflictivos; en estos casos, obviamente, se actúa en la sustancia una delegación de

7) Histórico.

También llamado “de presunción de continuidad” o “de hipótesis del legislador conservador”, es el argumento por el cual, dado un enunciado normativo, a falta de expresas indicaciones en contrario se debe a él atribuir el precedente y preexistente enunciado normativo que disciplinaba la misma materia en la misma organización jurídica, o bien el mismo significado normativo que tradicionalmente se atribuía al enunciado normativo contenido en un documento fundador de otra organización (v.gr., atribuir a un artículo del Código Civil vigente el significado tradicionalmente atribuido al artículo correspondiente del Código Civil francés del 1804)⁶⁵⁶.

El fundamento de la persuasión de este argumento se busca –dice Tarello- en la hipótesis de que, a través del cambio de las formulaciones documentales, las normas disciplinadoras de una materia sean constantes; y que los legisladores, al enunciar legislaciones, sean movidos hasta prueba en contrario por el deseo de conservar una disciplina precedente tomada como modelo, eventualmente perfeccionando la formulación lexical. Las hipótesis que fundan la persuasión del argumento histórico expresan, a su vez, o la creencia que de hecho las normativas formales conciernen prevalentemente las fórmulas, o la ideología que la legislación no deba -o eventualmente no deba en un particular campo sectorial- innovar en la substancia.

El argumento histórico supone que el legislador mantiene vigentes las instituciones jurídicas con el mismo sentido, a menos que establezca una modificación en contrario.

8) Directo (o apodíctico) e indirecto (apagógico o *ad absurdum*).

El argumento directo es el que manifiesta que la tesis se contiene potencialmente en el principio de la demostración. El argumento indirecto o argumentación por absurdo es aquel que manifiesta la verdad de la tesis infiriéndola de la falsedad de la proposición contradictoria, en méritos del principio: *falsus non sequitur nisi ex falso*. Este razonamiento, en el ámbito de la interpretación de la ley, significa que el legislador es un ser racional, por lo que no se admite una interpretación de la ley que conduzca a consecuencias ilógicas (Perelman).

Se trata, pues, de un argumento por el que se debe excluir una interpretación determinada de un enunciado normativo porque da lugar a una norma absurda. En esta última clase de argumentos se empieza por la suposición de una tesis o afirmación, a continuación se demuestra que aceptar esa tesis lleva a una consecuencia que resulta inaceptable. Con esta demostración por el absurdo se concluye en la necesidad de negar o rechazar la tesis original.

Por su parte, el profesor genovés dice que el argumento apagógico es aquel por el cual se debe excluir aquella interpretación de un enunciado normativo que dé lugar a una norma “absurda”. El fundamento del carácter persuasivo de este argumento interpretativo se encuentra en la difusión de la creencia que el derecho no contenga normas absurdas: sea porque se hipotetiza la “racionalidad del legislador” (de ahí que a este argumento también lleve el nombre de “hipótesis del legislador razonable” que se da a éste argumento), sea porque se considera que la norma “absurda” no puede ser válida⁶⁵⁷

poder normativo a los operadores de la interpretación, los cuales podrán basarse o hacerse convencer por los más diversos argumentos, excepto por aquel relativo a la voluntad psicológica del legislador histórico.

En cuarto lugar, el privilegio del argumento psicológico hace imposible cumplir las operaciones de descomposición y recomposición de los argumentos legislativos producidos en tiempos y en sectores diversos, que permiten a los operadores jurídicos de adaptar en modo diverso e inclinar el complejo legislativo con fines cambiantes y también en permanecer los mismos enunciados normativos; y hace más fácil el emerger de antinomias y la manifestación de lagunas en la opinión de los operadores. El privilegio del argumento psicológico promueve por eso la fijación de la aplicación normativa, requiere para cada cambio la acción del órgano legislativo y –en los casos en el cual este es inmovilista o está obligado a ser inmóvil– puede cooperar a determinar notables tensiones al interior de la sociedad y de la organización jurídica. Por todas estas razones tal argumento es hoy utilizado menos de cuanto haya sido utilizado en el pasado, y prevalentemente en relación a legislación especial. Y es también verdad que, generalmente, este argumento sirve hoy en cambio a desacreditar aquellas interpretaciones que manifiestamente chocan contra la voluntad de los autores de la ley que no a acreditar las interpretaciones conformes a aquella voluntad: es más fácil determinar qué cosa no ha sido querida, que qué cosa ha sido querida.⁶⁵⁶ Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 330 y ss.

⁶⁵⁷

, op. cit., p. 331.

Se trata de un argumento bastante frágil por una parte y equívoco por la otra, dice Tarello. La fragilidad depende del hecho que el “absurdo” es una noción históricamente relativa y cambiante, y rara vez adquiere objetividad social (es decir, permanece consideración subjetiva): cuando una norma es verdaderamente considerada por todos, en un determinada área socio-cultural, “absurda”, el argumento es inútil porque a nadie le viene en mente de interpretar un enunciado normativo en el sentido de la absurdidad; cuando en cambio esta norma es “absurda” solo en opinión subjetiva de algunos el argumento adquiere utilidad pero pierde vigor.

La equivocidad depende de una equivocidad radical del “absurdo” en el ámbito normativo, dado que la absurdidad puede referirse a la aplicación de una norma en cada caso o la generalización de su aplicación, y los resultados o efectos de su aplicación en cada caso o de la generalización de su aplicación; y puede tratarse luego de “absurdidad” lógica o paralógica, o también práctica, o también ética. Esta equivocidad deja suponer que, más que frente a un argumento único armonizable con otros argumentos teleológicos o equitativos, se encuentra frente a una pluralidad de argumentos sustancialmente distintos caracterizados por ser usados en forma negativa, *ad excludendum*.

9) Teleológico.

También llamado “hipótesis del legislador provisto de fines”, el argumento teleológico es aquel por el cual a un enunciado normativo debe atribuírsele aquel significado que corresponde al fin mismo de la ley del cual el enunciado es documento. Este argumento no debe confundirse con el psicológico que impone el recurso a la voluntad del legislador concreto: quien usa el argumento teleológico reconstruye los fines “de la ley” (o “del legislador”: pero en este caso se trata de una entidad abstracta) a partir del texto de la ley o de una clasificación de los fines o intereses que el derecho protege, en vez de documentos distintos (como los trabajos preparatorios) concebidos como indicios de la voluntad de un individuo o de una asamblea entendida concretamente⁵³⁰.

El argumento teleológico está ligado a la fortuna de algunas escuelas jurídicas modernas, en particular la “jurisprudencia teleológica” y la “jurisprudencia de los intereses”. Más allá de estas escuelas su uso –dice Tarello– se va difundiendo, sobre todo cuando se trata de decidir la extensión de un enunciado normativo antiguo a situaciones nuevas. En estos casos el argumento teleológico funciona como opuesto al argumento a contrario y como concurrente del argumento analógico: sirve para motivar la extensión de significado, es decir a interpretar el enunciado normativo como expresión de una norma que incluye en el propio dispuesto la situación nueva o no prevista; a diferencia de aquel analógico, que se basa sobre la similitud del caso, el argumento teleológico se basa sobre la oportunidad de disciplinar del mismo modo los casos aunque distintos: podría decirse que el argumento analógico se basa sobre analogía estructural y el teleológico sobre analogía funcional. No es raro que dos argumentos conspiren y que a analogías estructurales correspondan analogías funcionales.

En definitiva, este argumento atiende a la finalidad de la ley, los motivos que llevaron a la sanción de la norma. En esta clase de argumentos, las razones solamente se basan en el texto normativo y no en los antecedentes legislativos. En consecuencia, el enunciado normativo debe ser interpretado según el significado que corresponda al fin propio de la ley en que el enunciado está incluido.

10) Económico.

También llamado “hipótesis del legislador no redundante” el argumento económico es aquel por el cual se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que viene ya atribuido a otro enunciado normativo, preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general del

⁵³⁰ Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 332.

Tarello, *Interpretación de la ley*

primero; y eso porque si aquella atribución de significado no viniese excluida, se encontraría frente a un enunciado normativo superfluo⁵³¹.

La persuasión de este argumento se funda –dice Tarello- sobre la creencia que el legislador sigue criterios de economicidad y no sea repetitivo; es decir, que no produzca -a través de la enunciación de enunciados nuevos, o más particulares, o subordinados- la misma norma que era ya válida y eficaz. Se trata de una creencia que -donde fuese efectivamente mantenida- sería considerada sin duda optimista; por otra parte en este caso no se trata tanto de una creencia cuanto de un modelo de “buen legislador”, que se adopta efectivamente, en muchas organizaciones jurídicas, justamente con el fin de racionalizar la interpretación. Se trata de un argumento que encuentra uso efectivo en nuestra cultura jurídica, al menos a nivel de las declaraciones contenidas en las motivaciones, según los enunciados que provienen de la misma fuente formal: en el caso de los enunciados de distinta fuente formal, y especialmente si de nivel jerárquico distinto (v.gr., la constitución -ley ordinaria; la ley ordinaria- y ley regional), la repetición es frecuentemente practicada y aparentemente muy apreciada, tanto que el operador de la interpretación debe tomar acto y no usar el argumento económico en el caso de enunciados interpretables en el mismo modo pero jerárquicamente unidos.

Las consideraciones que preceden dan razón del hecho –a criterio de Tarello- que, en nuestra cultura jurídica, la hipótesis de la no redundancia del legislador rige algunas consolidadas costumbres interpretativas por cuanto concierne la atribución de significados distintos a pares de enunciados del mismo nivel, como ya se ha tenido la ocasión de indicar: mientras ninguna invocación de tal hipótesis se asoma cuando se ponen problemas interpretativos prejuzgados por jerarquía normativa.

11) De autoridad o *ab ejemplo*.

El argumento autoritativo es aquel por el cual a un enunciado normativo se atribuye aquel significado que ya le ha sido atribuido por alguien o por este solo hecho. Se trata de un argumento que invita a atenerse a precedentes aplicaciones- producto o interpretaciones-producto, es decir a la praxis explicativa consistente en el producto de la interpretación oficial o judicial, o sea a la interpretación de la doctrina⁵³².

Naturalmente, dice Tarello, este argumento no se usa en aquellos casos en los cuales la adhesión al precedente es impuesta o en aquellos casos en los cuales la opinión doctrinal se considera fuente del derecho en sentido formal: en estos casos, en efecto, la motivación en base al precedente o en base a la doctrina se considera aplicación normativa de enunciados ya interpretados, y la actividad interpretativa se dirigirá a veces a los enunciados que constituyan precedente (interpretación del precedente) o a los enunciados de la doctrina (interpretación de los textos doctrinales), pero, de nuevo, el argumento autoritativo será útil porque también el precedente interpretativo o la doctrina interpretativa serán considerados fuentes. En cambio, el argumento autoritativo tiene gran fuerza persuasiva -y en efecto uno de los argumentos retóricos más antiguamente identificados o estudiados- justamente allí donde los precedentes oficiales, jurisprudenciales y doctrinales no constituyen fuentes del derecho en sentido formal, y este argumento preside la continuidad de las organizaciones jurídicas.

En general, la aceptación de un argumento *ad exemplo* se funda sobre el llamado principio de inercia, es decir, sobre la tendencia a la conservación de los modelos de comportamiento que es propia en mayor o menor medida- de todos los agregados sociales.

Por otro lado, los modos de uso del argumento *ab exemplo* están bien lejos de ser aporéticos. Antes que nada los problemas conciernen a la base artificial del ejemplo, dado que bien pueden ser conflictos internos a la jurisprudencia y a la doctrina. Si el problema de la diversidad de las direcciones jurisprudenciales es relativamente de fácil solución, dada la organización jerárquica de las jurisprudencias,

⁵³¹ , op. cit., p. 333.

⁵³² , op. cit., p. 334 y ss.

Tarello, *Interpretación de la ley*

no así sucede en el caso de las direcciones doctrinales, donde la “autoridad” es opinable: y distintas actitudes se manifiestan también estilísticamente, en el modo de usar el argumento autoritativo, en fórmulas de reenvío a la “mayor parte de la doctrina” o también a la “mejor doctrina”. En segundo lugar los problemas conciernen los modos de recoger el ejemplo: y aquí la solución es relativamente simple para la doctrina jurídica, que (cuando es comprensible y utilizable, lo que no siempre sucede) dice explícitamente cuál significado trata de atribuir y propone atribuir a los enunciados normativos que toma en consideración, aisladamente o combinadamente; mientras la jurisprudencia consta de decisiones, que son con certeza “motivadas”, pero que no siempre están rigurosamente unidas a su motivación. Por lo tanto, por lo que se refiere al *exemplum* jurisprudencial, una larga tradición cultural, común a todas las organizaciones jurídicas modernas y de palabra aceptada por todos los operadores jurídicos, quiere que ese sea reconocido en la decisión y no en la expresión verbal que la acompaña: tanto que es en la decisión, y no en las palabras puestas en la motivación, que se individualizaría la interpretación de los (es decir, la atribución de significado a los enunciados normativos en base a los cuales se decide; y en aquellos ordenamientos que han tenido como precedente jurisprudencial una prescripción positiva – así cambiando la naturaleza del argumento *ab exemplo* – se mira efectivamente a la decisión, en relación a la cual se saca la interpretación que a ella preside (*ratio decidendi*) y se descartan las expresiones no directamente a ella necesarias (*obiter dicta*). También en nuestra cultura jurídica, tradicionalmente, se considera que el *exemplum* se encuentra en la decisión individualizada a través la expresión de su *ratio*: tanto que las “buenas reglas” de extracción de la máxima jurisprudencial prescriben de extraer de la sentencia la expresión de tal *ratio*; pero, no obstante la masa de las razones de orden histórico, práctico, jurídico – sobre las cuales tanto insiste oportunamente Gorla – muy frecuentemente las máximas son extraídas mal, es decir vienen maximizadas expresiones que constituyen de los *obiter dicta*, y sobre la base de estos *obiter dicta* (que tal vez resultan útiles para alguna operación doctrinal) por parte de alguien se constituye el *exemplum* a los fines de un argumento autoritativo.

Por estas razones, dice Tarello, en que el argumento autoritativo es uno de los más usados y entre los más persuasivos, es que no es posible hacer, a nivel teórico general, algún discurso unívoco sobre tal uso. Un subtipo del argumento autoritativo puede ser considerado (cuando no se identifica con el argumento histórico) el llamado argumento “comparativo”. El argumento comparativo es aquel que sirve para acreditar la atribución a un enunciado legislativo de aquel significado normativo que se asume constituyen el significado de enunciados normativos (o de otros documentos-fuentes) de un orden jurídico distinto. Este ordenamiento jurídico distinto se asume como “autoridad”. La fortuna del argumento comparativo está evidentemente condicionada por factores culturales y por factores socioorganizativos. Entre los factores culturales se incluyen las relaciones culturales y de dependencia cultural existentes entre los operadores respectivos de las dos áreas en cuestión, la difusión intercultural de la literatura jurídica, la propensión de los operadores jurídicos a acoger instancias de uniformización de los derechos. Entre los factores socio-cognitivos se incluyen aquellos pertinentes al (mismo o distinto) grado de desarrollo económico de los dos estados, aquellos pertinentes a las respectivas tradiciones jurídicas, aquellos pertinentes a las políticas del derecho de las cuales los documentos normativos son expresión. Como es evidente, factores semejantes operan de otra manera en distintos sectores de la organización jurídica; y es obvio que en sectores particulares – por ejemplo la disciplina de los tráficó comerciales – el argumento comparativo sea un argumento bastante fuerte.

12) Sistemático o *sedes materiae*.

El argumento sistemático (o del “derecho por sí ordenado”) en general, es aquel por el cual a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos (entre ellos asumidos como unidos

justamente a los fines de la interpretación “sistemática”) se debe atribuir el significado prescripto, o bien no se debe atribuir el significado impedido, por el “sistema jurídico”⁵³³.

Como es evidente, refiere Tarello, esta explicación no explicita nada, hasta que no sea explicitado el significado de “sistema jurídico”; pero distintas han sido y son las nociones de sistema jurídico elaboradas por los juristas, y distintos son por eso los modos en los cuales reacciona o se quiere hacer reaccionar el sistema sobre las decisiones según la atribución de un significado o sobre las motivaciones sobre las propuestas de interpretación; es más, dado que, generalmente el concepto de

⁵³³, op. cit., p. 337 y ss.

Tarello, *Interpretación de la ley*

sistema es elaborado justamente con el fin de dar argumentos interpretativos, no nos encontramos frente –exactamente– a un “argumento sistemático”, pero en cambio a una serie de argumentos que tiene en común algo más que el nombre

Así pues, el argumento topográfico o *sedes materiae*, en una primera acepción, por “sistema” entiende la disposición de los enunciados normativos que ha sido preelegida por el legislador (v.gr., la disposición de los artículos, de los capítulos, de los títulos de un código). En esta acepción de “sistema”, el argumento sistemático no es otra cosa que el argumento según el cual a los enunciados se debe dar aquella interpretación que es sugerida por su colocación en el “sistema del código”. La persuasión de este argumento se basa en la opinión que la disposición de los enunciados sea expresión de la voluntad del legislador, y si este legislador es entendido en sentido concreto el argumento en cuestión se asocia estrechamente al argumento psicológico: efectivamente la asociación entre el argumento de la *sedes materiae* y el argumento psicológico ha sido característica de una de las grandes escuelas que se sitúan temporalmente al inicio de la cultura jurídica europea continental contemporánea, es decir la escuela del exégesis.

La notable fuerza persuasiva de este argumento, en las materias disciplinadas por un código o en cierto modo por un texto legislativo orgánico y complejo, reside en la apariencia del discurso asertivo o de constatación que tiene su invocación, y en el hecho que la directiva presupuesta (“el legislador quiere que el intérprete sea vinculado a su sistemática”) permanece implícita⁵³⁴.

En una segunda acepción, por “sistema” se entiende el conjunto de conceptos que “el legislador” usa. Según esta acepción de “sistema” existe en la ley una rígida correspondencia entre conceptos normativos y términos de los enunciados, tanto que en el atribuir significado, tanto que cuando es cierto o considerado tal el significado del término x (v.gr., “posesión”, “domicilio”) en un enunciado, aquel significado se atribuye a x en todos los enunciados en el cual se repite. De ahí que a esta acepción se la emplea bajo el argumento de la “constancia terminológica”.

Dado que las organizaciones jurídicas consisten en conjuntos de enunciados normativos producidos en tiempos distintos por personas y grupos distintos con fines distintos y para disciplinar situaciones distintas, este argumento –que deriva de un modelo irreal del “buen legislador”– está hoy desacreditado. Encuentra algún uso, no obstante, en el motivar y proponer correlaciones de interpretación de enunciados que aparecen en un mismo documento normativo (un código, una ley) o en una misma parte (en un mismo título).

En una tercera acepción, por “sistema” se entiende el conjunto orgánico de los conceptos del derecho, los cuales se componen para diseñar “partes del derecho”, “relaciones”, cada una de cuyas entidades es precedida –por cada organización jurídica– por propios “principios”. Según esta acepción de “sistema” a los enunciados normativos deben atribuirse aquellos significados que son sugeridos por el sistema de los “conceptos” y de los “principios” del derecho. Se trata de una concepción del derecho y del sistema jurídico que tiene, en nuestra tradición, un doble origen: en los sistemas iusnaturalísticos racionalistas (Wolff) y en las ideas de la escuela histórica (en particular Savigny). Toda la exposición dogmática-sistemática del derecho, de la cual está en gran parte constituida la literatura jurídica “científica” alemana y las literaturas jurídicas derivadas (entre las cuales está la nuestra, después del último decenio del siglo XIX), funciona hoy como soporte de un particular argumento interpretativo. De ahí que a esta acepción de sistema se corresponda con el argumento denominado “sistemáticoconceptualista o dogmático”. Dado que las elaboraciones conceptuales son generalmente muchas y a veces conflictuales, este argumento –considerado fortísimo– es en realidad débil y requiere frecuentemente el soporte de otros

⁵³⁴ Grajales, Amós A., “Argumento *sedes materiae*. Un antiguo argumento para una nueva visión del derecho”, en Jurisprudencia Argentina, 2012-12, APBA 2012-12-1331. Iturralde Sesma, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, op. cit., p. 282. Vernengo, Roberto J., *La interpretación jurídica*, UNAM, México D.F., 1977, p. 49 y ss.

argumentos, sea aquellos de la familia sistemática (es decir, aquel de la *sedes materiae* y aquel de la constancia terminológica), sea aquellos distintos, como en particular el argumento autoritario. A su vez, dice Tarello, el argumento sistemático conceptualístico (en competencia o en concomitancia con el argumento teleológico) da soporte a los argumentos de la familia “analógica”, es decir al argumento analógico y a aquel de los principios generales.

13) Naturalista.

También llamado argumento de la “naturaleza de las cosas” o “hipótesis del legislador impotente”. Desde un comienzo, Tarello aclara que el argumento naturalístico nace no ya como argumento interpretativo, sino como argumento productivo: se funda en concepciones del derecho por las cuales las relaciones sociales encuentran en sí mismas, en su naturaleza, en la naturaleza del hombre, en la naturaleza de las cosas, su disciplina⁵³⁵.

En este sentido, el argumento naturalístico es el argumento propio de cada naturalismo jurídico, o “iusnaturalismo” en aquella particular acepción en la cual el vocablo designa la creencia que el derecho pueda o deba ser extraído de la “naturaleza”; y que por eso la obra del legislador es mera apariencia y la ley que quisiese “forzar” la naturaleza no sería “verdadera” ley y no sería “eficaz” (de ahí el nombre de hipótesis del legislador impotente). Las más diversas concepciones de la “naturaleza” y las más diversas ideas sobre los métodos de “extraer” de ella el derecho se han alternado en la historia de la cultura jurídica y no es este el ámbito para trazar –ni siquiera sumariamente– la historia del iusnaturalismo en cuanto naturalismo jurídico. Basta aquí recordar, dice Tarello, que la alternativa del naturalismo jurídico ha sido, en la historia de la cultura jurídica, aquella del voluntarismo jurídico, para el cual el derecho es una disciplina que proviene no de una naturaleza pre constituida, sino de una voluntad (se trate de una voluntad divina o de una voluntad humana): y que las organizaciones jurídicas modernas, especialmente aquellas de la familia de los derechos de Europa continental y de la familia de los derecho de los países socialistas, están fuertemente inspiradas por la ideología positivista, es decir por el moderno voluntarismo. Es por eso que la misma estructura de la organización jurídica, en la mayor parte de los regímenes modernos, tiende a desvalorizar, a desacreditar y a ocultar (en su operar residuo) el argumento naturalístico en cuanto argumento de la producción normativa.

Bajo el perfil histórico, el argumento naturalístico es desvalorizado por lo obsoleto, en la cultura moderna, de concepciones por las cuales la naturaleza física es animada, o permeada de valor (v.gr., en cuanto divinizada, o en cuanto creada según un plano providencial); y, además, por la amplia aceptación en la cultura moderna de la idea que no sea lógicamente justificada la deducción de preceptos de solas afirmaciones, de “normas” de solas “descripciones”. Esto no quiere decir que los modos de pensar en sentido lato naturalístico-jurídicos no estén ampliamente presentes en la cultura moderna: cada corriente de pensamiento que considere los comportamientos humanos determinados en modo causal y mecánico por la realidad del orden naturalístico expresa en las proyecciones jurídicas una dirección naturalística. Esto quiere decir que estas serpenteantes direcciones ius-naturalísticas encuentran escasas posibilidades de utilización práctica dentro de la mayor parte de las organizaciones jurídicas modernas, estructuradas todas (aunque si distintamente) sobre la preeminencia sustancial y además formal de procesos de normativa voluntarios y finalizados (en vez de espontáneos y fortuitamente determinados) de tipo general de la legislación y de la delegación de poderes de aplicación de la legislación.

Justamente por eso, dice Tarello, el argumento naturalístico, o mejor el vasto y distinto arsenal de argumentos naturalísticos, se suele usar no tanto como argumento sobre la producción jurídica cuanto como argumento interpretativo.

⁵³⁵ Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 339.

En cuanto argumento interpretativo, el argumento naturalístico es aquel que sirve para motivar o proponer combinaciones de enunciados normativos y atribuciones de significado a los mismos, tales de reconocer, en las normas expresas por los enunciados a disposición, las normas que se uniforman -o por lo menos no están en desacuerdo- con la (alguna concepción de la) “naturaleza”: naturaleza del hombre, naturaleza de las relaciones disciplinadas, etc.

14) Equitativo.

Entre los argumentos interpretativos al cual tradicionalmente se refiere está el llamado “argumento equitativo”. El vocablo latino “*aequitas*” ha tenido muchos significados, refiere Tarello, alguno de los cuales ha sido sentido a veces por alguien como correspondiente al griego “*epieikeia*”; aun distintos significados que vocablos etimológicamente unidos han asumido en lenguas modernas, especialmente donde son usados como nombre propio de un individualizado sistema normativo, como el inglés “*equity*”. Casi todos estos significados han pasado por hechos histórico-culturales que los han especificados a partir de usos objetivistas (reglas) a usos subjetivistas (virtudes) y viceversa, y de usos individualistas (corrección de reglas) a usos generales (reglas) y viceversa. En el léxico jurídico de nuestra legislación, por ejemplo en “juicio de equidad”, la cultura más difundida siente prevaleciente el aspecto objetivista y general, pero no faltan voces en desacuerdo. No obstante el argumento de equidad, en ámbito interpretativo, tiene poco que hacer con la gran parte de significados de vocablos como “*aequitas*” “*equity*” “*equità*”; el hecho es que el recurso a algo llamado “equidad” en el ámbito de interpretación de enunciados legislativos sucede exactamente cuando y en cuanto esto que es llamado equidad no se siente como una fuente de derecho. Las concepciones o ideologías de la equidad presiden a los llamados juicios de equidad: pero el argumento equitativo, como argumento de la interpretación, no sirve a un juicio de equidad, sino a un juicio de derecho. Y, como tal, se ha especificado en la experiencia de muchas organizaciones modernas⁵³⁶.

Como argumento dirigido a motivar o proponer atribuciones de significado a los enunciados normativos –explica Tarello-, la equidad sirve para acreditar, entre diversas interpretaciones posibles y culturalmente tolerables, aquella que menos choca contra las ideas que el juez comparte con la sociedad, sobre el “buen” éxito de la aplicación del derecho en el caso concreto. El argumento equitativo sirve para evitar interpretaciones y aplicaciones sentidas como inicuas.

De esto deriva –sigue diciendo Tarello- las razones de la fuerza persuasiva y de la debilidad que este argumento tiene en distintas situaciones socio-institucionales e históricas. La fuerza persuasiva deriva del hecho que el evitar -en cada caso- interpretaciones que llevarían a resultados “inicuos” es generalmente apreciado cuando una posibilidad de interpretación no “inicua” es culturalmente aceptable (“no fuerza demasiado el enunciado de la ley”).

La debilidad de este argumento persuasivo reside en el hecho que su persuasión se basa en la existencia, en una sociedad dada, de modos de sentir ampliamente generalizados de los cuales son partícipes todos los operadores jurídicos y todos los espectadores de sus operaciones. Esta última condición no se verifica en una sociedad culturalmente dividida, como hoy la nuestra, en la cual lo que es sentido como “inicuo” por algunos es considerado por otros como el verdadero fin de atribuir a los enunciados por el legislador.

Un uso al cual el argumento equitativo se presta con mayor facilidad y con cierta frecuencia –según el profesor genovés- es aquel de argumento de último recurso en los casos en los cuales se trata de atribuir significado a documentos oscuros de origen “conciliativa” (es decir que son puestos con el fin de resolver o conciliar intereses conflictivos) como asumen ser -al menos en muchos casos- los contratos

⁵³⁶ Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 340.

colectivos de trabajo, los tratados internacionales y en general las normativas particulares. En este caso el argumento equitativo sirve para sugerir o para motivar aquella atribución de significado que mejor realice el “equilibrio” de los intereses conflictivos.

Inútil es decir que el frecuente acuerdo sobre la aceptabilidad del argumento equitativo en estos casos tiene el efecto de hacer deslizar los conflictos sobre la determinación del equilibrio de los intereses.

15) Analogía *iuris*.

Del argumento a partir de los principios generales o analogía *iuris* se ha hablado mucho por parte de los juristas y por muchísimo tiempo, dice el profesor de Génova, de un argumento jurídico productivo o interpretativo, que consistiría en el recurso a los “principios generales del derecho”: argumento productivo, en cuanto utilizado para llenar las llamadas “lagunas” del derecho, y argumento interpretativo, en cuanto utilizado para decidir de atribuir, o para motivar la atribución, o para proponer de atribuir, significados a los enunciados normativos⁵³⁷.

Se trata de un argumento que se asocia al analógico, sea bajo el perfil de la (o de una) función -es decir, de llenar las “lagunas”-, sea bajo el perfil del nombre (el argumento analógico es llamado analógico *legis* y el argumento a partir de los principios generales del derecho es llamado analogía *iuris*).

Se trata, además, de un argumento de aquellos hechos objeto de disciplina o por lo menos de mención por parte de no pocos legisladores modernos, después de haber hablado del recurso a “casos similares” hablaba del recurso a las “materias análogas” y finalmente a los “principios generales de derecho” (art. 16, Cód. Civil argentino de Vélez Sarsfield), después de haber hablado del recurso a las “disposiciones que regulan casos similares o materias análogas” habla del recurso a “los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado” (art. 12, Código italiano de 1942).

Apuntados los quince argumentos de Tarello, el profesor de Génova considera que la mayoría de los argumentos expuestos son razonamientos generales llevados al ámbito jurídico (v.gr., el argumento de la coherencia es trasposición del principio de no contradicción; el argumento teleológico corresponde al esquema de razonamiento finalista; el argumento económico es una adaptación del principio de razón suficiente; etc.).

Únicamente son específicos y exclusivos de los juristas: 1) el argumento equitativo, que sirve para proponer entre diversas interpretaciones posibles aquellas que están más próximas a las ideas que el juez comparte con la sociedad como un “buen” resultado de la aplicación del derecho; 2) el argumento sistemático o hipótesis del derecho ordenado, según el cual a un enunciado normativo se le debe atribuir el significado prescripto o no prohibido por el sistema jurídico (dentro de este argumento se distinguen el de la *sedes materiae* y señalado, el de la constancia terminológica y el sistemático-conceptualista o dogmático) y 3) el argumento a partir de los principios generales (o *analogía iuris*), que sirve para llenar las lagunas a través de los principios generales del derecho (cfr. art. 2, Código Civil y Comercial argentino)⁵³⁸.

Otra clasificación general de los argumentos es la que brindan Perelman y Olbrechts-Tyteca entre técnicas argumentativas o argumentos de asociación o de disociación. La clasificación general de las técnicas argumentativas se da en dos grupos, según se vean como procedimientos de *enlace* (son aquellos “esquemas que unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente”) o de *disociación* (son aquellas “técnicas de ruptura cuyos objetivo es disociar, separar, desolidarizar, elementos considerados componentes de un todo o, al menos, de un conjunto solidario en el seno de un mismo sistema de

⁵³⁷ Tarello, *Interpretación de la ley*, op. cit., p. 342.

⁵³⁸ Tarello, *L'interpretazione della legge*, op. cit., pp. 387-391; idem, *interpretación de la ley*, op. cit., p. 346

⁶⁶⁷ Perelman y Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, op. cit., pp. 299-300.

⁶⁶⁸ Perelman y Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación...*, op cit., p. 301 y ss.

pensamiento”)⁶⁶⁷. A su vez, los primeros se clasifican en: argumentos cuasi-lógicos, cuya fuerza deriva de su proximidad con argumentos puramente lógicos o matemáticos; argumentos basados sobre la estructura de lo real, bien se trate de enlaces de sucesión o bien de enlaces de coexistencia; y argumentos que fundan la estructura de lo real tomando como fundamento bien el caso particular o bien la semejanza de estructuras existentes entre elementos pertenecientes a dominios distintos (analogía)⁶⁶⁸.

Schopenhauer formula también una clasificación general de los argumentos que se centra en la controversia, en la disputa, y que se situaría en el nivel pragmático (dialéctico de la argumentación). Habría dos modos para refutar un argumentos: argumentos *ad rem*, es decir, en lo que el otro ha dicho y argumentos *ad hominem*, es decir, en quién lo dice; y dos vías de refutación: un vía directa, que lleva a la premisa mayor, a la premisa menor o a la conclusión; y una vía indirecta, en donde cabe distinguir la instancia o el ejemplo (mostrar algo que se deduce de la tesis del otro y que no puede ser verdadero) y la *apagoge* (se acepta la tesis como una verdad preliminar y se muestra que conduce a un absurdo)⁵³⁹.

Finalmente, Atienza propone una clasificación general que se basa en considerar la argumentación en términos informativos, como el paso de la información contenida en las premisas a la información de la conclusión.

Distingue tres estados informativos. En el primero, las premisas cuentan con toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión; argumentar consiste entonces en reordenar de cierta forma la información, en deducir. En el segundo, las premisas tienen información insuficiente para llegar a la conclusión; argumentar consiste en añadir información para llegar a la conclusión para llegar a la anterior situación, lo cual puede lograrse incluyendo el nuevo caso en la información (norma) previa alegando que se da una razón semejante o se da una razón aún de mayor peso. También puede consistir en excluir el nuevo caso de la información (norma) previa. En el tercer estado, existe una información excesiva y contradictoria; argumentar consiste entonces en suprimir información para llegar a una situación primera. Atienza considera que a partir de este esquema se obtiene los tipos más clásicos de argumentos jurídicos: el silogismo subsuntivo (en el primera estado); el argumento *a pari* o *a fortiori*, *a maiore ad minus* y *a minore ad maiore*, *a contrario sensu* (en el segundo estado) y la reducción al absurdo (en el tercer estado)⁶⁷⁰.

⁵³⁹ Schopenhauer, Arthur, *Dialéctica erística o el arte de tener razón en 38 estratagemas*, Trotta, Madrid, 1997, “Parerga y Paralipomena”, II, cap. II. Atienza, *El derecho como argumentación*, op. cit., pp. 161-162. ⁶⁷⁰ Atienza, *El Derecho como argumentación*, op. cit., p. 162.