

Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)\*

## Perspectivas trialistas para la valoración de la ética judicial\*\*

### 1. Ideas básicas

1. Entendemos por *ética* la doctrina que se ocupa de virtudes y vicios. El hábito de cumplir las exigencias de los valores en cuanto al actuar se denomina *virtud*.<sup>1</sup> La vinculación entre ética y política, en este caso entre ética e independencia del Poder Judicial, es tan estrecha que (a nuestro juicio no sin cierta peligrosidad) en su *Ética nicomaquea* Aristóteles dice que esa obra es, de alguna manera, un tratado de ciencia política.<sup>2</sup>

Pese a lo mucho que puede lograrse para la *independencia* (como no *pendencia*) del Poder Judicial a través de la *organización* jurídica, como en todos los casos del derecho, el éxito de la aspiración depende en gran medida de la *virtud*, de la

---

\* Profesor titular de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET (Argentina). <mcuoc@arnet.com.ar>

\*\* Estudio basado en la exposición hecha por el autor en el seminario *Ética e independencia judicial*, celebrado los días 2, 3 y 4 de marzo de 2005 en Neuquén, organizado por Fores, Argenjus y la Fundación Konrad Adenauer.

<sup>1</sup> En la *Ética nicomaquea*, Aristóteles distingue dos clases de virtudes o capacidades: intelectuales y éticas; de esta vertiente se derivaría el nombre *ética*. De aquí suele extraerse que la ética es la “ciencia de lo moral” (puede verse, por ejemplo, Johannes Hessen: *Tratado de filosofía*, trad. Juan Adolfo Vázquez, Buenos Aires: Sudamericana, 1970, pp. 511 ss.). En cuanto a virtudes intelectuales y morales, es posible ver, por ejemplo, Werner Goldschmidt: *Introducción filosófica al derecho*, 6.ª ed., 5.ª reimp., Buenos Aires: Depalma, 1987, pp. 388 ss. Puede verse también nuestro estudio “Perspectivas integristas trialistas de la ética y la independencia del Poder Judicial”, en *Ética e independencia del Poder Judicial*, sesiones de jueces de segunda instancia de los tribunales de las provincias argentinas del centro, Córdoba: Argenjus, 2004, pp. 5-24.

<sup>2</sup> Aristóteles: *Ética nicomaquea*, en *Obras*, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid: Aguilar, 1964, libro I, capítulo 3, p. 1175.

proyección hacia los valores que tienen los protagonistas. No sólo de la virtud meramente *intelectual*, en que se procura realizar lo debido por un móvil distinto de la adhesión al valor, sino de la virtud *moral*, en que se procura realizar lo debido por adhesión al valor.<sup>3</sup> Al fin, mucho depende de lo profundo de los protagonistas, en este caso, de los jueces.

2. Si se desea promover la ética judicial, es relevante contar con una *construcción del objeto jurídico* que permita reconocer las grandes dificultades y tensiones que, en términos de *tentaciones* y *amenazas*, ella debe afrontar. Al referirse a su noción de virtud intelectual, Aristóteles la vinculó a la educación.<sup>4</sup> Es importante educar en la posibilidad de *comprender cabalmente* la virtud judicial. Hay que estar en condiciones de reconocer las *virtudes* y los *vicios* de los integrantes de la judicatura y de formar jueces idóneos para seguir caminos de virtud y evitar los del vicio. Para ello es esclarecedor considerar, con criterio integrativista *socio-normo-axiológico*, como lo propone el *tridimensionalismo trialista*, todas las tentaciones y las amenazas que enfrenta la ética judicial.<sup>5</sup> En particular, importa abrir el planteo jurídico a la superación de los marcos normativos con la consideración de la realidad social y los valores.

Según el trialismo, el objeto jurídico ha de ser un conjunto de repartos de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica al ser y especialmente a la *vida* (dimensión sociológica), captado por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorado por el valor justicia (que a nuestro parecer puede establecerse con referencia a consensos valorativos; dimensión dikelógica). Desde una perspectiva dinámica, el despliegue jurídico se produce en un marco social, normativo y valorativo de oportunidades que pueden ser más o menos aprovechadas mediante la toma de decisiones.

---

<sup>3</sup> En cierto sentido, en cuanto a virtud intelectual y virtud moral, puede verse Aristóteles, o. cit., libro II, capítulo 1, p. 1187

<sup>4</sup> *Ibíd.*

<sup>5</sup> Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, pueden verse, por ejemplo, Goldschmidt: o. cit.; Miguel Ángel Ciuro Caldani: *Derecho y política*, Buenos Aires: Depalma, 1976; ídem: *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; ídem: *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

En un sentido integrativista resultan muy esclarecedoras las palabras de Robert Alexy cuando dice: "La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan solo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias." (Robert Alexy: *El concepto y la validez del derecho*, trad. José M. Seña, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Gedisa, 1997, p. 21; véase asimismo p. 87).

A diferencia de las posiciones que se interesan de manera central por las normas, el trialismo considera que es la *vida* la referencia nuclear que ha de tomar la ciencia jurídica. No se trata de remitirse a la vida como marginalidad de las normas, sino de referirse a las normas como partes de la comprensión de la vida.

Las normas poco dicen de las inclinaciones a la desviación y de los sacrificios de los jueces virtuosos, que a menudo llegan a despliegues de heroísmo silenciados porque el modelo jurídico no está en condiciones de referirse a su grandeza. Los cauces de los modelos normativistas, realistas e incluso jusnaturalistas aprioristas ocultan a menudo la grandeza de la ética judicial.

3. En relación con los *despliegues sociales*, los paradigmas judiciales suelen ser muy distintos y dar lugar a diferentes desenvolvimientos éticos. La escuela de la exégesis defendió a un grupo que había hecho las leyes consagrando sus intereses de clase y no confiaba en los jueces ni en la evolución de la sociedad; consideró que el legislador había atendido debidamente a la realidad y a la justicia y sobre esa base pretendió convertir al juez en *boca de la ley*.<sup>6</sup> El modelo kantiano plasmado en el Código Civil austríaco de 1811, menos dirigido a la concentración del poder en un grupo, permitió al juez referirse a lo justo.<sup>7</sup> Expresando el deseo de quienes han hecho las normas y confían en los jueces, con un relativo optimismo acerca de la evolución social, Hans Kelsen planteó sucesivas *habilitaciones* que, por ejemplo, enfrentan a los jueces sólo con marcos de posibilidades en los que eligen con decisiones políticas.<sup>8</sup>

4. También importa atender a la diversidad de modelos de juez en que puede desenvolverse la ética judicial según las *distintas culturas*.

Cada circunstancia cultural, diferente en el espacio y el tiempo, brinda diferentes ámbitos para el desenvolvimiento de la tarea judicial y su ética. Pese a ciertos rasgos relativamente generales, cada judicialidad corresponde en sus particularidades a un marco cultural. Es diverso el modelo de juez de una cultura *teocéntrica* o *antropocéntrica*, el de un marco *jusnaturalista* o *positivista*. También lo es, en consecuencia, la ética respectiva. Los grados de compromiso resultan muy disímiles. No es lo mismo un juez que *re-liga* la cuestión; otro centrado en la voluntad de decisión y en la *re-solución*; otro que juzga emitiendo *juicio*; otro que valora en términos humanos. Las *virtudes* de referencia son muy diferentes.

En relación con los elementos básicos de la muy *compleja cultura occidental*, cabe pensar en modelos de juez en los que predominen los *aportes griegos, roma-*

<sup>6</sup> Pueden verse nuestros *Estudios de historia del derecho*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

<sup>7</sup> Es posible consultar nuestras *Lecciones de filosofía del derecho privado (historia)*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

<sup>8</sup> Cabe ver nuestras *Lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

*nos, judeocristianos*. Las raíces griegas tienden a producir un juez más *filósofo*, buscador de referencias humanas profundas; las bases romanas orientan a desempeños judiciales más *prácticos*; los aportes judeocristianos producen jueces remitidos de profundidad *re-ligiosa*.

En el escenario marítimo mediterráneo desafiante y accesible, que facilitó la audacia navegante, *Grecia* aporta el sentido del arte crecientemente antropocéntrico; la vocación filosófica; el espíritu prometeico del pecado triunfante (conflictivo con el sentido adánico del pecado claudicante); la tensión entre la armonía apolínea y el estallido dionisiaco y la experiencia de autogobierno democrático. *Roma* brinda un gran sentido práctico y el gran desenvolvimiento del derecho privado patrimonial de la propiedad privada y la libertad de contratación. El *judeocristianismo* contribuye, quizás en *autorreferencia* de las aspiraciones humanas, con la creencia judía en un Dios creador, persona, omnisciente, omnipotente y omnipresente, irrepresentable y quizás innombrable, que el cristianismo considera encarnado, enseñando además que el Reino no es de este mundo y que el hombre no ha sido hecho para la ley, y proyectando el amor al prójimo en el amor al enemigo. El aporte *germánico* presenta a la individualidad en comunidad. Cada despliegue cultural tiende a brindar un modelo de juez y de ética judicial.

El mínimo grado de compromiso con la causa parece estar en el juez inspirado en el aporte cultural romano; el más hondo, en el judeocristiano. El juez de inspiración griega o romana juzga más como *hombre*; el judeocristiano puede considerarse más un *instrumento* de la divinidad.

Son distintos los jueces de proyecciones religiosas, como el que pretende básicamente Caifás cuando presenta desde el judaísmo un cargo religioso contra Jesús —o sea, jueces comprometidos, bien o mal, con lo que deciden—, los jueces inquisidores relativamente análogos que originó luego el cristianismo medieval y se proyectaron en la Edad Moderna y los que, con perspectiva más antropocéntrica y limitado compromiso, son ejemplificables a través del romano Poncio Pilato.<sup>9</sup> El juez de nuestros días tiende a expresar el predominio del elemento romano en la cultura *posmoderna*.<sup>10</sup>

Los jueces necesitan comprender los aspectos *histórico-biográficos* de su desempeño, reconocerse magistrados del *espacio* y el *tiempo* en que les toca desempe-

<sup>9</sup> Cabe consultar *ArteHistoria, Poncio Pilato*, <<http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/personajes/4683.htm>> (25-3-2005).

<sup>10</sup> Diversas clasificaciones de los modelos de juez han recurrido a paradigmas de la cultura antigua, sean Hércules (Dworkin) o Júpiter, el propio Hércules en otro sentido o Hermes (Ost) (Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 1984, pp. 177 ss.; François Ost: “Júpiter, Hércules y Hermes, tres modelos de juez”, en *Doxa*, n.º 14, pp. 169 ss.; Faculté Saint Louis, François Ost: “Projet de recherche, La fonction de juger dans la société contemporaine”, <[http://www3.fufl.ac.be/4DACTION/rechw\\_detail\\_projet/37522/561/F](http://www3.fufl.ac.be/4DACTION/rechw_detail_projet/37522/561/F)> (25-3-2005); Jorge Alberto Giandomenico y Alejandro Lesser: “El Poder Judicial y la universalización de los derechos”, <[http://forumjuizes.pmachinehosting.com/more.php?id=2\\_0\\_1\\_0\\_M2](http://forumjuizes.pmachinehosting.com/more.php?id=2_0_1_0_M2)>; Los PalosGrandes.com, “La tragedia del juez Manuel Jiménez de Parga”, <<http://www.lospalosgrandes.com/html/modules.php?name=News&file=article&sid=48>> [25-3-2005]).

ñarse y vivir. La magistratura no debe ser algo *externo*, de algún modo mecánico, como lo pretendió, por ejemplo, la escuela de la exégesis, sino profunda y equilibradamente integrado en la vida del juez. Tampoco puede resolverse satisfactoriamente su posición pretendiendo una *neutralidad abstracta*, desconectada de la vida concreta.

El juez *está* en un *lugar cultural* y también las partes se hallan en lugares culturales. Estos lugares tienen gran importancia en la construcción de la *imparcialidad* y la *imparcialidad* judiciales. Las nociones hoy predominantes acerca de una y otra tienden a no atender de modo suficiente a los aportes que pueden obtenerse al respecto a la luz del reconocimiento integrador no sólo *sociológico*, *normológico* y *axiológico* de los lugares de referencia, sino de los sitios culturales en que están y se desea que estén los jueces y las partes. Esos lugares son especialmente complejos en la compleja cultura occidental, no sólo de manera estática, sino dinámica.

La *imparcialidad* que pueda obtenerse respecto del planteo *originario* del caso desaparece cuando el juez es llamado a resolverlo; en la dinámica vital el juez *deviene parte* de una manera inevitable. Pese a los esfuerzos que deben hacerse para evitarlo, en el devenir del caso queda interesada su propia vida: Para referirse a la ética y la independencia es relevante poder esclarecer cómo se resuelve esta situación, cuál es la imparcialidad al fin alcanzada. Importa establecer cuál es la cercanía y la distancia que desde las dimensiones jurídico-sociológica, jurídico-normológica y jurídico-axiológica (dikelógica) y desde el panorama cultural existe originariamente y se desarrolla entre las partes y el juez.

El tiempo que vivimos corresponde a un *cambio de era*, no sólo de edad de la historia, cuyas particularidades, todavía indefinidas, suelen ocultarse bajo el nombre simplemente contrastante y genérico de la *posmodernidad*.<sup>11</sup> La nueva *era* histórica está signada por fenómenos como la revolución comunicacional y de la información; la globalización/marginación, la integración y la universalización; la versión del contraste inmemorial entre despojo y discurso como ocultamiento de la rapiña con el despliegue a menudo sólo verbal de los derechos humanos; la confusión de valores que produce el terrorismo más o menos evidente; las tensiones entre economía y democracia y, sobre todo, las posibilidades de la genética humana. El estallido de la primera bomba atómica, producido en Hiroshima el 6 de agosto de 1945, puede haber sido anuncio de un tiempo en que, por primera vez, una especie podrá disponer su porvenir, incluso las características de las generaciones futuras.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Pueden verse nuestros *Estudios de historia del derecho*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Acerca de la nueva era es posible ver, por ejemplo, Autopoiesis, Sala 1, Textos A-C, “A través del maravilloso espejo del universo”, “Algo más sobre bifurcación”, <[http://www.colciencias.gov.co/redcom/tex\\_ac.html](http://www.colciencias.gov.co/redcom/tex_ac.html)> (6-5-2004). El cambio de época es tratado también, por ejemplo, por Carlos Fernández Sessarego en *Derecho y personas, Introducción a la teoría del derecho*, <<http://www.monografias.com/trabajos13/deryper/deryper.shtml>> (12-5-2004).

<sup>12</sup> “6 de agosto de 1945”, “Hiroshima y Nagasaki”, “Un sol de fuego”, <<http://www.patriagrande.net/uruguay/eduardo.galeano/memoria.del.fuego/19450806.htm>> (4-5-2004).

La cultura occidental, de tensa y compleja evolución al menos hasta ahora, origina gran parte de las características de referencia, que acentúan la *mundialidad* del fenómeno cultural.

Una *nueva era* requiere un *nuevo modelo de juez*, también una *ética judicial específica*.

5. La *Argentina* es un país relativamente *occidental*, caracterizado como tal por los rasgos generales antes referidos, pero afectado a su vez por tensiones propias, que lo hacen considerablemente *inestable*, sobre todo en la *superficie*. Una de las grandes tensiones es la que se produce entre los elementos *hispánicos tradicionales* reforzados por la presencia itálica del Sur, que son más católicos de referencia medieval, comunitaristas y paternalistas, y los elementos *anglofrancesados* actualmente fortalecidos por la presencia norteamericana, que son más modernos e incluso quizás ocultamente reformados, individualistas y abstencionistas.<sup>13</sup>

En la vertiente hispánica tradicional figuran Felipe II; de cierto modo, Cornelio Saavedra; Juan Manuel de Rosas y Juan Domingo Perón. En la segunda corriente se encuentran Carlos III, Mariano Moreno, Bernardino Rivadavia, Bartolomé Mitre, Domingo F. Sarmiento y Pedro Eugenio Aramburu.

Uno y otro sector son afectados por cierta tendencia a la ocupación *parasitaria* de un territorio enorme y muy rico, y tal vez también por cierta dificultad para integrar los *ideales* con la *realidad social* que tan lúcidamente señaló, en la obra cumbre de la literatura española, el genio cervantino.<sup>14</sup>

Como consecuencia del alejamiento de las *raíces* que se deberían tener en la realidad, el país suele presentar características de inestabilidad. La *crisis estructural* corresponde a una gran mutabilidad que en la historia afectó a las instituciones gubernamentales y en los últimos tiempos ha sido no sólo monetaria, sino de referencia a cuestiones que hacen a otros aspectos de la cultura, como el comportamiento ante el delito y la búsqueda de la seguridad. Lamentablemente se ha llegado con particular frecuencia a la *manipulación partidista* de la actividad judicial. Los conflictos monetarios y la deuda externa son no sólo muestras del desequilibrio interno, sino de la difícil vinculación de la Argentina con el resto del mundo.

Por sus rasgos propios, la Argentina requiere una *judicialidad específica* que, a su vez, ha de tener rasgos particulares según sus diferentes *regiones*.

---

<sup>13</sup> Cabe citar, por ejemplo, nuestros estudios “La escisión de la conciencia jurídica y política argentina”, en *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, pp. 21 ss.; *Bases jusfilosóficas del derecho de la cultura*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

<sup>14</sup> Pueden verse nuestros artículos “Una Argentina ‘parasitaria’ entre la feudalización y la colonización”, en *Investigación y Docencia*, n.º 34, pp. 59-65; “Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 9, pp. 19 ss.

6. En marcos como los que hemos señalado en el tiempo actual y en nuestro espacio, el desempeño de los *jueces* tiene especificidades difíciles. Es difícil ser juez en un cambio de era de la historia y lo es de manera particular en un país inestable, con una gran crisis estructural.

Al juez le compete tradicionalmente la formación de un *equilibrio del caso concreto particular*, pero en el marco actual y particularmente en países como la Argentina lo concreto y particular están en crisis por la frecuente *presencia de lo general* no resuelto satisfactoriamente, porque se trata de cuestiones nuevas o porque las soluciones no resultan aceptables.<sup>15</sup>

## 2. Aportes para el análisis trialista de la ética judicial en nuestro tiempo y en la Argentina en particular

### 2.1. El mundo jurídico en general

#### 2.1.1. Dimensión sociológica

7. Los *repartos*, adjudicaciones de potencia e impotencia originadas por la conducta de seres humanos determinables, son el núcleo del interés de la dimensión sociológica del mundo jurídico. En una relativa marginalidad interesan las *distribuciones*, que son adjudicaciones de potencia e impotencia originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Aunque jerarquiza las adjudicaciones producidas por la conducta de seres humanos determinables, la propuesta trialista se interesa en definitiva por todas las adjudicaciones de lo que favorece o perjudica a la vida, en especial la *vida humana*; es decir, no sólo por los repartos, sino también por las distribuciones. Con una perspectiva relativamente *moderna*, se centra en la conducción repartidora, pero un tema de creciente consideración ha de ser el despliegue de las distribuciones.

La relativa dificultad de adoptar los conceptos de cierto modo innovadores de reparto y distribución y potencia e impotencia es recompensada ampliamente con la capacidad de captar la vida, una realidad difícil de conceptualizar, pero lo que al fin más nos interesa.

---

<sup>15</sup> Es posible ver nuestra *Filosofía de la jurisdicción*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998. Asimismo cabe consultar, por ejemplo, “El razonamiento forense en el siglo XXI (su comprensión trialista)”, en *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pp. 73-98; “El trialismo y la crisis de la razón tribunalicia en la postmodernidad”; “Investigación...”, art. cit., n.º 28, pp. 23 ss.; “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, en *Lexis Nexis. Jurisprudencia Argentina*, número especial, 31 de marzo del 2004, pp. 30-38.

El obrar del magistrado es parte de un *marco social complejo* de adjudicaciones en las que se reparte o distribuye nuestra vida.

8. El juez es un *repartidor*. Todos los repartos, también los producidos por los jueces, pueden ser estudiados desde los caracteres de los *repartidores* (que, en nuestro caso, pueden desempeñarse en tribunales unipersonales o colegiados); los *recipiendarios* (beneficiados o gravados, por ejemplo, las partes); los *objetos* (*potencias e impotencias*, realidades que favorecen o perjudican la vida y el ser de los recipiendarios); la *forma* (es decir el camino previo recorrido para llegar al reparto que, en el ámbito judicial, es el proceso) y las *razones* (móviles, razones alegadas y razones sociales que atribuye la comunidad cuando considera que el reparto es valioso). Estos caracteres de la realidad social pueden coincidir o no con lo que refieren las normas.

9. En su carácter de repartidor, el juez es un *conductor* que adjudica potencia e impotencia. Como conductor, elige entre diversas posibilidades, que pueden provocarle cierta angustia. Al repartir favorece o perjudica la vida humana.

La noción de sujeto que puede conducirse está hoy en relativa crisis, en parte por el carácter *veleidoso* que, sobre todo en medios como el argentino, suelen tener las voluntades, pero asimismo de modo destacado en la perspectiva de corrientes que concentran su atención en las estructuras y declaran el *fin del sujeto consciente*. En cierta correlación con ello, el papel atribuido al juez como sujeto conductor se debilita.

En el marco del desempeño judicial hay cursos históricos, fuerzas económicas, religiosas, políticas, etcétera, que llegan a constituir una *constitución material* limitativa de todas las decisiones que adopte el magistrado.<sup>16</sup> A veces los jueces tropiezan con ella y en ciertos casos se los enjuicia sin tenerla en cuenta.

En el espacio social de actividad de los magistrados hay *múltiples interesados* que resultarán *recipiendarios* beneficiados o gravados, a veces con apoyo normativo, de manera que pueden jugar como factores de poder, y en otros casos sin tal cobertura por las normas, caracterizables como grupos de presión.

Las partes y el propio juez son siempre elementos interesados, al fin recipiendarios, del ámbito de inserción de la tarea judicial. La legítima búsqueda de la imparcialidad de los magistrados no debe ocultar este gran obstáculo que al respecto ha de vencer. Como hemos reiterado, el juez al menos deviene parte interesada porque puede ser beneficiado o perjudicado por las consecuencias de su obrar. En el medio argentino no se ha logrado consolidar en la sociedad la convicción de que los jueces pueden alcanzar la pretendida imparcialidad, incluso en cuanto a su interés personal. Se ha instalado cierto sentido de *des-confianza* respecto del obrar judicial.

---

<sup>16</sup> Siempre vale atender a las enseñanzas de Fernando Lassalle, *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.

El recorte tradicional del marco de los beneficiarios de los repartos judiciales es muchas veces superado por planteos judiciales *difusos*. Esto suele *desorientar* el desempeño y la imagen de algunos magistrados.

Los *objetos* del reparto, potencias e impotencias, que deben adjudicar los jueces son múltiples y abarcan los más profundos despliegues de la vida. Las diferentes potencias e impotencias diversifican de tal manera la actividad judicial que suelen justificar las distintas esferas de competencia. Por ejemplo: no es la misma la previsibilidad que la burguesía necesita para las decisiones patrimoniales civiles que la que requiere en cuestiones penales o laborales.

Los aspectos de la vida que resultan confiados a los jueces en tiempos y medios como los que nos ocupan son particularmente cambiantes y significativos. En la crisis los jueces son convocados para resolver cuestiones que tradicionalmente corresponden a los legisladores y los administradores.

Hoy los límites de los beneficiarios y los objetos de los repartos judiciales llegan a desdibujarse por la fuerte aparición de los hombres futuros como receptores de grandes potencias e impotencias al punto que, como se ha señalado, ha comenzado a poder decidirse el porvenir de nuestra especie.

La *forma* del reparto judicial es normalmente el proceso (caracterizado por la audiencia), pero puede ser también una mera imposición envuelta en meras exterioridades procesales. En días como los presentes la audiencia procesal está enrarecida por la dificultad de los casos a veces muy novedosos (verbigracia, en la informática, la reproducción asistida, la genética, etcétera) y, en nuestro medio, lo está a menudo por la inestabilidad que lleva a discursos imprevisibles. Hace unos meses, parecíamos orientar la actividad judicial a un *abolicionismo* penal; hoy el clamor por la seguridad e incluso la venganza resulta casi multitudinario. La audiencia judicial es llevada a desarrollarse sobre planteos que a menudo son *confusos*. Los medios de comunicación de masas pueden favorecer la audiencia, pero también bloquearla.

En cuanto a *razones* de los repartos pueden distinguirse los móviles de los repartidores, las razones que alegan y las razones que les atribuye la comunidad cuando los considera valiosos. En nuestro medio suele creerse, con base real o sin ella, que entre los *móviles* de los jueces está su propio beneficio. En el desempeño judicial las *razones alegadas* por los repartidores tienen un destacado lugar en la fundamentación, pero en medios como los que nos ocupan ésta no es fácil porque las discrepancias axiológicas son significativas. Los magistrados pueden lograr que sus pronunciamientos tengan *razones sociales*, que llevan a la *fuerza de convicción* de las medidas que adoptan, en las partes y en la comunidad.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Cabe tener presente, por ejemplo, Carlos Cossio: *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Kraft, 1945 (2.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959).

10. Los repartos pueden encontrar *límites necesarios*, impuestos por la *naturaleza de las cosas*. Pueden tener carácter físico, psíquico, lógico, sociopolítico, socioeconómico, etcétera. Las presiones sobre el desempeño de los magistrados limitativas de su obrar, en especial en marcos como el nuestro, de permanente crisis e incluso de debilidad del Poder Legislativo —que a veces llega a ser sumiso al Ejecutivo—, son grandes. Los intereses, conservadores o innovadores, ansiosos de seguridad o de transformaciones, se muestran, por ejemplo, en el referido poder de los medios de comunicación de masas.

11. Reconociendo la realidad social con más o menos conciencia, con mayor o menor adhesión a las normas y a valores y aprovechando más o menos las oportunidades, el magistrado toma una *decisión* que al fin busca ser *efectivizada*. Mucho es lo que se ha escrito sobre la teoría de la decisión, pero siempre, incluso más allá de los precedentes, existe una difícil y única opción del magistrado, adoptada con más o menos conciencia. En tiempos como el presente, signados por el profundo cambio, y en países como la Argentina, caracterizados por la inestabilidad, esa dificultad y esa unicidad son especialmente intensas.

12. Los repartos pueden ser *autoritarios* o *autónomos*, y realizar de modo respectivo los valores poder y cooperación. Los jueces son repartidores autoritarios, pero en nuestras circunstancias los marcos de la conducción y, consecuentemente, de la autoridad y la autonomía son limitados. La autoridad judicial de hoy, y de modo muy particular en países como la Argentina, es jaqueada a menudo por otras fuerzas, empresariales, políticas, comunicacionales, etcétera, y por la impredecibilidad del cambio histórico y la inestabilidad. A veces, por otra parte, con el apoyo de los medios de comunicación de masas y la opinión pública, los jueces pueden avanzar sobre espacios que corresponderían al Poder Legislativo, como sucedió, por ejemplo, cuando impulsaron la introducción del divorcio vincular en la legislación.

Cuando el poder es desarrollado de acuerdo con valores compartidos toma un sentido especialmente intenso de *autoridad*; importa que el desempeño de los jueces lo posea.

El desenvolvimiento del capitalismo tiende a apartar muchos casos del desempeño de los jueces promoviendo la intervención *arbitral*, donde la autonomía de las partes avanza sobre la autoridad judicial, al menos en cuanto a la elección de los repartidores. Los árbitros son considerados repartidores *paraautónomos* porque cuentan para su desempeño en calidad de tales con el acuerdo de los interesados.

13. Los repartos pueden presentarse ordenados, en un *régimen*, o desordenados en situación de anarquía, con lo que se realiza respectivamente el valor orden y el *disvalor* arbitrariedad. El orden puede generarse mediante el *plan de gobierno en marcha*, que indica quiénes son los supremos repartidores (quiénes mandan) y cuáles son

los criterios supremos de reparto (con qué criterios se manda) y satisface el valor previsibilidad, y por la *ejemplaridad*, desenvuelta según la marcha de racionalidad del seguimiento de modelos y realizadora del valor solidaridad. La planificación gubernamental suele expresarse en constituciones escritas, leyes, etcétera, y la ejemplaridad se manifiesta en la costumbre, los usos, la jurisprudencia, etcétera. La ordenación social de la tarea judicial se manifiesta en gran medida en la *jurisprudencia*, que suele tener gran despliegue incluso en el espacio *continental romano-justiniano germánico*, mas en tiempos y medios locales como los que nos ocupan el desenvolvimiento jurisprudencial se hace difícil y a veces adquiere la negación de razonabilidad mostrada en cursos erráticos.

El desenvolvimiento de los regímenes puede ser más conservador o innovador; sus *vicisitudes* principales son la revolución, en la que cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, la evolución, en la que varían sólo los criterios, y el golpe de Estado, en el que se modifican sólo los repartidores. Nuestros días, de culturas fracturadas en estratos y en grupos del mismo nivel diversificados y conflictivos, están viviendo una enorme evolución, a veces con ciertos caracteres revolucionarios de cambio de los supremos repartidores, cada vez más planetarios. Nos hallamos en una era en la que, sobre todo por la proyección planetaria de las fuerzas y las relaciones de producción, parece estar formándose un orden mundial, un posible *Estado mundial* en etapa hobbesiana, donde el desempeño de los jueces, por ahora muy vinculado al Estado moderno nacional, es considerablemente afectado. No es sin motivo que está avanzando la formación de una magistratura internacional.

En el espíritu capitalista, el proceso tiende a ser considerado como un *negocio* y es estudiado en tal sentido por el análisis económico del derecho; esto no puede menos que afectar la concepción judicial al menos superficialmente tradicional.

La Argentina, sumida muchas veces en muy difíciles situaciones de emergencia, vive, como hemos señalado, una crisis de la razonabilidad atribuida en parte al desempeño judicial y soporta una permanente situación de “golpe de Estado” con ciertas alternativas revolucionarias, es decir, frecuente inestabilidad de la conducción y ciertos cambios en los criterios de reparto, aunque parece que en definitiva no hay modificaciones profundas en la orientación. En nuestro medio mucho cambia en la superficie, pero al fin no hay alteraciones profundas y el país es estático; tal vez todo cambie para que nada cambie. Una situación así dificulta el desempeño judicial. En general, los jueces se desenvuelven mejor en climas de razonabilidad, pero en estas circunstancias la razonabilidad es débil y contradictoria.

Para evitar lesiones en el tejido social es aconsejable que, según señalamos, los jueces dicten sentencias con *fuerza de convicción* social, mas ésta es muy difícil en las presentes circunstancias. Es más, la fuerza de convicción que ha de obtener la tarea judicial está hipotecada por la fuerza de convicción alcanzada por los medios de comunicación de masas, y en situaciones críticas cualquier fuerza de convicción se debilita.

El desempeño del juez es una tarea de *equilibrio* cultural, especialmente difícil en situaciones de gran cambio y de movimiento a la deriva.

14. Las *categorías básicas* principales para la construcción de la dimensión sociológica del mundo jurídico son la causalidad, la finalidad objetiva que *encontramos* en los acontecimientos, la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad. Las dos primeras y la penúltima son *panónomas* (*pan*, ‘todo’; *nomos*, ‘ley que gobierna’), de manera que deben ser manejadas mediante fraccionamientos productores de certeza. Una de las aspiraciones de la conducción repartidora es lograr que la finalidad objetiva coincida con la finalidad subjetiva de la conducción. Recortando el sentido de la finalidad objetiva se suele hablar de repartos exitosos y fracasados. También la construcción de la dimensión sociológica del desempeño judicial se hace en el curso de las categorías referidas y, en los casos respectivos, de su fraccionamiento. Los jueces y las partes esperan, según sus perspectivas, que la finalidad objetiva de los acontecimientos corresponda a sus finalidades subjetivas. Recortando las categorías pertinentes obtienen certeza. Los jueces han de lograr, en este sentido, que sus repartos sean exitosos.

En nuestra época de gran cambio y en un país particularmente inestable como la Argentina, la finalidad objetiva de los acontecimientos se hace muy difícil de conocer, la causalidad resulta incontrolable, las posibilidades son demasiado grandes y la captación de la realidad produce muchas sorpresas. Cabe señalar que, con alcances generales, vivimos un tiempo de fin de las certidumbres. Asumir finalidades subjetivas en estas circunstancias tiene múltiples obstáculos. De aquí la angustia de la *indecisión* frecuente en los repartidores, incluso en los jueces de nuestros días. La aceleración general de la historia y la desorientación superficialista, promovidas por el afán capitalista de lucro, tienden a sustituir, según indicamos, el juicio judicial por el *pre-juicio* instalado casi repentinamente, según las finalidades subjetivas de los manipuladores de la información. El caso se torna una *mercancía* que urge producir y vender. Se establecen así “certezas” irreales y cambiantes.

Pocas veces como en las situaciones que nos ocupan se necesita tanto a los jueces, pero éstos a su vez resultan, con cierta frecuencia, fundada o infundadamente desacreditados.

### 2.1.2. *Dimensión normológica*

15. Para lograr la integración (no mera yuxtaposición) de la realidad social y las consideraciones de valor con las normas, el trialismo propone construir la noción de norma como la *captación lógica de un reparto proyectado* hecha desde el punto de vista de un tercero. Esto significa que la norma capta un proyecto desenvuelto en términos de *causalidad*, no de imputación como lo presenta la teoría kelseniana.

La *captación* normativa *describe* e *integra*, de modo simultáneo, el reparto proyectado. Al describirlo refleja la auténtica voluntad de los repartidores y su cumpli-

miento. Si la norma describe con acierto el contenido de la voluntad de los repartidores, es *fidel*; la tarea encaminada a lograr la fidelidad es la interpretación. Cuando se produce el cumplimiento que anuncia, la norma es *exacta*; la tarea dirigida a obtener la exactitud es la aplicación. Que la norma sea aplicada es un despliegue al que el trialismo adjudica gran significación: vale repetir que no interesa la vida por las normas sino las normas por la vida. La integración producida a través de la descripción precisa los repartos *rotulándolos* con diversos conceptos y al propio tiempo incorpora sentidos a la realidad. Cuando esta tarea integradora sirve a los objetivos de los repartidores, la norma es *adecuada*; la obtención de la adecuación depende en gran medida de la elaboración y la determinación. Los conceptos pueden ser menos *disponibles* por los interesados y más institucionales o más disponibles y negociales. Si la norma capta un matrimonio, la fidelidad depende de su correspondencia con lo que pensaron como matrimonio los repartidores; su exactitud se produce cuando se cumple y su adecuación se logra si el concepto *rotulador* e incorporador de sentidos de matrimonio responde a los objetivos de los repartidores. Aunque en nuestros días se difunden propuestas que vinculan las normas a sentidos sociales difusos, sobre las que quizás valga reflexionar, creemos esclarecedor considerar al juez responsable final de la fidelidad y la exactitud de las normas que aplica y de la fidelidad, la exactitud y la adecuación de las normas que produce.

En circunstancias del mundo y de nuestro país como las que referimos, la fidelidad, la exactitud y la adecuación son muy difíciles. La identificación del contenido último de las normas, el logro del cumplimiento y el empleo de conceptos adecuados son muchas veces obstruidos. La realidad se hace difícil de conceptualizar con los conceptos tradicionales y resultan necesarios nuevos conceptos para captar realidades sorprendentes. Conceptos institucionales en la tradición se hacen negociales. Parece que se acerca el momento en que los nuevos métodos de reproducción humana y la *ingeniería genética* aplicada a nuestra especie pondrán en crisis conceptos inmemoriales como los de *padre, madre e hijo*.

16. Para referirse a la complejidad de los repartos, las normas suelen tener una *estructura compleja* compuesta, de modo básico, por un *antecedente* que capta un sector a reglamentar y una *consecuencia jurídica* que capta la reglamentación. Cada una de estas partes posee *características positivas y negativas* que deben estar presentes o ausentes para que la norma funcione.<sup>18</sup> La capacidad para construir las normas completas, reflejando la complejidad de los repartos (por ejemplo, recurriendo, en la norma referida al homicidio, a las características positivas que surgen

---

<sup>18</sup> Vale tener en cuenta qué es lo que forma parte de la norma en su complejidad sin disolver toda la complejidad de la normatividad en una sola norma. A veces se trata de características positivas y negativas, como lo requiere el reparto de cuya captación se trata; a veces se trata de normas diversas en conflicto.

del artículo 79 del Código Penal y en las características negativas a los artículos 34 y 59 del mismo cuerpo legal), es uno de los rasgos que diferencian al jurista del lego. Nuestra norma general completa acerca del homicidio establece que “Si un hombre matara a otro (característica positiva del antecedente) y el matador no fuera un inimputable, no obrara en legítima defensa, ni por obediencia debida, etcétera (característica negativa del antecedente), será la reclusión o prisión del matador de ocho a veinticinco años (característica positiva de la consecuencia jurídica) a no ser que prescribiera la pena, se produzca un indulto, etcétera (característica negativa de la consecuencia jurídica)”. El juez ha de ser un jurista, plenamente capaz de reconocer la complejidad de las normas referidas, pero (aunque el pensamiento complejo es uno de los requerimientos de nuestros días) las sociedades de estos días y en especial nuestra propia sociedad suelen orientarse a las simplificaciones. La realidad argentina es hoy un testimonio claro de la tendencia al pensamiento simple: se cree que aumentar las penas traerá, de modo directo, una disminución proporcional de los delitos. Algunos sectores valoran de modo exagerado la disminución de las características negativas de las normas penales.

Las normas jurídicas suelen construirse tradicionalmente según el *método analítico*, que descompone los casos en diferentes aspectos, y esto mismo sucede con las normas que utilizan los jueces. La exigencia analítica es, sin embargo, contrastante con el estilo de pensamiento global (no de síntesis superadora) instalado en las multitudes y en los medios de comunicación masivos. A menudo se exagera el valor de la posibilidad de que haya pocos antecedentes con soluciones rotundas.

17. Por captar repartos proyectados, las normas jurídicas disponen siempre para el futuro, pero pueden hacerlo con referencia a casos pasados o futuros, diferenciándose en *individuales* (cuando tratan casos pasados), *generalizadas* (cuando consideran casos futuros pero quedan abiertas a la inclusión de nuevos casos) y *generales* (cuando se refieren al futuro y se cierran a tal incorporación). A las normas individuales les corresponde la realización del valor *inmediatez*; a las generalizadas y generales, el valor *predecibilidad*. El *cierre* de las incorporaciones futuras, propio de la generalidad, suele surgir de la necesidad de establecer fronteras culturales; por ejemplo, entre la sociedad y los gobernantes productores de las normas penales. Las normas penales generales como requisito de tipicidad amparan a los reos contra el legislador.

Los jueces son, por lo común, autores de normas individuales, referidas a casos pasados, de modo que les corresponde la realización del valor *inmediatez*. Los magistrados brindan los *sentidos* al Estado: a través de ellos el régimen ve, escucha, toca, etcétera. Uno de los grandes problemas es que la sociedad tiene vocación por imágenes simples de comunicación masiva, por ejemplo las que suele adelantar la televisión, más que respeto por la realidad compleja que los jueces pueden y deben considerar. Los jueces han de observar y apreciar la realidad, en tanto la cultura general conduce a *sobrevolarla* en relatos contruidos con fines de producir impacto.

18. Las *fuentes reales* de las normas que empleamos directamente para solucionar los casos están en la realidad social, son los repartos, no la voluntad divina o la razón. Dentro de las fuentes reales cabe diferenciar los repartos en sí mismos, su proyecto y su cumplimiento (*fuentes materiales*) y las autobiografías que de ellos hacen los propios repartidores (*fuentes formales*: constituciones formales, tratados internacionales, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etcétera). El poder de formalizar es muy grande, de aquí, por ejemplo, el poder de los expertos (verbigracia, notarios) que redactan las fuentes formales, incluyendo los jueces.

Las fuentes formales pueden elaborarse de modos más o menos *participativos* y resultar más o menos *flexibles* o *rígidas* y *elásticas* o *inelásticas* según la mayor o menor facilidad de su elaboración y cambio y la mayor o menor aptitud para adaptarse a las modificaciones sociales. La limitación de la participación, la rigidez y la inelasticidad están orientadas a proteger los intereses ya consagrados en las normas.

Los jueces, productores de sentencias tienen, como hemos dicho, el gran poder de la formalización, de la *rotulación* y la integración de sentidos en la realidad, pero deben ubicar estas fuentes formales como culminación de un camino de participación muy regulado y limitado, que es el proceso. Se trata de fuentes relativamente rígidas, aunque en alguna medida revisables, y tradicionalmente poco elásticas. Por el contrario, en tiempos como el presente y en realidades como las nuestras la rotulación y los sentidos son débiles y resultan muy exigidos de celeridad; se amplían las exigencias participativas hasta hacerse difusas y se exige que la flexibilidad y elasticidad sean grandes, todo de modos discordantes con la mayor o menor lentitud que suele tener el proceso.

19. Para que el reparto proyectado captado en la norma se convierta, como se pretende, en reparto realizado, es necesario que la norma *funcione*. El *funcionamiento de normas* es un complejo de tareas que abarca tareas de interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. El juez es uno de los grandes encargados del funcionamiento de las normas, pero todas esas tareas son afectadas por las referidas características del mundo actual y de nuestro país.

El funcionamiento de las normas suele producirse en una relación frecuentemente difícil entre los *autores de las normas* (por ejemplo, los legisladores) y los *encargados de su funcionamiento* (tarea que, como señalamos, corresponde con gran frecuencia a los jueces). Al fin los producen los encargados del funcionamiento, con mayor o menor respeto a las aspiraciones de los autores y de otros sectores sociales haciendo, de cierto modo, lo que quieren dentro de lo que pueden.

El *funcionamiento judicial* suele ser diferente de las conjeturas que, de buena fe o respondiendo a intereses desviados, hacen al respecto legos encargados de los medios de comunicación de masas y la opinión pública. En un mundo cambiante y en sociedades inestables, incluso en marcos de *descodificación*,<sup>19</sup> el *reconocimiento* de las normas a

---

<sup>19</sup> Cabe consultar Natalino Irti: *L'età della decodificazione*, Milán: Giuffrè, 1979.

considerar suele ser difícil y en el marco de la *interpretación* las intenciones realmente pensadas resultan a menudo insatisfactorias para el logro de los fines en última instancia queridos. Las habilidades para el reconocimiento y la interpretación que poseen los jueces pueden llevarlos a soluciones distintas de las que pretenden los legos.

El cambio histórico y la mutabilidad de superficie suelen necesitar normatividades indeterminadas y la ponderación de principios diversos, pero sus determinaciones y los resultados de la ponderación son muchas veces discutidos, de modo que los jueces encargados de tal tarea tienen desafíos en su labor.

En el mundo de hoy se producen grandes *carencias históricas* de normas (lagunas históricas del ordenamiento normativo) por novedad de las cuestiones (negocios y delincuencia de proyecciones mundiales, comunicación electrónica, reproducción asistida, biotecnología, etcétera). En la Argentina se muestra asimismo una muy frecuente creencia en el *disvalor* de las soluciones existentes, es decir, una referencia reiterada a *carencias axiológicas* de normas (lagunas axiológicas del ordenamiento). A menudo la sociedad y los jueces se inclinan, aunque sea de modo velado, por abandonar los caminos de la interpretación y la aplicación de las normas para optar por nuevas elaboraciones, con la especial tensión que esto puede provocar en países del sistema *continental*, apegados a las reglas generales. Los caminos de la elaboración por la analogía y el recurso a los principios generales del derecho suelen ser insuficientes y se recurre a nuevas consideraciones de valor, con todos los riesgos de debate y presiones que esto trae consigo.

En tiempos de cambio profundo y de inestabilidad, las relaciones de *argumentación* entre expositores y auditorio adquieren particular dificultad. Esto sucede también con la argumentación de los jueces y las partes. La falta de términos de argumentación comunes debilita la fuerza de convicción de las sentencias y contribuye a veces a un clima de permanente crítica de la tarea judicial.

La aplicación de las normas exige tareas de subsunción (encuadramiento) de los hechos y de realización de la consecuencia jurídica, mas en situaciones como las que vivimos la comprensión del sentido de los hechos es también muy difícil. ¿Hacia dónde van los hechos en un cambio de era de la historia como el presente? ¿Qué significan los hechos en un país inestable como la Argentina? Son éstas otras perspectivas de los obstáculos del desempeño judicial.

Suele afirmarse que los jueces *conocen* el derecho (*iura novit curia*), mas en días y ámbitos espaciales como los que nos ocupan *conocer* el derecho resulta sumamente difícil, no tanto porque éste sea conflictivo, sino porque hay dificultades para establecer su correspondencia con los sentidos de los hechos. Tal vez no haya siquiera aplicación cuando se condena a penas de prisión a cumplir según las normas en cárceles sanas y limpias y éstas en casi nada coinciden con esas condiciones.

20. En la integración trialista el *ordenamiento normativo* es construido como la captación de un orden de repartos hecho desde el punto de vista de un tercero. La

lógica del ordenamiento describe e integra el orden de repartos. La noción de *fidelidad* del ordenamiento no se refiere al contenido de la voluntad de los autores de los repartos, como en el caso de las normas, sino al contenido de la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. El cambio del mundo posmoderno de nuestros días puede poner en crisis la fidelidad de los ordenamientos y en países inestables como la Argentina el sentido de la falta de fidelidad, de la no representatividad del ordenamiento respecto de la voluntad comunitaria, es particularmente intenso. Esto trae aparejada la falta de fidelidad atribuida muchas veces al ordenamiento judicial. Sin desconocer que en ciertos casos los cuestionamientos son fundados, el estado de cuestionamiento es mucho más amplio que sus fundamentos.

Al ordenamiento normativo le es inherente el imperativo de la *legalidad*. Sin embargo, el sentido fuerte de la legalidad *continental* como regularidad abstracta y con afinidades con las leyes naturales (en gran medida heredero del legalismo estoico) está hoy en crisis. En este marco, el juez, cuya vinculación con la legalidad es siempre importante, aunque a menudo sea muy tensa, se encuentra en una situación frecuentemente difícil, que le resulta *extraña*. Debilitado el *paraguas* de la legalidad, el juez se siente a veces *a la intemperie*.

21. La estructura del ordenamiento normativo, que se constituye en sentidos *verticales* y *horizontales*, en cada caso con referencias de *producción* y de *contenido*, ha sido pensada como una *pirámide*. Por las relaciones verticales de producción se realiza el valor subordinación; por las vinculaciones verticales de contenido se satisface el valor ilación; en las relaciones horizontales de producción se realiza el valor infalibilidad y en las vinculaciones horizontales de contenido se satisface el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia.

En tiempos como los presentes, la nunca del todo convincente representación piramidal está especialmente en crisis. Cada parte del ordenamiento se interrelaciona profundamente con las demás, de modo que una modificación en una puede cambiar las otras partes al punto que quizás sea más expresiva una representación esférica de múltiples influencias.<sup>20</sup> Quizás cada norma sea concebible como el centro de una juridicidad esférica proyectada en múltiples direcciones. El desempeño generador de normas de los jueces es de gran importancia en la constitución del ordenamiento, pero en las circunstancias referidas está fuertemente alterado en términos de incoherencia.

22. El trialismo propone clasificar los ordenamientos normativos en *órdenes* o *sistemas*, según el comportamiento que deba tener el encargado del funcionamiento (por ejemplo, el juez) ante las lagunas. En los órdenes el encargado consulta con el autor del ordenamiento; en los sistemas integra la laguna. En los órdenes el poder residual está en el autor; en el sistema ese poder es desplazado a otro centro.

---

<sup>20</sup> Es posible ver Ciuro Caldani: *Derecho...*, cit.

Si la integración se hace según un criterio cerrado, por ejemplo, de necesaria absolucón del reo por falta de norma legal anterior, se trata de un *sistema formal*, donde el poder residual se asigna a la misma sociedad; si se integra conforme a criterios que incorpora el encargado del funcionamiento, se trata de un *sistema material* en el cual el poder residual le pertenece a él. Aunque el mundo actual y países como la Argentina son, por distintas razones de alguna manera imprevisibles, predominan los sistemas materiales, de modo que los jueces adquieren un papel protagónico. Es más, la formación de una estatalidad y una magistratura mundiales pone a veces en crisis, para los débiles, el resguardo de la exigencia de tipicidad.

### 2.1.3. Dimensión axiológica

23. El trialismo sostiene que el papel principal en el *complejo* de valores jurídicos corresponde a la *justicia*. Conforme a ese complejo se ha de reconocer al fin también la *ética judicial*. Sin embargo, la corriente trialista se diversifica según se afirme, con el fundador Werner Goldschmidt, que la justicia es un valor objetivo, llegando a la elaboración de una *dikelogía* (ciencia de la justicia), o se acepte la posible *indemostabilidad* de ese valor proponiendo la *construcción* de criterios básicos que permitan rigor científico en el desarrollo del pensamiento dikelógico entre quienes los compartan.<sup>21</sup>

Goldschmidt sostuvo que objetivamente el principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en *persona*. En nuestra posición, esa exigencia es la base de una construcción que nos resulta satisfactoria. En uno u otro sentido, el papel del juez está hondamente vinculado a la realización de la justicia. Su rol es deliberar acerca de la *razón* de alguien y sentenciar lo procedente, y la *razón* se refiere a lo jurídico sociológico, normológico y axiológico.<sup>22</sup> Sea objetivo o construido según la propuesta básica goldschmidtiana, la justicia es de cierto modo un valor *franciscano*, cuya valía consiste en gran medida en promover que los demás valores valgan.<sup>23</sup>

24. La construcción trialista incluye el pensamiento de los valores en tres despliegues, de *valencia* (deber ser *puro*; verbigracia, “la justicia debe ser”), *valoración*

---

<sup>21</sup> Puede verse Werner Goldschmidt: *La ciencia de la justicia (dikelogía)*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Depalma, 1986.

Según la Real Academia Española, *demonstración* significa “4. f. Fil. Prueba de algo, partiendo de verdades universales y evidentes” (Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, <<http://www.rae.es/>> (15-5-2004).

<sup>22</sup> Véase *juzgar*, ibídem.

<sup>23</sup> Es posible ver Miguel Reale: *Filosofía do Direito*, 5.<sup>a</sup> ed., San Pablo: Saraiva, t. II, 1969, p. 626.

(deber ser *aplicado*; por ejemplo, en esta situación problemática, apreciada completamente, debe ser porque es justo aplicar tal solución) y *orientación* (criterios generales de valor; verbigracia, si ocurre tal situación genérica, por ejemplo, un homicidio, es justa tal solución, verbigracia, una pena). En tiempos y países como los nuestros la crisis acerca de los valores suele producirse reiteradamente a nivel de los criterios orientadores, de las posibilidades de valoraciones completas e incluso de la misma valencia de los valores. La solidez axiológica del desempeño judicial depende de tales despliegues. En la crisis, sobre todo a medida que se eleva el nivel de cuestionamiento, se hace muy difícil. Consecuentemente, se hace difícil el reconocimiento de la ética judicial.

25. Desde Aristóteles suelen reconocerse *clases de justicia* que son grandes senderos para su pensamiento. Utilizando categorizaciones de elaboración más actual, cabe establecer que los jueces se vinculan más a la justicia extraconsensual, relativamente *partial*, sectorial y de cierto modo general, a diferencia de la justicia consensual, *gubernamental* y particular. Como los requerimientos de la justicia general caracterizan al fin al derecho público y los de la justicia general identifican en definitiva al derecho privado, cabe decir que los jueces en alguna medida *publicizan* los conflictos. Sin embargo, en tiempos de la *privatización* esto resulta más difícil.

La *equidad* como justicia del caso concreto suele ser un despliegue de la fundamentación de la tarea judicial. En las situaciones que nos ocupan especialmente su invocación es frecuente, su sustentación débil. El debilitamiento de lo general y lo especial es recíproco.

26. La justicia resulta una categoría *pantónoma* referida a la *totalidad* de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. La pantonomía tiene despliegues que vinculan unas adjudicaciones con otras, las consecuencias de las adjudicaciones, el complejo personal, el complejo temporal y el complejo real. Como esa totalidad nos es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de *fraccionarla* produciendo así seguridad jurídica. Un juez perfecto, conforme al paradigma que a veces se adjudica a la Divinidad, haría justicia pantónoma; a los hombres nos es dado sólo realizar justicia fraccionada.

Los debates respecto de la tarea de los magistrados suelen referirse a los fraccionamientos o desfraccionamientos de la justicia, a la búsqueda de una seguridad mayor o menor. En tiempos como los actuales y en espacios como el argentino, se replantean los cortes de la justicia produciendo gran inseguridad y esto afecta la labor y la imagen de los magistrados. Según ya referimos, la aceleración de la historia, apremiada por el afán capitalista de lucro, tiende a sustituir el juicio por el *pre-juicio* instalado de modo súbiteo. Se establecen así *certezas* y *seguridades* ilegítimas. Los jueces, que de modo tradicional están relacionados a lo *microjurídico*, suelen ser puestos a resolver con decisivas perspectivas *macrojurídicas*.

Aunque el material estimativo de la justicia en el derecho se centra en las adjudicaciones de potencia e impotencia, también es relevante la *ética*, que al fin constituye uno de los soportes muy relevantes de la justicia de esas adjudicaciones. Pese a que es importante la virtud intelectual, en la que se hace lo que se debe porque se sabe que se debe, aunque sea por otras razones, lo es de modo definitivo la virtud moral, en la cual se hace lo debido sabiendo lo que se debe y por *adhesión al deber*.

27. Dentro de la construcción de cada complejo axiológico, los valores pueden relacionarse entre sí en *coadyuvancia* u *oposición*, sea ésta mera sustitución (legítima) o arrogación (ilegítima) del material estimativo que corresponde a un valor en aras de otro. Los cambios de era histórica y la inestabilidad se caracterizan por relaciones de oposición entre valores y de ruptura de los equilibrios más o menos fuertes que existían, por ejemplo por avances de la utilidad sobre la justicia. Como el desempeño judicial depende del equilibrio entre valores, las situaciones que nos ocupan producen importantes modificaciones en la tarea de los magistrados.

28. Si, como hicimos, se adopta el principio supremo de justicia propuesto por el trialismo, que exige asegurar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en persona, es posible establecer juicios de justicia respecto de los repartos aislados y el régimen (como acerca de sus captaciones normativas).

En cuanto a los repartidores, su legitimidad puede basarse en la *autonomía* que a través del acuerdo cada interesado se adjudica a sí mismo y en la *aristocracia* de una superioridad moral, científica o técnica. La autonomía tiene matices, por ejemplo, la paraautonomía del acuerdo de todos los interesados en la designación de los repartidores (verbigracia, en el arbitraje), la infraautonomía del acuerdo de la mayoría (por ejemplo, en la democracia) y la criptoautonomía del acuerdo que prestarían los interesados en caso de conocer lo que se hace (verbigracia, en la gestión de negocios ajenos sin mandato). Los jueces suelen ser legitimados por combinaciones diversas de infraautonomía (democracia) y aristocracia, pero a veces les toca adoptar decisiones opuestas a los criterios de la mayoría y en nuestros días la superioridad resulta frecuentemente cuestionada al punto que se prefiere a los árbitros y se buscan caminos extrajurisdiccionales.

Vías muy significativas para lograr la legitimación del desempeño de los magistrados, su desempeño ético y su estima social son la *educación judicial* y el desarrollo de la cultura jurídica de la *sociedad*. Urge tener magistrados y sociedades *a la altura de las circunstancias*. Tiene gran importancia que los jueces integren la especificidad de su desempeño en la plenitud de sus vidas. Nos parece que la superación de las limitaciones del reduccionismo *purificador* que considera sólo las normas, la disolución fáctica que lleva al oportunismo y el apriorismo axiológico es urgente.

El desempeño como repartidor genera *responsabilidad*. Siempre cabe relacionar a ésta con repartos aislados o con el régimen en su conjunto. En el caso de los jueces, la responsabilidad tradicional se refiere a los casos, mas parece avanzar la atribución de responsabilidad judicial por el régimen, de modo que ésta se acerca a la de los otros órganos del gobierno.

Entre los títulos de los recipiendarios cabe pensar en los *méritos* de la conducta y los *merecimientos* de la necesidad. Los jueces suelen ser en especial repartidores según méritos, en tanto los legisladores y los administradores se refieren más a los merecimientos, pero en las situaciones que nos ocupan, sobre todo en países como la Argentina, son a menudo invocados para ocuparse de los merecimientos.

La forma de *audiencia*, sea procesal o de negociación, posee especial legitimación. Los jueces son sobre todo repartidores en la audiencia procesal. Sin embargo, como hemos indicado, en el cambio histórico y en la inestabilidad esa audiencia es compleja y difícil.

Uno de los grandes títulos de la legitimación judicial es la fundamentación de los pronunciamientos de los magistrados, mas en estas situaciones de conflictos axiológicos la fundamentación se dificulta.

29. Un régimen justo ha de ser *humanista*, tomando al individuo como un fin y no como un medio, según ocurre en cambio en el totalitarismo. Para alcanzar la justicia del régimen hay que proteger al individuo contra todas las amenazas y a través de todos los medios disponibles, sean de otros individuos, el régimen como conjunto, el propio individuo o *lo demás*. El amparo contra lo demás incluye el resguardo frente a la enfermedad, la soledad, el aislamiento, la desocupación, etcétera. El desempeño de los jueces está tradicionalmente vinculado de modo especial a la protección del individuo contra los demás y también respecto del régimen, a través de la división de poderes y frente al propio individuo. Sin embargo, en los días actuales y en medios como el nuestro la división tradicional de poderes está en crisis y su tarea tiende a referirse de modo también relevante al resguardo contra *lo demás*.

## 2.2. Las ramas del mundo jurídico

30. Las distintas ramas jurídicas, diferenciables por características particulares en las tres dimensiones del mundo jurídico, hacen que el papel de los magistrados sea diferenciado de manera que suelen requerirse *jurisdicciones particulares*. En nuestras situaciones de tiempo y espacio algunas ramas como el derecho penal o el derecho comercial en sus aspectos crediticios resultan particularmente cuestionados. Los jueces son convocados muchas veces para solucionar problemas penales y económicos que normalmente debían ser resueltos por otros órganos gubernamentales.

Los planteos de las ramas jurídicas responden todavía a enfoques compartimentalizados que hay que superar con nuevas *perspectivas transversales* enriquecedo-

ras y enfoques de todo el *complejo*, tema éste que constituye una de los despliegues de la teoría general del derecho.<sup>24</sup> A las ramas tradicionales derecho constitucional, administrativo, penal, procesal, civil, comercial, laboral, etcétera, corresponde agregar nuevos despliegues enriquecedores como el derecho de la salud, el derecho de la ciencia y la tecnología, el bioderecho, el derecho del arte, el derecho de la educación, etcétera. Por ejemplo, la organización y la quiebra de un sanatorio están lejos de ser temas que correspondan exclusivamente al derecho comercial o a otras ramas tradicionales, vale tratarlos asimismo como cuestiones del derecho de la salud. En la construcción de esas nuevas ramas es muy importante el papel que corresponde a los jueces. Mucho puede hacerse con el despliegue de su ética.

---

<sup>24</sup> Cabe consultar nuestras “Lecciones de teoría general del derecho”, en *Investigación...*, cit., n.º 32, pp. 33-76.