

Lo difícil de los casos difíciles

POR GUILLERMO G. PEÑALVA(*)

Sumario: I. Objeto.- II. Introducción.- III. El concepto de 'caso'.- IV. Los 'casos fáciles' y los 'casos difíciles'.- V. Lo que hace más difíciles a los casos difíciles.- VI. Algunas conclusiones.- VII. Bibliografía.

Resumen: este trabajo repasa la diferencia que, según algunos, se puede hacer entre los casos que un juez puede resolver fácilmente y aquellos que presentan obstáculos de progresiva importancia y requieren una actividad más laboriosa y comprometida. El punto a partir del cual se reelaboran y profundizan algunos aspectos de la cuestión es la ya clásica postura de Neil MacCormick. Esta reelaboración apunta a otras condiciones que, a pesar de no ser estrictamente inherentes a los casos, aumentan su gravedad y hacen que la distinción entre casos fáciles y difíciles sea imprecisa, tenga un carácter dinámico, variable y —en buena medida— esté sujeta a concepciones teóricas respecto del derecho, su naturaleza, creación y aplicación.

Palabras claves: casos fáciles - casos difíciles - discrecionalidad - interpretación

The Hardship in Hard Cases

Abstract: *this paper reviews the difference that, according to some, can be made between cases a judge can easily solve and those presenting obstacles of progressive importance, which require more arduous and committed work. The point from which some aspects of the issue are re-elaborated and deepened is Neil MacCormick's already classic stance. This re-elaboration highlights other conditions which, in spite of not being strictly inherent to the cases, aggravate them, and make the distinction between easy and hard cases inaccurate, with a dynamic and variable character, and—to an extent—tied to theoretical conceptions regarding Law, its nature, creation and application.*

Keywords: *easy cases - hard cases - discretion - interpretation*

(*) Abogado. Prof. Titular ordinario de Introducción al Derecho, Cátedra I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

I. Objeto

La cosmovisión del derecho analítica y positivista (con algunas pinceladas sociológicas) que adoptara Herbert L. A. Hart, especialmente en su obra *El concepto de derecho*, y que tanta influencia ejerciera sobre autores nacionales de la talla de Alchourrón, Bulygin, Nino o Carrió (por citar a unos pocos), tuvo en el norteamericano Ronald Dworkin un crítico y opositor sistemático (1). De las varias objeciones que le hiciera al autor inglés, tal vez sea la principal la que imputa a Hart haber preterido la consideración de que el orden jurídico no está constituido únicamente por normas (reglas) sino también por otro tipo de enunciados a los que Dworkin llama principios. Tales principios, según su tesis, presentan características tan particulares que los hacen inconfundibles con las normas e irreductibles a la categoría que las mismas ocupan.

Luego, a partir de esta impugnación central, se desgranar las demás críticas: la que va dirigida a la regla secundaria de reconocimiento, la que discute la cuestión de la textura abierta del lenguaje, la que ataca la distinción entre casos claros (o fáciles) y casos de penumbra (o difíciles), la que censura la posibilidad de los jueces de ejercer la discrecionalidad, etc.

Teniendo en cuenta estas objeciones (especialmente dos: la de si el lenguaje jurídico posee esa textura abierta y la de si los jueces resuelven cierto tipo de conflictos ejerciendo la discrecionalidad), la intención de este trabajo es analizar —y precisar— las características que ambas clases de casos (los fáciles y los difíciles) presentarían para aquel sector de la doctrina que admite tal distinción (según se ha adelantado, Dworkin no la acepta).

Creo que Neil MacCormick ha señalado con justeza las condiciones que hacen que un caso sea difícil y sobre sus enseñanzas me apoyaré para verificar si esta es una clasificación capaz de agotar el universo de situaciones posibles, estudiar las características tanto de unos (los casos fáciles, comunes o rutinarios) como otros (los más difíciles, oscuros o comprometidos), y anticipar algunas condiciones y factores que coadyuvan para agregar complejidades y obstáculos a la decisión final del juez.

(1) Las críticas de Dworkin a Hart se hallan en una de las obras más conocidas del primero (*Los derechos en serio*), donde se reproduce una serie de artículos que Dworkin había publicado, y respecto de los cuales Hart había empezado a diseñar una réplica que fue interrumpida por su muerte. De tal réplica solo conocemos lo esencial gracias a la edición que de los originales hicieron Penélope Bulloch y Joseph Raz, que se conoce como *Post Scriptum al concepto de derecho*.

II. Introducción

II.1. Las objeciones de Dworkin al positivismo

Como es sabido, R. Dworkin desarrolló sus ataques a la concepción positivista apuntando principalmente a la obra de H. Hart, aunque sus críticas pueden hacerse extensivas a otros autores, entre los que —por supuesto— Kelsen tiene un lugar preponderante. En tal sentido, Dworkin (rediseñando ideas originarias de Lon Fuller⁽²⁾) no ha dudado en aseverar que el modelo de Hart, en cuanto pretende que, en el universo de lo jurídico, debe aceptarse una separación conceptual entre el derecho y la moral (positivismo excluyente) y que buena parte de aquella universalidad puede reducirse a una cuestión de normas (o reglas), resulta una simplificación excesiva del complejísimo fenómeno jurídico. Este modelo depreciado del derecho hace que los autores normativistas se muestren incapaces de dar respuesta desde dentro del sistema a una buena cantidad de los concretos problemas que la realidad nos trae, y a los que dan en llamar “casos difíciles”. Ante tales falencias —continúa Dworkin—, los representantes del positivismo se han visto obligados a aceptar que, cuando se presente ante un juez una cuestión que parece escapar a la normatividad, con tal de cumplir con la obligación que sobre él pesa de resolver el caso que se le haya presentado, ese juez queda autorizado a recurrir a la discrecionalidad. Esto, supone el norteamericano, equivale a decir que el magistrado está facultado para escapar del sistema mismo, usar de su arbitrio y resolver sin una guía orientativa o sin base alguna sobre la cual apoyarse.

En cambio, sigue Dworkin, una concepción del derecho que reconozca que un sistema jurídico evolucionado, además de las típicas normas y reglas de conducta, contiene otros enunciados (directrices, estándares y principios), y que también acepte la existencia de una relación relevante entre el derecho —por un lado— y la moral y la política —por el otro—, es un modelo que permite descartar el ejercicio de la discrecionalidad judicial por innecesaria, ya que ofrece al juez atento (al juez Hércules, en la terminología de Dworkin, que conoce no solo las leyes, sino también los principios y valores en los que aquellas se respaldan) una única respuesta correcta para cualquiera sea el caso que se presente, y por dificultoso o complejo que parezca.

(2) Rolando Tamayo y Salmorán, en el estudio preliminar que aparece en *Post Scriptum al concepto de derecho*, considera que Dworkin es el continuador de la polémica mantenida entre Lon Fuller y Hart, y que la posición final de este último quedó asentada en el capítulo IX (*Las normas jurídicas y la moral*) de *El concepto de derecho*. En este sentido, también es de interés la consulta de una obra precedente de Hart, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*.

II.2. La defensa de Hart

Como se anticipó en una nota anterior, Hart tenía pensado dar respuesta a las críticas y equívocos que había generado su obra, agregando un nuevo capítulo a la misma. Su fallecimiento le impidió concluir esta tarea, pero Penélope A. Bulloch y Joseph Raz, realizando lo que se reconoce como un muy cuidadoso trabajo de recopilación de sus notas, apuntes y borradores, editaron posteriormente el *Post scriptum al concepto del derecho* (3), que contiene la respuesta (que, en todo caso, podemos considerar provisoria) de Hart a las principales objeciones que le fueron dirigidas y la aclaración de muchas de las ideas seminales de su teoría.

Allí, entre otras cosas, Hart declara que su positivismo es un positivismo incluyente, o suave (*soft*), y no el positivismo excluyente que Dworkin le había imputado (según me he permitido esbozar en párrafos anteriores). Tal positivismo incluyente le permite a Hart ocuparse de cuestiones valorativas (entre las que queda incluida el tratamiento de la relación entre el derecho y la moral) sin tener que ceder posiciones fundamentales o renunciar a la elaboración de una teoría del derecho cuya naturaleza fuera puramente descriptiva (4).

Por otra parte, y en lo que concierne a este trabajo, Hart mantuvo su idea de que existen ciertos casos o supuestos para los que un orden jurídico no trae una respuesta clara o unívoca. En esos casos o supuestos, sea porque quedan instalados en el área de penumbra del significado de la regla, sea porque son contradictoriamente resueltos por más de una norma, o sea por otras razones, lo cierto es que quien debe resolverlos no cuenta con una respuesta previa, prevista por el sistema y claramente aplicable; de ahí que, al pronunciar su sentencia, el juez debe hacerlo proyectando sobre parte de ella su prudencial discreción.

III. El concepto de “caso”

La noción de “caso” es simple solo en apariencia. A su respecto se han elaborado definiciones sumamente refinadas y precisas, como la que nos ofrecen Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 51), cuya cabal comprensión requiere de la iniciación a un aparataje conceptual que escapa a la

(3) La versión en español, con un estudio preliminar y traducción de Rolando Tamayo y Salmorán puede ser encontrada en el sitio www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/38/tc.pdf

(4) Por supuesto, también se dedicó a defender su regla de reconocimiento, dando una vuelta de tuerca más a la distinción entre normas y principios (distinción con la que su antagonista pretendía criticarlo) de manera tal que, aceptando la novedosa categoría de los principios, la mostraba como una ratificación de la necesaria existencia de una regla que permitiera reconocerlos y diferenciarlos de los preceptos de otros sistemas.

índole de estas páginas (5). Otras, por coloquiales, parecieran mucho más accesibles, como la que esboza Genaro Carrió (1987, p. 22) (6). Por mi parte, me conformo con propiciar un acuerdo mínimo sobre el tema, a los exclusivos fines de este trabajo. Llamaré “caso” (*caso jurídico*, o *caso judicial*, para evitar cualquier confusión) a una cierta situación fáctica, donde distintas partes (no importa quiénes: particulares, personas jurídicas, el propio estado, etc.) aparecen con intereses encontrados, en razón de los cuales se ha generado un conflicto; este conflicto es presentado ante una autoridad que debe (tiene la facultad y también la obligación) resolverlo mediante algún tipo de pronunciamiento (por ejemplo, una sentencia), pronunciamiento que ha de estar —por una parte— dotado de un mínimo de racionalidad y —por otra— respaldado por la amenaza de emplearse la coacción en caso de que fuera necesaria para hacer efectivo lo resuelto (7).

Tal vez sea bueno, antes de continuar adelante, advertir que —a pesar de advertir que puede haber *casos* presentados ante mediadores, conciliadores, árbitros o mediadores— me voy a ocupar de aquellos en los que interviene un órgano oficialmente facultado a dar solución al conflicto, a quien se atribuye imparcialidad, objetividad, razonabilidad y competencia para imponer su decisión, y que puede hacerlo aun empleando la fuerza. Ese alguien no necesariamente, pero sí comúnmente, es un juez o un tribunal. Por eso, y porque la presentación del conflicto se desarrollará con ajuste a ciertos procedimientos, me restringiré a los casos que llamaré —a pesar de alguna impropiedad— “casos judiciales”.

Con lo anterior también queda dicho que el concepto de *caso* que he de manejar estará siempre asociado a la idea de *conflicto* (8). No importa que ese conflicto se produzca entre partes que obran en un pie de aproximada igualdad (particulares), o se trate del generado por un súbdito que se alza contra algún organismo público, o el que el Estado provoca al imputar a un ciudadano la comisión de un

(5) El título original de la obra que cito era *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Desde una segunda edición revisada (publicada en Argentina en el año 2017) figura con el título *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*.

(6) Al promediar el delicioso opúsculo que dedica a los abogados jóvenes, Carrió intenta una caracterización de los casos jurídicos asemejándolos a los problemas de ajedrez: dar el mate en cierto número de jugadas equivale a que el novel profesional logre lo que el cliente quiere o desea.

(7) Luis María Bandieri, en “Argumentación y composición de conflictos jurídicos” (Bandieri, 2004, p. 32), en “La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación”, sostiene que, en vez de decir que los conflictos “se resuelven”, sería más correcto declarar que “se componen”. Probablemente tal expresión sea más acertada técnicamente; sin embargo, prefiero recurrir a lo usual y hablar, a lo largo de este trabajo, de “solución” o “resolución” de conflictos.

(8) Con especial consideración de las propuestas de Remo Entelman, entiendo, en este contexto, que “conflicto” es una interacción social donde los actores se hallan en pugna por la satisfacción de intereses, necesidades o valores que no puede ser lograda sino por uno de los sectores antagónicos, al menos parcialmente.

ilícito, o del que se suscita cuando un grupo (un colectivo de intereses) reclama en contra de lo establecido por el sistema, etc. Lo fundamental es que se trate de un conflicto, reconocido y establecido como tal, que necesite de una solución. Consecuencia de ello, la presencia de un juez, encargado de resolverlo autoritativamente resultará connatural.

Es más: el juez (ese *tercero en discordia* como lo llama Andrés Ibáñez —2015—) no solo tendrá la potestad de decidir el conflicto, sino que también tendrá la obligación de hacerlo (9), y de hacerlo de una forma que su resolución esté razonablemente justificada, motivada o respaldada por argumentos realmente convincentes. Así ocurrirá que algunas veces deberá el juez enfrentarse con situaciones críticas, complejas y hasta dolorosas, cuya solución ha de requerir, de su parte, de un esfuerzo intelectual y de voluntad significativamente mayor.

IV. Los “casos fáciles” y los “casos difíciles”

La distinción entre “casos fáciles” y “casos difíciles” ha quedado en el centro de la sempiterna polémica entre los ideales iusnaturalistas y las concepciones positivistas, y se ha corporizado, entre otras versiones, en las encontradas posiciones de Hart y Dworkin. Para el primero, la textura abierta propia del lenguaje con que son expresadas las normas provoca perplejidad, o falta de certeza, o vacilaciones respecto de las situaciones a las que tales normas deben ser aplicadas; de ahí —entre otras causas— es que aparezcan los llamados “casos difíciles”, que son esos casos que deben ser resueltos por los jueces ejerciendo (además de otras potestades privativas) una cauta discrecionalidad. Para Dworkin —en el otro extremo—, la incertidumbre que pudiera provenir del lenguaje en que los preceptos jurídicos son expresados nunca impedirá que en el ordenamiento —integrado tanto por reglas o normas en sentido estricto, como por directrices, políticas y principios, o normas en sentido amplio— el juez encuentre siempre una única respuesta, correcta y aplicable, con lo que puede considerarse eliminado el ejercicio presuntamente admitido de la discrecionalidad. No quedan, entonces, a su entender, auténticos casos difíciles.

Esta discrepancia basal sobre la existencia de los casos difíciles y sobre cómo deberían ser resueltos, nos impone la necesidad de llevar a cabo una fina conceptualización de estas categorías.

(9) Esto, que antes era una exigencia doctrinaria o establecida en los códigos de procedimientos, en nuestro país, a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial es una obligación legalmente impuesta en el artículo 3 del mismo.

IV.1. Los casos fáciles

Un “caso fácil” es el que mejor se ajusta al concepto de “caso” antes he ensayado, aunque requiera del agregado de otros apuntes. En el “caso fácil” estamos ante un conflicto originado en ciertos hechos (en determinada situación fáctica) cuya reconstrucción es relativamente sencilla: los discursos de las partes son suficientemente claros en este aspecto y las pruebas aportadas, producidas respetando todas las garantías y libertades, resultan consecuentes y coherentes entre sí, por lo que la cadena de circunstancias que ha generado el conflicto puede ser historiada de una manera clara y suficiente a los fines de la toma de decisión. Ante ello, el juez que debe resolver el conflicto no encuentra mayores dificultades para subsumir los hechos —tal cual le han sido ofrecidos— en alguna (o algunas) de las normas que pueden encontrarse en el ordenamiento. Por su parte, esa norma —o esas varias normas, todas ellas relevantes para el caso, que precipitan en un precepto único, armado con propiedades de todas y cada una— no presenta mayores dificultades para su conocimiento e interpretación: ha quedado expresada en un lenguaje fácilmente comprensible, sin imprecisiones graves, con un sentido unívoco, y aparece claro (al menos *prima facie*) que es el precepto idealmente aplicable a los hechos tal como estos han sido reconstruidos. En resumen: un caso se considera fácil cuando, a partir de datos claros, o no discutidos, o adecuadamente probados sobre los hechos (la *quaestio facti*), es posible ponerlo en relación de manera natural, no forzada o espontánea con algún enunciado normativo suficientemente unívoco (la *quaestio iuris*), para derivar de ello una conclusión (formalmente válida y materialmente satisfactoria) que respalde una decisión (una sentencia) no controversial.

En términos de Hart: un caso es fácil cuando la relativa indeterminación del derecho (producto de aquella textura abierta del lenguaje en el que las normas son formuladas) queda superada, y los hechos de la causa resultan indudablemente incluidos en la zona central de significado (o núcleo de certeza) de los términos de la norma. Ante ello, el proceso de subsunción del caso bajo el supuesto genérico de la norma se lleva a cabo sin esfuerzos, de una manera ágil, intuitiva, natural y no sujeta a disputas. La rutina y los automatismos son —en supuestos así— moneda corriente, y la solución de los casos se reduce a un proceso mecánico, generalmente rápido y sencillo: la sentencia aparece como *racionalmente* (10) fundada.

(10) No es del caso ocuparme aquí de la diferencia entre “racionalidad” y “razonabilidad”; me basta acordar que con la primera se remite a la lógica formal y su capacidad para demostrar la verdad de un aserto; con la segunda, refiero a la lógica informal, o retórica, y a la posibilidad de usarla para convencer de la conveniencia, certeza o utilidad de algo.

Una inmensa mayoría de las cuestiones litigiosas que llegan a los tribunales civiles son de los llamados casos simples, fáciles, rutinarios, claros o típicos, es decir, se resuelven con un esfuerzo mínimo, no requieren de grandes andamiajes argumentativos y la resolución que pueda recaer no corre grandes riesgos de ser revisada (por vía recursiva o en una instancia superior, por ejemplo).

En resumen: un caso es fácil cuando el juez advierte que la previsión normativa del legislador ha encontrado algo así como “el conflicto ideal” para el que contiene una unívoca solución; o, dicho de otra manera, cuando el caso juzgado resulta un ejemplo particular y paradigmático del género de hechos establecido en la regla a aplicar.

IV.2. Cuando los casos fáciles se complican

Existe, además de las anteriores, una cantidad de causas (el hecho de que su número sea minoritario no hace que la cuestión sea desdeñable) que exigen de una actividad, estudio y preocupación mayores por parte del juez, y que, aún a pesar de tal actividad, no se llega a la solución sin antes sortear dudas razonables y perplejidades crecientes sobre los hechos que se juzgan o la normativa aplicable, y la suerte final del litigio —sobre todo en los casos más arduos— no queda exenta de objeciones, controversias y desacuerdos que se canalizan mediante recursos a tribunales revisores o críticas académicas (que no deben desconsiderarse).

Uno de los autores que con mayor precisión ha calado en el estudio de las condiciones que hacen que un caso deje de ser un caso fácil es, sin duda, el escocés Neil MacCormick. Sus tesis (expuestas fundamentalmente en *Legal Reasoning and Legal Theory*, de 1978) son, al decir de Manuel Atienza, expresadas con elegancia, sencillez y claridad, y en ellas:

MacCormick trata, en cierto modo, de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica, como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales; y que se sitúe, en definitiva, a mitad de camino —y son términos utilizados por el propio Mac-Cormick (1978, p. 265)— entre una teoría del derecho ultrarracionalista (como la de Dworkin, con su tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso) y una irracionalista (como la de Ross: las decisiones jurídicas son esencialmente arbitrarias, esto es, son un producto de la voluntad, no de la razón) (Atienza, 2005, p. 107).

Esas condiciones de agravamiento de los casos, según MacCormick, encuentran su razón de ser en distintos tipos de problemas:

- a) De interpretación del texto legal; cuando la norma —por cualquiera sea la razón: ambigüedad, vaguedad, textura abierta del lenguaje en que se la formuló, etc.— presenta varios significados posibles. De ellos, algunos podrán dejarse inmediatamente de lado (por ejemplo, porque darían lugar a un absurdo), pero no debe descartarse la posibilidad de que otros sean, a la luz de los usos naturales y corrientes, absolutamente razonables y, además, que no haya pistas para elegir a uno de tales significados en desmedro de los demás.
- b) De relevancia (o identificación de la norma aplicable); cuando aparecen justificadas dudas sobre cuál, entre varias normas *prima facie* aplicables, es la más apropiada al caso (o la que mejor satisface los estándares de calidad de la subsunción, de la ponderación, o del mecanismo que se haya preferido para determinar la regla que habrá de usarse para guiar la solución).
- c) De prueba, o de reconstrucción de los hechos relevantes del caso; cuando es ardua la recolección de evidencias, o las mismas no son claras o terminantes, o no pueden ser debidamente integradas con los discursos de las partes. Esto se agrava cuando tampoco quedan claros los estándares probatorios (es decir, aquellas exigencias mínimas para dar por acreditada, o para desechar, cierta versión de los hechos) por indefinidos, por imposibles de satisfacer, o por no ser atinentes.
- d) De calificación, o inclusión de los hechos en la hipótesis normativa. En este caso puede no haber dudas sobre la ocurrencia de ciertos hechos; en cambio, la duda reside en si esos hechos, considerados probados por medios aptos, quedan o no incluidos en el supuesto de la norma.

Es difícil escapar a la línea rectora propuesta por MacCormick; sin embargo, me atrevo a sostener que es posible encontrar otros aspectos, facetas y condiciones que podrían no quedar incluidos en el análisis del jurista escocés, a pesar de que contribuyen, claramente, a que un caso resulte un caso difícil, así como hay otras circunstancias que no aparecen puestas de manifiesto con el suficiente énfasis en su obra, y que no debieran ser postergadas.

Previo a ello, una última advertencia debe ser hecha. No es lo menos importante que aquello que transforme en difícil a un caso, al menos en principio, sea un obstáculo o una dificultad de naturaleza objetiva. Esto tiene que ver con la posibilidad de que un caso resulte difícil para alguien en particular (para cierto juez) porque —por ejemplo— afecta áreas sensibles de su historia personal; tal

circunstancia, sin embargo, escapa al concepto que antes se ha definido: el caso debe ser dificultoso para cualquiera (para cualquier juez o para cualquier autoridad) que se encuentre obligado a resolverlo. Dicho de otra manera: lo que haga trabajoso o complicado a un caso debe trascender los personales intereses del juzgador (aunque pueda comprometer su particular escala de valores).

IV.3. Los casos difíciles

Como anticipo (y, sin duda, bajo la influencia de MacCormick, pero intentando ir más allá) he de adelantar que lo que hace que un caso sea difícil (dificultad que puede presentar diversos grados) es un cúmulo de circunstancias de distinta índole que presionan, cada una a su manera, al juez en el momento en que debe dictar la sentencia que resuelva el conflicto que le ha sido planteado. Por supuesto, no todas ellas agravan un caso de la misma manera o en el mismo grado, cuestión que depende de muy diversos factores. Algunas de tales circunstancias son *circunstancias específicas del caso* (inherentes al mismo), y en este renglón agrupamos tanto a las que están referidas a los hechos como a las que provienen de las normas que podrían aplicarse.

Un segundo grupo remite a las *circunstancias que afectan el mecanismo inferencial*. Se trata de dificultades que se presentan cuando tanto la premisa normativa como la premisa fáctica han sido establecidas luego de laboriosas elucubraciones, de tomas de decisión parciales, de opciones sometidas a la prudente discrecionalidad, etc., sin lograrse una fuerte certeza sobre su sentido. A consecuencia de esto la conclusión a la que se arribe (aquella que, luego de atravesar ciertos tamices, va a convertirse en lo resolutivo de la sentencia), corre el riesgo de no quedar debidamente respaldada, no ser suficientemente sólida o no provocar la necesaria convicción.

En el último grupo se encuentran otros factores que, aunque no sean propios de aquello que se juzga, contribuyen decisivamente a complicarlo. Su consideración se hace necesaria porque ejercen una poderosa influencia en el juez (en cualquier juez, aunque ocurra en cada quien de manera diferente) a la hora de tomar su decisión y en la elaboración de su sentencia. Los llamaré —más abajo— *circunstancias genéricas, o externas al caso*, y para anticipar un ejemplo, recurriré a lo que Ross denomina la conciencia jurídica material del juez:

El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aún cuando la obediencia al derecho (la conciencia jurídica formal) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción. El juez no es un autómatas que en forma

mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como ‘correctas’, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a esta no es su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino la manifestación de los ideales, actitudes, estándares o valoraciones que hemos denominado tradición cultural. Bajo el nombre de conciencia jurídica material esa tradición vive en el espíritu del juez, y crea un motivo que puede llegar a entrar en conflicto con la conciencia jurídica formal y su reclamo de obediencia al derecho (Ross, 1974, p. 133).

Antes de acometer el análisis de tales factores y circunstancias debo dedicar algunos párrafos a otro tipo de caso.

IV.4. Cuando los casos difíciles se complican: los casos trágicos

Los casos difíciles más complicados son llamados “casos trágicos”. Manuel Atienza define los casos trágicos como aquellos en los que no es posible encontrar una solución jurídica que no implique el sacrificio de algo considerado moralmente valioso (Atienza, 2005, p. 219). En otras palabras, quien debe decidir se halla ante un dilema por el cual, cualquiera sea la decisión que tome, alguna cosa será destruida, o un bien será degradado, o alguien va a resultar gravemente afectado.

Un ejemplo (ahora desactualizado) remite a un precedente de la Suprema Corte bonaerense. Ciertos médicos —seguramente mal asesorados— indicaron a su paciente, embarazada de riesgo, que debía solicitar la autorización de un juez para llevar a cabo una práctica abortiva (11). Tal requerimiento era un claro despropósito, pero circunstancias inexplicables colocaron el pedido de esa mujer, por vía recursiva extraordinaria, ante el alto tribunal. Los magistrados, puestos a resolver —y saltando notorias deficiencias técnicas—, tuvieron ante sí dos vías: atender al recurso y “autorizar” el aborto, en cuyo caso ocurriría la muerte del *nasciturus*, o desestimarlo, al amparo de preceptos y precedentes claros y unívocos, generando así un peligro gravísimo para la salud de la madre, la vida del feto, y la seguridad de los otros hijos de la mujer. Así planteado, el conflicto no tenía una solución clara, racional o no controvertida: cualquiera fuera la decisión que se tomase, un mal

(11) SCBA; Causa Ac. 95.464; sent. del 27/6/2005. Una mujer, por sí y en representación de sus hijos (¿?) solicitó autorización para abortar por padecer miocardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular, episodios de insuficiencia cardíaca descompensada, endocarditis bacteriana, arritmia crónica, limitaciones de la capacidad funcional, obesidad y tabaquismo, todo lo que acarrearba gran peligro de morbilidad materno fetal.

(un mal en sentido objetivo, y no una mera apreciación personal de lo malo) sería provocado; eso es lo que hizo del caso un caso trágico.

En este tipo de caso ocurre una competencia no solo entre reglas de la más alta grada sino también entre los principios que defienden distintos valores. Esta competencia o conflicto, según autores como Robert Alexy, puede disolverse mediante la ponderación (12), ingenio que, bien implementado, autorizaría la elección correcta del valor a respaldar con mínimo daño del valor postergado.

Aunque discutible al entrar en detalles —y criticable en cuanto se asegure que puede ser reducida a una ecuación—, la ponderación es, sin embargo, el gran recurso al cual acudir en estos casos. El haber usado de la ponderación (o haber dicho que se ha usado la ponderación), junto con citas de Alexy y de otros autores que lo siguen, dota a la resolución de una pátina de razonabilidad que parece justificar una decisión tomada con anticipación. Subyace a esto, sin embargo, una cuestión más problemática, que no puede ser ignorada: la inconmensurabilidad de los valores.

Tal incomparabilidad se debe tanto a la dificultad de obtener una métrica capaz de mensurar cierto valor, como a la dificultad —aun mayor— de que una misma métrica sea común a varios valores diferentes. Eso corta de cuajo toda aspiración a que la decisión, en estos casos, tenga visos de racionalidad, o que puedan ser usados argumentos incontrovertibles. Sin llegar al extremo de predicar que hay un crudo decisionismo (Lariguet, 2004, pp. 317-348), sí es indudable que los argumentos que se esgriman en casos así, están destinados a revestir de razonabilidad una sentencia cuyo sentido final había sido tomado mucho antes. Entonces el juez, como nunca antes, se ve frente a sí, a sus prejuicios y su historia, interrogándose y cuestionando su plexo de valores y creencias. Y, cuando lo hace honradamente, eso no es poca cosa.

Cuando ocurre un enfrentamiento así, pocas certezas pueden sernos deparadas. Una de ellas es que la solución que se dé requiere de razonamientos basados en principios (sean estos explícitos o no, se utilice o no —verdaderamente— la ponderación). Otra es que hay que aceptar que la resolución de un caso trágico nunca será una *buena* solución; en su lugar habrá que contentarse con que sea la *menos mala*.

(12) La ponderación es un mecanismo por el cual, ante un conflicto que involucra derechos fundamentales, y teniendo especialmente en cuenta las circunstancias particulares del caso, se han de sopesar cada uno de los valores en juego para declarar cuál, en esa situación, ha de prevalecer (ver nota 23).

V. Lo que hace más difíciles a los casos difíciles

Según anticipara, ingreso ahora en el análisis de aquellos factores (circunstancias propias del caso, circunstancias referidas a la inferencia y circunstancias externas al caso) que hacen que la dificultad de un caso vaya creciendo, lo haga medianamente difícil o lo lleve a extremos sumamente problemáticos por la conjunción de varios de estos elementos. Para decirlo de otra manera: la distinción entre casos fáciles y casos difíciles no es ni palmaria ni definitiva, y admite la existencia de casos intermedios de gravedad variable. No me detengo en esta última clase —tan borrosa, por otra parte—, entendiendo que puede resumírsela advirtiendo que se trata de una acumulación de problemas ya identificados o, en todo caso, una potenciación de las complicaciones.

V.1. Circunstancias propias y específicas del caso

Este conjunto puede ser mejor esclarecido formulando una nueva distinción, bastante obvia: existen factores tanto de naturaleza fáctica como factores de naturaleza normativa (referidos a los preceptos aparentemente aplicables) que deben diferenciarse.

a) Por empezar, ningún juez (sin que importe su jerarquía, su fuero o su competencia) puede llevar adelante su tarea de juzgamiento y resolución sin tener un cabal conocimiento de los hechos que dieron origen a la causa que lo ocupa. Sin embargo, como esos sucesos han acaecido en el pasado, deben ser investigados, reconstruidos e historiados. Para ello, en primer lugar, lo ocurrido debe ser claramente relatado por quienes son los interesados; esto es, cada parte debe exponer la propia versión de los hechos considerados relevantes mediante un discurso bien hilado, consistente, económico, preciso, etc. De no ser así, se le exige al juez una tarea impropia, como es la de desentrañar (cuando no imaginar), a partir de un texto oscuro, anárquico o confuso, las circunstancias fácticas realmente esenciales para comprender la naturaleza del litigio. Se incumple así la primera parte del viejo adagio *Da mihi factum* (...), y eso es lo que hace que un caso que pudo ser simple empiece a complicarse.

Inmediatamente relacionado con lo anterior se hallan las dificultades para verificar la verdad (o la probable verdad) de lo afirmado por las partes, es decir, problemas con la distribución de las cargas probatorias, la idoneidad de los medios elegidos, la deferencia del juez en la prueba científica (13), etc. Es frecuente que

(13) La cuestión del razonamiento probatorio y sus entresijos ha tomado cuerpo en las discusiones académicas con inevitable repercusión en los estrados judiciales. Los trabajos de Michele Taruffo o Jordi Ferrer Beltrán pueden considerarse hitos en este sentido. En lo que aquí importa, rescato, sin

existan razonables dudas sobre cómo ocurrieron los hechos esenciales, y con la misma frecuencia aparecen dificultades para verificar cuál de las versiones mejor se acomoda a lo que pasó en realidad porque la prueba propuesta y producida no arroja elementos de convicción suficientes. Si lo entregado al juez por las partes (al menos en el proceso civil) no revela cómo ocurrieron aquellos hechos o, más precisamente, la concurrencia de las propiedades esenciales del caso para que este quede atrapado en la hipótesis normativa, o si solo hay un relato deshilachado e inorgánico y las pruebas aportadas a su respecto resultan inapropiadas o insuficientes, lo que pudo ser un caso claro se torna enrevesado.

Estos problemas, aunque dificultan la solución del caso, no son los más graves y es posible anticiparse a ellos. Así, el juez puede exigir a las partes que los respectivos discursos expliquen los hechos relevantes de la causa en forma clara y completa, que sea denunciado con exactitud aquello que se peticiona y el derecho en que se funda, y —dentro de ciertos límites— puede disponer la producción de las pruebas que considere indispensables para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos. Los sistemas jurídicos contemporáneos suelen ofrecer un conjunto de herramientas que permiten evitar, corregir y, en su caso, solucionar estos problemas. Los casos difíciles que tienen su origen en las imprecisiones del discurso en que los sucesos son expresados, o en la dificultad para reconstruir los hechos relevantes, con su corolario de un proceso de subsunción artificioso, resultan entonces los menos dificultosos.

b) Otros factores que, siendo propios del caso, contribuyen a dificultar su tratamiento y resolución, son de naturaleza normativa. Ahora son los preceptos que, a primera vista, debieran ser aplicados al caso, los que provocan confusiones o dudas.

Anotaremos, primeramente, a las diversas formas de imprecisión (semántica o sintáctica) que puede padecer un texto legal. Los términos-concepto que nutren a las normas jurídicas sufren (además de vaguedades y ambigüedades) de una textura abierta que impide estar siempre seguros de en cuáles casos se los debe aplicar: cada uno tiene un núcleo claro de significación, donde no surgen graves problemas para su uso, y también un campo claro de no aplicación donde el uso del término queda claramente excluido. En medio de esos sectores, aparece otro, difuso, donde el uso del vocablo se torna dudoso y donde podemos, sin violar los límites del lenguaje, incluir algunos casos y excluir otros en función de sesgos, prejuicios, circunstancias fácticas, conveniencias ideológicas, etc.

embargo, un *paper* de Marina Gascón Abellán titulado *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*.

Tales imprecisiones son obstáculos concretos que aparecen al querer identificar la norma y obstruyen la decisión de aplicarla a cierto caso, lo que empeora cuando la redacción es hermética, lastrada por términos con carga emotiva, violatoria de las reglas del idioma o plagada de presupuestos errados. Es ahora el juez quien no puede cumplir con la segunda parte del aforismo: (...) *dabo tibi ius*.

Hay más problemas con las normas: puede ocurrir que haya una sobreabundancia normativa; esto es, que exista más de una regla *prima facie* aplicable al caso, sea que se repitan (redundancia, problema menor) o que se contradigan (antinomía, lo que es mucho más grave), supuesto que acrecienta la labor interpretativa del juez, genera dudas en las partes, provoca nuevas disputas de los involucrados, etc. Por supuesto que hay reglas y principios que permiten salvar las contradicciones normativas (14); no es este, sin embargo, un remedio seguro porque muchas veces el uso de tales reglas puede suscitar nuevas dudas y las soluciones a las que se arriba, lejos de ser unívocas, resultan muchas veces contradictorias.

Más grave aún es el caso opuesto, es decir, cuando en lugar de una sobreabundancia de normas hay una ausencia de ellas (la llamada *laguna del derecho*). Ante ello, el juez se encuentra ante un problema mucho mayor: no tiene ninguna regla, norma o principio al cual acudir, por lo que no puede cumplir con su obligación de fundar todo pronunciamiento en una norma válida del ordenamiento; al mismo tiempo, resulta que existe otra regla del mismo sistema que le impide excusarse de pronunciar su sentencia (15). Está, pues, ante un auténtico dilema: o bien dicta una sentencia sin fundamento legal, en violación a, por lo menos, los principios del debido proceso, o bien declara un *non liquet*, infringiendo el principio de inexcusabilidad.

Los legisladores, sin embargo, aseguran haber conformado el orden jurídico de manera tal que ninguna conducta carezca de calificación deóntica, y advierten que, si alguna omisión se hubiera deslizado, o si los avances científicos trajeran hechos o fenómenos que no estuvieran contemplados, en el sistema podrá encontrarse alguna metodología apropiada para integrarlo, para llenar el vacío y para solucionar el conflicto. Sin embargo, no se asegura que, como ocurre con las contradicciones, las soluciones obtenidas serán univocas.

(14) Los criterios universalmente aceptados (Guarignoni, 2006, p. 165) para establecer la norma que, en caso de antinomia, será preferentemente aplicada son *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*. Hay algunos otros, como el de competencia.

(15) El artículo 16 del antiguo Código Civil de la Nación Argentina, con meridiana claridad, disponía *Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*.

Otros obstáculos (que potencian a los demás): por un lado, la indefinición de la intención del legislador, o la falta de una finalidad clara para la norma que ha dictado. Las escuelas de interpretación desde hace siglos han luchado por imponer criterios de conformidad a los cuales podría encontrarse el sentido (o los sentidos) al texto legislativo. Todas se han construido sobre la crítica a las anteriores y ninguna resulta inobjetable. Las soluciones más razonables que hoy encontramos —las tendencias consecuencialistas (16), los factores pragmáticos de interpretación (Ross, 1974, p. 140), la sistemática en sentido estricto (Ezquiaga Ganuza, 2006, p. 119), las concepciones teleológicas o las que atienden a la evolución de las instituciones y la sociedad— tampoco traen certezas y el sentido de las leyes sigue siendo, en muchos casos, un enigma para partes y doctrinarios, para abogados y jueces.

Por otro lado (un último reparo: *last, but not least*): el cuestionamiento de la validez material de un precepto que, aunque correctamente enunciado, se considere lesivo a las normas fundacionales del sistema, solicitándose la declaración de su inconstitucionalidad. Esto se coloca como un *prius* en la resolución, complicando, también por este lado, la sentencia.

En definitiva: hay circunstancias inciertas respecto de lo fáctico (y de las pruebas a su respecto) y circunstancias dudosas referidas a las normas (o asociadas con ellas): cualquiera de ellas hace que un caso sea dificultoso. Y, por supuesto, la conjunción de ambos grupos de problemas provoca problemas más graves aún.

V.2. Circunstancias referidas a la inferencia (o la subsunción)

Los problemas de lo fáctico y lo normativo llevan a otra cuestión: lo complicaciones que puede sufrir el proceso mental (inferencial) del juez para lograr que su decisión resulte acorde a la solución legal.

Una inferencia es una puesta en relación de distintos datos o juicios que nos son dados (en nuestro caso, los concernientes a hechos y normas) de manera tal que produzcan uno nuevo. Ello puede hacerse debido a una facultad de la mente humana según la cual es posible establecer conexiones causales y lógicas entre diversos hechos y, a partir de eso, derivar nuevos conocimientos.

(16) Es decir, aquellas concepciones que sostienen que la guía para la interpretación es la consideración de las consecuencias que han de seguir, más o menos causalmente, a su decisión a la luz del conjunto de valores y principios reconocidos por el grupo social. Ver el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994).

En el mundo de lo jurídico, esto se halla intrínsecamente relacionado con el llamado *silogismo judicial* (17), forma no siempre adecuada de referirse al proceso inferencial que ocurre en la mente del juez. Como se ha expresado más arriba, las circunstancias históricas del hecho generador del conflicto, reconstruidas a través del plexo probatorio, y el conjunto de normas (interpretadas hasta atribuirles determinado sentido), se constituyen en las premisas (fáctica y jurídica, respectivamente) a partir de las cuales se ha de desarrollar el razonamiento o, más específicamente, el discurso argumentativo del juez. La conclusión a la que se llegue se constituirá, inmediatamente, en una razón para resolver la cuestión de la manera que se lo haga. A tal proceso racional, en cuanto tiene que ver con la argumentación de los jueces, se lo ha denominado razonamiento subsuntivo.

La *subsunción* (18), en lo que ahora nos interesa, se ve entorpecida cuando aquellos hechos, o las reglas que podrían ser aplicables a ellos, no han sido ciertamente reconstruidos o cuando hay dudas razonables respecto del sentido atribuido a la norma interpretada. Cuanto más imprecisa sea la historia documentada en la plataforma fáctica, o cuanto mayor sea la zona de penumbra de significado de los términos de la norma, más trabajosa será la inferencia que debe hacer el juez, y aparecerán varias conclusiones (y no una única), que, además, serán tan solo probables, o superarán apenas el grado mínimo de convicción indispensable para fallar.

Por otra parte, la necesidad de construir las premisas fáctica y jurídica con un mínimo de precisión y solvencia hace que, la mayoría de las veces, se requieran argumentos adicionales, que sirvan de soporte para resguardar la verdad, la corrección o la utilidad de aquellas. Eso hace que la pretendida simpleza del razonamiento judicial quede al desnudo, al menos en estos casos, mostrando su insuficiencia. El derrotero mental del juez, en instancias como esta, sigue caminos mucho más complejos porque sus argumentos necesitan, a su vez, de otros argumentos que los asistan y que le permitan justificar las decisiones parciales que deba tomar. El discurso argumentativo se ve como un encadenamiento de razones que se enlazan unas con otras, que se apoyan mutuamente y que llevan a una

(17) Es discutible que el proceso racional del juez al momento de pronunciar su sentencia pueda equipararse a un silogismo, y más precisamente a un silogismo categórico. En contra están quienes consideran a la sentencia un discurso argumentativo abierto, propio de análisis por la lógica informal, y también quienes piensan que el juez, ante un caso, primero toma una decisión y luego busca o crea razones y argumentos que la justifiquen. Ninguna de estas posturas es decididamente convincente.

(18) "Subsumir", en general, es incluir a un objeto o concepto en la extensión o comprensión de otro, o considerar a algo como parte de un conjunto más amplio. En el contexto del derecho, equivale a declarar que un cierto hecho particular se halla contenido en una categoría más general que es, a la vez, la que recibe una determinada calificación jurídica.

conclusión que no es más que una parte del discurso mayor de la sentencia (19). Ese proceso, además de largo y complejo, puede resultar artificioso, rebuscado o poco convincente, en desmedro de la espontánea naturalidad de la que debiera estar dotada la justificación interna del pronunciamiento en un caso sencillo.

A pesar de todas esas dificultades, a pesar de que la inferencia puede no resultar ágil, natural o espontánea, y a pesar de que intuitivamente podemos advertir debilidades o imprecisiones en la subsunción, no puede perderse de vista (esto ya fue anticipado) que el juez ha de cumplir con dos exigencias sumamente importantes: por un lado, la obligación de resolver siempre el conflicto que le ha sido presentado (prohibición de *non liquet*); y, por otra parte, la exigencia de que su pronunciamiento sea *razonablemente* (20) respaldado en normas y argumentos de manera que su sentido quede justificado (21). Tales deberes, así impuestos, comprometen fuertemente a los jueces a un trabajo más arduo y complicado (múltiples tomas de decisión, valoraciones parciales de los elementos probatorios, construcción de hipótesis factibles, ejercicio de la discrecionalidad en la medida autorizada, etc.), característico del enfrentamiento con casos difíciles.

V.3. Circunstancias generales, externas al caso

He querido llamar así a las circunstancias que, ejerciendo influencia en el espíritu del juez, no siendo propias o específicas del caso, hacen al contexto que lo rodea, a los valores que subyacen a las posiciones en conflicto, a la proyección sobre él de las ideas imperantes en el grupo social, a las críticas que se anticipan respecto de las cuestiones que han de decidirse, al artificial interés en su suerte por parte de terceros (las más de las veces, sin autoridad legítima) y a las advertencias sobre los posibles sesgos o ideologías que alterarían un buen pronunciamiento. Es decir, quiero llamar así a la indefinida pero sensible presión que en mayor o en menor medida, acucia al juez, pero que, en los casos difíciles (y más, en los casos muy difíciles), se acentúa sobremanera, complicando en grado superlativo su tarea.

(19) El modelo de argumentativo de Stephen Toulmin, expuesto en *Los usos de la argumentación* (1958) y posteriormente profundizado en *Una introducción al razonamiento*, es lo más cercano a una buena, aunque simplificada, caracterización del sendero que debe recorrer el juez antes de configurar las aserciones sobre reglas y hechos sobre los que va a basar su discurso argumentativo.

(20) Ver nota 10.

(21) En el derecho procesal se habla de adecuada motivación, en algunas constituciones (como la de la provincia de Buenos Aires, artículo 171) y en diversos códigos procesales locales, se prefiere exigir que haya un fundamento en el texto expreso de la ley.

V.3.1. Las valoraciones subyacentes

En cualquier litigio cada una de las partes defiende lo que es su interés (aunque lo llame *su derecho*). Lo visible del caso es la deuda impaga, el delito acusado, la negligencia profesional, la pelea entre herederos, la pensión mal liquidada, el reconocimiento del vínculo familiar, el incumplimiento contractual, etc. Un caso es fácil cuando se resuelve sobre los intereses y valores que a simple vista son advertidos, y cuando nadie (ni las partes ni el juez) tiene la intención o considera necesario profundizar sobre otras cuestiones. O cuando, con un encogimiento de hombros, los involucrados apartan la vista de aquello que es la causa profunda del conflicto porque la juzgan nimia, lejana en la relación causal o tan excesiva para abordar, que, según sus cálculos, la relación costo beneficio arrojaría pérdidas.

Esto no debe engañarnos. Muchas veces hay una pugna de intereses y valores que se halla oculta, disimulada o soterrada y solo aparece como ominoso trasfondo del conflicto manifiesto. Hay, por ejemplo, una causa por la que un sujeto pide el cambio de su nombre (cuestión que podría ser anodina); sin embargo, a poco de investigar se topa uno con la cuestión de la transexualidad. En casos como ese, lo que parecía casi un tema administrativo, con un proceso más largo que complicado, y que bien podía confiarse a un funcionario auxiliar para que lo lleve, se convierte de pronto en un caso donde están sobre el tapete temas de orden público, que afectan a la dignidad humana, que involucran derechos fundamentales, etc. El caso, de ser trivial, pasó a ser un caso difícil (22).

Un debate sobre la prevalencia de ciertos valores por encima de otros (o sobre los principios que propugnan la realización de tales valores) puede considerarse de manera abstracta, y dar origen a discusiones académicas o disputas de café. Pero a veces tal confrontación está en la base de los hechos que deben juzgarse, y no puede resolverse sino acudiendo al análisis, apreciación y ponderación de esos valores, solo que ahora se lo hará en concreto, es decir, con específica referencia al conflicto que originó el litigio. Cuando Alexy propone su fórmula del peso (23) con la finalidad de resolver la contradicción entre dos principios *prima*

(22) Dan cuenta de ello los medulosos votos de los ministros de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires en la causa Ac. 86.197, del 21/3/2007, mucho antes de que existiera legislación al respecto.

(23) Resumidamente, tal formula sostiene que, para un cierto caso, el peso de cierto principio (1) en relación con cierto principio (2), equivale a la multiplicación de la afectación del principio (1) en concreto, por su peso en abstracto y por la certeza sobre la verdad de las premisas empíricas que se refieren a su afectación, todo ello dividido por el producto de una nueva multiplicación: la afectación del principio (2) en concreto, por su peso en abstracto y por la certeza sobre la verdad de las premisas relativas a su afectación. Este algoritmo no ha convencido a muchos autores ni es conocido por muchos jueces.

facie aplicables a un caso, se cuida de subrayar la influencia (o peso) del valor en el caso concreto, porque eso es lo que ocurre cotidianamente: a los jueces no les importa tanto captar o comprender los valores abstractos sino saber el resultado de su aplicación al asunto que deben juzgar. Y decidir entre valores es siempre una tarea ímproba.

Otro ejemplo, ahora del derecho laboral: una trabajadora es despedida invocándose por la patronal, como justa causa, sus reiteradas ausencias los días sábado de cada semana; la trabajadora aduce que, según su religión (adventista), tal día debe ser santificado y los fieles deben abstenerse durante él de actividades laborales y que ello justifica sus ausencias. Querer resolver este conflicto recurriendo solo a los preceptos del derecho laboral es notoriamente insuficiente, es quedarse con la corteza del problema y preterir lo nuclear del mismo. Lo esencial está apenas manifestado, pero, en cuanto se lo advierte, se advierte también el eje central de la controversia: es un conflicto que tiene que ver con reglas de raigambre constitucional, con principios sustantivos del sistema y con un claro enfrentamiento entre valores, y eso es sobre lo que el juez deberá, auténticamente, decidir.

Un caso se hace difícil cuando, más allá de lo fáctico o de la interpretación de las normas, el juez toma conciencia de que el sustrato de la causa que tiene la obligación de resolver, resulta un conflicto entre derechos fundamentales, entre principios reconocidos o entre reglas venerables, y que no le alcanza, para dar adecuada motivación a su pronunciamiento, la cita de alguna norma o la remisión a algún precedente jurisprudencial. En tales circunstancias, al fallar sobre el asunto, su actividad deberá incluir la estimación de los valores que, aunque disimulados, están en competencia, y preferir —con ayuda de la razonabilidad— a uno por sobre otro u otros. Esa actividad adicional hace ingresar al juez en elecciones y consideraciones que van más allá de las operaciones de reconstrucción de los hechos, de la interpretación de las normas o de la subsunción cuasi silogística. No solo exige una dedicación más considerable de su parte (lo que se traduce en más trabajo y más estudio), sino que también provoca un mayor desgaste emocional, porque se siente más expuesto al peligro de que su decisión no haya previsto todos los aspectos del problema o no conforme las expectativas de nadie.

V.3.2. La presión social

Bajo este epígrafe me ocupo de la influencia que puede ejercerse sobre el juez por parte del grupo social en general (o por un subgrupo específico: pares, colegas, consocios o cofrades) para que dirija su comportamiento en un sentido determinado y, con ello, modifique su percepción jurídica de algún caso en particular,

o su valoración de cierta prueba o, en general, sus actitudes características al juzgar (24).

No es necesario ser un sociólogo o un psicólogo social para reconocer que, si siempre ocurrió que una comunidad fuera capaz de condicionar la conducta de quienes la integran, en la actualidad, como nunca antes, tal condicionamiento se hace presente con fuerza inusitada. Multiplicadas por los medios de comunicación masivos y amplificadas en las redes sociales, las noticias son dadas con énfasis falaces, las crónicas son contadas de manera que generen la adopción de un punto de vista preconcebido, las meras suposiciones son vitoreadas como hallazgos definitivos o verdades incontrovertibles, y las concepciones políticas e ideológicas tiñen espuriamente cualquier intento de poner orden en semejante desconcierto. La fluidez, la celeridad y grado de penetración de las comunicaciones, que —en sí misma— es loable, en los hechos contribuye a la divulgación de sinsentidos, medias verdades y falsedades, mayormente por el manejo perverso de quienes son dueños, concesionarios o entenados de empresarios de los medios o resultan ser controladores de los mismos (25).

El juez es un miembro del grupo social, y como parte integrante del mismo, está sometido a las mismas presiones que cualquiera de los otros miembros. Su lugar dentro del grupo lo coloca en una posición que es a la vez de privilegio y de debilidad. De privilegio, porque tiene la posibilidad —por formación y por experiencia profesionales— de saber de las pasiones y debilidades de los hombres, enterarse de parte de los entresijos del poder, y de alterar, con sus decisiones, el destino, la fortuna o el honor de sus conciudadanos. Y de debilidad, porque es una figura pública reconocible y atacable con cierta facilidad, porque —más allá de las formas institucionalizadas de control de su actividad— sus pareceres, interpretaciones y decisiones son expuestos (mayormente, por legos) a partir de sesgos ideológicos y evidentes insolencias técnicas, y la posibilidad de defender sus ideas se halla limitada a la faz académica, generalmente despreciada por los medios de masas.

Cuando un caso —más allá de que, en sus orígenes, pueda ser considerado simple— trasciende la esfera del tribunal y ocupa las portadas de los diarios o largos minutos de tiempo televisivo, los llamados *formadores de opinión*, al expresar sus pareceres (no siempre de mala fe), hacen que sus propios y personales

(24) No me ocupo acá de las presiones que un juez en particular pudiera sufrir en virtud de alguna circunstancia privada. Ello no hace a la dificultad del caso, sino a su conducta personal.

(25) Nada de lo que digo es excesivamente original. Pierre Bourdieu denunció (*Sobre la televisión*; Bourdieu, 1997) que el universo del periodismo es un campo sometido a los constreñimientos del campo económico, y Perfecto Andrés Ibáñez apuntó a la existencia de todo un poder de información y formación de la opinión pública dotado de su propia lógica político-empresarial, sobre el que existen limitadísimas posibilidades de control por parte de la ciudadanía (Andrés Ibáñez, 2015, p. 522).

criterios resulten el inapelable estándar cuyo cumplimiento es luego exigido a los magistrados de carrera (como también a legisladores expertos o a versados doctrinarios). Y si el caso no fuera lo suficientemente atractivo, se genera a su alrededor alguna polémica que lo alce hasta hacerlo *trending topic*, a fuerza de debatir sobre concomitancias, sentidos insólitos o por la atribución, más o menos velada, de significaciones partidistas. La finalidad es casi siempre la misma: dictar una línea de pensamiento y decisión para que sea seguida por aquel que, por conocimientos y por función específica, tiene que resolver la cuestión. Los jueces ven, entonces, si no restringidas sus potestades, fuertemente sometidas a una censura generalizada que, a falta de fundamentos sólidos, será tan sobradamente ruidosa como para tornar más difícil aquello que vaya a ser su decisión.

Desgraciadamente, no en todos los casos esa presión proviene de los medios masivos; a veces se origina en el propio foro. La comunidad de magistrados, juristas y abogados también es capaz de ejercer presión sobre la actuación de un juez, anticipando —so pretexto de que sus aserciones son genéricas— opiniones sobre cómo han de probarse los hechos, cuál significado debe darse a cierta norma o cuál debiera ser el sentido final de la sentencia a dictarse. Con frecuencia los artículos doctrinarios son publicados no con un afán académico sino para influir (no muy solapadamente) en el juzgador, y aumentar la presión que ya sufría.

En definitiva, tanto los referentes del grupo social como los propios entendidos en cuestiones judiciales, conforman muchas veces un factor que convierte a una situación que presentaba algunas dificultades, en un caso polémico, dudoso o controversial, y las soluciones que se ofrecen al juez vienen preñadas de sentimientos, pasiones e intereses, de manera tal que la sentencia que se dicte correrá riesgo de transformarse en una solución solo provisoria, sujeta a vaivenes ajenos al caso. Y lo peor: el juez sentirá la frustración de que un trabajo honrado y esforzado sea visto luego como si se tratara de una mera solución de compromiso, pergeñada a las apuradas o dictada a la sombra de influencias poderosas.

V.3.3. El tiempo y las urgencias

Según es sabido, en los códigos procesales se han establecido plazos dentro de los cuales las resoluciones y sentencias deben ser dictadas; tales plazos, empero, no llegan a ser angustiantes (salvo una sobrecarga laboral muy grande) y el transcurso del tiempo no debiera resultar un elemento que dificulte la resolución de los casos. Pero existen también (sin llegar a ser excepcionales, tampoco son pocos o aislados) casos en que el factor tiempo sí resulta determinante y el fallo debe llegar antes de que cierto hecho se precipite, sea para impedirlo, para limitar sus efectos o para conjugar sus consecuencias.

En el derecho procesal civil la anticipación a la ocurrencia de ciertos hechos que frustrarían la aplicación del derecho (como que el deudor se desprenda de parte importante de su patrimonio) fue regulada a través de las medidas cautelares; la necesidad de resolver de manera expeditiva determinadas situaciones trajo el amparo; las medidas autosatisfactivas han aportado otro recurso para dar respuestas casi inmediata a cuestiones que son graves y urgentes; el reclamo de la intervención de un supremo tribunal mediante el *per saltum* (es decir, evitando las instancias previas de juzgamiento) para reducir los términos procesales y llegar raudamente a estrados donde el pronunciamiento resulte, en los hechos, irrecorrible; etc., son todas herramientas que tiene el juez para dar respuestas rápidas y eficaces a cuestiones donde el transcurso del tiempo podría tornar ilusorio el derecho de las partes.

A pesar de todo ello, el tiempo (el tiempo; no los plazos procesales) es otro factor que contribuye a dificultar la tarea del juez. Supongamos un pedido para que un tribunal supla la negativa de los padres (fundada en razones religiosas) a que su hijo menor, gravemente accidentado, reciba una transfusión sanguínea considerada de toda necesidad y urgencia por el equipo médico que lo atiende. Ante tal pretensión, la premura desplaza a las demás consideraciones: su respuesta ha de ser inmediata, con los elementos que le hayan sido entregados y confiando en su experiencia, su buena fe y su sentido común de lo jurídico como guías. Eso implica afrontar las dudas y las perplejidades que aparezcan en el derrotero de su pensamiento, combatir los propios sesgos cognitivos y valorativos que surjan, recurrir a recuerdos inciertos de pronunciamientos similares o de artículos doctrinarios donde se analizaban situaciones análogas, etc., todo en un corto y angustiante lapso. Tal cosa significa no solo un trabajo mental sumamente dificultoso y sin certezas, sino también el temor a caer en el error insubsanable.

El tiempo (paradigma de lo indetenible, para los metafísicos; cuestión de plazos y vencimientos, prestablecidos y fatales, para los operadores del derecho) hace las cosas más difíciles para un juez cuando sabe que no hay oportunidad para recursos y revisiones de su pronunciamiento, porque es cuando toma conciencia que su decisión, tomada en solitario, se ha de convertir, en definitiva.

V.3.4. La insatisfacción

El carácter terrible del poder que, según Montesquieu, tienen los jueces, y su natural arrogancia (Andrés Ibáñez, 2015, p. 346) (26), solo pueden ser mitigados

(26) Según DRAE, “arrogante” no solo significa “altanero” o “soberbio”, sino también “valiente”, “alentado”, “brioso”, “gallardo” o “airoso”, sentidos que afeblecen la carga peyorativa que tienen los primeros.

por la asunción de su parte de una específica deontología profesional que tiene que ver no solo con su independencia institucional sino, y principalmente, con la independencia moral y cultural, que los ha de llevar a pasar sus decisiones por el tamiz de otros valores, tales como la libertad y la justicia. La honestidad intelectual, la genuina autocrítica, la prudencia ante la posibilidad de usar la discrecionalidad, la conciencia del peligro de caer en el error, la renuncia a las especulaciones, al exhibicionismo o al discurso fatuo, etc. (27), forman parte del arsenal de máximas de buen comportamiento por las que deben guiarse los hombres y mujeres que ejercen la magistratura.

A tales jueces no les es extraño tener ante sí una causa donde la reconstrucción de los hechos es relativamente precisa, donde las normas aplicables al caso son claras y unívocas, donde el proceso argumental no resulta ficticio, ni rebuscado o artificioso, donde no hay dificultades en la expresión y donde el resultado al que debieran arribar es formalmente inobjetable. A tales jueces tampoco les es extraño que la solución así lograda les resulte, sin embargo, materialmente inadmisibile. Y ello porque, como dice Zagrebelsky, la justicia no es solo cuestión de códigos y de procedimientos; es también, antes y, sobre todo, cuestión de *ethos* de los jueces (28).

Más arriba transcribí un párrafo donde Alf Ross refiere la tensión que existe, en la conciencia del juez, entre el acatamiento a la legalidad que le ha sido inculcado y la influencia que sobre él ejercen los ideales, las actitudes, los estándares y las valoraciones de la sociedad a la que pertenece y con la que se identifica. Pues bien: así ocurre que quien debe aplicar la solución normativamente prevista a un caso que le ha sido presentado, encuentra que tal solución no lo satisface; es más, siente que tampoco podría conformar a las partes o a la comunidad. Y lo que parecía un caso sencillo, claro o fácil, se torna un caso difícil.

Probablemente este sea el factor más difuso de todos los que concurren para hacer dificultoso a un caso. Tal vez sea el más *subjetivo* de todos, porque depende, indudablemente, de la sensibilidad de cada juez, del momento vital por el que esté atravesando, de sus experiencias y sus vivencias. Tal vez tenga que ver con una conciencia innata, como quería Kant, con el místico *espíritu del pueblo* de Savigny, con *logos* de lo razonable de Recasens, con la dichosa rectificación del justo legal de Aristóteles, o simplemente con una sensación tan indefinible como innegable de que actuando de cierta manera se está haciendo lo correcto.

(27) Al respecto, el prólogo de Luigi Ferrajoli a la obra de P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, es mucho más elocuente y preciso.

(28) Citado por Andrés Ibáñez (2015, p. 345).

Los ejemplos de jueces insatisfechos abundan. Optaré por uno (29), tal vez no tan llamativo y sin dudas antiguo, pero ilustrativo en sí y por sus consecuencias.

En la provincia de Buenos Aires, tanto en su Constitución como en sus Códigos procesales, se regula el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley: puede acudirse a la Suprema Corte provincial en grado de apelación solamente denunciando que en la sentencia atacada ha ocurrido una errónea interpretación y aplicación de la ley o de la doctrina legal. Se trata de cláusulas sumamente conocidas, pertenecientes a la tradición francesa, y con ellas se pretende que la potestad jurisdiccional del alto tribunal se reduce al examen de las cuestiones de derecho contenidas en el pronunciamiento de alguna instancia inferior, teniendo vedada la valoración de la prueba y la consideración de los hechos.

La Corte provincial comenzó a funcionar en 1875. Muy poco después —en 1877— ya se dictó una sentencia (30) donde se aseguraba (sorteando el valladar legal) que la forma en que se había apreciado la prueba por el tribunal de grado nada tenía de caprichosa o arbitraria. Y luego, en 1889, se dictó otro pronunciamiento (31) en el que, desoyéndose el dictamen del Procurador General según el cual la Corte carecía de jurisdicción para apreciar los hechos, se anticipó que procede el recurso extraordinario si la valoración de esos hechos afecta el cumplimiento de la ley. Un siglo después ya era moneda corriente alegar ante la Suprema Corte que en la sentencia recurrida se había caído en absurdo en la apreciación de la prueba.

¿Qué ocurrió en el espíritu de aquellos jueces (cuyos nombres se han conservado) y en el de los que vinieron después? Tenían ante sí una terminante normativa aplicable; sin embargo, sus sentencias se apartaban de la letra de la ley porque, evidentemente, advertían que, de seguirla, cometerían una injusticia.

La administración de justicia no es la resultante del conocimiento de los hechos y las normas, ni la sujeción estricta a una derivación lógico formal desde ciertas premisas para advenir a una conclusión que será la sentencia. Tanto Ross (1974, p. 134) como Nino (1980, p. 296) concuerdan en que no solo el conocimiento del texto normativo es relevante, sino que también lo son las circunstancias de orden

(29) Por un momento pensé en exponer el caso *Serena*, resumiendo los apuntes con los que glosa su revisión Zagrebelsky. Una de las razones que me detuvo fue que en nuestro país hay casos bastante similares, que han provocado arduas discusiones y que no están aún resueltos, y no quiero caer en lo que he criticado.

(30) Causa CCCVIII, del 11/10/1877; Ac. y Sent., Tomo II, Serie 1º; p. 16, suscripta por los integrantes originarios de la SCBA.

(31) Causa CXVII, del 16/1/1889; Ac. y Sent., Tercera Serie, Tomo III, p. 401. Jueces firmantes: Sáenz, Varela, Capdevilla, Urdapilleta y French.

político, social, económico, etc., que rodearon a su sanción. Y, además, en que en la mente del juzgador ocurre una competencia entre el arraigado deber de decidir aplicando estrictamente la ley y el de resolver apartándose de ella lo suficiente como para llegar a una solución valorativamente aceptable. Se trata (la analogía es de Ross) de un paralelogramo de fuerzas, donde los vectores en tensión son el deber del juez (su conciencia jurídica formal) y su deseo de actuar correctamente (su conciencia jurídica material). El primer vector es el notorio, el que generalmente se advierte y que debe ser pronunciado; el segundo es silencioso pero ineludible. Es el que, aún relegado, está siempre presente.

El grado al que pueda llegar tal tensión muestra a las claras las dificultades que un juez debe afrontar cuando está insatisfecho por el resultado que ve por delante, cuando está frustrado por su propia incapacidad para hallar otras respuestas, o cuando un torbellino de circunstancias de todo tipo lo avasallan e interpelan a su propio bagaje de valores. Dictar una sentencia contra las propias convicciones es de las dificultades más graves que pueda acarrear un caso.

VI. Algunas conclusiones

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles (incluyendo también a ese *tertium genus*, que son los casos trágicos) es una exteriorización de otras cuestiones iusfilosóficas: la que tiene que ver con el reconocimiento de los principios, en tanto mandatos para que algo considerado valioso sea llevado a cabo en la mayor medida posible (Alexy, 1988, p. 143), como un tipo particular de norma jurídica (Bobbio, 1987, p. 239); la referida —ya en el terreno de la metaética— a la objetividad de los valores y la posibilidad de hallar siempre una única respuesta correcta para cualquiera sea la cuestión que se presente (Dworkin, 1993, p. 146); la de si es consistente con los ideales republicanos y democráticos la postura según la cual los jueces pueden crear derecho, etc.

La intención de estas líneas no llega a tales alturas: se ha pretendido mostrar que, aceptando la diferenciación, existe una gran cantidad de circunstancias a las que los jueces deben enfrentarse y que exigen de ellos una dedicación y un esfuerzo mayores. Algunos de esos factores tienen que ver con lo que últimamente se conoce como justificación interna de las decisiones judiciales (como caso claro de ello, los problemas de inferencia o subsunción), mientras que otros tienen que ver con la justificación externa (es decir, con las dificultades para diseñar las premisas, sea fáctica o normativa, de manera de darles credibilidad, aceptación y utilidad).

Sucintamente, los casos fáciles pueden resolverse, por parte de un magistrado experto, de forma casi automática y poco menos que inconsciente. El proceso mental que lo lleva a la resolución es sencillo, debido a que los elementos necesarios

para conformar el razonamiento pueden ser obtenidos sin mayores esfuerzos (el discurso sobre los hechos es inteligible, la evidencia aportada al respecto es determinante y las reglas a aplicar son claras). Hay certeza, hay tranquilidad, hay determinación y hay rapidez en la actividad del juez.

Los casos se hacen dificultosos por una acumulación de factores, con distintos pesos propios, pero todos ellos con algún grado de incidencia: la oscuridad en que los hechos fueron expuestos y las imprecisiones del lenguaje en que las normas han sido creadas, los inconvenientes (a veces, la imposibilidad) de reconstruir acabadamente los sucesos que deben ser juzgados, los obstáculos y complicaciones que surgen en el proceso inferencial, son otros tantos agentes de perturbación de la labor judicial. A ellos se agregan —y en esto he querido poner el acento— otros factores que, sin ser propios del caso que se resuelve, están sin duda presentes en la mente del juez, y pesan sobre él. A veces un caso no es tan difícil por sus dificultades congénitas como por la intromisión en su juzgamiento de cuestiones no estrictamente jurídicas (aunque sí sean cuestiones sociales, culturales o políticas). A veces un caso no es tan difícil como son difíciles las circunstancias externas bajo las cuales debe ser considerado y resuelto.

VII. Bibliografía

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Andrés Ibáñez, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*. Madrid: Editorial Trotta S.A.

Alexy, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. *Revista Doxa*, año 1988, N° 5 (p. 143). Recuperado de <https://doxa.ua.es/issue/view/1988-n5> [Fecha de consulta: 09/03/2021].

Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Atienza, M. (1997). *Los límites de la interpretación constitucional*. *Rev. Isonomía*, N° 6. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-lmites-de-la-interpretacin-constitucional-de-nuevo-sobre-los-casos-trgicos-0/> [Fecha de consulta: 09/03/2021].

Carrió, G. (1987). *Cómo estudiar y argumentar un caso (Consejos elementales para abogados jóvenes)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Carrió, G. (1986). *Sobre los límites del lenguaje normativo* (en *Notas sobre derecho y lenguaje*) 3ª Edición aumentada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*. Barcelona-México-Buenos Aires: traducción por Editorial Ariel S.A.

Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2006). *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Guarignoni, R. V. (2006). *Derecho, lenguaje y lógica. Ensayos de filosofía del derecho*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.

Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hart, H. L. A. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*, Penélope Bulloch y Joseph Raz, editores. México: UNAM. Estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán.

Hart, H. L. A. (1962). *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Ed. Depalma. Traducción y nota preliminar de Genaro Carrió.

Largiguet, G. (2004). *Conflictos trágicos y derechos. Posibles desafíos*. *Revista Doxa*, Nro.27. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10039/1/Doxa_27_11.pdf [Fecha de consulta: 09/03/2021].

Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

Puy Muñoz, F. y Portela, J. G. (2004). *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*. España: Universidad de Santiago de Compostela.

Ross, A. (1974). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. Traducción de Genaro Carrió.

Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta. Traducción de Marina Gascón.

Fecha de recepción: 28-03-2021

Fecha de aceptación: 16-08-2021