

LA SENTENCIA:

Una mirada actual

"Cuando reúno los argumentos para una causa, para una defensa, no los cuento, los peso" -Cicerón-

Sumario: I. Presentación del tema. II. La sentencia: concepto actual. III. La estructura de la sentencia: la búsqueda del "espíritu de la ley", los argumentos laterales, el "diálogo de fuentes" y los paradigmas de resolución. IV. Cierre.

Síntesis:

La propia actividad de sentenciar no se ha mantenido estática en las últimas décadas, sino que ha exigido al juez el ejercicio de incorporar otro modo de pensar el Derecho. Nos aventuramos a decir que, de algún modo, estamos asistiendo a una refundación de la sentencia.

I. Presentación:

A modo de introducción, y para iniciar de un modo ameno el tema de esa actividad jurisdiccional que es el dictado de la sentencia, traemos a cuento lo ocurrido en una audiencia de régimen de visitas, en la que los padres de niños menores de edad comenzaron a discutir acaloradamente ante el juez que los había citado para arribar a un acuerdo. La madre había ensayado todas las formas posibles de obstaculizar la comunicación de los hijos con su padre (a través de excusas de enfermedad, ausentándose del hogar con sus hijos en el horario que el padre debía pasar a retirarlos, con denuncias penales gravísimas, presentación de escritos que dilataban la decisión, pedido de pericias socio-ambientales, psicológicas, informes a la escuela, etc.). En fin, no había ahorrado esfuerzos para impedir el régimen de visitas que ya se había fijado.

En esa audiencia, en que se mostraba que no había ninguna posibilidad de acuerdo sustentable, el juez detuvo la acalorada discusión y preguntó:

Señora: ¿Sabe usted en qué consiste un juicio?

Ante el silencio de la madre, prosiguió: "En convencer al juez de que se tiene la razón... Empiece a trabajar en esto, señora".

La anécdota prosiguió con un pedido de la parte a pasar a un cuarto intermedio para hablar con su abogado (literalmente, quince minutos), tras lo cual acordaron el régimen de visitas. Trascendiendo el caso, el episodio se consagró entre nosotros como un llamado de atención a no desviar las energías que las partes y los abogados deben desplegar a la hora de litigar. Entendemos que en cada pleito es preciso enfocar, una y otra vez en esto: el abogado tiene que convencer al juez de su razón y lo debe hacer sin desgastar su energía en enardecer inútilmente la discusión con el litigante contrario, sin entorpecer el proceso y evitando hacerlo transitar por un laberinto tortuoso sin hilo de Ariadna que oriente a salir de él (*).

Para ello, no sólo será necesario un buen planteo, claro, conciso y simple y ofrecer la prueba conducente, sino también demostrar -durante todo el proceso- su interés en el pleito y la diligencia en su trámite. Vendrá, después, el turno del juez, para que dicte la sentencia ajustada a Derecho. De ella nos ocuparemos seguidamente.

II.- La sentencia: concepto actual.

Calamandrei, decía que la sentencia no es el producto sistemático de la aplicación de las leyes a los hechos, sino la resultante psicológica de tres fuerzas en

juego (actor-demandado-juez), dos de las cuales, al tratar de arrastrar cada una en su propia dirección a la tercera, despliegan entre sí una competición reñida que no es sólo de buenas razones sino también de habilidad técnica para hacerlas valer (1).

Se ha definido a la sentencia como el modo normal de extinción del proceso, es decir, la resolución judicial que resuelve el fondo de la relación jurídica sustancial controvertida, admitiendo o rechazando la pretensión, o la que, aún sin emitir pronunciamiento sobre el mérito de la pretensión, pone fin al proceso. Para Couture, la sentencia es una operación de carácter crítico. El juez elige entre la tesis del actor y la del demandado (o eventualmente una tercera) la solución que le parece ajustada a Derecho y a la justicia. Esa labor se desenvuelve a través de un proceso intelectual cuyas etapas pueden irse aislando separadamente y al que la doctrina llama formación o génesis lógica de la sentencia (2).

Sabemos que en su marco, el juez ejercita el brocárdico *iura novit curia* ("el juez conoce el Derecho"), el que se traduce en la libertad con que cuenta para subsumir los hechos alegados y probados por las partes dentro de las previsiones normativas que rigen el caso. Es un deber del juzgador que le permite suplir el derecho silenciado por las partes y expresión del principio de su autoridad, siendo evidente la conexión entre este principio y el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, pues ese deber de realizar el encuadre normativo correcto del tema a decidir, obliga al juez a fiscalizar, aún de oficio, la preeminencia del texto constitucional y a desechar cualquier invocación de parte que resultara incompatible con su contenido (3).

Este enfoque tiene, hoy, una especial actualidad en materia civil ante la inminente reforma al Código Civil, cuyo hilo conductor muestra a las claras la constitucionalización del Derecho Privado, obligando a una lectura de los textos legales a la luz, precisamente, de los constitucionales. A modo de ejemplo, al aludir el Proyecto

a la suspensión del dictado de la sentencia civil cuando la acción penal la precede o es intentada durante su curso, contempla como excepción el supuesto de que mediara una dilación del procedimiento penal que provocara, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado (art. 1775, inc. b), incorporando evidentemente, la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en señeros fallos (4) y como lógica consecuencia de la interpretación del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, que tiene rango constitucional.

Quienes llevamos algunas décadas en el quehacer del Derecho, hemos advertido el cambio en el enfoque a la hora de resolver una causa. Probablemente, la tradición puramente legalista fuera consecuencia de la historia política argentina y sus intervalos de gobiernos que dictaron legislaciones de facto, con una Constitución Nacional reservada como reliquia de otros tiempos. Pero esta misma Carta Magna, con su Reforma Constitucional del año 1994, recobró protagonismo y sentó, visionaria, las bases para el dictado de leyes que hoy nos regulan, a modo de ejemplo, en materia de Consumidores, de Derecho Ambiental, Acciones Colectivas, como así también, cobra hoy presencia en las normas destinadas a la protección de la vivienda y su régimen de afectación en el actual Proyecto de Reforma al Código Civil, destinadas -sin lugar a dudas- a la clase media de nuestro país.

Y esta realidad exige un cambio a los operadores: la necesidad de repensar los paradigmas de resolución, de buscar el espíritu de la ley, de no descuidar la mirada constitucional en la solución de los pleitos.

III. La estructura de la sentencia: la búsqueda del "espíritu de la ley", los argumentos laterales, el "diálogo de fuentes" y los paradigmas de resolución.

Sabemos que al dictar la sentencia, el juez debe argumentar y fundar su resolución. Daremos, aquí, algunas pinceladas o aportes para pensar sobre el tema.

El primer lugar, hemos visto que en muchas ocasiones el magistrado debe buscar el "espíritu de la ley", dado que su letra no es suficiente. Sobre el tema se ha dicho que el espíritu de la ley no es lo que ella "dice" sino lo que "quiere decir" y en tanto la interpretación literal apunta a la "forma", la alusión al "espíritu" se dirige a la "función", la que lleva a la investigación del contexto de referencia. Este contexto puede ser el que rodeó al legislador en el momento de pronunciar las "palabras de la ley" o el existente en el momento de su aplicación, distinción que cobra importancia cuando ambos momentos se encuentran significativamente separados en el tiempo. Los denominados método histórico y método teleológico, de diferentes tiempos de aparición en la evolución de la doctrina de la interpretación, reflejan estos dos contextos posibles, en la búsqueda de la "voluntad" histórica del legislador o de su "intención" finalista (5).

La preocupación por el verdadero espíritu de la ley ha hecho al Supremo Tribunal Nacional decir, que: "La interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma(6).

Y no creamos que estas cuestiones se dan en supuestos extraordinarios. Hemos tenido ocasión de comentar, sobre el tema, un fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial, en el que se hizo aplicación del espíritu de la ley para resolver la base regulatoria de honorarios profesionales en un incidente de revisión en el que la pretensión prosperó parcialmente (7).

En segundo término, hemos considerado de interés traer para aquí, la sistematización hecha de los argumentos laterales.

Tenemos aprendido que pensar bien requiere explorar a fondo las virtualidades de nuestro punto de vista, recibir objeciones duras y mirar las cosas desde la perspectiva que nos proponen los demás. Asimismo, que toda persona que se interese en la verdad y en la corrección normativa tiene un motivo para intentar convertirse en un argumentador sólido y leal (8). ¿Quién, sino el juez, se enfrenta cada día con ese desafío de argumentar?

En esa tarea a la que se enfrenta en sentencia, el magistrado cuenta con una paleta de argumentos laterales que Peyrano ha sabido resumir en tres: 1) la argumentación conjetural o “hipotética, 2) el *obiter dicta* y 3) el argumento “a mayor abundamiento”.

El argumento “conjetural” o de “consolación” se genera, específicamente, cuando el magistrado examina cuestiones improponibles, extemporáneamente planteadas o manifiestamente improcedentes como si no adolecieran de dichas falencias y pese a que por ello podría eximirse de analizarlas. En la especie, los jueces actúan como si estuvieran desarrollando una “hipótesis de trabajo” aunque, ciertamente con plena conciencia de que el argumento en cuestión debería ser desestimado aún en el supuesto de que hubiera sido hecho valer en tiempo o fuera proponible. Es por eso que se dice que tan sólo viene a “consolar” al justiciable, haciéndole saber que, de cualquier manera, tal o cual argumento no hubiera sido, en definitiva, atendido; aportando al efecto las razones sustanciales pertinentes y demostrando con ello, que los jueces de hoy “no son los de ayer, porque se interesan por ver más lejos y mejor, apartándose, cada vez más netamente, del viejo y equivocado dogma conforme el cual “lo que no está en el expediente y no forma parte de la *litis*, no está en el mundo” (9).

El argumento lateral del *obiter dicta*, es decir, del "dicho al paso", es una expresión de la función docente que pueden asumir las sentencias judiciales. En el caso, el magistrado aprovecha la oportunidad que le presenta la dilucidación del litigio para sentar su opinión -casi académica- en una materia desvinculada de aquél (10).

El de *mayor abundamiento*, en tanto, se produce cuando el magistrado ya ha abastecido suficientemente su deber de fundamentar y, no obstante ello, agrega -a título complementario- una nueva razón de ser de la posición adoptada, pero que guarda una relación más bien remota con el tema litigioso central (11).

En tercer término, es preciso dedicar un párrafo al diálogo de fuentes que se da a la hora de dictar sentencia.

Las fuentes del Derecho son los criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo" (12). La actividad del jurista es tomar decisiones, es decir, sea un legislador, un juez o un investigador, su tarea consiste en identificar los problemas y aportar las soluciones. Desde este punto de vista las fuentes "son criterios a los que se recurre en el proceso de creación normativo en búsqueda de la objetividad" (13).

Señala Lorenzetti que la tarea del jurista respecto de las fuentes es encontrar los criterios de autoridad y de razonabilidad para fundar la decisión.

-El criterio de autoridad es el primero en la aplicación, porque se funda en la jerarquía que el propio ordenamiento jurídico establece (validez formal).

- La razonabilidad se basa en la identificación de los argumentos convincentes conforme a criterios legitimados jurídicamente (validez material).

El jurista realiza esta tarea, en la actualidad, con pluralidad de fuentes que se superponen y hasta se contradicen. Es lo que ocurre cuando hay dos leyes que regulan el

mismo supuesto de hecho y a su vez hay un reglamento, una costumbre y una norma constitucional, con lo cual la decisión tiene que "armar un rompecabezas". En estos casos son insuficientes las reglas de la antinomia (aplicar la norma jerárquicamente superior, o la especial sobre la general o la temporalmente prioritaria). Esta situación determinó que se hablara de diálogo de fuentes (14), lo que da lugar a la complementariedad y no a la antinomia.

Este diálogo de fuentes tiene especial actualidad, pues está presente en el Proyecto de Código Civil que, a la fecha de este trabajo, se encuentra en tratamiento legislativo.

Por último, no podemos pasar por alto la necesidad de dedicar, al menos un párrafo, al tema de los paradigmas de la decisión judicial, que viene concitando el interés de la doctrina y del que se han ocupado las Jornadas y Congresos de las distintas especialidades del Derecho.

Se ha denominado con ese nombre a los modelos decisorios que tienen un status anterior a la regla y condicionan las decisiones, dando preeminencia al contexto por sobre la norma. El procedimiento habitual es subsumir un término legal en una idea previa que le da sentido, y que no es el ordenamiento, sino el modelo de decisión adoptado por el intérprete de antemano.

Se ha identificado, de modo no exhaustivo, los siguientes paradigmas: el acceso a los bienes jurídicos primarios, el protectorio, el colectivo, el consecuencialista y el Estado de Derecho. Cada uno de ellos plantea objetivos a lograr: proteger a los débiles (paradigma protectorio), a los excluidos (paradigma del acceso), a los bienes colectivos (paradigma colectivo), organizar la sociedad (consecuencialista), hacer respetar los procedimientos antes que obtener los fines de cualquier modo (paradigma del Estado de Derecho).

Enseña Lorenzetti que los tres primeros se inclinan por la intervención con fines paternalistas, prefiriendo los resultados antes que los medios, y entran en tensión con los otros dos que se orientan hacia la no intervención y la preferencia de las formas antes que los resultados, ya que refuerzan los procedimientos, en la creencia de que los resultados vendrán como derivación de su respeto. Asimismo, que quien realiza un juicio de armonización en casos en que hay paradigmas competitivos utiliza las siguientes guías:

-No sustituye las decisiones de las mayorías por sus propias convicciones, sino que trata de reforzar los procedimientos para que éstas se expresen (posición procedimental).

- Identifica los consensos básicos de la sociedad para que la vida en común sea posible, trata de armonizar los diferentes paradigmas competitivos, examinando los beneficios y perjuicios de cada uno de ellos.

- Es consciente de que existen principios y valores en tensión, pero que hay un "metavalor", que es el pluralismo de valores. El juez debería utilizar como argumentos básicos las razones que se darían recíprocamente dos personas que dialogan para ponerse de acuerdo y buscan elementos de consenso, siempre que exista una situación igualitaria, libre de coacciones, e igual capacidad (15).

IV. Cierre

La propia actividad de sentenciar no se ha mantenido estática en las últimas décadas, sino que ha exigido al juez el ejercicio de incorporar otro modo de pensar el Derecho. Nos aventuramos a decir que, de algún modo, estamos asistiendo a una refundación de la sentencia.

.....

Citas bibliográficas

(*) Cuenta la mitología que el Minotauro era un muchacho con cabeza de toro, nacido de la unión de Pasifae y un toro, que atacaba a la gente por las calles y era una constante acusación del desliz tenido por la esposa de Minos, rey de Creta y que fue Teseo quien aceptó el desafío de meterse en el laberinto en el que estaba el Minotauro para darle muerte. Para ello encontró como aliada a la propia hija de Minos, Ariadna, quien le entregó un ovillo de lana, de modo que amarró un cabo a la entrada del laberinto y mientras penetraba en él hacía rodar el hilo del ovillo, de manera que de vuelta encontrase el camino siguiéndolo simplemente. Ese es el famoso y proverbial hilo de Ariadna.

1. Calamandrei, Piero, *Derecho Procesal Civil*, t.III, *Estudios sobre el proceso civil*, p.262; citado por Falcón Enrique, op.cit, pág 536.

2. Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1951, pág. 183; citado por Falcón, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo III, Rubinzal-Culzoni, ed. 2013, pág.536.

3. Peyrano, Jorge Walter, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, Análisis exegético. Jurisprudencia. Legislación. Doctrina, Rosario, ed. Juris, tomo 1, pág.645.

4. CSJN, "Ataka c/González", en LL 154-85, luego reafirmado por la Corte en Fallos 373:747 y ratificado en "Zacarías" (Fallos 321:1124). Se ha considerado que la dilación indefinida o la demora injustificada del proceso penal agravia la garantía constitucional del derecho de defensa al producir denegación de justicia, razón por la cual el juez civil se encuentra habilitado para dictar sentencia sin esperar pronunciamiento penal.

5. Russo-Moguillanes Mendía-Mas, *La Lengua del Derecho*, ed. Estudio, Bs.As., 2009, pág.182. Los autores remiten en nota a la evolución de los métodos de interpretación en

L.A. Warat, *De la letra de la ley a la retórica*, en L.A.Warat y E.A.Russo, *Interpretación de la ley-Poder de las significaciones y significaciones del poder*, pág. 41 y stes.

6. CSJN, en LL 1987-A-83; L.L. 1995-A-190.

7. Fernández Balbis, Amalia, "Una sólida argumentación a la hora de regular honorarios", en Diario La Ley, 17/3/14, pág. 10, *in re*: "Sidi, León Oscar s/quiebra s/Incidente de revisión, C.NCom, Sala F.31/10/13.

8. Da Silveyra, Pablo, *Cómo ganar discusiones. Una introducción a la teoría de la argumentación*, ed.Laurus, Bs.As. 2005, pág.253.

9. Peyrano, Jorge W, *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, Juris, 2003, tomo 2, pág 36..

10. Peyrano, Jorge W, *Procedimiento Civil y Comercial 2, Conflictos procesales*, Rosario, Ed.Juris, pág.35.

11. Ibidem, nota 10, pág.34.

12. Cueto Rúa, Julio, *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Bs.As. reimp.1982, pág.32.

13. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe., 2006, pág. 78.

14. Lima Marques, Cláudia, *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas*, inédito. Citado por Lorenzetti, op.cit.ibidem 13, pág.79.

15. Lorenzetti, op.cit., págs. 459/460.