

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN DINÁMICA EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

por ARMANDO S. ANDRUET (h)

SUMARIO: I. Introducción. II. Principio de cooperación dinámica (PCD). III. Subprincipios de construcción cooperativa (sPCC). IV. Acerca de lo no dicho. Otras reglas.

I. Introducción

En algunos trabajos anteriores nos hemos ocupado de hacer un desarrollo particular acerca de las reglas de la argumentación jurídica en general¹, fundamentalmente elaborando las conclusiones alcanzadas a la luz de la influencia que nos había generado en particular la lectura de P. Grice². También corresponde memorar que en realidad lo que nos ocupó en tal momento fue el construir una suerte de traslación, hasta donde resultaba posible, de las tesis que la lingüística conversacional habían elaborado al ámbito de lo judicial forense.

Al correr los años de ello, es una verdad indiscutible que se advierte que algunas de las conclusiones allí asentadas resultan susceptibles de ser reemplazadas por otras visiones más acordes al fenómeno jurídico argumentativo forense en *stricto sensu*³; además, como no podía ser

¹ Por todos indicamos ANDRUET, A., *Teoría general de la argumentación forense*, Alveroni, Córdoba, 2001, ps. 121-134.

² GRICE, P., *Logic and conversation*, en *Syntax and semantics speech acts*, Academic Press, New York, 1975.

³ Ello nos llevó a realizar un extenso ensayo y que parcialmente ahora aprovechamos con algunos nuevos aditamentos, sobre un eje integrador diferente al anterior de las mencionadas reglas de la argumentación. Dicho estudio puede ser consultado en *Integración de las reglas de la argumentación y su aplicación en la jurisprudencia*, en *Alfredo Fraguero (in memoriam)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007, p. 39.

de otra manera, nosotros mismos hemos aprendido de la experiencia práctica algunas cuestiones en las que corresponde hacer alguna variación, generadas ellas particularmente desde la mirada y necesidad de un auditorio como es el de los abogados litigantes que, en rigor de verdad y por casi pura definición profesional, no disponen de mayor tiempo para elaborar doctrinas acerca de estos temas, sino que prefieren derechamente ser tomadores de ellas o al menos de alguna parte de las mismas en tanto les resulten favorables para sus propios intereses profesionales.

Obviamente, como el lector advertirá, subyace metodológicamente en todo el estudio una mirada del mundo profesional no altruista sino reducida muchas veces sólo a una lucha argumental por el triunfo; convirtiéndose por ello el nudo del proceso judicial en un espectáculo erístico⁴, en donde cada uno de los contendientes mediante procedimientos reglados pugna por conseguir la razón del juez, sea ello por los caminos argumentales lícitos como también ilícitos⁵. Y en verdad

⁴ En cierta manera la litis judicializada tiene una sinonimia con el conocido espectáculo político que en realidad se emplaza para manipular a los espectadores políticos. En el terreno de lo judicial, el espectador se conoce como árbitro y su rol es activo, por oposición al otro que es notablemente más pasivo. El espectáculo político requiere de una acción política que pueda ser canalizada generalmente por los medios de comunicación social (vide EDELMAN, M., *La construcción del espectáculo político*, Manantial, Buenos Aires, 2002, ps. 138 y ss). En rigor la oratoria política actual no es para reflexionar sobre acciones que emprender, sino una oratoria para obtener un consenso social y político sobre decisiones ya previamente tomadas (vide LÓPEZ EIRE, A. y GUERVÓS, J., *Política y comunicación política*, Cátedra, Madrid, 2000, p. 21). El espectáculo judicial precisa de buenos argumentos y de adecuada estrategia profesional para resultar exitoso, desgraciadamente algunos indignamente también creen que se trata de un debate mediático.

⁵ Reconocemos la gravedad de la afirmación. Hacemos nuestra la consideración del ilustre Arthur Schopenhauer, cuando preguntándose por ello responde sin dudar, en la misma maldad del género humano, indica que "Si no fuese así, si fuésemos honestos por naturaleza, intentaríamos simplemente que la verdad saliese a la luz en todo debate...", luego de explicar las razones de ello apunta: "Esto ocasiona que, por regla general, quien discute no luce por amor de la verdad, sino por su tesis como *pro ara et focus* (por el altar y el hogar) y *por fas o por nefas* puesto que como ya se ha mostrado, no puede hacerlo de otro modo" (SCHOPENHAUER, A., *Dialéctica erística o el arte de tener razón, expuesta en 38 estratagemas*, Trotta, Madrid, 2000, ps. 46 y 47, respectivamente).

el proceso como hoy lo juzgamos no tiene otra vestimenta que esa tan elocuente del antagonismo permanente.

Corresponde dejar también suficientemente aclarado que el presente trabajo en rigor carece de cualquier originalidad, porque está fuertemente vertebrado por los aportes que hemos podido advertir tanto en lingüistas como en juristas, entre los cuales se anotan en primer sitio: Pablo da Silveira, Frans van Eemeren, Roberto Marafioti, Hubert Schleichert y Robert Alexy⁶, a todos ellos se sigue sumando P. Grice, que ya fuera nombrado. Mas lo que nos pertenece como aportación en la ocasión a la teoría de la argumentación forense es intentar hacer una fusión de las diversas corrientes que nos permitan encontrar un todo homogéneo y a la vez superadora de las posiciones individuales que fueran utilizadas para su formulación, como también así mostrar una aplicación directa de los contornos teóricos en las corrientes jurisprudenciales actuales⁷.

A este último respecto queremos también significar, que muy difícilmente se pueda encontrar alguna jurisprudencia que se refiera con determinación a la utilización de las reglas de la argumentación. Sin embargo, la confrontación de ella a la luz del estudio teórico realizado otorga el resultado que aparece constatable; de allí es que también se tengan más elementos para alentar a que si los abogados y jueces, de

⁶ DA SILVEIRA, P., *Cómo ganar discusiones (o al menos cómo evitar perderlas)*, Taurus, Buenos Aires, 2004; EEMEREN VAN, F.; GROOTENDORST, R. y SNOECK HENKEMANS, F., *Argumentación. Análisis, evaluación, presentación*, Biblos, Buenos Aires, 2006; MARAFIOTI, R., *Los patrones de la argumentación*, Biblos, Buenos Aires, 2003; SCHLEICHERT, H., *Cómo discutir con un fundamentalista sin perder la razón. Introducción al pensamiento subversivo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005; ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Hacemos la anterior consideración, puesto que salvo aquellas cuestiones que sean expresas de los mencionados autores, no realizaremos distingo alguno en cuanto a las fuentes precisas.

⁷ De todas maneras, no se puede considerar la contribución aquí presentada como una cuestión ya terminada, sino que en realidad todavía tiene una matriz que se está construyendo. Por esa misma razón es que no se advertirá tampoco una extensión del trabajo bibliográfico crítico acompañando el ensayo, tal como nos agrada realizar; y ello, no por ánimo de mostración de erudición vana, sino para alentar en definitiva la realización de trabajos que con ulterioridad se puedan efectuar.

hecho y sin mayor formación teórica, utilizan estructuras argumentativas para su quehacer profesional, sin duda que les resultaría de gran utilidad adentrarse a estudios sostenidos de ella.

Aquí entonces la jurisprudencia que ha sido consignada no tiene un valor de precedente judicial suficiente, sino que sólo vale con un carácter referencial de lo que fácticamente respecto a estos temas hacen los abogados y jueces. Su función es entonces puramente explicativa y confirmativa de una tesis de estudio: los abogados y jueces utilizan, muchas veces sin saberlo, reglas de la argumentación.

II. Principio de cooperación dinámica (PCD)

Según está suficientemente reconocido, el proceso argumentativo forense tiene por *telos* generar algún tipo de modificación en el auditorio –tribunal– en el que se brinda la mencionada realización discursiva. Dicha finalidad ejercida sobre el estado del auditorio se mide en términos de mayor o menor persuasión o convencimiento que el rétor haya podido ejecutar.

Más para que se pueda brindar dicha realización se requiere sin duda de una tarea recíproca de colaboración entre los que conforman el circuito de tal proceso discursivo y que vendrá a conformarse la mencionada gestión, como una labor mancomunada y acerca de la cual ninguno de los intervinientes se podrá excluir deliberadamente. Desde esta perspectiva toda argumentación forense es al final de cuentas una búsqueda por el logro de una *realización de cooperación dinámica* (RCD).

Y sin perjuicio de que luego revisemos algunos de los elementos que entifican la mencionada RCD, no se puede desconocer que dicha gestión aparece como posible, sólo en cuanto los argumentantes participen a su vez de una serie de elementos comunes por los cuales se pueden integrar intelectualmente y generar así una finalidad participada por todos ellos. Es decir que tiene que existir una *regla de razón* (RR) entre los hablantes.

La mencionada RR hace las veces de un elemento substancial sobre el cual se podrá ordenar y edificar la mencionada RCD. Al decir nosotros que hace de un elemento substancial, estamos atribuyendo como

contenido a la nombrada RR una extensión máxima y por lo tanto, que carece de la mayor cantidad de atributos individuales. Siendo la materia sobre la que estamos hablando, la del discurso, no cabe entonces duda de que el contenido de dicha RR será la propia racionalidad de quienes intervienen en el mismo, sin perjuicio de adelantar que la mencionada racionalidad es para tener elementos de ponderación para orientar debidamente una lógica de la decisión práctica, y por lo tanto nos referimos a una “racionalidad práctica”. Así en prieta consideración; tal lo que hace a la función de dicha RR.

Mal que nos pese, la racionalidad en los seres humanos aparece como un atributo claramente distintivo de otras especies animales y, al menos desde Kant a esta parte, se asocia ella con la misma autonomía y libertad del hombre. Así las cosas, es que estarán en condiciones de poder integrarse al discurso solamente aquellos individuos que tengan, por sí o por otro, la suficiente autonomía para poder hablar o discernir; y quien no reúna dicha condición sin duda que no podrá construir un discurso, porque en realidad lo que no puede hacer es problematizarlo.

El participante en el discurso es un hombre libre de pensamiento y de acción. A ello cabe ahora precisar que el deliberado concepto amplio que hemos mantenido para la “racionalidad”, en el ámbito de lo forense se ve delimitado a lo que ha dado en llamarse “creencia racional”, la cual, como resulta conocido, ocupa un lugar intermedio entre el mero opinar por un lado y el saber por el otro⁸; de tal manera que la “creencia racional” que moviliza a los litigantes a su gestión argumentativa no es otra cosa que una maximización de los presuntos derechos que serán puestos en discusión y una minimización del derecho que asiste a la contraria.

En manera alguna esta génesis excluye que culminado el tránsito

⁸ “Respecto al saber, la creencia racional tiene la ventaja de su operatividad y la desventaja de su falibilidad; respecto al mero creer u opinar, la creencia racional tiene la ventaja de su mayor probabilidad de acierto, al rechazar muchas de las opiniones que se nos pudieran ocurrir sin suficiente justificación y al introducir un fin o meta respecto al cual organizar la dinámica de nuestras creencias: la meta de maximizar nuestro acierto” (MOSTERÍN, J., *Racionalidad y acción humana*, Alianza, Madrid, 1978, p. 20).

inicial y agonal de las diferentes creencias racionales de cada uno de los litigantes, el juez cuando dicta la resolución esté cumpliendo con un postulado, no ya de ninguna creencia racional, sino con la misma definición que desde la “racionalidad práctica” puede formular; porque si ésta es conocer en la medida de lo posible los medios necesarios para la obtención de los fines perseguidos por los litigantes, el dar a cada uno lo suyo en el caso concreto es culminar con el *telos* previsto.

A más de ello corresponde destacar que cuando la mencionada RR es trasladada al ámbito de lo forense, se advierte que si bien es cierto que sólo aquel que tiene racionalidad puede a su vez integrar el discurso, no se puede desconocer que la nombrada racionalidad en lo jurídico judicial se acredita no exclusivamente desde el mero discurso sino *ex ante*. O sea que se requiere del cumplimiento de una condición –por ello, desde un factor externo– como es la misma autorización profesional habilitante para integrar dicho cenáculo de discutidores abogadiles.

Desde este punto de vista, no son todos los hombres racionales quienes participan del mencionado discurso forense, sino sólo los que están habilitados profesionalmente para hacerlo y además cuentan con un interés particular para poder cumplirlo. De tal guisa que la argumentación forense aparece por definición excluyente, así como en otras argumentaciones público-políticas, se intenta que sean lo más incluyentes posibles en función de ventilar por tales corredores la injerencia de lo ciudadano en lo público; en lo judicial es precisamente lo que se evita, salvo en cuestiones colectivas donde ya su efecto procesal es justamente difuminar el resultado juzgado.

Por definición no existe en lo forense, como sí en cambio ocurre en las restantes realizaciones argumentativas, alguna posibilidad de intervenir sin tener claramente demostrado –aunque *prima facie*– el interés para hacerlo.

Además de ello cabe diferenciar también: (i) que en el discurso forense la RR aunque parezca contradictorio con lo que estamos afirmando, se encuentra limitada en su misma racionalidad. Ello significa que aun cuando sea de incuestionable racionalidad lo que se pueda estar sosteniendo, en muchas circunstancias no es posible introducir tales temas en la argumentación, ello así, en función de un conjunto de limitaciones que indicaremos infra. Por último también cabe advertir;

(ii) que tampoco la argumentación forense tiene la firmeza de la no coacción que se puede señalar como un dato impostergable en cualquier otro ámbito argumentativo y que ilustra la RR.

De tal guisa es que resulta que en lo forense muchos de los argumentos que son sostenidos requieren luego y para el supuesto caso en que no haya sido posible probarlos la vigencia de un determinado castigo o sanción. Con lo cual, la formulación de la no coacción que es por antonomasia un baluarte de cualquier argumentación general, en la especie, forense, puede acontecer, y de hecho con frecuencia ocurre, que las partes intervinientes en ella no se encuentren tan libres de coerción de no argumentar en algún sentido, puesto que no hacerlo podrá implicar sanción. Sin embargo, y aun con dicho sesgo en el haber, la argumentación forense no encuentra por tal estilo una mácula que le haga perder el carácter dialéctico argumentativo al mencionado proceso judicial.

La imposición de costas por el orden causado es muestra de que la argumentación utilizada por el abogado, aunque insuficiente para triunfar, resultó bastante para no pagar los honorarios a la contraria. Así lo podemos visualizar en autos “Pagani, Juan Carlos s/Sumaria información. Recurso de casación” (TSJ de Córdoba, Sala Civ. y Com., Auto Interlocutorio N° 25 del 12-3-2004), donde se indica que:

...Una aclaración especial merece la imposición de costas devengadas en esta sede. Al respecto, cuadra destacar que si bien el accionante ha resultado perdidioso en virtud de la solución favorable dada a la impugnación casatoria impetrada por el asesor letrado, no obstante ello –consideramos– no corresponde se le aplique el principio objetivo de la derrota en juicio. Ello así en virtud de lo novedoso y complejo de la cuestión de competencia sometida a estudio, y atento la existencia de criterios jurisdiccionales dispares sobre el punto. Nótese que en la especie los dos tribunales de mérito intervinientes –contrariamente a lo ahora decidido– se expidieron por la improcedencia de la defensa articulada por el asesor y por la competencia de la Justicia Provincial para entender en la presente sumaria. En igual sentido se pronunció el Ministerio Público Fiscal en sendas instancias ordinarias. Siendo así, válidamente cuadra entender que el actor podía considerarse con razones para litigar. Por ello, entendemos justo imponer las costas por el orden causado.

Volviendo ahora a posicionarnos en lo que se refiere al PCD que, según dijimos, puede ser asimilado a una suerte de estado ideal argumentativo, el cual resulta logrado en tanto se convergen un conjunto de realizaciones prácticas que cada uno de los rétores deben cumplir en el diálogo forense. A los efectos de lograr dicho estado de cosas es conveniente cumplimentar, al menos, con las siguientes tres condiciones básicas: 1) La argumentación judicial es siempre por definición una tarea mancomunada inicialmente de los argumentantes y sólo, posteriormente es un ámbito de exploración y desarrollo argumental por el juez. En función de lo cual, la totalidad de los argumentantes –al tiempo y bajo las condiciones formales que correspondan⁹– deben efectivamente contribuir al diálogo argumentativo; a tal punto es ello de la mencionada manera que en determinadas ocasiones la contribución que se requiere a los rétores no es siquiera voluntaria sino claramente coercitiva.

Ello se puede apreciar a propósito de la exigencia que se impone al demandado de otorgar su respuesta a la demanda en términos categóricos, en autos “Municipalidad de Córdoba c/José A. Mira y otro s/Ordinario. Recurso de casación” (TSJ de Córdoba, Sala Civ. y Com., sent. 95 del 9-9-2002) se ha dicho que:

...la exigencia de confesar o negar que el artículo 192 impone al demandado concierne a los hechos afirmados en la demanda, de modo que sobre éstos en su materialidad debe recaer la negativa del accionado y no tanto sobre la significación jurídica que los mismos puedan revestir frente a las leyes. La carga que la norma establece no consiste tanto en reconocer o negar el derecho que el accionante invoca en la demanda, antes al contrario impone la exigencia de expedirse acerca de los extremos de hecho que el accionante alega en concepto de fundamentos del derecho que se atribuye en la pretensión. Por consiguiente, la sola negación del derecho, por categórica y terminante que sea, no basta para considerar satisfecha la carga instituida por el precepto en cuestión. Ella debe ir acompañada de la negación concreta y específica de los hechos afirmados como causa del derecho que se controvierte. Máxime si, como se señaló precedentemente, en el caso concreto los

⁹ Esto significa acorde a las modalidades que la ley ritual procesal imponga para el mencionado tipo de procedimiento del cual se trate.

extremos fácticos de los cuales derivaría la relación jurídica son varios y distan de consistir únicamente en la titularidad dominial del rodado.

2) Se impone, no sólo por cortesía sino por necesidad instrumental, que el restante argumentante sea merecedor en toda ocasión por parte de su contrario, de un incuestionable trato respetuoso. Ello así resulta, porque tiene el nombrado rétor las idénticas calidades que el restante para participar de ese discurso forense. Quien ignora la presente condición incuestionablemente que será sancionado.

En el ámbito procesal a diario conocemos de la aplicación de la mencionada condición, particularmente cuando se evidencian realizaciones procesales que devienen incompatibles con la honorabilidad y probidad profesional, realizaciones éstas profesionales existentes que quedan atrapadas bajo el extenso y protoplástico paraguas de lo que han dado en nombrarse como la litigación maliciosa¹⁰.

Se ha referido a ello en autos, “Netoc SA c/Mario Apfelbaum s/Desalojo. Recurso directo” (TSJ de Córdoba, Sala Civ. y Com., sent. 126 del 20-10-2004) indicando que:

La argumentación expuesta por los recurrentes exhibe su disenso con el criterio de la Cámara que ha entendido que existió una actitud perturbadora del proceso de parte de los dicentes. En esta línea, el a quo brindó acabadas razones en sustento de la aplicación de la multa prevista por el artículo 83 del CPC, efectuando una exhaustiva reseña de los actos procesales que lo llevaron a confirmar la resolución de primera instancia e imputando al demandado y su letrado la animosidad que requiere la norma adjetiva para justificar la sanción. En este sentido expresa el fallo: “[...] respecto de la recusación articulada a fs. 55/57] fue extemporánea, según así surge de las mismas constancias de la causa, como así también es manifiesto que no se había producido vicio alguno en el procedimiento, lo que no podía escapar al profesional, que ya había intentado otro incidente de nulidad en el primer escrito presentado a juicio, también desestimado por decreto de fs. 42. Así pues, su conducta se presenta como tendiente a perturbar la normal marcha del proceso, es decir dilatoria [...] Las impugnaciones realizadas por el

¹⁰ A todos los efectos nos remitimos en extenso a nuestro libro *Ejercicio de la abogacía y deontología del Derecho*, Alveroni, Córdoba, 2001, ps. 122 y ss.

demandado a fs. 72/73 fueron desestimadas por resolución interlocutoria [...] habiendo sido desestimado el recurso directo mediante resolución [...] en la que se dijo que ninguna crítica razonada se hizo en sustento de la queja por la denegatoria de la apelación, como era su obligación [...] Respecto de [...] lo pretendido a través del escrito de fs. 146/148 evidencia claramente la intención obstruccionista y perturbadora del normal desarrollo del proceso con la manifiesta finalidad de dilatar el dictado de sentencia, lo que fue denegado por la a quo con suficiente fundamentación en el decreto de fs. 149, de fecha 30 de diciembre de 1999, lo que torna innecesaria su reiteración en el pronunciamiento recurrido. Lo actuado, objetivamente demuestra el fin meramente dilatorio de la impugnación que nada tiene que ver con lo debatido en el juicio. Las argumentaciones que se exponen en esta instancia para impugnar las razones dadas por la a quo en el mencionado decreto (falta de interés en el recurrente) no son conducentes [...] Así pues, en mi juicio, ha quedado suficientemente acreditada la conducta maliciosa, entorpecedora y dilatoria de la parte demandada, que merece ser sancionada como se lo hizo en la sentencia [...] Se aprecia en el fallo controvertido que la Cámara ha efectuado la descripción de la conducta procesal que engasta en la hipótesis prevista por el artículo 83 del CPC, adjudicando a los sancionados malicia y propósitos dilatorios que inficionan al sistema jurisdiccional, lo que a todas luces excluye la censura que propugnan los recurrentes en este punto. Tampoco surge que se haya materializado en autos el vicio invocado por los impugnantes respecto de la reiteración de los fundamentos dados en primera instancia. Se observa en el decisorio que la alzada responde a cada uno de los agravios de apelación, incluso en el orden y numeración en que fueron presentados por los impugnantes, no siendo factible imputar al resolutorio fundamentación aparente o ausencia de fundamentación como pretenden los reclamantes.

3) Finalmente corresponde que se anote una condición de carácter utilitario dentro de la conformación de este PCD, como es la que enuncia que en términos generales quien no contribuye al diálogo argumentativo forense, tampoco tiene derecho a obtener alguna ventaja del mismo. Sin embargo, la propia realidad de los códigos procesales parece confrontar con la mencionada tesis, puesto que en no pocas ocasiones, acorde a cuál sea el lugar del argumentante en la litis –actor o demandado– podrá haber un conjunto de flexibilidades en dicho

sentido, todo lo cual pone en evidencia que mal que pese, la argumentación procesal forense, siendo una especie de argumentación política, es naturalmente asimétrica.

Así, en los autos “Lipez, Germán Gustavo c/Empresa Chexa SA s/Ordinario” (Cámara de Apelaciones de 5ª Nom. en lo Civil y Comercial de Córdoba, sent. 40 del 23-4-2002), se ha indicado que:

...Se tratará de una cuestión rigurosamente vinculada a la labor profesional de cada una de las partes; pues como lo apuntáramos en otras resoluciones: el demandado en rigor de verdad puede llegar a triunfar en un pleito con sólo negar. El actor por el contrario, además de afirmar deberá probar, en rigor ello es lo que resulta de la comprensión uniforme y pacífica de las llamadas reglas de la carga de la prueba y que tal como se ha dicho también, son parámetros decisivos, puesto que no sólo indican cuál de las partes debe probar tal o cual hecho en la litis, sino que también, prescriben que, de no acontecer ello, el tribunal deberá resolver contra quien debía probar y no probó. La actitud del demandado entonces, puede ser enteramente pasiva, ateniéndose a lo que resulte de la actividad del actor y ello en verdad no debe tampoco entrañar ninguna ponderación axiológica de deslealtad procesal; pues se trata de una estrategia procesal posible de ser transitada, y que en verdad reposa su éxito o fracaso, en lo poco o mucho que la misma actora realice. La exigencia probatoria está puesta en cabeza de la parte actora, sin perjuicio, claro está, que la misma estrategia profesional que se pueda haber diseñado se vea mejorada o no, por la nombrada gestión a cargo de quien no debe probar.

De todas maneras y con independencia de la mencionada asimetría, cabe decir que como por regla general lo que existe es la obligación de contribuir al diálogo procesal, y quien no lo hace de esa manera es posible que tenga que asumir algunas consecuencias gravosas, como bien pueden ser, desde la existencia de algunas aflicciones procesales hasta la disminución o privación de reconocimiento de éxito de ciertos rubros económicos que hubieran sido reclamados, motivo por el cual terminan siendo traducidas dichas deficiencias de estrategias argumentales en módulos económicos.

Esto a la vez se explica en la suposición de que el diálogo forense no es uno que resulte plenamente voluntario para ambas partes de la

discusión. Sino que al menos en modo parcial lo podrá ser sólo para una de ellas, pero no para la restante, quien es traída obligadamente al proceso y aun así las cosas está en condiciones de discutir y decidir si contribuirá o no al mismo diálogo.

Ello con independencia de lo que acabamos de puntualizar, que está ínsito en la obligación profesional el hacerlo, porque si no lo hace correrá con las sanciones que por tal razón se le podrían adjudicar.

Así es como se ha resuelto favorablemente en autos: “Surdo Rosario o Pedro Rosario s/Declaratoria de herederos. Incidente de regulación de honorarios Dr. Luis A. Centeno Novillo. Casación. Recurso directo” (TSJ de Córdoba, Sala Civ. y Com., Auto Interlocutorio N° 177 del 11-9-2002), donde se ha dicho que:

Una exacta inteligencia del apercibimiento del artículo 192, 1° par. del CPCC conduce a considerar que sólo la admisión expresa del demandado acerca de los hechos en que se basa la demanda determina la conformidad de las partes que resulta vinculante para los jueces y que excluye la necesidad de aportar pruebas al expediente. El silencio, o –como en el caso– la negativa genérica, no comporta por sí mismo conformidad del demandado, y por ello no basta para dispensar al actor de la carga de practicar la prueba de los hechos fundantes de su derecho. A lo sumo puede servir para elaborar una presunción de naturaleza judicial en favor del accionante, la que de todos modos deberá formularse con arreglo a la sana crítica y en función de las particularidades de cada caso [...] Se advirtió en ese pronunciamiento que la ley no dice que la falta de contestación o las respuestas evasivas deban necesariamente ser tomadas como confesión, sino que pueden ser apreciadas en ese carácter, y se agregó que esta forma verbal empleada por el legislador tiene por objeto dejar al juez en libertad de valorar las respuestas del accionado de acuerdo con las circunstancias del caso y con la prueba aportada al juicio por cada una de las partes (Auto interlocutorio del 26-7-85, *in re*, “Bastidas de Bracamonte c/José Bracamonte s/Divorcio. Alimentos. Recurso directo”, publicado en BJC, vol. XXIX, t. 3, p. 29) [...] En definitiva, el primer párrafo del artículo 192 del CPCC, debe interpretarse del siguiente modo: el silencio del accionado frente a los hechos en que se funda la demanda –y desde luego también su negativa general o sus respuestas evasivas– no tienen el valor legal de un reconocimiento de los mismos.

A continuación proponemos una serie de resoluciones en donde queda de manifiesto, que para los tribunales la concretización del PCD no es una mera hipótesis de trabajo, sino una realización práctica de todos los días.

Así en autos “Ceballos, Rubén E. y otra c/Ardiles, Efraín M. s/Ord.”¹¹ (TSJ de Córdoba, Sala Civ. y Com., sent. 57 del 26-11-97) se indica:

...La aplicación del sistema probatorio presuncional se ve confirmada por otro medio de convicción interno al proceso, cual es la conducta desarrollada por el demandado durante la tramitación del pleito. Así no puede escapar al ánimo del juzgador la discordancia existente entre la negativa genérica prestada en oportunidad de contestar la demanda y la posterior confesión del propio accionado acerca de la existencia del hecho y su participación activa en el mismo [...] Sumado a ello, se advierte una total ausencia de actividad probatoria del demandado, que amparado en las reglas tradicionales de la carga probatoria, se mantuvo inmutable a pesar de haber prácticamente reconocido su responsabilidad, sin aportar elemento alguno tendiente a refutar la pretensión resarcitoria del actor.

Otra aplicación encontramos en autos “Sánchez, Mario G. c/López, José y otra s/Demanda”¹² (CCCTrab. y Fam. de Villa Dolores, sent. 58 del 28-6-2002) en donde se apunta:

El codemandado López no compareció a la audiencia de vista de la causa sin acreditar impedimento alguno. Consecuentemente, por imperio de lo establecido en el artículo 225 del CPC, aplicable en virtud de la supletoriedad contenida en el artículo 114 del CPT, debe ser tenido por confeso a tenor del interrogatorio contenido en el pliego acompañado, aun en ausencia de todo otro elemento convictivo corroborante, por no existir en autos prueba alguna que desvirtúe los hechos fictamente confesados [...] No necesitan, consecuentemente, corroboración con otras probanzas para tener íntegra eficacia convictiva. Admitir tal interpretación, implicaría exigir recaudos adicionales que la normativa ritual no contempla. Por otra parte, la circunstancia de que se hayan negado los extremos de la demanda sobre los cuales versan las posicio-

¹¹ Publicado en L. L. C. 1998-241.

¹² Publicado en L. L. C. 2003-256.

nes no le quita a la prueba en análisis su valor probatorio, ya que precisamente su objeto o finalidad es obligar al contrario a que se retracte de sus aserciones.

En orden al respeto mutuo que debe existir entre los argumentantes, es penosamente frecuente advertir la manera en que ello se incumple y por lo tanto, la aplicación de sanciones procesales por los tribunales.

Así, en autos "Simosis, Luis A. c/Quinteros, Sergio y otra"¹³ (Cámara de Apelaciones de 5ª Nom. en lo Civil y Comercial de Córdoba, Auto Interlocutorio N° 99 del 25-4-97), donde se dice:

La norma que ha sido invocada es la piedra de toque de la totalidad del decoro profesional que corresponde observar a los letrados en la tramitación de las causas en las que intervienen y a las propias partes sustanciales. De la lectura de las actuaciones resulta que el doctor L. A. B. con la presentación que ha efectuado ha excedido los límites razonables que es loable esperar de aquellos que ejercen el sagrado ministerio profesional de abogar por otros; dicho exceso se manifiesta en términos generales como una falta a la moralidad y probidad que debe existir *in re ipsa* en cualquier proceso, y de la cual los abogados son fieles custodios en su cumplimiento [...] la elongación deliberada e incausada de los procesos judiciales no puede ser coonestada por los tribunales, bajo el amparo laxo de la defensa en juicio, cuando ella aparece como intrínsecamente desmedida, irrazonable y por ello también injusta.

III. Subprincipios de construcción cooperativa (sPCC)

Hemos precisado entonces que el PCD se inscribía como una realización ideal del espacio argumental entre las partes, para ello hemos brindado también algunas condiciones fácticas de la materia discutida y personal de los argumentantes para el logro de tal cometido. Ahora propondremos para el análisis el estudio de los cinco subprincipios que como tales son los que colaboran activamente para que la mencionada condición ideal óptima sea conquistada y planificada. Desde este punto de vista, reiteramos que los *subprincipios de construcción cooperativa* (sPCC) se presentan como agentes facilitadores para la

¹³ Publicado en L. L. C. 1997-784.

conclusión de una condición satisfactoria para que se brinde la relación argumentativa.

El *primero* de estos subprincipios puede ser explicitado como el *principio del favor argumentativo prima facie* (sPCC 1), que en realidad aparece como una suerte de regla de hermenéutica argumentativa y por la cual, como personas razonables que son —o deberían serlo— quienes están argumentando, se impone que los argumentos utilizados por ellos sean claros, evidentes y explícitos. De tal manera que no resulta posible que se argumente, como tampoco que se interprete la misma, por los canales que resulten o parezcan contradictorios, entimemáticos, oscuros u opuestos con el sentido común, con lo que habitualmente acontece o con lo que la práctica corriente ordena.

Así resulta de los autos "Puricelli de Juárez, Rita María c/Telecom Argentina SA y otro s/Daños y perjuicios. Ordinario" (Cámara de Apelaciones de 5ª Nom. en lo Civil y Comercial, sent. 145 del 27-11-2000) donde se ha indicado:

La citada en garantía ha recurrido la resolución de la primera instancia en atención a dos agravios, por un lado: que la existencia de los daños en el vehículo del actor, y que se registran en el presupuesto de fs. 4 no guardan relación causal alguna, con el mismo accidente de tránsito que se vincula; y por otra parte [...] el recurrente ha concluido admitiendo su responsabilidad en el accidente de tránsito de marras, sin embargo ha dicho, que no toda la extensión del daño que se le atribuye por tal colisión, puede ser causalmente explicada desde ese mismo supuesto; pues por el contrario, indica que parte de los daños que le son impuestos de resarcir pecuniariamente no tienen su origen directamente en la colisión de tránsito. Destacando en consecuencia, que la prueba que ha sido rendida en la causa por la parte actora ha resultado insuficiente a dichos fines [...] De esta manera, el perito oficial no ha podido peritar por la razón antes indicada las piezas nuevas de las viejas; por otra parte del mismo sentido común no se puede concluir derechamente que lo indicado en el presupuesto de fs. 4 sea consecuencia directa del accidente, porque el mismo sentido común así lo impone. Si a ello se agrega, que tampoco ha existido una gestión posterior de la parte actora, en ampliar el cuestionario al perito a los fines de que indique de todas maneras, si los daños indicados en el presupuesto de fs. 4 se condicen con el accidente de tránsito en rigor de verdad, deja inerme al

sentenciante para poder definir dichos rubros [...] De todo el conjunto de consideraciones entonces, pues resulta que siendo exigencia de la parte actora, el acreditar los daños que invoca haber tenido en causalidad con el accidente de tránsito del que ha sido sujeto pasivo y no resultando ser posible indicar la etiología de tales cambios y reparaciones que dice el presupuesto de fs. 4 con la naturaleza del accidente; no habiendo el perito podido expedirse a dicho respecto y tampoco haberse cumplido una gestión probatoria que resultara contundente a dicho respecto; pues deviene la tesis del perito de control como aquella que mayor sentido común adquiere. De esta forma, corresponde restar del presupuesto de fs. 4 los costos que han sido provocados por las siguientes tareas de reparación y/o recambio...

Subyace en manera incuestionable en la matriz de dicho sPCC 1 que para una adecuada argumentación tiene que existir también una absoluta comunidad de lenguaje entre quienes participan del diálogo forense. Una tal comunidad, no sólo presupone la coincidencia idiomática de uno con otro, sino, y esto es lo que ahora importa, que no le otorguen los participantes significados diferentes a conceptos que son como tal semejantes.

A tales efectos podemos reconocer lo vinculado con la univocidad de los términos, lo que se ha destacado en autos “Gómez, Juan Carlos s/Casación penal”¹⁴ (TSJ de Córdoba, Sala Penal, resolución 29 del 8-11-84) donde se señala:

Al no encontrarse un significado unívoco para las palabras “juicio” y “proceso” ni en la Constitución Nacional, ni en el Código Penal, es necesario recurrir al entendimiento que de ellas hace el Código Procesal Penal. En este sentido el término “secuela del juicio” contenido en el artículo 67, párrafo 3° del CPP debe ser interpretado a los efectos de la prescripción de la acción penal como todos aquellos actos procesales desarrollados en la etapa del juicio, regulada autónomamente en el libro 3°, Título 1° del CPP de Córdoba que tiene por base una acusación concreta y en cuyo transeurso rige el contradictorio pleno entre acusador y acusado los que se encuentran en paridad de condición jurídica.

De tal manera que siguiendo la línea preceptuada por este subprin-

¹⁴ Fallo inédito.

cipio, se puede afirmar que se desprecian las argumentaciones que tienen elementos ocultos o crípticos y que habrán de poder constituirse ulteriormente como emboscadas para los otros argumentantes. Por ello se dice que la interpretación que *prima facie* se realiza tiene que ser bondadosa, porque desde ella se predispone la escucha del discurso del otro, y no desde una posición defensiva que imponga una cuota escondida de cierta intolerancia. Siguiendo con dicha línea de análisis corresponde que los propios argumentantes excluyan las posiciones que los colocan –o se colocan defensivamente– en situaciones de estar indebidamente perseguidos, ser considerados víctimas o atribuirles espíritus conspiradores.

Desde otro punto de vista, con el nombrado subprincipio también se consolida la tesis incuestionable de que dentro de la argumentación forense todo hablante en rigor de verdad debe tener que afirmar aquello en lo que él cree, a los fines de evitar con dicho tránsito toda posible situación de engaño: nadie podría pretender que le crean cuando él mismo no tiene la creencia en su propia tesis. Acotamos que afirmar lo que se cree, en rigor no es otra cosa que hacer la realización argumentativa de una manera en que para nada resulte o aparezca dubitativa. En síntesis, bien se puede decir que el discurso forense debe ser explícito y expreso.

La violación procesal al mencionado capítulo acorde a lo que se puede indicar, aparece cuando el alcance que se le pretende asignar a los términos no es el que ordinariamente se les acuerda, o cuando se usan los conceptos en las acepciones antiguas o incluso en su última acepción, que por lo general resulta extravagante si ella es considerada con la habitual. O directamente cuando aparece la contradicción a partir de la confrontación de una conducta presente con comportamientos procesales anteriores.

Merece señalarse que tratándose la argumentación de un instrumental propio de una realización democrática y racional, el mencionado subprincipio impone que los argumentantes se encuentren sobradamente confiados en que los jueces no argumentan –cuando resuelven negativamente a las posiciones que reclama el abogado– desde algún interés particular o institucional conveniente que impone rechazar las pretensiones de alguna de las partes y que pueda estar comprometido

en el caso *sub examine*; como así tampoco resulta adecuado que sean los jueces quienes consideran que son los abogados o clientes de ellos quienes hacen la realización argumentativa para satisfacer con puros ánimos malignos y por lo tanto excediéndose en lo que corresponde al interés profesional que defienden.

De tal manera se puede sostener que en el ámbito de lo forense toda vez que se hace una invocación interpretativa que no supone el uso común y corriente de los términos es posible –prima facie– que se esté afectando el considerado principio, y por lo tanto, también, impidiendo la instalación del PCD.

En realidad queda a cargo de la prueba en contrario por la propia parte que lo sostiene, mostrando la adecuada hermenéutica que se impone realizar y que por lo tanto tiene sobradas razones para salirse ella de la ortodoxia reinante en cuanto a tal cuestión. De cualquier manera no puede dejar de anotarse que podrá ser achacada la mencionada argumentación como una que afecta a las mismas reglas de la experiencia, por lo que deviene prima facie al menos, reñidas con la ponderación corriente que sobre ellas cabe tener¹⁵.

El *segundo* de los subprincipios puede ser nombrado como el *principio contracaritativo de la argumentación* (sPCC 2), el que presupone que si la argumentación forense se espiga sobre una gestión profesional incuestionablemente de naturaleza agonal, puesto que en ella existen al menos dos rétores que pujan por imponer su propia racionalidad sobre la que el restante invoca a su propio provecho; aparece incuestionablemente la necesidad de la existencia de una transferencia y contratransferencia permanente de argumentos entre los intervinientes; motivo por el cual, frente a una argumentación opuesta a los argumentos que inicialmente se emplazaron, los nuevos argumentos que se brindan en respuesta a la contestación argumental y por lo tanto, la ejercitación de la propia contraargumentación, pues que debe ser claramente superadora la mencionada instancia de todas las anteriores.

Se modaliza en este principio la obligación argumentativa de que

¹⁵ A todo efecto nos remitimos al aparato crítico jurisprudencial que colectáramos para el trabajo *Razonamiento forense y reglas de la sana crítica racional*, en *Formas y Evolución del Razonar Judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2005, ps. 49 y ss.

todo aquél que ha introducido un determinado argumento está obligado a dar otros en la medida de las posibilidades y de la verosimilitud del derecho que posean que resulten ser superiores a los antes formulados.

En el ámbito de lo forense a veces ello no es posible de cumplir por diferentes razones, entre las que se cuenta que las mismas normas procesales han previsto etapas en el proceso para hacer valer estos episodios, motivo por el cual van precluyendo las mencionadas ocasiones, y por lo cual no queda habilitada la instancia para responder a la oposición con nuevos argumentos y, por lo tanto, de formalizar la contraargumentación, aunque de cualquier manera ha quedado a salvo con lo anterior el principio de bilateralidad, y por ello de la defensa en juicio.

Otras veces tal posibilidad se advierte frustrada, porque naturalmente no existen en poder de quien debe cumplir con la contraargumentación otras diferentes razones –a más de las ya utilizadas– que puedan ser mostradas, y atento a que sería un total despropósito el sostener que para asegurar el mencionado sPCC 2 se pueda afectar la regla de la verosimilitud del derecho y de los hechos, inventando sin ningún marco referencial probatorio las referencias que se invocan, es que en las mencionadas circunstancias nada habrá por agregar.

El mencionado cumplimiento de la impronta del subprincipio en análisis se impone con independencia de que los argumentos utilizados en la oportunidad de la contestación a los argumentos iniciales sean de un calibre menor o incluso, en el peor de los casos, se encuentren los mismos en lo que podríamos nombrar como una valencia argumental muy por debajo de la que ha tenido en miras quien argumentara inicialmente.

Así es como se puede afirmar que una correcta realización argumentativa exige una respuesta que no sea medida en una igual simetría del peso específico de los argumentos que conforman esa pieza a la cual se está dando respuesta; sino que siempre los argumentos que son utilizados para responder deben ser superiores a lo que ha sido materia de repulsa. Se explica decimos, porque los argumentos, cualesquiera sean ellos, lo que tienen en su fisiología interior es una vocación de perdurabilidad en el espacio procesal y siendo su razón de

ser el poder ayudar a una mejor merituación de un caso judicial, todo aquello que obre en tal consecuencia podrá ser de algún ulterior interés.

Ha sido resuelto en autos “Municipalidad de Córdoba c/Buenaventura Vela s/Ejecutivo. Rec. directo” (Cámara de Apelaciones de 5ª Nom. en lo Civil y Comercial de Córdoba, auto interlocutorio 397 del 1-10-2002), donde se ha indicado que:

El recurso en cuestión no puede ser admitido y debe ser declarado inadmisibile sin más, todo ello acorde a las prescripciones que del artículo 402 del CPC resultan, y que hacen como largamente la doctrina del TSJ se ha referido, a la autointegración del propio recurso y que como tal, no puede ser suplida oficiosamente por el tribunal, siendo ello una carga procesal de ineludible responsabilidad de los letrados intervinientes. En primer lugar cabe señalar, que la presentación que ha sido formulada ante esta Cámara, con excepción de lo que ha sido transcrito más arriba, hace referencia al decreto que ha denegado la apelación, lo que concierne a la procedencia formal del mismo y a transcripción de jurisprudencia de diversos tribunales. De manera que propiamente lo que ha quedado como materia de recurso directo [...] no se compadece prima facie con la queja que se podría seguir de un decreto que, justamente por estar rechazando una reposición con la apelación en subsidio, por ser manifestamente improcedente otorga razones –discutibles o no– suficientes para ello [...] se ha sostenido en manera pacífica por la jurisprudencia, que constituye un recaudo indispensable, que el quejoso exprese los fundamentos por los que sostiene la ilegitimidad de la denegación del recurso por el juez.

El *tercero* de los subprincipios de la construcción cooperativa, lo nombramos como el principio de plausibilidad (sPCC 3). El indicado hunde sus raíces en el reconocimiento que en ciertas disputas argumentativas, como son las jurídico-judiciales –hasta quizás en la mayoría de los supuestos– es posible que las razones acerca del derecho en cuestión se encuentren en ambos litigantes enfrentados por la disputa, lo cual no quiere decir que efectivamente al final del litigio tal aspecto se advierta claramente reconocido mediante la procedencia de un reclamo o el rechazo del restante. Ello indudablemente que se explica desde otro lugar, cuando se estudia detenidamente la construcción de la resolución judicial y en donde se advierte que, siendo por naturaleza

la administración de justicia una cuestión de conflicto¹⁶, la sentencia no es sino una realización compositiva que hacen los jueces a partir de los aportes de cada una de las nombradas oposiciones.

No se puede desconocer la incidencia extrema que este sPCC 3 tiene, particularmente cuando se hacen merituaciones ponderadas de la incidencia económica que el Derecho posee¹⁷, tal como se advierte en manera notoria en el Derecho norteamericano. Puesto que reconocer a priori, que el otro argumentante tiene alguna cuota parte de razón en el tema que está siendo debatido, habrá de implicar que al menos se pueda reducir la totalidad de los costos económicos que la administración de justicia genera para llegar a dicha conclusión, y que tal como sabemos, dicho dispendio no es menor, puesto que en esa actividad generalmente queda condensada gran parte de la estrategia profesional de los abogados, que podría ser ahorrada si existiera una clara aplicación del presente subprincipio.

El mencionado subprincipio de alguna manera está reflejando el marco de la debida concordia argumentativa que se tiene que generar en el debate, pues con independencia de que ambos rétores se quieran llevar para sí el triunfo de la contienda; nada obsta a que desde la misma honorabilidad que cabe promover en y desde el discurso se pueda o intente percibir que en todo argumento que resulte opuesto puede existir alguna cuota de acierto, certeza, verosimilitud o verdad por quien lo sostuvo. Por otra parte, el estar atento al mencionado principio permitirá que por carácter consecuencial se puedan advertir las propias debilidades de quien está sosteniendo el discurso primario y con ello ejercitar acciones argumentativas que tiendan a desarmar el mencionado eje argumental.

En rigor lo que corresponde atender en la mayoría de las veces, es que cuando se invoca por el argumentante que responde –rétor R– alguna cuestión que puede tener algún grado de verosimilitud en la afectación al derecho que está sosteniendo el rétor que ha propuesto la cuestión –rétor P–, es a éste a quien corresponde hacer funcionar

¹⁶ Vide HAMPSHIRE, S., *La justicia es conflicto*, Siglo XXI, Madrid, 2002.

¹⁷ Vide SHAVELL, S., *El análisis económico del Derecho*, en *Derecho y Economía*, J. A. Número Especial 2006-II (del 17-5-2006), ps. 2 y ss.

la vigencia del sPCC 3, lo cual significa y a los efectos de evitar un dispendio procesal indebido, el hacer pasar a las tesis propuestas y respondidas por una suerte de *test de viabilidad judicial procesal*, que en realidad muestran el grado de acompañamiento que existe en el caso, con el nombrado subprincipio.

El nombrado test puede ser sintetizado en una actividad cognoscitiva acerca de si la presunta razón parcial o plausibilidad que se pueda estar invocando por el rétor R tiene efectivamente la posibilidad de ser hecha valer en el mismo pleito, como así también conocer que no se haya extinguido tal extremo de proponibilidad. Esto es, que no se haya desperdiciado la oportunidad de introducir la mencionada argumentación o acaso, habiendo sido introducida, no hubiera sido excluida, respectivamente.

Si fuera acaso el supuesto último que se ha nombrado, es decir la búsqueda de la reinstalación de un argumento ya excluido, el sPCC 3 no es invocable, porque a su vez, se estaría violando con ello una *directriz principal del discurso jurídico* como es que ningún hablante puede contradecirse y que una variante del nombrado es, justamente, pretender hacer valer una tesis: (i) cuando ya ha sido indicada su inconveniencia de ser mantenida, o (ii) pretende ser reeditada en el proceso.

Es de la mencionada manera (ii), porque las reglas del discurso nacen para ser cumplidas, y la posibilidad de la insistencia de un tratamiento y, por lo tanto, la vivificación del nombrado, sólo será posible si se cumple dicha preocupación en las propias y exclusivas etapas procesales previstas y que en el supuesto judicial estará reservada a ser encaminado tal modo, por la vía recursiva natural. Toda otra ocasión es afectatoria a la directriz en cuestión.

Si acaso la hipótesis fuera la primera de las que fueran nombradas, el mencionado test otorgaría una respuesta favorable a la procedencia de la insistencia argumentativa en razón de que se conserva el interés por el objeto práctico que es objeto de pretendida satisfacción mediante la argumentación en cuestión.

Es decir, que los argumentos se explican en función de los problemas prácticos que resuelven y por lo tanto, cuando se traten los mismos de tópicos que tengan un incuestionable sesgo vinculado con algún

ámbito de realización existencial o biográfica de los contendientes, hace que aun cuando se percibiera la tardía introducción de dicho argumento existe una razón plausible para el sostenimiento. Sin embargo, no resulta susceptible de ser realizable, acaso porque procesalmente se encuentra impedido o porque su dictado se convertiría en una resolución en abstracto. La *ratio* entonces que objetivamente es plausible, aun teniendo dicha entidad, deviene infecunda para generar modificación de algún tipo.

Sin embargo hemos podido percibir algún caso en donde, si bien la instancia procesal ya había impedido hacer valer todo argumento la naturaleza de puro carácter vital del reclamo judicial autorizó de todas maneras la remoción de valladares formales y se generó una resolución auténticamente *ex novo*.

Huelga destacar que sin duda el tribunal interviniente ejercita una argumentación que intenta debilitar la mencionada tesis, que en nuestra opinión resulta correcta en autos "C. J. A. y otra s/Solicita autorización. Recurso directo" (TSJ de Córdoba, Sala Civ. y Com., Auto Interlocutorio N° 122 del 31-7-2006)¹⁸, así:

La Cámara a quo resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes, en el entendimiento de que el mismo adolecía de graves deficiencias formales que obstaban al progreso del recurso [...] se expresó que: "...le está vedado al apelante transponer los límites establecidos con su petición originaria [...] sin que resulte posible agregar nuevos capítulos que en cualquier grado o medida sustituyan o modifiquen la base fáctica de la proposición originariamente formulada. En función de las consideraciones precedentes, el discurso recursivo en la especie revela una manifiesta como inadmisibles innovaciones de las materias propuestas como contenido de la litis cristalizada en autos. Mientras la pretensión inicial estuvo limitada, exclusiva y excluyentemente, a requerir la pertinente autorización judicial para una intervención quirúrgica de adecuación sexual (reasignación de sexo) del menor en esta instancia se pretende algo totalmente distinto, que en el escrito introductorio de la acción no fue ni tan siquiera mencionado: que la referida autorización se otorgue a los efectos del tratamiento preoperatorio (medicamentoso-hormonal), a juicio de los apelantes previo e

¹⁸ Fallo inédito.

imprescindible para la ulterior intervención quirúrgica [...] Así concluyó en el punto: 'En síntesis: no es posible habilitar la apelación para considerar y decidir sobre lo que no fue resuelto porque no fue pedido...' Surge nítido que la desestimación de apelación tuvo como basamento esencial la circunstancia de que a juicio del tribunal a quo, el requerimiento del tratamiento medicamentoso-hormonal constituía un extremo que no fue sometido a juzgamiento en primera instancia, y por ello, no podía ser abordado por la Cámara a quo en vía de apelación. Tal argumento sentencial no se corresponde con las reales constancias de la causa. En efecto, la lectura del escrito introductivo de instancia, releva que los accionantes alegaron expresamente que el tratamiento hormonal constituía una fase previa e indispensable antes que la operación de reasignación de sexo le sea autorizada [...] señalando que: 'Una vez que el diagnóstico de transexualismo está confirmado, es cuando comienza la parte médica del tratamiento. La persona que entra en esta fase del tratamiento es por lo general llamado *transexual preoperado*. El tratamiento hormonal gradualmente va ayudando al transexual a despojarse de su *disfraz*, lo que le ayudara a adentrarse en su *rol* y adaptarse a la sociedad en la que ella/él considera su lugar correcto [...] Los servicios de consejería psicológica continúan durante todo el período de terapia hormonal, para ayudar al transexual a desaprender el rol que ha tenido por tantos años [...] La mayoría de los protocolos de reasignación requieren que el individuo viva y se desenvuelva en su nuevo rol por un mínimo de 12 a 18 meses [...] antes que la cirugía de reasignación de género le sea autorizada' (fs. 11 vta.). Ello pone de manifiesto que contrariamente a lo asumido por la Cámara de juicio, el tratamiento médico hormonal configuró un elemento de la *causa petendi*, y que la meritación del mismo no hubiera implicado una alteración de los términos de la litis [...] Ello torna al pronunciamiento recurrido incurso en el yerro de incongruencia por defecto, constituyendo un claro caso de 'exceso de jurisdicción', al no haberse proveído debidamente a la pretensión esgrimida en juicio en toda su extensión".

El cuarto de los subprincipios se puede enunciar como el *principio de rectificación real* (sPCC 4), el que presupone de la misma forma que el anterior que la argumentación que se establece entre los rétores tiene una masa argumentativa sobre la cual se van instalando y desinstalando los diversos argumentos, de tal forma que se convierte en

un todo dinámico¹⁹ que protoplásticamente va tomando diversas dimensiones y que impone por ello estar atento al sPCC 3.

Más puede acontecer que la variación se produzca en la materia ontológica, o sea, en aquella sobre la cual se ordena la gestión argumentativa, lo cual impone como es natural y probo de cualquiera de los litigantes, que frente a las nombradas variaciones que se den en el mencionado ámbito, el eje argumentativo también deba variar y hasta si fuera el caso, rápidamente reconocerlo antes de no afectar totalmente al PCD.

Una interesante resolución en este sentido hemos advertido en los autos "Márquez, Dora Laura c/Río SA y otros s/Daños y perjuicios"²⁰ (TSJ, Sala Civ. y Com., Auto Interlocutorio N° 15 del 6-3-2006) en donde se apunta:

Ahora bien, es cierto que de acuerdo a la literalidad de las normas procesales en juego sólo el "apoderado o patrocinante" estarían habilitados para retirar el expediente y así provocar la notificación tácita a la que alude el artículo 151 del CPCC. Esto así, conforme a lo dispuesto por la letra del dispositivo mencionado, no cabría otra solución que no tener por configurada la comunicación ficta si los obrados son retirados por un sujeto distinto a los habilitados legalmente, en tanto el precepto dispone que: "El retiro del expediente por el apoderado o el patrocinante, de conformidad con lo establecido en los artículos 69 y 70 de este Código, importará notificación de todo lo actuado". Y, por cierto, ésta debe ser la regla que rijan en el proceso civil y comercial. Sin embargo, la existencia de una máxima genérica y abstracta no autoriza a desconocer los principios de razonabilidad y buena fe procesal frente a la configuración de situaciones excepcionales que —por sus particularidades— tornen inaceptable la aplicación de la regla. Dicho de otro modo, y desde ya, bajo un ropaje procesal no inmaculado, puesto que en rigor quien retira el expediente es un dependiente del "apoderado" y por lo tanto bajo su absoluto y pleno conocimiento personal es que conforme

¹⁹ Propiamente se trata de lo que Perelman ha considerado como argumento no formal, el cual consiste no en una cadena de ideas de la cual derivan otras ideas según reglas de inferencia, sino en una red formada por todos los argumentos y todas las razones que se combinan para alcanzar un resultado deseado (MARAFIOTI, R., *Los patrones de la argumentación*, Biblos, Buenos Aires, 2003, p. 106).

²⁰ Fallo inédito.

los valores de lealtad, probidad y buena fe que sostienen *el principio de conocimiento* (rector en materia de notificaciones procesales), es que sin duda alguna no pueden ni deben tolerarse jurisdiccionalmente desconocimientos fictos cuando la realidad hace presumir lo contrario. Un principio de verdad jurídica objetiva a ello también lo impone, y poca previsibilidad se podría dar de los tribunales, de admitirse posiciones como la nombrada por el casacionista. Siendo así, si en una litis determinada algún auxiliar o empleado del estudio jurídico del “apoderado” o “patrocinante” retira el expediente, e incluso consigna expresamente el propósito de tal estudio, aparece claro y razonable presuponer que los autos serán llevados –por exigencias mínimas de diligencia procesal– a conocimiento de su responsable directo. Ello será así, con mayor razón, si del análisis del acontecer del juicio se manifiesta o refleja que es una práctica asumida que tal auxiliar o empleado acostumbre a retirar los obrados por delegación o por cuenta del apoderado o patrocinante. Ésta es la hermenéutica que subyace e impera conforme a una visión teleológica de la ley y a la misma razonabilidad que el inobjetable sentido común por demás impone. Resultaría una auténtica *contradictio in adjectus* que un “apoderado” o “patrocinante” quiera utilizar indebidamente de un instituto procesal, a los efectos de hacer más operativa su labor profesional; pero no quiera a la vez, sustentarse a las consecuencias perjudiciales que dicho comportamiento le pueda traer.

De tal manera que si ínterin de un proceso argumentativo la cuestión fáctica ha tenido una variación de magnitud que como tal puede llegar a poner en debilidades a la propia argumentación que ha sido anteriormente sustentada, resulta conveniente –a veces imperioso– no ignorar dicha circunstancia sino reacondicionar el discurso acorde con ello.

Sin embargo, devendría excesivo el cumplimiento de este subprincipio, en el supuesto caso en donde la variación ontológica que ha existido, no haya tenido una entidad suficiente, y por lo que la diferencia fáctica puede ser explicada como una consecuencia meramente natural del tiempo sobre las cosas, para lo cual se habrá de utilizar de un conjunto de *herramientas operativas* en el marco argumentativo que en definitiva anidan las conocidas *reglas de presunción de racionalidad*. Huelga señalar que en el ámbito de lo forense dicha presunción de

racionalidad en no pocos casos es explicada mediante la utilización de las llamadas reglas de la experiencia.

Decimos que son herramientas porque en sí mismas ellas pueden servir para defender las similares posiciones favorables o desfavorables, tanto como una pinza sirve para asegurar o liberar una misma tuerca del tornillo.

El *quinto* de los principios que corresponde considerar es el nombrado como *principio de despersonalización* (SPCC 5), mediante el citado se fortalece en manera efectiva la actuación de los argumentantes como verdaderos colaboradores de la masa argumentativa, motivo por el cual es el genérico principio que no habrán de interferir ellos en manera deliberada mediante argumentaciones que resulten viciosas, engañosas, falaces o de constricción psicológica.

Bajo el concepto genérico de despersonalización se quiere mostrar que la argumentación mientras más objetiva ella pueda ser, mayores posibilidades existe de que la misma no se encuentre afectada por algún tipo de defecto como los que han sido enumerados y si bien inicialmente se pensó dicho capítulo como una limitación a toda utilización de los conocidos argumentos *ad hominen* en el discurso, bien corresponde extenderla a un universo mayor de modalidades que la argumentación viciosa puede como tal mostrar.

Particular interés tiene para la concretización de este subprincipio, el utilizar herramientas que hagan las veces de validantes de ciertos tópicos que por su naturaleza más subjetiva pueden llevar a traer natural confusión intelectual y valorativa por parte de los participantes en el proceso argumentativo. Dicha herramienta en este caso, será la de echar mano a lo que se ha dado en nombrar como la *socialización justificada* de los datos axiológicos que son debatidos argumentalmente.

O sea que cuando se sostienen argumentativamente en el ámbito procesal forense, lo que en general podemos nombrar como cuestiones que tienen implicaciones con capítulos o reglas morales, las mismas a los efectos de lograr con mayor rapidez su posibilidad discursiva es que necesitan que quienes las invoquen puedan lograr que el otro rétor las acepte desde un marco teórico de razonabilidad y que es lo nombrado, bajo el concepto de socialización justificada.

De tal manera, que cuando ciertas cuestiones no puedan ser justamente comunicables a todos o a una masa importante de los que componen el auditorio, ni tampoco siquiera a los más ilustrados del mencionado colectivo; en rigor lo que está fuera de toda discusión es que la indicada cuestión moral, no se podrá introducir legítimamente en el debate jurídico. En tales ocasiones, la socialización justificada hace las veces de un adecuado catalizador y adita razones que justifican poder ingresar el tema al discurso abierto entre los rétores.

Cuando la materia moral se socializa, en definitiva lo que se aspira a poder realizar con ella, es universalizarla para de esta manera poder otorgarle un trámite puramente objetivo y evitar toda suspicacia que intente cuestionarla de ser dicha línea argumental sólo sustentada en el propio *ethos* del juez.

IV. Acerca de lo no dicho. Otras reglas

Tal como habíamos adelantado, hemos intentado hacer una presentación acotada solamente de cuál es el objetivo final de una argumentación jurídica, como es encontrar una condición ideal de cooperación entre los argumentantes, aun cuando el triunfo se lo lleve excluyentemente uno de los contendientes y en pocas ocasiones sea compartido.

Correspondería ahora dar noticias –sólo eso–, acerca de la manera en que se puede medir el cumplimiento de tales subprincipios de cooperación, para lo cual tendremos que utilizar de un conjunto de “indicadores del propio contralor argumentativo”, los cuales tienen una doble función. Por una parte colaborar en una tarea autodefensiva, haciendo un propio control de calidad sobre la argumentación que la persona –rétor P– realiza y que por lo tanto, permitirá hacer las rectificaciones que resulten oportunas; como también y por el restante lado, servirán para una gestión ofensiva respecto al otro rétor –rétor R–, puesto que a la luz de los mencionados indicadores, podrá disponer de las estrategias que le permitan descubrir y describir los defectos o vicios que la argumentación ajena tiene y en función de lo cual, la pueda debilitar para fortalecer su propio éxito.

Los mencionados indicadores se diferencian en dos grandes especies y que en esta ocasión por razones de espacio sólo enunciamos: 1) Las

“máximas del trabajo operativo” (*MaTO*) que a su vez se componen en “máximas de cantidad” (*MCn*) y “máximas de calidad” (*MCI*), en las primeras apuntamos entre sus reglas las siguientes: suficiencia y necesidad, redundancia, relevancia, impropiedad, abundar en argumentos, reglas del presidio argumental, análisis de la totalidad de circunstancias de los datos de la causa, repetición de los diferentes argumentos y rebatimiento de los contrarios. Respecto a las segundas de las nombradas, corresponde apuntar: quien argumenta no miente, estudio riguroso de la causa, uso de la cortina de palabras, atribución de idénticos predicados, trato asimétrico a cuestiones iguales, conocimiento de la materia, ética profesional, utilización de múltiples argumentos, razonable relación de los argumentos y ponderación de las consecuencias favorables de una determinada regla.

La segunda de las especies que anunciamos se nombra como 2) “modos categóricos de argumentar” (*MoCA*) que en simetría con las antevistas máximas, se diferencian también dos modos de cumplir con dicha tarea profesional, entre las cuales se apuntan las “categorías de actuación” (*C.Ac*) de las cuales podemos enunciar las siguientes: cuestiones que son definitorias en la litis, mediciones temporales y espaciales de las presentaciones, pertinencia, argumentaciones por fuera del cerco procesal, pruebas que resultan relevantes. Finalmente la restante, “categoría de instrumentalidad” (*C.In*), entre las cuales sólo enunciamos: comprensibilidad; concreción y precisión; uso del lenguaje; legibilidad; ordenación gráfica del texto; ser escueto antes que extenso; pauta de naturalidad; mayor simpleza posible; maduración en el argumentante; plan de texto; organización de los párrafos y resúmenes; ejercitación de la revisión; reglas de la sintaxis, puntuación y ortografía; manejo digital de datos e información; citas de jurisprudencia y/o aportes doctrinarios, y exhaustivos análisis del propio discurso.

Finalmente cabe señalarse, también en esta apretada nota informativa sobre estos últimos desarrollos, que si bien mediante las estrategias que desde las *MaTO* o desde los *MoCA*, resultarían suficientes de tener en cuenta para el éxito de la propia argumentación. Sin embargo, para lograr dicho resultado tiene que ocuparse también el argumentante de aquella que es efectuada por la contraria cuidando que en ella no

se introduzcan defectos argumentativos y por los cuales el propio ensayo argumental quede totalmente afectado.

A tales efectos sería conveniente poder controlar que dicha argumentación no sea viciosa, para lo cual hay que tener habilidades especiales para reconocer la existencia de argumentos falaces que pueden o no estar encriptados en el mencionado desarrollo argumental. Generalmente los mismos se agrupan en un conjunto determinado y terminan por imponer violaciones a un conjunto de reglas argumentales que presupone la corrección argumentativa del discurso que se ha cumplido con debida corrección y que seguramente en otra ocasión, también podamos presentar con detalle, así: 1. Violación a la regla de la libertad; 2. Violación de la carga de la prueba; 3. Violación de la regla del punto de vista; 4. Violación de la regla de la relevancia; 5. Violación de la regla de la premisa implícita; 6. Violación de la regla del punto de partida; 7. Violación de la regla del esquema argumentativo; 8. Violación de la regla de la validez; 9. Violación de la regla del cierre; 10. Violación de la regla del uso.