# Otra mirada a las decisiones de la Corte Suprema

# ESTUDIO METAFÓRICO DESDE LA LITERATURA, LA CORRIENTE COGNITIVA Y LA IMAGINACIÓN

#### GUILLERMO DANTE GONZÁLEZ ZURRO

Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Procesal.

Juez de la Nación.

2015

Título: Otra mirada a las decisiones de la Corte Suprema: estudio metafórico desde la literatura, la corriente cognitiva y la imaginación Autor: Guillermo Dante González Zurro

1a Edición: Julio 2015

ISBN 978-987-33-8092-1

1. Estudios Literarios. I. Título. CDD 801.95

Usos de esta obra:

Esta obra se publica bajo una licencia Creative Commons Atribución - Compartir Igual 3.0 Unported. Se permite copiar y difundir libremente la obra por cualquier medio, así como realizar obras derivadas, siempre y cuando se cite adecuadamente al autor y se comparta con una licencia igual.

© 2015 Guillermo Dante González Zurro

EBM-New York University

Printed in New York

Quizá la historia universal es la historia de unas cuantas metáforas

Borges, La esfera de Pascal

Mary Goldman, la experta psicocrítica discípula de Charles Mauron, trataba de descifrar la psicología del autor del escrito a través de sus metáforas

Ricardo Piglia, El camino de Ida

# Indice

Introducción	11
I. Lenguaje, Derecho, Literatura	15
1. Lenguaje y Lengua	15
2. Derecho	18
3. Literatura	19
4. Derecho y Literatura: estado de la cuestión	22
a. Obras literarias en los fallos de la Corte	24
b. La novela encadenada	26
II. La metáfora: breve recorrido histórico	
1. Aristóteles	29
2. Cicerón	33
3. Santo Tomás de Aquino	36
4. Vico: puente hacia la teoría cognitiva	38
a. La metáfora	38
b. La metonimia	39
c. La sinécdoque	40
d. La ironía	40
e. La Ciencia Nueva	40
5. Lakoff y Johnson	45
III. La Corte piensa metafóricamente	
1. El pensamiento metafórico es imaginativo	57
2. Funciones de la metáfora en la	
argumentación jurídica	59
3 Metáforas concentuales	68

a. Los sistemas jurídicos son personas	73	
i. El "espacio respirable"	74	
ii. El Equilibrio	77	
1. La "textura abierta"	81	
2. El equilibrio no es igualdad	82	
iii. Balance	83	
iv. La enfermedad de la inflación	84	
v. Colores, luces y sombras	86	
vi. "Humo" de buen derecho	88	
b. Los sistemas jurídicos son edificios	89	
i. El Amparo	91	
ii. Casos Bazterrica y Arriola	93	
1. Las etapas iniciales de toda edificación:		
diseño y andamiaje	93	
2. La piedra angular y la viga maestra	95	
3. La libertad: función dentro del edificio legal	96	
c. Los sistemas complejos son máquinas	98	
i. La maquinaria perversa	99	
d. Los sistemas jurídicos son plantas	100	
i. Raíces, tronco, ramas	102	
ii. El árbol viviente	104	
iii. Los frutos del árbol venenoso	105	
iv. Terrenos, siembras, flores	108	
v. Cosecharás tu siembra	109	
vi. Las uvas ¿verdes o maduras?	110	
IV. Metáforas conceptuales y expresiones metafóricas		
en los fallos en particular		

1	. Caso Ponzetti de Balbín	114
	a. La cristalización de la ley	114
	b. El territorio de la privacidad	117
	c. Las metáforas de nutrición en	
	el mercado de las ideas	120
	d. Metáfora de la penumbra	127
	e. El viaje de José Manuel Estrada	132
	f. Robinson Crusoe	133
	g. "Lavado de cerebro"	134
	h. El esqueleto de la Constitución	137
2	. Caso Vago	137
	a. La "figura pública"	138
	b. El espejo uno y múltiple	140
3	. Caso "Emisiones Platenses"	146
	a. El Tejido	147
	b. Endulzar las críticas	148
	c. Estrangulamiento	149
4. Caso Dessy		150
	a. El sobre es muro y el muro es sobre	150
	b. La Ley como espejo del Diccionario	152
	c. Una expedición de pesca	152
	d. El hombre transparente y el poder de los ojos	154
5	. Caso Urteaga	158
	a. La flexibilidad	159
6	. Casos Colavini y Bazterrica	161
	a. La toxicomanía es plaga, peste, lacra	161
	h Tráfico hormiga	162

10	Guillermo D. González Zurro
7. Caso Halabi	163
a. Lo homogéneo	164
b. Navegando por Internet	165
8. Caso Rizzo	168
a. Una obra de teatro	168
b. Y la nave va	169
V. Conclusiones	171
VI. Bibliografía	175

# Introducción

Mi tesis doctoral "El pensamiento metáforico de la Corte Suprema de Justicia" es el contenido sustancial de este libro.

Agradezco las observaciones que me han hecho los integrantes del Tribunal Examinador, Dres. Luis M. Bandieri, Santiago Legarre y Alfonso Santiago, que tomé en consideración para reformular ciertas partes del trabajo.

Debo también a mi director de tesis, Dr. Fernando Racimo, su invalorable aporte desde el comienzo de este proyecto, incluyendo la sistematización de las observaciones, las que se ven plasmadas en el presente volumen.

El Derecho y la Literatura participan intensamente de nuestra cultura. Ambos nacen y se expresan por el lenguaje. Están regidos por el uso de la palabra, más específicamente por la palabra escrita. Exigen pues, recursos para plasmarla en texto, así como el acto de leerla conduce también a su interpretación.

El Logos abarca tanto el espacio literario como el jurídico: circula, fluye, domina en uno y otro.

Se intentará en esta labor traspasar los límites usualmente aceptados del Derecho para descubrir cuánto podría aportar su estudio amplificado desde otra perspectiva.

El análisis literario y su influencia en el ámbito legal conforma un tópico poco difundido en el ámbito de nuestra lengua castellana, al menos como estudio sistemático, pero que cuenta, sin embargo, con una apreciable corriente de sustento en el mundo anglosajón. Fue allí que desde un comienzo con Benjamín Cardozo y más recientemente, a partir de John Boyd White y su obra *The Legal Imagination* (1973), que comenzó

a cobrar impulso, en alguna medida asentándose en el ámbito académico como la contracara del denominado método del análisis económico del derecho. Así, desde mediados de la década del setenta la literatura ha ido ganando un espacio en el estudio del derecho. No puede desconocerse, en este sentido, el aporte que ha hecho el juez y académico Richard Posner (paradojalmente precursor del análisis económico del Derecho) con su libro *Law and Literature*.

Un primer enfoque, siguiendo esta línea anglosajona, está dado por "el Derecho en la Literatura". Aquí de lo que se trata es de la inclusión, directa o indirecta, de cuestiones de índole legal en textos literarios.

Otra perspectiva es la denominada: "El Derecho como Literatura" o La Literatura en el Derecho. Desde este ángulo, se analiza el derecho con las herramientas propias de la crítica literaria. Así, por ejemplo, la influencia de la hermenéutica literaria, de la retórica, de los tropos o figuras, aportando diversos elementos que puedan ayudar a enriquecer el campo jurídico.

No se trata únicamente de dilucidar, en este marco, la mera relación entre contenido y forma, de manera tal de poder conocer si los recursos literarios empleados en el campo jurídico (por ejemplo al redactarse una sentencia) han de ser apreciadas desde afuera, como ayudando a "aligerar" la severidad y sequedad del lenguaje tribunalicio o embellecerlo (aspecto formal, pero no por ello menos meritorio) sino también, yendo más allá, conjeturar que su uso es plenamente necesario para argumentar, articulando logos y pathos.

Para referirnos a las figuras literarias o tropos —en especial la metáfora— será ineludible enlazarlas con su origen histórico. En este sentido, si las obras clásicas trataron con profundidad estos tropos, ello llevaría, como un círculo, a considerar que la necesidad hoy de conectar lo literario con las leyes encontraría su razón de ser en lo señalado al principio, esto es, que no debería reducirse el Derecho a una "ciencia autónoma", aislada del resto, sino enriquecerlo como parte integrante de

un todo, incluyendo el plano artístico en sentido amplio, más intuitivo y concreto.

Mucho más cercana en el tiempo, deviene central e ineludible la reformulación de la metáfora, a partir de la labor conjunta de Lakoff y de Johnson y su obra "Metáforas de la vida cotidiana" de 1980. Allí es donde se desarrolla un cambio fundamental en el análisis que se venía haciendo hasta el momento: la metáfora ya no es considerada como un mero recurso retórico sino que es mucho más, es una forma de pensar.

Para apreciar y de alguna manera mostrar cómo el pensamiento metafórico naturalmente que abarca a quiénes tienen el rol de juzgar, circunscribiremos el estudio central del presente ensayo a investigar el empleo de la metáfora en algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Se hará aquí una distinción entre "metáforas conceptuales" y "expresiones metafóricas", siguiendo la denominada teoría lingüística cognitiva, que vincula la experiencia del mundo, conceptos y lenguaje. En lo posible, también, se ampliará el enfoque con otros aportes, en especial literarios.

La metáfora, podemos decir, cumple varias funciones en en mundo del Derecho: tiene poder persuasivo, permitiendo explicar conceptos abstractos (por ejemplo la metáfora del espacio respirable para la libertad de expresión); posee un poder democratizador, haciendo más entendibles las sentencias para la gente (por ejemplo, con la metáfora del "fruto del árbol venenoso" para sostener la doctrina de la exclusión o "el esfuerzo para recomponer contratos); tiene compartido" una función hermenéutica, adaptando nuevas situaciones a la ley (por ejemplo la metáfora del árbol viviente). Sugiere también una serie de inferencias (las metáforas del mercado de las ideas), inferencias que no son neutrales (por ejemplo al usarse la metáfora de la "plaga" para referirse al problema de las adicciones o la "piratería" para proteger ciertos derechos). Esta falta de neutralidad de las metáforas son las que le dan valor tanto cuando son advertidas por el lector como cuando pasan desapercibidas, pues el riesgo

de no ver las metáforas como tales, nos privará de leer las decisiones judiciales con otra mirada, empobreciendo su análisis y crítica.

En definitiva, se presentará al Derecho con una perspectiva más amplia, integradora y si se quiere humanista, con aportes clásicos y contemporáneos (donde se conjugan la retórica, la filosofía, la lingüística, la sociología y la psicología).

Este enfoque novedoso y por cierto heterodoxo en un trabajo de este género procura, al menos a eso aspiramos, a expresar y comprender mejor el Derecho, no sólo desde un punto de vista académico sino también como un aporte democratizador a su conocimiento y divulgación.

# I. Lenguaje, Derecho, Literatura

## 1. Lenguaje y Lengua

La lengua es un ojo

Wallace Stevens

En el uso común el término *lenguaje* pareciera confundirse con el de *lengua*.

El Diccionario de la Real Academia se denomina precisamente así: Diccionario de la Lengua Española.

La lengua así entendida sería la "causa" del lenguaje y, en todo caso, del "habla" particular de un país o región.

Esta relación no es otra cosa que una de las formas de la metonimia en el sentido entendido por la retórica clásica<sup>1</sup>.

Podemos definir al lenguaje como "la facultad humana, universal e inmutable, que permite a las personas expresarse fonéticamente y que se realiza y actúa en las diversas lenguas, siempre particulares y variables; el lenguaje es, por tanto, una actividad psicofísica, respecto de la cual las diversas lenguas son la actuación práctica".<sup>2</sup>

El lenguaje no sólo sirve a una vasta gama de funciones sociointeractivas; sino que permite, ante todo y sobre todo, clasificar la

- 1. La metonimia (griego: μετωνυμία, "empleo de un nombre por otro", compuesta de la preposición μετά: entre, detrás de, después de, para; ὄνομα, ὀνόματος (τό): nombre, palabra y el sufijo -ία: valor de cualidad o de propiedad) o transnominatio en latín, es la figura por la cual se designa una cosa o idea con el nombre de otra, sirviéndose de alguna relación semántica existente entre ambas. Por ejemplo sería tomar la lengua (órgano del cuerpo humano; "causa") para referirse al habla, al idioma ("efecto"). El propio término "lenguaje" deriva precisamente de "lengua".
- 2. Marcel Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje (Sevilla: Kronos, 2004), 15.

realidad.<sup>3</sup> Podemos comprender mejor las cosas si les damos *nombres*<sup>4</sup>.Es decir, además de la función de comunicar, que hace posible la mutua comprensión entre los miembros de una comunidad, el lenguaje sirve para pensar las cosas, suministrando para tal función un sistema de signos lingüísticos, entendiendo como signo la combinación de un concepto (significado) y de la imagen acústica que lo representa (significante).<sup>5</sup>

Sin tales signos, no sería posible pensar el mundo de modo "ordenado" y "estructurado".<sup>6</sup>

El lenguaje es así la expresión simbólica por excelencia, soporte del pensamiento e instrumento de su comunicación.<sup>7</sup>

Sin embargo, considerar que el pensamiento es exclusivamente un asunto del lenguaje puede ponerse en entredicho desde que existe pensamiento sin lenguaje<sup>8</sup>. Esto es posible porque el pensamiento se origina en nuestro sentido de orientación espacial y cinestésica, por lo que el conocimiento humano es fundamentalmente una actividad encarnada<sup>9</sup>. Por ello es que en la antigüedad no se distinguía entre "palabra" y "mente": *lógos* venía —de hecho— a ser considerado tanto la actividad de hablar como la sede del conocimiento<sup>10</sup>. Desde Homero hasta Aristóteles, la línea divisoria entre mente y cuerpo, si es que llegaba a trazarse, se marcaba de forma que incluyera los procesos de la

- 3. Ibid., 13.
- 4. Ibid., 11.
- 5. Ibid., 14 con cita de Saussure.
- 6. Ibid., 14.
- 7. Ibid., 15.
- 8. Steven L Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind (Chicago: Chicago University Press, 2003), 23.
- 9. Ibid., 23.
- 10. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 11.

percepción sensorial en la parte del cuerpo. Esa es una de las razones por la que los griegos no tuvieron ningún problema mente-cuerpo<sup>11</sup>. La investigación posterior a la helenística se movió entre dos posiciones: el lenguaje como *convencionalidad* y la *naturalidad* del lenguaje<sup>12</sup>.

La importancia de la cuestión es tal que hoy los antiguos debates entre lenguaje y mente, y la polémica del Medioevo entre realistas y nominalistas, están muy lejos de hallarse apagados: se han vuelto cada vez más "candentes" a la estela de las investigaciones empíricas sobre el lenguaje metafórico<sup>13</sup>. Es que los estudios de la filosofía de la mente suelen comenzar suponiendo que todos hemos sabido siempre dividir el mundo en dos categorías: lo mental y lo físico<sup>14</sup>.

El lenguaje es entonces la forma de percibir y comunicar nuestra visión del mundo. De ahí que la aparente contradicción del epígrafe no es tal: la metáfora empleada por Stevens lo sintetiza brillantemente como poeta (y, además, abogado).

Pero cualquiera sea la corriente a la que se adhiera, es indudable que el lenguaje y el Derecho están profundamente vinculados<sup>15</sup>. Pocas profesiones están tan comprometidas con el lenguaje como el Derecho. Efectivamente, si bien este último tiene que ver con los hechos: con los individuos y con la sociedad, con conductas, y por supuesto con normas y principios, se ha dicho que es a través del lenguaje como el Derecho se va construyendo.<sup>16</sup>

- 11. Richard Rorty, *La Filosofia y el Espejo de la Naturaleza* (Madrid: Cátedra, 1995), 52, con cita de Matson, "Mind-Body Problem".
- 12. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje 16.
- 13. Ibid., 11.
- 14. Rorty, La Filosofía y el Espejo de la Naturaleza 25.
- 15. Margaret Jane Radin, "After the Final No There Comes a Yes: A Law Teacher's Report", Yale Journal of Law & the Humanities 2 (1990): 253.
- 16. Manual de Estilo (Buenos Aires: Procuración del Tesoro de la Nación, 2006prólogo de la Dra. Ofelia Kovacci a la primera edición

El lenguaje, debemos coincidir, es crucial para cualquier sistema legal, desde la sanción de leyes hasta las decisiones judiciales, no sólo para su formulación escrita sino también para su interpretación.

#### 2. Derecho

The life of the law has not been logic: it has been experience Holmes

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, una de las acepciones de la palabra "Derecho" es: "Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva".<sup>17</sup>

No pretendemos ni podríamos desarrollar una teoría del Derecho sino, apenas, determinar qué entendemos como Derecho a los fines de su estudio en este libro.

El análisis, entonces, estará fundamentalmente centrado en la expresión escrita, en particular en la interpretación y argumentación que se hace de los principios y de los textos legales en los pronunciamientos judiciales, principalmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Tomaremos pues algunas de estas decisiones judiciales, en particular que tengan o hayan tenido cierta relevancia e intentaremos exponer el uso que en ellas se hace de las metáforas, interpretándolas tanto desde el punto de vista conceptual (como forma de pensamiento) como de su concreta "expresión metafórica".

#### 3. Literatura

La verdad expresada es, ontológica y lógicamente, "ficción verdadera" George Steiner, Presencias Reales

El derecho y la literatura son fenómenos que se desarrollan y se realizan en la expresión de la lengua de una comunidad.<sup>18</sup>

Las naturalezas lingüística y textual, permiten evidenciar que la relación entre derecho y literatura es múltiple.<sup>19</sup>

Se ha dicho, en este mismo sentido, que tanto el Derecho como la Literatura son disciplinas textuales a través de las cuales se expresa el lenguaje.<sup>20</sup>

Pero incluso esta distinción entre Derecho y Literatura como dos disciplinas autónomas es algo que también puede ponerse en entredicho. La misma búsqueda de similitudes ha hecho considerar cosa del pasado la asumida autonomía de cada campo<sup>21</sup>.

Para justificar esta afirmación avancemos un poco más en el término "Literatura".

El mismo diccionario de la Real Academia Española nos dice lo que podemos entender por "literatura": "arte que emplea como medio de expresión una lengua". La relación entre derecho y literatura puede entenderse entonces, en una primera aproximación, a partir de la naturaleza expresiva de ambas.

- 18. Carlos Pérez Vázquez, "Derecho y Literatura", Isonomía 24:135-153.
- 19. Ibid., 136.
- 20. Ibid., 136.
- 21. Robert A Ferguson, "The Judicial Opinion As Literary Genre" (1990)", Yale Journal of Law & amp; the Humanities 2 (1990): 201-208.

Literatura, palabra que deriva de la usada en latín para "letras", significaba en tiempos clásicos "escritura" o "alfabeto". 22

Hasta el Renacimiento, el término se utilizó con un sentido de "erudición general", lo que Yoshino denomina una concepción "generalizante" de la literatura. <sup>23</sup>

Esta concepción, comprensiva de todos los textos, inclusive de los textos académicos, se distingue de la nacida recién a partir del siglo XVIII, que limitaba la literatura a un discurso orientado a lo estético, que contenía "obras de belleza formal y efecto emotivo", como las de ficción, poesía, teatro, etc. que Yoshino llama concepción "particularizante". <sup>24</sup> Si bien esta última forma de entender la literatura es la que mayor difusión ha tenido, no por ello la literatura "generalizante" ha desaparecido.

Desde esta perspectiva *generalizante* el Derecho puede ser entendido como literatura. De hecho, dentro de las acepciones de "literatura" el Diccionario de la Lengua Española incluye por extensión: "conjunto de obras que versan sobre un arte o ciencia. LITERATURA médica. LITERATURA jurídica".

Se ha sostenido que esta distinción entre "derecho" y "literatura" está basada en la tradición Iluminista que privilegia lo objetivo sobre lo subjetivo, lo literal sobre lo metafórico y lo racional sobre lo imaginativo<sup>25</sup>. El "Derecho", siguiendo esta concepción, no está separado de la "literatura", como si estuviéramos explorando una relación

<sup>22.</sup> Kenji Yoshino, "La Ciudad y el Poeta ", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo , no. 2 (2006): 5-61.

<sup>23.</sup> Ibid., 6.

<sup>24.</sup> Ibid., 6.

<sup>25.</sup> Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind 44.

analógica, equívoca (similitudes entre dos cosas distintas) sino que se trata de una relación unívoca, metafórica $^{26}$ .

Sin embargo, la distinción entre Derecho y Literatura partiendo de una perspectiva particularizante de la Literatura es la que se ha impuesto. Paradójicamente, esta división fue propiciada por los mismos referentes de este movimiento académico. Así, se ha dicho que una precondición para la aplicación de la teoría literaria a la interpretación legal es su inicial separación<sup>27</sup>.

Es que aunque se coincide en que antes del siglo XIX la Literatura no era un emprendimiento separado sino que, por el contrario, la ficción, la poesía y el teatro estaban junto a la filosofía, la historia y la escritura legal y todas estas eran formas discursivas, géneros dentro del amplio concepto de "letras"<sup>28</sup>, una categoría autónoma de literatura se fue desarrollando, disponible para su apreciación y su crítica, y que tenía su génesis en dos distinciones conceptuales<sup>29</sup>. La primera, era la distinción entre una perspectiva universal y una perspectiva personal, que generó una división entre el discurso "científico" por un lado y el discurso "expresivo" por el otro. La segunda, fue una división funcional de las "letras", entre lo instrumental y lo estético, lo prosaico y lo poético, lo común y lo "citable"<sup>30</sup>.

El interés literario, como cualidad absorbente de la literatura (y de todas las artes miméticas), es una red de asociaciones que nos lleva del mundo real al mundo de la representación.<sup>31</sup> Si pensamos en una

<sup>26.</sup> Milner S Ball, "Confessions", Cardozo Studies in Law and Literature (1989): 185-197.

<sup>27.</sup> Guyora Binder y Robert Weisberg, Literary Criticisms of Law (Princeton N.J: Princeton University Press, 2000), 7.

<sup>28.</sup> Ibid., 7.

<sup>29.</sup> Ibid., 7.

<sup>30.</sup> Ibid., 7.

<sup>31.</sup> Yoshino, "La Ciudad y el Poeta ", 17.

sentencia judicial, podríamos entenderla, en una primera aproximación, como un medio de representación de los hechos, del mundo real.

## 4. Derecho y Literatura: estado de la cuestión

En la ficción, por supuesto, nadie sufre daño alguno Martin Amis, Las Dos Muertes de Nabokov, ADN 12-12-09

Entre los pioneros en esta vinculación entre el Derecho y la Literatura se encuentra Benjamín Nathan Cardozo (Nueva York, 1870-1938), quien fue durante muchos años Juez del Tribunal de Apelaciones de Nueva York y luego Ministro de la Suprema Corte de Estados Unidos de América.

Uno de sus libros, precisamente, lleva por título *Law and Literature and other essays and addresses*<sup>32</sup>. Refería allí, para rebatir a algunos de sus amigos que negaban la vinculación entre las sentencias judiciales y la literatura, que el gran novelista francés Henri Beyle (Stendhal) sostenía que había un solo ejemplo de estilo literario perfecto y ese era el *Code Napoleon*, dedicándole el hábito de leer algunos párrafos cada mañana, antes de desayunar<sup>33</sup>. Cardozo, a su vez, menciona como fuente de su cita a Strachey. Si bien no surge del texto, la cita seguramente fue tomada del libro de G. Lytton Strachey, *Books and Characters*, donde le dedica un capítulo a Henry Beyle, quien justificaba esta costumbre matinal *pour prendre le ton*. Con sentido del humor, Cardozo acotó que él no buscaba cambiar el régimen del escritor por su diario ejercicio calisténico.

<sup>32.</sup> Benjamin N Cardozo, Law and Literature and Other Essays and Addresses (Littleton Colo: F.B. Rothman, 1986).

<sup>33.</sup> Benjamin N Cardozo y otros, Voices in Court A Treasury of the Bench, the Bar and the Courtroom (New York: The Macmillan Company, 1958), 283.

Pero el movimiento denominado "Derecho y Literatura" emergió en la década de 1970 en la misma época en que su rival, la "Escuela Económica del Derecho", alcanzó notoriedad<sup>34</sup>.

James Boyd White, a partir de la publicación de su libro *The Legal Imagination* merece el crédito de ser el fundador de esta nueva corriente<sup>35</sup>. El libro se divide en cuatro capítulos: El abogado como escritor; Los límites y recursos del lenguaje legal: una introducción a sus circunstancias literarias; Cómo la ley habla sobre la gente y La imaginación del abogado<sup>36</sup>.

El aporte de quienes fueron desarrollando esta escuela doctrinaria tuvo dos logros iniciales: primero, caracterizaron a la argumentación legal como una actividad interpretativa, con amplio espacio para la creatividad y sin descuidar los valores estilísticos que en definitiva son estéticos. Segundo, identificaron estas preocupaciones con una sensibilidad especial para alertar a los operadores jurídicos de las consecuencias que las decisiones legales o judiciales producen en la dignidad de las partes intervinientes. Intentaron ofrecer esta sensibilidad literaria como un límite a lo que consideraban un mero utilitarismo de los nuevos economistas del derecho<sup>37</sup>.

Sin soslayar lo arriba mencionado acerca de la literatura en términos generalizantes, en pos de seguir la terminología más difundida sobre la cuestión, sigue siendo muy usada la distinción entre "Derecho *en* la Literatura" y "Derecho *como* Literatura".

En la primera categoría hallamos todas aquellas obras literarias que tratan de temas legales, lista que abarca miles de libros, con muchos emblemáticos, citando sólo a manera de meros ejemplos: Antígona de

- 34. Binder y Weisberg, Literary Criticisms of Law, 3.
- 35. Ferguson, "The Judicial Opinion As Literary Genre"(1990)", 201. Yoshino, "La Ciudad y el Poeta".
- 36. James B White, The Legal Imagination (Chicago: Univ. of Chicago Press, 1985).
- 37. Binder y Weisberg, , Literary Criticisms of Law, 3.

Sófocles, El Mercader de Venecia y El Rey Lear de Shakespeare, el Paraíso Perdido de Milton, Crimen y Castigo y Los Hermanos Karamazov de Dostoievsky, Casa Desolada de Dickens, El Proceso de Kafka, El Extranjero de Camus, Billy Budd de Melville.

Su estudio ofrece una experiencia compleja, multifacética, que trasciende las categorías rígidas, alertándonos acerca del pluralismo y el dinamismo que animan y le dan significado a la vida social<sup>38</sup>. Y es esta perspectiva literaria la que debería estimular al legislador, evitando una regulación puramente mecánica, favoreciendo en cambio una mirada abierta, una mayor comprensión e inclusión y una arquitectura imaginativa del bien común<sup>39</sup>.

Desde esta perspectiva, la capacidad para ver la vida de la gente a la manera de un novelista es parte importante de la preparación de un juez<sup>40</sup>.

Numerosas obras se han escrito últimamente sobre este movimiento, encontrándose un buen compendio en el libro: *Law and Literature* de Richard Posner, paradójicamente un precursor del análisis económico del derecho, quien hace en el Prefacio una detallada enumeración de los distintos libros y artículos escritos sobre el tópico<sup>41</sup>.

#### (a) Obras literarias en los fallos de la Corte

Hay una ficción judicial como hay una historia sagrada y en los dos casos creemos sólo en lo que está bien contado.

#### Ricardo Piglia, Blanco Nocturno

- 38. Ibid., 4.
- 39. Ibid., 4.
- 40. Martha Craven Nussbaum, Justicia Poética (Barcelona: Andrés Bello, 1997), 138.
- 41. Richard A Posner, Law and Literature (Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2009), xiii.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho múltiples referencias y alusiones a autores, no sólo literarios, sino también a pensadores, filósofos y clásicos y sus obras.

Entre otros ejemplos podemos encontrar citas al Dante (lasciate ogni speranza voi ch'entrate) en el caso Dessy; a Sófocles (Antígona) y Homero (Iliada), en el caso "Urteaga", voto del Dr. Bossert; a Quevedo ¿Es que es un pecado que, como diría Quevedo, "nació para ser escondido"? v Anatole France "Le Lys Rouge", en el caso "CHA c/Inspección General de Justicia", voto de 1 Dr. Petracchi; a Eurípides (Ifigenia en Aulide), en el caso Bazterrica; a Herodoto, Platón y Aristóteles, en el caso "Gauna, Juan O. (7-5-97)" voto del Dr. Vázquez; a Aristóteles, Santo Tomás, Kant y Hegel, en el caso "Tejerina", 8/4/2008; a Esopo y su fábula, en "Compañía Argentina de Teléfonos S.A. c. Provincia de Santiago del Estero" del 14/07/1961; a Terencio, también en el caso Dessy (homo sum et humani nihil a me alienum puto); a Daniel Defoe y su Robinson Crusoe ("robinsones", en Ponzetti de Balbin); a Cicerón, en cita tomada de Fustel de Coulange; en el caso Moliné O'Connor, del 1/6/2004 (dictado por conjueces); también en el caso "Alianza Frente por un Nuevo País" de 104/06/2003: summum ius summa iniuria; y en el caso "Camps", de 1987; a Séneca (caso Arriola); a Hobbes (Arriola y muchos otros); a San Agustín ("Agüero, Carlos A. c. Universidad Nacional de Córdoba" del 30/06/1949 y en "Municip. de la Capital c. Mayer, Carlos M." del 02/04/1945); a Maquiavelo (caso "Ganora", 16.9.99); a Torquato Tasso, en el fallo "Antiñir, Omar" del 4.7.2006; a Rousseau (caso Camps y varios otros fallos); a Voltaire (13.4.2007; A. F.); a Goethe (Nuñez, Fermin, del 13.6.89); a Wordsworth (16.11.2004, caso "Hooft"); a Unamuno (8.6.04, caso "Carrara"; "Gonzalez de Delgado" del 2000 y otros); a García Lorca (19.5.88, caso Franco — coincidencia o paradoja?—), a Sartre (casos "Bazterrica" y "Gonzalez de Delgado", 19.9.2000); a Simone de Beauvoir (Astiz y Simon, de 2005); a Stuart Mill (voto de Fayt, Arriola:332:2011); a Nabokov y su libro "Lolita" (caso "Editorial Sur", 27.12.1963).

#### (b) La novela encadenada

26

La verdad histórica, para él, no es lo que sucedió; es lo que juzgamos que sucedió

Jorge Luis Borges, Pierre Menard el autor del Quijote

Todo el campo del "Derecho en la Literatura" no deja de ser muy interesante, pero es en la segunda categoría, esto es, el "Derecho como Literatura" donde aparece en su mayor dimensión este movimiento, al emplear las técnicas y principios de la crítica literaria, para interpretar y comprender la escritura, el pensamiento y los comportamientos sociales que conforman los sistemas legales y propender así a su mejoramiento<sup>42</sup>.

Recuérdese que Dworkin propuso mejorar nuestra comprensión del derecho si se comparase la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos del conocimiento, en especial en la literatura<sup>43</sup>. Así fue que en su ensayo Cómo el Derecho se parece a la Literatura utilizó la interpretación literaria como modelo para su método fundamental de hacer análisis jurídico: decidir en derecho casos difíciles se parece esas novelas escritas "en cadena", donde cada autor escribe un capítulo de la novela, teniendo todos los novelistas, excepto el primero, la doble responsabilidad de interpretar y crear porque cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha elaborado con anterioridad<sup>44</sup>. Este parecido resulta de considerar al juez como un eslabón en la cadena de una empresa en la

<sup>42.</sup> Binder y Weisberg, Literary Criticisms of Law, 3.

<sup>43.</sup> Herbert Lionel Adolphus Hart y Ronald Dworkin, La Decisión Judicial: El Debate Hart-Dworkin (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997), 143.

<sup>44.</sup> Ibid., 165.

que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia y su responsabilidad es continuar esa historia <sup>45</sup>.

El deber del juez será el de interpretar la historia que encuentra, que es dada a su intervención y no inventarse una historia mejor<sup>46</sup>. Debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varios manos diferentes<sup>47</sup>.

Dworkin destaca el isomorfismo entre la tarea del crítico literario y la del jurista. Claro que la hermenéutica literaria no es tarea unívoca y habrá muchas maneras de llevarla a cabo<sup>48</sup>.

"Si es un buen crítico su opinión...será complicada y multifacética, porque el valor de una novela decente no puede capturarse desde una sola perspectiva" Distingue dos dimensiones sobre la interpretación: la de concordancia y cuál de las posibles interpretaciones es la que mejor se adapta al trabajo en desarrollo 50.

El juez o el jurista que interpreta también tiene, como el intérprete literario, la limitación de no adulterar el material que analiza, así como se puede pensar a Hamlet de varias maneras pero nunca como un personaje ligero o banal así los jueces que interpretan tienen la restricción generada por las declaraciones de testigos, la prueba de confesión, los

- 45. Ibid., 167.
- 46. Ibid., 169.
- 47. Ronald M. Dworkin, El Imperio de la Justicia: De la Teoría General del Derecho, de las Decisiones e Interpretaciones de los Jueces y de la Integridad Política y Legal como Clave de la Teoría y la Práctica (Gedisa, 1988), 167.
- 48. Carlos M. Cárcova, "Sobre el Razonamiento Judicial", Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina JA 2004-I, no. 13 (2004).
- 49. Dworkin, El Imperio de la Justicia: De la Teoría General del Derecho, de las Decisiones e Interpretaciones de los Jueces y de la Integridad Política y Legal como Clave de la Teoría y la Práctica, 167.
- 50. Ibid., 167,168.

dictámenes periciales, los alegatos, las normas aplicables<sup>51</sup>. Podemos pensar entonces en una doble limitación: una que viene desde afuera del caso, como son las fuentes del Derecho: los principios y la ley, la jurisprudencia. Otra, en cambio, por los hechos particulares y distintivos del juicio que debe resolver.

Considera Dworkin, en síntesis, que los jueces son autores al igual que los críticos<sup>52</sup>. Un juez que decide un caso aumenta la tradición que interpreta; los futuros jueces confrontan una nueva tradición que incluye lo que éste ha hecho<sup>53</sup>.

La posición adoptada por Dworkin es que el Derecho es una cuestión "profusa y profundamente política" y su impresión es que tanto "la política, el arte y el derecho se unen, de alguna manera, en la filosofía"<sup>54</sup>.

<sup>51.</sup> Cárcova, "Sobre el Razonamiento Judicial", 26.

<sup>52.</sup> Dworkin, El Imperio de la Justicia: De la Teoría General del Derecho, de las Decisiones e Interpretaciones de los Jueces y de la Integridad Política y Legal como Clave de la Teoría y la Práctica, 166.

<sup>53.</sup> Ibid., 166.

<sup>54.</sup> Hart y Dworkin, , La Decisión Judicial: El Debate Hart-Dworkin, 180.

## II. La metáfora: breve recorrido histórico

Sin embargo la máxima destreza consiste en ser un maestro de la metáfora Aristóteles, Poética

#### 1. Aristóteles

No puede ignorarse que la metáfora ha sido empleada desde que el hombre comenzó a pensar y a expresarse y que ha sido de enorme importancia, bastando como un ejemplo remitirse al mito de Edipo y el conocido enigma planteado por la Esfinge.

Ahora bien, su estudio partiendo de la relación lengua/mente tradicionalmente se debe a filósofos, y entre las teorías clásicas de la metáfora prevalece hasta hoy en muchos acercamientos a la filosofía del lenguaje el punto de vista de Aristóteles.<sup>55</sup>

Aristóteles tenía perfecta conciencia tanto de la imprecisión de nuestro lenguaje, como de la maleabilidad que la lengua tiene, en orden a subsanar sus deficiencias y dar belleza a la elocución<sup>56</sup>.

Aristóteles definió a la metáfora diciendo que es la traslación de un nombre ajeno, o desde el género a la especie, o según la analogía<sup>57</sup>.

Esta división de la metáfora remite al fundamento que hay en las cosas para la traslación del nombre. Una cosa es, en efecto, la transferencia del nombre, o metáfora, y otra el fundamento<sup>58</sup>. Y de la

- 55. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 22-23.
- Gambra, J. M."La Metáfora en Aristóteles", Anuario Filosófico, 1990, vol. 23, n.2,
   S.
- 57. Aristóteles, *Poética* (Madrid: Gredos, 1974), 1457b.
- 58. Gambra, J. M."La Metáfora en Aristóteles", Anuario Filosófico, 1990, vol. 23, n.2, 53.

definición señalada surge que todas las metáforas se fundan sobre una relación existente entre dos cosas que significa el nombre<sup>59</sup>.

La analogía, en cambio, es usada por Aristóteles como una relación que se da entre cosas, no entre nombres o entre conceptos<sup>60</sup>.

Fue él quien principalmente desarrolló el concepto de "metáfora"<sup>61</sup> (del griego *metà* -"arriba, sobre, más allá"- y *phérein* -"llevar"-), para referirse a la acción semántica que la metáfora permite realizar, en la que el aspecto de un referente es "llevado sobre, encima", por así decir, o transferido a otro referente, de modo que el segundo se nos refiere como si fuese el primero.<sup>62</sup>

Metáfora es la figura del "movimiento", del "transporte": aún hoy se puede subir en Atenas a una "*metaphora*": es el nombre que se le da al ómnibus de transporte público<sup>63</sup>.

Por ejemplo, en la expresión "Juan es un león", se nos refiere a la persona llamada "Juan" como si fuese el animal llamado "león", para comunicar las cualidades de "robustez", "fuerza física", "vigor", coraje". 64

Lo fundamental de la metáfora en Aristóteles ha sido dicho en su "Poética" y en su "Retórica". Ha señalado el Estagirita distintas operaciones que quedan comprendidas bajo el verbo "metaforizar": una

- 59. Ibid., 53.
- 60. Ibid., 57.
- 61. Si bien no fue Aristóteles quien inventó la palabra metaphora, no se conoce su uso extendido antes que Isócrates quien la menciona cerca del 374 A.C. en el Evagoras: John T Kirby, "Aristotle on Metaphor", *The American Journal of Philology* 118, no. 4 (1997): p 517-554-.
- 62. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 23.
- 63. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind, 53.
- 64. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 23.
- 65. Kirby, "Aristotle on Metaphor", 519. Aristóteles, *Retórica* (Madrid: Editorial Gredos, 1990), 490, 1405a.

veces designando cualquier cambio de nombre para evitar en apariencia la refutación en cuestiones dudosas; en otras ocasiones significando algo más restringido, como es el empleo de los nombres en su sentido etimológico  $^{66}$ . Pero siempre la definición más precisa es la arriba señalada en la Poética. Es esa traslación, esa transferencia la que permite que un nombre adquiera un significado translaticio o metafórico (κατα μεταφοραν); que se opone al significado común (οικειον) que tenía cuando era usado con propiedad (κυριως) o absolutamente  $(\alpha \pi \lambda \omega \varsigma)^{67}$ .

Así, cuando hay una metáfora hay un nombre único que significa cosas diversas, con lo que la metáfora para Aristóteles se asemeja a la homonimia y a la sinonimia <sup>68</sup>.

Las propiedades que debe cumplir la metáfora, según Aristóteles, son a) ha de poner la cosa ante los ojos (capacidad de hacernos aprender con pocas palabras); b) ha de ser apropiada<sup>69</sup>. El "poner la cosa ante los ojos"<sup>70</sup> significa que la metáfora ha de usar cosas sensibles para hablar de cosas que pueden ser inteligibles o sensibles<sup>71</sup>.

Aristóteles entendió a la metáfora sustancialmente como una estrategia retórico-ornamental, usada por poetas, cuya función principal era la comparación.<sup>72</sup>

La metáfora, en el final del capítulo 22 de la "Poética" es señalada por Aristóteles en términos por demás elocuentes: "lo más importante con mucho es dominar la metáfora. Esto es, en efecto, lo único que no se

- 66. Gambra, J. M."La Metáfora en Aristóteles", 51.
- 67. Ibid., 52.
- 68. Ibid., 52.
- 69. Ibid., 60.
- 70. Nuevamente resulta pertinente la cita que hicimos de Wallace Stevens: "la lengua es un ojo".
- 71. Ibid., 61.
- 72. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 23.

puede tomar de otro, y es indicio de talento; pues hacer buenas metáforas es percibir la semejanza"<sup>73</sup>.

La afirmación de Aristóteles acerca de que para armar buenas metáforas es necesario saber percibir la "semejanza" —presumiblemente la semejanza en cosas que parecen disímiles, o al menos sin la semejanza que inicialmente podría sugerirse— es un punto clave<sup>74</sup>. En los Tópicos, Aristóteles explica: "La consideración de lo semejante es útil para los argumentos de comprobación, para los razonamientos a partir de una hipótesis y para dar las definiciones"<sup>75</sup>. En otras palabras, la observancia de la "semejanza" es un paso cognitivo crucial en el proceso de razonamiento sobre el mundo y aún en la práctica de articular las propias percepciones<sup>76</sup>.

En los estudios sobre la noción del lenguaje, y específicamente con las cuestiones de lenguaje literal versus lenguaje figurado, existen básicamente dos modelos, el comparativo y el de interacción<sup>77</sup>. El modelo comparativo entonces es el clásico, con raíz aristotélica, en tanto que el interacción está basado principalmente en la obra de Richards y Black<sup>78</sup>.

Ivor Armstrong Richards, un crítico literario inglés en la década de 1930 rompió la tradición aristotélica y ha sido reconocido como el pionero de la denominada Nueva Retórica, una teoría que sugiere que la ambigüedad es esencial para el uso del lenguaje y que el significado es el resultado de una serie de interacciones; afirmó que la metáfora es un

- 73. Aristóteles, Poética, 1459a.
- 74. Kirby, "Aristotle on Metaphor", 536.
- 75. Aristóteles, Tratados de Lógica (Órganon) I: Categorías. Tópicos. Sobre las Refutaciones Sofisticas (Madrid: Gredos, 2000), 119 108 b.
- 76. Kirby, "Aristotle on Metaphor", 537.
- 77. Ibid., 519.
- 78. Ibid., 519.

principio del pensamiento, no sólo del lenguaje<sup>79</sup>. Es el precursor de Lakoff, autor fundamental sobre el que volveremos con mayor extensión más adelante.

Sin embargo, algunos estudiosos, como Kirby, y señalando cuidadosamente las diferencias semánticas, han tratado de encontrar vínculos entre el modelo aristotélico y el cognitivo desarrollado por Lakoff<sup>80</sup>.

#### 2. Cicerón

El tratado "Diálogos del Orador" (*De Oratore*)<sup>81</sup> fue escrito por Marco Tulio Cicerón en el año 55 A.C..

Cicerón claramente se refiere a la metáfora como una parte importante del lenguaje. Divide el autor —quien habla a través de Craso— los géneros de palabras que sirven para ilustrar el discurso en inusitadas, nuevas o trasladadas. Estas últimas (metáforas) nacen, o bien de la necesidad y la pobreza de lenguaje, o bien del deleite y elegancia: porque así como los vestidos se inventaron primero para defenderse del frío, y luego se usaron para adorno y gala del cuerpo, así las traslaciones reconocieron por primera causa la necesidad, por segunda, el placer<sup>82</sup>.

Expresa que en la metáfora la comparación está reducida a una sola palabra, puesta en lugar ajeno ajeno como si fuera propio. La metáfora debe comprenderse para que agrade, y sólo conviene usarlas para hacer más clara una cosa, dando una serie de ejemplos, como: "el mar se alborota;

<sup>79.</sup> Linda L Berger, "What Is the Sound of a Corporation Speaking? How the Cognitive Theory of Metaphor Can Help Lawyers Shape the Law", 7. ALWD 2 (2004): 168.

<sup>80.</sup> Kirby, "Aristotle on Metaphor", 538.

<sup>81.</sup> Marco Tulio Cicerón, *Diálogos del Orador*, Clásicos griegos y latinos (Buenos Aires: Emecé, 1943).

<sup>82.</sup> Ibid., 220.

las tinieblas se duplican; el cielo se estremece". 83 Lo lleva también Craso al terreno de los hechos humanos: "Este disfraza y rodea sus discursos"; "si el arma se escapó de sus manos", explicando en este último caso que muchas palabras propias no podrían dar a entender tan bien como una sola traslada la imprudencia del portador del arma. 84

Explica también que agrada mucho la traslación si está hecha con arte, diciendo que es una prueba de ingenio saltar por arriba de los obstáculos y traer cosas de lejos, ya que así el oyente muda de punto de vista, sin apartarse del asunto principal, además de que toda traslación se dirige a los sentidos, especialmente a la vista, que es el más agudo.<sup>85</sup>

La primera regla que brinda para el uso de la metáfora es que la comparación debe tener exactitud. Presenta allí el siguiente ejemplo: "Vive mientras puedes, oh Ulises: arrebata con los ojos este último rayo de luz". Argumenta: no dijo toma ni recibe, porque eso indicaría más esperanzas de vivir largo tiempo que las que podía tener Ulises, sino que dijo arrebata, lo que se ajusta con el mientras puedes. La cita está tomada de las tragedias (hoy sólo se conservan sus fragmentos) del poeta Ennio. 87

La segunda regla es que el símil no debe ser traído de muy lejos: mejor el abismo de los bienes que la Caribdis.<sup>88</sup>

Otro requisito que debe seguirse es que, si bien la traslación tiene por uno de sus méritos provocar los sentidos, ha de evitarse caer en ciertas torpezas: no acepta que se diga que con la muerte de Escipión el

```
83. Ibid., 220.
```

<sup>84.</sup> Ibid., 221.

<sup>85.</sup> Ibid., 221.

<sup>86.</sup> Ibid., 221.

<sup>87.</sup> Otto Skutsch, "Notes on Ennian Tragedy", *Harvard Studies in Classical Philology* 71 (1967): p 125-142-.

<sup>88.</sup> Cicerón, Diálogos del Orador, 222.

Africano quedó castrada la República; o que se llame a Glaucias el estiércol de la curia.

Tampoco la comparación debe ser mayor o menor a la que pide el tema: la tempestad de la revuelta o la revuelta de la tempestad.<sup>89</sup>

Siguiendo con sus enseñanzas, Craso expone que se puede suavizar la metáfora anteponiéndole algún giro, pues ha de haber cierto pudor en la metáfora: en vez decir que muerto Marco Catón quedó como huérfano el Senado, decir: quedó como muerto, digámoslo ast<sup>90</sup>.

Luego de la metáfora propiamente dicha, Cicerón pone en boca de Craso algunas variantes de la metáfora, como la que en vez de una sola palabra trasladada incluye varias y continuadas (alegoría): ni he de consentir otra vez que la armada de los aquivos tropiece en el mismo escollo y en las mismas armas.<sup>91</sup>

Asimismo, existen modos de metáforas no basados en palabras trasladadas ni inventadas, sino propias, puestas en lugar de otras: *El África se estremece y tiembla al horrible tumulto*, donde "África" está tomada por los africanos. <sup>92</sup> Al mismo género pertenecen: Marte, por la guerra; Baco, por el vino; Neptuno, por el mar. Del mismo modo —continúa Craso— se sustituyen los nombres de la virtudes y de los vicios a los de las personas que los tienen, como cuando se dice: "la lujuria o la avaricia penetraron en una casa". <sup>93</sup>

Finalmente, refiere el texto clásico como modalidades de la metáfora, tomar la parte por el todo: el techo por el edificio; o el todo por la parte: la caballería romana; el singular por el plural: el soldado

<sup>89.</sup> Ibid., 222.

<sup>90.</sup> Ibid., 223.

<sup>91.</sup> Ibid., 223.

<sup>92.</sup> Ibid., 223.

<sup>93.</sup> Ibid., 223.

romano; o el plural por el singular: "somos romanos los que antes éramos rudinos". 94

## 3. Santo Tomás de Aquino

Santo Tomás de Aquino afirmaba que la metáfora tenía un rol cognoscitivo, puesto que permitía, según él, aferrar las verdades espirituales, las cuales no eran expresables directamente en el lenguaje literal. No obstante, santo Tomás aceptó la visión aristotélica de la metáfora, en cuanto proponía que en su estructura de base, la metáfora no fuese más que una manifestación de la comparación.<sup>95</sup>

Se preguntaba Santo Tomás de Aquino "Si la Sagrada Escritura debe usar de metáforas" (1 q.1 a. 9), mostrando en la primera dificultad algo que es propio del común pensamiento racional: "...emplear imágenes y figuras es propio de la poesía, que ocupa el ínfimo lugar entre todas las ciencias. Luego no es conveniente que la Escritura use de tales imágenes". Sin embargo en la "respuesta" señaló: "Es conveniente que la Sagrada Escritura proponga lo divino y espiritual usando imágenes corpóreas. Dios provee a todas las cosas como conviene a su naturaleza. Lo natural del entendimiento humano es llegar a lo inteligible por medio de lo sensible, ya que todos nuestros conocimientos empiezan en los sentidos. Así, pues, es conveniente que la Escritura Sagrada nos proponga las cosas espirituales envueltas en imágenes de cosas corpóreas" Se advierte también aquí la necesidad de partir de lo concreto, lo corpóreo para llegar a entender conceptos abstractos, he ahí la necesidad y utilidad de la metáfora: "El arte poético usa de las

<sup>94.</sup> Ibid., 224.

<sup>95.</sup> Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 24.

<sup>96.</sup> de Aquino Tomás, *Suma Teológica* (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1957), 1 q.1 a.9.

metáforas por lo que tienen de plásticas, y las representaciones plásticas producen naturalmente deleite. Pero la doctrina sagrada usa de ellas por necesidad y utilidad"<sup>97</sup>.

En esta misma línea Santo Tomás vuelve sobre el tema de la metáfora cuando trata la cuestión sobre "Si podemos emplear el nombre de "persona" aplicado a Dios"98. Y trae a colación una cita de Boecio en la segunda dificultad. "Dice Boecio que "el nombre de persona parece haberse tomado de aquellas personas que en las comedias y tragedias representaban hombres; pues persona viene de "personar" (resonar con fuerza) porque, debido a la concavidad, necesariamente se hacía más intenso el sonido. Los griegos llamaron a estas personas πρόσωπα (máscaras), por lo que se ponían sobre la cara y ante los ojos para ocultar el rostro. Pero nada de esto puede convenir a Dios, como no sea en sentido metafórico. Luego el nombre de "persona" sólo metafóricamente se aplica a Dios". Dentro de las "Soluciones" explica el Aquinate: "Aunque el término "persona" en su significado originario no convenga a Dios, sin embargo, en cuanto a aquello para significar lo cual se emplea, es a Dios a quien más conviene. En efecto, debido a que en las comedias y tragedias se representaban algunos personajes famosos, se empleó el término de "persona" para designar a los que tenían alguna dignidad. De aquí viene que en las iglesias se acostumbre llamar "personas" a las constituidas en dignidad...Pues bien, la dignidad de la naturaleza divina excede a toda otra dignidad, y por ello el nombre de persona conviene sobre todo a Dios"99.

Vemos nuevamente la utilización de la metáfora tomada de la experiencia cultural, en este caso "persona", para intentar entender algo abstracto, como es el concepto de divinidad.

<sup>97.</sup> Ibid., 1 q.1 a.9 soluciones, 1.

<sup>98.</sup> Ibid., 1 q.29 a.3.

<sup>99.</sup> Ibid., 1 q.29 a.3 2da. solución.

## 4. Vico: puente hacia la teoría cognitiva

Giambattista Vico (1668-1744), profesor de la Universidad de Nápoles, se vale de los principios de la retórica clásica: Aristóteles, Cicerón y Quintiliano, para construir lo nuevo. 100

Define en sus Institutiones oratoriae a los tropos como aquellos "que transfieren una voz desde su significado propio y nativo a otro impropio y extraño" <sup>101</sup>.

Refiere que las causas de tal mutación parecen ser dos: la necesidad y el ornato. A su vez, de cuatro formas se transfiere el significado: del todo a la parte y al contrario, o de las causas a los efectos y viceversa, o de los símiles o de los opuestos. De aquí nacen los cuatro tropos primarios: "sinécdoque", "metonimia", "metáfora" e "ironía" 102.

#### (a) La metáfora

Es el principal de los tropos, ya se atienda a su esplendor o a su uso. No hay otro tropo —en palabras de Vico— más frecuente, más florido o más brillante<sup>103</sup>.

Vico la define, siguiendo a Aristóteles (Poética), como "el tropo por el que una palabra se transfiere desde un significado propio a uno extraño a causa de su semejanza"<sup>104</sup>.

Brinda un ejemplo tomado del poeta romano Ennio, y luego utilizada también por Virgilio, al referirse a los dos Escipiones: "los dos

100. Andrea Sorrentino, La Retórica y la Poética de Vico (Buenos Aires: Claridad, 1946), 50.

101. Giambattista Vico, *Obras II Retórica (Instituciones de Oratoria)*, ed. Francisco J Navarro Gómez, Autores, textos y temas (Barcelona: Fundación Studia Humanitatis, 2004), 99.

102. Ibid., 100.

103. Ibid., 100.

104. Ibid., 100.

rayos de la guerra", pues tal como el rayo en un instante aterroriza, hiere y abate, así los Escipiones fueron el terror, la ruina y la destrucción para los cartagineses<sup>105</sup>.

Argumenta que son más brillantes las metáforas consistentes en verbos que en nombres: como "favorecen tal empresa", "fluctúa en el calor de su ira" y más consistentes en nombres adjetivos que en sustantivos, como "mente férrea", "feliz cosecha".

Sostiene que una metáfora cuanto más modesta es goza de mayor encanto, y es modesta —siguiendo a Cicerón— cuando muda a un significado extraño más que irrumpir en él, de modo que parece haber derivado espontáneamente y no que se ha visto arrastrada a la fuerza<sup>106</sup>.

#### (b) La metonimia

Es el tropo por el cual se confiere a la causa el nombre del efecto o a lo sustantivo el nombre de lo adjetivo y viceversa: Marte por la guerra, Baco por el vino; pálida muerte, triste vejez, vergonzosa penuria, ya que la muerte hace palidecer y la penuria invita a actos vergonzosos<sup>107</sup>.

También el continente por contenido: Italia por los italianos, ha apurado la pátera por "todo el vino contenido en la pátera" y genéricamente de la señal por la cosa señalada: por ejemplos "las haces" por "la magistratura" o "mayor beneficio aportó a la república Cicerón con su toga que Pompeyo con su sayo militar". También incluye Vico dentro de la simultaneidad de sucesos una mezcla de metonimia y sinécdoque: la "tercera cosecha" por el "tercer verano" 108.

```
105. Ibid., 101.
```

<sup>106.</sup> Ibid., 101.

<sup>107.</sup> Ibid., 102.

<sup>108.</sup> Ibid., 102.

### (c) La sinécdoque

Es el tropo en que se expresa el todo por la parte y viceversa. Aclara que "todo" es algo universal, algo esencial, integral: "mortales" por "hombres"; "Mirto" por cualquier mar; "Austro" por cualquier viento; "plata" por "dinero"; "hierro" por "armas"<sup>109</sup>.

Otros ejemplos: "popa" por nave; "punta" por "espada"; "techo" por "casa", "cabeza" por "hombre"; también el singular por el plural y el plural por el singular, como —por modestia— dicen los latinos en primera persona "nosotros" por "yo"<sup>110</sup>.

También el empleo de números redondos por uno mayor o menor, como dijo Livio: "Calcis, el célebre puerto de las mil naves de Agamenón", naves cuyo número Homero, en cambio, cifra en ochenta y seis; o de lo infinito por lo finito, como "innumerables enemigos" por "muchísimos", o de lo finito por lo infinito, como "seiscientos ejemplos" por "innumerables"<sup>111</sup>.

#### (d) La ironía

Es el tropo por el que estamos pensando justo lo contrario de lo que decimos. Dice Vico que se desarrolla con elegancia mediante las partículas "evidentemente" y "en verdad", ilustrándolo con citas de Virgilio<sup>112</sup>.

#### (e) La Ciencia Nueva

109. Ibid., 103.

110. Ibid., 103,104.

111. Ibid., 104.

112. Ibid., 104.

Ya con el libro "Principios de una Ciencia Nueva", en su primera versión datada en 1725<sup>113</sup> es que Vico renueva el campo de la retórica y, yendo mucho más allá, como indica el nombre abreviado de la obra, provoca toda una original concepción filosófica. La "ciencia nueva" de Vico opone a la metafísica tradicional y al racionalismo cartesiano el bosquejo de un nuevo método del pensamiento científico que al mismo tiempo toma la forma de un restablecimiento de la tradición humanista<sup>114</sup>.

Especialmente en lo que a nuestro estudio se refiere, Vico se remonta a las fábulas o primeros hablares de hombre y, dentro de lo que clasifica en siete principios de la oscuridad de las fábulas explica el de la "metamorfosis": si los hombres primitivos no supieren explicar que un cuerpo cobró la propiedad de otro cuerpo de especie diversa, por lo cual haya perdido la correspondiente a su especie, dado que no saben abstraer las propiedades de sus sujetos, imaginarán haberse un cuerpo cambiado en otro. Así, para significar que una mujer, antes errante, se detuvo luego en cierto lugar, sin nueva mudanza, imaginarán que tal mujer se haya trocado en planta, con el mismo modo de pensar que a buen seguro motivó las metáforas plantarse (por permanecer quieto), plantas de una casa (los fundamentos o cimientos) y sobre todo las plantas de familias, sus árboles o troncos genealógicos<sup>115</sup>. Estas conclusiones viquianas, por ejemplo, pueden ser entendidas como el germen (valga la metáfora) de la metáfora conceptual "LOS SISTEMAS ABSTRACTOS SON PLANTAS" aspecto que se desarrollará más adelante.

<sup>113.</sup> Giambattista Vico, *Principios de Una Ciencia Nueva en Torno a la Naturaleza Común de las Naciones*, trans. José Carner (México: Fondo de Cultura Económica, 2006).

<sup>114.</sup> Ernesto Grassi, Vico y el Humanismo Ensayos Sobre Vico, Heidegger y la Retórica (Barcelona: Anthropos, 1999), 17.

<sup>115.</sup> Vico, Principios de Una Ciencia Nueva en Torno a la Naturaleza Común de las Naciones 189.

De estas metamorfosis surgen entonces las metáforas<sup>116</sup>. La metáfora es el más luminoso de los tropos, tanto más verdadera cuanto más "a las cosas sin sentido dan sentido y pasión"; de manera que toda metáfora así hecha llega a constituir una "pequeñísima fábula"<sup>117</sup>. En efecto, es digno de observar que en todas las lenguas, la mayor parte de las expresiones en torno a las cosas inanimadas están hechas con transportes del cuerpo humano y sus partes, y de los sentidos humanos y de las pasiones humanas: "cabeza" por cima y principio; "frente" y "espaldas" adelante y detrás; "boca", toda abertura; "labio", borde de un vaso; "diente" de arado, de rastrillo, de sierra, de peine; "barbas", las raíces; "fauces" o "gargantas" de ríos o montes; "brazos" de río; "mano" por pequeño número; "seno de mar", el golfo; "flancos" o lados, los rincones; "carne" y "huesos" de fruta; "planta" por base, o sea fundamento<sup>118</sup>.

Este análisis viquiano demuestra que los tropos, más que ingeniosas invenciones de los escritores, han sido medios necesarios de explicarse de las primeras comunidades y que, en su origen, han tenido toda su propiedad nativa<sup>119</sup>. Por tanto la metáfora es la forma originaria de elevar lo particular a lo universal mediante la representación figurativa, para alcanzar una revelación inmediata del conjunto<sup>120</sup>. No obstante, se convierten en transportes cuando con el progreso de la mente humana se hallaron las voces significativas de formas abstractas. Descubre Vico de este este modo la falsedad del lenguaje llamado figurado según la retórica tradicional, como si fuera sobrepuesto al lenguaje natural, y rebate los

- 116. Sorrentino, La Retórica y la Poética de Vico, 107.
- 117. Vico, Giambattista, Ciencia Nueva (Madrid: Tecnos, 1995), 197.
- 118. Sorrentino, La Retórica y la Poética de Vico 107. Vico, Giambattista, Ciencia Nueva, 198.
- 119. Sorrentino, La Retórica y la Poética de Vico, 110.
- 120. Grassi, Vico y el Humanismo Ensayos Sobre Vico, Heidegger y la Retórica, 31.

dos comunes errores de los gramáticos: que el habla de los prosistas sea adecuada, e inadecuada la de los poetas<sup>121</sup>.

"Lógica" dice Vico, viene de la voz  $\lambda$ óγος que primeramente significó "fábula" y fábula en griego se dice también  $\mu$  $\hat{v}$ νος, de donde habría pasado al latín "mutus" Aquí se revela que la fábula fue mental antes que vocal o articulada, y  $\lambda$ óγος significó tanto "idea" como "palabra": en esto hay que buscar el primer acto lingüístico de los hombres primitivos que no tenían lenguaje y que debían explicarse por señas 123. De la mímica se pasó a la onomatopeya y ésta progresó a la lengua articulada, cuyo cuerpo se fue formando con metáforas activas, imágenes vivas, similitudes evidentes, comparaciones erróneas, expresiones por los efectos y por las causas, por las partes y por el todo: material nacido para hacerse entender quien no sabe designar las cosas con las voces adecuadas 124.

Encontrada la nueva ruta, que vuelve la retórica, la lingüística, la gramática y la sintaxis a las profundidades de la psiquis humana, hasta convertirse, todas ellas, en partes de una totalidad inseparable del espíritu, Vico, consciente de haber formado un nuevo gran sistema, lanza el grito triunfal que anuncia el descubrimiento del genio y proclama la rebelión al pasado; reprocha su formalismo a los antiguos tratadistas llegando a la conclusión de que ellos son esclavos de las categorías aristotélicas, "como si los pueblos que hallaron las lenguas hubieron de ir antes a la escuela de Aristóteles"<sup>125</sup>.

La resultante del pensamiento elaborado es que las letras y las lenguas y, en consecuencia, la retórica y la lingüística, constituyen un

- 121. Sorrentino, La Retórica y la Poética de Vico, 110.
- 122. Vico, Giambattista, Ciencia Nueva, 195.
- 123. Ibid., 195.
- 124. Sorrentino, La Retórica y la Poética de Vico, 112.
- 125. Vico, Giambattista, Ciencia Nueva 228. Sorrentino, La Retórica y la Poética de Vico, 115.

todo espiritual y no separable, por medio de esquemas y de distinciones formales, como se había practicado hasta entonces, incluso por el mismo autor<sup>126</sup>. Desde esta visión viquiana, la metáfora representa la estructura fundamental del lenguaje; nunca llega a ser un disfraz fantástico para las ideas, sino que es la fuente de nuevos argumentos para la inferencia<sup>127</sup>. En esto deviene la inclusión de Vico como antecedente histórico fundamental: donde la metáfora no es algo ajeno, o meramente ornamental, sino ineludible herramienta argumental del lenguaje jurídico. Para Vico, la jurisprudencia halla sus principios en la tradición literaria 128. A esta función de establecer relaciones Vico la denomina "acto del ingenio" 129. Afirma en el mismo sentido: "El ingenio es la facultad de reunir en una sola las cosas separadas y distintas"130. Esta facultad ingeniosa asume la importante función de proporcionar argumentos que el proceso racional no es capaz de encontrar por sí mismo<sup>131</sup>. A su vez, dicha facultad ingeniosa es un requisito del pensamiento metafórico: "en las frases ingeniosas prevalece la metáfora" 132. Sobre la base de esta facultad, la fantasía confiere significados a las percepciones sensibles, de ahí que Vico sostenga que el primer lenguaje fue un lenguaje de fantasía, o con otras palabras, que los primeros pueblos fueron poetas <sup>133</sup>.

"El pensamiento racional (en el sentido tradicional) consiste en conectar (*legein*) y abstraer para determinar los fenómenos sensibles en

126. Ibid., 115.

127. Grassi, Vico y el Humanismo Ensayos Sobre Vico, Heidegger y la Retórica, 36.

128. Sorrentino, La Retórica y la Poética de Vico, 240.

129. Grassi, Vico y el Humanismo Ensayos Sobre Vico, Heidegger y la Retórica, 24.

130. Ibid., 25. Vico, Giambattista, Ciencia Nueva, 206.

131. Grassi, Vico y el Humanismo Ensayos Sobre Vico, Heidegger y la Retórica, 25.

132. Vico, Giambattista, Ciencia Nueva, 25.

133. Ibid., 133.

relación con los principios universales y necesarios y para justificar o explicar las definiciones correspondientes. Vico opone a este proceso de pensamiento el pensamiento metafórico. Este también es un proceso de combinación, de conexión y de abstracción, pero no de naturaleza racional. La visión ingeniosa de relaciones entre fenómenos sensibles, que es el presupuesto de la metáfora, representa el aspecto primario de la combinación, el aspecto característico de la agudeza"<sup>134</sup>.

Paradójicamente Vico sostenía que mientras la metáfora era el elemento cognitivo que "encola" todo el sistema de pensamiento cultural, ella es, a la vez, la vía de salida de este sistema, porque es el producto de la fantasía humana: ella predispone a los seres humanos a crear continuamente metáforas nuevas<sup>135</sup>.

Siguiendo a Grassi señalamos que los temas principales del humanismo, es decir, la reinterpretación y afirmación del "sentido común", el análisis del hombre como sujeto que ha de hacer frente a la tarea de definir y modificar la realidad sobre la base de modelos a descubrir, el rechazo de la prioridad de los procesos del pensamiento racional y de su lenguaje, alcanzan su expresión filosófica más alta con Vico: "la suya es una defensa de un tradición a la que no se había prestado atención desde Descartes"<sup>136</sup>.

## 5. Lakoff y Johnson

All thinking... is metaphorical

Robert Frost, Education by Poetry

134. Grassi, Vico y el Humanismo Ensayos Sobre Vico, Heidegger y la Retórica, 37.

135. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 32.

136. Grassi, Vico y el Humanismo Ensayos Sobre Vico, Heidegger y la Retórica, 37.

El diccionario de la Real Academia Española define a la metáfora: "tropo que consiste en trasladar el sentido recto de las voces a otro figurado, en virtud de una comparación tácita, v gr.: Las perlas del rocío; la primavera de la vida; refrenar las pasiones".

En un sentido tradicional, como por ejemplo el utilizado en el diccionario, la metáfora cumpliría cinco funciones: 1) la metáfora es una propiedad de las palabras; es un fenómeno lingüístico; 2) Se usa con un propósito artístico o retórico; 3) está basada en la relación entre dos entidades que son comparadas e identificadas; 4) se emplea en forma conciente y deliberada y solo grandes escritores u oradores pueden ser maestros (Aristóteles); 5) es un figura del lenguaje de la que puede prescindirse. <sup>137</sup>

George Lakoff, profesor de lingüística e investigador de la Universidad de Berkeley y Mark Johnson, profesor de filosofía de la Universidad de Oregon, desafiaron en la década de 1980 esta visión restringida de la metáfora afirmando que: 1) la metáfora es una propiedad de los conceptos y no de las palabras 2) la función de la metáfora es entender mejor ciertos conceptos y no sólo perseguir un propósito artístico o estético; 3) la metáfora muchas veces no se basa en la comparación y similitud 4) la metáfora es usada sin esfuerzo en la vida diaria por gente común y no sólo talentosa y 5) la metáfora, más que un ornamento lingüístico superfluo es un proceso inevitable del pensamiento humano y del razonamiento. 138

En la era posmoderna, entonces, los filósofos del lenguaje, particularmente aquellos fuera de la tradición analítica, tienden a considerar de primordial importancia a lo metafórico. Esta tendencia, sin embargo —y como vimos— no es completamente nueva, ya que

<sup>137.</sup> Zoltan Kovecses, *Metaphor: A Practical Introduction* (Oxford University Press, USA, 2002), ix.

<sup>138.</sup> Ibid., x.

reconoce sus raíces, si bien remotas, en Giambattisa Vico y su Ciencia Nueva. 139

También otros filósofos se han ocupado de la cuestión, como Kant y Locke. 140

Pero lo que es novedoso es que ahora se trata de una teoría comprehensiva, generalizada y empíricamente comprobada.<sup>141</sup>

Este estudio es demostrativo de la extensión de esta teoría a nuevos campos argumentales, como el Derecho. La metáfora, además de ser estudiada por filósofos, retóricos, psicólogos y lingüistas como Aristóteles, Hume, Locke, Vico, Herder, Cassirer, Buhler, I. A. Richards, Whorf, Goodman y Max Black, también es materia de investigación de científicos cognitivos y en un número cada vez mayor. 142

Debemos señalar que los presupuestos de la retórica tradicional son los que la semántica moderna de la metáfora cuestiona<sup>143</sup>. La metáfora implica una semántica de la frase antes que implicar una semántica de la palabra. La metáfora no tiene sentido sino en enunciado: cuando el poeta habla de "azules ángeles", de "mantos de dolor" pone dos términos en tensión, que I. A. Richards llama el "tenor" y el "vehículo", sólo por cuya unión se constituye la metáfora<sup>144</sup>.

A partir de estos cambios, y en la poderosa corriente cognitiva, Lakoff y Johnson reafirman que la metáfora no es sólo un rasgo del lenguaje, de la expresión, sino que nuestra forma de pensar es en sí misma principalmente metafórica. Abarca pues la vida cotidiana,

139. Kirby, "Aristotle on Metaphor".

140. Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction xii.

141. Ibid., xii.

142. Ibid., xii.

143. Paul Ricoeur, Hermenéutica y Acción: De la Hermenéutica del Texto a la Hermenéutica de la Acción (Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina; Prometeo Libros, 2008), 24.

144. Ibid., 24.

incluyendo el pensamiento y la acción. Afirman así que nuestro sistema conceptual ordinario es fundamentalmente de naturaleza metafórica. 145

Realizaron un estudio verdaderamente viquiano en lingüística del nexo que coliga metáfora, pensamiento y lenguaje 146.

Ejemplifican lo que significa un concepto metafórico y que ese concepto estructura nuestra actividad, con el concepto "discusión" (argument en inglés) y la metáfora conceptual "UNA DISCUSIÓN ES UNA GUERRA"<sup>147</sup>. Esta metáfora, se refleja en nuestro lenguaje de muchas formas: "tales afirmaciones son indefendibles"; "atacó todos los puntos débiles de mi argumento"; "destruí su argumento"; "nunca le he vencido en una discusión"; "si usas esa estrategia, te aniquilará". En una revisión posterior, Lakoff y Johnson aclararon que el concepto más adecuado, venido de la niñez, es "UNA DISCUSIÓN ES UNA PELEA" y que luego, con el crecimiento, es que aprendemos más sobre la extensión de la violencia a batallas y guerras<sup>149</sup>.

Señalan que la esencia de la metáfora es entender y experimentar un tipo de cosa en términos de otra. 150

Sostienen que como las expresiones metafóricas se encuentran vinculadas con conceptos metafóricos de una manera sistematizada, se

- 145. George Lakoff y Mark Johnson, *Metáforas de la Vida Cotidiana*, Colección Teorema (Madrid: Catedra, 2004), 39.
- 146. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 28.
- 147. El uso de pequeñas letras mayúsculas o versalitas -lo que se va a reiterar muchas veces a lo largo del libro- indica que la oración no ocurre en el lenguaje como tal pero subraya conceptualmente todas las expresiones metafóricas incluibles dentro de la oración.
- 148. Lakoff y Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana, 40.
- 149. George Lakoff y Mark Johnson, *Metaphors We Live by* (Chicago: University of Chicago Press, 2003), 265.
- 150. Lakoff y Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana, 41.

puede estudiar la naturaleza de estos conceptos para comprender la naturaleza metafórica de nuestras actividades.<sup>151</sup>

A este fin, consideraron el concepto metafórico con el siguiente ejemplo "EL TIEMPO ES DINERO": "me estás haciendo perder el tiempo"; "esto te ahorrará horas"; "no tengo tiempo"; "¿en qué gastas el tiempo?"; "He invertido mucho tiempo en ella"; "no dispongo de tiempo"; "estás terminando con tu tiempo"; "tienes que calcular el tiempo"; "¿te sobra mucho tiempo?". 152

Así pues al actuar como si el tiempo fuese una cosa valiosa concebimos el tiempo de esa misma manera. De las expresiones anotadas, algunas se refieren específicamente al dinero (gastar, invertir, calcular), otras a recursos limitados (usar, agotar) y otras a cosas valiosas (tener, dar, perder). 153

Además de estas metáforas estructurales, Lakoff y Johnson hacen mención a las metáforas orientacionales, que tampoco son arbitrarias sino que encuentran sustento en nuestra experiencia física y cultural: FELIZ ES ARRIBA, TRISTE ABAJO (eso me levantó el ánimo; caí en una depresión) señalando en la base física que una postura inclinada acompaña característicamente a la depresión y una erguida a un estado emocional positivo. <sup>154</sup> Así también lo consciente es arriba y lo inconsciente abajo; salud y vida son arriba, enfermedad y muerte abajo; tener control o fuerza es arriba (tengo control sobre él; estoy por encima de la situación; está en una posición superior), estar sujeto a control o fuerza es abajo; más es arriba, menos es abajo (mis ingresos se elevaron); un status elevado es arriba; un status bajo es abajo; lo bueno es arriba, lo malo, abajo (el año pasado alcanzamos un pico, pero hemos ido cuesta

<sup>151.</sup> Ibid., 43.

<sup>152.</sup> Ibid., 44.

<sup>153.</sup> Ibid., 45.

<sup>154.</sup> Ibid., 50,51.

abajo desde entonces); la virtud es arriba (tiene pensamientos elevados), el vicio es abajo (un truco bajo; yo no me rebajaría a eso); lo racional es arriba; lo emocional es abajo (dejamos nuestros sentimientos a un lado y mantuvimos una discusión de alto nivel intelectual sobre el tema). <sup>155</sup>

Así es que el proceso metafórico para estos autores reside en la transformación de las experiencias "vividas" en *esquemas* de pensamiento abstractos. Por ejemplo, el sentido físico de orientación "*arriba*" y "*abajo*" constituye una realidad vivida; y es propiamente esta realidad la que viene a ser transformada en un esquema de pensamiento que permite comprender fenómenos más abstractos<sup>156</sup>.

"Expresiones como perder el tiempo, atacar posiciones, ir por caminos distintos, etc., son reflejo de conceptos metafóricos sistemáticos que estructuran nuestras acciones y nuestros pensamientos. Están «vivos» en el sentido más fundamental: son metáforas mediante las que vivimos. El hecho de que estén fijadas convencionalmente al léxico de nuestra lengua no las hace menos vivas" 157.

También mencionan metáforas ontológicas: de sustancia y entidad. "Entender nuestras experiencias en términos de objetos y sustancias nos permite elegir partes de nuestra experiencia y tratarlas como entidades discretas o sustancias de un tipo uniforme. Una vez que hemos identificado nuestras experiencias como objetos o sustancias podemos referirnos a ellas, categorizarlas, agruparlas y cuantificarlas —y, de esta manera, razonar sobre ellas". Dentro de las metáforas ontológicas encontramos aquellas en las que el objeto físico se especifica como una

<sup>155.</sup> Ibid., 52,54.

<sup>156.</sup> Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 28.

<sup>157.</sup> Lakoff y Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana, 95.

<sup>158.</sup> Ibid., 63.

persona, por ejemplo, "este hecho habla en contra de las teorías" o "la vida me ha estafado". 159

Debe señalarse que los autores hicieron posteriormente unas correcciones y aclaraciones, mencionando que la división de las metáforas en tres tipos: orientacionales, ontológicas y estructurales era artificial 160. Todas las metáforas son estructurales (en cuanto mapean de estructura a estructura); todas son ontológicas (en tanto crean entidades de dominio meta) y algunas son orientacionales (en cuanto mapean "esquemas imaginarios" orientacionales) 161. Para explicar cómo la metáfora llega a formarse en la mente Lakoff y Johnson adoptaron la visión gestáltica, obra del movimiento intelectual alemán denominado psicología de la forma o simplemente Gestalt, de comienzos del siglo XX 162. Estas formas gestálticas, son esquemas de pensamiento derivados de experiencias vividas 163.

Lo que proponen estos autores es que al hablar (o al escribir) frecuentemente utilizamos expresiones tomadas de otros ámbitos, estas metáforas no son aisladas sino que responden a todo un conjunto metafórico para un mismo concepto.

Como ejemplifican para el idioma español José Antonio Millán y Susana Narotzy en la introducción al libro comentado: "EL DISCURSO O EL DISCURRIR ES UN HILO". Dependiendo de la naturaleza del concepto, la metáfora recoge el aspecto de DIRECTRIZ (tipo «hilo de Ariadna»), de MATERIA PRIMA para elaboraciones complejas, o de SOPORTE en el que engarzan otros elementos (que además deberán ser objetos físicos).

```
159. Ibid., 71.
```

<sup>160.</sup> Lakoff y Johnson, , Metaphors We Live by, 264.

<sup>161.</sup> Ibid., 264.

<sup>162.</sup> Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje 54, 55.

<sup>163.</sup> Ibid., 55.

"Apiadado, me apresuré a cortar el hilo de sus tristes pensamientos". "Al hilo de lo que iba diciendo". "Es muy disperso, le falta un hilo conductor" (con distintos comportamientos): "Fulano hila muy fino". "Ese es un argumento retorcido". "Y este era el nudo de todo el asunto. A ver si lo desenmarañás" (como elemento de unión): "Atando cabos". "Enlazando con lo que has dicho antes". "Apenas he podido hilvanar unas cuantas ideas" (materia prima para elaboraciones complejas): "Urdió un buen pretexto". "No sé lo que tramas". "Devanarse los sesos". "La trama de la novela tiene un desenlace perfecto, sin cabos sueltos". "Ya empieza con sus tejemanejes..." 164.

Este reconocimiento de un conjunto de relaciones comunes en el seno de entidades diferentes se lo ha calificado como isomorfismo. <sup>165</sup> Por lo general, la metáfora supone la existencia de un isomorfismo entre sus dos términos. <sup>166</sup> La afirmación sustantiva de Lakoff y Johnson es que estos procesos influyen en la percepción de los hechos: que la drogadicción sea una "enfermedad", un "delito" o una "plaga", es algo que tiene indudables consecuencias; <sup>167</sup> y eso es precisamente a lo que dirigimos nuestro trabajo, analizando su utilización en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A su vez, Lakoff y Johnson se refieren también a la metonimia, diferenciándola de la metáfora, en cuanto aquélla utiliza una entidad para referirse a otra, pero que están relacionadas: "Le gusta leer al Marques de Sade" (= las obras del Marqués); "Está en la danza" (= la profesión del baile); "El acrílico ha tomado posesión del mundo del arte" (= el uso de la pintura acrílica). Incluyen como un caso especial de metonimia a lo que los retóricos llamaban sinécdoque, en la cual se toma

164. Lakoff y Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana, 15.

165. Ibid., 16, Introducción de Millán y Narotzky.

166. Ibid., 17.

167. Ibid., 24.

la parte por el todo: "Hay muchas buenas cabezas en la Universidad" (=gente inteligente).  $^{168}\,$ 

Estas metonimias también estructuran nuestros pensamientos, actitudes y acciones y, como los conceptos metafóricos, se fundan en la experiencia. 169

También los símbolos religiosos conforman un caso especial de metonimia, así la paloma por el Espíritu Santo: la paloma se concibe como hermosa, amistosa, amable y por encima de todo pacífica. Como pájaro, su hábitat natural es el cielo, que metonímicamente representa el Cielo, hábitat natural del Espíritu Santo. La paloma es un ave que vuela con gracia, planea tranquilamente y característicamente se la ve venir del cielo y posarse sobra la tierra, entre la gente. 170

Se ha advertido que la metonimia se manifiesta no sólo en el lenguaje sino también en tradiciones y esquemas institucionales simbólicos: por ejemplo que los retratos se basan en la representación de la cara del sujeto, en el hecho de que se enjuicia a una persona en relación con su rostro ("a primera vista"); en las máscaras para representar cualquier personaje o figura alegórica<sup>171</sup>.

Una metáfora funciona cuando cumple un objetivo, a saber, entender un aspecto del concepto.

El pensamiento metafórico es, entonces, algo que importa. Puede decidir diversas cuestiones, incluyendo la guerra y la paz, la política económica y las decisiones judiciales. <sup>172</sup> El corazón de la metáfora es la inferencia. La misma va desde el dominio sensorial y motriz (espacios, objetos), que se denomina "dominio fuente" hacia otros dominios (como

```
168. Ibid., 73,74.
```

169. Ibid., 77.

170. Ibid., 78.

171. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 47.

172. Lakoff y Johnson, , Metaphors We Live by, 243, Afterword.

por ejemplo el de juicios subjetivos, con conceptos como intimidad, justicia), que se llama "dominio meta" o destino.

Y precisamente —y de ahí su enorme importancia—, como razonamos en términos de metáforas, las metáforas usadas determinan una forma de acordar, de entender, cómo vivimos nuestras vidas.<sup>173</sup>

Vale decir, el pensamiento no es originariamente lingüístico y proposicional sino corporizado e imaginativo; el lenguaje no es ni enteramente arbitrario ni socialmente contingente, sino que está "encarnado" y motivado por nuestras interacciones con el mundo físico y social.<sup>174</sup>

Y decimos que revela que el pensamiento es *imaginativo* en el sentido de que los conceptos que no están directamente basados en la experiencia implican a la metáfora, o sea, a la figuración mental<sup>175</sup>. Es esta capacidad imaginativa la que permite el pensamiento abstracto y desplaza la mente mas allá de aquello que podemos ver o sentir: tal pensamiento tiene, por lo tanto, una estructura global que va más allá del simple juntar bloques de construcción conceptual mediante reglas generales<sup>176</sup>.

El acercamiento al estudio del lenguaje figurado iniciado por Lakoff y Johnson llevó a la fundación de una nueva rama de la lingüística: la lingüística cognitiva<sup>177</sup>.

En definitiva, estos autores, en una revisión posterior de su obra, presentaron una serie de conclusiones:

-Las metáforas son fundamentalmente conceptuales por naturaleza; el lenguaje metafórico es secundario.

173. Ibid., 244.

174. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind.

175. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 29.

176. Ibid., 29.

177. Ibid., 29.

- Las metáforas conceptuales están fundamentadas en la experiencia cotidiana.
- El pensamiento abstracto es ampliamente, aunque no totalmente, metafórico.
- -El pensamiento metafórico es inevitable, ubicuo y mayormente inconsciente.
- -Los conceptos abstractos tienen un núcleo literal pero son ampliados por las metáforas, usualmente por varias metáforas mutuamente inconsistentes.
- -Los conceptos abstractos no son completos sin las metáforas. Por ejemplo, el amor no es amor sin las metáforas de magia, atracción, locura, unión, etc.
- -Nuestros sistemas conceptuales no son del todo consistentes, desde que las metáforas utilizadas para razonar sobre conceptos pueden ser inconsistentes.
- -Vivimos nuestras vidas sobre las bases de inferencias que derivan de la vía metafórica  $^{178}$ .

## III. La Corte piensa metafóricamente

## 1. El pensamiento metafórico es imaginativo

La poesía incrementa el sentimiento de la realidad Wallace Stevens, Adagia

Toda metáfora, en su origen, es el producto de una intuición imaginativa<sup>179</sup>.

Que el pensamiento humano sea irreductiblemente imaginativo, asociativo y analógico en vez de representacional y proposicional<sup>180</sup>, no significa que sea puramente subjetivo, arbitrario o radicalmente indeterminado, sino que está delimitado por la naturaleza sistemática de los procesos conceptuales: en la terminología cognitiva, la racionalidad humana es "motivada", o para decirlo paradojalmente: "una racionalidad imaginativa es indeterminada de manera más o menos predecible" <sup>181</sup>.

Para Ricoeur, la imaginación no consiste en la capacidad de crear o inventar nuevas representaciones simbólicas sino en la habilidad de generar y relacionar imágenes mentales<sup>182</sup>. La metáfora es entonces esa operación cognitiva: un proceso por el cual la mente proyecta un mapa conceptual de un dominio del conocimiento a otro<sup>183</sup>.

```
179. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 53.
```

<sup>180.</sup> Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind, 5.

<sup>181.</sup> Ibid., 7.

<sup>182.</sup> Ibid., 65.

<sup>183.</sup> Ibid., 65.

Es que la metáfora, aunque enraizada en la experiencia, es imaginativa: florece desde nuestra propia capacidad para ver una cosa como otra, dándonos pies y ojos para ir saltando de aquí para allá<sup>184</sup>.

La metáfora es tanto una proyección como una expansión<sup>185</sup>. Una proyección porque los vínculos y relaciones internas del "dominio fuente", como la experiencia de manipular objetos físicos, son "llevados", "trasladados" "proyectados" a un "dominio meta", como el de las operaciones intelectuales<sup>186</sup>. Y también la metáfora es una expansión, cumple una función no-reductiva: si comprender<sup>187</sup> algo es "aprehenderlo", se gana el sentido de "aprehender" sin perder o suplantar su sentido físico <sup>188</sup> ("aprehender", del latín "prehendere" "tomar", "apresar", "agarrar", también "percibir" en su sentido etimológico: del latín *per y capere*: "tomar"<sup>189</sup>).

No se trata tampoco de adherir a la dicotomía racionalista, que por ejemplo opone la lógica a la metáfora, como si fueran antítesis una de la otra, sino que la relación entre la lógica y la metáfora es de "vínculo": la lógica está constituida por la metáfora<sup>190</sup>. La lógica no es la verdad sobre el mundo cuya validez es coincidentemente reafirmada por la metáfora; la "verdad" de la lógica es, más bien, una función del propio proceso de conocimiento humano<sup>191</sup>. Es que, como producto de la mente humana, la lógica está estructurada de la misma manera que otros conceptos están

184. Berger, "What Is the Sound of a Corporation Speaking? How the Cognitive Theory of Metaphor Can Help Lawyers Shape the Law", 170.

185. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind, 65.

186. Ibid., 65.

187. grasp en el inglés original

188. Winter, Ibid., 65.

189. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje 51, 52.

190. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind, 58.

191. Ibid., 58.

formados: esto es, de manera imaginativa y metafórica. En otras palabras, la metáfora no verifica si nuestro razonamiento es verdadero o correcto, lo que hace es explicar por qué razonamos de la manera en que lo hacemos<sup>192</sup>.

Las investigaciones en las últimas dos décadas sobre la metáfora llevan a concluir que hay un vínculo estrecho entre lo concreto y lo abstracto y que, antes que una organización jerárquica de los conceptos, hay una interconexión entre los diversos niveles conceptuales que nuestra mente produce. Esto significa que cada nueva situación, distinta de la anterior, plantea la formación de nuevas modalidades de respuesta conceptual al ambiente y de nuevas habilidades de modificación verbal en respuesta al *input* ambiental<sup>193</sup>.

Desde esta perspectiva, las "categorías" tradicionales, desde una perspectiva racionalista, marcan límites bien definidos para incluir o excluir. Sin embargo, en el mundo real no siempre se puede ser tan "categórico"; piénsese en las categorías de "los hombres altos" o la dicotomía "día y noche", que falla en representar adecuadamente los estados intermedios del "alba" o del "crepúsculo" 194.

Por lo tanto, el descubrimiento de que la racionalidad humana está "encarnada" pone en crisis la dicotomía mente/cuerpo<sup>195</sup>. De manera pues que entender la importancia cognitiva de la metáfora nos conduce al colapso de la distinción entre "realidad" e "imaginación" <sup>196</sup>.

# 2. Funciones de la metáfora en la argumentación jurídica

192. Ibid., 58.

193. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 34.

194. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind, 63.

195. Ibid., 64.

196. Ibid., 64 \ autor que además menciona similitudes con otros idiomas \ .

General propositions do not decide concrete cases
Holmes

No se suele asociar la metáfora al mundo del Derecho. Al menos desde la perspectiva tradicional. Quizás consecuencia del triunfo racionalista-cartesiano que ha relegado el uso metafórico, del Iluminismo del siglo XVIII al que hicimos referencia al hablar de "literatura" que la percibe como algo del mundo artístico o estético, lo cierto es que se la ve como ajena al ámbito jurídico y, en todo caso, con disfavor.

Tomemos por ejemplo el caso de Benjamin Nathan Cardozo. Vimos que fue uno de los precursores en el campo de Derecho y Literatura. Sin embargo, y a pesar de ese acercamiento, Cardozo era mas bien escéptico sobre la utilización de la metáfora en el Derecho. Así pues expresó en un caso, como juez, que el problema de relación entre corporaciones madres y subsidiarias "sigue envuelto en las nieblas de la metáfora" y "las metáforas en Derecho deben ser miradas restrictivamente, pues comienzan como recursos para liberar el pensamiento pero usualmente terminan por esclavizarlo" Pese a tal crítica ha necesitado emplear metáforas, como la niebla o la esclavitud para fundamentar su postura.

En cambio, James Boyd White, ya buscó su importancia al referir que existen tres formas principales por las cuales los escritores mantienen el control sobre el lenguaje empleado: la metáfora, la ironía y la ambigüedad<sup>198</sup>. Aunque como vimos éstas suelen llamarse en la retórica tradicional "figuras" del lenguajes o tropos, White prefiere pensarlas como "relaciones que el escritor establece con el lenguaje"<sup>199</sup>.

197. Berkey v. Third Avenue Railway Co 244 N.Y. 602 (1927): "The whole problem of the relation between parent and subsidiary corporations is one that is still enveloped in the mists of metaphor".

198. White, The Legal Imagination, 47.

199. Ibid., 47.

Aun asumiendo este autor que pareciera que en el lenguaje legal no se dan usualmente este tipo de relaciones, pues el abogado debe "decir" y no "sugerir", o decirlo en forma "directa" y no "irónicamente", lo cierto es que sostiene que al analizar como otros han controlado su lenguaje puede ser de ayuda para el profesional del Derecho. Menciona también que este tipo de relaciones tampoco están ausentes de la Constitución, de la ley y de los tribunales<sup>200</sup>.

Específicamente, y con relación a la metáfora, White sigue a Robert Frost, calificándola como "decir una cosa y significar otra", para lo cual cita como ejemplo la poesía de William Blake *The Sick Rose*<sup>201</sup>.

Otro ejemplo que toma White sobre la escritura metafórica es el empleo que hace Melville sobre la ballena en Moby Dick. ¿Qué significa la ballena blanca en el libro? ¿Qué significa para Ahab?; y cualquiera que fuese la respuesta, la ballena claramente es mucho más que una fuente potencial para hacerse de aceite<sup>202</sup>.

White se pregunta finalmente si hay alguna manera de expresar esta forma de lenguaje metafórico en el ámbito jurídico, si es un aspecto que se encuentra presente o silenciado en la actuación del abogado<sup>203</sup>.

Ahora bien, estas referencias ejemplificadores iniciales a dos hombres del Derecho del siglo pasado, deben ser tamizadas a la luz de lo que la corriente cognitiva viene desarrollando en el campo de la metáfora. Es que el Derecho no es (ni podría ser) ajeno a estos cambios. Los avances en las ciencias cognitivas desde el último cuarto de siglo

200. Ibid., 47.

201. O Rose, thou art sick!/The invisible worm/That flies in the night,/In the howling storm,/Has found out thy bed/Of crimson joy;/And his dark secret love/Does thy life destroy. La traducción -siempre imperfecta-: "¡Rosa, estás enferma/El gusano oscuro/ que vuela en la noche,/en el trueno brusco,/descubrió tu lecho/de tan roja dicha/y su negro amor secreto/te destruye la vida" (versión tomada del libro de Harold Bloom: "Cómo leer y por qué", Editorial Norma, Bogotá, 2000).

202. Ibid., 48.

203. Ibid., 54.

pasado han permitido demostrar que el razonamiento no es lineal en la medida en que la mayoría de los juristas y doctrinarios presentan; más bien el razonamiento es imaginativo y descansa sustancialmente en una estructura metafórica.<sup>204</sup>

A partir de estos avances es que el rol de la metáfora en el derecho ha desarrollado un creciente interés en los últimos años, especialmente en Estados Unidos, el que ha sido encarado desde distintas perspectivas, incluyendo la lingüística, la filosofía, la retórica, la literaria y la psicología cognitiva.<sup>205</sup>

Desde la perspectiva cognitiva, los conceptos que no tienen su origen en la experiencia, los denominados "abstractos", emplean para su representación la metáfora, la figuración mental<sup>206</sup>, por lo que el Derecho, en tanto plantea conceptos abstractos necesita de este pensamiento imaginativo. La metáfora permite, por tanto, acceder a gran parte del sistema de significación de una cultura, revelando, por otro lado, que dicho sistema está "empernado" en la experiencia del mundo<sup>207</sup>.

Véase que el propio término "Derecho" es abstracto y se utiliza la metáfora de la personificación para su comprensión: si el Derecho tiene un "cuerpo", tiene entonces un "brazo derecho" que haga cumplir sus órdenes<sup>208</sup>. Así, el "largo brazo de la ley" tiene en la figura de la diosa de la Justicia una imagen de una mujer con los ojos vendados, sosteniendo una balanza en el brazo izquierdo y una espada en el derecho. Esta palabra "Derecho" coincide en la mayoría de los idiomas europeos : en

204. L M Solan, "Cognitive Legal Studies: Categorization and Imagination in the Mind of Law", *Brooklyn L. Rev.* 67 (2002): 941-1291.

205. Michael R Smith, "Levels of Metaphor in Persuasive Legal Writing", Mercer L. Rev. 58 (2006): 919.

206. Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 99.

207. Ibid., 63.

208. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind, 337.

francés, *Droit*; en alemán, *Recht*; y en inglés *legal rights*<sup>209</sup>. "El brazo ejecutor", es un término empleado con frecuencia. Por ejemplo, en el caso "Alejandro Moreno y Jacobo Timerman"<sup>210</sup>, se cita una carta publicada en el semanario "Primera Plana" donde se dijo: "Si toda esta inmoralidad tiene vigencia en nuestra ciudad, y a una obra de arte con transfondo religioso se la proscribe, significa el triunfo de la obscenidad que tiene, en esta justicia sin ojos, su brazo ejecutor" (ver también fallos Dessy y Simón).

La estructura del razonamiento legal al vincular con precisión un problema complejo a una ley, una regla, una categoría y así llegar a una decisión correcta, no resulta suficiente sin embargo para explicar cómo el Derecho va cambiando y se adapta a las nuevas circunstancias de la sociedad<sup>211</sup>. Y así como el desarrollo evolutivo hace que el razonamiento humano sea más bien flexible que rígido, así el pensamiento metafórico conforma una de las principales (pero no única) forma de adaptación de la inteligencia humana<sup>212</sup>.

Y precisamente en el campo del Derecho, la utilización de la metáfora permite adaptar a nuevas realidades leyes dictadas mucho tiempo atrás, sin ir más lejos el texto original de nuestra Constitución Nacional, que se remonta a 1853. Se ha mostrado que la Corte Suprema de Estados Unidos de América usa metáforas para extender categorías legales utilizadas en decisiones previas<sup>213</sup>.

Cumple así la metáfora una función herméutica, de adaptación, como es el caso del "árbol viviente", que luego se analizará con detenimiento.

209. Ibid., 337.

210. Fallos 269:200

211. Steven L Winter, "Re-Embodying Law", Mercer Law Review 58, no. 3 (2007): 869-897.

212. Ibid., 870.

213. Lakoff y Johnson, Metaphors We Live by, 268.

Cuanto mejor entendamos el rol cognitivo de la metáfora mejor entenderemos el Derecho: la metáfora, según la teoría cognitiva, modela nuestro entendimiento, nuestro razonamiento y nuestra ponderación de modos persuasivos e invisibles<sup>214</sup>.

La metáfora tiene el poder de hacer más entendible conceptos abstractos, difíciles. Esta es una función que también puede ser vista como un aporte democratizador al concocimiento del Derecho: son más fáciles de entender las sentencias que cuentan con expresiones metafóricas (pensemos en el "fruto del árbol venenoso" o en la doctrina del "esfuerzo compartido").

Otra de las principales funciones que desempeñan las metáforas es la de brindar coherencia al discurso. La coherencia se sostiene por las concatenaciones metafóricas, por las cuales un concepto asociado a una particular organización lógica del pensamiento nos sugiere otro y así una y otra vez<sup>216</sup>. La coherencia estilística la define Danesi como la "habilidad de navegar mentalmente a través de los diversos dominios que constituyen una red metafórico-cognitiva"<sup>217</sup>. Cuando se escribe de "ideas", la navegación consiste, por ejemplo, en pasar de la metáfora conceptual LAS IDEAS SON ALIMENTOS a la metáfora conceptual LAS IDEAS SON MODA (una idea anticuada, en boga, que marca tendencia). Esto implica que el discurso no es tanto una serie de opciones estructurales, cuanto una red de dominios metafóricos entre los cuales y/ o a través de los cuales navega la mente: cuando en el discurso se cambia de argumento, cognitivamente esto implica pasar de la red de dominios

<sup>214.</sup> Berger, "What Is the Sound of a Corporation Speaking? How the Cognitive Theory of Metaphor Can Help Lawyers Shape the Law", 170.

<sup>215.</sup> Zoltan Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction (Oxford University Press, USA, 2002).

<sup>216.</sup> Danesi, Metáfora, Pensamiento y Lenguaje, 88.

<sup>217.</sup> Ibid., 88.

que constituyen un particular concepto a la red de dominios que constituyen otro concepto $^{218}$ .

Aspecto ciertamente de enorme importancia en la argumentación de las sentencias judiciales.

La coherencia metafórica puede ser tanto "intertextual" como "intratextual". En el primer caso, la coherencia "intertextual" se logra usando una metáfora conceptual particular en diferentes períodos históricos, uno de los mejores ejemplos es cómo varias metáforas bíblicas han sido recicladas en otros tiempos.<sup>219</sup>

Así, un ejemplo intertextual es el empleo en el Antiguo Testamento de "ovejas" no sólo como víctimas de sacrificios<sup>220</sup> sino como metáfora conceptual: "LAS PERSONAS SON ANIMALES"<sup>221</sup> como por ejemplo el pasaje profético de Isaías 53, 7, metáfora que fuera reformulada en el Nuevo Testamento: "He aquí el Cordero de Dios, que quita el pecado del mundo"<sup>222</sup> y también con Jesús como el Buen Pastor, que "da su vida por sus ovejas"<sup>223</sup>, o la parábola de las oveja perdida<sup>224</sup>. Estas metáforas bíblicas se siguen "reciclando" para situaciones de hoy, pleno siglo XXI, como por ejemplo lo toma el Papa Francisco para un discurso a los jueces de la Rota Romana: "...El tercer aspecto es el pastoral. En cuanto expresión de la solicitud pastoral del Papa y de los obispos, al juez se le pide no sólo comprobada competencia, sino también genuino espíritu de servicio. Él es el servidor de la justicia, llamado a tratar y juzgar la situación de los fieles que con confianza se

```
218. Ibid., 88.
```

<sup>219.</sup> Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction.

<sup>220.</sup> Lev 1,10; Núm 6, 12-14

<sup>221.</sup> Ibid.

<sup>222.</sup> Jn 1, 29

<sup>223.</sup> Jn 10, 11

<sup>224.</sup> Lc 15, 4-7

dirigen a él, imitando al buen Pastor que se interesa por la oveja herida..."<sup>225</sup>. Se toma entonces un empleo histórico para trasladarlo al presente: el que acude al Tribunal Eclesiástico es una "oveja herida"<sup>226</sup>.

En los fallos de la Corte, un ejemplo "intertextual" de metáfora podemos hallarlo en el fallo "Emisiones Platenses", donde utilizando la metáfora de la nutrición, y citando doctrina francesa, considera al aporte de la publicidad oficial como un "sustento", "manne" en francés y así asentado en el fallo, que se asimila al "maná" bíblico (considerando 14). Muy interesante pues la metáfora con referencia a la misteriosa comida que en el Antiguo Testamento se la presenta como el alimento enviado por Dios al pueblo de Israel mientras estaba en el desierto (Ex 16, 4-35; Dt 8,3-16; Neh 9,20 Sal 78,24) y hasta que pudieran comer los productos del suelo de Canaán (Jos 5, 12). Ante las murmuraciones del pueblo hambriento (Ex 16, 1-3), Yahvéh promete que hará llover "pan del cielo". ERecibirán también los diarios este aporte económico del Estado como un regalo caído del cielo?

En el caso de la metáfora "intratextual", es la misma metáfora conceptual la que le brinda coherencia a un mismo discurso (sentencia). No necesariamente tiene que ser una metáfora conceptual profundamente arraigada, puede ser lo que se denomina una "analogía metafórica" de cualquier tipo. <sup>228</sup>

225. Discurso del Papa Francisco a los Oficiales del Tribunal de la Rota Romana, con motivo de la inauguración del Año Judicial; Sala Clementina, 24 de enero de 2014:http://www.vatican.va/holy\_father/francesco/speeches/2014/january/documents/papa-francesco\_20140124\_rota-romana\_sp.html

226. El "olor a oveja" frecuentemente utilizado también por el Papa Francisco es también una metáfora que permite entender el grado de interiorización que deben tener los "pastores" en los problemas de la gente.

227. Fenómeno característico conocido en todo el sur del desierto, de lo que aún hoy llaman mann y que es una excrecencia del tamarisco mannífero, producida por las picaduras de la cochinillas y que al caer al suelo es empleada para comida. Serafin De Ausejo, Diccionario de la Biblia (Barcelona: Herder, 1963), 1153.

228. Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction.

En los pronunciamientos de la Corte, podemos encontrar el siguiente ejemplo de metáfora intratextual en el fallo Dessy: "Que la institución carcelaria es problema recurrente, máxime desde el momento en que se ha erigido en el brazo ejecutor de la sanción que prácticamente agota el catálogo penal: reclusión y prisión. Bien puede decirse que las inquietudes y proyectos reformistas de los sistemas de reclusión, nacieron junto con éstos. Por su intermedio se sembraron esperanzas que tuvieron nombre: "readaptación", "reinserción social", "rehabilitación", etc., etc.; mas la cosecha ha venido siendo exigua" (D. 346. XXI, "Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus", del 19 de octubre de 1995, considerando 24, cursiva agregada).

Desde *el terreno* bíblico se usa cosechar para indicar las consecuencias de la actuación humana; el hombre cosecha los resultados de sus actos. <sup>229</sup> Desde este punto de vista, quizás la metáfora no guarde total coherencia interna, pues *la siembra* ha sido de "esperanzas" ("porque el que ara tiene que arar con esperanza" 1 Cor 9, 11), lo que no condice con *la cosecha* obtenida, que no ha sido abundante ("*a siembra mezquina*, *cosecha mezquina*; *a siembra generosa*, *cosecha generosa*" 2 Cor 9,6).

Es que, además de proveer cierta coherencia interna al texto, las metáforas también son empleadas para cumplir una función retórica. Y en muchos casos, una vez introducida, la metáfora conceptual o la analogía metafórica parece tener el efecto de hacerse cargo de lo que se está diciendo o pensando acerca de un asunto. Forzamos la metáfora al extremo para que se adecue a la finalidad propuesta, pudiendo en ocasiones regir el discurso entero o parte de él<sup>231</sup>.

Este poder retórico-persuasivo lo hallamos, entre otras, en la metáfora del "espacio respirable para sobrevivir", a la que también le dedicaremos especial atención.

229. Serafín De Ausejo, Diccionario de la Biblia (Barcelona: Herder, 1963).

230. Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction, 287.

231. Ibid., 288.

Por último, la metáfora provoca una serie de inferencias que si no las percibimos, corremos el riesgo de asumir automáticamente sus derivaciones, lo que nos quita mirada crítica. El mercado/comercio de ideas, o la calificación en el caso de un adicto (caso Colavini) de "plaga" en lugar de "enfermedad" (caso Bazterrica), conforman supuestos cuyo estudio demostrará la importancia de detectar estas expresiones en el análisis de los fallos judiciales.

## 3. Metáforas conceptuales

A todos nosotros, serios o frívolos, se nos enreda el pensamiento con la metáfora, y fatalmente, actuamos bajo su influencia

George Eliot, Middlemarch

Las investigaciones nacidas a partir del primer libro de Lakoff-Johnson y que han continuado desarrollándose conforman Teoría de la Metáfora Conceptual (CMT, en sus siglas en inglés).

La capacidad del cerebro para reconocer un patrón, un modelo o para formar conceptos depende de nuestra experiencia corpórea<sup>232</sup>. Nuestra experiencia nos enseña que nuestros cuerpos están estructurados como un "todo" con "partes" identificadas; individualizamos objetos fuera de nosotros mismos; nos movemos a través del espacio para obtener los objetos deseados; a veces nuestro camino está bloqueado por una un obstáculo y debemos aplicar una fuerza extra para superarlo o sortearlo; algunos objetos (como nuestros cuerpos) están configurados para contener otros objetos<sup>233</sup>.

Ahora bien, la capacidad del cerebro para reconocer un patrón y formar conceptos depende de estas estructuras basadas en la experiencia corporal (in-corporadas, encarnadas o corpóreas)<sup>234</sup>. Estas estructuras básicas o "*imágenes-esquemas*"<sup>235</sup> como el EQUILIBRIO o BALANCE, PARTE-TODO, OBJETO, ORIGEN-CAMINO-META, FUERZA-BARRERA y RECIPIENTE, proveen la estructura al pensamiento humano y dan una medida de aparente unidad y precisión en nuestra interacción con el mundo<sup>236237</sup>. Las "imágenes-esquema" no son ni representaciones ni "cuadros" literales sino esquematizaciones que emergen de vínculos cruzados dentro del proceso neuronal<sup>238</sup>.

Precisamente, estas "imágenes-esquema" son la base necesaria para las metáforas conceptuales, las que son indispensables para el razonamiento legal<sup>239</sup>.

Una metáfora conceptual consiste en dos dominios conceptuales, donde un dominio (dominio meta: aquel que intentamos comprender, también llamado dominio A), es entendido en términos de otro (dominio fuente o dominio B). Un dominio conceptual es cualquier organización coherente fundada en la experiencia. Así, por ejemplo, los viajes para entender la vida: LA VIDA ES UN VIAJE<sup>240</sup>. Debe señalarse, a su vez, que el

234. Ibid., 15.

235. image-schemas en inglés, también se puede traducir como "imágenes en esquema" o "imágenes gráficas".

236. Ibid., 15.

237. El mismo autor anota que es "aparente" porque aunque estas construcciones básicas surgen de las experiencias corpóreas ("embodied") de los seres humanos, no dicen nada sobre la naturaleza del mundo mismo, señalando según su visión que este punto es crítico porque a veces la teoría cognitiva es malentendida como una reintroducción del objetivismo o del empirismo.

238. Ibid., 15.

239. Ibid., 16.

240. Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction, 4.

proceso metafórico va de lo más concreto a lo más abstracto, pero no a la inversa. Es lo que se denomina el "principio de la unidireccionalidad"<sup>241</sup>.

Por estos motivos es que la visión de la metáfora sólo como una cuestión de similitudes no es suficiente: alcanza para entender muchas expresiones (como cuando Shakespeare dice "mas no vi rosa alguna en sus mejillas") pero no para saber qué similitud puede haber entre "comida digestiva" y "digerir ideas", o entre "no vamos a ningún lado", tomado literalmente, y "esta relación no va a ningún lado"<sup>242</sup>. Aquí es donde la teoría de la metáfora conceptual intenta explicar aquellos casos donde no es obvia la similitud o semejanza preexistente entre dos entidades<sup>243</sup>.

Más aún, este enfoque nos permite dar una definición de metáfora: "Entender un dominio conceptual en términos de otro dominio conceptual"<sup>244</sup>.

Dentro del dominio meta podemos encontrar abstracciones como la vida, los argumentos, el amor, las teorías, las ideas, las organizaciones sociales. A su vez, dentro del dominio fuente hallamos frecuentemente: los viajes; la guerra (peleas, discusiones); los edificios; la comida; las plantas<sup>245</sup>.

Por otra parte también debemos señalar el fenómeno de la proyección o "mapeo"<sup>246</sup>: las correspondencias sistemáticas entre el dominio fuente y el dominio meta, en el sentido que los elementos

```
241. Ibid., 7.
```

<sup>242.</sup> Ibid., 78,79.

<sup>243.</sup> Ibid., 79.

<sup>244.</sup> Ibid., 4.

<sup>245.</sup> Ibid., 4.

<sup>246.</sup> Mappings en el inglés original

conceptuales constitutivos de "B" corresponden a elementos conceptuales constitutivos de "A".

¿Qué significa entonces conocer una metáfora? Significa conocer el mapeo sistemático entre un dominio fuente y un dominio meta<sup>248</sup>. Esto no sugiere que este conocimiento sea hecho en forma consciente, pues la mayoría de las metáforas conceptuales son inconscientes, sólo se describen y analizan en concreto los "mapeos" para intentar comprender mejor el fenómeno mental<sup>249</sup>.

Es necesario señalar que la múltiple y numerosísima cantidad de metáforas conceptuales tienen una relación entre sí $^{250}$ .

En este sentido dos grandes sistemas metafóricos han sido sugeridos<sup>251</sup>: "La Gran Cadena del Ser" y el de la "Estructura de Acontecimientos"<sup>252</sup>. "La Gran Cadena" da cuenta de cómo los objetos o las cosas en el mundo son conceptualizados metafóricamente, mientras que la "Estructura de Acontecimientos" describe como los sucesos (y acontecimientos como cambios de estados) son entendidos metafóricamente<sup>253</sup>.

Desde esta perspectiva, se ha sugerido que las categorías gramaticales universales de sustantivo y verbo reflejan la estructura del mundo en dos clases de entidades conceptuales básicas: cosas y relaciones. Las cosas son entidades conceptuales que tienen estabilidad en el espacio y a través del tiempo (como una casa y un árbol), y las

```
247. Kovecses, 7.
```

248. Ibid., 10.

249. Ibid., 10.

250. Ibid.

251. A partir del trabajo de Lakoff-Turner del año 1989: "More Than Cool Reason: A Field Guide to Poetic Metaphor", Chicago; University of Chicago Press.

252. Koveceses, Ibid, 10.

253. Ibid.

relaciones son vínculos conceptuales entre dos o más entidades (como traer, hacia, porque)<sup>254</sup>. Las cosas aparecen así en el lenguaje como "sustantivos", en tanto que las relaciones son codificadas como "verbos, adjetivos, preposiciones o conjunciones"<sup>255</sup>.

Los SISTEMAS ABSTRACTOS Y COMPLEJOS son entendidos en términos de cuatro metáforas, que conforman una gran cadena: CUERPO HUMANO, EDIFICIO, MÁQUINA Y PLANTA.

Juntas, las cuatro metáforas forman un subsistema de la metáfora de la Gran Cadena, en la cual el "dominio meta" de un sistema abstracto y complejo está arriba en la jerarquía de "cosas", mientras que el dominio fuente del cuerpo humano, el edificio, la máquina y la planta están todos más abajo. <sup>256</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por cierto, no escapa a la forma de pensar que venimos desarrollando, y ello naturalmente incluye a las metáforas conceptuales. Vale aclarar que cuando decimos la Corte Suprema "piensa" estamos también haciendo uso de la metáfora: Corte Suprema ES UNA PERSONA. Y, como persona, metafóricamente hablando, es única. Esta unidad tiene su fundamento legal en el art. 281 del Código Procesal<sup>257</sup>, en cuanto dispone: "Las sentencias de la Corte Suprema se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría emitan su voto por separado". Repárese también en el término legal empleado: "en forma impersonal", quedando explicitado no estamos haciendo mención directa a un ministro en particular (salvo que así vote dejando a

254. Ibid.

255. Ibid.

256. Ibid.

257. El mismo Código Procesal es llamado muchas veces con la metáfora religiosa del "rito".

salvo su posición en cuyo caso se hará la mención correspondiente) sino al Tribunal en su conjunto.

#### (a) Los sistemas jurídicos son personas

As is true of all language, inherent metaphors exist in legal language (Smith, "Levels of Metaphor in Persuasive Legal Writing", 943.)

Es tan frecuente considerar al sistema jurídico como una persona que casi no tenemos conciencia de esta forma de razonar. Precisamente se advierte aquí la dificultad de entender algo abstracto y complejo, como es el sistema jurídico no sólo en sentido amplio sino también en sus particulares derechos y garantías (dominio fuente), por lo que se razona llevándolo al campo mucho más conocido de considerarlo como una persona (dominio meta).

"La teoría de la relatividad *alumbró* un enorme número de ideas en física. Es el *padre* de la biología moderna. ¿De quién es ese *parto*? Mira lo que han engendrado sus ideas. Esas ideas *murieron* en la Edad Media. Sus ideas *vivirán* siempre. La psicología cognitiva está todavía en la *infancia*. Esa es una idea que debería ser *resucitada*. ¿Dónde has *desenterrado* esa idea? *Inspiró nueva vida* en esa idea<sup>258</sup>."

Quizás de una manera palmariamente explícita, nuestro máximo Tribunal ha dicho: "Cuando consideramos las palabras de la Constitución debemos darnos cuenta que ellas dieron vida a un ser cuyo destino no pudo ser previsto completamente ni aún por sus creadores mejor dotados"<sup>259</sup>.

El cuerpo humano es una fuente ideal para tomar como "dominio fuente" pues está claramente delimitado y, naturalmente, lo conocemos bien<sup>260</sup>.

258. Lakoff y Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana, 86.

259. Voto del Dr. Carlos Fayt, Fallos, t. 311, pág. 2272.

260. Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction, 18.

De todas maneras, usualmente no es la persona en su totalidad la que sirve como "dominio fuente" sino sólo el "cuerpo" de esa persona<sup>261</sup>. Así, para referirnos a sistemas abstractos como puede ser la sociedad, cuando decimos que posee una condición apropiada, decimos una "condición saludable" o a la inversa, si se trata de condiciones inapropiadas usamos el término "enfermedad"<sup>262</sup>.

## (i) El "espacio respirable"

Al verlo uno tenia tendencia a ser metafórico y él mismo reflexionaba metafóricamente.

Piglia, Respiración artificial

En el fallo "Morales Solá, Joaquín Miguel s/injurias", del 12/11/1996<sup>263</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación descalificó por arbitraria la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que había condenado a Joaquín M. Morales Solá a la pena de tres meses de prisión, en suspenso, por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias a raíz de un libro publicado por el periodista ("Asalto a la ilusión", Ed. Planeta, Buenos Aires, 1990) y que motivó una querella de Dante A. Giadone, aludido en el texto por haberle propuesto al entonces presidente Alfonsín sacarle el uniforme al Regimiento de Granaderos (tradicional custodia de mandatarios) y vestirlos de civil. Alfonsín levantó la mirada y le suplicó: "Por favor, piensen lo que dicen antes de hacerme perder el tiempo".

261. Ibid., 158.

262. Ibid., 158.

263. Fallos 319:2771

Petracchi, en disidencia parcial, hace mención a la tutela constitucional de la libertad de expresión, sosteniendo que "no puede limitarse a las afirmaciones que -con posterioridad al hecho- son declaradas "verdaderas" por un órgano jurisdiccional, excluyendo de aquella protección a las que, aun no siendo ajustadas a la verdad, han sido emitidas -ex ante- en la creencia de serlo"<sup>264</sup>. Aclarando en el mismo considerando que esta "comprensión restrictiva no seria compatible con la doctrina de esta Corte...que privilegian decididamente el debate público y desinhibido, como modo de garantizar un elemento esencial en el sistema republicano democrático...por ello la libertad de expresión no se agota en las meras afirmaciones "verdaderas"".

En apoyo de este criterio, cita seguidamente el renombrado fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos "New York Times v. Sullivan" (1964), en los siguientes términos: "las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir". La frase en cuestión en su original dice: "That erroneous statement is inevitable in free debate, and that it must be protected if the freedoms of expression are to have "breathing space" that they "need...to survive" NAACP v Button, 371 U.S. 415,433". Es decir, su traducción literal indica "espacio respirable", donde la metáfora adquiere todo su sentido. Podemos conjeturar que la omisión de incluir "respirable" permite presumir la connotación negativa de la metáfora por la Corte.

Esta metáfora conceptual ubica al "derecho a la libertad de expresión" como una personificación (LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ES 264. Considerando 9

265. Considerando 9 citado; la cita en el voto de Petracchi contiene un error en la fuente norteamericana citada: pues el tomo es "376" y no "373": 376 U.S. 254.Se hace referencia a esta confusión pues con posterioridad varias citas de la Corte persistieron en la inexactitud, tomándola prestada de este voto de Petracchi sin reparar en la fuente ni corroborarla, y dándose incluso la paradoja de coexistir en el mismo fallo ambas citas, la correcta como la incorrecta: Fallos 319:3428; 320:1191; 320:1272; 321:885; 333:2079.

UNA PERSONA). Y el sistema jurídico debe garantizar su "vida", permitiendo un espacio para que respire...es que aunque expresarse es propio del ser humano, la garantía constitucional es un concepto abstracto que se explica tomando un aspecto esencial de la experiencia humana: necesitamos oxígeno para respirar, para vivir.

La metáfora fue introducida poco tiempo antes por mismo Justice Brennan en el precedente *NAACP v Button* citado: "...porque las libertades de la Primera Enmienda necesitan de un *espacio respirable* para sobrevivir, el gobierno debe regular en esta área sólo con una detallada especificidad"<sup>267</sup>.

Este "espacio respirable" es una personificación que connota imágenes de vida, de vitalidad, los actos reflejos de inhalar y exhalar, respirar es estar vivo. <sup>268</sup> Así cuando los jueces declaran que la libertad de expresión "necesita espacio respirable para sobrevivir", la personificación de esta libertad, atribuyéndole a la abstracción la habilidad de respirar, de vivir o de morir, pone por delante una realidad que la expresión literal de la idea no puede transmitir. <sup>269</sup> Así, la metáfora brinda un sentido de mayor urgencia, un sentido de vida o muerte, mejor que aquel que podría hacer una afirmación literal como por ejemplo "permitir a la gente expresarse por sí mismos tan libremente como sea posible". <sup>270</sup>

La Corte Suprema de la Nación, como viéramos más arriba, ha hecho numerosas aplicaciones de la metáfora citada *New York Times v. Sullivan*, lo que demuestra la importancia del concepto (que como vemos es mucho más que una mera fórmula expresiva), aunque en ningún caso empleó la metáfora completa, dejando sólo la palabra "espacio", sin el calificativo "respirable", omisión que sin dejar de ser advertida, no quita

267. 371 U.S. 415, 432-33 (1963)

268. Haig A Bosmajian, *Metaphor and Reason in Judicial Opinions* (Carbondale, Ill: Southern Illinois Univ. Press, 1992).

269. Ibid.

270. Ibid.

validez a lo que venimos diciendo dado que luego sí emplea la locución "sobrevivir" <sup>271</sup>.

En esta línea, es interesante señalar que en otras oportunidades nuestro más Alto Tribunal ha hecho referencias a la metáfora de la respiración, ahora sí en forma explícita, pero sin vincularla con el precedente *New York Times v. Sullivan*. Así pues ha señalado: "La sociedad contemporánea respira a través de la información y de la comunicación".<sup>272</sup> Nuevamente se comprueba el empleo de la metáfora conceptual LA SOCIEDAD ES UNA PERSONA, donde le otorga esa cualidad de "vital" importancia a la información en el contexto del mundo actual . Se advierte así, claramente, la función retórica-persuasiva de la metáfora.

## (ii) El Equilibrio

El equilibrio, como metáfora, está fuertemente establecido en la retórica judicial<sup>273</sup>.

En distintos fallos la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo referencia al "equilibrio" como argumento para decidir las causas. Así por ejemplo, "... el delicado *equilibrio del sistema federalista*, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los estados provinciales y la de éstos con el poder central, requiere que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema intervenga para resolver las querellas entre estos organismos autónomos *partes del cuerpo* de la Nación, en ejercicio de

<sup>271.</sup> Ver además de los mencionados: C. 831. XXXIII, Cavallo, Domingo Felipe s/recurso de casación, del 29/11/98; P. 2297. XL. Recurso de hecho Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros del 24/6/08; B. 2522. XLI. Recurso de hecho Brugo, Jorge Ángel c/Lanata, Jorge y otros del 16/11/09

<sup>272.</sup> Fallos 312:916, causa Verbitsky, disidencia del Dr. Fayt; 324:2895, causa "Menem c/Editorial Perfil", voto del Dr. Vazquez; 325:2520, causa "Maradona"

<sup>273.</sup> Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio* (Barcelona: Ariel, 1989), 294. Oren Gross, "Security Vs Liberty: An Imbalanced Balancing", *Minnesota Legal Studies Research Paper* 09, no. 42 (2009).

las facultades que, como intérprete último de la Constitución, le conciernen y con la sola exigencia de que tales quejas asuman la calidad formal de una demanda judicial"<sup>274</sup> (cursiva añadida).

O también al referirse a la doctrina de la real malicia: "La doctrina de la "real malicia", elaborada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, *procura un equilibrio razonable* entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o la crónica"<sup>275</sup>.

El equilibrio no es otra cosa que una metáfora tomada del cuerpo humano (y por extensión aplicada a muchas otras áreas). Como organismos corpóreos que somos, tenemos una postura erguida y en equilibrio<sup>276</sup>. El "cuerpo humano" que en párrafo transcripto emplea la Corte sirve para conceptualizar metafóricamente a la Nación y sus provincias (LOS SISTEMAS JURÍDICOS SON PERSONAS). Decimos que el equilibrio se base empíricamente en el cuerpo pues el hombre tiende físicamente a estar "equilibrado", busca el equilibrio con su propio cuerpo, si lo pierde, se cae. Es natural que busquemos permanecer corporalmente en equilibrio, ya sea mientras estamos de pie o sentados, caminando o corriendo<sup>277</sup>. El cuerpo humano es entonces perfectamente simétrico y equilibrado<sup>278</sup>. Bien podría ser dividido al medio en dos

274. Fallos: 310:2478 ("Provincia de La Pampa c/Provincia de Mendoza"); considerando 63, voto en mayoría.

275. Fallos: 314:1517 ("Vago, Jorge Antonio c/Ediciones de La Urraca S.A. y otros"), considerando 11.

276. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind 15.

277. Incluso la actividad física de patinar, que desafía los límites ordinarios del cuerpo humano, es en el lenguaje coloquial entendida metafóricamente también con ese alcance: "Fulanito patinó".

278. Danica Skara, "Body Metaphors: Reading the Body in Contemporary Culture", *Collegium antropologicum* 28 (2004): 183-189.

mitades, derecha e izquierda. Las partes de cada mitad están "balanceadas": ojos, manos, orejas. Y precisamente la institución de la justicia está fundada sobre la noción básica de "equilibrio" y "balance", incluyendo la bíblica ley del Talión: ojo por ojo, diente por diente<sup>279</sup>.

En la causa "Rizzo J. G." (C.S.J.N., "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho c/Poder Ejecutivo Nacional Ley 26.855 medida cautelar s/acción de amparo" del 18/06/2013)<sup>280</sup>, la Corte Suprema tuvo que decidir el recurso extraordinario interpuesto por parte del Poder Ejecutivo Nacional haciendo uso del "salto de instancia" y por seis votos contra uno (Zaffaroni), confirmó la decisión de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad de algunos artículos de la ley 26.855 referidos a la elección de consejeros para el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Para así decidir, estableció a partir del voto de su mayoría: "nuestra Constitución busca *equilibrar* el poder para limitarlo". Y la Corte recurre al Diccionario de la Real Academia Española para definir al "equilibrio": "contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas".

Esta metáfora del equilibrio nace del propio texto constitucional que nuestro máximo Tribunal interpreta, y que en su art. 114 dispone: "El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure *el equilibrio* entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley".

Se ha observado que el Consejo de la Magistratura es el único órgano al que la Constitución condiciona su existencia a una composición "equilibrada"<sup>281</sup>. Expresa este autor que el "equilibrio" es

279. Ibid., 187.

280. La Ley 2013-D, 555; cita online: AR/JUR/22508/2013

281. Jorge Alberto Diegues, "El Equilibrio Constitucional", La Ley Online (2013).

una fórmula de consuelo que responde a una razón histórica: "ni en los acuerdos previos a la reforma, ni en la Asamblea Constituyente de 1994 pudo consensuarse entre las distintas fuerzas políticas la composición exacta del Consejo de la Magistratura en el texto constitucional, circunstancia que recibió merecidas críticas de parte de la doctrina. Debido a esa falta, se adoptó una fórmula de consenso señalando entre las exigencias una composición equilibrada"<sup>282</sup>.

Así fue que, si bien el Congreso contaba con amplias facultades para su organización, esa delegación estaba condicionada "a la observancia de un contrapeso estabilizador: la composición equilibrada del organismo"<sup>283</sup>.

Pero aún más, volviendo a la coherencia de la metáfora, en su considerando 25 la mayoría de la Corte dijo: "Que la concepción de los constituyentes que aprobaron el texto sancionado fue mantener en el Consejo un *equilibrio* entre sectores de distinto origen *sin que exista predominio de uno sobre otros*. Es decir que ningún sector cuente con una cantidad de representantes que le permita ejercer una acción hegemónica respecto del conjunto o *controlar por sí mismo al cuerpo*"<sup>284</sup>.

No resulta llamativo entonces, desde la perspectiva que estamos analizando, que se haga referencia al "equilibrio" y al "cuerpo" para referirse al Consejo de la Magistratura: el cuerpo tiene que tener su equilibrio (de nuevo: "LOS SISTEMAS JURÍDICOS SON PERSONAS").

Al declarar entonces en la causa "Rizzo" la inconstitucionalidad, la Corte Suprema estableció: "la ley resulta inconstitucional en cuanto: a) rompe el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario" (considerando 29).

282. Ibid.

283. Ibid.

284. ver asimismo el considerando 32: "termina asumiendo un papel preponderante en el funcionamiento del cuerpo".

Romper el equilibrio, perderlo, inclinarse para un lado, todo responde al dominio fuente referenciado y permite su empleo metafórico para entender mejor un concepto abstracto.

## (1) La "textura abierta"

Diegues considera al equilibrio como un término de "textura abierta"<sup>285</sup>. Remite así a la categoría empleada por Hart, para referirse a la limitación del lenguaje, a la utilización de términos cuya vaguedad conduce a su interpretación<sup>286</sup>.

Esta categorización como "textura abierta" ya fue empleada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Mosca" Allí hizo referencia a la palabra "estadio": "En este punto, es necesario observar que la ley 23.184 ha considerado razonable limitar la cantidad de afectados que podrían reclamar, ciñendo el grupo legitimado a los espectadores que sufran daños "en los estadios". Es claro, empero, que el término "estadio" no puede ser interpretado de manera que se excluya a quienes están en las inmediaciones. Ello es así porque se trata de un vocablo de textura abierta que debe ser interpretado mediante una analogía sustancial (H.L.A. Hart, "El concepto de Derecho", Abeledo Perrot, Bs. As., 1968, trad. Genaro Carrió), a fin de encuadrar o no en su connotación un catálogo de situaciones dudosas que incluyen, por ejemplo, al espectador que está pagando su entrada pero todavía no transpuso la puerta; el que ya la pagó y está en la vereda; el que no la pagó pero está enfrente, etc., y sin lo cual se generaría una extensa cantidad de equívocos hermenéuticos" (considerando 7).

285. Ibid.

286. H L A Hart, El Concepto de Derecho (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961), 155.

287. "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios" del 6-3-2007, Fallos 330:563; La Ley online AR/JUR/102/2007.

Y para explicar su interpretación la Corte ajustó su interpretación a la "costumbre" y a la "finalidad del legislador" para incluir comprendidas en el alcance del vocablo "estadio" a las personas que estaban en las inmediaciones.

La "textura abierta" es en sí una metáfora. De alguna manera esta metáfora capta algo de la fluidez del lenguaje, como así también sugiere la imagen de un tapiz que, aunque sin estar terminado en los bordes, está bien cosido en el centro<sup>288</sup>. El caso simple tiene un núcleo de certeza con un significado establecido, que a medida que el caso es más complicado se escapa de ese núcleo para entrar en una penumbra de duda, en los bordes del tapiz. Hart describe así, intuitivamente, el concepto de categoría radial<sup>289</sup>.

Y esto demuestra, una vez más, que el Derecho no es una ciencia autónoma. No está aislado. El precedente Mosca también lo confirma al vincular el término "estadio" con las costumbres sociales<sup>290</sup>, es decir con las "experiencias" repetidas.

## (2) El equilibrio no es igualdad

Por su parte, en la disidencia el Dr. Zaffaroni dijo: "es claro que equilibrio no es sinónimo de igualdad y ni siquiera procurar es lo mismo que deber. Deber procurar significa que se debe hacer un esfuerzo en pos del equilibrio, pero nada más. Si bien suponemos que por razones de supuesta elegancia se ahorró el gerundio, con esa fórmula solo se exige un esfuerzo por parte del legislador ordinario..." (considerando 6). Entiendo que el gerundio sugerido en el voto minoritario, esto es, "procurando", probablemente implique una imagen más representativa

288. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind, 198.

289. Ibid., 198.

290. Ver sobre el tema de las costumbres sociales el análisis más abajo de "Ponzetti de Balbín" sobre "cristalización" y "construcción social".

del dinamismo del "esfuerzo" por lograr el equilibrio, mostrando la tensión que supone y entendiéndolo como una meta difícil de conseguir.

### (iii) Balance

El mismo sentido conceptual que "equilibrio" lo tiene también el denominado "balance" (en el ámbito contable, se ve también su aplicación, cuando las cuentas del "debe" y el "haber" deben dar cero, están "balanceadas"), que incluso en inglés (en igual escritura "balance") es el término comúnmente empleado para hacer referencia a esta metáfora.

El "balance" ocurre cuando dos partes están en equilibrio, inmóviles, cada una teniendo iguales "status": la metáfora del "balance" es prevaleciente en todo el sistema judicial, empezando por los platillos del ícono de la Justicia, que metafóricamente se usa para representar el sistema<sup>291</sup>.

La balanza, como símbolo que sostiene la Diosa Justicia, pero también remite al sistema de "frenos y contrapesos" al que se alude en derecho para argumentar sobre separación de poderes, en terminología que utilizara Karl Loewenstein para referirse a la cooperación y limitación entre los órganos: las instituciones en forma de frenos y contrapesos (checks and balances) significan una distribución y, por tanto, un límite.

La "imagen-esquema" de la balanza tiene, como se ve, una amplia utilización en el Derecho: se habla así de "pesar" distintas probanzas; de la "carga de la prueba"; etc. Los sistemas, como el legal, que descansan en el "balance" usualmente no pueden funcionar cuando están desequilibrados<sup>292</sup>.

291. LiAnna L Davis, "A Rhetorical Analysis of Competing Copyright Conceptualizations, The Digital Millennium Copyright Act and Creative Commons" (Georgetown University, 2008), 58.

## (iv) La enfermedad de la inflación

Lakoff y Johnson visualizan la subida de precios como una metáfora ontológica: al verla como una entidad, nos permite referirnos a ella, cuantificarla, identificar un aspecto particular, verla como causa, actuar al respecto y quizás, incluso, creer que la entendemos.<sup>293</sup>

Y desde la perspectiva que estamos analizando, la podemos entender conceptualmente como Persona, y más específicamente, la inflación es una persona enferma.

Es que la salud y enfermedad (como así también el daño) constituyen fenómenos experienciales que sirven para el "dominio fuente"<sup>294</sup>.

La Corte ha pensado, entonces, la inflación en conceptos metafóricos, como por ejemplo, tratar este fenómeno como una enfermedad que ocasiona un daño al cuerpo: "Que aun cuando el derecho de propiedad pudo tener en la actualización por depreciación monetaria una defensa eficaz de los derechos patrimoniales en determinados períodos, su perduración sine die no sólo postergaría disposiciones constitucionales expresas, como las del art. 67, inc. 10, de la Constitución Nacional (hoy art. 75, inc. 11), sino que causaría un daño profundo en la esfera de los derechos patrimoniales todos, al alimentar esa grave patología que tanto los afecta: la inflación"<sup>295</sup>.

En el mismo sentido (LA INFLACIÓN ES UNA PERSONA ENFERMA): "La problemática de la inflación es un fenómeno muy antiguo y corriente, y

<sup>293.</sup> Lakoff y Johnson, , Metáforas de la Vida Cotidiana.

<sup>294.</sup> Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction 19.

<sup>295.</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Recurso de hecho, M. 913. XXXIX. "Massolo, Alberto José c/Transporte del Tejar S.A.", 20 de abril de 2010.

su remedio está inevitablemente ligado a la política que acierte a seguir el Estado..."<sup>296</sup>.

Podemos así entender el fenómeno, con implicancias importantes en el sistema jurídico, a través de "personificación" de la inflación, comprendiendo el concepto abstracto como una persona: LA INFLACIÓN ES UNA PERSONA ENFERMA.

Dentro de la metáfora conceptual, la inflación también fue descripta como un azote: "Los efectos de una economía *azotada* por la inflación"<sup>297</sup>. Es del caso recordar que azote incluye dentro de sus acepciones a la "persona que es causa e instrumento de este castigo, calamidad o aflicción"<sup>298</sup>. Esta expresión muestra también la personificación que se hizo de la "economía", concepto amplio y abstracto.

La precedente, sin embargo, no es la única forma de entender el concepto inflacionario, también se hizo uso por parte de la Corte Suprema de la metáfora de la "erosión", como si la moneda fuese una piedra sometida a los embates del viento o del mar, y que va perdiendo su forma, disminuyendo su tamaño: "...Más aún : los constituyentes de 1994 no estaban ajenos a *la erosión* que realiza en la moneda el fenómeno de la inflación y sin perjuicio de ello volvieron a reiterar el texto anterior, sin ningún aditamento..." <sup>299</sup>.

296. CSJN, 20/04/2010, Massolo, Alberto José c/Transporte del Tejar S.A.", del voto del Dr. Petracchi.

297. CSJN., Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad. S.C. 278, L.XXVIII., 27/12/96). Habla también allí de "flagelo".

298. Diccionario de la Real Academia Española, 23a. edición, séptima acepción.

299. CSJN, O.38.XXIX, "Ojea Quintana, Julio María y otro c/Estado Nacional - Secretaría de Educación y Justicia- s/juicio de conocimiento", del 7 de agosto de 1996. También allí se habla de "embates".

### (v) Colores, luces y sombras

La luz y la oscuridad son experiencias humanas básicas y así han sido consideradas en muchos sentidos como elementos a tomar del dominio fuente<sup>300</sup>.

Ciertas expresiones metafóricas en el ámbito del Derecho como cuando decimos "A la luz de...."; "Desde este punto de vista..."; "Desde esta perspectiva..."; "bajo el prisma de..."; "so color..." que están originadas en una traslación concreta del campo de la experiencia sensible y observable, permiten su utilización "conceptual" de una manera altamente versátil.

La vista y la luz representan así el conocimiento, en cambio la ceguera y la oscuridad la ignorancia. Fue Platón quien usó esta metáfora en la alegoría de la caverna. El mundo "visible" se conoce a través de los "ojos" y la persona "ve" lo que tiene adelante, ayudado por la existencia de "luz", de "claridad"; en cambio queda sin conocer lo que físicamente queda por atrás, "a su espalda", en la "sombra", "opaco".

Esta metáfora, entonces, explica la teoría gnoseológica tradicional, como señala Dewey al hablar del "ojo de la mente": "La teoría del conocimiento se inspira en el modelo de lo que supone que ocurre en el acto de visión. El objeto refracta la luz y es visto; si se tiene un instrumento óptico pueden notar un cambio el ojo y la persona, pero no la cosa vista. El objeto real es el objeto tan fijo en su distanciamiento regio que es un rey para cualquier mente que pueda poner en él la mirada. El resultado inevitable es una teoría espectadora del conocimiento"<sup>301</sup>.

"CONOCER ES VER" es así una metáfora conceptual "corporeizada", "in-corporada" o "encarnada", que emerge de la amplia experiencia del

300. Ibid., 21.

301. Rorty, La Filosofia y el Espejo de la Naturaleza 45.

aprendizaje del mundo a través de la vista<sup>302</sup>. Más aún estas metáforas son aspectos de una metáfora todavía más general, en la cual la mente es concebida como un cuerpo moviéndose a través del espacio y las operaciones cognitivas son entendidas en términos de visión y movimiento<sup>303</sup>. Esta metáfora "MENTE-COMO-CUERPO" provee el sendero semántico que habilita palabras como "sendero", "camino", "vía"<sup>304</sup>; la mente "va y viene".

Veamos la expresión "so color", utilizada en innumerables ocasiones: "Es inadmisible entonces que, so color de ejercer la prerrogativa de revisar e interpretar el texto constitucional, los jueces puedan modificarlo. De lo contrario, la Constitución podría ser alterada de una forma diferente a la que ella prevé, quedando la voluntad del pueblo declarada en ella sometida al simple arbitrio de un magistrado" (conf. C.S.J.N., Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/Provincia de Santiago del Estero s/acción declarativa de certeza, del 22/10/2013, publicado en La Ley 2013-E, 605 cita online: AR/JUR/66807/2013).

Otro ejemplo: "...existe cuestión federal suficiente pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la Constitución Nacional y, fundamentalmente, la alegada preterición de las garantías previstas por el art. 18 in fine de esa Constitución y diversas normas de tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), so color de limitaciones de índole procesal" (conf. C.S.J.N., "Verbitsky, Horacio", del 3/5/2005, La Ley online: AR/JUR/159/2005).

La expresión "bajo el color" o "so color" (la preposición "so", como sabemos, significa bajo o que está debajo de) está basada en diferentes pero metafóricamente coherentes mapeos: el primero, derivado de la

302. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind 55.

303. Ibid., 56.

304. Ibid., 56.

metáfora conceptual, EL CONTROL ESTÁ ARRIBA, junto con su subsistema de la metáfora del conducto: CONOCER ES VER y su corolario LAS IDEAS SON FUENTES DE LUZ<sup>305</sup>. A su vez, el color, como cualidad de la superficie de los objetos, no revela nada del interior o substancia del objeto que se observa<sup>306</sup>. En consecuencia, "bajo el color (de la ley)" es una acción que sólo tiene la apariencia de ser gobernada por la ley; en la superficie aparece como legal, pero examinada en profundidad, no lo es<sup>307</sup>. El "so color" entonces es una falsa luz, que implica que hay una verdad más profunda más allá de las apariencias<sup>308</sup>. Siempre y cuando incluyamos la preposición, porque sino el concepto cambia: "tiene todo el color de la ley" permite asignarle una connotación distinta: que la acción está realmente regida por la ley y no que sólo tiene una apariencia<sup>309</sup>.

## (vi) "Humo" de buen derecho

Dentro de las medidas cautelares uno de los presupuestos es el de la verosimilitud del derecho. La expresión utilizada en múltiples ocasiones está en latín: "fumus boni iuris", cuya traducción sería "humo de buen derecho". Este "humo" no es otra cosa que una metáfora, una forma de comprender partiendo de la experiencia algo que de por sí es abstracto, como es el concepto de "verosimilitud".

```
305. Ibid., 173.
```

<sup>306.</sup> Ibid., 173.

<sup>307.</sup> Ibid., 173.

<sup>308.</sup> Ibid., 179.

<sup>309.</sup> Ibid., 180.

La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho muchas menciones a este "humo", señalando en su expresión latina y aclarando su significado: comprobación de apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (conf. Fallos 314:712; Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c. Provincia de Buenos Aires y otro del 27/04/2010 publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/18279/2010; entre otros).

La metáfora del "humo" (fumus), permite presumir la existencia de "fuego" aunque sólo se perciben sus efectos (visuales y olfativos). Esto se traslada a lo "probable" del derecho invocado. Es una expresión plena de sentido metafórico. Por eso es que quitarle esa riqueza nos conduce a una reducción en su comprensión. No puedo sino disentir, en este sentido, con García de Enterría quien dijo sobre este presupuesto que "no se trata de apelar al flair o al olfato del juez (el "humo del buen derecho no se aprecia por la nariz, sino por el juicio objetivo"), imponiendo una valoración anticipada y "a primera vista" del fondo del proceso, sin lo cual la decisión eventual pierde cualquier norte y entra en el reino de lo subjetivo e inapreciable"<sup>310</sup>. Apelar al olftato del juez, que el juez "huela" "perciba" la existencia de verosimilitud es trasladar -una vez más- una experiencia al campo sensible para intentar comprender mejor un concepto abstracto.

Spota, por el contrario, juega con la expresión pero manteniendo su valor metafórico al decir que "este humo debe ser suficientemente denso para colorear el derecho invocado"<sup>311</sup>.

### (b) Los sistemas jurídicos son edificios

310. García de Enterría Eduardo "La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español", pág. 46, Ed. Civitas, Madrid, 1992 citado por Gambier, Beltrán Zubiaur, Carlos A., "Las medidas cautelares contra la Administración", en La Ley 1993-D-690.

311. Spota, Alberto G., "Medidas Cautelares", pág. 699, en "Estudios de Derecho Procesal en honor a Hugo Alsina", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1946, también citado en el trabajo de Gambier.

Think things, not words
Holmes

Los sistemas abstractos y complejos pueden ser pensados también como edificios. El significado principal de la esta metáfora, derivada de LOS SISTEMAS COMPLEJOS Y ABSTRACTOS SON EDIFICIOS, parece ser la creación de un sistema complejo bien estructurado, estable y duradero.<sup>312</sup> Esta metáfora surge del hecho que muy frecuentemente los ejemplos usados tienen tres aspectos interrelacionados propios de los edificios: la construcción (edificar, construir); la estructura (cimiento, fundación) y la fortaleza (solidez, ruinas).<sup>313</sup>

Debe destacarse que en la mayoría de los casos no es posible evitar el uso de palabras (conceptos) metafóricos para caracterizar el "dominio meta". Por ejemplo, "sobre la base de", "la estabilidad" y "la estructura" están todas en relación con "metas abstractas", como son los "argumentos", "la mente" y los sistemas económicos y sociales<sup>314</sup>.

"¿Es esa la base de tu teoría? La teoría necesita más apoyo. El argumento es poco sólido. Son necesarios más hechos o el argumento se desmoronará. Tenemos que construir un argumento fuerte. Todavía no he imaginado la forma del argumento. Aquí hay algunos hechos para reforzar la teoría. Tenemos que apoyar la teoría con argumentos sólidos. La teoría se mantendrá en pie o caerá según la fuerza de ese argumento. El argumento se derrumbó. Volaron (refutaron) su última teoría. Haremos ver que esa teoría no tiene fundamentos. Hasta ahora sólo hemos montado el armazón de la teoría."<sup>315</sup>.

312. Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction.

313. Ibid.

314. Ibid., 139.

315. Lakoff y Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana, 85.

## (i) El Amparo

En el fallo "Kot, Samuel", del 5 de septiembre de 1958 (Fallos 241:291), la mayoría para cuestionar a la minoría en cuanto limitaba el amparo únicamente a los actos provenientes del Estado, dejando afuera a los que emanaban de particulares o de grupos organizados de individuos, dijo: "Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de estos derechos" (pág. 299, cursiva mía).

Aquí se desmerece la interpretación limitada, restringida, sin tener en consideración la finalidad del orden jurídico supremo, lo que se traduce unos párrafos más adelante en una imagen muy gráfica de las consecuencias de tal construcción: "...nadie puede engañarse de que tal declaración importaría *la quiebra* de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico *fundamental* del país" (pág. 300, énfasis agregado).

Pero más específicamente la Corte Suprema también hizo mención a continuación a la Constitución como "cimiento", como la base que debe soportar todo el sistema (edificio). Refiriéndose a la Constitución Nacional para justificar la acción de amparo, por entonces no legislada, dijo la mayoría: "...la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción" (pág. 300; cursiva añadida). Esta cita, a su vez, fue reiterada por el máximo Tribunal en muchos pronunciamientos, incluyendo causas relevantes como por ejemplo en "San Luis c/Estado Nacional", del año 2003 y en "Halabi", del año 2009.

Este "cimiento" traduce fortaleza, perdurabilidad, y el "amparo" a través del tiempo. El "amparo" como instituto jurídico, y coherentemente con lo que venimos diciendo, hace referencia como

expresión a la metáfora conceptual "LOS SISTEMAS JURÍDICOS SON EDIFICIOS", pues dentro de las acepciones de amparar encontramos la de proteger (primera acepción), "valerse del apoyo o protección de alguien o algo" (tercera acepción) y "defenderse, guarecerse" (cuarta acepción)<sup>316</sup>.

La "protección" es mencionada veinte veces en el relativamente corto pronunciamiento de la Corte Suprema.

En sus orígenes, y mucho antes de su recepción legal y constitucional, el amparo tuvo por principal efecto acelerar el dictado de las decisiones judiciales enderezadas a proteger a quienes sufrían una manifiesta violación de sus derechos constitucionales, en ausencia de remedios procesales adecuados para reparar aquella lesión<sup>317</sup>.

A partir entonces de los casos "Siri" y "Kot" la Corte Suprema reconoció al "amparo" como una nueva vía de protección constitucional contra derechos distintos de la libertad ambulatoria, que ya contaban con el "habeas corpus".

No se trata únicamente de una denominación, de un mero nombre. Es una metáfora: tomar del dominio fuente la idea de un edificio, con las notas prototípicas de protección para trasladarlo al campo abstracto (dominio meta) que buscaba una respuesta judicial frente al desconocimiento arbitrario de derechos y garantías de la Constitución Argentina y no contaba con un instrumento normativo adecuado y específico.

El mismo fallo cita como fuente normativa la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 8 establece: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que *la ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". Sin embargo, es interesante señalar que el verbo "amparar" no

<sup>316.</sup> Diccionario de la lengua española, 22a. edición

<sup>317.</sup> María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada (Buenos Aires: La Ley, 2006), 478.

figura en la versión en inglés del mismo artículo: "Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law", ni tampoco en la francesa: "Toute personne a droit a un recours effectiv devant les jurisdictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fundamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi".

### (ii) Casos Bazterrica y Arriola

Bazterrica: Gustavo Bazterrica había sido condenado a la pena de un año de prisión en suspenso, como autor del delito de tenencia de estupefacientes. La defensa planteó recurso extraordinario que fue parcialmente concedido, en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771, que reprimía la tenencia de estupefacientes para uso personal. En 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, revocó la sentencia (Fallos: 308:1392).

Arriola: Aquí se interpuso queja por recurso extraordinario denegado contra la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe que condenó en el año 2007 —entre otras decisiones— a Fares, Acedo, Villarreal, Medina y Cortejarena como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, dos años después, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario, declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y dejó sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio (Fallos 332:1963, del 25 de agosto de 2009).

# (1) Las etapas iniciales de toda edificación: diseño y andamiaje

En el caso Arriola, al mencionarse la reforma constitucional de 1994 -inexistente al momento de dictarse el fallo Bazterrica, del año 1986- se la presentó en el considerando 16 haciendo alusión a una edificación: "...una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inciso 22)". Es muy acertada en esta metáfora la utilización del "andamio" por parte de la Convención Constituyente pues una vez "construida" la nueva Constitución, el andamio usado por la Convención, se quita. La metáfora del andamiaje ha sido utilizada en psicología por Wood, Bruner y Ross (1976) para describir el desarrollo del aprendizaje tutorial entre un adulto y un niño.

Asimismo, siguiendo con la metáfora conceptual LOS SISTEMAS JURÍDICOS SON EDIFICIOS, la Corte Suprema declaró en el considerando 30 del caso Arriola la incompatibilidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 "con el diseño constitucional". El diseño, en su primera acepción del Diccionario de la Real Academia es, precisamente, "traza, delineación de un edificio o de una figura". Esta delineación del edificio (sistema jurídico), fase anterior a la construcción, también es usada en el considerando 24 del caso Arriola: "Así en el ámbito de las Naciones Unidas tres convenciones acuerdan principios y mecanismos internacionales en la lucha contra las actividades vinculadas al narcotráfico. En términos generales, ellas prevén la colaboración judicial entre los Estados; el deber de los Estados de diseñar políticas tendientes a la erradicación de la producción, tráfico, oferta y demanda de estupefacientes ilícitos".

Sobre la misma metáfora conceptual, el Dr. Zaffaroni, en la causa "Rizzo" a la que hiciera alusión al hablar sobre el "equilibrio", señaló respecto de la reforma constitucional de 1994: "La citada reforma constitucional se caracterizó por *perfilar* instituciones sin acabar su estructura. En ocasiones se tiene la impresión de que simplemente marcó

*trazos gruesos*, que se limitaron a *esbozar* órganos y competencias, muy lejos de la precisión necesaria para *delinear una ingeniería* institucional"<sup>318</sup>.

### (2) La piedra angular y la viga maestra

En el voto de la mayoría del fallo Arriola, en el considerando 34, se piensa en el EL SISTEMA JURÍDICO ES UN EDIFICIO al señalar: "...las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de legitimidad democrática, *piedra angular* del autogobierno de los pueblos". La piedra angular es "la que en los edificios hace esquina, juntando y sosteniendo dos paredes" (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española), piedra fundamental (María Moliner, Diccionario de Uso del Español).

En el voto del Dr. Raúl Zaffaroni en el caso Arriola, se reafirma "como valor central de nuestra Constitución la norma del artículo 19 que, por cierto, transciende con mucho el alcance de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal en el presente caso. El desconocimiento o debilitamiento de su vigencia hace *tambalear* las propias bases del sistema constitucional" (considerando 22; ver asimismo considerando 23: "el artículo 19 de la Constitución Nacional resulta ser un *pilar fundamental*" (las cursivas me pertenecen).

También el Dr. Zaffaroni expresa "que es menester recuperar y consolidar el valor central de esta norma como *viga maestra* del derecho argentino" (considerando 12).

La "viga maestra" es la que sirve para sostener otros maderos transversales; es la que sustenta los cuerpos superiores del edificio. <sup>319</sup>

Se observa así la misma conceptualización metafórica en ambos votos, dictados por jueces distintos, con dos décadas de diferencia. Volvemos entonces a confirmar que pensamos metafóricamente, en

318. considerando 4, La Ley cita online: AR/JUR/22508/2013

319. María Moliner, Diccionario de Uso del Español (Madrid: Gredos, 1990).

especial cuando se trata de entender conceptos abstractos, como es la libertad y sus garantías judiciales.

A su vez, el propio fallo Bazterrica sirve de sostén para el caso Arriola, más de veinte años después: "las cuestiones centrales en debate en el sub lite, tales como el alcance que cabe otorgarle a las "acciones privadas" previstas en el articulo 19 de la Constitución Nacional...han sido resueltas acertadamente en "Bazterrica"...precedente que en los últimos veinte años, se ha transformado en un caso emblemático, e incluso uno de los más estudiados en círculos académicos, razones por las cuales este Tribunal no pretende emular sino sostener" (Arriola, considerando 10, énfasis añadido).

# (3) La libertad: función dentro del edificio legal

Al mencionar en la causa Bazterrica "los alcances del artículo 19 de la Constitución Nacional" (considerando 6 del voto del Dr. Petracchi), se dijo: "...al definir la esfera de libertad individual de los habitantes de la Nación Argentina, se emplaza como base fundamental para la arquitectónica global de nuestro orden jurídico".

Se continúa utilizando de esta manera la conceptualización metafórica del SISTEMA JURÍDICO ES UN EDIFICIO.

La libertad garantizada por la Constitución Nacional es entendida así como el fundamento (sinónimo también de cimiento) del ordenamiento jurídico.

Esta metáfora también la emplea el Dr. Petracchi para contextualizar el momento histórico en el que el fallo es dictado (año 1986): "nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta *reconstruir* el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo

que dicho objetivo debe *orientar* la hermenéutica constitucional en todos los campos" (considerando 5). Alude así la metáfora a la necesidad de "volver a construir" el sistema normativo que había sido "destruido" por la dictadura militar. Hay que tener en cuenta también el "lugar" (orientación) desde donde comenzar esta reconstrucción.

En el mismo precedente Arriola el Máximo Tribunal también señaló: "...la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo (Dworkin Ronald, Los Derechos en Serio, págs. 392 y ss., Ed. Ariel, 1999, Barcelona, España). Y este es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional..." (considerando 32; más allá de las expresiones metafóricas "pluma" y "espíritu liberal", lo central es la misma conceptualización metafórica de la libertad como una edificación).

El voto del Dr. Petracchi en el caso Bazterrica contiene a su vez una remisión a "Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida S.A.", en su considerando 8 y con relación al citado artículo 19: "En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual ... nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas". Aquí la referencia es a la libertad como "recipiente". Pero aparece coherente con la metáfora LOS SISTEMAS JURÍDICOS SON EDIFICIOS, pues la libertad amparada por la Constitución no sólo sirve de base sino que, además, define un ámbito espacial, un área, una zona que no puede ser traspuesta. Repárese, en este sentido, en el voto del Dr. Lorenzetti en el caso Arriola (considerando 13): "El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera" (la cursiva me pertenece).

### (c) Los sistemas complejos son máquinas

Entender a un sistema social como máquina es algo bastante difundido dentro del sistema legal, del gobierno, de los sistemas económicos, de los partidos políticos, de los sistemas políticos, de la familia, de la mente humana<sup>320</sup>.

La clave en este tipo de vinculación es el "funcionamiento", las "operaciones" que hace una máquina, que nos remite al "conocimiento popular" o básico que tenemos (y que se comparte por los miembros de una sociedad) acerca del funcionamiento de las máquinas más bien antiguas, con uso de piezas y engranajes, propias de la revolución industrial: no se aplicaría a máquinas más recientes, como las computadoras, que no aparecen útiles para este propósito<sup>321</sup>.

"Verdaderamente estamos fabricando nuevas ideas. Hemos producido muchas ideas esta semana. Produce ideas nuevas a una velocidad asombrosa. Su productividad intelectual ha declinado en los últimos años. Tenemos que limarle los bordes a esa idea, afilarla, suavizarla. Es una idea basla (en bruto), tiene que ser pulida" 322.

Así, en los fallos de la Corte se utiliza frecuentemente, por ejemplo, la metáfora del "funcionamiento" de las instituciones<sup>323</sup>.

320. Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction, 159.

321. Ibid., 161.

322. Lakoff y Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana, 86.

323. Fallos 314:1517

## (i) La maquinaria perversa

«—Es un aparato singular —dijo el oficial al viajero y, con una mirada hasta cierto punto asombrada, abarcó el aparato que, sin embargo, tan bien conocía"

Kafka, "En la Colonia Penitenciaria"

Tomemos el siguiente fragmento del caso "Derecho, René J.", del año 2007, donde la Corte Suprema hizo suyo el dictamen del Procurador General<sup>324</sup>. Allí se intentaba explicar en qué consisten los crímenes de lesa humanidad:

"Los casos de crímenes de lesa humanidad son justamente la realización de la peor de esas amenazas, la de la organización política atacando masivamente a quienes debía cobijar. "Humanidad", por lo tanto, en este contexto, se refiere a la característica universal de ser un "animal político" y la caracterización de estos ataques como crímenes de lesa humanidad cumple la función de señalar el interés común, compartido por el género humano, en que las organizaciones políticas no se conviertan en ese tipo de maquinaria perversa ...... Con ello aparece dada una característica general que proporciona un primer acercamiento para dilucidar si determinado delito es también un crimen de lesa humanidad. Se podría configurar ese criterio como un test general bajo la pregunta de si el hecho que se pretende poner a prueba puede ser considerado el ejercicio despótico y depravado del poder producto de un gubernamental......Como puede apreciarse, los delitos de los que habría sido víctima Bueno Alves no se corresponden con el propósito internacional tenido en vista al momento de estatuir crímenes de lesa humanidad. Aun cuando el hecho de la tortura particular se encontrara demostrado, es evidente que en la República Argentina, durante el año 1988, no existía un Estado o una organización dependiente del Estado que evidenciara la característica básica de haberse convertido *en una maquinaria* perversa".

Se ha vinculado al universo "kafkiano", en particular sus tres grandes novelas, con el tema de las máquinas, las maquinarias y su simbolismo. Pero la máquina ya no mecánica (como la máquina de tortura en la cita del epígrafe) ni cosificada, "sino que encarna en dispositivos sociales muy complejos que permiten obtener, con un personal humano, con piezas y engranajes humanos, efectos de violencia y de deseo inhumanos, infinitamente más fuertes que aquellos obtenidos gracias a los animales o gracias a mecánicas aisladas"<sup>325</sup>.

Tomemos otro ejemplo, extraído de la causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo nacional, del 30/12/1986<sup>326</sup>. Allí al diferenciar la noción de autor mediato e inmediato, el Máximo Tribunal hizo mención a la decisión del Tribunal inferior en términos que se ajustan a la metáfora conceptual analizada: "Que, en efecto, tanto al aplicar el art. 514 del Código de Justicia Militar, como al interpretar el art. 45 del Código Penal, el sentenciante ha consentido que la doctrina penal es pacífica al denominar autor mediato a quien, para ejecutar la acción típica, se sirve de otra persona como instrumento, dominando la voluntad del ejecutor. Sin embargo, admite la coexistencia de la autoría mediata con la figura del ejecutor responsable autor inmediato-, situación que aun se daría en el supuesto en que se dominara la voluntad de éste a través de un aparato organizado de poder, en el que el ejecutor sería sustituible y no actuaría como una persona individual, sino como un engranaje de aquélla maquinaria." (considerando 19).

## (d) Los sistemas jurídicos son plantas

325. Gilles Deleuze y Félix Guattari, Kafka: Por Una Literatura Menor (México: Ediciones Era, 1978), 61.

The force that though the green fuse drives the flower Drives my green age<sup>327</sup>
Dylan Thomas

Cuando razonamos sobre la génesis o la muerte de las ideas, usamos frecuentemente la metáfora LAS IDEAS SON PLANTAS. El ciclo vital de una planta se relaciona con la duración de una idea "fructifica" o deviene "infructuosa".

La clave de esta metáfora acerca del desarrollo de un sistema abstracto y complejo está dada por conceptualizar a este sistema con el crecimiento natural de una planta, esto nos da la metáfora simple EL DESARROLLO ABSTRACTO O PROGRESO ES CRECIMIENTO FÍSICO NATURAL. 329

Esta última función se aprecia claramente en la metáfora del "árbol viviente".

"Sus ideas han fructificado finalmente. Esta idea murió en la vid. Es una teoría en embrión. Costará años que florezca plenamente esta idea. Ve la Química como una mera rama de la Física. Las Matemáticas tienen muchas ramas. Las semillas de su gran idea fueron plantadas en su juventud. Tiene una imaginación fértil. Esta es una idea que me gustaría plantar en tu mente. Tiene una mente estéril<sup>7,330</sup>.

Así es que cuando razonamos sobre la génesis o la muerte de las ideas usamos generalmente la metáfora LAS IDEAS SON PLANTAS<sup>331</sup>.

327. "La fuerza que a través de la verde mecha impulsa a la flor/ Impulsa mi verde edad".

328. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind, 19.

329. Zoltan Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction (Oxford University Press, USA, 2002).

330. Lakoff y Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana, 86.

331. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind 19.

La cita poética de Dylan Thomas es explicada por Hospers, aunque desde un punto de vista anterior a la corriente cognitiva, de una manera elocuente: "Llamar «mecha» a un tallo es llamar la atención sobre la calidad explosiva del crecimiento de las plantas en primavera, y llamar «verde» a una edad es señalar la relación de la juventud e inmadurez con el verdor; las cosas verdes se hallan en crecimiento, y no en sazón. Los «significativos secundarios» de estos términos son usados hábil y vigorosamente para impresionarnos e introducirnos en un tipo de conciencia que no habríamos logrado, de haber usado oraciones literales. Observemos que la metáfora opera por similitud: si no pudiésemos encontrar ninguna conexión entre el verdor y la inmadurez, no sabríamos qué hacer con la frase «verde edad» y probablemente la rechazaríamos como no significativa. Pero es una similitud que puede no habérsenos ocurrido antes, y un poeta que use de la metáfora ampliamente nos hace capaces de apreciar un parecido o similitud en cosas aparentemente desiguales o diferentes; y haciendo esto potencia nuestra recepción del mundo circundante. La metáfora está lejos de ser un mero «adorno emotivo» del lenguaje; puede, en muy pocas palabras, señalarnos una sorprendente similitud entre cosas aparentemente diferentes", 332

### (i) Raíces, tronco, ramas

El mismo Derecho, considerado como árbol, es el que permite hablar de las distintas "ramas" que lo componen.

Veamos a continuación una serie de ejemplos, que sirven de muestras acerca de la utilización de esta clase de metáfora conceptual.

"Que por último, en el aspecto patrimonial, contrariamente a lo manifestado por el actor, y en consonancia con lo ya expresado, la Sociedad de Beneficencia no tuvo bienes que no fueran del Estado,

332. John Hospers, *Introducción al Análisis Filosófico*, trans. Julio César Armero San José (Alianza, 1976), 124/125.

porque siendo ella *una rama* administrativa *del tronco* común, acrecía o disminuía su activo siempre para aquél" (CSJN, Sociedad de Beneficencia de la Capital c. Gobierno nacional ,29/09/1983, Publicado en: La Ley 1983-D, 619 Cita Fallos Corte: 305:1524).

"Ha surgido así en nuestro país lo que constituye el comienzo de una *nueva rama* jurídica: el derecho agrario, con caracteres de autonomía y especialidad tales como para autorizar su *desgaje del viejo tronco*, el Código Civil, que si con su fórmula individualista pudo satisfacer las necesidades de una época de corte económico típicamente liberal, no puede ya seguir sirviendo la solución de problemas que exceden, por su complejidad y nueva impostación, las posibilidades para que aquél fuera arbitrado" (dictamen del Procurador, en Etcheverry, Raúl y otros c. Grillo Hermanos • 14/12/1953 Publicado en: Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 15; La Ley 73, 566 Cita Fallos Corte: 227:677, Cita online: AR/JUR/7/1953).

En el ya citado caso "Kot" la Corte Suprema considera que "los beneficios de la libertad" conforman un propósito "que se halla en *la raíz* de nuestra vida como nación" (Fallos 241, pag.301).

"El Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones *maduras*" (Fallos: 328: 175).

En el Código Civil y Comercial de la Nación, se llaman "frutos" a los intereses o rentas (haciendo una distinción entre "frutos naturales" y "frutos civiles": ver por ejemplo el art. 233 y también el anterior art. 2424 del Código Civil), siendo otro claro ejemplo del pensamiento metafórico tanto en la normativa de Vélez Sársfield, sancionada en 1869, como en el nuevo ordenamiento, de 2015: se legisla de los intereses como "frutos" orgánicos o naturales, se hace una "traslación" del campo de lo sensible y experiencial (dominio fuente) a lo abstracto (dominio meta) y así se prescribe la cuestión dentro del Código en forma conjunta, por ejemplo, para tratar las consecuencias de si hubo buena o mala fe.

### (ii) El árbol viviente

La metáfora del "árbol viviente" (living tree) tuvo su origen en Canadá. La frase es del Lord Canciller Sankey, en la causa "Edwards v. Attorney-General for Canada"333. Se trataba de un proceso iniciado por el Gobierno a pedido de cinco mujeres que querían postularse para ser senadoras. La Sección 24 del Acta Británica de América del Norte, de 1867, preveía para postularse al Senado a "personas calificadas" y la Sección 23 definía las cualidades de un senador usando el género masculino: "He shall be..."334. La Suprema Corte de Canadá, en forma unánime concluyó que "personas calificadas" excluía a las mujeres de postularse para el Senado, debiendo interpretarse el Acta al tiempo de su sanción (1867). Ahora bien, el "British Privy Council" que tenía jurisdicción para revisar las decisiones de la Suprema Corte (un control político del Poder Judicial), a través de Lord Sankey, estableció que la Sección 23 no podía ser interpretada en un sentido estrecho, señalando que "las constituciones debían ser distinguidas de otro tipo de leves como las impositivas o que imponen penas: el Acta Británica de América del Norte plantó en Canadá un árbol viviente capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales"335. Es interesante que a diferencia de la expresión de la Corte Suprema de Estados Unidos para hacer una interpretación dinámica de la Constitución ("living constitution") la metáfora del árbol, aparece mucho más rica, dirigiendo su atención tanto a los orígenes, las raíces, como a la posibilidad de crecimiento. A diferencia de los animales que pueden emigrar a voluntad, las plantas crecen desde el mismo lugar donde fueron plantadas, manteniendo contacto con sus raíces para nutrirse y ser saludables; vincula las

333. Vicki C Jackson, "Constitutions As Living Trees-Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors", Fordham L. Rev. 75 (2006): 921.

334. Ibid., 944.

335. Ibid., 946.

decisiones actuales con un pasado específico, transmitiendo una noción más orgánica de la interpretación constitucional; captura el elemento contingente en el desarrollo orgánico constitucional de una manera probablemente más poderosa que la metáfora de la "novela en cadena" de Dworkin; expresa también la idea de "equilibrio" (el árbol no se vendrá abajo<sup>336</sup>); encarna la idea de la "flexibilidad" a través del tiempo, permite darle forma y podar el árbol por fuerzas humanas; trata a la Constitución de una manera no totalmente "indeterminada" sino que tiene raíces, un tronco y ramas extensas que condicionan también las elecciones de las partes y de los jueces, también denota la posible longevidad y a su vez fragilidad de una constitución<sup>337</sup>.

En nuestro país, el dictamen del Procurador Esteban Righi ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 5 de agosto de 2009, en el expediente caratulado: "Rachid, María de la Cruz y otro c/Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas" <sup>338</sup>, referido al matrimonio entre personas del mismo sexo, hizo expresa mención a la jurisprudencia canandiense citando la metáfora del "árbol viviente": "Juzgó que los razonamientos que parten de conceptos estáticos contrarían uno de los principios angulares de la hermenéutica constitucional canadiense; esto es, que la Constitución es un árbol viviente que, mediante una interpretación progresiva, se ajusta y sitúa en la realidad de la vida moderna".

Se demuestra así la función hermenéutica de "adaptabilidad" que tiene la metáfora.

## (iii) Los frutos del árbol venenoso

336. Ver más específicamente el comentario al fallo Rizzo, V, 3, ii.

337. Ibid., 958 y siguientes.

338. La Ley online: AR/JUR/44017/2010

En la causa "Oddone" (Fallos 320:1472, del 15 de julio de 1997), el Dr. Bossert señaló: "..la "regla de exclusión" así como su expresión más amplia denominada fruit of the poisonous tree, es una doctrina procesal penal que permite no sólo restar valor a la prueba viciada, sino extender esa sanción aun a las restantes que guardan relación. Si bien ella tiene como loable finalidad desterrar futuros comportamientos inadecuados de los agentes de la prevención, su aplicación no resulta de un mandato implícito de la Constitución..." (considerando 3). El mismo ministro hizo luego, en el considerando 4 del fallo, una remisión a esta doctrina sobre la base de lo resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos de América que "dejó sin efecto la aplicación de la regla de exclusión dispuesta por un tribunal estadual, señalando que dicha regla no es una exigencia de la Cuarta Enmienda; sino un remedio creado por los jueces destinado a disuadir futuras violaciones a los derechos, y que como todo procedimiento disuasivo, sólo debe ser utilizado cuando resulta eficaz, de lo contrario su uso es claramente injustificado. También señaló que la sanción dispuesta en la Cuarta Enmienda se agota con la pesquisa o los secuestros ilegales, pero que la utilización de los frutos no constituye una nueva infracción" (Arizona Petitioner v. Isaac Evans. 63 LW 4179, del 1º de marzo de 1995; confr. también disidencia del juez W. Burger en Bivenes v. Six Unknown Named Agentes y sentencia del juez B. Cardozo en People v. Defore, 242 N.Y. 13).

El mismo Dr. Bossert hizo alusión a la "teoría de los frutos del árbol envenenado" en otros casos, mencionado expresamente que si bien responde a una regla del derecho norteamericano "fue aceptada por esta Corte en algunos casos" (caso "García D'Auro, Ramiro", G. 79. XXIV, Recurso de hecho, del 10 de agosto de 1995).

Se advierte aquí como funciona la metáfora conceptual: se parte del dominio fuente en el campo empírico de la naturaleza (botánica) como es un árbol y sus frutos para poder explicar un concepto abstracto dado por la prueba obtenida vulnerando principios constitucionales. Esta metáfora también ha sido utilizada desde los tiempos del Evangelio<sup>339</sup>. En palabras de la propia Corte, haciendo suyo un dictamen del Procurador General en la causa "Ruiz Roque" (Fallos 310:1847): "Que el tribunal ya ha declarado que carecen de validez las manifestaciones que fueron *fruto* de apremios ilegales, aun cuando hubieran prestado utilidad para la investigación; porque el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad —su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley, y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley— ha sido resuelto dando primacía a este último. Ello es así, ya que otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiarla del hecho ilícito (Fallos, t. 303, p. 1938; t. 306, p. 1752)".

Esta regla de exclusión, que tuvo su primer y remoto antecedente en el caso "Charles Hnos.", dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1891 (Fallos, 46: 36), ha tenido sin embargo casi nula aplicación posterior hasta que se resolvió un caso de torturas "Montenegro, Luciano" de 1981 (Fallos 303: 1938).

En otros supuestos similares como "Rayford, Reginald y otros s/ consumo de estupefacientes" del 13 de mayo de 1986, se trató de explicar la misma problemática con otra metáfora, también tomada de la naturaleza, como es la del río contaminado: en donde se dijo que "No hubo varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso en el proceso" (consid. 6°)" (la cursiva me pertenece; criterio reiterado en "Francomano, Alberto": Fallos 310:2384). Vale recordar que un único concepto "meta" (regla de exclusión) puede caracterizarse con distintos "dominios fuente" (1840).

<sup>339.</sup> Mateo 7, 17:20 y 12:33

La primera utilización de esta metáfora fue en el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, en la causa: "Nardone v. United States" (308 U.S. 338) del año 1939.

### (iv) Terrenos, siembras, flores

Las metáforas conceptuales extienden su "mapeo" incluso al "terreno", lugar físico donde germinaría y se desarrollaría un determinado tipo de "planta". El terreno tiene límites, cumple una función demarcatoria. Así, en un viejo fallo de la Corte Suprema, del año 1881 se dijo: "Que en el mismo caso se encuentran las razones tendientes a demostrar que la Ordenanza es contraria a los intereses generales del Comercio, y en particular a los de la Provincia de Santa Fe, porque *el terreno* de las conveniencias *es* absolutamente *extraño* al Poder Judicial; estando limitadas sus facultades a aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución"<sup>341</sup>. Se *deslindó* aquí uno y otro ámbito.

En el caso "González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba", del año 2000<sup>342</sup>, donde un grupo de padres de alumnos del Colegio Nacional dependiente de la Universidad de Córdoba interpusieron un amparo tendiente a evitar el carácter mixto del colegio que se proyectaba, el juez Petracchi señaló: "Las normas infraconstitucionales fueron cambiando y adecuándose progresivamente a los requerimientos igualitarios. El proceso adelantó con lentitud, porque eran fuertes las resistencias que presentaba una estructura social en la que *florecía* y *medraba* una impronta decididamente patriarcal" (considerando 3). El verbo "medrar", siguiendo el pensamiento metafórico empleado, responde coherentemente a la primera acepción

<sup>341. &</sup>quot;Carlos Casado c/Municipalidad de Rosario"; Fallos 23:37.

<sup>342.</sup> Fallos 323:2659.

del Diccionario de la Real Academia: "crecer, tener aumento los animales y plantas".

Veamos este párrafo del caso "Menem c/Editorial Perfil" del año 2001: "Una cosa es defender la sinceridad de la elecciones y la fuerza del sufragio, y otra es sembrar sospechas y denigrar sin razón los métodos de selección y elección de candidatos, ignorando las cuestiones que plantea la representación a la ciencia política. En fin, que una cosa es criticar las instituciones procurando su perfeccionamiento y su reforma, y otra muy distinta sembrar el desencanto, la desilusión, la desesperanza, cultivando semillas de odio y descreimiento colectivo que llevan, en América Latina, a mirar como única solución posible al salvador por la espada. Y ésta no es, por cierto, la función de la prensa escrita y audiovisual ni el resultado deseable de la libertad de expresión" Las semillas, el cultivo, la siembra: paradójicamente aquí empleadas en su connotación negativa.

## (v) Cosecharás tu siembra

"Y en lo que respecta al hombre, sus días son como el pasto: como una flor del campo, así florece"

Salmo 103

En el fallo "Dessy" la mirada del voto sobre el resultado de la política carcelaria no es ciertamente optimista. Así es que se recurre a una derivación de la metáfora conceptual LOS SISTEMAS JURÍDICOS SON PLANTAS: "Que la institución carcelaria es problema recurrente, máxime desde el momento en que se ha erigido en el brazo ejecutor de la sanción que prácticamente agota el catálogo penal: reclusión y prisión. Bien puede decirse que las inquietudes y proyectos reformistas de los sistemas

343. Fallos 324:2895.

344. considerando 13, voto parcial del Dr. Vazquez.

de reclusión, nacieron junto con éstos. Por su intermedio *se sembraron esperanzas* que tuvieron nombre: "readaptación", "reinserción social", "rehabilitación", etc., etc.; mas *la cosecha* ha venido siendo exigüa".<sup>345</sup>

Estas metáforas han sido ya mencionadas al hablar de la distintas funciones de la metáfora en la argumentación jurídica ("metáfora intratextual"), a cuyas consideraciones me remito. Sin embargo, lo importante para destacar aquí es que, además de servir como un ejemplo más de metáfora conceptual, nuevamente reafirma el sentido del pensamiento metafórico: se intenta explicar un concepto abstracto, como es el sistema penal carcelario (dominio meta o destino) a partir de algo concreto y empírico, como es una plantación: la siembra y la cosecha.

## (vi) Las uvas ¿verdes o maduras?

En el comentado fallo "Rizzo c/Poder Ejecutivo Nacional", el máximo tribunal también recurrió al pensamiento metafórico para referirse al estado de la instituciones: "El Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras" (considerando 10). Esta expresión la toma, a su vez, del precedente: "Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza" del 24 de febrero de 2005 (Fallos 328: 175). Vale recordar que "madurar", en su primera acepción, es "dar sazón a los frutos" (Diccionario de la Real Academia).

En este mismo sentido, en un caso donde el Estado varió su posición con relación a un tributo —primero como "empréstito forzoso" para luego crear otro impuesto— señaló el ministro Petracchi: "La pregunta es ¿por qué, entonces, recurrir al artificio de que es un empréstito forzoso?. Si el Estado, poseyendo facultades para crear un recurso que ingrese de modo definitivo al tesoro público, por las razones que fuere, no ha ejercido tal potestad y ha preferido crear un tributo

distinto, no puede luego quebrantar sus reglas, pues la confianza que los gobernados depositan en quienes guían el destino de la sociedad reclama el cumplimiento de los compromisos tal como han sido asumidos. No sin razón se le dirá a él que debe "estar a las verdes y a las maduras" (caso "Horvath c/Fisco Nacional s/repetición", del 4/5/1995, H. 102.XXII, disidencia del Dr. Petracchi, considerando 35).

En realidad, este reformulación *inter-textual* de la fábula de Esopo no deja de ser metafórica, puesto que la referencia literaria está reinterpretada en la frase mostrando en el caso la "voracidad" del Fisco (LOS IMPUESTOS SON ALIMENTO), que no desdeña ni siquiera las uvas verdes.

# IV. Metáforas conceptuales y expresiones metafóricas en los fallos en particular

Los poetas son los ignorados legisladores de la humanidad Shelley

Vamos a analizar a continuación otra serie de ejemplos donde a partir de ciertos fallos de la Corte Suprema de Justicia se incluyen no sólo las referidas *metáforas conceptuales* (ominipresentes prácticamente en todas las sentencias) sino también algunas *expresiones metafóricas* en particular.

Las expresiones metafóricas son las expresiones lingüísticas (los modos de hablar, de escribir) que hacen explícito o son manifestaciones particulares de las "metáforas conceptuales" (los modos de pensar)<sup>346</sup>.

No en todos los casos una expresión lingüística sugiere la existencia de una metáfora conceptual. Para ello es necesario distinguir las metáforas lingüísticas de los términos lingüísticos "no metafóricos", como cuando usamos una palabra en su sentido literal<sup>347</sup>. Se han creado incluso equipos de investigación, como el denominado "*Pragglejaz Group*" con una serie de procedimientos para identificar las expresiones metafóricas lingüísticas dentro de un texto<sup>348</sup>.

Por lo tanto, al conocer una metáfora conceptual debemos usar la expresión lingüística metafórica que refleje aquélla de una manera tal que no viole el "mapeo" que está convencionalmente fijado por la comunidad lingüística<sup>349</sup>. En otras palabras, no cualquier elemento del campo "b" puede ser "mapeado" en cualquier elemento del campo

346. Kovecses, Zoltan, Metaphor: A Practical Introduction.

347. Ibid., 4.

348. Ibid., 5.

349. Ibid., 10.

"a"<sup>350</sup>. Ello establecido, las expresiones lingüísticas metafóricas deben conformarse a los "mapeos" establecidos, o correspondencias, entre la "fuente" y el "destino" o "meta"<sup>351</sup>.

#### 1. Caso Ponzetti de Balbín

Este emblemático pronunciamiento<sup>352</sup>, dictado el 11 de diciembre de 1984, permite su estudio tanto desde el punto de vista del derecho a la intimidad como del derecho a la información<sup>353</sup>. La acción la había promovido la viuda de Ricardo Balbín, contra la revista "Gente" (Editorial Atlántida), que había publicado fotografías de su marido cuando se hallaba internado en una clínica, poco antes de morir, sin ningún tipo de consentimiento o autorización. El pronunciamiento presenta una vasta serie de metáforas, cuyo análisis desarrollaremos.

#### (a) La cristalización de la ley

Así, encontramos en el considerando 5°, al referirse la Corte Suprema a su condición de intérprete final de la de la Constitución, la palabra "cristalización": "adecuar el derecho vigente a la realidad comunitaria para evitar la cristalización de las normas y preceptos constitucionales". El término "cristalización" en el sentido empleado por el Diccionario de la Lengua Española significa "tomar la forma cristalina", "tomar forma clara y precisa, perdiendo su indeterminación las ideas". Sin embargo, la metáfora pareciera obtenerse del campo experiencial de la físico-química. En efecto, su uso se relaciona con el fenómeno físico del cambio

350. Ibid., 10.

351. Ibid., 10.

352. Fallos 306:1892

353. Considerando  $5^{\rm o}$ 

de estado: solidificación o cristalización como paso del estado líquido al sólido. Esto permite inferir que el sistema normativo está concebido en esta expresión como objeto físico (LAS LEYES SON OBJETOS). Pero no cualquier de cualquier tipo. Es una sustancia líquida, fluida. Tiene movimiento, se adapta al recipiente que la contiene. Corre, avanza (LAS LEYES SON MOVIMIENTO). El Derecho no debe ser algo anquilosado, no se debe dejar cristalizar. La propia interpretación de Derecho se torna así fluida, flexible, activa, dinámica y permite adecuarlo a los cambios de época, "amoldarlo" (ver voto del Dr. Petracchi, considerando 17, cita de Estrada). Esta adaptación es, como ya dijéramos, una de las funciones que cumple la metáfora en el campo jurídico.

La "cristalización" es también utilizada para describir fenómenos sociales, como lo muestra la teoría de la construcción social<sup>354</sup>. En efecto, Berger y Luckmann sostienen que la sociología del conocimiento "deberá ocuparse de todo lo que una sociedad considera como "conocimiento", sin detenerse en la validez o no validez de dicho "conocimiento" (sean cuales fueren los criterios aplicados). Y cualquiera sea el alcance con que todo "conocimiento" humano se desarrolle, se transmita y subsista en las situaciones sociales, la sociología del conocimiento deberá tratar de captar los procesos por los cuales ello se realiza de una manera tal, que una "realidad" ya establecida *se cristaliza* para el hombre de la calle. En otras palabras... la sociología del conocimiento se ocupa del análisis de la construcción social de la realidad"<sup>355</sup>.

Luego explican la naturaleza performativa de las instituciones sociales como un "conjunto de acciones "programadas", que se asemeja al libreto no escrito de una obra teatral. La realización de la obra depende de que actores de carne y hueso desempeñen reiteradamente los "roles" prescritos. Los actores encarnan los "roles" y actualizan la obra

<sup>354.</sup> Los sistemas sociales son edificios

<sup>355.</sup> Peter Berger y Thomas Luckmann, *La Construccion Social de la Realidad* (Buenos Aires: Amorrortu, 1968), 15.

representándola en un escenario determinado. Ni la obra, ni la institución existen empíricamente fuera de esta realización recurrente. Decir, pues, que los "roles" representan instituciones es decir que posibilitan que ellas existan, una y otra vez, como presencia real en la experiencia de individuos concretos. Las instituciones también se representan de otras maneras. Sus objetivizaciones lingüísticas, desde sus simples designaciones verbales hasta su incorporación a simbolizaciones sumamente complejas de la realidad, también las representan (o sea, las hacen presentes) en la experiencia; y pueden estar representadas simbólicamente por objetos físicos, sean naturales o artificiales. Todas estas representaciones, sin embargo, resultan "muertas" (vale decir, carentes de realidad subjetiva) a no ser que "vuelvan a la vida" continuamente en el comportamiento humano real. La representación de una institución en "roles" y por medio de ellos es, pues, la representación por excelencia, de la que dependen todas las otras. Por ejemplo, la institución del derecho está representada, naturalmente, por el vocabulario legal, los códigos de leyes, las teorías de jurisprudencia y, en último término, por las legitimaciones definitivas de la institución y sus normas en sistemas de pensamiento éticos, religiosos o mitológicos. Los fenómenos de factura humana, como los que constituyen el imponente aparato que suele acompañar la administración de la ley y los fenómenos naturales como el estallido del trueno, que puede tomarse por veredicto divino en una ordalía y eventualmente aun convertirse en símbolo de juicio final, también representan a la institución. Sin embargo, todas estas representaciones extraen su significación permanente y hasta su inteligibilidad de su continua utilización en el comportamiento humano, que aquí, por supuesto, es comportamiento tipificado en los "roles" institucionales del derecho"356. "El individuo, en virtud de los "roles" que desempeña, tiene que penetrar en zonas específicas de conocimiento socialmente objetivado, no solo en el sentido cognoscitivo más

restringido, sino también en el del "conocimiento" de normas, valores y aun emociones. Ser juez implica, a todas luces, un conocimiento del derecho y probablemente también de una gama mucho más amplia de los asuntos humanos que tienen relevancia legal"<sup>357</sup>.

Desde la perspectiva de estos autores, la repetición de ciertos comportamientos le da "historicidad" y adquieren así "objetividad": "Esto significa que las instituciones que ahora han *cristalizado* (por ejemplo, la paternidad, tal como se presenta a los hijos) se experimentan como existentes por encima y más allá de los individuos a quienes "acaece" encarnarlas en ese momento. En otras palabras, las instituciones se experimentan ahora como si poseyeran una realidad propia, que se presenta al individuo como un hecho externo y coercitivo"<sup>358</sup>.

Vemos pues, una vez más, que no puede considerarse al Derecho como una "ciencia autónoma". La ley, según esta doctrina que sirve de apoyo a lo que venimos sosteniendo, no puede ser comprendida fuera de las amplias prácticas sociales y formas de vida, esto es, como una comunidad vive, las normas que obedece, las cosas que valora, todo lo cual le da forma y sentido<sup>359</sup>.

## (b) El territorio de la privacidad

También se hace uso de las metáforas al decir que el derecho a la privacidad "comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad... y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad" (considerando 8°; ver también considerando 7° voto de los Dres. Caballlero y Belluscio: "invasión a su más sagrada esfera de privacidad"; voto del Dr. Petracchi, considerando 2°: "esfera privada"; considerando 4°: "esfera de actividad protegida";

357. Ibid., 101.

358. Ibid., 80.

359. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind 213.

considerando 19°: "esfera del espacio que no está destinada al uso o control público).

El argumento se estructura sobre la identificación del derecho a la privacidad como una superficie con sus límites, DENTRO-FUERA. La metáfora de recipiente marca la frontera que no debe pasarse para que este derecho tenga eficacia, como si fuese así más simple para visualizar, como si fuese plasmado en un plano (ver voto de Petracchi, considerando 2º "perfil que procura dibujar la sentencia"; considerando 13: "trazar los límites"; considerando 14: "bosquejado"). Hay aquí una "zona" de acceso prohibido: el "territorio propio", privado.

Ello, además de la referencia explícita al "ámbito privado" en sentido material (ver voto del Dr. Petracchi, considerando 19), dado el lugar donde aconteció la intromisión del fotógrafo. De todas maneras, de aquí surgiría el origen de las metáforas del "RECIPIENTE", pues las habitaciones y las casas son obvios recipientes.<sup>361</sup>

"Recipientes" que también marcan el DENTRO-FUERA de la imagenesquema.

Precisamente se ha sostenido que el recipiente pertenece a las metáforas ontológicas<sup>362</sup>. Y estas metáforas del RECIPIENTE sirven como "dominio fuente" para explicar objetos físicos no delimitados ("dominio meta") como "un claro en el bosque"; superficies físicas y no físicas ("área"; "campo visual") y estados ("enamorado", *in love* en inglés)<sup>363</sup>. Es decir sirve para delinear mejor los límites de algo cuando de por sí no están bien definidos<sup>364</sup>.

360. Lakoff y Johnson, , Metáforas de la Vida Cotidiana.

361. Ibid.

362. Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction, 38.

363. Ibid., 39.

364. Ibid., 39.

Repárese que se trata de la misma especie de metáfora que había utilizado la demandada al considerar que la fotografía "no había excedido el marco" del legítimo y regular ejercicio de la profesión de periodista (considerando 4°). La Corte consideró lo contrario: se traspuso el límite. Se produjo una "intromisión" (considerando 6° y 8°), una "invasión" (considerando 9°).

La delimitación —valga la expresión— fue explícitamente puesta de manifiesto por la Corte al disponer que lo que se encontraba en juego eran "los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad" (considerando 5°). Así, "corresponde establecer en primer término el ámbito que es propio de cada uno de estos derechos" (considerando 5°; considerando 8° "ámbito de autonomía individual"; considerando 9°: "sector de vida privada"). Más explícitamente: "…la tesis de la defensa se aparta del terreno de la legislación positiva para invadir el fuero interno de la conciencia…" (voto del Dr. Petracchi, considerando 17, sobre un precedente de la Corte de 1928).

Se puede observar aquí nuevamente que la utilización de las metáforas, no responden a un mero recurso ornamental sino que evidentemente provienen de una estructuración metafórica del pensamiento y se exteriorizan en una argumentación que cumple el objetivo de servir a la comprensión. Gomprensión que, en primer lugar, es del propio Tribunal, en tanto jueces que necesitan decidir una controversia. Pero también para la gente: recordemos que las sentencias deben estar motivadas ("razonablemente fundadas" según el nuevo art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación) y esa motivación cumple una función de control, no sólo interno (para poder ser impugnada) sino también externo: como control democrático de los actos de autoridad. Este control de la gente, cuanto más legible sea la sentencia, mejor podrá ser ejercido.

# (c) Las metáforas de nutrición en el mercado de las ideas

"El libre intercambio de ideas, concepciones y críticas no es bastante para *alimentar* el proceso democrático de toma de decisiones; ese intercambio y circulación debe ir acompañado de la información acerca de los hechos que *afectan al conjunto social o a alguna de sus partes*" (voto de los Dres. Caballero y Belluscio, considerando 4º, reproducido también en voto del Dr. Petracchi, considerando 7º). Estas metáforas (en la cursiva agregada) responden a la más extensa metáfora conceptual EL SISTEMA POLÍTICO ES UNA PERSONA.

Asimismo, se hizo uso de la "sal" como metáfora, en ambos sentidos: "Sólo un pensamiento *poco sazonado* dejaría de advertir que la conciencia subjetiva también depende de los factores objetivos que forman el contexto de la personalidad" (ver voto del Dr. Petracchi, considerando 16) y, esa misma libertad de conciencia "es el fruto sazonado de la evolución del cristianismo" (considerando 19).

Pero volvamos al primer ejemplo. La "alimentación" del proceso democrático no es suficiente lograrla con el libre intercambio de ideas (metáfora conceptual LAS IDEAS SON OBJETOS; en todo caso "objetos comestibles" para darle coherencia) sino que además, se necesita "acompañarla" con la información de los hechos" que afectan al cuerpo social o alguna de sus partes (LA SOCIEDAD ES UNA PERSONA).

De la "personificación" como metáfora conceptual ya hemos hablado al referirnos a los sistemas jurídicos. Pero es interesante ahora detenerse en la otra metáfora: el libre intercambio de las ideas.

Esta expresión metafórica ha tenido un gran influencia en la Suprema Corte de Estados Unidos y en toda la interpretación generada<sup>366</sup>. Allí se emplea la expresión "marketplace of ideas" (mercado de

<sup>366.</sup> Bosmajian, Metaphor and Reason in Judicial Opinions, 49.

ideas) y fue utilizada tanto para defender la doctrina de la imparcialidad (fairness doctrine), como para atacar la censura de libros en las bibliotecas, como también para defender la libertad de asociación e incluso para cuestionar la ortodoxia en las escuelas<sup>367</sup>.

El artífice de esta metáfora fue Holmes, en su disidencia dictada en Abrams v. United States<sup>368</sup>. Estrictamente, no habló de "mercado de las ideas" sino de "libre comercio de ideas" (free trade in ideas). En ese precedente, se había condenado a un grupo de socialistas por distribuir panfletos dirigidos a evitar que no se fabricaran balas que podrían usarse en contra de los revolucionarios rusos: "La persecución por la expresión de opinión me parece perfectamente lógica. Si usted no alberga duda alguna acerca de sus propias premisas y si quiere, además alcanzar un determinado objetivo con todo su corazón, entonces usted expresará con naturalidad sus deseos en la ley y eliminará toda oposición...Pero cuando los hombres comprueban cómo el tiempo ha podido invalidar muchas creencias agresivas, entonces pueden llegar a creer incluso mucho más intensamente de lo que piensan que constituye la base auténtica de su propia conducta que el ansiado bien supremo se consigue de mejor manera en el libre comercio de ideas, que el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento puede tener de ser aceptado en la competencia del mercado...". (énfasis añadido).

Se la ha explicado como parte de la metáfora del canal: la mente es una máquina ("voy a perder el control", "mi cerebro no funciona hoy", "le falta un tornillo"), las ideas son productos ("es una buena hipótesis, pero hay que pulirla", "limarla", "afilarla", "suavizarla"; "hemos producido muchas ideas esta semana"), las ideas son mercancías - artículos de consumo- ("la idea de ella es valiosa, la suya no vale nada"; "esa idea no va a venderse"). Así Holmes combina las metáforas básicas de mente e ideas con la experiencia económica del mercado para brindar

un nuevo punto de vista para las libertades de la Primera Enmienda<sup>369</sup>. La metáfora de Holmes va desde la actividad económica como campo de dominio fuente al campo de destino dado por la expresión como un conjunto sistemático de vinculaciones superadoras de las limitaciones del viejo modelo de libertad de expresión<sup>370</sup>. No puede perderse de vista que la metáfora del "mercado de las ideas" fue escrita bajo la influencia del liberalismo económico, donde la noción de "verdad" -así como la del bienestar económico- podían ser consecuencia de la libre competencia<sup>371</sup>.

En el año 1965 en la causa "Lamont v. Postmaster General"<sup>372</sup>, en la cual la Suprema Corte de Estados Unidos declaró inconstitucional una regulación postal que autorizaba a retener correspondencia foránea de propaganda comunista y no entregarla hasta recibir un pedido expreso por escrito del destinatario, el Justice Brennan, introdujo la metáfora en los siguientes términos:

"Yo pienso que el derecho a recibir información es (...) un derecho fundamental. La difusión de ideas no puede lograr nada si una audiencia voluntaria no es libre de recibir y sopesarlas. Sería un *mercado de ideas* desierto aquel que sólo tuviera vendedores y no compradores".

El mismo Justice Brennan, en el año 1967, apenas dos años después, utilizó la misma metáfora en "Keyishian v. Board of Regents", sosteniendo que el juramento de lealtad que se le exigía a los maestros de Nueva York no tenía lugar en el sistema educativo norteamericano: "La clase es particularmente un mercado de ideas"<sup>373</sup>.

369. Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind 271, 272.

370. Ibid., 272.

371. Ibid., 272.

372. 381 U.S. 301,308

373. 385 U.S. 589,603

Esta metáfora del "mercado de las ideas", aplicada con relación a las libertades de expresión y prensa de la Primer Enmienda ha perdurado a través del tiempo.

Académicos han creído encontrar su origen en John Milton y en John Stuart Mill<sup>374</sup>. Así John Milton, en su "Areopagítica" publicada en 1644, se dirigió al Parlamento inglés en un discurso cuestionando la supresión de la libertad de imprenta: "Quién supo jamás de vencimiento de ella (la Verdad) en libre y palatino encuentro"<sup>375</sup>. Hablaba así de un encuentro libre y abierto (in a free and open encounter) entre la verdad y la falsedad, el engaño. Se sostiene a lo largo de este pasaje el empleo de la metáfora conceptual acerca de que "UNA DISCUSIÓN ES UNA GUERRA", todavía parte viva de nuestro sistema conceptual contemporáneo"<sup>376</sup>. En palabras de Milton: "¿Por qué quien ignora que la Verdad es fuerte, cercana del Altísimo? No necesita tácticas ni estratagemas ni licencias que la hagan victoriosa; ardides y defensas son esas como para que el error descalce el poder de ella. No pide ella sino espacio, y que no la aten en el sueño…"<sup>377</sup>.

Asimismo, se sigue la misma estructuración conceptual (LA DISCUSIÓN ES UNA GUERRA) en John Stuart Mill, "Sobre la Libertad" (On Liberty), donde la cuestión entre verdad y falsedad se da, más que en un "mercado", en un metafórico campo de "batalla", pero siempre el "intercambio" entre las opiniones está presente: "Con el fin de mostrar más claramente todo el mal que entraña el hecho de no escuchar diversas opiniones, simplemente porque las hayamos condenado de antemano en nuestro propio juicio, sería deseable fijar la discusión en un caso determinado. Elijo de preferencia los casos que me son menos favorables,

<sup>374.</sup> Bosmajian, Metaphor and Reason in Judicial Opinions 52, 53.

<sup>375.</sup> John Milton, Areopagitica (México: Fondo de Cultura Económica, 2000), 92.

<sup>376.</sup> Winter, A Clearing in the Forest Law, Life and Mind, 267.

<sup>377.</sup> Milton, Areopagitica, 93.

aquellos en que el argumento contra la libertad de opinión, tanto en lo que respecta a su verdad como a su utilidad, está considerado como el más fuerte. Supongamos que las opiniones atacadas son la creencia en Dios y en una vida futura o cualquiera otra de las doctrinas de moral generalmente aceptadas. Librar batallas en este terreno será conceder gran ventaja a un adversario de mala fe..."<sup>378</sup>.

También sostuvo Mill, más adelante: "La verdad, en los grandes intereses prácticos de la vida, es ante todo una cuestión de combinación y de conciliación de los extremos; pero muy pocos hombres gozan del suficiente talento e imparcialidad para hacer este acomodo de una manera más o menos correcta: en este caso será llevado a cabo por el procedimiento violento de una lucha entre combatientes que militan bajo banderas hostiles"<sup>379</sup>.

A su vez, dentro de la misma jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos, el propio juez Rehnquist hizo valer tales antecedentes como así también el proporcionado por la disidencia de Oliver Wendell Holmes en Abrams v. United States, de 1919, al hablar de *libre intercambio de ideas*<sup>380</sup>.

Brennan, pues, al hablar de "mercado" localizó la metáfora de Holmes, le puso un lugar; bajó lo abstracto del "libre comercio" a un sitio específico y a un contexto. Conjura así el "agora" griega, el punto de encuentro central para el comercio, para el intercambio. De esta manera, la expresión metafórica funciona tanto como "asamblea" como "mercado", connota diversidad y pluralismo<sup>381</sup>.

Si bien en Ponzetti se utiliza la metáfora que venimos analizando en su expresión "libre intercambio de ideas", también nuestra Corte Suprema ha

378. John Stuart Mill, Sobre la Libertad (Madrid: Aguilar, 1977), 39.

379. Ibid., 62.

380. Central Hudson Gas and Electric v. Public Serv. Comm. U.S. 557, 592 (1980).

381. David Cole, "Agon at Agora: Creative Misreadings in the First Amendment Tradition", *The Yale Law Journal* 95, no. 5 (1986): 857-905.

hecho uso de la expresión "mercado de ideas". Así fue señalado la causa "Petric Domagoj, Antonio c/Diario Página 12 s/amparo", del 16 de abril de 1998. En dicho caso el actor invocó el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con motivo de un artículo que el diario publicó y por el que se le atribuía el carácter de asesor del Presidente de la Nación y el desarrollo de actividades de reclutamiento y organización de grupos mercenarios para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra Bosnia-Herzegovina.

La demanda fue admitida en ambas instancias y la Corte Suprema, por mayoría, hizo lugar a la queja, declaró admisible el recurso extraordinario, y confirmó la sentencia apelada por el diario demandado.

El Dr. Carlos S. Fayt, que adhirió a la mayoría pero por su propio voto, señaló en el considerando 22:

"Que, al decir de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso "Miami Herald Publishing Co. División of Knight Newspapers Inc. vs. Tomillo" "el público ha perdido la capacidad de responder o contribuir de una manera significativa en el debate de los distintos temas. El monopolio de los medios de comunicación permite poco o casi ningún análisis crítico... Esta concentración de organizaciones de noticias a nivel nacional -como otras grandes instituciones- se ha transformado en algo muy remoto y algo irresponsable frente al basamento popular de que depende, y que a su vez depende de él. La solución obvia que era accesible a los disidentes de una época temprana, cuando ingresar al negocio de la publicación era relativamente barato, hoy en día sería la de tener periódicos adicionales. Pero los mismos factores económicos que han provocado la desaparición de un vasto número de periódicos metropolitanos, han hecho que el ingreso a ese mercado de ideas que se sirve de la prensa, resulte algo casi imposible. Se dice que el reclamo de los diarios de ser "subrogantes del público" acarrea con ello una obligación fiduciaria concomitante de estar a la altura de dicho mandato. El fin de la Primera Enmienda de que el público sea informado; está hoy en peligro porque "ese mercado de ideas" es ahora un monopolio controlado por los dueños del mercado" (418 U.S. 241)."<sup>382</sup>

El fragmento del fallo que cita el Dr. Fayt fue redactado por el presidente de la Corte Warren Burger (año 1974), pero la transcripción no es del todo ajustada. En efecto, en el voto del Dr. Fayt se mezclan tres partes del fallo "Miami Herald" como si fuese una unidad conceptual del propio juez Burger, cuando en realidad lo que hace el preopinante es referir los argumentos de la parte demandada, que era la que pretendía ejercer el derecho a réplica y a quien en definitiva no se le dio la razón. Incluso el párrafo: "Esta concentración de organizaciones de noticias a nivel nacional -como otras grandes instituciones- se ha transformado en algo muy remoto y algo irresponsable frente al basamento popular de que depende, y que a su vez depende de él" es una cita que el juez Burger transcribe del "Informe del Grupo de Trabajo en Twentieth Century Fund Task Force Report for a National News Council, A Free and Responsive Press 4 (1973)"383 pero también aducida por el accionado. Estos argumentos de la parte demandada son los que parecieran desconocer la inaplicabilidad de la metáfora a la realidad de la sociedad contemporánea<sup>384</sup>.

Incluso, en otra parte del fallo, que no fue citada por Fayt, Burger mencionó también como argumento de los defensores del acceso al derecho de réplica: "la eliminación de periódicos competidores en la mayoría de nuestras grandes ciudades y la concentración del control de los medios de comunicación que resulta del hecho que el único periódico es propiedad de los mismos intereses que son dueños de un canal de televisión y una estación de radio, son componentes importantes de esta

<sup>382.</sup> Comp. Considerando 9 del voto de Petracchi en la causa: "Grupo Clarín y otros c/P.E.N. s/acción meramente declarativa", del 29/10/2003, La Ley online, AR/JUR/69100/2013.

<sup>383. 418,</sup> U.S. 241, 250.

<sup>384.</sup> Bosmajian, Metaphor and Reason in Judicial Opinions, 59.

tendencia hacia la concentración del control de las fuentes de información del público<sup>385</sup>.

Sin embargo, y contrariamente a lo sostenido en la causa "Petric" en este pronunciamiento la Suprema Corte de Estados Unidos, en forma unánime, dispuso finalmente que no podía exigírsele al Miami Herald que publique una respuesta o réplica de un candidato político cuya integridad había sido impugnada en los editoriales de ese diario, declarando la inconstitucionalidad de la ley del Estado de Florida en cuanto obligaba a los periódicos a darle un espacio gratuito para este tipo de respuestas. Sostuvo la Corte de Estados Unidos que dicha legislación era violatoria de la garantía de libertad de prensa de la Primera Enmienda de la Constitución.

#### (d) Metáfora de la penumbra

El ministro Petracchi toma de de *Griswold vs. Connecticut*<sup>386</sup> la metáfora de la "penumbra" empleada por el juez William O. Douglas en su voto (considerando 15). Debe recordarse que dicha sentencia fue dictada por la Suprema Corte de Estados Unidos en el año 1965 y el juicio comenzó con la detención en 1961 de Estelle T. Griswold, Directora Ejecutiva de la Liga para la Paternidad Planificada del Estado de Connecticut y del médico C. Lee Buxton, por haber aconsejado a matrimonios que deseaban controlar la natalidad, entregando anticonceptivos. Ambos fueron declarados culpables (sentencias confirmadas en distintas instancias hasta llegar al máximo tribunal) de violar una ley estadual, llamada Ley Comstock, que había sido promulgada en 1879, y cuya sección 53-32 disponía que toda persona que use cualquier remedio, artículo medicinal o instrumento con el propósito impedir la concepción, sería multada y/o llevada a prisión no

385. 418 U.S., 241, 249-250.

menos de 60 días y no más de un año. La sección 54-196 agregaba la misma condena para cualquier persona que asista, instigue, aconseje o recomiende dicho control. La Corte Suprema de Estados Unidos, por 7 votos contra 2 declaró que la ley Comstock era inconstitucional porque invadía el derecho a la intimidad de los matrimonios. El juez Douglas escribió la opinión mayoritaria, encontrando convincente uno de los argumentos de la defensa: que la ley Comstock violaba el debido proceso invadiendo injustificadamente la privacidad, derecho que si bien no aparece explícitamente mencionado en la Constitución de ese país, ello no significa que no fuera reconocido. Apeló para ello a la metáfora de la "penumbra":

"... En Pierce v. Society Of Sisters (268 U. S. 510) se estableció el carácter vinculatorio para los Estados del derecho de educar a los propios hijos según la propia elección en virtud de la Primera y Decimocuarta Enmienda. En Meyer v. Nebraska (262 U. S. 390) se otorgó la misma dignidad al derecho de estudiar la lengua alemana en una escuela privada. En otras palabras, el Estado no puede, de modo consistente con el espíritu de la Primera Enmienda, estrechar el espectro de conocimientos adquiribles. El derecho de la libertad de palabra y prensa incluye no sólo el derecho de expresarse o de imprimir, sino también el derecho de distribuir, el derecho de recibir, el derecho de leer (Martín v. Struthers 319 U. S.141, 143) y la libertad de investigación, la libertad de pensamiento y la libertad de enseñanza (Wieman v. Updegraff 344 U. S. 183, 195)... Sin esos derechos periféricos los derechos específicos se hallarían menos garantizados ... En Naach v. Alabama 357 U. S. 449, 462, 1958, protegimos la 'libertad de asociarse y la privacidad de la propia asociación' advirtiendo que la libertad de asociación era un derecho periférico de la Primera Enmienda ... En otras palabras la Primera Enmienda tiene una zona de penumbra en la cual la privacidad se halla protegida de la intrusión gubernamental ... El derecho de asociación ... Incluye el derecho de expresar las propias actitudes o filosofías mediante la incorporación a un grupo o afiliación a él o por otros medios legales.

Asociación en este contexto es una forma de expresión de opiniones y aunque no esté expresamente incluido en la Primera Enmienda es necesaria para dotar de pleno significado a las garantías expresas ..."."Los casos mencionados sugieren que existen, en la declaración de derechos específicos, garantías que tienen una zona de penumbra, formada por emanaciones de aquellas garantías que contribuyen a darles vida y sustancia ... Varias garantías crean zonas de privacidad. El derecho de asociación es, como hemos visto, uno de los que está contenido en la penumbra de la Primera Enmienda. La Tercera Enmienda en su prohibición contra el alojamiento de soldados 'en cualquier casa' en tiempo de paz sin el consentimiento de su propietario es otra faceta de tal privacidad. La Cuarta Enmienda afirma explícitamente 'el derecho del pueblo de estar a salvo de allanamientos y de secuestros irrazonables en sus personas, casas, papeles y pertenecientes'. La Quinta Enmienda 'en la cláusula contra la autoincriminación permite al ciudadano crear una zona de privacidad que el gobierno no puede obligarla a renunciar en su perjuicio'. La Novena Enmienda establece la enumeración en la Constitución de determinados derechos no será entendida como denegación o disminución de otros retenidos por el pueblo'...". "La Cuarta y Quinta Enmiendas fueron descriptas en *Boyd v. United States*, 116 U. S. 616 (1886) como una protección contra toda invasión gubernamental 'de la santidad de la morada de cada persona y de las privacidades de la vida'. Recientemente nos referimos en Mapp v. Ohio (367 U. S. 643, 656) a la Cuarta Enmienda como creadora de 'un derecho de privacidad, no menos importante que cualquiera de los otros derechos cuidadosa y particularmente reservados al pueblo' ...Estos casos dan testimonio de que es legítimo el derecho de privacidad cuyo reconocimiento se reclama en el caso ..." (381 U. S. ps. 482/485)".

Si bien el Dr. Petracchi señala que parecería ocioso reproducir estos razonamientos en nuestro derecho, pues la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional proporciona directo y exhaustivo fundamento al derecho de privacidad, lo cierto es que igualmente considera la

"figura" —así la llama— de la "penumbra" como propia del artículo 19, que en esta materia "no ahorra un proceso de inferencias al estilo del efectuado por la jurisprudencia norteamericana, pero amplía y consolida la base de inferencias" (considerando 15, último párrafo).

El término "penumbra" tiene orígenes en la astronomía. No es tan usual en inglés (donde se utiliza más la palabra compuesta half-light — media luz—) como lo es en castellano. 387 Habría sido utilizado por primera vez con Johannes Kepler, en 1604, y proviene de la unión de las palabras latinas "paene" (casi) y "umbra" (sombra): "casi sombra". 388 Así, durante el eclipse total de luna había un espacio bien definido entre la sombra profunda o "umbra" de la Tierra y la completa iluminación solar que golpea la superficie lunar. Ese espacio entre la luz y la sombra refracta una luz rojiza, a través de la cual la luna pasa en su camino a la completa sombra producida por el eclipse y se la denomina la "penumbra". 389 Según la acepción astronómica del Diccionario de la Real Academia Española: "En los eclipses, sombra parcial que hay entre los espacios enteramente oscuros y los enteramente iluminados" (en su primera acepción: sombra débil entre la luz y la oscuridad, que no deja percibir dónde empieza la una o acaba la otra).

Douglas se apoyó en la formación de un eclipse para la utilización de la metáfora espacializadora, variante de la metáfora de recipiente, pues conceptualmente descansa en los límites, en las delimitaciones, en las demarcaciones de territorio, en las fronteras. El Derecho a la privacidad no nace pues de la plena claridad legal sino de una zona cercana a dicha luz, pero no del todo iluminada: la penumbra.

387. Stephen D Gingerich, "Telling (in) the Half-Light: Mimetic Poetics and Juan Benet's en la Penumbra", *Hispania* 91, no. 3 (2008): 569-578.

388. Ibid.

389. Ibid.

390. J Christopher Rideout, "Penumbral Thinking Revisited: Metaphor in Legal Argumentation", Journal of the Association of Legal Writing Directors 7 (2010): 155-191.

De todos modos, VER ES CONOCER es la metáfora conceptual principal, la que nos conecta con el universo, con el mundo exterior.

Se advierte también aquí que la división cartesiana en términos antitéticos: cuerpo-razón, día-noche, luz-sombra, responde a una categorización racionalista que deja muchas veces de lado los matices, los grises, las zonas intermedias: la penumbra no es enteramente luz ni enteramente sombra.

En otros precedentes la Corte también hace uso de la "penumbra", refiriéndola a la falta de luz, de claridad, a lo que es confuso, y por lo tanto de su interior no podría surgir el derecho: "Corresponde dejar sin efecto la sentencia que decidió que la actora, en su calidad de viuda del causante, debía ser reconocida como pensionista en los términos del art. 88, inc. 1°, del decreto ley 333/58. Ello así, pues las consideraciones del a quo en lo que hace a los derechos de viuda putativa invocados por la recurrente dejan sobre el tema una penumbra que no logró despejar y que pudo y debió hacerlo, de haber articulado el examen de la norma en debate, con disposiciones pertinentes de la Ley de Matrimonio 2393, cual es su art. 88"391 . Aquí se incluye entonces a la metáfora como algo de connotación negativa (función de "inferencia" de la metáfora), aspecto sombrío que también se utilizara para cuestionar la coherencia de la metáfora de la penumbra empleada por Douglas, ya que de la misma no sería natural que surjan "emanaciones" de garantías que le dan vida, sino más bien que ellas deberían provenir de una "fuente de luz" (el sol) y no de la oscuridad.392

Incluso nuestro Máximo Tribunal hizo uso del "eclipse" como metáfora, donde aquí sí la negación del derecho aparece coherente con los efectos del fenómeno astronómico: "Que supuestos como el de autos constituyen atentados contra el derecho elemental de la vida cuyo

<sup>391. &</sup>quot;Donati de Martínez Furque, Egle c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policla Federal y/u otra", 1985 Fallos 307: 499

<sup>392.</sup> Rideout, "Penumbral Thinking Revisited: Metaphor in Legal Argumentation".

reconocimiento se postula por la propia naturaleza humana, de modo tal que aun en tiempos de guerra en que *ciertos derechos sufren un eclipse parcial o temporáneo* subsiste siempre la conservación, como intangible, de la protección al bien jurídico vida dentro de un mínimo en el ámbito internacional o de un mínimo de orden jurídico interno admitido internacionalmente y que no se puede desconocer<sup>393</sup>.

# (e) El viaje de José Manuel Estrada

En el voto de Petracchi se transcribe la siguiente cita de José Manuel Estrada (considerando 7°): "...Es menester, por consiguiente, para que las sociedades no se inmovilicen en la contemplación de sí mismas, para que los pueblos, en la marcha constante de la vida que es milicia, no vuelvan la espalda y se queden estáticos y abandonen la senda del progreso y las reglas del deber, que una plena libertad favorezca al pensador para protestar contra el error dominante; y a todo hombre preocupado por el bien público y en cuyas entrañas palpiten sentimientos humanitarios y generosos, para despertar a los gobiernos de su error y a los pueblos de su apatía, para inspirar, en una palabra, el movimiento constante y la reforma lenta que los hombres y las sociedades humanas necesitan hacer de sus propias instituciones a fin de no retroceder..." (Curso de Derecho Constitucional, t. I, p. 215, 2ª ed., 1927).

Se observan aquí metáforas cruzadas. LA SOCIEDAD ES UN VIAJE: no debe inmovilizarse; marcha; se mueve constantemente. El viaje define un camino: 394 no volver la espalda, no abandonar la senda, no retroceder. A su vez, LA VIDA ES MILICIA. Milicia es el arte de hacer la guerra y de disciplinar a los soldados para ella (Diccionario de la Real Academia, primera acepción), lo que resulta coherente con la "marcha"

393. Con cita de Jules Paoli; caso Priebke; voto de Nazareno y Moliné O´Connor, considerando 30; en Fallos 318:2148, del 2-11-95

394. Lakoff y Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana.

(movimiento de las tropas para trasladarse de un punto a otro), y con "las reglas del deber" (no debe soslayarse el contexto socio-cultural de la época en que la frase fue escrita, fines de 1920). Trata al gobierno —en puridad una metonimia por la "gente responsable del gobierno"— y al pueblo de "personas" (metáfora de personificación),<sup>395</sup> con fenómenos del hombre: dormirse y despertarse (el término "error" presupone lo humano y no lo meramente animal); apatía.

Agrega metonimias (sinécdoques en el sentido retórico tradicional): "Pensador" y "entrañas" para referirse al hombre. Entrañas como "capacidad para sentir, alma, corazón" (María Moliner), de ahí que las entrañas palpiten (metonimia dentro de la metonimia).

Petracchi, al sostener que el artículo 19 de la Constitución Nacional no podría limitarse exclusivamente a proteger la libertad "interior" excluyendo la "exterior", vuelve a la figura de la "entraña", tratando a la libertad como entidad física, como un cuerpo: "separando lo que por ser *entrañable* no se puede dividir sin *desgarramiento*" (considerando 16).

La libertad (término abstracto) es así mostrada como "inspiradora" de "la vida" de la sociedad (pueblo y gobierno), que "avanza" en una "viaje" hacia un "destino" de mejores instituciones, "progresa": metáfora conceptual ORIGEN-CAMINO-META<sup>396</sup>.

#### (f) Robinson Crusoe

En el voto de Petracchi, con cita de un fallo de la Cámara Nacional en lo Federal y Contencioso Administrativo, para referirse a que la expresión "ofender al orden y a la moral pública" sólo tiene sentido se incluye a los "terceros", utiliza una ironía: "de otro modo se hallaría referida a una fantástica superposición de *robinsones*" (considerando 16;

énfasis agregado). ¡Cuánto sintetiza la metonimia! ¡Cuánta privacidad gozaba el personaje Robinson Crusoe!

#### (g) "Lavado de cerebro"

En este último considerando 16 Petracchi habla del "lavado de cerebro".

Este metáfora fue utilizada en lengua inglesa por primera vez el 24 de septiembre de 1950, apenas tres meses después de comenzada la guerra de Corea, en un artículo periodístico publicado en el *Miami News*, firmado por Edward Hunter y titulado *Brain-Washing Tacticts Force Chinese into Ranks of Communist Party*. <sup>397</sup> El término inglés estaría basado en una traducción literal de la expresión china *xi nao* ("lavar el cerebro"), referido a la metodología de persuasión coercitiva utilizada en la República Popular China para la "reconstrucción" de los denominados pensamientos feudales de los ciudadanos chinos criados bajo el régimen pre-revolucionario<sup>398</sup>. La expresión tendría como origen remoto una costumbre taoísta de limpiar o lavar el corazón (xi xin), una "purificación", antes de de dirigir ciertas ceremonias o entrar a determinados lugares, en tanto que como adiestramiento para la "reforma del pensamiento" se ubica en el período Yenan del Partido Comunista Chino (1935-1944). <sup>399</sup>

397. Timothy Melley, "Brainwashed! Conspiracy Theory and Ideology in the Postwar United States", New German Critique, no. 103 (2008): 145-164.

398. El escritor japonés Haruki Murakami en su libro 1Q84 (Editorial Tusquets) utiliza otra metáfora china para referirse a la Academia Takashima que "extrae de las cabezas de la gente el circuito que les permite pensar por sí mismos. Es el mismo mundo que George Orwell describió en novela"... "Se podría decir que era como si les metieran los sesos en un zapatito diminuto. Como el tensoku. —Tensoku —preguntó Fukaeri. — Antiguamente, en China, a las niñas pequeñas les metían los pies a la fuerza en unos zapatos diminutos para que no les crecieran —le explicó Tengo (pág. 147)

399. Albert D Biderman, "The Image of "Brainwashing"", The Public Opinion Quarterly 26, no. 4 (1962): 547-563.

Hunter trabajaba para la CIA y publicaría luego dos libros sobre el tema. Inicialmente Hunter concibió el término para dar cuenta de la "reeducación" masiva de civiles en la China Maoísta. 400 Si bien originalmente la metáfora hacía alusión a una "guerra psicológica de escala incalculablemente más inmensa que cualquier militarista en el pasado haya siquiera contemplado", 401 y estaba vinculada con el trato infringido por los coreanos a los prisioneros de guerra norteamericanos, todavía no aparecía como la pesadilla del control total de la mente en la cual luego pronto se transformó. Así, apenas cinco años después, Hunter describió el lavado de cerebro de una manera mucho más espantosa, como una forma de "hipnosis en masa", capaz de fomentar la disciplina de la negación del pensamiento y la esclavitud como "robots". 402 Así, Hunter llevó la expresión al extremo de considerarlo una mezcla de misterio oriental con racionalismo soviético, incorporando la teoría de Pavlov, para suplantar la conciencia individual por creencias prefabricadas, en palabras de Hunter: "Reflejos condicionados que podrían de un modo imaginable ser producidos para hacer que (el hombre) reaccione como un perro a la señal del entrenador...el Kremlin podría usar palabras como señales: imperialismo, aprendizaje, lacayos de los imperialistas, gente, amigo de la gente, gran hermano, sin ninguna relación con su significado actual. El plan del Kremlin era hacer estos reflejos instintivos, como las reacciones de los...animales". 403 Esta noción del lavado de cerebro no quedó confinada al conservadurismo anticomunista, pese a su empleo por figuras emblemáticas de la guerra fría, como el director del FBI J. Edgar Hoover y el senador Joseph McCarthy, sino que pasó a ser una poderosa y perdurable fantasía

 $400.\,\mathrm{Melley},$  "Brainwashed! Conspiracy Theory and Ideology in the Postwar United States".

<sup>401.</sup> Ibid.

<sup>402.</sup> Ibid.

<sup>403.</sup> Ibid.

cultural<sup>404</sup>, en otro ejemplo de la función *inter textual* de la metáfora. Así fue desacoplada del comunismo y desplegada para teorizar sobre nuevas formas de de influencias sociales y políticas, en especial para los medios de comunicación norteamericanos y el poder de las corporaciones. Se la utilizó también para justificar teorías conspirativas, como la afirmación de Lincoln Lawrence acerca de que Lee Harvey Oswald había asesinado a John F. Kennedy bajo una "radio controlada sugestión posthipnótica".<sup>405</sup> A su vez, por su asociación con la psiquiatría invasiva, pasó a ser una imagen central del movimiento antipsiquiátrico de posguerra y finalmente hizo su aparición en el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM) de 1980, bajo el título: "desórdenes disociativos", definición citada usualmente en las demandas judiciales dirigidas contras ciertos cultos o sectas religiosas.<sup>406</sup> Esta noción, no quedó circunscripta a Estados Unidos, sino que tuvo y tiene gran vigencia en Europa y otros países, incluyendo la Argentina.<sup>407</sup>

Explícitamente el voto del ministro Petracchi hace referencia a la "derrota" de la inaccesibilidad del "fuero interno" por el "avance" (término no muy adecuado desde el punto de vista valorativo) de los "medios técnicos de invasión y manipulación de la conciencia individual" (considerando 16). Esta construcción indudablemente muestra una metáfora de recipiente, con una orientación DENTRO-FUERA. 408

Petracchi continúa su voto señalando que vivimos en la época del "lavado de cerebro" (inferencia automática de la metáfora si no es percibida como tal), por lo que "adquieren su mayor valor los severos

404. Ibid.

405. Ibid.

406. Ibid.

407. James T Richardson y Massimo Introvigne, "Brainwashing" Theories in European Parliamentary and Administrative Reports on "Cults" and "Sects", *Journal for the Scientific Study of Religion* 40, no. 2 (2001): p 143-168-.

408. Lakoff y Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana.

principios limitativos de la actividad estatal, que una lectura humanista y fiel al sentido básico de la norma halla sin esfuerzo en el art. 19 de la Constitución Nacional" (considerando 16).

### (h) El esqueleto de la Constitución

En el extenso voto del Dr. Petracchi, se utiliza también una metáfora personificadora de la Constitución Nacional, refiriendo que la "libertad ordenada" da forma a la estructura interna, a la médula y los huesos de la Constitución, y sostiene todos sus elementos (considerando 20; ver también considerando 19: "caput et fundamentum").

Estas expresiones metafóricas responden entonces a la metáfora conceptual LOS SISTEMAS JURÍDICOS SON PERSONAS, que fuera desarrollada más arriba.

# 2. Caso Vago

En el caso<sup>409</sup>, Jorge Antonio Vago planteó una demanda por daños y perjuicios (daño moral) contra una editorial ("La Urraca S.A.), que publicaba el semanario "El Periodista de Buenos Aires". Tanto en primera como en segunda instancia se rechazó la demanda promovida. El fundamento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala "A") para rechazar las pretensiones del actor consistió en que éste era una "figura pública" (era director del semanario "Prensa Confidencial") y, por lo tanto, le era necesario acreditar que los demandados habían publicado la información inexacta acerca de su persona a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia, requisito éste que no había sido satisfecho por el actor. Contra dicho pronunciamiento, se interpuso recurso extraordinario, cuya denegación

motivó la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso intentado.

#### (a) La "figura pública"

La primera cuestión interesante en este fallo es determinar, a los efectos de la aplicación de la doctrina de la "real malicia", qué se entiende por "figura pública". "Figura", en su primera acepción del Diccionario de la Lengua Española, es "forma exterior de un cuerpo por la cual se diferencia de otro" (metonimia o sinécdoque en sentido de la retórica tradicional: la parte por el todo). Pero también refiere "persona que destaca en determinada actividad" (undécima acepción), con lo cual el adjetivo "pública" estaría demás: "una figura" en este sentido, de por sí es "pública".

Es importante la calificación, porque, como sabemos y menciona el fallo, si así fuese para ser responsable la demandada debía haber publicado la información inexacta "a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia" (considerando 2).

El recurrente sostuvo, en cambio, que aunque sea del director de una revista, eso no lo convierte en "figura pública", entendiendo por tales aquellas que "están en la boca de todos" (considerando 3). Estar en la boca, ciertamente no puede tomarse literalmente sino en su sentido metafórico: todos "hablan" de esta persona. Vago señaló que la publicación no aludió a su labor periodística sino que le imputó la participación en un complot contra el orden constitucional (considerando 3).

La Corte, en el voto redactado por la mayoría, no hace un análisis particularizado de si el actor era o no una "figura pública". Pero termina incluyéndolo haciendo una interpretación amplia de la categoría: "El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional. Se suma la misión de la prensa, su deber de informar a la opinión pública proporcionando el conocimiento

de qué y cómo actúan sus representantes y administradores; si han cometido hechos que deben ser investigados o incurren en abusos, desviaciones o excesos y si en esos hechos han intervenido funcionarios o figuras públicas, incluso particulares --que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que se trata la información--su situación los obliga a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia de la prensa" (considerando 11). La categoría entonces no sólo incluye a las "figuras", sino también a los "funcionarios" (por su rol público, aunque no sean "figuras") y también a los particulares, en tanto hayan "adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que trata la información", aspecto entonces que justificaría la inclusión de Vago en los presupuestos de la doctrina de la real malicia.

En el voto de Petracchi y Moliné O'Connor (considerando 4) pareciera hacerse eco de que el actor no encuadraría en el supuesto prototípico de "figura pública": "aun cuando se acreditara que lo afirmado por el a quo, en el sentido de que el actor es una personalidad "notoria", no tiene sustento en las constancias de autos, quedaría en pie el segundo argumento empleado por la Cámara para atribuir el carácter de "figura pública" al actor, que resulta independiente del anterior y que no fue impugnado por el recurrente, cual es la intervención de Vago — como periodista— en numerosas controversias de interés público (403 U.S. 29)". Identifica "figura pública" con la undécima acepción del Diccionario: "destacada", "notoria" y el actor estaría entonces excluido de esta categorización. Pero igualmente utiliza el precedente de la Suprema Corte de Estados Unidos (Rosenbloom vs. Metromedia) que se refiere a su intervención "como periodista" en "numerosas controversias de interés público" por lo que se le aplica la doctrina de la real malicia.

La doctrina de aquel precedente foráneo es que aun siendo considerado una persona privada —si el asunto resulta de interés público o general— no puede el carácter privado del involucrado ser óbice a un robusto ejercicio de la libertad de prensa, pues precisamente el interés del

público versa sobre la conducta del individuo que motivó su exposición ante la opinión pública. Por ello, sin desconocer la inexactitud de la noticia que originó la acción, dio preeminencia a la libertad de prensa del medio (conf. sumario en La Ley online AR/JUR/132/1971, donde puede consultarse en inglés el fallo completo).

Se puede considerar también aquí cómo pueden ser útiles para el Derecho el empleo de las categorías radiales, con un núcleo prototípico que nos viene conocido por la experiencia pero que no agota todas las variable, sino que hay supuestos que aparecen más cerca de la periferia pero no por ello ajenos a la categoría. Aquí se ve otra diferencia con los modelos tradicionales: estar o no dentro de una categoría como algo definitivo.

#### (b) El espejo uno y múltiple

The last room was a hall of mirrors where my child stepped past.

Nineteen — about to be described and yet to meet her explanation.

At the point of exchange she became so unknown, so clear that I could not tell glass from air.

Lavinia Greenlaw, Empty Metaphor, TLS, del 18/3/2011.

La Corte reconoce en el cuarto considerando que es un tema de "derecho común" pero como tiene conexión con "la actividad de la prensa" adquiere un "interés que se justifica plenamente por la trascendencia de aquélla *en la vida de las sociedades*" (LA SOCIEDAD ES UNA PERSONA) y para el "funcionamiento de de sus instituciones" (LAS

INSTITUCIONES SON MÁQUINAS), por lo cual su análisis es de "evidente interés para la vida de la República" (La República es una persona).

Luego, en el quinto considerando la Corte señaló: "La aceleración de los cambios históricos, el avance científico y tecnológico y el aumento de las necesidades espirituales y materiales, a las que se adiciona la revolución de las comunicaciones, requieren del ámbito jurisdiccional una perspectiva dinámica en correspondencia con los sistemas de comunicación, el crecimiento exponencial de la tecnología y su gravitación sobre la mentalidad, las actitudes y los comportamientos individuales y sociales". Esto puede ser analizado como una coherente argumentación "intratextual" de la metáfora conceptual LOS ACONTECIMIENTOS SON MOVIMIENTOS RÁPIDOS. Por un lado, tenemos acontecimientos que ocurren con mucha velocidad (aceleración, cambios, avances, revolución) y por otra la respuesta que da la Justicia debe ser "dinámica": ir ajustando su interpretación a la misma velocidad; con rapidez.

Entrando así a la conceptuación de la prensa, la Corte dijo en el considerando 8: "Que la función de la prensa en una república democrática persigue, entre otros objetivos principales, informar tan objetiva y verídicamente al lector como sea posible; contribuir a la elaboración de la voluntad popular y servir de medio de expresión a la opinión pública. En ejercicio de su misión está al servicio de la comunidad informando al público sobre los hechos de interés general, haciéndole conocer los acontecimientos del día lo más exactamente posible, "después de un control tan serio como lo permitan las necesidades de una información rápida". Tiene, no sólo el deber de ser espejo de la realidad sino también interpretarla, formando y expresando a la opinión pública (Bourquin, Jacques, "La libertad de prensa", p. 131, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1952). Goza, así, del derecho de crítica. Con relación a la información objetiva y verídica, corresponde destacar las dificultades que ofrece a la teoría del conocimiento la posibilidad de llegar a la realidad de las cosas. De ahí que si la información deseable sea la objetiva, la posible es la información que tiende a esa verdad objetiva.

Esta limitación subyace como herencia de la condición humana que la formula y marca con el signo del acierto o del error la distancia, que siempre existe, entre el hecho y su relato. Los seres y los acontecimientos se niegan a mostrarse. La realidad de las personas y sus hechos es huidiza (Jasca, Adolfo, "La misión del periodista en mil palabras", Ed. Premio Grive, 1982). No se trata de la verdad absoluta sino de buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe. Evitar que los preconceptos enturbien la mirada y empañen el espejo, es decir, el subjetivismo del periodista".

Sabemos que el espejo es una superficie brillante donde se reflejan las imágenes<sup>410</sup>.

Esta voz es uno de los términos más utilizados y de mayor importancia en la historia de la cultura<sup>411</sup>.

Los griegos usaban la palabra *katoptron*, y así Euclides<sup>412</sup> denominó "La Catóptrica" una de sus obras, donde contiene la ley de la reflexión de la luz, la teoría de las imágenes que nos presentan los espejos planos, esféricos, cóncavos y convexos, describiéndose el primer experimento de refracción, aunque se partía de la hipótesis que la luz salía de los ojos<sup>413</sup>. El término catóptrica los latinos tradujeron por *speculum*<sup>414</sup>.

Desde el punto de vista histórico-filosófico-literario, la refracción, visión catóptrica o especular, entendida como metáfora y símbolo tiene una gran tradición $^{415}$ .

- 410. Moliner, Diccionario de Uso del Español.
- 411. Javier Vergara Ciordia, "Enciclopedismo Especular en la Baja Edad Media: La Teoría Pedagógica del Espejo Medieval", *Anuario de Historia de la Iglesia* 18 (2009): 295-309.
- 412. Siglos IV-III A.C.
- 413. González Porto y Bompiani, *Diccionario Literario de Obras y Personajes de Todos los Tiempos y de Todos los Países* (Barcelona: Montaner y Simón, 1968), VII 722.
- 414. Vergara Ciordia, "Enciclopedismo Especular en la Baja Edad Media: La Teoría Pedagógica del Espejo Medieval", 296.
- 415. Ibid., 297.

Es que se ha sostenido que la preocupación fundamental de la filosofía es ser una teoría de la representación<sup>416</sup>.Por ejemplo, el pasaje de Platón donde prohibe la poesía por ser imitación y no verdad<sup>417</sup>. Allí, al preguntarse sobre un artesano que fuera capaz de fabricar toda clase de objetos artificiales, incluyendo todos los seres vivos, la propia persona, el cielo y la tierra, contesta:

"...no es difícil...puede llevarse a la práctica rápidamente, en un momento si quieres; te basta tomar un espejo y dirigirlo hacia todos lados; en seguida harás el sol y lo que hay en el cielo, la tierra, a ti mismo, a los demás seres vivos, los objetos fabricados, las plantas y cuanto acabamos de mencionar.

—Sí —replicó—, creaciones aparentes, pero sin ninguna realidad"<sup>418</sup>.

A su vez, partiendo del Génesis con la creación del hombre a imagen y semejanza de Dios, el cristianismo también ha empleado esta metáfora, así San Pablo en la carta a los Corintios usa al espejo como vía de conocimiento<sup>419</sup>: "Porque ahora vemos confusamente en un espejo, mientras entonces veremos cara a cara"<sup>420</sup>. La "confusión" en el espejo, debe ser pensada en términos de los espejos de la época y no de los actuales.

San Agustín, por ejemplo, enseña: "...mas en cosas desiguales, el objeto menos bueno se dice semejante a lo mejor. ¿Quién mirándose en el espejo dirá que se parece a la imagen, y no al contrario, que la imagen

<sup>416.</sup> Rorty, La Filosofia y el Espejo de la Naturaleza, 13.

<sup>417.</sup> Platón, República (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1996), 503.

<sup>418.</sup> Ibid., 505.

<sup>419.</sup> Vergara Ciordia, "Enciclopedismo Especular en la Baja Edad Media: La Teoría Pedagógica del Espejo Medieval", 298.

<sup>420. 1</sup> Cor. 13,12

se parece a él?"<sup>421</sup>. Y en esta posición neoplatónica prosigue: "Y la semejanza que resulta en el espejo, ¿por qué decimos que es falsa? Porque no se puede palpar, no suena, no se mueve por sí, no vive, y por otras cosas que sería largo enumerar"<sup>422</sup>.

Incluso en la Baja Edad Media las metáforas especulares se vieron enriquecidas por la aparición de un nuevo género literario, precisamente denominado los *specula*, que portaban desde su título el término *speculum* y encerraban toda una programación pedagógica y gnoseológica de carácter catóptrico<sup>423</sup>. A partir de Vicente de Beauvais con su enciclopedia *Speculum maius* además de dotarla como notable novedad de introducción, tabulación temática por capítulos, concordancias, índices, se empezó a considerar la multiplicidad y diversidad de la naturaleza en sí misma y por sí misma como espejo y causa coadyuvante de la voluntad divina<sup>424</sup>.

Alano de Lille reivindica en el siglo XII cómo el conocimiento humano ha de volver los ojos a tres espejos que sitúan el sentido de la realidad humana: el espejo de la Escritura, el de la naturaleza y el del alma<sup>425</sup>.

Borges, quien no puede faltar en la mención a los espejos, precisamente cita a Alano de Lille (en francés en el original: Alain de Lille) diciendo que descubrió "esta fórmula, que las edades venideras no olvidarían: «Dios es una esfera inteligible, cuyo centro está en todas partes y la circunferencia en ninguna»...para la mente medieval, el

<sup>421.</sup> San Agustín, Obras de San Agustín (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1946), 534.

<sup>422.</sup> Ibid., 539.

<sup>423.</sup> Vergara Ciordia, "Enciclopedismo Especular en la Baja Edad Media: La Teoría Pedagógica del Espejo Medieval", 301.

<sup>424.</sup> Ibid., 304.

<sup>425.</sup> Ibid., 301.

sentido era claro: Dios está en cada una de sus criaturas, pero ninguna Lo limita"<sup>426</sup>.

En "Tlön, Uqbar, Orbis Tertius" Borges empieza diciendo: "Debo a la conjunción de un espejo y de una enciclopedia el descubrimiento de Uqbar. El espejo inquietaba el fondo de un corredor en una quinta de la calle Gaona, en Ramos Mejía". Un poco más adelante es más elocuente con relación al espejo: "Descubrimos (en la alta noche ese descubrimiento es inevitable) que los espejos tienen algo monstruoso. Entonces Bioy Casares recordó que uno de los heresiarcas de Uqbar había declarado que los espejos y la cópula son abominables, porque multiplican el número de los hombres. Le pregunté el origen de esa memorable sentencia y me contestó que The Anglo-American Cyclopaedia la registraba, en su artículo sobre Uqbar" 427.

Lo interesante de decir, como lo hace la Corte, que la prensa "debe ser espejo de la realidad" es que importa asumir ("inferencia automática") una postura filosófica, una concepción de cómo conocemos (nuevamente el uso de la metáfora no es algo neutral). Así se ha sostenido por Richard Rorty que "la imagen que mantiene cautiva a la filosofía tradicional es la de la mente como un gran espejo, que contiene representaciones diversas —algunas exactas, y otras no— y se puede estudiar con métodos puros, no empíricos <sup>428</sup>. Explicó en su obra que "sin la idea de la mente como espejo, no se habría abierto paso la noción del conocimiento como representación exacta. Sin esta última idea, no habría tenido sentido la estrategia común de Descartes y Kant: obtener representaciones más exactas inspeccionando, reparando y limpiando el

<sup>426.</sup> Jorge Luis Borges, *Obras Completas* (Barcelona Spain: Emecé, 1989), La Esfera de Pascal, en "Otras Inquisiciones".

<sup>427.</sup> En las "Meditaciones jusfilosóficas sobre las "Ficciones" de Jorge Luis Borges", de Miguel Angel Ciuro Caldani, dentro de su libro "Filosofia, Literatura y Derecho", FIJ, Rosario, 1986 hay un capítulo sobre los espejos y las normas.

<sup>428.</sup> Rorty, La Filosofia y el Espejo de la Naturaleza 20.

espejo, por así decirlo", Este tipo de afirmaciones representacionales, por otro lado, son cuestionadas por Wittgenstein, Heidegger y Dewey, distanciándose de la tradición, en postura a la que Rorty adhiere abiertamente 430.

Volviendo al fallo de la Corte, la expresión que la prensa no sólo debe ser espejo de la realidad, permite pensar que el conocimiento de la realidad se da por esta vía representacional. Sin embargo, aclara que el solo reflejo de lo que acontece en el mundo exterior no agota la función de la prensa. En este sentido, la metáfora refiere al espejo como algo "pasivo", que "muestra" lo que acontece, el "mundo exterior". En cambio la Corte va más allá sosteniendo que además la prensa debe tener una función activa, interpretando la realidad, "formando" la opinión pública. Pero también desde esta perspectiva puede pensarse en los variados enfoques que brinda el periodismo, como un espejo con multiplicidad de reflejos, lo que nos acerca a la interpretación borgeana de la interpretación de la reflejos, lo que nos acerca a la interpretación borgeana.

En clara coherencia con la utilización del espejo como metáfora, el fallo menciona luego los preconceptos, el subjetivismo del periodista como algo con connotaciones negativas —según el voto— pues lo interpreta "empañando" el espejo, no dejando ver claramente, "enturbiando la mirada".

# 3. Caso "Emisiones Platenses"

En este fallo del año 1997<sup>432</sup>, se discutía la distribución equitativa de publicidad oficial en el diario de la sociedad actora ("Hoy en la Noticia").

429. Ibid., 20.

430. Ibid., 21.

431. De la "multiplicidad" de usos que ha hecho el cine, rescato por lo simbólico el final de "La Dama de Shangai", de Orson Welles (1947) con su laberinto de espejos.

432. Fallos 320:1191

La acción que se interpuso fue un amparo y fue dirigida contra el Intendente de la ciudad de La Plata. Analizaremos algunas metáforas contenidas en el voto en disidencia de los Dres. Fayt, Petracchi y Bossert, cuya postura a partir del fallo "Editorial Rio Negro S.A. c/Provincia de Neuquén"<sup>433</sup>, del año 2007 pasó a ser mayoría para el máximo Tribunal y cuya doctrina fuera también mantenida en la causa "Editorial Perfil S.A. y otro c/Estado Nacional s/amparo", del año 2011<sup>434</sup>.

## (a) El Tejido

Al referirse a los cambios producidos en el mundo utiliza la alusión al "tejido": "Los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa *en el tejido* de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas" (considerando 11).

La metáfora del "tejido", además de corporeizar a las "complejas relaciones económicas" da idea del material empleado: un "entramado" que conforma un tejido. Connota así como está expresada: unión estrecha, cohesión<sup>435</sup>. Para seguir con la coherencia metafórica: lazos.

Los medios de prensa, incluidos dentro del concepto de "empresa" están entonces imbricados en esa urdimbre, compuesta además por otras "redes" de información, publicidad, etc.

La expresión metafórica guarda coherencia con lo dicho por la minoría un párrafo antes, en el comienzo del considerando 11, donde se compara la situación de la prensa con una época anterior: "Que las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito

<sup>433.</sup> Fallos 330:3908

<sup>434.</sup> Fallos 334:109

<sup>435.</sup> Compárese con lo señalado por Hart y su "textura abierta" y que fuera tratado al hablar de "equilibrio".

de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales".

Se pasa, entonces de una "prensa" (clara metáfora —o metonimia en sentido tradicional— por "periodismo") individual, autónoma si se quiere, a una "prensa" mezclada en los "hilos del tejido" al que se hace referencia.

Esta "inserción" es la que le sirve de argumento a la minoría para analizar a la prensa como parte de la "estructura económica de la información", "ya que la capacidad financiera se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa" (considerando 12).

## (b) Endulzar las críticas

En el caso se hace referencia al maná, en aspecto ya analizado al hablar de metáforas intertextuales (funciones de la metáfora en la argumentación IV, 1), como "sustento" por la asignación económica de publicidad oficial.

En línea también con las metáforas de nutrición, al especular el voto disidente con las consecuencias de librar a la mera discrecionalidad de la autoridad competente conceder o retirar a modo de recompensa o castigo el otorgamiento de propaganda oficial, indicó: "no es aventurado sostener que unos serán proclives a *endulzar* sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla" (considerando 20). La metáfora conceptual es "LA PRENSA ES COMIDA", y en su sentido más amplio "LAS IDEAS SON COMIDA"<sup>436</sup>.

<sup>436.</sup> Kovecses, Metaphor: A Practical Introduction, 6.

## (c) Estrangulamiento

También emplea la metáfora del "estrangulamiento" (considerando 17), al señalar con cita también de la doctrina francesa<sup>437</sup>, que la publicidad oficial es sólo un aspecto "de un problema más amplio y que históricamente ha sido considerado uno de los peligros más amenazantes de la libertad de prensa: su *estrangulación* financiera".

En el precedente "Editorial Rio Negro", se utiliza "asfixia<sup>438</sup> y también el verbo "sofocar" <sup>439</sup>.

Estas expresiones metafóricas constituyen ciertamente el reverso del "espacio respirable para sobrevivir" a la que se hace mención en la causa Morales Solá y que fuera ya analizado dentro las metáforas conceptuales ("LOS SISTEMAS JURÍDICAS SON PERSONAS"). No sólo pertenece a la misma clase de metáfora conceptual sino que incluso este "espacio para respirar" es también mencionado en el considerando 19 con cita del caso "New York Times v. Sullivan"<sup>440</sup>.

A su vez, cabe acotar, el voto del Dr. Maqueda en el precedente "Rio Negro" hizo alusión metafórica a la personificación de la libertad de expresión con el aspecto físico del "habla": "Una vez demostrada la restricción en la distribución de la publicidad oficial por parte de la actora podría eventualmente llegar a considerarse una afección legítima al ejercicio de la libertada de expresión en tanto esa conducta tendría por objetivo una voluntad de *silenciamiento* de un medio opositor" 41. Y, coherentemente con esta metáfora señaló en el considerando siguiente:

```
437. Jean Morange, "Les Libertés Publiques", Paris, P.U.F., 1979, capítulo II, 2, 4.
```

<sup>438.</sup> Fallos 330:3941, considerando 9 y 3942, considerando 11 c).

<sup>439.</sup> voto del Dr. Maqueda, considerando 9.

<sup>440. 373</sup> U.S. 254

<sup>441.</sup> considerando 9

"...la abrupta interrupción o disminución en la distribución de la publicidad por los dichos emanados de un medio periodístico podría suponer una restricción de esos derechos para el medio periodístico, destinado a amordazar una voz discordante con el gobierno de turno". La metáfora fue retomada nuevamente más adelante, en el mismo considerando 10: "la aparente voluntad de algunos integrantes del gobierno de la demandada no basta para considerar que en caso se haya configurado una represalia dirigida a silenciar una de las múltiples voces existentes en el ámbito de la información tutelada por el derecho a la libertad de prensa".

# 4. Caso Dessy

En este fallo, una persona condenada y alojada en la Prisión Regional del Norte interpuso a su favor un hábeas corpus. El motivo sustancial de su denuncia consistía en haber comprobado la apertura de una carta que se le enviara antes de serle entregada y la obligación que se le exigía de entregar abierta toda la correspondencia por él emitida. Las instancias inferiores desestimaron el planteo. La Corte decidió admitirlo, por mayoría. La sentencia es del año 1995<sup>442</sup>.

## (a) El sobre es muro y el muro es sobre

En el considerando 7° del voto conjunto de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano, se dice: "Que la consideración conjunta en la Constitución Nacional de la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar traduce menos un afortunado azar, que la advertencia por los constituyentes de la consubstancialidad de ambos aspectos. *El sobre es muro y el muro sobre*, y es verdad que esto es una metáfora; pero, lo que la metáfora cubre no es menos verdad. Detrás de los muros del domicilio y

de los pliegos que envuelven la carta está contenido un universo reservado, inaccesible para todo aquel al que no se lo permita su titular. La inviolabilidad de la carta no depende de la fragilidad de su continente..."

Esta recíproca metáfora (diría que en la terminología de la retórica clásica es una metonimia ya que hace referencia a una parte por el todo: muro por "domicilio"; y sobre por "carta") da cuenta de la coherencia que la integra, que el propio fallo explica. Se unen en la norma constitucional del derecho a la intimidad las garantías al domicilio y a la correspondencia, cuya "sustancia" es idéntica. Muros y barreras, vallas y paredes sirven siempre el propósito de impedir el paso. El muro, como tal, se construye para "cerrar un espacio". La misma finalidad conlleva el sobre cuando se "cierra" para enviar una carta. Repárese que se ha elegido el "muro" como parte de la casa, lo que da cuenta de una superficie que se levanta, compacta. Obviamente que no podría funcionar para el sentido buscado en la argumentación si se reemplazara, por ejemplo, "muro" por "ventana".

Lo que dice abiertamente el voto de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano al aclarar que se trata de una metáfora y que "lo que ella cubre no es menos verdad", es una concepción clásica de la retórica, donde desde Platón<sup>445</sup> no se la ve como veraz. Participa entonces de la corriente racionalista, que ha tomado mayor difusión, acerca de entender a la metáfora como un recurso meramente estilístico, embellecedor. Sin punto de conexión necesario con la "verdad" (lo que "cubre" la metáfora). Pero paradójicamente el recurso a la metáfora sirvió como argumentación, y explicó la correlación entre la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia epistolar, ambas amparadas

<sup>443.</sup> Ricardo A. Guibourg "¡Abre la Muralla!;<br/>Cierra la Muralla!, en La Ley, tomo 2011-B, ejemplar del 1 de abril de 2011

<sup>444.</sup> Moliner, Diccionario de Uso del Español.

<sup>445.</sup> Platón, República Libro X.

conjuntamente y en la misma oración del artículo 18 de la Constitución Nacional.

## (b) La Ley como espejo del Diccionario

En el considerando 5° del voto conjunto de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano aparece una referencia expresa a la relación entre Derecho y Lenguaje. Dice el fallo: "En la presente, como en muchas otras situaciones, los enunciados legales en tanto textos, no parecieran obrar más que a modo de *espejos de los diccionarios generales de la lengua*". Ello en directa alusión al término "correspondencia epistolar".

Veamos. En primer lugar, identifica a la ley con su cualidad de "texto", que en su primera acepción es definido como "conjunto de palabras que componen un documento escrito" Por lo demás, a través de la metáfora del espejo 447 percibe a la ley, a su vez, como un reflejo del Diccionario de la Lengua (metonimia por idioma). La imagen que provoca es entonces la de primacía, tanto cronológica como ontológica, del vocabulario por sobre la norma, que aparece así en su faz pasiva.

## (c) Una expedición de pesca

En el considerando 15 del voto concurrente de Fayt, Boggiano y Petracchi se expresa, en la valoración de los alcances de la normativa finalmente declarada inconstitucional: "Lo que la ley y el régimen citados han venido a autorizar sería, en el logrado decir del justice Holmes, una verdadera `expedición de pesca' en los papeles privados, basada en la posibilidad de que por su intermedio puedan descubrirse evidencias

<sup>446.</sup> Diccionario de la Lengua Española

<sup>447.</sup> ver su desarrollo en "Vago, Jorge Antonio c/Ediciones de La Urraca S.A." (Fallos 314:1519)

sobre algún crimen (Federal Trade Commission v. American Tobacco Co., 264 U.S. 298, 68)".

La metáfora está tomada de una sentencia del Justice Holmes, del año 1924, donde la Comisión de Comercio había requerido a la empresa demandada la totalidad de los registros, libros, contratos, memorandos y correspondencia para su inspección y hacer copias.

El fallo limitó la facultad legal de la Comisión de Comercio para recabar información a la existencia de una infracción específica de la ley, ya que el poder de la Comisión no le permite "salir de pesca", basándose en la posibilidad de encontrar la prueba de un delito entre todos los documentos recabados ("to direct fishing expeditions into private papers on the possibility that they may disclose evidence of crime"). De ahí su cita en el fallo Dessy. Decía Izaak Walton, en su obra literaria ya clásica, que para ser un "buen pescador de caña", entre otras condiciones se ha de poseer "un espíritu inquisitivo, investigador y observador". 448

Esta metáfora se ha utilizado también por otros tribunales de grado anterior a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vinculándola con los límites de los allanamientos. Por ejemplo, no puede usarse la orden precisa de allanar una morada para secuestrar una bicicleta roja, rodado 14 y a su vez incriminar a su dueño por haberle hallado estupefacientes escondidos en una caja: "Cabe preguntarse, entonces, si el comisionado policial acaso supuso al ingresar a la vivienda... que dentro de una caja de cartón de 25 por 15 cms. podía encontrarse la bicicleta, rodado 14, objeto del procedimiento, y que en esas circunstancias se "tropezó" con los envoltorios que contenían estupefacientes; la sola observación de esta circunstancia, indican la extralimitación a la orden en concreto. La sala II de la Cámara Federal de la Capital Federal ha expresado "...no se acepta convertir el acto (allanamiento) en una indiscriminada expedición

<sup>448.</sup> Izaak Walton y Charles Cotton, El Perfecto Pescador de Caña o la Distracción del Hombre Contemplativo (Madrid: Tutor, 1994).

"tipo pesca" con el propósito de lograr cualquier cosa" (JA, 29/VII/92)" 449

## (d) El hombre transparente y el poder de los ojos

El considerando 22 abre con la siguiente expresión: "Que en la naturaleza de las prisiones, de los sistemas carcelarios, *anida* una permanente fuerza que tiende a hacer del recluso un *sujeto transparente a los ojos* del administrador" (las cursivas me pertenecen).

En esta frase, "sujeto" también le resta imagen corpórea al recluso. La interpretación se ajusta con la expresada precedentemente en el mismo voto: "No es inusual, entonces, que el rostro del que comete un acto ilícito vaya perdiendo, en el espejo de parte de esa sociedad, sus caracteres de persona humana, hasta el punto de serle desconocidos irreparablemente" y complementa así adecuadamente la "transparencia" a los "ojos" del administrador.

Esta metáfora es desarrollada coherentemente a lo largo del considerando.

Así expresa que "nada hay en este (sujeto)...que haya de quedar oculto a aquella mirada", lo transparente es pues lo que deja "ver a su través". <sup>451</sup> Y el "sistema" ha de "conocerlo exhaustivamente", incluso en aquellos aspectos "más profundos, más reservados" del preso.

En apoyo de esta "omnipotencia" se recurre al proyecto del "Panóptico" de Jeremy Bentham. Esta imagen de la cárcel circular y

449. Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de Córdoba, del 8/3/2000, publicado en: LLC 2000, 936; cita en laleyonline: AR/JUR/582/2000; ver también voto en disidencia del Dr. Gallegos Fedriani, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala V; del 12/02/2008 "Stenico, Gustavo Alejandro c. D.G.I.", publicado en: IMP 2008-10 (Mayo), 829 - PET 2008 (mayo-394), 11 - LA LEY 22/05/2008, 6, con nota de Gastón Armando Miani; cita en laleyonline: AR/JUR/646/2008

450. Ver Considerando 9

451. Moliner, Diccionario de Uso del Español.

transparente ideada en 1791 y cuyo nombre ya nos da una importante referencia ("pan": todos; "optikon": observar) es tomada por el voto para continuar su argumentación del poder y explicada con detalle sobre el texto original: "Se trataba, en suma, de ubicar al preso en una posición donde pudiese ser influido como se lo desease"; y a los fines preventivos, ejemplares, reformadores de la cárcel bentamita, existía un principio único: "la inspección", la que "toca a la imaginación más que a los sentidos, que pone a centenas de hombres bajo la dependencia de uno solo, dando a ese solo hombre una suerte de presencia universal dentro del ámbito de su dominio".

El voto no considera necesario, por ser conocido, describir el plano de la cárcel dibujada por Bentham, pero recuerda su sustancia:

"La simple idea de arquitectura, dotaba al guardián de la facultad de ver con un solo golpe todo lo que allí pasaba y más aún: de ver sin ser visto. Las celdas, dispuestas a lo largo de una planta circular, sólo están cerradas, en su cara interior, por rejas. En el centro del anillo, y a distancia de esas caras, se levanta la torre del guardián. Pero sus ventanas cuentan con persianas que impiden escrutar el interior. El inspector, desde allí,todo lo observa; el inspector, hacia allí, es invisible. La torre es un símbolo, un recordatorio. Puede estar desierta; poco importa, el encarcelado lo ignorará. Creer que el guardián puede estar presente es tan eficaz como su presencia misma. El inspector reina como un espíritu, e ingresa en cada instante de la vida del recluso" (fin del considerando 22).

Utiliza pues esta metáfora del panóptico para referirse a las normas cuya inconstitucionalidad declara: "ha tocado el turno de hurgar todavía más, de penetrar en sus cartas, en todas, las de todos, siempre. La misiva se ha vuelto transparente" (considerando 23). "Debe ser entregada abierta y puede ser leída; nada agrega que, en definitiva, esto último suceda o no. El efecto enmudecedor estará igualmente logrado; la lesión a la inviolabilidad de la correspondencia y al derecho de libre expresión, también" (considerando 23).

Se ve entonces, una vez más, cómo la metáfora de la transparencia y del panóptico sirven mucho más que como recursos lingüísticos, sino como puntos de partida para la argumentación que desarrolla el voto concurrente.

No es casual, finalmente, que dicho voto exprese a continuación un pensamiento de Michel Foucault<sup>452</sup>: "El que está sometido a un campo de visibilidad, y que lo sabe, reproduce por su cuenta las coacciones del poder; las hace jugar espontáneamente sobre sí mismo; inscribe en sí mismo la relación de poder en la cual juega simultáneamente los dos papeles; se convierte en el principio de su propio sometimiento".

En este sentido, Foucault, aunque no lo menciona expresamente el voto, utiliza también la metáfora del "panóptico" para referirse a la sociedad: "se invierte (204) el principio del calabozo; o más bien de sus tres funciones --encerrar, privar de luz y ocultar--; no se conserva más que la primera y se suprimen las otras dos. La plena luz y la mirada de un vigilante captan mejor que la sombra, que en último término protegía. La visibilidad es una trampa". 453 Ello "permite evitar esas masas, compactas, hormigueantes, tumultuosas, que se encontraban en los lugares de encierro, las que pintaba Goya o describía Howard. Cada cual, en su lugar, está bien encerrado en una celda en la que es visto de frente por el vigilante; pero los muros laterales le impiden entrar en contacto con sus compañeros. Es visto, pero él no ve; objeto de una información, jamás sujeto en una comunicación". 454 "Es polivalente en sus aplicaciones; sirve para enmendar a los presos, pero también para curar a los enfermos, para instruir a los escolares, guardar a los locos, vigilar a los obreros, hacer trabajar a los mendigos y a los ociosos. Es un tipo de implantación de los cuerpos en el espacio, de distribución de los

<sup>452. &</sup>quot;Vigilar y castigar", México, 1984, pág. 206

<sup>453.</sup> Michel Foucault, Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2002).

<sup>454.</sup> Ibid.

individuos unos en relación con los otros, de organización jerárquica, de disposición de los centros y de los canales de poder, de definición de sus instrumentos y de sus modos de intervención, que se puede utilizar en los hospitales, los talleres, las escuelas, las prisiones. Siempre que se trate de una multiplicidad de individuos a los que haya que imponer una tarea o una conducta, podrá ser utilizado el esquema panóptico". "La disposición panóptica da la fórmula de esta generalización. Programa, al nivel de un mecanismo elemental y fácilmente trasferible, el funcionamiento de base de una sociedad toda ella atravesada y penetrada por mecanismos disciplinarios". <sup>456</sup>

Esta metáfora panóptica ha sido utilizada para describir múltiples usos, desde la novela 1984 de George Orwell y su "Gran Hermano", pasando por el cine en películas emblemáticas como "The Truman Show"<sup>457</sup> y llegando a internet y las redes sociales.

Por ejemplo, siguiendo la integración del saber propuesta en la Introducción, y yendo al campo cinematográfico, se ha analizado el poder de la mirada y el dominio que ejercía el conquistador Lope de Aguirre en el film "Aguirre la ira de Dios", de Werner Herzog, siguiendo precisamente el modelo del panóptico: "La característica más importante del panóptico es, de acuerdo con Foucault, que es un modelo útil para definir las relaciones humanas. El panóptico permite el control de la intimidad y de los comportamientos privados (gestos, signos, conversaciones, etc.). De ese modo, el panóptico tiene un alcance más amplio que el castigo legal que condujo al prisionero a la celda". "El mirar de Lope hacia sus hombres es un ejemplo de panóptico; más aun, de un actuar panóptico. Lope ha ganado el control de la expedición

455. Ibid.

456. Ibid.

457. Dirigida por Peter Weir (1998)

458. Hernán Neira, "El Individuo Inquietante en la Película Aguirre, la Cólera de Dios, de Werner Herzog", *Revista de Filosofia (00348236)* 63 (2007): 73-86.

oponiéndose abiertamente a la idea de Guzmán de retornar al campamento principal, y ha inducido a los soldados a desobedecer. Esta fue una acción abierta que permitió que todos le vieran mientras hablaba. Ese es el momento en que Lope comienza a practicar el panoptismo. El panoptismo no puede ser practicado sin que se haya alcanzado previamente el poder. Para alcanzarlo, el uso de la mirada es esencial, aunque no el único. La mirada es la principal herramienta de control en una situación panóptica y uno de los principales medios utilizados por Lope; la mirada no es solo un instrumento de la percepción, sino un modo de actuar. El poder, en esas circunstancias, no es ni ideológico ni "político", porque prácticamente no hay mediación entre la voluntad del que ordena y el mando sobre el cuerpo de los otros". 459

Esta "otra mirada" nos sirve para re-pensar el papel de las metáforas en las decisiones de la Corte Suprema.

## 5. Caso Urteaga

En este precedente, Facundo R. Urteaga sobre la base del art. 43 de la Constitución Nacional promovió amparo de hábeas data conta el Estado Nacional para obtener información sobre su hermano Benito J. Urteaga, quien habría sido "secuestrado-desaparecido" o "abatido" el 19 de julio de 1976 por las fuerzas de seguridad en un departamento ubicado en Villa Martelli, Partido de Vicente López, Provincia de Buenos Aires. En primera y segunda instancia se rechazó la acción por dos fundamentos: a) falta de legitimación del actor "en tanto los datos que pretende recabar no están referidos a su persona"; b) la finalidad de la acción "no se compadece con lo que surge del texto constitucional". La Corte Suprema de la Nación admitió el recurso, revocando la sentencia apelada con fecha 15 de octubre de 1998.

#### (a) La flexibilidad (elasticidad)

Al no encontrarse regulado por ley el hábeas data (el fallo es de 1998), la Corte no deja sin embargo de aplicar el instituto consagrado por el art. 43 de la Constitución Nacional. Para así hacerlo hace uso de una metáfora como es la "flexibilidad".

A este fin el tribunal procedió a "delinear los alcances de la garantía mencionada con razonable flexibilidad" (considerando 12, énfasis agregado). De esta manera contrapuso su posición al "excesivo rigor formal" del a quo (considerando 13). Lo riguroso es, precisamente, inflexible <sup>460</sup>.

Sostiene la Corte que el "estricto apego" es una pauta hermenéutica propia de "quien examina un código, que aspira a prever todas las contingencias posibles", aclarando entre líneas: "dentro del alcance de las limitaciones humanas" (considerando 13). Sin embargo, "la óptica del juzgador" debe respetar el "espíritu y finalidades" constitucionales (considerando 13). Aquí remite al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos *Mc Culloch v. Maryland*: "haber previsto los medios por los que el gobierno podría en el futuro ejecutar sus poderes, habría implicado cambiar, enteramente, el carácter de la Constitución y darle las características de un código de leyes" (17 U.S. 316; considerando 13 citado).

Este fallo es de 1819 y afirmó la doctrina constitucional de los "poderes implícitos" del Congreso. La principal cuestión a decidir era si el Congreso tenía el poder de crear un banco como algo "necesario y apropiado" a efectuar por la autoridad legislativa garantizada por el Artículo I de la Constitución<sup>461</sup>. La Suprema Corte dio una respuesta afirmativa. Esta conclusión requirió una aproximación "flexible" a la

<sup>460.</sup> Moliner, Diccionario de Uso del Español.

<sup>461.</sup> Posner, Law and Literature, 351.

interpretación constitucional y la formulación de Marshall perdura como canónica 462:

"... Una Constitución, si detallara con exactitud todas las subdivisiones que sus grandes poderes pueden admitir, y todos los medios por los que pueden ejecutarse, compartiría la prolijidad de un código legal y no podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente, nunca sería entendida por la gente. Por tanto, su naturaleza requiere que únicamente se perfilen sus rasgos generales, que se designen sus grandes objetos, y que los ingredientes menores que componen estos objetos se deduzcan de la naturaleza de los propios objetos. Que esta era la idea de los forjadores de la Constitución estadounidense no se deduce sólo de la naturaleza del instrumento, sino también del lenguaje. ¿Por qué, si no, se introdujeron algunas de las limitaciones contenidas en la sección novena del primer artículo?. También está justificado, hasta cierto punto, por el hecho de que hayan omitido el uso de cualquier término restrictivo que pueda dificultar una interpretación justa y correcta. Así pues, al considerar este tema nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución " (bastardilla usada en el original en inglés, ver Posner acerca de la cursiva y reglas de estilo<sup>463</sup>).

Esta última frase se transformó en un famoso aforismo 464 y, junto con el siguiente párrafo de *McCulloch v. Maryland*: "una constitución [está] destinada a perdurar durante años venideros, y consecuentemente, a ser adaptada a las diversas vicisitudes de los asuntos humanos" han servido indudablemente de fundamento para nuestro máximo Tribunal y su hermenéutica de flexibilidad: "Debe entenderse, desde este ángulo, que en el juzgamiento que compromete una garantía no reglamentada,

<sup>462.</sup> Ibid., 351.

<sup>463.</sup> Ibid., 351 cita 28.

<sup>464.</sup> Ibid., 352.

<sup>465. &</sup>quot;A constitution [is] intended to endure for ages to come, and consequently, to be adapted to the various crises of human affairs"

se está examinando no una ley sino una constitución, destinada por su naturaleza a fijar el marco de la acción del legislador, con la visión de quien sienta las bases normativas generales que gobernarán la vida de las futuras generaciones" (la cursiva me pertenece).

# 6. Casos Colavini y Bazterrica

Metaphor creates a new reality from which the original appears to be unreal Wallace Stevens

## (a) La toxicomanía es plaga, peste, lacra

Detengámonos en el siguiente texto del caso Colavini: "Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asuelan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezmaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización".

Merece repararse que en dicho antecedente se había condenado a una persona a quien la policía le encontró entre sus prendas dos cigarrillos conteniendo marihuana, y el lenguaje entonces utilizado por el Máximo Tribunal, con evidente sesgo ideológico (estamos hablando del

466. CSJN, Colavini Ariel Omar s/inf. Ley 20.771, del 28-3-78; Fallos 300:254, considerando 5.

año 1978), era apocalíptico, incluyendo las metáforas empleadas: pestes, plagas.

Vale nuevamente remarcar el poder del lenguaje, pues el control de las metáforas, el poder de definir a los otros, fue el utilizado por Hitler para re-calificar a los judíos como "bacilos", "gusanos", "parásitos" y "plaga", lenguaje que llevó a la deshumanización de las personas y a la "solución final" 467.

Se observa aquí el riesgo de no advertir las inferencias automáticas que se pueden generar por el empleo "no neutral" de las metáforas. Decimos "automáticas" porque nuestro pensamiento es en su mayor parte inconsciente: lo que sabemos implícitamente no es examinado y así es incontestable. De ahí que el conocimiento tácito es poderoso.

Cuando las metáforas no son percibidas como metáforas, las concepciones que subyacen son leídas como la única posible alternativa, lo que le quita carácter crítico al estudio del caso y a sus consecuencias.

En el caso Bazterrica<sup>468</sup> no se deja de señalar lo altamente pernicioso de la adicción, pero con otra narración: "La droga es, indudablemente, *una lacra* que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas" (considerando 5, voto del Dr. Petracchi). Más aún, se dijo en el voto de la mayoría: "…en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva" (considerando 8).

En definitiva, el empleo de ciertas expresiones metafóricas no es inocente.

## (b) Tráfico hormiga

467. Bosmajian, Metaphor and Reason in Judicial Opinions ix (Prefacio).

468. Fallos: 308:1392

El "tráfico hormiga" es otra expresión metafórica empleada en el caso Bazterrica (citada también en en voto de Lorenzetti, en el caso Arriola, del 25-08-09).

Interesante esto último de la "hormiga" como metáfora, pues se intenta así describir lo minúsculo de este tráfico de estupefacientes, su poca importancia dentro del "narco-tráfico". Ese sería el sentido básico buscado, pues existen otras relaciones que ciertamente escapan a la finalidad perseguida con la expresión: la hormiga también tiene fama de ser previsora, además de servir como ejemplo bíblico: "Observa a la hormiga, oh perezoso, mira sus caminos y sé sabio" 469 y en las fábulas infantiles de Esopo "La hormiga y el escarabajo" y "La cigarra y las hormigas" 470. Aunque es necesario recordar que también Esopo da otra versión en la fábula "La hormiga": se cuenta allí que la hormiga era en otros tiempos un labrador que no se contentaba con el producto de sus esfuerzos, sino que miraba con envidia el ajeno y robaba los frutos de sus vecinos. Indignado Zeus por su avaricia, lo transformó en hormiga<sup>471</sup>.

## 7. Caso Halabi

Se trata de un amparo promovido por un abogado, Ernesto Halabi, pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04, por entender que eran violatorios de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, afectando su derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad, que como abogado, ostentan las comunicaciones con sus clientes. La ley autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet, sin determinarse en qué casos y con qué justificativos. En primera instancia se hizo lugar al

<sup>469.</sup> Proverbios 6:6

<sup>470.</sup> Revital Yeffet-Refael, "Proverbios, Fábulas y Metáforas de la Hormiga en la Literatura Hebrea de la Edad Media", *Culturas populares*, no. 5 (2007): 29.

amparo y la Cámara confirmó, extendiendo sus efectos erga omnes. Esto último motivó el recurso extraordinario del Estado Nacional. La Corte Suprema confirmó el fallo el 24 de febrero de 2009<sup>472</sup>.

## (a) Lo homogéneo

La Corte Suprema en este caso se halló ante la difícil situación de tener que justificar la aplicación de la legitimación y de los efectos de una acción de clase sin que exista una ley que la reglamente.

Si bien es cierto que el término "homogéneo" para referirse a los derechos individuales resultantes de origen común está tomado del art. 81, III, del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, ley 8078, y que su primera acepción en el Diccionario de la Lengua es: "Perteneciente o relativo a un mismo género, poseedor de iguales caracteres", y la tercera es "Dicho de un conjunto: Formado por elementos iguales", pareciera — siguiendo la teoría cognitiva que venimos aplicando— que su origen empírico está en la segunda acepción: "Dicho de una sustancia o de una mezcla de varias: De composición y estructura uniformes"<sup>473</sup>.

El concepto de "homogéneo" (en cualquiera de sus acepciones) es empleado por la Corte para considerar características iguales tanto en los "hechos" como en el "Derecho", entendido aquí como ley : "...existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogéna...Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño".

Se amplía así la categoría de "legitimación" en el sentido procesal clásico y así se permite llevarla a una cantidad numerosa de actores (derechos de incidencia "colectiva" según el artículo 43 de la

<sup>472.</sup> Fallos 332:111

<sup>473.</sup> DRAE, 22a. edición.

Constitución Nacional), que no se encuentran circunscriptos a derechos denominados "difusos" sino también a derechos individuales "homogéneos". Ello significa varias ventajas tanto en el acceso a la justicia, como en la economía y celeridad procesales.

Consecuentemente con ese criterio plural, al hacerse lugar finalmente al planteo, la Corte también expandió los efectos de la cosa juzgada.

## (b) Navegando por Internet

Explicar los avances tecnológicos no es tarea sencilla. La digitalización es entendida a través de metáforas y esqueuomorfos<sup>474</sup> (reusar viejos conceptos para nuevos fenómenos)<sup>475</sup>. El esqueumorfismo es un tipo de metáfora que usualmente se representa a través de un objeto. Algunos hablan de esqueumorfos como "metáforas materiales"<sup>476</sup>. Nuevamente el hombre piensa metafóricamente y vemos una multiplicidad de "traslaciones" desde distintos "dominios fuente". Así por ejemplo, "mouse" (ratón) no es ya sólo un animal, sino que adquirió un nuevo significado dirigido a nombrar el dispositivo electrónico. Del mismo modo, la mayoría de los términos de computación son presentados como "seres vivos", así se habla de ciertos programas que tienen su propio "lenguaje"; del "cerebro" de las computadoras; de la "memoria" que tienen, etc<sup>477</sup>, de los "virus" que la "infectan", etc.. Las metáforas son muchas: también se habla del "Escritorio"<sup>478</sup>, de "papel

<sup>474.</sup> skeumorphs, del griego skeuos: herramienta y morphe: forma.

<sup>475.</sup> Stefan Larsson, "Metaphors, Law and Digital Phenomena: The Swedish Pirate Bay Court Case", *International Journal of Law and Information Technology* (2013).

<sup>476.</sup> Ibid., 9.

<sup>477.</sup> Skara, "Body Metaphors: Reading the Body in Contemporary Culture", 188.

<sup>478.</sup> Lakoff y Johnson, Metaphors We Live by, 244.

tapiz", del "cesto de papeles", de "carpetas" y "ficheros", e incluso los símbolos iconográficos con que se los representa remiten a un oficina física. También se ha difundido un nuevo "código icónico" llamado "emoticón", que demuestra en el lenguaje simbólico los distintos estados de ánimo: por ejemplo :-) es usado para expresar felicidad: el emoticón no es otra cosa que una versión contemporánea de la máscara como transferencia de personalidad<sup>479</sup>.

En el caso Halabi, la Corte hizo mención a este tipo de metáforas, al señalar: "...lo que las normas cuestionadas han establecido no es otra cosa que una restricción que afecta una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguen ni precisan de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarán las interceptaciones, toda vez que no especifican el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos" (considerando 26, cursiva añadida).

Esta doble metáfora "navegar" y "anudar" sirve para argumentar y clarificar en contra de la intervención estatal, puesto que no existe forma de distinguir entre un supuesto control "genérico" de internet y el contenido en sí de la búsqueda o interacción virtual.

Se puede sostener que existe una relación en el mismo dominio fuente entre la "navegación" (los usuarios de la red son llamados "internautas") y los "nudos", pues el "hacer nudos" es algo típico en toda embarcación y permite asociar coherentemente ambos conceptos: la circulación de información y su "supervisión" por parte de las autoridades. Los datos quedan así "atados".

La ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04, al convertir a los prestadores de servicios de acceso a Internet (ISP) en "guardianes" de los

contenidos que los usuarios pasaban por sus "redes" físicas, significaba la afectación clara de la neutralidad de Internet $^{480}$ .

También en los recientes cuestionamientos judiciales a la información "indexada" por los "motores de búsqueda" como los usados por Google aparece la necesidad de emplear metáforas para explicar ciertos derechos, como por ejemplo, "el derecho al olvido".

<sup>480.</sup> Ezequiel María Zabale, "Neutralidad de la Red como Garantía de la Libertad de Expresión", La Ley online AR/DOC/855/2012

#### 8. Caso Rizzo

"Mis escritos son metáforas, nada más que metáforas"

Murena Héctor

#### (a) Una obra de teatro

En la ya referida causa "Rizzo", la mayoría utilizó la metáfora del teatro para analizar "el papel" de los académicos en el Consejo de la Magistratura a partir de la ley 26.855.

En este sentido señaló: "...si bien es cierto que la Constitución Nacional les ha dado a aquéllos (académicos) una participación en el Consejo, no les ha asignado un rol central. El texto constitucional no ofrece dudas en cuanto a que este sector no está en el centro de la escena. Esta conclusión surge de la literalidad de la norma, donde académicos y científicos aparecen en una segunda parte del párrafo, a modo de complemento" 481.

En sentido coherente con la metáfora, se dijo más adelante: "De tal modo, la norma *reescribe* indebidamente el artículo 114 de la Constitución, otorgándole una preeminencia a un estamento que tuvo en su origen constitucional *un rol* complementario o *secundario* y termina *asumiendo un papel preponderante* en el funcionamiento del cuerpo" <sup>482</sup>.

Así pues el legislador, transformado en un autor que "adaptó" la obra original, reescribió el guión, y en la nueva puesta los personajes secundarios pasaron a ser los principales. Lo que nos lleva a considerar la

481, considerando 19

482. considerando 32

posición de la mayoría como más cercana al "intencionalismo", por la primacía que se da al autor (¿es el constituyente o es el legislador?) y su intención.

## (b) Y la nave va...

Siguiendo el mismo razonamiento veamos cómo el Dr. Zaffaroni, apelando a Radbruch, sostuvo en su voto en disidencia la metáfora de la nave para referirse al artículo 114 de la Constitución Nacional: "...la ley es como un navío que el legislador despide desde el muelle y al que ya no puede controlar, navega solo, con las virtudes y defectos del texto. Y el artículo 114 de la Constitución navega solo, con sus enormes carencias estructurales, con su delegación del poder constituyente en el legislador ordinario y con su parquedad, sus oscuridades y su hibridez... todos quedamos en el muelle, podemos recriminarnos y hasta llorar, pero a lo largo de dos décadas el texto y la institución fueron navegando con múltiples accidentes, chocando con escollos y arrecifes y casi naufragando..." \*483\*.

Lo que permite una interpretación distinta de la intención del autor ya por la metáfora de "la nave" empleada, se está dando primacía a "la obra en sí", lo que se emparenta con la teoría denominada Nueva Crítica.

Claro que se me podrá objetar que hay dos obras distintas: una es la Constitución y su artículo 114 y otra es la creada por la ley 26.855: y aquí es donde volvemos a encontrarnos que los jueces son autores al igual que los críticos<sup>484</sup>.

#### 483, considerando 12

<sup>484.</sup> Dworkin, El Imperio de la Justicia: De la Teoría General del Derecho, de las Decisiones e Interpretaciones de los Jueces y de la Integridad Política y Legal como Clave de la Teoría y la Práctica, 166.

## V. Conclusiones

El estudio del lenguaje resulta primordial para conocer y ahondar en el Derecho.

El Derecho es Literatura (desde un perspectiva generalizante).

El Derecho aun desde una perspectiva particularizante de lo que se entiende por Literatura, también ha sido y es objeto de estudio. No sólo haciendo referencia a los textos de la literatura que tratan sobre temas jurídicos sino también empleando las herramientas propias de la crítica literaria para entenderlo mejor.

Una de estas herramientas para el análisis del Derecho es la retórica.

La retórica clásica incluye como una de sus principales figuras a la metáfora, entendida en términos aristotélicos como una traslación del nombre de una cosa a otra distinta, pero con la que guarda una cierta relación.

El empleo de este tipo de metáforas ha sido desvalorizado históricamente, en especial a partir del pensamiento cartesiano, por entenderlas como un mero adorno del lenguaje, más propio de la poesía que de las "ciencias". Aunque esta posición fue cuestionada en sus orígenes por Vico, el desdén por esta figura persiste en el pensamiento occidental hasta hoy.

Sin embargo, los recientes avances de la teoría cognitiva y de la lingüística, en especial a partir de los trabajos de Lakoff y Johnson, han venido a demostrar la enorme importancia de la metáfora. Ya no sólo como una expresión del lenguaje, sino en un territorio mucho más abarcativo: la mayor parte de nuestra forma de pensar es metafórica. Y ella parte de la experiencia: es un conocimiento fuertemente "encarnado".

La metáfora, entonces, la utilizamos cotidianamente en nuestro pensamiento, en nuestra manera de pensar. En especial, si tratamos de entender conceptos abstractos. Para ello la experiencia y la imaginación conforman recursos fundamentales.

Procuramos entender lo que nos resulta dificil a través de datos que nos proporciona la experiencia: partir de algo conocido (dominio de origen) para "trasladarlo" a un concepto "abstracto" (dominio meta o destino). Esto se logra a través de un proceso interno, muchas veces de manera inconsciente, al que se denomina "mapeo" ("mapping") que busca correspondencias desde lo más concreto a lo más abstacto.

Un dominio conceptual es cualquier organización coherente fundada en la experiencia.

El Derecho está lleno de conceptos abstractos y por consiguiente difíciles de aprehender: el mismo término Derecho participa de esta dificultad, como así también la Justicia, las normas y los sistemas jurídicos, la libertad de expresión, la propiedad en sentido amplio, las garantías constitucionales, etc.

Desde esta perspectiva, es que se analizaron distintos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación intentando acercar novedosamente estos avances al campo concreto del ámbito jurídico.

El estudio de estos pronunciamientos del Máximo Tribunal, ha llevado a encontrar "metáforas conceptuales": LOS SISTEMAS JURÍDICOS SON PERSONAS, EDIFICIOS, MÁQUINAS, PLANTAS. Para ello se hicieron transcripciones pertinentes de las causas Morales Solá, Rizzo, Siri y Kot, Bazterrica, Arriola, Derecho, Rachid, entre otras.

Si se piensa en lo vital de la respiración, en la importancia de la vista, de las luces y sombras, en el equilibrio de la persona, en la penumbra, en el funcionamiento de las máquinas, en las ramas, árboles y frutos, en las construcciones y edificios, en los fundamentos o cimientos, se advierte en todos los casos imágenes-esquema tomados de la experiencia y utilizados por el hombre para entender metafóricamente conceptos abstractos, más precisamente jurídicos (función persuasiva). También vimos como la metáfora cumple funciones de mayor

legibilidad, como en el caso "Oddone" (fruto del arbol venenoso); o de adaptación (caso "Rachid", dictamen del Procurador).

Pudimos ver también las inferencias que se siguen de las metáforas, las que no son neutrales (Holmes y su mercado de ideas; el empleo de la metáfora "plaga" en Colavini) y permiten analizarlas con una mirada alternativa, más enriquecedora a la que estamos acostrumbrados en el ámbito jurídico.

Visto todo ello en conjunto permite vislumbrar la importancia que tiene la metáfora en la manera de argumentar de la Corte, la que no queda reducida a una simple cuestión estética o reducida a alguna frase ingeniosa, sino que es algo mucho más generalizado, omnipresente en toda sentencia.

Este libro es un comienzo, un punto de partida para profundizar el estudio de las decisiones judiciales, con una mirada más amplia que la que se venía desarrollando.

# VI. Bibliografía

Agustín, San. *Obras de San Agustín*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1946.

Aristóteles. Poética. Madrid: Gredos, 1974.

Aristóteles. Retórica. Madrid: Editorial Gredos, 1990.

———. Tratados de Lógica (Órganon) I : Categorías. Tópicos. Sobre las Refutaciones Sofisticas. 1a. ed. Madrid: Gredos, 2000.

Ball, Milner S. "Confessions." Cardozo Studies in Law and Literature (1989): 185-197.

Berger, Linda L. "What Is the Sound of a Corporation Speaking? How the Cognitive Theory of Metaphor Can Help Lawyers Shape the Law." J. ALWD 2 (2004): 168.

Berger, Peter, y Thomas Luckmann. *La Construccion Social de la Realidad*. Buenos Aires: Amorrortu, 1968.

Biderman, Albert D. "The Image of "Brainwashing"." *The Public Opinion Quarterly* 26, no. 4 (1962): 547-563.

Binder, Guyora, y Robert Weisberg. *Literary Criticisms of Law*. Princeton N.J: Princeton University Press, 2000.

Borges, Jorge Luis. Obras Completas. Barcelona Spain: Emecé, 1989.

Bosmajian, Haig A. *Metaphor and Reason in Judicial Opinions*. Carbondale, Ill: Southern Illinois Univ. Press, 1992.

Cardozo, Benjamin N, y otros. Voices in Court A Treasury of the Bench, the Bar and the Courtroom. New York: The Macmillan Company, 1958.

Cardozo, Benjamin N. Law and Literature and Other Essays and Addresses. Littleton Colo: F.B. Rothman, 1986.

Cárcova, Carlos M.. "Sobre el Razonamiento Judicial." *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina* JA 2004-I, no. 13 (2004).

Cicerón, Marco Tulio. *Diálogos del Orador*. 2 ed. Clásicos griegos y latinos. Buenos Aires: Emecé, 1943.

Cole, David. "Agon at Agora: Creative Misreadings in the First Amendment Tradition." *The Yale Law Journal* 95, no. 5 (1986): 857-905.

Danesi, Marcel. Metáfora, Pensamiento y Lenguaje. Sevilla: Kronos, 2004.

Davis, LiAnna L. "A Rhetorical Analysis of Competing Copyright Conceptualizations, the Digital Millennium Copyright Act and Creative Commons." Georgetown University, 2008.

De Ausejo, Serafin. Diccionario de la Biblia. Barcelona: Herder, 1963.

Deleuze, Gilles, y Félix Guattari. *Kafka: Por Una Literatura Menor.* México: Ediciones Era, 1978.

Diegues, Jorge Alberto. "El Equilibrio Constitucional." La Ley Online (2013).

Dworkin, Ronald. Los Derechos en Serio. 1 ed. Barcelona: Ariel, 1989.

Dworkin, Ronald M. El Imperio de la Justicia: De la Teoría General del Derecho, de las Decisiones e Interpretaciones de los Jueces y de la Integridad Política y Legal como Clave de la Teoría y la Práctica. Gedisa, 1988.

Ferguson, Robert A. "The Judicial Opinion As Literary Genre" (1990)." *Yale Journal of Law & amp; the Humanities* 2 (1990): 201-208.

Foucault, Michel. Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2002.

Gambra, José Miguel. "La Metáfora en Aristóteles.", Anuario Filosófico, vol. 23, n. 2, 1990.

Gelli, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2006.

Gingerich, Stephen D. "Telling (in) the Half-Light: Mimetic Poetics and Juan Benet's en la Penumbra." *Hispania* 91, no. 3 (2008): p 569-578-.

Grassi, Ernesto. Vico y el Humanismo Ensayos Sobre Vico, Heidegger y la Retórica. Barcelona: Anthropos, 1999.

Gross, Oren. "Security Vs Liberty: An Imbalanced Balancing." *Minnesota Legal Studies Research Paper* 09, no. 42 (2009).

Hart, H L A. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

Hart, Herbert Lionel Adolphus, y Ronald Dworkin. *La Decisión Judicial: El Debate Hart-Dworkin.* Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.

Hospers, John. *Introducción al Análisis Filosófico*. Traducido por Julio César Armero San José. Alianza, 1976.

Jackson, Vicki C. "Constitutions As Living Trees-Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors." Fordham L. Rev. 75 (2006): 921.

Kirby, John T. "Aristotle on Metaphor." *The American Journal of Philology* 118, no. 4 (1997): p 517-554.

Kovecses, Zoltan. *Metaphor: A Practical Introduction*. Oxford University Press, USA, 2002.

Lakoff, George, y Mark Johnson. *Metáforas de la Vida Cotidiana*. 6 ed. Colección Teorema. Madrid: Catedra, 2004.

. Metaphors We Live by. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

Larsson, Stefan. "Metaphors, Law and Digital Phenomena: The Swedish Pirate Bay Court Case." *International Journal of Law and Information Technology* (2013).

Melley, Timothy. "Brainwashed! Conspiracy Theory and Ideology in the Postwar United States." *New German Critique*, 2008.

Mill, John Stuart. Sobre la Libertad. Madrid: Aguilar, 1977.

Milton, John. *Areopagitica*. 3a. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Moliner, María. Diccionario de Uso del Español. Reimpresión. ed. Madrid: Gredos, 1990.

Neira, Hernán. "El Individuo Inquietante en la Película Aguirre, la Cólera de Dios, de Werner Herzog." *Revista de Filosofia (00348236)* 63 (2007): 73-86.

Nussbaum, Martha Craven. Justicia Poética. Barcelona: Andrés Bello, 1997.

Pérez Vázquez, Carlos. "Derecho y Literatura." Isonomía 24:135-153.

Platón. *República*. 22a ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1996.

Porto, González, y Bompiani. *Diccionario Literario de Obras y Personajes de Todos los Tiempos y de Todos los Países.* 2 ed. Barcelona: Montaner y Simón, 1968.

Posner, Richard A. *Law and Literature*. 3 ed. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2009.

Radin, Margaret Jane. "After the Final No There Comes a Yes: A Law Teacher's Report." *Yale Journal of Law & the Humanities* 2 (1990): 253.

Richardson, James T, y Massimo Introvigne. "Brainwashing" Theories in European Parliamentary and Administrative Reports on "Cults" and "Sects." *Journal for the Scientific Study of Religion* 40, no. 2 (2001): p 143-168-.

Ricoeur, Paul. Hermenéutica y Acción : De la Hermenéutica del Texto a la Hermenéutica de la Acción. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina Prometeo Libros, 2008.

Rideout, J Christopher. "Penumbral Thinking Revisited: Metaphor in Legal Argumentation." *Journal of the Association of Legal Writing Directors* 7 (2010): 155-191.

Rorty, Richard. La Filosofia y el Espejo de la Naturaleza. Madrid: Cátedra, 1995.

Skara, Danica. "Body Metaphors: Reading the Body in Contemporary Culture." *Collegium antropologicum* 28 (2004): 183-189.

Skutsch, Otto. "Notes on Ennian Tragedy." *Harvard Studies in Classical Philology* 71 (1967): p 125-142-.

Smith, Michael R. "Levels of Metaphor in Persuasive Legal Writing." *Mercer L. Rev.* 58 (2006): 919.

Solan, L. M. "Cognitive Legal Studies: Categorization and Imagination in the Mind of Law." *Brooklyn L. Rev.* 67 (2002): 941-1291.

Sorrentino, Andrea. *La Retórica y la Poética de Vico*. 1 ed. Buenos Aires: Claridad, 1946.

Tomás, de Aquino. *Suma Teológica*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1957.

Vergara Ciordia, Javier. "Enciclopedismo Especular en la Baja Edad Media: La Teoría Pedagógica del Espejo Medieval." *Anuario de Historia de la Iglesia* 18 (2009): 295-309.

Vico, Giambattista. *Obras II Retórica (Instituciones de Oratoria)*. Anthropos ed. Edited by Francisco J Navarro Gómez. Autores, textos y temas. Barcelona: Fundación Studia Humanitatis, 2004.

———. Principios de Una Ciencia Nueva en Torno a la Naturaleza Común de las Naciones. Traducido por José Carner. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

-----. Ciencia Nueva. Madrid: Tecnos, 1995.

Walton, Izaak, y Charles Cotton. *El Perfecto Pescador de Caña o la Distracción del Hombre Contemplativo*. 1a. ed. en español. ed. Madrid: Tutor, 1994.

White, James B. *The Legal Imagination*. Abridged ed. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1985.

Winter, Steven L. "Re-Embodying Law." *Mercer Law Review* 58, no. 3 (2007): 869-897.

——. A Clearing in the Forest Law, Life and Mind. Chicago: Chicago University Press, 2003.

Yeffet-Refael, Revital. "Proverbios, Fábulas y Metáforas de la Hormiga en la Literatura Hebrea de la Edad Media." *Culturas populares* , no. 5 (2007): 29.

Yoshino, Kenji. "La Ciudad y el Poeta." *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, no. 2 (2006): 5-61.

Zabale, Ezequiel María. "Neutralidad de la Red como Garantía de la Libertad de Expresión." *La Ley Online AR/DOC/855/2012*