

Prolegómenos para una teoría argumentativa de la arbitrariedad de sentencias

por EDUARDO SODERO*

Sumario: I. *IN MEMORIAM*. – II. LA SENTENCIA ARBITRARIA COMO CASO ESPECIAL DE ACTO ARGUMENTATIVO INCORRECTO. – III. ¿PUEDE HABER SENTENCIAS INCORRECTAS QUE NO SEAN ARBITRARIAS? – IV. LA PLURIDIMENSIONALIDAD DEL CASE Y EL MODELO DE SISTEMA JURÍDICO DE TRES NIVELES. – V. DOBLE ORDEN NORMATIVO Y TIPOS IDEALES DE ARBITRARIEDAD. – VI. LAS ARBITRARIEDADES SUSTANTIVAS. A. ARBITRARIEDADES SUSTANTIVAS POR VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE FONDO. B. ARBITRARIEDADES SUSTANTIVAS POR VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE FORMA. a) Referidas al juez. b) Referidas a los hechos del caso. c) Referidas a la congruencia. d) Referidas a la litispendencia, la cosa juzgada y la preclusión. e) Referidas al mandato de optimización del derecho de defensa. – VII. LAS ARBITRARIEDADES PROCEDIMENTALES: “THIS IS THE WAY”. A) ARBITRARIEDADES LINGÜÍSTICAS. B) ARBITRARIEDADES LÓGICAS. C) ARBITRARIEDADES AXIOLÓGICAS. – VIII. CONCLUSIÓN.

I. *In memoriam*

Resulta siempre difícil encontrar las palabras justas cuando se trata de expresar los pensamientos que suscita la muerte de personas como Néstor Pedro Sagüés. Me cuento entre quienes, ante todo, dan gracias a Dios por su larga y fructífera vida, y se conducen con sus seres queridos, aunque participando del consuelo de la esperanza en el feliz reencuentro eterno. Tal como se lee en una vieja carta escrita por Benjamin Franklin a Mrs. Hubbard, al hablar de que el Creador llama los espíritus de quienes ya están listos para que nos precedan y nos preparen un lugar, pues no podemos irnos todos juntos⁽¹⁾.

Mas es imposible no hacer inmediatamente memoria de cuánto hemos aprendido con la lectura de los escritos de quien nos ha dejado, con la escucha de sus conferencias y –con menor frecuencia, pero con mayor impacto– con el privilegio del trato directo, siempre cordial, franco y honesto, pleno de *auctoritas*. Sin duda que Néstor P. Sagüés –entre otros incontables aportes– nos abrió a muchos las puertas al Derecho Constitucional, haciéndolo comprensible cuando casi nada sabíamos, con una cortesía que es la propia del intelectual sabio, según decía Ortega y Gasset al comenzar las reflexiones nacidas de su Curso de Filosofía de 1929, y que es la *cortesía de la claridad*⁽²⁾.

Esa claridad en la excelencia es el sello de uno de los libros fundamentales de don Néstor que expresa su oficio de sabio, el ya clásico *Derecho Procesal Constitucional*⁽³⁾,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *En el estado de derecho los poderes constituidos son y deben ser limitados*, por ALBERTO SPOTA, ED, 171-1024; *Apunte preliminar para el estudio de la Historia del Derecho Constitucional*, por ALBERTO BIANCHI, ED, 183-1053; *El per saltum, ¿una vía idónea de control constitucional?*, por GRACIELA ELENA CANDA, EDCO, 2012-615; *Notas al proyecto de ley de recurso extraordinario por salto de instancia (per saltum)*, por GONZALO CANÉ, ED, 250-844; *La designación “en comisión” de los jueces de la Corte Suprema*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 266-690; *De la jurisprudencia a la ley: despertares del per saltum*, por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2013-418; *La Corte Suprema, guardiana de la Constitución: división de poderes, independencia judicial y protección de los derechos constitucionales*, por JUAN SANTIAGO YLARRI, EDCO, 2015-601; *Un desarrollo evolutivo de la división de poderes*, por CARLOS IGNACIO GIUFFRÉ, EDCO, 2016-300; *La Corte Suprema y la reforma de la Justicia*, por JORGE H. GENTILE, EDCO, 2017-572; *La separación de poderes y sus diferentes modelos en el derecho comparado. Cuarta parte: el modelo de los Estados Unidos*, por ALBERTO B. BIANCHI, EDCO, 2018; *La organización de los tribunales federales en los Estados Unidos*, por ALBERTO B. BIANCHI, EDCO, 2019-137; *Actualidad del recurso extraordinario federal por salto de instancia*, por CARLOS E. LLERA, ED, 289-1311; *La regulación local del recurso extraordinario federal*, por CARLOS J. LAPLACETTE, ED, 294-1025. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Juez de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Santa Fe. Profesor titular de Filosofía del Derecho (Universidad Nacional del Litoral). Profesor Ordinario de Filosofía del Derecho (Pontificia Universidad Católica Argentina, sede Rosario). Profesor Invitado de las Universidades de Kiel y Heidelberg (Alemania).

(1) Philadelphia, 22.ii.1756.

(2) Ortega y Gasset, José, “¿Qué es filosofía?”, *Obras Completas*, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1964, t. vii, p. 280: “siempre he creído que la claridad es la cortesía del filósofo”.

(3) 4a ed., Buenos Aires, Astrea, 2013.

cuyos tomos referidos al *Recurso Extraordinario* incluyen aportes invalorable al desarrollo de una doctrina que se encuentra en el centro de la praxis de los juristas cuando discuten sobre la validez de las decisiones judiciales, y que reconoce orígenes que se remontan a comienzos del siglo XX: la doctrina de la “sentencia arbitraria”.

Específicamente en el tomo 2 de dicha obra encontramos el tratamiento del “recurso extraordinario por sentencia arbitraria”⁽⁴⁾, que incluye la conceptualización de la arbitrariedad misma y el repaso de algunas de las clasificaciones de las causales de arbitrariedad propuestas (en concreto, las de Linares, Fiorini, Carrió y Gardella), para dar lugar luego⁽⁵⁾ a la exposición de una propuesta propia de clasificación de dichas causales, divididas en tres grupos: arbitrariedades normativas, fácticas y concurrentes, cada una abarcando un amplísimo repertorio de referencias a precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El objeto de esta contribución no es sintetizar tal esquema, ni mucho menos intentar una crítica de esa clasificación. Todo ello escaparía a las posibilidades de quien escribe estas líneas, y además resultaría ajeno al ánimo de esta edición colectiva de EL DERECHO, que –vale la pena insistir– pretende ante todo dar testimonio de gratitud hacia el profesor rosarino, cuyo legado seguramente ha de permanecer en vigencia, junto al de otros que lo han precedido en nuestras tierras, desde Joaquín V. González y Juan González Calderón hasta Segundo Linares Quintana y Germán Bidart J. Campos, entre otros.

Antes bien, las líneas que siguen procuran presentar el problema de la arbitrariedad de sentencias desde otra perspectiva, que no hace tanto hincapié en la diversidad de defectos que pueden dar lugar a la invalidación de un fallo por “arbitrario” (que han sido presentados de manera insuperable por la erudita obra de Sagüés), sino que más bien enfoca el tema desde la teoría de la argumentación jurídica, tomando nota del ya conocido “giro argumentativo” que experimentó la Filosofía del Derecho de la mano de autores como Neil MacCormick, Aulis Aarnio, Jerzy Wróblewski, Aleksander Peczenik y –sobre todo– Robert Alexy, que han contribuido a que este modo de “conocer el Derecho” se haya hecho presente en las sentencias judiciales, y a que sus libros empiecen a poblar los escritorios de los juristas prácticos, disputando el lugar de privilegio que antes tenían los tratados dogmáticos escritos en clave exegética.

Es que toda decisión judicial es –si bien se mira– un ejercicio de argumentación, un acto argumentativo o discursivo, a través del cual los tribunales pretenden justificar sus decisiones demostrando que ellas han sido adoptadas a partir de razones autoritativas (las “fuentes del derecho”), “transformadas”⁽⁶⁾ en respuestas concretas conforme a ciertas reglas procedimentales, una idea que anida evidentemente en la ya clásica fórmula de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual “sentencias válidas” son las que representan el “resultado de la derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa”⁽⁷⁾, fórmula

(4) Capítulo X, pp. 105 y ss.

(5) En el capítulo XI, pp. 145/277.

(6) Sobre el concepto de “transformación” (que incluye la “aplicación” de las normas), véase Aarnio, Aulis, en su *Introducción a Peczenik, Aleksander, On Law and Reason*, 2a. ed., Dordrecht, Springer, 2008, p. 6.

(7) Así, en Fallos: 256:101 (1963), se expresa que “es condición de validez de los fallos judiciales que ellos sean fundados y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa”. Los precedentes que invocan esta fórmula son prácticamente innumerables (por ejemplo, Fallos: 238:550; 261:209; 268:186 y 413; 288:373; 291:202; 296:356; 305:1945; 308:956; 326:4698, entre muchos otros).

Ya antes (en Fallos: 236:27 [1956]) la Corte había dicho que “es evidente que a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente, va entrañablemente unida la obligación que incumbe a los jueces de fundar sus decisiones. No es solamente porque los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni porque se contribuya así al mantenimiento del prestigio de la magistratura por lo que la mencionada exigencia ha sido prescripta por la ley. Ella persigue también, en el lenguaje de los procesalistas, la exclusión de decisiones irregulares,

de la cual se deduce *a contrario* el concepto de “sentencia arbitraria”, que se remonta –como sabemos– al famoso *dictum* de “*Rey v. Rocha*” referido a las sentencias fundadas “solo en la voluntad de los jueces”⁽⁸⁾ y que constituye el marco principal a través del cual históricamente el tribunal ha hecho ejercicio de la competencia recursiva que le atribuye el artículo 14 de la Ley 48.

II. La sentencia arbitraria como caso especial de acto argumentativo incorrecto

La clave para repensar la doctrina de la arbitrariedad de sentencias a la luz de la teoría de la argumentación es la tesis de que todo “tipo de arbitrariedad” representa al mismo tiempo un supuesto de violación a las reglas del discurso, por lo cual toda sentencia arbitraria es el resultado de un razonamiento incorrecto, radicando en esto la “propiedad común” que poseen las decisiones a las que se atribuye ese “rótulo”⁽⁹⁾.

A la luz de las observaciones que se presentan –que en gran medida han de quedar aquí en el plazo del esbozo– no solo estaremos en condiciones de someter a crítica la práctica actual desarrollada por los tribunales a la hora de considerar una sentencia como “arbitraria” (o no), sino que además, y sobre todo, podremos superar un panorama donde sigue imperando cierto “intuicionismo”, por la confusión resultante en gran medida de la pluralidad de enfoques en cuanto a los famosos “tipos de arbitrariedad” propuestos en la amplia literatura disponible, que en gran medida dificultan la comprensión y el manejo de sus categorías analíticas, y que por eso reclaman una sistematización que la haga más comprensible y fácil de operar –y menos “inaccesible” para quienes se inician en el *thema*–, con el beneficio adicional de que incluso podremos “argumentar mejor” –sobre todo, si somos jueces–, pues es claro que también se aprende a hacer discursos correctos estudiando los incorrectos, del mismo modo que un estudiante de medicina aprende contemplando un cuerpo enfermo, tal como magistralmente lo expusiera Rembrandt en su *De anatomische les van Dr Nicolaes Tulp* (1632).

III. ¿Puede haber sentencias incorrectas que no sean arbitrarias?

Una de las notas que atraviesa la práctica judicial, y que expresa paradigmáticamente el “principio de inercia” a que aludiera Chaïm Perelman, es su mentalidad conservadora, su recurrente descanso en prácticas, cánones, brocárdicos y discursos que parecen legitimados “porque siempre se hizo así”, a pesar de que, por lo general, no se pueden explicar ni justificar racionalmente.

Uno de los ejemplos más claros lo encontramos en el enfoque restrictivo adoptado por la Corte Suprema de Justicia (y seguido por otros tribunales con análoga competencia) cuando, a la hora de aplicar la doctrina de la arbitrariedad, apela tradicionalmente al lugar común (uno de los famosos “*topoi*” de la retórica) de que la doctrina

es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez”, agregando que “en definitiva, la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, señalada por la jurisprudencia y la doctrina unánimes sobre la materia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y de la jurisprudencia vinculados con la especie a decidir”.

En Fallos: 321:2981 y 325:1530, entre otros, se agrega el término “efectivamente”. Así, en el último precedente citado se lee: “La doctrina de la arbitrariedad procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa”.

(8) Fallos: 112:384 (1909): El requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar al recurso ante la Corte Suprema en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes. En el mismo sentido, “*Quebrachales Fusionados*”, Fallos: 150:84 (1927).

De todas maneras, la fórmula “desprovistas de todo apoyo legal” solo es aceptable si se lee como “desprovistas de todo apoyo jurídico”, pues el discurso jurídico no está limitado ni es justificable solo por la ley (y los jueces son “servidores del derecho”, no solo “servidores de la ley”).

(9) En su conocida obra fundacional sobre el tema, Carrió se preguntaba: “¿es que hay tal propiedad común? ¿Es que tiene que haberla para que sea posible edificar una teoría aceptable y fructífera? (...) Hasta ahora nadie lo ha conseguido” [Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, 3a. ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, p. 44].

no funcionaría para habilitar la revisión de “sentencias erróneas”⁽¹⁰⁾, ni tendría por objeto “corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales”⁽¹¹⁾.

Su ámbito propio sería, entonces, el de las sentencias que exhiben aquellos errores (*mistakes*) groseros, “*impossible in a rational administration of justice*” de que hablaba *per curiam* el Justice Holmes en *Chicago Life Insurance Company et al. vs. Bertha R. Cherry*⁽¹²⁾. Una fórmula que nuestra Corte Suprema ha empleado a partir de su conocido *obiter dictum* en *Estrada*⁽¹³⁾, traduciéndola en los siguientes términos: “cada vez que se dicta una sentencia equivocada contra una persona, esta se ve privada de su propiedad cuando en derecho no debió haber ocurrido así; pero cualquiera sea el fundamento, si la equivocación no es tan grosera que aparezca como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia, la misma no es otra cosa que imperfección humana y no una negación de derechos constitucionales”⁽¹⁴⁾.

Este enfoque ha querido ser justificado, postulándose que a la Corte no le incumbiría “revisar el acierto o error, la justicia o injusticia de las decisiones de los tribunales inferiores en las cuestiones de su competencia, tarea que sería prácticamente imposible en razón de su cuantiosa envergadura, impidiendo a la vez la apropiada consideración de las causas en las que se ventilan puntos inmediatamente regidos por normas de rango federal y constitucional”⁽¹⁵⁾.

La objeción fundamental que enfrenta esta tesis, más allá incluso de la falacia que implica sostener la existencia de casos que no se encontrarían regidos inmediatamente por normas constitucionales, es la de que resulta prácticamente imposible pensar en una *sentencia errónea* que al mismo tiempo no haya quebrado alguna regla de argumentación (lo cual determina que ella sea incorrecta). Si, según enseña Alexy, la justicia “es corrección”⁽¹⁶⁾, y todo discurso formula necesariamente una “pretensión de corrección” (*Anspruch auf Richtigkeit*), la idea misma de considerar válida a una sentencia a pesar de ser errónea resulta inconciliable con la premisa desde la cual se desarrolla la labor de adjudicación judicial, y se traduce incluso en una suerte de renuncia consciente a la justicia (que se agrava por el dato de que nunca ha quedado claro cuándo una sentencia puede ser errónea sin llegar a ser arbitraria –o sea, cuál sería el umbral del “error tolerable”–, dando lugar así al ejercicio de una discrecionalidad incontrolable por parte del Tribunal, que en su hora motivara la objeción del ya citado Carrió: “sentencia arbitraria es aquella decisión que la Corte llama arbitraria”⁽¹⁷⁾).

Por ello es que se torna evidente la necesidad de construir *ex novo* el concepto de “sentencia arbitraria” sobre las bases expuestas, aunque sin olvidar: a) que la existencia de un vicio de arbitrariedad (que equiparamos a incorrección argumentativa) no necesariamente determina la invalidez de la decisión, si ella exhibe líneas de justificación independientes suficientes; b) que por la naturaleza práctica del saber jurídico, en general es posible pensar en dos o más soluciones válidas para un mismo caso (debiendo renunciarse con ello al postulado de la *one right answer*); c) que, por esto mismo, la evaluación de si en cada caso la decisión del juez satisface el principio de

(10) “La equivocación del juez no es lo mismo que un acto de arbitrariedad (Fallos: 205:648)”, observa Lugones en su excelente obra (Lugones, Narciso J., *Recurso extraordinario*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis/Depalma, 2002, p. 282).

(11) Fallos: 339:1066; 330:717, entre muchísimos otros.

(12) 244 U.S. 25 (1917).

(13) Fallos: 247:713 (1960).

(14) Véase también Fallos: 314:678; 315:804; 316:1141, voto del juez Boggiano; 317:444; 321:874, voto del juez Nazareno; 340:1756; en Fallos: 333:1657 se habla de un “error intolerable para una racional administración de justicia”.

(15) Fallos: 330:496, voto de la jueza Argibay, idea que coincide en su orientación con la ya expuesta en Fallos: 207:72 (1947).

(16) “*Gerechtigkeit ist Richtigkeit in Bezug auf Verteilung und Ausgleich*” (Alexy, Robert, “Recht und Richtigkeit”, en Krawietz, W.; Summers, R. S.; Weinberger, O. y Wright, G. H. V. (eds.), *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift für Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 87, versión española bajo el título “Justicia como corrección” por Seoane, José Antonio y Soderó, Eduardo Roberto, en Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005, p. 57). Sobre el tema véase, de mi autoría, “*Alexy und die Rehabilitierung der Frage nach dem Rechtsbegriff*”, en Clérico, Laura y Sieckmann, Jan-Reinhard (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2009, p. 206.

(17) Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, p. 44.

“razón suficiente” (y con ello, representa la “motivación suficiente”) implica en sí misma una labor argumentativa expuesta connaturalmente a la contra-argumentación.

IV. La pluridimensionalidad del case y el modelo de sistema jurídico de tres niveles

Cualquier estudiante de abogacía con experiencia en el estudio y discusión de casos, y más aún un juez, comprende inmediatamente que el hallazgo de la respuesta jurídica (*Rechtsfindung*) siempre exige asumir racionalmente una multiplicidad de tareas referidas a las diversas dimensiones que exhiben, si es que el aludido ideal de corrección ha de realizarse en la práctica.

Esas dimensiones, que pueden o no resultar problemáticas en los casos concretos, tienen que ver: a) con las *normas* que establecen abstractamente los derechos y deberes de las partes⁽¹⁸⁾ (las “fuentes del derecho”), b) con los *hechos* del caso concreto, c) con el *lenguaje* a través del cual se expresan las ideas y, finalmente, d) con las leyes que rigen el *razonamiento*. De todas, solo la normativa es la dimensión “propriadamente jurídica” (configurando el “caso especial” sobre el cual Alexy construye su teoría de la argumentación⁽¹⁹⁾), aunque está claro que desde ella comprendemos y operamos las restantes (o sea, las dimensiones fáctica, lingüística y lógica).

Todas se ponen en juego en el *silogismo* sobre el cual se estructura la decisión (al configurar las premisas y la conclusión), y cada una puede dar lugar a distintas incorrecciones o defectos de fundamentación, que materializan otros tantos “tipos ideales” de arbitrariedad.

El reconocimiento de las distintas dimensiones del caso, sin embargo, solo exhibirá auténtico valor heurístico para nuestro tema si sus aportes se correlacionan con el concepto de “derecho vigente” al que –como vimos– alude la Corte Suprema de Justicia cuando habla de las sentencias válidas⁽²⁰⁾ (y que también rige la determinación de lo que ha de entenderse por “circunstancias comprobadas de la causa”), que representa el objeto propio del saber jurídico, cuyo conocimiento efectivo se exige a todo juez con arreglo al canon “*iura novit curia*”.

Si damos por aceptado que el derecho se define por la nota de la “autoridad” (*auctoritas*), cabe preguntarse directamente entonces cómo está integrado ese “derecho vigente” o, en otras palabras, cuál es la estructura del sistema jurídico, un interrogante que depende del concepto de derecho que cada uno sostenga. Así, los positivistas han de postular un derecho integrado por normas provenientes de fuentes sociales, que exhiben una autoridad independiente del contenido (son “*content-independent reasons*”⁽²¹⁾); frente a ello, los iusnaturalistas van a defender una idea más amplia, y sin renunciar al “test de *pedigree*” para algunas normas, reconocerán la existencia de autoridades “en razón del contenido”, que pueden llegar a prevalecer sobre las autoridades “por su origen”, y que expresan la conexión necesaria del derecho con la moral.

A la vista de estos inconciliables puntos de partida, no puede sorprender que positivistas y no-positivistas necesariamente defiendan modelos distintos del “sistema jurídico” (que es como se expresa en términos lógicos el “derecho vigente”), tal como se comprueba en la polémica planteada en la década del ’60 entre Hart y Dworkin. El primero, como sabemos, proponía un derecho compuesto exclusivamente por *reglas*⁽²²⁾, identificables por su origen, que conforman lo que Alexy llama “*modelo de sistema jurídico de reglas*”⁽²³⁾ (o modelo de “sistema jurídico de un nivel”), que en su hora mereciera la crítica de Dworkin por prescindir de los “*principles*”, que son normas jurídicas “en razón del contenido” y se caracterizan por ser “exigencias de igualdad, justicia o alguna otra dimensión de la moralidad”⁽²⁴⁾.

(18) Normas que tienen siempre una dimensión moral, en tanto directa o indirectamente son expresión de valores.

(19) Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurs als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt/M., Suhrkamp Verlag, 1978, p. 33.

(20) Véase *ut supra*, nota 6.

(21) Hart, H.L.A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 261.

(22) Véase Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 1961, capítulo V, pp. 77/96.

(23) “*Das Regelmodell des Rechtssystems*” (Alexy, Robert, “*Rechtssystem und praktische Vernunft*”, en *Rechtstheorie* 18 (1987), pp. 405/419, en p. 410).

(24) “*I call a ‘principle’ a standard that is to be observed (...) because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*” (Dworkin, Ronald M., “*The Model of Rules*”, *University of*

El así resultante “modelo de sistema jurídico de reglas/principios”⁽²⁵⁾, sin embargo, seguía sin ofrecer “un cuadro completo del sistema jurídico (*ergibt kein vollständiges Bild des Rechtssystems*)”⁽²⁶⁾, según observaría Alexy veinte años después⁽²⁷⁾, pues “los principios y las reglas no rigen por sí mismos su aplicación. Ellos solo conforman el lado pasivo (*passive Seite*) del sistema jurídico. Si se quiere alcanzar un modelo completo, entonces ha de agregarse al pasivo un lado activo (*aktive Seite*) referido al procedimiento de aplicación de reglas y principios. Con ello los niveles de las reglas y los principios han de ser completados con un tercer nivel”, que solo puede ser el de un procedimiento que asegure la racionalidad⁽²⁸⁾. “De esta manera [concluiría Alexy] aparece un modelo de sistema jurídico de tres niveles, que ha de ser descrito como modelo de reglas/principios/procedimiento”⁽²⁹⁾, que es el único modelo que posibilita en la práctica un control completo de la racionalidad argumentativa de la decisión.

V. Doble orden normativo y tipos ideales de arbitrariedad

El modelo de sistema jurídico de tres niveles que con claridad propone Alexy puede ser simplificado a su vez desde la perspectiva de la naturaleza de las normas, que lleva a distinguir dos órdenes coexistentes, a los que ya hemos aludido: el de las *normas sustantivas* (o, una vez más, fuentes del derecho, cuyo objeto son las conductas de los ciudadanos) y el de las normas procedimentales (que prescriben el modo en que el jurista debe operar con las normas sustantivas), un enfoque que se inspira con libertad (pues no coincide con ellas) en la conocida distinción *hartiana* entre reglas primarias y secundarias⁽³⁰⁾ y en la idea de “razones sustantivas” desarrollada en 1978 por Summers⁽³¹⁾.

Dado que de este enfoque ya nos hemos ocupado en otro lugar⁽³²⁾, aquí hemos de limitarnos a reproducir el cuadro que representa este doble orden normativo:

I. RAZONES SUSTANTIVAS O FUENTES DEL DERECHO (AUTORIDADES)	
I.1. autoridades de primer orden o <i>stricto sensu</i> (con estatus normativo)	
I.1.i. Autoridades por el contenido: Derecho Natural, Derecho su- prapositivo, “ <i>principia iuris gentium</i> ”	
I.1.ii. Autoridades por el origen (corregidas por la equidad):	
a. tratados internacionales	
b. constituciones	
c. leyes, ordenanzas, etc.	
d. costumbres	
e. reglamentos	
f. precedentes obligatorios (<i>binding</i>)	
I.2. Autoridades de segundo orden (sin estatus normativo)	
g. precedentes no-obligatorios (<i>not binding</i>)	
h. doctrina	
i. derecho extranjero	
j. derecho histórico	
k. derecho “posterior”	
II. RAZONES PROCEDIMENTALES	
II.1. Reglas lingüísticas	
II.2. Reglas lógicas	
II.3. Reglas axiológicas	

Chicago Law Review, vol. 35 (1967), pp. 14/46, p. 23; este trabajo sería luego publicado como capítulo 2 de *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, pp. 14/45.

(25) “*Das Regel/Prinzipien-Modell des Rechtssystems*” (Alexy, Robert, *Rechtssystem und praktische Vernunft...*, p. 412).

(26) *Ibidem*, p. 416.

(27) Sin perjuicio de coincidir con la naturaleza moral (y a la vez jurídica) de los principios: “valores y principios son lo mismo (nada más que en el primer caso hablamos de lo bueno y en el segundo, de lo debido)” (Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1985, pp. 133 y 509; versión española bajo el título *Teoría de los derechos fundamentales*, 1a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 147 y 541; 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 125 y 497; “*Rechtssystem und praktische Vernunft*”, p. 409; “*Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*”, ARSP, Beiheft NF 25, pp. 13/29, en p. 24; “*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*”, *Doxa* 5 [1988], pp. 139/151, en p. 145).

(28) Alexy, Robert, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, pp. 416/417.

(29) “*Auf diese Weise entsteht ein Drei-Ebenen-Modell des Rechtssystems, das als ‘Regel/Prinzipien/Prozedur-Modell’ bezeichnet werden soll*” (*ibidem*, p. 417).

(30) Donde la aquí propuesta categoría de reglas procedimentales se referiría directamente al momento de la “adjudicación”.

(31) Summers, Robert S., “Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification”, 63 *Cornell Law Review* (1978), pp. 707/788.

(32) Sodero, Eduardo S., “Autoridad del Derecho y Argumentación Judicial”, en Vigo, Rodolfo y Gattinoni de Mujía, María (eds.), *Tratado de Derecho Judicial*, tomo I, Teoría General, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 72/109.

Esta categorización puede servirnos de punto de partida para ensayar un esquema comprensible y fácilmente operable de “tipos ideales” de arbitrariedad, que nos permita superar las dificultades de la apuntada diversidad de clasificaciones propuestas a partir de la ya aludida obra de Genaro Carrió⁽³³⁾.

Así tendremos, entonces, arbitrariedades “sustantivas” y arbitrariedades “procedimentales”, distinción que puede ser refinada a partir de tomar en cuenta –respecto a las primeras– que la sentencia es el resultado final de un proceso reglado, por lo que parece útil diferenciar entre arbitrariedades sustantivas *por violación a normas de fondo* y *por violación a normas procesales* (categoría esta última en la que cabe incluir a las llamadas “arbitrariedades fácticas”, como veremos), y en cuanto a las segundas, que las arbitrariedades procedimentales pueden derivar de la violación a reglas lingüísticas, lógicas o axiológicas, con lo cual podemos presentar un segundo esquema:

<p>1. ARBITRARIEDADES SUSTANTIVAS</p> <p>1.I. Por violación a normas de fondo (debido proceso sustantivo)</p> <p>1.II. Por violación a normas de forma (debido proceso adjetivo)</p> <p>2. ARBITRARIEDADES PROCEDIMENTALES</p> <p>2.I. Por violación a reglas lingüísticas</p> <p>2.II. Por violación a reglas lógicas</p> <p>2.III. Por violación a reglas axiológicas</p>

En lo que sigue, examinaremos brevemente conforme al esquema propuesto los “casos” de arbitrariedad, es decir, los supuestos en los cuales la sentencia “*valere non debet*”⁽³⁴⁾.

VI. Las arbitrariedades sustantivas

Las arbitrariedades sustantivas suponen un apartamiento del margen de las soluciones discursivamente posibles⁽³⁵⁾, es decir, de las respuestas que según los cánones de la argumentación pueden derivarse o extraerse de las normas (principios y reglas) que rigen las conductas humanas en juego, normas que pueden estar referidas tanto a la relación jurídica que dio lugar al conflicto (en cuyo respeto se juega el “debido proceso sustantivo”) como a la relación jurídica compleja que se suscita en todo juicio, donde ya no cabe considerar solo a las partes, sino también al juez (el “debido proceso adjetivo”).

A. Arbitrariedades sustantivas por violación a las normas de fondo

a) Falta de fundamentación normativa: es la sentencia “carente de todo fundamento jurídico”⁽³⁶⁾, que clásicamente se ha expresado a través de las fórmulas del “fundamento solo aparente”⁽³⁷⁾ y de las “afirmaciones dogmáticas” (de derecho)⁽³⁸⁾.

Al respecto, vale la pena señalar que este supuesto no debe ser confundido con la “fundamentación implícita adecuada”, tal como en su hora lo explicara la Corte Suprema santafesina: “aunque la fundamentación del fallo resulte económica y no abunde en citas legales, en el mismo se dan razones jurídicas –a partir de normas y principios de derecho– que permiten afirmar que aquel satisface los requerimientos de la Norma Básica provincial sobre justificación suficiente e inteligibilidad de los pronunciamientos, tanto más cuando, como resulta de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es procedente la tacha de arbitrariedad en casos de fundamentación implícita, adecuada e inequívoca, de los fallos, toda vez que la mención específica de las normas que rigen el caso no es siempre indispensable a los fines de su adecuada justificación”⁽³⁹⁾.

(33) Me refiero a *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, donde Alejandro y Genaro Carrió plantean trece causales de arbitrariedad, en tres categorías.

(34) *Digesto*, XLIX, 1.19 (Modestino): “*si expressim sententiam contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet*”.

(35) Como hemos visto, la *right answer* no necesariamente ha de ser una sola.

(36) Fallos: 207:72.

(37) Así, Fallos: 250:152; 254:40 y 256:364.

(38) Carrió, Genaro R. y Carrió Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, p. 231.

(39) “La falta de enunciación de las normas legales aplicadas por los jueces para dirimir el pleito no sustenta la tacha de arbitrariedad cuando se trata de hipótesis claras de fundamentación implícita”, Fallos: 295:687; cfr., también, Fallos: 245:181; 258:12; 262:210; 268:382; 296:550; 302:916, etc.).

Esto se vincula con una nota propia del silogismo jurídico, que es la de ser por lo general un entimema o “silogismo incompleto”: es que, como enseñaba Aristóteles en la *Retórica*, cuando alguna premisa “es bien conocida, no hace falta enunciarla”, pues “el propio oyente la suple”⁽⁴⁰⁾, y no por ello se afecta la validez del razonamiento.

b) Prescendencia de la norma aplicable al caso *sin dar razón plausible alguna*⁽⁴¹⁾: aquí se trata de una construcción incompleta *defectuosa*⁽⁴²⁾ de la premisa mayor del silogismo por la omisión de considerar normas aplicables al caso, no justificada por ninguna “razón plausible” (lo cual expresa la necesidad de cumplir con una especial carga de argumentación si el juez decide no seguir la regla o el principio establecido en la norma).

Este vicio puede exhibir diversas formas, según cuál sea la naturaleza de la norma dejada de lado. Así cabe mencionar, entre los principales supuestos:

1) La prescendencia de principios (entendidos como expresión jurídica de valores o bienes): que representa lo que Ymaz llamaba “deficiencia total axiológica”⁽⁴³⁾, configurada cuando no se consideran los derechos humanos en juego (pensemos en el funesto caso “*F.A.L.*”⁽⁴⁴⁾, donde la Corte Suprema de Justicia ni siquiera alude al derecho de la vida de la persona por nacer, a pesar de que pocos años atrás había dicho que el *nasciturus* era una “persona”⁽⁴⁵⁾; o en “*Callejas*”⁽⁴⁶⁾, donde el mismo tribunal –ahora correctamente– descalificó una sentencia que había “desatendido” los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva que protegen especialmente a las mujeres que alegan ser víctimas de violencia), derechos que pueden estar o no positivizados⁽⁴⁷⁾, y cuya violación grave invalida la norma y/o la sentencia en cuestión⁽⁴⁸⁾; y también cuando se ignoran otros principios/valores fundamentales (que no expresan directamente derechos humanos) como el de equivalencia de las prestaciones⁽⁴⁹⁾, el de prohibición de aprovecharse del propio delito⁽⁵⁰⁾; el de *pacta sunt servanda*⁽⁵¹⁾.

2) La prescendencia de estándares: entre los que resulta obligado destacar el estándar republicano que les impide

(40) *Rhetorica* 1357a19.

(41) Como se lee en Fallos: 320:1492, “una extensa línea de precedentes de esta Corte –que se inicia con el *leading case* ‘*Idzi*’, Fallos: 237:349 (año 1957)– ha acuñado el siguiente principio: una sentencia es arbitraria si en ella se prescinde de una norma obviamente aplicable al caso, sin dar razón plausible alguna para ello (caso ‘*Campes*’, Fallos: 239:10 –año 1957–; caso ‘*Stampone*’, Fallos: 239:204 –año 1957–; caso ‘*Carmoega*’, Fallos: 241:121 –año 1958–; caso ‘*Verón*’, Fallos: 245:416 –año 1959–; caso ‘*Serantes*’, Fallos: 248:22 –año 1960–; caso ‘*Porretti*’, Fallos: 250:699 –año 1961–; caso ‘*Bianchi*’, Fallos: 251:309 –año 1961–; caso ‘*Sottile*’, Fallos: 255:19 –año 1963–; caso ‘*La Opinión*’, Fallos: 255:354 –año 1963–; caso ‘*Muñoz*’, Fallos: 256:9 –año 1963–; caso ‘*Hairabedian*’, Fallos: 257:207 –año 1963–; caso ‘*Nación Argentina*’, Fallos: 261:223 –año 1965–; caso ‘*Sanmarco*’, Fallos: 317:144 (...).”

La Corte también ha calificado de “falsa” a la argumentación que prescinde de la norma aplicable al caso, señalando que este defecto “revela un serio desapego a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente” que tienen los jueces (véase Fallos: 322:1017).

(42) Tener presente lo recién apuntado acerca del entimema.

(43) Ymaz, Esteban, “Arbitrariedad y recurso extraordinario”, L.L., t. 67 (1952), p. 74.

(44) Fallos: 335:197 (2012).

(45) CSJN, “*Sánchez, Elvira*”, Fallos: 330:2304 (2007), citado luego por el juez Lorenzetti en su voto para CSJN, “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”, del 4.V.2021 (cons. 4).

(46) Fallos: 343:103.

(47) En su conocida disidencia en “*Municipalidad de Buenos Aires v. Cía. Primitiva de Gas*” (Fallos: 211:958 [1948]), el juez Casares decía que “una ley puede ser declarada inconstitucional porque viole los principios del orden natural reconocido y acogido por la Constitución, esto es, porque sea sustancialmente injusta”.

(48) Completamente en el sentido de la “fórmula de Radbruch” (para lo cual me remito a mi trabajo “Sobre el antipositivismo jurídico del *Bundesverfassungsgericht*”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, pp. 389/410).

Esta invalidación puede alcanzar incluso a las normas constitucionales, dando lugar a las “normas constitucionales inconstitucionales” (Bachof, Otto, “*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*”, en *Recht und Staat*, Nr. 163/164, pp. 11 y ss.; también NJW 1952, p. 242).

(49) En Fallos: 297:500 [1977], la Corte aludió explícitamente al “principio de derecho natural (de) que ‘nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro’”, agregando que esta era una “regla ética de proyección patrimonial que no solamente alcanza a las personas privadas sino también al Estado”. El funcionamiento de este principio se advierte en “*Provincia de Santa Cruz v. Nación Argentina*” (Fallos: 320:495), cuando la Corte rechaza la posibilidad de que se cobren honorarios desproporcionados o “exorbitantes”, que excedan del título generado por el trabajo efectivamente realizado.

(50) Célebremente invocado por la *Court of Appeal* de New York en el famoso *Riggs v. Palmer* (115 NY 506, 1889).

(51) Fallos: 314:491; 327:5356, entre otros.

a los jueces “atribuirse el rol del legislador”⁽⁵²⁾ (lo cual no obsta a remediar demoras legislativas que configuren una violación de normas constitucionales o convencionales⁽⁵³⁾) o “revisar la oportunidad, mérito o conveniencia” de las decisiones legislativas (o administrativas), a no ser que exista una “equivocación clara”⁽⁵⁴⁾ que permita apartarse del principio formal de precedencia *prima facie* de las decisiones del legislador legitimado democráticamente.

Es claro que el catálogo de estándares generales es casi inagotable, por lo que solo agregaremos algunos ejemplos, como las exigencias de “tomar nota del tiempo” (que significa, entre otros extremos, no dilatar la tutela “eficaz” de derechos fundamentales⁽⁵⁵⁾), controlar la subsistencia de “caso”, atender a las circunstancias existentes al momento de fallar⁽⁵⁶⁾; de “considerar las consecuencias de la decisión”⁽⁵⁷⁾; de asegurar la progresividad –y no regresión– de los derechos fundamentales⁽⁵⁸⁾; de respetar el ejercicio razonable de las competencias propias de los jueces de la causa, en particular cuando se trata de cuestiones libradas privilegiadamente a su prudencia⁽⁵⁹⁾.

A esos estándares generales se suman los estándares sectoriales, que representan pautas derivadas inmediatamente de los bienes en juego en cada materia particular, que no podrían ser dejados de lado pues ellos –precisamente– “informan” esas materias, y a partir de los mismos se las conoce (así, por ejemplo, “*pars conditio omnium creditorum*”⁽⁶⁰⁾, “interés superior del niño”, “principio de protección del trabajador”, “principio de prevención del daño”, “principio de reparación integral”, “principio pre-

(52) Por ejemplo, creando privilegios: así, en “Asociación Filantrópica” (Fallos: 341:1511 [2018]), la Corte señala que el carácter privilegiado de un crédito “solo puede surgir de la ley”, y que “en virtud del principio de separación de poderes (...) no es de competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, ya que esta atribución es propia de los poderes políticos”.

(53) Como se detecta en los casos “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492), “Urteaga” (Fallos: 321:2767), “Quisberth Castro” (Fallos: 335:452).

(54) Tal como lo expresa la “*rule of clear mistake*” según la cual –como lo decía el *Chancellor Watties* en 1812, citado por *Thayer*– “la validez de una ley no debería ponerse en duda a menos que ella sea tan obviamente repugnante a la Constitución que cuando sea señalada por los jueces todos los hombres sensatos y reflexivos de la comunidad puedan darse cuenta de la repugnancia” (véase *Thayer*, *Bradley James*, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review* [1893], p. 129; también del mismo autor, *Legal Essays*, The Boston Book Company, Boston, 1908, p. 19).

Un juez, decía *Cooley*, nunca puede anular una ley “*unless the nullity and invalidity of the act are placed, in their judgement, beyond reasonable doubt*”, y la duda razonable debe ser resuelta en favor del acto legislativo (*Cooley*, *Thomas M.*, *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 6a. ed., Boston, Little, Brown and Company, 1890, p. 216). “*The opposition between the constitution and the law should be such that the judge feels a clear and strong conviction of the incompatibility with each other*” (*Chief Justice Marshall*, *Fletcher v. Peck*, 6 *Cranch* 87, 128).

Como se lee en “*Delsoglio*” (Fallos: 234:82), la función de los jueces de “declarar el derecho vigente (...) ha de cumplirse sin arbitrariedad, como condición necesaria para que no exista invasión de atribuciones reservadas a otros poderes”.

(55) Por ejemplo, al obligar a transitar la vía ordinaria para reclamar una cobertura médica cuando la persona “por la vía del amparo ya lleva más de dos años litigando”, como se lee en Fallos: 332:1394.

(56) Así, Fallos: 253:346; 285:353; 290:329; 292:589; 304:984; 308:1489; 313:584; 314:1834; 316:3130.

(57) Como sabemos, *Holmes* destacaba la necesidad de que los jueces reconozcan su ineludible deber (“*inevitable duty*”) de “poner en la balanza consideraciones de beneficio para la sociedad” –*weighing considerations of social advantage*– (*Holmes*, *Oliver Wendell* (jr.), “The Path of Law”, 10 *Harvard Law Review* [1897] 457, en p. 467). Sobre la presencia de este canon en la jurisprudencia del Alto Tribunal nacional véase, por ejemplo, Fallos: 313:1232; 314:1477; 316:2624; 319:3241; 320:495.

(58) Fallos: 327:3753; 338:1347.

(59) Al respecto cabe pensar, paradigmáticamente, en las opciones hermenéuticas escogidas por los jueces a la hora de interpretar una norma, y en las decisiones que adoptan al fijar *quantums indemnizatorios*, que se encuentran exentas de la tacha de arbitrariedad en la medida en que permanezcan dentro de los márgenes de lo discursivamente posible, por lo que precisamente resultaría arbitrario dejar de lado tales pautas al evaluar la validez constitucional de tales pronunciamientos (exigiendo por ejemplo –respecto de la segunda hipótesis mencionada– el empleo de fórmulas matemáticas cuando no media una norma que inequívocamente las prescriba, lo que materializa una ultrarracionalista “*idolatría del algoritmo*”, con olvido de que “la evaluación del cumplimiento de la exigencia de justificación establecida por el artículo 95 de la Carta Magna provincial debe atender (...) a la existencia de un margen de discrecionalidad más o menos amplio en cabeza de los jueces para que, en ejercicio de su prudencia, determinen la solución correcta a la luz de las exigencias de justicia y razonabilidad práctica” [CSJSF, “*Guinessi*”, R. A. y S., t. 209, p. 391]).

(60) Fallos: 328:4223; 341:1511, un principio que se traduce directamente en el canon de interpretación restrictiva de los privilegios, en sintonía con el canon *singularia non sunt extendenda*.

cautorio”, “presunción de inocencia”, “prohibición de trato discriminatorio”, debida consideración a la “perspectiva de género”, etc.).

3) La prescindencia de normas convencionales⁽⁶¹⁾: que incluye el supuesto de omisión del control de convencionalidad, exigencia “que recae en todos y cada uno de los jueces”⁽⁶²⁾.

4) La prescindencia de normas constitucionales: ya sea porque no se toma nota de su “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*⁽⁶³⁾), ya sea porque se aplican normas inferiores contrarias a ellas (lo que materializa la omisión del control de constitucionalidad, que en definitiva significa que el juez “cierra sus ojos a la Constitución y mira solo a la ley”⁽⁶⁴⁾).

5) La prescindencia o apartamiento de la ley: es el supuesto de la “sentencia *contra-legem*”⁽⁶⁵⁾, que también configura un apartamiento del estándar republicano aludido más arriba: “el principio de separación de los poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto”⁽⁶⁶⁾; en ese punto, y en un clima intelectual signado por el desprecio a la ley (a partir de un yerro fenomenal a la hora de interpretar el canon, objetivado en la *Grundgesetz*, de que los jueces “están sometidos a la ley y al derecho”⁽⁶⁷⁾), no es ocioso insistir en que el *iudex* “*custodiat leges, et secundum eas proferat sententias*”⁽⁶⁸⁾, lo cual ha de entenderse en el sentido de que dichos textos –cuando están llamados a regir el caso– son el punto de partida de la aludida búsqueda de la respuesta, en cuanto expresan la dimensión institucional del sistema jurídico.

6) La omisión de dar pleno efecto a la ley: es el defecto que se presenta cuando se torna inoperante la ley⁽⁶⁹⁾, adoptando una inteligencia de sus términos que equivale a convertirla en “letra muerta”.

7) El apartamiento injustificado de precedentes obligatorios⁽⁷⁰⁾: como es bien sabido, entre las autoridades que el juez debe *considerar* se encuentran los *binding precedents*, es decir, las decisiones emanadas de tribunales de jerarquía superior y del mismo juez, que exhiben similitud con el caso a resolver.

Si bien no resulta posible emprender aquí un análisis exhaustivo del tema⁽⁷¹⁾, se impone formular tres observaciones al pensar en la relación entre arbitrariedad y precedentes: en primer lugar, que no siempre el apartamiento *injustificado* de un precedente de un tribunal superior se traduce en arbitrariedad, sino solo cuando el mismo es un *authoritative precedent*⁽⁷²⁾, es decir, exhibe una “obli-

(61) Por ejemplo, CSJN, “*Salio*”, Fallos: 324:1590.

(62) Así, por ejemplo, en Fallos: 342:584.

(63) Véase *Lüth*, BVerfGE 7, 198 [207] (1957); también, entre otros, *Leipziger Volkszeitung*, BVerfGE 27, 71 [79] (1969); *Schuldnerspiegel*, BVerfGE 104, 65 [73] (2001).

(64) “*Close their eyes on the Constitution, and see only the law*”, para utilizar la expresión del *Justice Marshall* en *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137 [1803], en p. 178).

(65) Así, Fallos: 184:187, entre muchos otros.

(66) Fallos: 249:425, con cita de Fallos: 234:82 y 310; 241:121 y otros.

(67) “*[S]ind an Gesetz und Recht gebunden*” (artículo 20.3).

(68) Según la máxima justiniana contenida en la *Novella Constitutio* 82, 13.

También *Novella Constitutio* CXIII, 113, e. 1.: “*secundum generales nostras leges causas examinan et decidunt*”.

(69) Así, entre muchos otros, Fallos: 306:796; 307:1427; 308:1796; 318:1707, disidencia de los jueces *Moliné O’Connor* y *López*, donde se lee: “es arbitraria la sentencia que hizo lugar al pedido de desafectación de una vivienda inscripta como bien de familia formulada por el síndico, si la interpretación del a quo frente a créditos nacidos con posterioridad a la afectación del bien neutralizó, sin dar razones fundadas para ello, el fin tuitivo de la ley 14.394 y desvirtuó sus normas hasta tornarlas inoperantes, con grave afectación de la garantía de la defensa del bien de familia instituida por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional”.

(70) Como es obvio, si hay justificación, no hay arbitrariedad: véase al respecto, por ejemplo, Fallos: 253:206; 255:187 (referidos al apartamiento válido de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

(71) Para lo cual me remito a las reflexiones formuladas en dos trabajos anteriores: “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía* 21 (2004), pp. 217 y ss. y “Von der Sonderfallthese bis zum Fallvergleich: Προλεγόμενα (Prolegomena) zu einer Theorie der Präjudizien”, en *Borowski*, *Martin*; *Paulson*, *Stanley L.* y *Sieckmann*, *Jan-Reinard* (eds.), *Rechtssphilosophie und Grundrechte. Robert Alexys System*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 305/325.

(72) Para emplear la clásica terminología de *Salmond*, quien distingue entre precedentes “autoritativos” y precedentes “persuasivos” (*Salmond*, *John*, “The Theory of Judicial Precedents”, 16 *Law Quarterly Review*, 1900], pp. 376/391, en p. 378).

gatoriedad jurídica” (y no meramente “fáctica”)⁽⁷³⁾, como se verifica con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁷⁴⁾, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que, a pesar de la posición asumida en “*Fontevecchia*”⁽⁷⁵⁾), deben ser seguidos al interpretar el “Pacto de San José de Costa Rica” por indicación de la propia Corte Suprema argentina⁽⁷⁶⁾ e incluso –pensando a título de ejemplo en el sistema santafesino– de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia local⁽⁷⁷⁾, categoría en la que corresponde incluir los fallos plenarios; en segundo lugar, que hasta el presente en la práctica constitucional no se considera arbitrario a un fallo por apartarse injustificadamente de los precedentes del propio tribunal (los “autoprecedentes”)⁽⁷⁸⁾, a pesar de que estos resultan argumentativamente obligatorios y de que su omisión se traduce en una incorrección por inobservancia de la regla de carga de argumentación según la cual quien quiera apartarse de un precedente tiene que justificarlo⁽⁷⁹⁾ (se trata, como puede verse, de un “gap” subsistente en la teoría de la arbitrariedad, que en el punto no ha recibido adecuadamente las pautas derivadas de la teoría de la argumentación⁽⁸⁰⁾); por último, que a pesar de la obligatoriedad que pueda exhibir un precedente, existe una obligatoriedad “de mayor peso”, referida al deber de formular un “test de corrección” del precedente y de apartarse fundadamente de él “cuando parece correcto hacerlo”⁽⁸¹⁾, pues la autoridad de los precedentes debe ceder ante la comprobación del error⁽⁸²⁾ o de la inconveniencia de su mantenimiento⁽⁸³⁾, aunque siempre teniendo en cuenta que el cambio implica “ejercer un gran poder”, que siempre conlleva “una gran responsabilidad”⁽⁸⁴⁾.

8) Omisión injustificada de normas consuetudinarias.

9) Apartamiento injustificado del contrato existente entre las partes.

(73) Aarnio enseña que la obligatoriedad de un precedente puede ser de *iure* o de *facto*: en el primer supuesto, la inobservancia del precedente se traduce en la posible invalidación del fallo que se dicte; en el segundo, la consecuencia consiste simplemente en la posibilidad de que la decisión sea revocada (sin ser anulada) y el caso sea decidido de manera diferente, conforme al precedente del tribunal superior (véase, Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 81). Como se advierte, los precedentes de las cámaras de apelaciones en el sistema judicial argentino exhiben por lo general la apuntada “obligatoriedad fáctica”, encuadrándose en la categoría de los precedentes que –en palabras de Peczenik– “deberían [should] ser considerados” (Peczenik, Aleksander, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien-New York, Springer Verlag, 1983, p. 57), pues en definitiva desde la aparición de la *appellatio*, la sentencia de primer grado siempre nace “bajo la amenaza de la apelación” (Calamandrei, Piero, *La Casación Civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, t. I, vol. 1, p. 91).

(74) Véase Fallos: 12:149; en época reciente Fallos: 337:47, donde se introduce la idea de la “carga argumentativa calificada”; y también Fallos: 340:257; 341:570; 342:1903 y 2344.

(75) Fallos: 340:47.

(76) Para decirlo con palabras tomadas de la lectura de las Bodas de Caná (*Evangelium Secundum Ioannem*, 2, 5: “*Quodcumque dixerit vobis, facite*”), en definitiva la Corte les está indicando a los jueces argentinos: “hagan todo lo que él [el tribunal interamericano] les diga”. Al respecto, véase “Mazzeo” (Fallos: 330:3248 [2007]) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo” (Fallos: 333:1657 [2010]).

(77) Sobre el tema me remito a mi trabajo “La posición institucional de la Corte Suprema en la justicia contencioso administrativa de la Provincia de Santa Fe”, en Torricelli, Maximiliano (coord.), *Institutos de la Justicia Administrativa*, Rosario, Editorial Zeus, 2006, pp. 257/277.

(78) Así, Fallos: 255:313, donde la Corte descartó la existencia de cuestión constitucional por el cambio de criterio por parte de un mismo tribunal; véanse también Fallos: 239:154 –donde se habla, sin embargo, de “variación fundada”–; 289:82; 301:970.

(79) “*Wer von einem Präjudiz abweichen will, trägt die Argumentationslast*” (Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation...*, pp. 339 y 366).

(80) Si bien es cierto que la Corte argentina, cuando ha cambiado su propia jurisprudencia, siempre se ha esforzado por justificar tales *overrulings*, atenta al reconocimiento que ella misma ha hecho del principio de *stare decisis* (clásicamente, “*Miguel Baretta v. Provincia de Córdoba*”, Fallos: 183:408 [1939]); más recientemente, véase “*Barreto*”, Fallos: 329:759).

(81) “*When it appears right to do so*”: House of Lords, *Practice Statement (Judicial Precedent)*, 26.VII.1966 (1 WLR 1234).

(82) Para un ejemplo reciente cabe consultar “*Acevedo*” (Fallos: 348:189), vinculado a un caso donde –siendo el juez de baja instancia quien escribe estas líneas– precisamente se encontraba en juego el seguimiento o apartamiento de un precedente del propio Alto Tribunal que presentaba un “yerro fenomenal (e inexplicable)” (véase nota 87).

(83) Fallos: 166:220; 167:121; 183:409; 192:414; 212:235; 216:91; 293:50; 314:1003, voto del juez Fayt; 315:2309, voto de los jueces Levene, Barra y Fayt; 317:1090 y 1271, votos del juez Fayt; 323:1687, voto del juez Boggiano; 325:2005; 327:120, voto de los jueces Fayt y Vázquez.

(84) Lee, S. y Ditko, S., *Amazing Fantasy No. 15: “Spider Man”*, 1962, p. 13, célebremente citado por el Justice Kagan en *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446 (2015).

10) Apartamiento de las cláusulas testamentarias.

11) Violación de la cosa juzgada⁽⁸⁵⁾, salvo que sea fraudulenta⁽⁸⁶⁾.

c) Aplicación de normas no vigentes para el caso: es evidente que una sentencia incurre en arbitrariedad cuando aplica normas no vigentes en general (por ejemplo, legislación derogada; convenciones internacionales que no rigen para nuestro país⁽⁸⁷⁾, etc.), y por tanto solo resulta necesario insistir en este punto en que el “derecho vigente” es un *concepto casuístico*, que se identifica con el “derecho vigente del caso”, definido según las pautas que rigen la vigencia espacial y temporal de las normas. Esto implica el imperativo de atender a las normas de Derecho Internacional Privado en casos con conexión extranjera y, en lo que resulta más corriente, observar el estándar de la irretroactividad⁽⁸⁸⁾, una de las exigencias básicas del *Rule of Law*⁽⁸⁹⁾, que con la salvedad del supuesto de la norma penal más benigna se aplica no solo a las leyes⁽⁹⁰⁾, sino también a los precedentes, dada la necesidad de asegurar a los litigantes “reglas claras de juego”⁽⁹¹⁾ y de evitar sorprenderlos a la hora de aplicar los nuevos criterios jurisprudenciales sentados a partir del *overruling* de precedentes anteriores (idea que se remite a la “línea divisoria” a que se elude en el conocido caso “*Téllez*”⁽⁹²⁾).

d) Invocación de precedentes impertinentes: exhibiendo un fuerte “parecido de familia” con el supuesto anterior, encontramos el caso de arbitrariedad que se configura cuando la respuesta se funda sobre un precedente que en realidad era inaplicable por no existir similitud⁽⁹³⁾, extremo que resulta de una incorrecta “comparación de casos” (*Fallvergleich*)⁽⁹⁴⁾.

B. Arbitrariedades sustantivas por violación a las normas de forma

En esta categoría de arbitrariedades se añaden a las incorrecciones analizadas respecto de las normas de fondo (pues también encontramos aquí, por ejemplo, arbitrariedades por prescindencia de normas convencionales⁽⁹⁵⁾

(85) “*Storani de Boidanich*”, Fallos: 184:137 [1939]. Un supuesto particular de este defecto, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es el del apartamiento o “desconocimiento esencial” de un pronunciamiento anterior de la propia Corte dictado en la misma causa (véanse Fallos: 340:236, 1696 y 1973; 341:1846; 342:681; 344:1010 y 3595; para un ejemplo de desconocimiento de los alcances y efectos de una sentencia en caso de reenvío, véase el ya lejano precedente de Fallos: 196:14).

(86) Véase Fallos: 238:18; 254:320; 279:54; 281:421; 326:678; 336:1477; 340:1982.

(87) Este es el defecto presente en el precedente de Fallos: 337:315 (“*Revestimientos y Pinturas*”), aplicando un convenio de la OIT en el cual la Argentina no es parte, y que fue dejado sin efecto en el aludido precedente “*Acevedo*” (véase nota 82).

(88) “*Nova constitutio futuris formam imponere debeat, non praeteritis*” (Coke, Edward, *The Second Part of the Institutes of the Lawes of England*, London, M. Flesher & M. Young, 1642, p. 292; una fórmula similar se lee en la misma obra, p. 87: “*Item tempus spectandum erit cum omnis nova constitutio futuris formam imponere debeat & non praeteritis*”). Lo mismo se encuentra en Pirhing: “*lex sive constitutio quae novum ius condit, sive de novo aliquid statuit ad disponis, ad praeterita, sive quae iam facta, non extenditur*” (Pirhing, R. P. Ernico, *Jus Canonium in V. Libros Decretalium*, Venetiis, Ex Thipographia Remondiniana, MDCCCLIX, tomus primus, p. 21).

(89) Véase, por ejemplo, Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven y London, Yale University Press, 1969, pp. 51/62.

(90) Por ejemplo, Fallos: 315:885; 319:1915; 320:1542; 339:781.

(91) Véase Fallos: 312:1908.

En definitiva, y como se ha dicho con acierto, las decisiones “que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios en esta” (Fallos: 313:1010, voto de los jueces Fayt, Petracchi y Barra; Fallos: 315:276, voto del juez Barra), y por ello no cabe descartar de plano la vigencia para las reglas jurisprudenciales de las mismas pautas que rigen la vigencia de las reglas legales (algo que se constata en la afirmación de que, análogamente a lo que ocurre con la ley, “la autoridad institucional del precedente ha de regir para el futuro” (véanse Fallos: 9:53; 183:409; 192:414; 293:531).

(92) “*Téllez*” (Fallos: 308:552); también, Fallos: 312:1908; 320:1393; 321:1248; 318:1089; 324:2366, disidencia de los jueces Moliné O’Connor y López; 325:1578; 328:566 y 1108; 329:759; 333:935; 337:530; 338:724; 340:1311; 342:2389.

(93) En tal sentido, “*Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo*” (Fallos: 33:162). Véanse también Fallos: 338:134; 340:1084; 341:1768; 342:853: “el apropiado uso de los precedentes está rigurosamente condicionado a que en el nuevo caso se presenten las mismas circunstancias de hecho y jurídicas consideradas en la causa en que se estableció la doctrina de que se trata”; 342:1660.

(94) Al respecto, véase: Alexy, Robert, “Two or Three?”, en Borowski, Martin (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 119, 2010, pp. 9/18.

(95) Donde merece destacarse el supuesto de inobservancia de las garantías del artículo 8 del llamado “Pacto de San José de Costa Rica”, que resultan aplicables no solo al proceso penal (véase Corte In-

otros supuestos de incorrecciones, que expresan la especificidad y la naturaleza reglada del procedimiento judicial, materializando “tipos” bien conocidos de arbitrariedad que afectan la validez de la decisión final, y que la teoría procesal ha estudiado clásicamente bajo el rótulo de “nulidades” (interpretadas siempre a la luz de cánones clásicos como la trascendencia, la no-subsanación y la prohibición de invocación de la propia torpeza).

a) Referidas al juez

i. Violación a la garantía del juez natural: este supuesto se configura no solo cuando el fallo ha sido dictado por un tribunal formalmente incompetente, sino también cuando la sentencia se ha apartado de las pautas que establecen la medida de la jurisdicción del tribunal en cuestión (como se verifica cuando una Cámara de Apelación –por ejemplo– al fallar en un recurso de apelación extraordinaria revisa asuntos resueltos con argumentos suficientes, sustituyendo el criterio válido de los jueces de la causa por el suyo propio⁽⁹⁶⁾).

ii. Violación a la garantía del juez imparcial, como ocurre cuando el fallo es dictado por un juez que se ha excusado o que ha sido legalmente recusado⁽⁹⁷⁾.

b) Referidas a los hechos del caso

Estas arbitrariedades (a veces denominadas “fácticas”⁽⁹⁸⁾) se refieren al procedimiento de determinación de la “premisa menor” del silogismo, que –como es sabido– debe perseguir la determinación de la verdad de los hechos, finalidad expresada clásicamente a través del mandato de respeto a la “verdad jurídica objetiva”⁽⁹⁹⁾. Como se ha dicho con acierto, “si bien los jueces deben fallar con sujeción a reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes, nada excusa su indiferencia respecto de la *verdad* objetiva en la misión de dar a cada uno lo suyo”⁽¹⁰⁰⁾.

El catálogo de incorrecciones en la “formación del juicio relativo al hecho concreto”⁽¹⁰¹⁾ es, una vez más, prácticamente inagotable: así, es arbitraria la sentencia que se funda sobre una afirmación probadamente falsa⁽¹⁰²⁾ o sobre prueba inexistente⁽¹⁰³⁾, inválida o ilícita⁽¹⁰⁴⁾; o que tiene por verdadero un hecho en contra de lo que indica la evidencia científica o a pesar de que este no se encuentra empíricamente demostrado⁽¹⁰⁵⁾; o que atribuye *decisividad* a pruebas que no la tienen o prescinde de pruebas eventualmente decisivas; o que se aparta de las constancias del expediente (ignorándolas o invocando constancias inexis-

tentes) o las interpreta de manera caprichosa o formalista (lo cual se hace patente cuando se requieren las famosas “fórmulas sacramentales”).

Lo mismo cabe predicar respecto de las sentencias que exigen prueba de hechos evidentes (por ejemplo, respecto de daños que corresponde tener por probados “*in re ipsa*”), o que prescinden de hechos notorios (paradigmáticamente, ignorando la “realidad económica vigente al tiempo de los hechos”⁽¹⁰⁶⁾), o que se apartan de las reglas de la carga de la prueba (que no siempre son las clásicas del *actor incumbit probatio* y *reus in excipiendo fit actor*⁽¹⁰⁷⁾).

c) Referidas a la congruencia

La arbitrariedad por incongruencia expresa el canon de que el juez debe tomar en serio todas las alegaciones conducentes de las partes, y además debe resolver todas las cuestiones litigiosas sometidas a su jurisdicción –solo ellas, y en la medida planteada por los litigantes–, sin perjuicio de su deber de aplicar, encuadrar o calificar jurídicamente el caso con independencia de las calificaciones propuestas por las partes, supliendo el derecho no invocado e incluso corrigiendo al mal invocado (*iura novit curia*)⁽¹⁰⁸⁾.

El aspecto mencionado en primer lugar se vincula con la “*incongruencia argumentativa*”, que se configura cuando el juez no se hace cargo de todas las razones oportunamente invocadas por las partes que sean “pertinentes” o “decisivas”⁽¹⁰⁹⁾, desconociendo así que más allá “del grado de acierto o error de la alegación expuesta, los justiciables tienen el derecho constitucional a que el sentenciante atienda, con razones puntuales, a todas aquellas argumentaciones que aparezcan como conducentes para la defensa de sus derechos”⁽¹¹⁰⁾.

En un enfoque ortodoxo, la incongruencia se encuentra representada en la clásica tríada de los fallos *citra petita* (que omiten resolver cuestiones planteadas conducentes, incluyendo las defensas opuestas), *ultra petita* (que otorgan más de lo peticionado por el titular de la acción⁽¹¹¹⁾ –salvo que se trate de un caso donde inicialmente no resulta posible precisar de manera definitiva la pretensión⁽¹¹²⁾– o menos de lo reconocido por el propio accionado) y *extra petita* (que son los que se expiden sobre cuestiones no planteadas⁽¹¹³⁾, incluyendo el supuesto de invocación de defensas no esgrimidas⁽¹¹⁴⁾).

En la alzada, estos supuestos de incongruencia se especifican en la forma de ausencia absoluta de tratamiento serio de los agravios⁽¹¹⁵⁾, o de omisión de pronunciamiento sobre algún agravio particular, o de prescindencia de defensas conducentes oportunamente propuestas por las partes (en particular, las del vencedor en baja instancia⁽¹¹⁶⁾); de acogimiento de planteos que no fueron introducidos en baja instancia –la famosa “reflexión tardía”–, o de decisión sobre cuestiones que no fueron materia de agravios concedidos⁽¹¹⁷⁾, un aspecto donde también se pone en juego la “*res iudicata*”.

(106) Así, Fallos: 322:2245. También, Fallos: 318:1217; 320:158, entre muchos otros.

(107) Así, cabe recordar que, en los juicios de responsabilidad médica, “rige el principio procesal de las cargas probatorias dinámicas” (Fallos: 325:284 [2002]).

(108) Que, como es sabido, no habilita a cambiar las pretensiones planteadas por las partes. Sobre el *iura novit curia* véanse: Fallos: 15:274; 103:331; 300:1034; 307:2445; 310:1536; 337:1142; etc.

(109) Véanse Fallos: 301:970; 310:1705; 311:120; 312:1150; 313:323, etc.

(110) Fallos: 320:1663; también, Fallos: 342:93

(111) Partida III, Ley 16, Título 22 (“*non debe valer el juzyo que da el Judgador sobre cosa que non fue demandada ante él (...)*”).

(112) Dando lugar a la conocida salvedad de “lo que en más o en menos” resulte de las pruebas a producirse.

(113) Fallos: 237:328; 301:104; 306:2054, etc.

(114) Así, Fallos: 336:2429.

(115) “Resulta arbitraria la sentencia si los magistrados limitaron su tarea a rememorar de manera acrílica los aspectos centrales de la sentencia de su inferior, sin considerar ninguna de las cuestiones que constituían el núcleo de los planteos de los apelantes, cuyo abordaje conceptualizaron inasequible en esa instancia, cercenando dogmáticamente una instancia apta para el examen de los motivos de agravio oportunamente presentados por la parte acusadora, arribando así a una conclusión meramente formal que no alcanza para brindar certeza sobre la correcta solución del pleito” (Fallos: 341:161).

(116) Al respecto, véase Fallos: 327:3925.

(117) A pesar de que –como se lee en Fallos: 341:1075– ellos “determinan el ámbito de su facultad decisoria. La prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional”. Véanse al respecto Fallos: 320:459; 327:3925; 336:421; 342:1336.

teramericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001 Serie C No. 71, párr. 70, con cita del *Caso Paniagua Morales y otros*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149.

(96) Ello representa estrictamente un exceso de jurisdicción, a pesar de que no se advierte que la práctica haya tomado nota de ello.

(97) Véase el clásico precedente de Fallos: 3:397 (1866).

(98) Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario...*, v. 2, pp. 255 y ss.

(99) “*Colalillo*” (Fallos: 238:550 [1957]). Véanse, entre otros, Fallos: 306:738; 319:2300; 325:1014 y 1105; 328:4818; 338:484 y 1311: “El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte, y las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que en su ámbito específico tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de defensa en juicio”; Fallos: 339:1695 (2016): “El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte”.

(100) Fallos: 278:85.

(101) Observaba hace ya mucho tiempo Calamandrei que si bien “se dice comúnmente que en el silogismo judicial la premisa menor está constituida por el hecho, más exactamente se debería decir que en el premisa menor se tiene siempre un juicio relativo al hecho concreto” (Calamandrei, Piero, *La Casación Civil...*, t. I, vol. 1, p. 68).

(102) En Fallos: 327:5581, por ejemplo, se hablaba de que la demandada estaba concursada, y ello no era así.

(103) Por ejemplo, en Fallos: 291:540; 315:877.

(104) Así “*Carlozzi*” (Fallos: 207:72 [1947]), donde se habla de “pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio”.

(105) Pensemos en el peso de la verdad de las premisas empíricas a la hora de realizar el examen de proporcionalidad, que resulta decisivo cuando se trata de cuestiones científicas: por ejemplo, efectos contaminantes de sustancias químicas empleadas para fumigaciones; eficacia de un medicamento. Alexy ha destacado la importancia del grado de verdad de las premisas empíricas a la hora de resolver colisiones de principios mediante el examen de proporcionalidad a través de su célebre “fórmula del peso” (*Gewichtsformel*), a la cual se alude más abajo.

d) Referidas a la litispendencia, la cosa juzgada y la preclusión

Esta categoría de arbitrariedades, clásicamente vinculadas al principio de seguridad jurídica, se configuran –respecto de la litispendencia– cuando se adoptan decisiones prematuras sobre temas que requieren la previa resolución de cuestiones ventiladas en otros procedimientos⁽¹¹⁸⁾; respecto de la cosa juzgada, cuando se dejan sin efecto decisiones anteriores firmes adoptadas en el proceso, sean del mismo juez (por ejemplo, por vía de aclaratoria se modifica el contenido del fallo⁽¹¹⁹⁾) o de otro tribunal (así, además del ejemplo mencionado en el punto anterior, cuando al fallar en virtud de un reenvío el tribunal materializa un desconocimiento esencial del pronunciamiento superior); o cuando se viola la prohibición de *reformatio in pejus*⁽¹²⁰⁾; en cuanto a la preclusión, cuando se acogen planteos que debieron ser introducidos en etapas procesales ya cerradas⁽¹²¹⁾ (salvo, claro está, que se encuentre en juego la verdad jurídica objetiva⁽¹²²⁾ y con ello, la justicia material).

e) Referidas al mandato de optimización del derecho de defensa

El derecho de defensa, en cuanto “principio” a optimizar, le plantea la exigencia de tutela “en la mayor medida posible” a los jueces, que incurrirán en arbitrariedad –por ejemplo– si dan curso a un proceso inválidamente iniciado⁽¹²³⁾, o reconocen eficacia a notificaciones viciadas, u omiten las medidas necesarias para asegurar que se dé efectiva noticia del pleito al demandado⁽¹²⁴⁾ y así se respete el “principio de contradicción o bilateralidad”⁽¹²⁵⁾; o remiten a procesos ulteriores el tratamiento de pretensiones y defensas conducentes que pueden encontrar adecuado e inmediato juzgamiento en la vía intentada⁽¹²⁶⁾, o privan injustificadamente del derecho de probar y alegar; o declaran la caducidad de instancia omitiendo considerar el sentido último (y la justificación) del instituto de la perención; o incurrir en excesivo rigor al evaluar el cumplimiento de las formalidades por las partes (sobre todo, cuando existen circunstancias que exigen una apreciación distinta⁽¹²⁷⁾), o, en síntesis, omiten “encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que la incorrecta utilización de las formas pueda conducir a la frustración” de derechos fundamentales⁽¹²⁸⁾.

VII. Las arbitrariedades procedimentales: “This is the way”

Hemos visto que las arbitrariedades pueden originarse tanto en la violación de normas sustantivas (reglas o principios) como en la inobservancia de las reglas de la argumentación. Corresponde que nos ocupemos ahora de esta segunda categoría, que expresa el estatus normativo de las reglas procedimentales, elaboradas tanto por la filosofía jurídica como por la jurisprudencia⁽¹²⁹⁾, y cuya violación

da lugar a la clásica interpretación “inconstitucional”⁽¹³⁰⁾, que es la que desborda el límite de las “posibilidades interpretativas”⁽¹³¹⁾.

Si bien pueden pensarse diversos criterios de clasificación de las reglas de la argumentación (entre los cuales se destaca la distinción *alexiana* entre reglas monológicas y no-monológicas⁽¹³²⁾, a la cual podríamos agregar la clasificación de las reglas argumentativas en función de su objeto⁽¹³³⁾), a los fines de nuestro trabajo basta con proponer una tríada en función de la naturaleza que exhiban tales reglas, por lo que distinguimos entre reglas lingüísticas, lógicas y axiológicas, cada una de las cuales da lugar a una categoría o clase de arbitrariedad.

A) Arbitrariedades lingüísticas

Una de las notas del discurso jurídico es que, en cuanto discurso, se expresa necesariamente a través de palabras y, con ello, siempre implica un uso del lenguaje. La argumentación es, entonces, un asunto inevitablemente lingüístico (aunque no solo ello), que tiene que ver con la determinación del sentido de ciertos textos (normativos y no-normativos)⁽¹³⁴⁾ a fin de producir otros textos (los discursos justificatorios del juez, en lo que aquí nos interesa), actividades que están sujetas a reglas de cuya inobservancia resultan distintas categorías de arbitrariedades, de las cuales mencionaremos las más corrientes:

i) Prescendencia del texto: en sintonía con un viejo canon hermenéutico –“*a verbis legis non est recedendum*”⁽¹³⁵⁾–, la regla básica en la interpretación de textos normativos es que no pueden ser interpretados de manera tal que parte de estos queden sin uso o sin significado⁽¹³⁶⁾, regla que implica, entre otros aspectos, el deber de prestar específica atención a expresiones de la ley que revelan ciertos criterios interpretativos, como cuando el legislador apela a términos tales como “únicamente” o “solamente”, que obligan a aplicar la regla *expressio unius est exclusio alterius*.

Del mismo modo, tampoco corresponde atribuirle a un precepto un sentido sin antes haber considerado todo el documento normativo (por ejemplo, una ley, una constitución)⁽¹³⁷⁾, pues bien puede ocurrir que otro precepto corrija la interpretación dada al precepto examinado en solitario: este “*Whole-Text Canon*”⁽¹³⁸⁾ representa la “*paramount rule*” de la interpretación textual⁽¹³⁹⁾, que ha

cuestión del método de interpretación es problema de orden científico, que sólo en condiciones excepcionales puede dar lugar al recurso extraordinario”.

A la luz de la praxis jurisprudencial cabe afirmar que resulta dudoso que este *dictum* conserve vigencia, pues en definitiva con el pasar de los años la misma Corte Suprema se ha encargado de ir elaborando un catálogo de “pautas interpretativas”, indicando a los jueces cómo deben operar con las fuentes del derecho. Para decirlo en palabras de The Mandolorian, al exponer sus modos de interpretar también ella nos está diciendo “*This is the way*” (por ejemplo, cuando invoca informes del Comité de Derechos Humanos, o del Comité de los Derechos del Niño, etc.).

(130) Fallos: 229:599.

(131) Como decía Juan F. Linares en un trabajo publicado en 1949 bajo el título “El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 27, p. 222.

(132) Alexy, Robert, “Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft”, en Alexy, Robert y Dreier, Ralf, *Rechtssystem und praktische Vernunft. Verhandlungen des 15. Weltkongresses der Internationalen Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie (IVR) in Göttingen, August, 1991*, Franz Steiner, Stuttgart, 1993, pp. 11/29.

(133) Así podríamos distinguir entre reglas de argumentación con tratados, con constituciones, con leyes, con precedentes.

(134) Así, entre los textos normativos, cabe mencionar por ejemplo a las leyes, los precedentes, etc., cuyos supuestos de hechos y consecuencias jurídicas cabe establecer; entre los textos no-normativos, pensemos en las obras científicas y filosóficas desde las cuales se conoce el derecho, y que representan el marco desde el cual debe buscarse la respuesta concreta.

(135) 5 Coke 118.

(136) Véase, Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable...*, p. 101.

“Es doctrina de esta Corte que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se presumen (Fallos: 306:721; 307:518), por lo cual las leyes deben interpretarse (...) computando que los términos empleados en la misma no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos” (Fallos: 314:1256 [1992]); también, Fallos: 200:165; 304:1795; 314:458; 316:2732; 326:1778 y 2390; 338:488.

(137) Digesto, I, 3, 24 (Celsus): “*In civile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare, vel respondere*”.

(138) Scalia, Antonin y Garner, Bryan A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul/Minn., Thomson/West, 2012, p. 167.

(139) “*Before coming to any conclusion about the meaning of a text, read the entire document, not just the particular provision at issue (...). Often a later provision will reveal that the earlier provision must bear a particular meaning*” (Scalia, Antonin y Garner, Bryan A., *Making Your Case. The Art of Persuading Judges*, St. Paul, Minn., Thompson/West, 2008, p. 44).

(118) Lo cual determina la existencia de “impedimentos lógicos” para el dictado de una decisión (véase al respecto Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, Buenos Aires, EJEA, 1959, vol. II, p. 150).

(119) Fallos: 341:1439. En su disidencia en “*Veloso*”, del 21 de junio de 2018, el juez Rosenkrantz aludió al supuesto de arbitrariedad configurado “cuando por vía de aclaratoria se alteran aspectos fundamentales de un fallo (Fallos: 244:126; 328:758; 329:2575)”.

(120) Por ejemplo, véanse Fallos: 313:528; 318:2047; 336:242; 339:1567; 342:1336, entre otros.

(121) Fallos: 329:838.

(122) Cfr. “*Colalillo*”.

(123) Fallos: 333:405.

(124) “*Zeitlin de Teitelman*” (CSJSF, R. A. y S., t. 210, p. 49 [2005]).

(125) CSJN, “*Círculo Odontológico de Jujuy*”, del 23 de junio de 2015, C. 1088. XLIX. REX.

(126) Hipótesis de “indebida dilación” que se verifican por lo común cuando el juez de la ejecución remite ciertas defensas al “juicio declarativo posterior”, o el juez del amparo apela dogmáticamente a la necesidad de “mayor debate y prueba en las vías ordinarias”.

(127) “Median evidentes razones de justicia y equidad que hacen que deba darse prioridad al derecho de defensa y evitar todo exceso ritual manifiesto que conlleve a la frustración de una legítima expectativa del litigante en desmedro de la verdad objetiva, si las circunstancias de la causa y los motivos expresados por la recurrente que presentó el recurso de hecho un minuto después de las dos horas del día hábil inmediato posterior al vencimiento del plazo de cinco días justifican hacer excepción a los principios de perentoriedad de los plazos procesales (art. 155 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)” (disidencia de los jueces Moliné O’Connor y López en “*Cantera Timoteo S.A. c/ Mybis Sierra Chica S.A. y otros*”, Fallos: 326:3895 [2003]).

(128) Fallos: 332:1394.

(129) Al respecto la Corte señaló en el lejano precedente de Fallos: 235:109 que no hay arbitrariedad por apartamiento “de la doctrina de interpretación preconizada por ciertos antecedentes de la Corte. La

sido destacada por la Corte argentina con respecto a la ley al hablar de la necesidad de considerar la totalidad de los preceptos que la integran⁽¹⁴⁰⁾.

ii) Apartamiento injustificado del lenguaje ordinario: la segunda regla de racionalidad lingüística es la de “preferencia *prima facie* del lenguaje ordinario”⁽¹⁴¹⁾, según la cual a las palabras no se les puede asignar en principio un significado que se aparte del que tienen en el lenguaje ordinario, y todo apartamiento debe ser justificado⁽¹⁴²⁾; por ello, resulta arbitraria una interpretación que se aparte del “entendimiento común”⁽¹⁴³⁾ y del sentido que tienen las palabras “en la vida diaria”⁽¹⁴⁴⁾.

iii) Apartamiento del significado legal, filosófico o científico de los términos empleados en la norma: como excepción al canon analizado precedentemente corresponderá apartarse del “sentido corriente” de las palabras cuando estas tengan un significado específicamente jurídico⁽¹⁴⁵⁾ (lo que Aarnio denomina “privilegio de la terminología técnica”⁽¹⁴⁶⁾). Esto implica atender, en primer lugar, a las “definiciones legales”⁽¹⁴⁷⁾ y a jurisprudenciales⁽¹⁴⁸⁾, pero también supone considerar las respuestas de la doctrina en cuanto expresión de la ciencia y la filosofía jurídicas, que no valen solo como “*argumentum ab auctoritatem*”⁽¹⁴⁹⁾: cabe pensar, en tal sentido, en el papel de la dogmática como uno de los límites del discurso jurídico⁽¹⁵⁰⁾, y en la necesidad de ingresar en reflexiones filosóficas a la hora de pensar conceptos morales como el de dignidad, libertad o, incluso, “bien común”⁽¹⁵¹⁾.

iv) Prescindencia de la equidad: como sabemos, la interpretación de los textos jurídicos tiene un sentido práctico, y no constituye un puro ejercicio teórico; “su

fin no es la aprehensión del estilo auténtico con vistas a su contemplación intelectual, sino la determinación de la regla de comportamiento sin la cual la acción no puede ser realizada correctamente”⁽¹⁵²⁾. Por ello, a pesar de ocasionales referencias en dirección contraria⁽¹⁵³⁾, la Corte ha insistido en afirmar que “la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley”⁽¹⁵⁴⁾, y que resulta arbitrario –por “ritualista”– el excesivo apego a dicha letra⁽¹⁵⁵⁾, debiendo atenderse a la finalidad de aquella, tal como enseñaba el Estagirita al hablar de la *epieikeia*⁽¹⁵⁶⁾.

Este recurso a la equidad, con todo, demanda el cumplimiento de una especial carga de argumentación, pues no puede dejar de señalarse el fino límite que en la práctica existe entre la “aplicación equitativa”, que confiere fundamento válido a la decisión, y el juicio derivado de la mera subjetividad, que se encarnaba paradigmáticamente en el “*bon juge* Magnaud”⁽¹⁵⁷⁾ (y que supone arbitrariedad, pues implica la prescindencia injustificada de la ley aplicable), cobrando así importancia decisiva la presencia de otros argumentos que refuercen la conclusión de que la corrección legal es una exigencia de la “naturaleza de las cosas”⁽¹⁵⁸⁾. Nada distinto ha exigido la Corte Suprema en la causa “*Licanic*”⁽¹⁵⁹⁾, al descalificar un pronunciamiento en razón de haberse apartado de la norma que regía el caso sin una “mínima argumentación seria”, afirmando entonces que “los motivos de equidad subjetivamente apreciados no pueden servir de pretexto para que los jueces dejen de aplicar las normas legales cuya sanción y abrogación está reservada a otros poderes del Estado”⁽¹⁶⁰⁾, lo cual importa un claro rechazo a las apelaciones “mágicas” a la equidad, que no pueden subsanar (e incluso “profundizan”) la arbitrariedad de las sentencias que presentan “graves falencias de fundamentación”, tal como se comprueba en la reciente causa “*Codapri S.A.*”⁽¹⁶¹⁾, donde el tribunal señala que tal invocación “no es más que un fundamento aparente que pretende sustentar una decisión basada en la sola voluntad de los jueces”.

v) ¿Interpretaciones contrarias a la voluntad del legislador o del constituyente?: si bien existen precedentes que, con claras reminiscencias de von Savigny⁽¹⁶²⁾, han declarado que “la primera regla consiste en respetar

[140] Fallos: 313:1074.

[141] “*Privilege of ordinary language*”, en la terminología de Aarnio (Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable...*, p. 101).

[142] “*Ordinary-meaning canon*”, Scali, Antonin y Garner, Bryan A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts...*, p. 69.

[143] Fallos: 262:60.

Fallos: 318:1428, voto de los jueces Petracchi y Bossert: “un consolidado principio de interpretación de las leyes establece que las palabras que usa el legislador deben ser entendidas con sus significados habituales, a menos que el legislador decida apartarse de dichos significados corrientes. En este último supuesto, el legislador debe indicar, de alguna manera, cuándo ha usado un término con un significado diferente del habitual. Puesto que si no realizara dicha indicación, no hay por qué apartarse del mencionado significado corriente de las palabras. La razón de este principio de interpretación se funda en que uno de los fines principales del legislador al dictar normas es el de inducir ciertas conductas que considera deseables. Este efecto en el comportamiento del destinatario de la ley presupone que este entiende el ‘mensaje’ que el legislador ha plasmado en la norma. Y, para ello, es imprescindible que exista un lenguaje común al emisor y al receptor –en el caso, al legislador y a los destinatarios de las leyes–”.

En el mismo sentido, Fallos: 320:74, voto del juez Petracchi: “un consolidado principio de interpretación establece que las palabras utilizadas en la ley deben ser entendidas con los significados que habitualmente se les atribuye en la comunidad en la que dicha ley ha de regir. Y ello es así excepto que los legisladores hayan decidido apartarse de tales significados corrientes y además, hayan señalado de modo inequívoco esta decisión. Esta tesis se funda en que –tal como expresó esta Corte en el precedente ‘Alejandro Bianchi’– ‘[...] no es probable que [los miembros del Congreso] hayan buscado alguna significación obscura o abstrusa de las palabras empleadas [en las leyes], sino más bien que se las haya aceptado en el sentido más obvio al entendimiento común en la colectividad que han de regir; conf. Willoughby, W.W., ‘The Constitutional Law of the United States’, tomo 1º, p. 54”.

[144] Fallos: 320:389.

El precedente de Fallos: 334:565 contiene un buen ejemplo de este canon, al destacar la arbitrariedad de un pronunciamiento en razón de incluir en el concepto de “recursos naturales” a un meteorito!

[145] Así, entre muchos otros, *Will v. Michigan Department of State Police* (491 U.S. 58 [1989]).

[146] “*Privilege of technical terminology*” (Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, cit., p. 101).

[147] Por ejemplo, el artículo 77 del Código Penal.

[148] Pensemos en el concepto de “huelga” tal como aparece delineado por la Corte Suprema de Justicia en el caso *Orellano* (Fallos: 339:760 [2016]). Véanse también Fallos: 337:354, referido al concepto de “secuela del juicio”.

[149] Así, en “*Saseteru*” (Fallos: 306:1472), la Corte dijo que “si el texto legal aplicable permite al intérprete un amplio marco de decisión, como en el caso, el aludido requisito de objetividad solo se cumple si la articulación del *dictum* remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no inculme a los magistrados judiciales pronunciarse. Por eso un fallo que, como el recaído en la especie, no se adecua a la ley en su ineludible vinculación con los principios de la doctrina y de la jurisprudencia relacionados, a su vez, con el caso a decidir, satisface solo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa, lo que impone su descalificación como acto judicial”.

[150] A que alude Alexy al exponer su “tesis del caso especial”, ya aludida.

[151] Así, “*Alitt*” (Fallos: 329:5266 [2006]).

[152] Kalinowski, Georges, “*Philosophie et logique de l’interprétation en Droit*”, en *Archives de Philosophie du Droit*, N° XVII, Paris, Sirey, 1972, p. 45.

[153] Como cuando destaca que “cuando los términos de la ley son claros, no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos, so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación” (Fallos: 213:405), que “la sentencia que se arroga la facultad de modificar a sabiendas la ley, es violatoria del principio de división de los poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional. Esa violación no se justifica con el argumento de que la ley es anticuada y no satisface las exigencias de justicia que tuvo originariamente en vista. El Poder Judicial es órgano de interpretación y aplicación de la ley, no de su derogación o reforma” (Fallos: 234:310), o que “no puede dejarse de aplicar una ley cuyo texto es claro y preciso, por la consideración de los perjuicios a que se supone que pueda dar lugar su aplicación” (Fallos: 8:399, del 19 de febrero de 1870).

[154] “*Vera Barros*”, Fallos: 316:3043. Antes, “*Saguir y Dib*”, Fallos: 302:1284.

[155] *Ibidem*. En similar dirección ha dicho que “la potestad jurisdiccional no se agota en la aplicación mecánica de las normas”, “*Cúneo Libarona*”, Fallos: 315:105 (1992).

“Numerosos y cotidianos son los supuestos en que resulta necesario que el juez se aparte de las palabras de la ley, para aplicar la norma con auténtico sentido de justicia y recto juicio prudencial en los casos concretos, toda vez que estos son particulares y contingentes, y por su indeterminación y multiplicidad no son siempre susceptibles de ser abarcados en su totalidad cuantitativa ni en su tipicidad cualitativa por la previsión del legislador” (Fallos: 322:1699; 323:212).

[156] Véase Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, 1137a32; también Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 120, a. 1.

[157] Paul Magnaud fue presidente del tribunal de Château-Thierry. No podemos ocuparnos aquí de un juicio crítico –en general, negativo– sobre las sentencias de este magistrado, que se caracterizó por la parcialidad de sus decisiones, pero que a pesar de ello sería llamado –primero por Clémenceau– como el “buen juez”.

[158] Como lo observa Coing cuando escribe, con referencia a la diferenciación que hace el juez por razón de justicia, que la misma “tiene que poseer un fundamento objetivo: tiene que resultar de la cosa misma, y no debe ser puesta arbitrariamente por el hombre” (Coing, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 130).

[159] Fallos: 324:2801.

[160] Véase, también Fallos: 306:783; 313:634; 315:727; 322:1017; 324:2169.

[161] Fallos: 348:452.

[162] Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp., 1840, erster Band, pp. 213 y ss.

Lo mismo puede leerse, aunque sin la cita de von Savigny, en el voto del juez Moliné O’Connor para la causa “*Moschini*” (Fallos: 317:779), considerando 6º.

la voluntad del legislador, a cuyo fin cabe estar a las palabras que ha utilizado⁽¹⁶³⁾, llegando a sostener la arbitrariedad de una sentencia que aplica la norma “no como fue concebida por el legislador, a cuya intención debe darse pleno efecto⁽¹⁶⁴⁾ (tesis que, llevada al extremo, conduciría a afirmar la obligatoriedad de considerar los “*travaux préparatoires*”), resulta en definitiva dudoso que pueda defenderse seriamente la invalidez de una interpretación que se aparte de la “*voluntas legislatoris*”, e incluso de la “intención del constituyente” (más allá de que Aristóteles al exponer sus ideas sobre la equidad haya apelado precisamente a esa intención del legislador para justificar la rectificación del texto legal).

Ello es así toda vez que la “finalidad” de la norma⁽¹⁶⁵⁾ no necesariamente debe buscarse en las voluntades de los que la crearon, no solo porque han de considerarse “las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad⁽¹⁶⁶⁾ (por lo que es inadecuado adoptar “una exégesis estática, referida a las circunstancias de la sanción de la ley⁽¹⁶⁷⁾, idea que también se aplica a la Constitución⁽¹⁶⁸⁾), sino porque hasta puede ocurrir que esa voluntad histórica no exista⁽¹⁶⁹⁾, como se ha encargado de evidenciarlo en el ámbito estadounidense la crítica al originalismo, rechazando la idea del constituyente como un “escritor” que todo lo habría previsto⁽¹⁷⁰⁾, y postulando en su lugar que “*the text is kind of a living thing*”⁽¹⁷¹⁾.

vi) Violación a la exigencia de claridad lingüístico-conceptual: pensando finalmente en las arbitrariedades propias de los textos “elaborados por el juez”, cabe aludir al canon de claridad lingüístico-conceptual⁽¹⁷²⁾, bien presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha destacado “el principio según el cual los fallos judiciales deben estar dotados de claridad y coherencia suficientes para permitir a los justiciables tomar acabado conocimiento de las razones que motivaron su dictado⁽¹⁷³⁾, lo cual requiere “evitar la congestión de argumentos y el espesamiento del lenguaje usado en forma negligente” y un esfuerzo “en la búsqueda de expresiones necesarias, exactas, concisas, compactas, entendibles y memorables⁽¹⁷⁴⁾.”

Es decir que para el juez también juega la exigencia de “*clare loqui*” (cuya violación respecto del actor habilita la clásica excepción de “oscuro libelo”), pues en definitiva una fundamentación que no se desarrolla con claridad no es una verdadera fundamentación.

B) Arbitrariedades lógicas

Resulta bien conocida la afirmación de Oliver W. Holmes al comenzar a escribir *The Common Law*: “la vida

(163) Fallos: 323:3215; véase también Fallos: 317:779. En “*Saffores de Doumeq*” (Fallos: 184:5 [1939]) se lee: “la primera regla de interpretación de las leyes es dar cumplido efecto a la intención del Poder Legislativo. Ordinariamente esa intención fluye de las palabras empleadas para expresar aquella y cuando estas son claras la tarea del intérprete se reduce a una cuestión idiomática o de lenguaje (...)”.

De todas maneras, también ha advertido que “el respeto a la voluntad del legislador no requiere la admisión de soluciones notoriamente injustas, incompatibles con el fin común a la tarea legislativa y judicial, de la determinación de principios acertados para la adjudicación del derecho de los litigantes” (Fallos: 262:236).

(164) Fallos: 313:1074.

(165) Véase el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(166) “*Kot*”, Fallos: 241:291.

(167) Fallos: 256:588.

(168) Clásicamente, “*Peralta*” (Fallos: 313:1513 [1990]).

(169) Aarnio, Aulis; Alexy, Robert y Peczenik, Alexander, *The Foundation of Legal Reasoning, Rechtsstheorie* 12 (1981), Berlin, Duncker & Humblot, p. 434.

(170) Una ficción denunciada por Sunstein al hilo de su cita de un reportaje a George Lucas, en el cual este reconoce que al comenzar a escribir *Star Wars* no se imaginaba que Darth Vader llegaría a ser el padre de Luke (la mítica escena del “*I Am Your Father*”), aunque también pide que “no se lo digan a nadie” (*Don't tell anyone*) (Sunstein, Cass R., *The World According to Star Wars*, New York, Dey Street, 2016, pp. 9 y ss.).

(171) Para decirlo con las palabras del profesor Bill Dobson, al defenderse de las acusaciones contra él en el capítulo 6 de “*The Chair*” (2021).

Como decía Holmes, “*we do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means*” (Holmes, Oliver W. [jr.], “*The Theory of Legal Interpretation*”, 12 HLR [1899], pp. 417/420, en p. 419).

(172) “*Sprachlich-begrifflicher Klarheit*” (véase Alexy, Robert, *Nachwort* [1991]: Antwort auf einige Kritiker, en el mismo, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurs als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt/M., Suhrkamp Verlag, 2001, p. 401).

(173) Fallos: 322:444.

(174) Fallos: 324:2133, voto del juez Petracchi.

del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia⁽¹⁷⁵⁾. A pesar del peso que tienen esas palabras a la hora de impugnar el reduccionismo logicista, es innegable que ellas solo resultan parcialmente ciertas, pues a pesar de la necesidad de la experiencia (sin la cual es prácticamente imposible el juicio prudencial), en definitiva todo razonamiento jurídico “en tanto que es razonamiento, depende de la lógica⁽¹⁷⁶⁾.”

En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia ha hablado de la sentencia como el resultado de una “operación lógico-jurídica⁽¹⁷⁷⁾, y ha invalidado decisiones que exhiben defectos lógicos, tanto si ellos corresponden al campo de la “lógica del derecho” (que atiende sobre todo al sistema jurídico y su estructura) como si pertenecen al de la “lógica de los juristas⁽¹⁷⁸⁾ (que se ocupa del razonamiento jurídico).

Así, con relación al primero, cabe mencionar i) la “*interpretación asistemática*”, que se verifica cuando los jueces al interpretar una norma dejan de considerar “el resto del ordenamiento jurídico⁽¹⁷⁹⁾, omitiendo su “visión de conjunto” (o “*Zusammenschau*”)⁽¹⁸⁰⁾: “la sentencia implica una operación de adjudicación jurídica, requisito este que, por cierto, no se circunscribe a la cita de uno o varios textos positivos aislados; antes bien, la idea de ordenamiento normativo, lleva en sí misma una visión integradora de fuentes diversas, atravesada siempre por los principios fundamentales del derecho, y las garantías constitucionales; y, con ellos, por la producción jurídica internacional en el campo de los derechos fundamentales⁽¹⁸¹⁾.”

Se trata, como puede verse, del mismo defecto que hemos considerado al hablar de las arbitrariedades por prescindencia de normas aplicables, aunque aquí examinado desde la perspectiva de la unidad del sistema jurídico, nota que obliga a volver la mirada una vez más –entre otras pautas– a la apuntada necesidad de considerar el “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*)⁽¹⁸²⁾ de los principios constitucionales, que deben guiar la operación con las normas legales (sobre todo cuando ellas resulten vagas, oscuras o ambiguas⁽¹⁸³⁾) y, en definitiva, a la estructura escalonada del sistema jurídico (la “*Stufenbau*” de Merkl)⁽¹⁸⁴⁾.

Tal interpretación asistemática también se materializa cuando en la labor hermenéutica se asigna a las normas “un sentido que ponga en pugna sus disposiciones –des-

(175) “*The life of the law has not been logic: it has been experience*” (Holmes, Oliver Wendell [jr.], *The Common Law*, Little, Brown & Co., 1881, p. 1).

(176) Kalinowski, Georges, “*Philosophie et logique de l'interprétation du Droit*”, N. XVII, Sirey, Paris, 1972, p. 46.

“Si pretende racionalidad, el derecho no puede prescindir de la lógica, pues no podríamos pensar sin seguir sus reglas” (véase Whitcross Patton, George, *A Text-Book of Jurisprudence*, Oxford, The Clarendon Press, 1946, p. 154).

Corrigiendo a Holmes, aunque sin mencionarlo, los jueces Barra, Fayt y Cavagna Martínez señalarían en su voto concurrente en “*Vera Barros*” que “el derecho no es solo lógica, sino también experiencia, entendiendo por tal la comprensión del sentido último que anida en cada caso”.

(177) “*Baca Castex*” (Fallos: 323:1374 [2000]).

(178) Sobre esta distinción véase Bobbio, Norberto, *Derecho y Lógica*, Centro de Estudios Filosóficos, México, UNAM, 1965, cuaderno 18, p. 23, distinción también presente, aunque con matices diversos, en Tammelo –quien hablaba de “*Logik der Juristen*” y “*Logik des Rechts*”– (véase, Tammelo, Ilmar, “*La logica guiridica oggi e domani*”, en I. Tammelo/I. Tebaldeschi [eds.] *Studi di logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 50); y en Kalinowski –quien diferenciaba entre “lógica de las normas” y “lógica jurídica”– (Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, pp. 67 y ss. y 145 y ss.).

(179) Fallos: 308:2475; 320:2201.

(180) “Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere” (Fallos: 241:227; 244:129; 262:283; 283:239, etc.). En la interpretación de las leyes –también ha dicho la Corte– “se debe computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:111)” (Fallos: 316:2695).

(181) Fallos: 332:1394.

(182) Lüth, BVerfGE 7, 198 (1957).

(183) En tal sentido sigue siendo obligada la referencia al voto disidente del juez Petracchi en “*Comunidad Homosexual Argentina*”, Fallos: 314:1453.

(184) Al respecto me remito a mi trabajo “Concepto del Derecho y estructura del sistema jurídico. Una reflexión crítica sobre la actualidad del paradigma kelseniano”, en Sieckmann, Jan y Clérico, Laura (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad del Externo de Colombia, 2012, pp. 145/198.

truyendo las unas por las otras—⁽¹⁸⁵⁾, omitiéndose la necesaria armonización, o cuando esta se pretende realizar con apartamiento de las reglas que rigen la solución de antinomias normativas, que —cuando se trata de un *conflicto de reglas*— no son otras que los bien conocidos criterios de jerarquía (“*lex superior derogat legi inferiori*”), temporalidad (“*lex posterior derogat legi priori*”⁽¹⁸⁶⁾), especialidad (“*lex specialis derogat legi generali*”⁽¹⁸⁷⁾) y competencia⁽¹⁸⁸⁾.

Por otro lado, y desde la perspectiva de la lógica de los juristas, es claro que el “correcto entendimiento judicial” depende de la observancia de “las reglas de la lógica y la experiencia”⁽¹⁸⁹⁾, por lo que si el fallo exhibe “deficiencias lógicas del razonamiento”⁽¹⁹⁰⁾ o incurre en “severas fallas lógicas”⁽¹⁹¹⁾, en virtud de resultar “manifiestamente contraria” a aquellas reglas⁽¹⁹²⁾, carecerá de validez como acto jurisdiccional⁽¹⁹³⁾.

Esto implica asegurarse en cada caso que la sentencia represente una “unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva no sea sino la conclusión final y necesaria de los presupuestos fácticos y normativos” enunciados en los considerandos⁽¹⁹⁴⁾. La arbitrariedad aparecerá, en consecuencia, cuando medie ii) *ausencia de estructura silogística válida*, que resulta necesaria pues “toda decisión judicial debe comenzar mediante la delimitación de los hechos y su subsunción en la norma jurídica aplicable”⁽¹⁹⁵⁾, de suerte tal que es inválido el fallo que arriba a conclusiones que no se derivan de las premisas⁽¹⁹⁶⁾ (“*think syllogistically*”, reclamaban Scalia y Garner)⁽¹⁹⁷⁾, o que presente un silogismo autocontradictorio donde la conclusión es contraria a las premisas sentadas⁽¹⁹⁸⁾, lo cual materializa la violación al principio de coherencia⁽¹⁹⁹⁾, que “es particularmente exigible a los actos judiciales, entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes”⁽²⁰⁰⁾; y

(185) Fallos: 278:62; 312:1614; 313:1293; 330:304.

(186) “Tratándose de leyes sucesivas, que legislan sobre la misma materia, la omisión en la última de disposiciones de la primera, importa seguramente dejarlas sin efecto, cuando la nueva ley crea —respecto de la cuestión de que se trata— un sistema completo, más o menos diferente de la legislación antigua, no sería prudente en tales condiciones [dice Demolombe, tomo I de la publication, etc. n.º 128] alterar la economía y la unidad de la ley nueva mezclando a ella disposiciones, quizás heterogéneas, de la ley anterior, que ella ha reemplazado” (Fallos: 182:392 [1938]).

(187) Criterio que puede entrar en colisión con el cronológico, cuando se trata de una ley anterior especial y una ley posterior general, prevaleciendo el criterio de que “*lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*” (así, Merkel, Adolf, *Juristische Enzyklopädie*, 6a. ed., Berlin und Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger Walter de Gruyter & Co, 1920, p. 152), tal como se lee en el viejo precedente de Fallos: 150:147 (1926): “la doctrina y la jurisprudencia han sentado como norma de interpretación que una ley general no es nunca derogatoria de una ley o disposición especial, a menos que aquella contenga alguna expresa referencia a esta o que exista una manifiesta repugnancia entre las dos hipótesis de subsistir ambas” (con cita de 185 U.S. 88, y de Blackstone); también Fallos: 150:150 [1927]. Por su parte, en Fallos: 306:838 se dirá que “la ley general no deroga a la ley especial anterior salvo expresa abrogación o manifiesta incompatibilidad” (fórmula reiterada en Fallos: 319:2594).

(188) Que encuentra su principal campo de acción en Estados federales: pensemos en un conflicto entre normas sancionadas por el constituyente o el legislador provincial y normas de fondo sancionadas por el Congreso Nacional conforme al artículo 75, inciso 12, CN: en ese supuesto, el criterio será respetar la distribución de competencias diseñada por el constituyente e invalidar la norma dictada en violación a la misma, tal como se advierte por ejemplo en la causa “*Banco del Suquia c. Tomassini*” (Fallos: 325:428 [2002]); véase también Fallos: 326:3899; 327:887 y 2631; 342:1903, entre otros.

Sobre el punto véase, Alexy, Robert, “*Rechtssystem und praktische Vernunft*”, p. 408.

(189) Fallos: 310:2091; 314:685; 316:1877; 321:382 y 2990.

(190) Fallos: 326:1458.

(191) Fallos: 338:623.

(192) Fallos: 319:1266.

(193) En el mismo sentido, Fallos: 313:62; 325:284; 339:499.

(194) Fallos: 320:985 (véanse también Fallos: 308:732; 314:1633; 324:547 y 2210; 342:1637; 344:1266).

(195) Fallos: 332:1835.

(196) Por ejemplo, Fallos: 308:1160; 321:2904; 323:407.

(197) Scalia, Antonin y Garner, Bryan A., *Making Your Case. The Art of Persuading Judges*, p. 113.

(198) “*Kodama*”, Fallos: 320:613. También, Fallos: 314:1366; 332:1394.

(199) “*Kein Sprecher darf sich widersprechen*” (Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 234).

El primer principio autoevidente del razonamiento es el de no-contradicción, que prohíbe la incoherencia (Grisez, Germain; Boyle, Joseph y Finnis, John, “*Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 32, 1987, p. 119).

(200) Fallos: 327:931, con cita de Fallos: 307:146.

Así, por ejemplo, en Fallos: 332:1394, la Corte dejó sin efecto un pronunciamiento en cuya “construcción argumental” se observaba que, luego de sentar las pautas para resolver el caso, el tribunal “vira en la línea argumentativa” y adopta una decisión que “desatiende abier-

también cuando la sentencia iii) *presente argumentos o premisas incompatibles*⁽²⁰¹⁾ o iv) exhiba una *contradicción entre los considerandos y la parte dispositiva*, olvidando que esta “no es sino la conclusión final y necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación”⁽²⁰²⁾.

C) Arbitrariedades axiológicas

El último capítulo de las arbitrariedades se vincula con las incorrecciones que resultan de la operación con “principios”, cuando se omite tomar nota de la necesidad de su optimización en los casos concretos, exigencia que resulta de su naturaleza de normas que —como hemos visto— expresan “valores” o “bienes” que en cuanto tales deben ser realizados “en la mayor medida posible” (para emplear la conocida fórmula *alexiana*).

Estas incorrecciones (que podrían ser denominadas genéricamente como “omisión de optimización de principios”) se materializan cuando la respuesta concreta consagra o convalida afectaciones “desproporcionadas” de derechos⁽²⁰³⁾, sea por la vía de restricciones arbitrarias, sea por la vía de omisiones de las mejores acciones positivas disponibles.

En el primer caso se vulnera la prohibición de restricciones excesivas (*Übermaßverbot*), dejándose de lado los “límites para la limitación” de derechos (los “*Schranken-Schranken*”); y en el segundo caso se viola la prohibición de infravaloraciones (*Untermaßverbot*), omitiéndose las acciones disponibles necesarias para garantizar que un derecho se realice en la mayor medida posible (lo cual se aplica no solo a los clásicos derechos de defensa, sino también a los derechos a prestaciones como el derecho a un mínimo vital, a una “pensión mínima adecuada”⁽²⁰⁴⁾, a una vivienda digna⁽²⁰⁵⁾).

En ambos casos la categoría procedimental común es el “principio de proporcionalidad”, cuyo estudio no podríamos emprender aquí, pero cuya necesidad como camino (el “*metà-hodós*” de los griegos) para decidir en casos de colisiones de principios (que es lo mismo que decir “casos de conflictos morales”) debe ser subrayada enfáticamente, en virtud de haber sido reconocida ampliamente en la literatura y en la jurisprudencia constitucional.

Bastará, pues, con insistir en que, si se quiere evitar la incorrección en este terreno, el juez ha de proceder realizando argumentativamente sucesivos “test” o “exámenes”, a partir de establecer inicialmente cuáles son los derechos o principios en juego (lo cual representa, si bien se mira, el primer paso para una respuesta correcta, que requiere evitar exclusiones arbitrarias⁽²⁰⁶⁾ e inclusiones injustificadas⁽²⁰⁷⁾), una labor que —cuando se trata de una restricción legal, y una vez salvada la cuestión de la vali-

tamente los principios rectores propios de este campo”, arribando a conclusiones “contradictorias con las premisas que él mismo propició”. Véase también Fallos: 340:1380.

(201) Véanse Fallos: 296:657; 297:280; 300:681; 301:338; 308:2172; 314:1144; 315:227.

En este supuesto corresponde estrictamente incluir el caso de ausencia de mayorías reales válidas por falta de concordancia de votos (así, Fallos: 308:2188, voto del juez Petracchi; 312:139 y 1500; 313:475; 316:1991; 329:4078; 332:826; 334:490; 338:693 y 1335; 342:1155; 343:506; 344:303, etc.), extremo que debe ser juzgado teniendo presente que dicha concordancia, si bien rechaza la posibilidad de la mera agregación de opiniones individuales sin coincidencia mayoritaria sustancial, tampoco requiere que las opiniones de todos los miembros del tribunal sean idénticas, con olvido de la naturaleza plural y deliberativa de esta clase de tribunales (véase al respecto Fallos: 326:1885; 342:2183; 343:2135, entre otros).

(202) Fallos: 320:985, voto de los jueces Fayt y Boggiano, con cita de Fallos: 304:590; 305:209 y 913; 307:112.

(203) Por ejemplo, en Fallos: 341:150: “resulta dogmático el fallo en cuanto señala un menoscabo de los principios de progresividad y proporcionalidad que protegen de la injerencia abusiva en la intimidad de las personas, en tanto no se indica qué factores determinarían la eventual posibilidad de recurrir a medios alternativos idóneos menos lesivos, además de los que ya se habían realizado (tarefas de campo, guardias, vigilancias, seguimientos y fotografías), ni refiere razón alguna que diera cuenta de que a pesar de los delitos que se trataban, no resultaría proporcional a su nivel de gravedad, el grado de intromisión que en su vida privada sufrirían los imputados”.

(204) Fallos: 338:1092.

(205) Fallos: 335:452.

(206) Del tipo que se verifica, como vimos, en “*F.A.L.*” al no considerarse la vida de la persona por nacer, sobre todo a la luz de lo que había resuelto la misma Corte Suprema de Justicia en “*Sánchez, Elvira*” (Fallos: 330:2304 [2007]).

(207) Así, por ejemplo, en *Auschwitzlüge* (BVerfGE 90, 241 [1994]), el Tribunal Constitucional Federal alemán se encargó de señalar que en el caso no se encontraba en juego la libertad de opinión, a pesar de lo que podría pensarse.

dez competencial y procedimental— implica determinar la existencia de “fin legítimo”⁽²⁰⁸⁾.

Una vez realizada esa precisión, corresponderá verificar si la restricción del principio es *idónea o adecuada* para realizar el otro principio (*examen de idoneidad*)⁽²⁰⁹⁾; si lo es, el segundo paso será determinar la *inexistencia de medios alternativos menos lesivos o gravosos (examen de necesidad)*⁽²¹⁰⁾. Si con este segundo examen no se supera la colisión, entonces se ingresa en el plano de la “ponderación”, que —en procura de maximizar la racionalidad, y con ello la legitimidad, de las decisiones referidas a principios⁽²¹¹⁾— Alexy ha estructurado a partir de su “fórmula del peso” (“*Gewichtsförmel*”), donde al grado de no satisfacción/restricción de un principio y al grado de realización/satisfacción del otro principio les añade las premisas del peso abstracto de los principios y de la seguridad de las premisas empíricas⁽²¹²⁾.

VIII. Conclusión

En época reciente⁽²¹³⁾, la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de señalar que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, circunstancia que impone el deber de exhibir un proceso argumentativo susceptible de control”, agregando que esta exigencia “como es evidente, trasciende el ámbito procesal, pues, en

(208) *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* [508 U.S. 520 [1993]]; “*Cine Callao*” (Fallos: 247:121 [1960]); “*Pedraza*” (Fallos: 337:530 [2014]); “*Castillo*” (Fallos: 340:1795 [2017]).

(209) Clásicamente, “*Arenzon*” (Fallos: 306:400 [1984]), sobre la exigencia de jaltura mínima para poder ejercer la docencia. También vale la pena mencionar “*Franco*” (Fallos: 325:2968 [2002]), referida a la edad como “categoría sospechosa” de discriminación: “La limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada”.

Véase, igualmente, Fallos: 334:799.

(210) “*Franco*” (Fallos: 325:2968): “si lo que se pretende es impedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad está suficientemente resguardada con otras normas”. Véase también “*Hooff*” (Fallos: 327:5118 [2004]); “*Gottschau*” (Fallos: 329:2986 [2006]); “*Gualtieri Rognone de Prieto*” (Fallos: 332:1835 [2009]); entre muchos otros.

(211) En “*Die Gewichtsförmel*” observa Alexy que “cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de las ponderaciones” (Alexy, Robert, “*Die Gewichtsförmel*”, en Jickeli, Joachim *et al.*, eds., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, De Gruyter, 2003, pp. 771/792).

(212) Completando una comprobación que puede detectarse entre nosotros en el conocido caso “*Nobleza Piccardo*” (Fallos: 338:1110 [2015]) sobre prohibición legal de publicidad de cigarrillos, donde la constitucionalidad de la normativa presupone que fumar es perjudicial para la salud y que la publicidad aumenta el consumo de cigarrillos.

(213) Fallos: 342:1261 [2019].

el marco de un sistema jurídico caracterizado, entre otros aspectos, por la pluralidad y complejidad de las fuentes del derecho, una fundamentación idónea de la sentencia tiene por finalidad garantizar el examen por parte de los justiciables de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto que ha realizado el sentenciante, como así también, desde una perspectiva constitucional, hacer posible un control democrático por parte de la sociedad sobre el ejercicio del poder jurisdiccional”⁽²¹⁴⁾.

En línea con estas observaciones, la presente contribución ha procurado simplemente reunir algunos criterios que —a la luz, paradójicamente, de las “malas sentencias”— ayuden a perfeccionar la labor de determinación del derecho en los casos concretos, poniendo sobre la mesa los aportes que el juez puede encontrar a partir de su apertura a las enseñanzas propias de la filosofía jurídica, que ofrecen un “camino seguro” a la hora de alcanzar respuestas correctas (es decir justificadas, es decir justas).

La doctrina de la arbitrariedad de sentencias nos ofrece, en tal sentido, un campo propicio para proyectar en la práctica todo el bagaje teórico propuesto desde las teorías de las fuentes del derecho, del sistema jurídico y de la argumentación jurídica. Es claro que estas pocas páginas no podrían pretender ni siquiera presentar un esquema completo del tema —algo que escapa incluso a las posibilidades de quien escribe—, pero sí ayudan a la *metanoia* judicial que se reclama con urgencia, y además alientan a ulteriores investigaciones, su objetivo estará sobradamente alcanzado. Y así representará también un homenaje digno para la persona de Néstor Pedro Sagüés, a quien —como lo hago a diario con mi papá— también quiero decirle con W. E. Henley, “*never good-bye*”⁽²¹⁵⁾.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PROCESO - PODER JUDICIAL - RECURSOS PROCESALES - LEY - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RECURSO EXTRAORDINARIO - DIVISIÓN DE PODERES - PODER EJECUTIVO - JURISPRUDENCIA - SENTENCIA ARBITRARIA

(214) Y concluye el punto: “Dicho estándar —que ahora recoge el artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación— por lo demás, también hace pie en la esencial unidad del orden jurídico, en la cual, derecho sustancial y proceso encuentran un vínculo indisoluble para su realización. En efecto, si el fin último del proceso es hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere (Fallos: 334:1691; 339:201, entre otros) resulta evidente que la decisión judicial que conecta el caso con el sistema, debe contener los criterios mínimos de la argumentación jurídica, es decir, justificar de qué modo se arriba a la solución a través de dicha concreción hermenéutica”.

(215) Henley, William Ernst, *Echoes of life and death*, Portland (Maine), Thomas B. Moyer, MDCCCXVIII, poema xlii, p. 54.