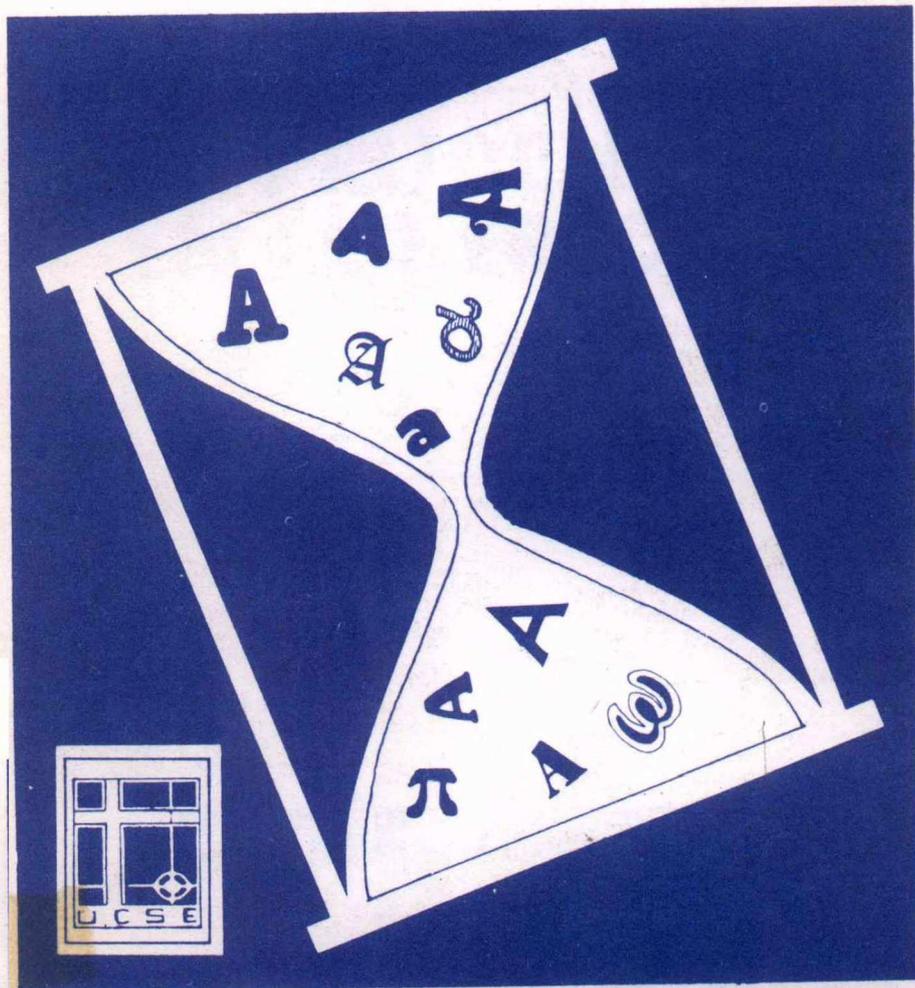


JULIO CESAR CASTIGLIONE

LA PRUDENCIA EN EL DERECHO



COLECCION HOMBRE Y TIEMPO



EDICIONES

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DEL ESTERO

JULIO CESAR CASTIGLIONE

**LA PRUDENCIA
EN EL DERECHO**

**EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD
CATOLICA DE SANTIAGO DEL ESTERO**

**LIBERTAD N° 321 - SANTIAGO DEL ESTERO
(Argentina)**

HOMBRE Y TIEMPO

Colección dirigida por LUCIANO BERETTA

Julio César Castiglione

TEORIA Y PRACTICA

Una meditación sobre el mundo moderno

Julio César Castiglione

LA PRUDENCIA EN EL DERECHO

Luciano Beretta

**MEDITACIONES SOBRE VALORES
Y DESVALORES DE LA SOCIEDAD
CONTEMPORANEA**

Luciano Beretta

**COMENTARIO AL DOCUMENTO
DE PUEBLA**

LA PRUDENCIA EN EL DERECHO

Capítulo I

Introducción

En la parábola del mayordomo infiel (Lucas 16-1) narra Cristo que un hombre rico tenía un mayordomo al que sus amigos lo acusaron como disipador de sus bienes. Y le llamó y le dijo: ¿Qué es esto que oigo de tí? Da cuenta de tu administración porque ya no serás más mayordomo. Entonces el mayordomo se dijo para sí: ¿Qué haré? Cavar, no puedo; mendigar, tengo vergüenza. Ya sé lo que haré para que cuando fuere privado de mi cargo la gente me reciba en sus casas. Y llamando a cada uno de los deudores de su señor dijo al primero: ¿Cuánto debes a mi señor? Y él dijo: cien barriles de aceite. Y le dijo: toma tu obligación y escribe cincuenta. Después dijo a otro: Y tú ¿cuánto le debes? Y él dijo: cien coros de trigo. Y le dijo: toma tu obligación y escribe ochenta. Y así con todos los demás. Enterado el señor lo que había hecho su mayordomo lo alabó por haber obrado discretamente. La parábola concluye con esta afirmación: “porque los hijos de las tinieblas son en sus negocios más sagaces que los hijos de la luz”.

Ahora bien: ¿fue el proceder del mayordomo prudente? Creo que la mayoría de las personas responderían afirmativamente. Y esto porque hoy en día, prudencia es sinónimo de viveza, habilidad, sagacidad, astucia para obtener lo que se persigue sin reparar en los medios. Como dice Pieper (1), la prudencia parece más emparentada con lo meramente útil, el “bonum utile”, que con lo noble, el “bonum honestum”. Se la entiende como la habilidad para lograr la propia conservación y provecho con total desinterés por el bien. Para el vulgo, prudente es el que sabe cuidarse de no pasar por el apurado trance de tener que ser valiente; es el táctico experimentado, hábil para eludir la acción del adversario; es el recurso de que se valen los que quieren llegar siempre tarde a los momentos de peligro (2), es el que nunca quiere correr riesgos por el bien de los otros.

Para Bulnow es prudente quien al obrar piensa en las consecuencias posibles, quien previene las dificultades que puedan salirle más tarde al paso... sólo ve su propia ventaja, no se pone innecesariamente en peligro (3).

Concepto

Pero no es éste el verdadero significado de la prudencia. Tampoco el otro significado que cayó en el descrédito que entendía por tal la simple cautela, cuando no una actitud de apocamiento o de temor excesivo, es decir, la pusilanimidad. Por el contrario, el concepto clásico de prudencia tal como fue entendido por la tradición griega y luego por Santo Tomás es muy diferente. Para él, la prudencia es una de las más excelsas virtudes.

Para Aristóteles “phronesis” es una virtud intelectual —porque recae sobre el intelecto— que habilita a la inteligencia para conocer el bien y el mal concretos, o sea, para decidirse acerca de los bienes y males que nos encaminan hacia la felicidad. Por su parte Santo Tomás la definió como la recta razón de lo operable o sabiduría en las cosas humanas (4). Esto significa que dirige la conducta del hombre hacia el bien, lo cual implica rectitud en el fin y en los medios. Pero la prudencia no se dirige al fin de las acciones, eso corresponde a la *sindéresis* o instinto del bien que hace discernir al hombre lo que es bueno y malo (5). Esta versa sobre los principios remotos que conocemos intuitivamente (por evidencia analítica) y de un modo imperativo. La prudencia, en cambio, recae sobre los medios rectos para lograr los fines. Luego, ella se ocupa de sacar de los principios que le suministra la *sindéresis* las conclusiones prácticas y *hacederas* aplicables a cada caso concreto de la vida. En consecuencia, la prudencia dispone al intelecto a conocer los medios más apropiados para la plenitud del ser humano. Y si por sabiduría se entiende el saber sobre las causas últimas, se explica por metonimia que la denomine sabiduría a la prudencia que es el saber en materia de “cosas” humanas que nos encaminan al último fin (6).

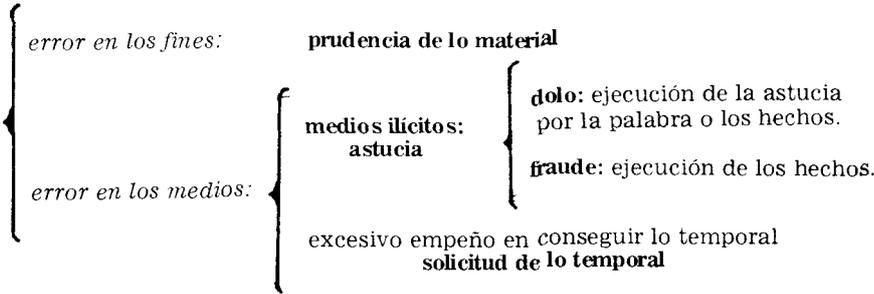
Pero la prudencia no se limita a determinar el medio recto, sino que también prescribe o manda la acción. No basta que las normas universales

de la *sindéresis* —sé razonable, respeta la vida ajena, no dañes sin razón, di la verdad— sean actuadas mediante normas singulares. Es necesario, además, cumplir o realizar lo mandado y esa es también tarea de la prudencia. Ella, con el concurso de la voluntad, ejecuta el acto establecido como recto o debido.

Por eso dice Massini que la prudencia cumple una función no sólo de **causalidad formal extrínseca** del comportamiento —cuando singulariza los principios— sino además de una **moción del orden** de la causalidad eficiente, ya que la voluntad mueve al entendimiento a realizar su acto por impulsión (7) por lo que la determinación de la conducta humana por la prudencia es tanto racional como volitiva. Ello exige —como veremos— que la voluntad esté debidamente ordenada al bien, faena propia de las virtudes morales. Esto explica que un *protervo* no puede ser prudente.

Por esta razón la prudencia es también una virtud moral. Luego es formalmente intelectual y materialmente moral porque su materia es, en definitiva, el obrar humano.

Las falsas prudencias. Hemos visto que el hombre de la calle confunde a la prudencia con un comportamiento que guarda analogía o semejanza en cuanto supone la capacidad para adecuar medios a los fines propuestos. Se utiliza una metáfora debido a la relación de semejanza. Si la prudencia consiste en la sabia elección de medios rectos para fines rectos, las falsas prudencias consistirán en reemplazar los medios o los fines honestos por desordenados o malos y así hay dos tipos de prudencias falsas o aparentes: 1) la **prudencia de lo material** que consiste en perseguir los fines materiales como supremos; 2) la **astucia y la solícitud de lo temporal** que yerran en la elección de los medios. La primera no repara en medios con tal de conseguir lo que persigue, es el uso de la simulación y el engaño y toma dos formas: 1) el **dolo** que es la ejecución de la astucia ya sea por la palabra o los hechos; y b) el **fraude** que lo hace sólo por los hechos; la segunda falla por su excesivo empeño en los medios.



Si un abogado por afán de ganar dinero defiende causas injustas y lo hace con pericia y diligencia, tiene prudencia de lo material. Pero si defiende causas buenas con medios ilícitos - ejemplo: falsos testigos, documentos falsificados, fotos trucadas, pericias adulteradas, etc.—, con igual habilidad, tiene astucia. Si, en cambio por el apego a las riquezas defiende causas buenas con medios honestos pero le dedica un tiempo tal que

descuida otras obligaciones —ejemplo: educar a los hijos, dialogar con el cónyuge, deberes cívicos, etc.—, cae en la solicitud de lo temporal.

En la vida tenemos otros casos de falsas prudencias o prudencia en el mal. El más pintoresco, quizás, es el producto de la “picardía criolla” que se expresa en alguno de los consejos del “Martín Fierro”. por ejemplo:

*“Hacete amigo del juez
y nunca le des que quejarse
y si se quiere enojarse
vos te debes encoger
que siempre es bueno tener
palenque ande ir a rascarse”.*

Muchos abogados siguen al pie de la letra este consejo y con zalame-rías y finas adulaciones, con regalos, atenciones y gauchadas más o menos disimuladas se ganan el afecto del juez y con ello lo predisponen para el momento de la sentencia.

Pero el caso más acabado de perversión de la prudencia lo brinda Maquiavelo, en los consejos que da al príncipe. Su obra es un verdadero tratado en que se justifica la imprudencia. Según Maquiavelo, el mundo está regido por una Fortuna despótica y caprichosa que impera para el mal, y es caprichosa, voluble y engañosa. Luego, al parecer debe, si se quiere triunfar, utilizar sus mismas Armas. Al mal hay que oponerle el mal, a su volubilidad el oportunismo, a sus engaños la cautela. “El hombre que quiera en todo hacer profesión de bueno, ha de arruinarse entre tantos que no lo son. De aquí que sea menester a un príncipe, si quiere mantenerse, aprender a saber no ser bueno, y usar esto o no usarlo según las necesida-des”.

Muchos jueces, sin haber leído a Maquiavelo siguen su doctrina. Y, posiblemente sea Pilatos, su ejemplo más insigne. Por temor al perder el cargo si hacía justicia, se lavó las manos. Su astucia, encontró en este ardid el medio de justificar su conciencia.

La prudencia puede ser perfecta o imperfecta. La **perfecta** supone la elección y ejecución de los medios adecuados para el fin recto de la vida entera.

La prudencia puede ser **imperfecta** por dos razones: a) de un modo, porque aquel bien que toma fin no es el fin común de toda la vida humana, sino de algún negocio especial —no al fin de la vida entera— por ejemplo cuando alguno encuentra los medios acomodados para negociar o para navegar se dice prudente negociador o navegante. (Como si un abogado fuera hábil en su profesión, sería un abogado prudente supuesto que no usará de medios ilícitos). b) De otro modo, porque es deficiente en el acto principal de la prudencia: verbigracia, cuando alguno da un buen consejo y juzga bien aún de las cosas que pertenecen a la vida entera; más no da un precepto eficaz. O sea, que hay inconstancia o negligencia (8).

Diferencia con el arte. No quedaría completa la caracterización de la prudencia si no la parangonamos con el arte o técnica. Dos son las virtudes

que dirigen el comportamiento humano, que corresponden a los aspectos de la acción, el obrar (agere) y el hacer (facere). La obra resultante del hacer son las formaciones objetivas de fabricación artística y técnica. La "obra" que resulta del obrador humano somos nosotros mismos (9). La prudencia perfecciona la capacidad ejecutiva del hombre mientras que el arte (virtud que incluye tanto la obra artística como la técnica) completa la productiva. El arte es la norma de hacer; la prudencia la norma del obrar. El arte persigue la realización de lo factible, enseña cómo obtener un resultado eficiente o un objeto perfecto. Versa sobre lo externo. Por eso sirve para hacer cosas perfectas, pero no hace perfecto al que las hace. Puede aún recaer sobre las obras internas, pero en este caso independientemente de la intención con que se las hace. Ejemplo: el abogado que estudia como hacer un alegato en forma más eficiente. La prudencia, en cambio, es la virtud de lo agible, prescribe el bien interior del hombre. Ella perfecciona sobre todo el sujeto que obra y, por tanto, a los demás hombres, pero no propiamente a la obra. No obstante, sostiene Kalinowski (10) que "la prudencia no decide otras cosas que la realización del acto cognoscitivo dado y, eventualmente, del grado de su perfección "técnica". Versa sobre la actividad que se ejerce dentro del hombre mismo.

Ahora bien, ambos aspectos pueden divorciarse. Se advierte que los actos humanos admiten una valoración diversa según se aprecien sus resultados externos o se estimen en sí mismos. Un acto puede ser juzgado malo en sí mismo y bueno por sus efectos y viceversa (11). Un juez puede ser prevaricador y producir sentencias que son modelo en su aspecto técnico (su estilo, su argumentación, su forma, etc.). A la inversa, otro juez puede ser la imagen viva de la corrección, pero sus sentencias ser un desastre por su mala redacción. Y lo mismo se puede decir de los abogados, etc. Si bien parece que en materia intelectual, en alguna medida la prudencia también influye sobre la perfección de la obra.

Tanto la prudencia como el arte se ocupan de los medios para lograr con perfección un fin. El arte (o técnica) se limita al enfoque de los diversos medios para lograr un fin y determina cuáles son más rápidos, económicos y seguros, es decir, eficientes. No se ocupa de la intención del agente ni de las consecuencias del acto. La prudencia no se interesa sólo de los medios para el fin recto, sino también de sus consecuencias. Por eso las prevé, las analiza y compara para establecer su adecuación con el fin último. Por eso también se interesa por la intención. Ambas virtudes imponen deberes o exigencias, ambas se dirigen a los medios —por eso podemos decir que son formales— pero el arte persigue el medio adecuado para el fin inmediato y la prudencia el medio recto para el último y recto fin. La mentira puede ser, en un caso concreto, un medio eficiente pero no es recto y lo mismo la violencia, etc. Por eso se dice que el fin no justifica los medios. Luego, se pueden dar las cuatro combinaciones posibles:

1) Un acto ser técnico y prudente; un alegato justo, con redacción prolija y elegante que cumple todas las exigencias procesales y que es convincente y persuasivo.

2) Ser antitécnico e imprudente: una sentencia injusta y mal redactada.

3) Ser técnico e imprudente: un ofrecimiento de pruebas falsas, pero bien redactado.

4) Antitécnico y prudente: una demanda justa con omisiones procesales graves, producidas por defectos que escapan a la prudencia.

Si un agente pone todo lo que está de su parte, pero por fallas que están más allá de su poder y capacidad su obra resulta imperfecta, ha habido prudencia pero no arte o técnica. Pero esto es poco frecuente, por eso se puede afirmar que en cierta medida la prudencia supone la técnica, ya que antes de obrar el prudente se hará asesorar o no lo hará si advierte que lo hará mal.

Poner en posesión de los bienes a los herederos menores de edad es justo pero imprudente, como puede serlo el exigir el cumplimiento estricto de una norma. Estudiar la lección en el momento oportuno es prudente, hacerlo exageradamente es imprudente; hacerlo de memoria es antitécnico.

Para concluir, un criterio que facilita distinguir puede ser el siguiente: la técnica supone un fin ya dado o aceptado y persigue la determinación del medio más eficiente para lograrlo. La prudencia, en cambio, supone medios más elevados (son en realidad fines intermedios) y busca establecer el medio recto para el fin último. En todo acto se plantea el problema del fin inmediato y de su conexión con el fin último. El hombre cuando obra persigue lograr algo inmediato (técnica) para obtener algo lejano (prudencia). Ejemplo: si encuentro un pordiosero, el decidir si doy limosna es un problema prudencial, pero la elección del medio, si decidí darla (en dinero, remedios, comida, ropa etc.), es un problema técnico.

Importancia

Después de lo que venimos diciendo se comprende sin gran dificultad la fundamental importancia de la prudencia. Las demás virtudes no consisten sino en la ejecución de lo que ella determina. Es por eso el origen, o fuente y fundamento de las otras virtudes y, en especial, lo que al jurista le importa, de la justicia. Sólo el hombre prudente puede ser justo y el hombre bueno lo es tal merced a su prudencia.

La prudencia es, por eso, la primera de todas las virtudes morales. Y esto se debe, además, por un principio fundamental de filosofía, que más adelante será ampliado: el ser antes que la verdad y la verdad antes que el bien (12). Es que la prudencia es lo conforme a la realidad, es decir, a la verdad. La prudencia es la medida del querer y del obrar dice Pieper, pero a la vez, la medida de la prudencia es "ipsa res" —la cosa misma— la realidad objetiva del ser. Ella es la directora, causa, medida y forma de las otras virtudes. Por eso San Ambrosio ha dicho que la justicia no sirve para nada cuando falta la prudencia. La prudencia es la causa de que las restantes virtudes sean tales y el impulso que de ellas dimana para el bien necesita ser rectificado por aquella. Es además la medida en el sentido de que su imperio pre-figura la acción virtuosa. Por último, es también quien proporciona la forma esencial intrínseca de las restantes virtudes pues es el ejemplar del bien. En consecuencia, toda maldad es una imprudencia, como

todo acto bueno es prudente.

La prudencia establece el medio y medida de las otras virtudes ya que implica el conocimiento de lo que es bueno en una circunstancia concreta. Y el bien se confunde con el ser y el ser con la verdad. No se puede realizar el bien si no se conoce la verdad. Para obrar bien hay que conocer y ése es el objeto de la prudencia. "Sabio es el hombre a quien las cosas le parecen tal como realmente son" (13).

Lachance (14) afirma que si bien la ley es obra de la justicia, también participa en ella la prudencia, rectificándola y dándole su medida. Y lo mismo sucede con la sentencia judicial, la otra especie fundamental del derecho.

Para concluir vamos a poner unos ejemplos que muestran como la prudencia es un guía indispensable del jurista, sea juez, abogado o legislador.

Salomón se hizo célebre entre otras cosas por la prudencia con que resolvió una disputa entre dos mujeres que pretendían ser la madre de un niño (Reyes L. III, 16 - 28). Dispuso que se lo partiera en dos y que se le diera una mitad a cada una. Una de ellas aceptó pero la otra horrorizada ante la decisión, resignó su pretensión. La sagacidad de Salomón le permitió encontrar el medio de descubrir la verdadera madre: era aquella que ponía sobre todo la vida del niño.

Otro caso con alguna semejanza se narra en el libro de Daniel (N 13) sobre la casta Susana. Acusada de ser infiel por dos viejos a cuyos requerimientos no había accedido iba a ser condenada cuando Daniel inspirado desde lo alto sometió a un interrogatorio por separado a los acusadores quienes cayeron en contradicciones y se hizo evidente su perjurio.

Cristo, el prudente por excelencia, en diversos pasajes del evangelio pone de manifiesto esa virtud. Enseña, por ejemplo, ante la acusación de que sus discípulos violan el sábado de que el sábado está hecho para el hombre y no el hombre para el sábado. Pero uno de los episodios más impactantes tiene lugar cuando los judíos quieren lapidar a la adúltera y para ponerlo en un aprieto recurren a él y le interrogan que deben hacer. Y Cristo les contesta: "el que esté libre de pecado que tire la primera piedra" (Juan 8,3).

Shakespeare, en el mercader de Venecia, nos muestra en la persona de Porcia como un abogado dotado de prudencia puede hacer triunfar una causa por medios lícitos. Cuando Shylock, el prestamista, exige al Dux que se cumpla lo convenido y que ante la insolvencia de Antonio se le permita que le corte una libra de su carne, aquella recurre al ardid de exigir una aplicación estricta de lo pactado y, en consecuencia, le impone que no sea derramada una gota de sangre.

Cervantes, en el Quijote, pone la prudencia en la persona del juez y ante la acusación de una mujer que sindicaba a un hombre como su violador condena a éste a indemnizarla con una suma de dinero. Pero, para poner a prueba la verdad, le sugiere al condenado que le quite a la mujer el dinero que le dio. Sin embargo la defensa de la mujer es tan tenaz que éste no puede cumplir su objetivo. La sentencia definitiva pone las cosas en su lugar: "si hubieras defendido tu honra con el mismo celo que el dinero nada

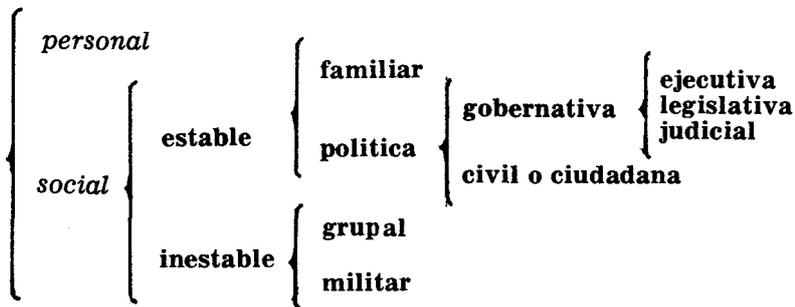
te hubiera sucedido". Hubo, pues, consentimiento y no violencia.

Hace unos años en la India, el gobierno de Indira Ghandi por una ley impuso prácticamente mediante una serie de sanciones de índole económica la esterilización a los cónyuges, que tuvieran dos hijos o más. Se quería facilitar el desarrollo, limitando la natalidad. Pero la medida fue imprudente, hubo equivocación en el medio que fue objetable fundándose en falsos valores. La consecuencia no se hizo esperar. Esta medida, unida a otros factores produjo la pérdida de las elecciones siguientes, sin perjuicio de otra serie de daños que la ley produjo.

Tipos de prudencia

Contra lo que a primera vista pareciera, la prudencia no es única sino múltiple. Esto se debe a que además de haber una prudencia que se ocupa del bien del propio agente están las prudencias que se interesan por el bien de los demás para evitarle todo mal. Puede sorprender el saber que existen prudencias que persiguen el bien de los otros. Resulta, en principio, chocante, dice Palacios, porque parece contradictorio un concepto de prudencia en el que no sea requisito esencial buscar el propio bien. Pero la sorpresa desaparece cuando se comprende que sólo es aparente la incompatibilidad entre el bien propio y el bien común, ya que éste por ser común incluye el propio, de modo que de algún modo la prudencia que persigue el bien de los otros también busca el propio.

Hecha esta aclaración, los distintos tipos de prudencia siguiendo de algún modo a Aristóteles y Santo Tomás, quedan expuestos en el siguiente cuadro:



La prudencia **personal** es la que dirige el comportamiento del hombre respecto de si mismo. La **social** versa sobre las acciones que dirigen el comportamiento de los grupos o sociedades humanas. Aquí encontramos grupos estables como la familia y el Estado. A este último corresponde la prudencia **política** que puede ser propia de los ciudadanos o **civil**. Esta tiene por objeto la obediencia a la ley, salvo que sea grave o manifiestamente injusta. La gubernativa es llamada por Aristóteles arquitectónica por analogía con el arte de proyectar y construir edificios, que dirige hacia su fin una serie de artes menores. Así el jefe con sus leyes subordina al bien

común la prudencia de los ciudadanos. Esta a su vez conforme a las diversas funciones será **ejecutiva, legislativa y judicial**. Las asociaciones intermedias transitorias dan lugar a la prudencia militar —propia de un ejército— y a la **grupal** que corresponde a los demás grupos sociales.

En lo que se refiere a la prudencia jurídica, como dice Massini, ella forma parte de la prudencia política y comprende la judicial y buena parte de la prudencia legislativa y la ejecutiva cuando el jefe realiza actos de justicia. Ej.: castigos y premios. No toda ya que muchas leyes no persiguen la justicia propiamente, sino que tienen otras finalidades —desarrollo económico, promoción social, beneficencia, etc.

Pero no sólo el jefe, los legisladores y los jueces deben poseer la prudencia jurídica. También es propia de otros funcionarios como los fiscales y los asesores jurídicos de los diferentes organismos públicos o particulares, los abogados y los doctrinarios. De todas ellas las más importantes a nuestro juicio —coincidiendo con Massini— es la judicial, aún sobre la legislativa porque ésta es en alguna medida abstracta no obstante que singulariza medios para lograr el fin común, pero lo hace mediante normas generales que necesitan todavía una mayor concreción. Además, porque frecuentemente se inspira más en propósitos políticos que jurídicos. En cambio, lo judicial no sólo es concreta y aplicada al caso, sino también es definitiva y, en la última instancia, inapelable. De este modo las leyes viven y se hacen realidad en las sentencias judiciales. Es pues en la jurisprudencia donde se deben encontrar las normas vigentes en un país.

Para terminar quiero con Kalinowski (15) hacer notar que muchas reglas de raciocinio de interpretación jurídica no tienen otra fuente y garantía que la prudencia del legislador y de sus colaboradores (jueces y doctrinarios) que son sus autores. La interpretación, como la elaboración y aplicación del derecho es obra de la justicia aliada de la prudencia. La prudencia enseña al intérprete su método de hermenéutica jurídica, y es ella la que indica, al legislador la norma jurídica que dictará a quien le corresponde ello, la justa aplicación del derecho. Es imposible prescindir de ella y es perder el tiempo tratar de sustituirla por reglas de interpretación lo más concretas y precisas posibles. De modo, concluye Kalinowski, que la obra del intérprete está gobernada por dos grupos de reglas: reglas extra-lógicas y reglas lógicas. Las primeras que subordinan a sí a las segundas son dictadas por la prudencia del legislador, al cual suple en caso de necesidad la prudencia del intérprete, debiendo ambas tener en cuenta la naturaleza de las cosas. Es ella quien inspira las suposiciones gracias a las cuales se realiza la obra fundamental de la interpretación y que permiten luego la aplicación de una regla lógica. La interpretación es pues una obra de prudencia y no de lógica aunque utilice reglas de lógica.

La dificultad de la concreción normativa. Para que la sociedad pueda subsistir es necesario la existencia de un orden social. Este, es en buena medida, el resultado espontáneo de las tendencias humanas naturales. Pero este orden social espontáneo es de por sí insuficiente y debe ser completado por un orden normativo, que es de esencia jurídica. Esto significa que está inspirado en la justicia. Ahora bien, este orden resulta de las leyes que el legislador sanciona, en el cual, como sabemos, está constituido necesariamente por normas generales. Sólo así puede asegurar por un lado

la igualdad —esencia de la justicia— y permitir una razonable previsión capaz de brindar el mínimo de seguridad necesaria para una armónica vida social.

Ahora bien, el problema que se plantea, es como sostiene Massini, “el paso enigmático de la distancia que separa a la norma general y abstracta de los actos concretos regulados por ella”, es decir, a la norma particular aplicable al caso. Lo universal nunca puede tener en cuenta todas las particularidades del caso concreto. Se produce siempre una inadecuación inevitable. La ley debe limitarse por la misma naturaleza de las cosas a prever los casos más frecuentes. En consecuencia, ella supone no una directiva rígida sino una mera orientación general, pautas genéricas que es preciso determinar. Kelsen sostenía, por eso, que toda norma general supone un marco más o menos amplio de posibilidades, dentro del cual el juez encierra un acto de creación jurídica ya que da lugar al nacimiento de una norma individual aplicable al caso.

Se han sugerido diversas alternativas para solucionar este difícil tránsito de la norma general a la particular. Como lo remarca Massini, ellas pueden clasificarse en tres tipos.

1) Las teorías lógicas o deductivistas, según las cuales el salto se realiza mediante un silogismo estricto, análogo al utilizado en las ciencias formales o físicas. Ejemplo: la opinión sostenida por el Dr. Sebastián Soler.

2) Las teorías voluntaristas o irracionales, según las cuales la concreción es el producto de factores fundamentales emocionales o instintivos. Ejemplo: Kelsen.

3) Las teorías intelectuales, que consideran que la creación de la norma individual es el resultado de un acto de la razón o intelecto, pero no tiene las mismas características exclusivamente deductivas propias de las ciencias formales o exactas. En particular, para los clásicos, había un momento fundamental previo de índole valorativo, en el cual la prudencia encontraba su función propia. Es esta virtud quien tiene el rol fundamental en la particularización de la norma general a un punto que algunos autores como Kalinowsky, por ejemplo (16), se refieren a la existencia de un silogismo específico que denominan “prudencial”, que es el encargado de inferir la solución justa del caso.

Capítulo II

Los actos de la prudencia

El hombre es un ser inteligente por lo que obra siguiendo fines y adecuando medios. Pero como su inteligencia no es perfecta no aprehende esa adecuación en una sola operación sino que necesita de un proceso discursivo que remata en una prescripción para que se haga el acto. Resulta entonces de la actuación combinada de la inteligencia y la voluntad, por lo que la actuación de la prudencia no se realiza en un acto simple, sino en uno complejo integrado por tres actos, etapas o pasos: el consejo, el juicio y el imperio. Es preciso primero indagar los medios conducentes al fin **propuesto, luego se hace necesario juzgar cuál es el medio más adecuado y por fin la disposición de la voluntad.** Es pues una secuencia lógica que impide alterarla. Por otra parte se puede observar que, siendo la prudencia una virtud no sólo intelectual sino también moral, sus actos pertenecen tanto a la dimensión cognoscitiva —los dos primeros— como a la volitiva —el último—. Por fin, corresponde observar que, como lo indica Santo Tomás (17) perteneciendo la prudencia a la razón práctica, que se ordena a la obra siendo el preceptuar el más próximo al fin de la razón práctica, resulta que éste es el acto principal de ella y por lo tanto de la prudencia. Por eso es más imprudente el que peca queriendo, como faltando al acto principal de la prudencia que es el mandar, que el que falta sin querer. De aquí se sigue, como dice Massini, que en la prudencia jurídica el acto fundamental es el imperio que mueve al jurista a dar a cada uno su derecho, aunque sea de alguna manera errado y no el que se lo reconoce perfectamente pero sólo en su interior.

Vamos a analizar en detalle cada uno de los actos.

1) El **consejo o deliberación.** Lo primero que debe hacer el prudente antes de tomar una decisión es deliberar correctamente. Se debe tener pre-

sente que la deliberación recae sobre lo particular y variable, como son las realidades prácticas, que dependen su existencia de la acción humana. Además, el objeto de la prudencia no son los fines, sino los medios, precisamente ellos son múltiples y contingentes, variando en gran medida según las circunstancias particulares de cada caso. En ellos no es posible el conocimiento seguro y definitivo, sino más o menos probable. El derecho precisamente, es un ser mudable y cada caso de justicia es irrepetible y único, supone circunstancias diferentes y por ende las soluciones también lo serán (18).

Naturaleza de la deliberación. Lo primero que conviene establecer es la naturaleza del acto deliberativo. Se han propuesto varias opiniones. Massini sostiene luego de impugnar las tesis de Villey y de Perelman, que se trata de un acto "deliberativo". Esto se debe —afirma— a que el conocimiento jurídico supone las tres notas que se dan en la deliberación:

a) se trata en el caso del derecho, de una materia operable por el hombre, singular, contingente y circunstanciada.

b) el conocimiento jurídico consiste en una investigación acerca de los medios conducentes a una justa solución de los casos en examen;

c) por último, el fin del conocimiento jurídico estriba en la dirección justa del obrar humano social: se trata de un proceso eminentemente práctico, ordenado todo él a la racionalización de la praxis humana en materia jurídica.

A su vez rechaza la tesis de Perelman —surgida como oposición a los criterios cientificistas, de aplicar el método puramente deductivo al derecho— de que se trata de un conocimiento retórico ya que se trata de objetos operables donde no se pueden obtener certeza. Luego, para Perelman, se trata de persuadir, de dar razones convincentes de una posición. Massini afirma, a mi parecer con razón, que el fin del razonamiento jurídico es el logro de la verdad jurídica —en especial de parte del juez— que permite hacer justicia en un caso concreto.

Tampoco acepta, como dijimos, la tesis de Villey de que el juez en la deliberación utiliza el método dialéctico. Esto se debe a que este método es propio del conocimiento teórico y no del práctico, siendo en cambio, el conocimiento jurídico práctico por lo que no busca resolver su conocimiento en la causa, sino la realización concreta de la acción.

Ahora, bien por nuestra parte pensamos lo siguiente. En efecto, Villey considera que el saber jurídico es teórico: conocer lo justo y que su función no es dar normas que dirijan la acción. También es exacto que propone el método dialéctico como medio de conocer lo justo por lo cual si el derecho es un saber práctico Massini tendría razón. Pero pensamos que el derecho es un saber teórico - práctico y que el momento teórico es fundamental. En nuestra opinión, el error de Villey no está en atribuir carácter teórico al derecho, sino en negarle su lado práctico. Si esto es así, la diferencia entre lo sostenido por Villey y Massini nos parece ser más de terminología que de su concepto y por lo tanto más aparente que real. Y eso porque una vez establecido lo que es justo en una situación particular —cosa que en algunos casos suele ser muy difícil— lo demás —establecer la norma que ordena hacer lo justo— es relativamente fácil. Por eso, el gran problema de la

deliberación jurídica es el método que se debe emplear para conocer lo justo en el caso concreto. Y en esto pienso que, más allá de los términos y de la diferencia sobre la naturaleza del saber jurídico, hay entre ellos una gran coincidencia. Piénsese por ejemplo que para Villey la dialéctica consiste en razonar mediante el diálogo, en el proceso de contradicción de tésis para que surja la luz. Y si el saber jurídico no es cierto —como en la ciencia— ni es meramente conjetural —como en la retórica— sino probable, ésta es la forma adecuada de proceder.

Según Villey los caracteres de la dialéctica son: 1) se origina en premisas probables, no ciertas, es decir, que las leyes jurídicas no son universalmente sino sólo generales o versímiles. Luego, son frágiles y pueden ser contradichas; 2) no es obra de una persona —monólogo, no es monódica, sino polifónica— es dialógica, es obra de un grupo; 3) aunque se efectúan razonamientos deductivos, lo substancial de la operación reside en la controversia o confrontación de opiniones.

En este sentido, dice Santo Tomás (19) hablando de la docilidad, que “en las cuestiones particulares hay diversidades casi infinitas, no pueden ser consideradas todas las cosas suficientemente por un solo hombre ni por un cierto tiempo, sino durante largo tiempo. Por lo cual en estas cosas que pertenecen a la prudencia, necesita más el hombre ser instruido por otro; principalmente por los ancianos, que han adquirido un sano entendimiento acerca de los fines de las cosas operables”. Lo que es una forma de diálogo. En otra parte sostiene (20) “en lo particular y contingente, se deben tener en cuenta, para conocer una cosa con certeza, muchas condiciones o circunstancias, difícilmente observables por uno solo y que pueden ser percibidas con más seguridad por varios, pues lo que uno no advierte, puede considerarlo el otro. En cambio, en objetos necesarios y universales la consideración es más absoluta y cierta, para lo cual basta de suyo uno solo. De allí que la investigación del consejo o deliberación verse propiamente sobre cosas particulares y contingentes”.

Por fin, Massini mismo un poco más adelante sostiene que (21) “la deliberación supone un análisis, un intercambio de puntos de vista, una ponderación de los pro y los contra, acerca de los diferentes medios posibles de conducir eficazmente a la realización de un fin en el orden humano. Es evidente que esta tarea —tal como lo expresara Santo Tomás en un texto ya citado— se realiza mejor entre varios”.

El conocimiento de los hechos. La primera tarea que debe realizar el jurista —sea no sólo juez, sino abogado, asesor jurídico, etc.—, cuando pretender conocer lo justo concreto, es conocer lo más completa y exactamente que sea posible los hechos. Es por lo tanto el primer paso de la deliberación. Santo Tomás lo llama “la inteligencia de las cosas presentes” y parece ponerlo en un segundo momento, luego de la memoria del pasado.

Esta faena es de primordial importancia. El derecho surge de los hechos. El deber se fundamenta en el ser. Según como sean los hechos será el derecho. Este conocimiento es laborioso y difícil. Supone una serie de exigencias que se imponen a todos los que participan en el proceso generador del derecho. Y en particular en el juez, que debe valorar las pruebas ofrecidas con objetividad y ecuanimidad. Necesita, por eso, una perspicacia

cia que sólo suele ser fruto de la experiencia. Por tal razón Pieper ha podido hablar de una “silenciosa” expectación de la realidad. Lo primero que se exige de quien va a juzgar es que conozca los hechos. Se puede afirmar que lo justo es aquello que está conforme con la realidad.

En el jurista este conocimiento reúne dos notas que lo convierten en problemático. Se trata de un saber mediato que versa sobre el pasado. El jurista no ha sido protagonista ni espectador de los hechos, por lo que debe reconstruirlos, con todas las dificultades y falencias que ella supone. Esta sola característica es de por sí suficiente para exigir al jurista una prolongada y profunda deliberación y el diálogo con los otros partícipes. Naturalmente esta exigencia vale también con tanto o más razón para el legislador que antes de sancionar una ley debe estar informado sobre la realidad social. Para ello deberá disponer que se hagan encuestas sociológicas, recurrir a datos estadísticos, a informes de personas que conozcan los hechos por su participación en ellos, etc.

Se trata de una tarea delicada y fastidiosa no sólo por la dificultad misma de conseguir los datos, sino por la presencia de información contradictoria cuya exactitud debe ser estimada. Y como generalmente no se puede reunir toda la información necesaria y se hace preciso obtener una conclusión, el legislador suministra una serie de presunciones y ficciones tendientes a permitir al juez la toma de una decisión.

Dialogar con el pasado. Si la deliberación es obra de muchos para que sea fructífera, nadie puede darse el lujo de prescindir de la experiencia; es decir, de los datos que brinda el pasado. Para eso nada mejor que la jurisprudencia. Si ella es uniforme genera una gran certidumbre de que por ahí debe estar lo justo. Y también con la jurisprudencia y legislación extranjera cuando ella está a disposición de uno y la misma historia del derecho. Santo Tomás afirma que en las acciones contingentes conviene que el hombre se rija por lo que sucede comúnmente y la experiencia enseña en ellos donde está la verdad: porque es preciso que los principios sean proporcionados a las conclusiones (22).

En estas clases de cuestiones se llega a la verdad no deduciendo sino observando. Como sostiene Massini, “la vida del derecho se transformaría en un eterno recomenzar, en un continuo recaer en las malas soluciones que dieron nefastos resultados en el pasado o en un lamentable desechar las decisiones felices y acertadas, que ya fueron ensayadas con éxito” (23). Sólo de este modo la humanidad va lenta y dificultosamente descubriendo las grandes líneas de la justicia y acrecentando su patrimonio jurídico.

Diálogo universal. Pero este diálogo no debe limitarse al pasado, sino que debe abrirse también en el presente con todo aquel que pueda ser un interlocutor válido. El juez no sólo dialogará con los abogados, sino también con los fiscales, peritos, etc., y recurrirá, si es posible y conveniente, al derecho comparado. “En las cosas que atañen a la prudencia nadie hay que se baste a sí mismo” (24).

Prever las consecuencias. Lo que es justo es un caso concreto depende frecuentemente de sus consecuencias. El monto del salario mínimo; el mínimo inembargable, etc., resultan de ellas. La visualización de las consecuencias exige un esfuerzo imaginativo del juez, legislador, etc., que no es

fácil de realizar y en el que la deliberación tiene un amplio campo, como también el diálogo.

La prudencia supone previsión de lo que vendrá. “Este es el más problemático de los datos que pueden obtenerse deliberando, ya que el futuro no es susceptible de un conocimiento cierto; por definición, él carece de necesidad y, por lo tanto, todo lo que sobre él pueda saberse es sólo probable, está afectado de una inseguridad fundamental que proviene de su carácter esencialmente contingente” (25). Aristóteles dice que el verdadero prudente es el que advierte el mal cuando recién se insinúa y no espera que el agua le llegue al cuello (26).

Resolver si la unión de hecho da lugar a una sociedad conyugal que autoriza a uno de los particulares a reclamar la parte de los gananciales correspondientes; el monto de los impuestos; establecer si el hijo ilegítimo debe tener un monto hereditario igual a los legítimos; determinar los alcances de la cosa juzgada o el plazo para la prescripción; la reglamentación o no de la prostitución, etc., son situaciones que no se pueden resolver sin antes intentar prever las posibles consecuencias por dificultosas que ellas sean. Sólo un estudio detenido, fruto de una controversia en la que se tiene en cuenta situaciones análogas y aquello que más comúnmente sucede, puede ayudar a orientarse en esta materia.

Para concluir debe advertirse que si el caso es especialmente complicado, la deliberación deberá ser lenta. El hombre prudente es normalmente lento en la deliberación. Si la deliberación es buena, son grandes las probabilidades de que la resolución sea recta. Heraclito decía que la noche es buena consejera y hoy decimos que es conveniente consultar con la almohada”. (27).

El conocimiento de los principios. Dice Santo Tomás (28), que el prudente precisa conocer tanto las realidades concretas sobre las que versa su acción, cuanto los primeros principios universales de la razón, que lo guían hacia la recta decisión. Ahora bien, el jurista que cuenta en la actualidad con una frondosa legislación debe conocerla y deliberar sobre ella para establecer cual es la norma aplicable. En los casos comunes esta labor no encierra especial dificultad, pero en algunas situaciones puede convertirse en algo muy complicado. Esto ocurre cuando parece darse un vacío legal o cuando las presuntas normas aplicables se presentan como exigiendo una interpretación, lo que tiene lugar cuando un texto que parece claro aplicado a la situación sub-examina da un resultado injusto. Porque entonces se debe pensar que ese resultado no lo quiso el legislador. De modo que la deliberación jurídica supone no sólo el conocimiento de las leyes, sino también su recta interpretación.

2) El juicio. Conocidos los hechos lo mejor posible, discutidas y valoradas las pruebas, analizados los argumentos de las diversas posiciones llega el momento de juzgar y decidir, lo que es propio de la razón especulativa (29). “Este juicio y la prudencia, lo toma usando de otra de sus virtudes conexas cual es la “synesis” que significa “buen sentido”. Nada haya más

peculiar del hombre prudente que el tener “sano juicio”. Se ha dicho que la prudencia está llena de cicatrices” (30).

Es importante tener presente la influencia que en este momento pueden tener las pasiones. El corazón se mezcla en todos los juicios de la razón práctica. La cólera, el deseo de venganza, la ambición, etc., son malas consejeras. Es tan cierto el dicho: “En este mundo traidor, nada es verdad ni mentira, todo es según del color del cristal con que se mira”. Y las pasiones ponen delante de la razón vidrios de colores. Decía Aristóteles (31) que cada cual juzga las cosas prácticas según las disposiciones afectivas en que se encuentra. “Hay que hacerse amar, decía el moralista Joubert, porque los hombres no son justos más que con aquellos a quienes aman” (32).

Por esta razón, la verdad práctica radica en la previa rectitud de la parte efectiva del hombre. Mientras que el arte no exige apetito recto porque sólo se dirige a la bondad de los efectos que produce el agente, la prudencia si los supone. El prudente —dice Palacios— no es como el artista o el técnico, que pueden realizar obras buenas en pésimas condiciones morales.

Aquí parece plantearse un difícil dilema ya que si no hay prudencia, no hay posibilidades de que haya virtud moral; más por otra parte, la prudencia no puede darse sin las virtudes morales. Ambas cosas son afirmadas por el Aquinate y parecen encerrar un círculo vicioso. Dice Kalinowski que no lo hay porque las primeras virtudes morales de los niños son condicionadas por la prudencia de sus padres o educadores. En cuanto a la primera prudencia (33) es de tener en cuenta que la verdad de los juicios prudenciales no exige necesariamente una virtud moral adquirida. La “bondad natural” del hombre es suficiente. Si no somos, desgraciadamente, totalmente buenos, tampoco somos congénitamente malos. Es entonces posible pensar que aquello fue suficiente para no impedir el nacimiento en el primer hombre de un esbozo de prudencia, generadora, a su vez, de las primeras semillas de sus virtudes.

Santo Tomás, por su parte, demuestra que el círculo vicioso es sólo aparente. Para que haya prudencia deben ser rectos el fin y los medios. Pero el fin es indicado al hombre por la naturaleza. Los medios, en cambio son encontrados por la razón, pero como la voluntad del bien en general le es dada al hombre, es ésta suficiente para que actúe la prudencia. Luego ésta es el supuesto de la realización y acabamiento de las virtudes. “Prudente, dice Pieper (33 bis) puede ser solo aquél que antes y a la par ama y quiere el bien; más solo aquél que de antemano es ya prudente puede ejecutar el bien. Pero, como a su vez el amor del bien crece gracias a la acción, los fundamentos de la prudencia ganan en solidez y hondura cuando más fecunda es ella”.

Este tópico tiene gran importancia para la prudencia jurídica. En efecto, un juez corrompido, víctimas de la lujuria, la avaricia de otro vicio no será prudente ni por lo tanto justo. Y lo mismo hay que decir de los abogados ávidos de dinero, ambiciosos y soberbios.

¿Es silogístico el juicio prudencial? Se difundió con el triunfo del racionalismo y del liberalismo la escuela de exégesis que enseñaba que el raciocinio jurídico era de naturaleza semejante al científico. Para garantizar la seguridad se estableció la división de los poderes y la función del juez se limitó a aplicar la ley, lo que consistía en subsumir el caso concreto bajo el precepto legal y de una aplicación automática de leyes, convirtiendo al juez en un instrumento pasivo de la ley, en un mero robot, sustituable por una computadora. De manera análoga los pandectistas reducían los medios de interpretación del derecho a los argumentos lógicos (34). Pero la reacción no se hizo esperar, y como todo extremo lleva a otro extremo, se terminó por algunos negando el proceso deductivo y la aplicación del silogismo. Se sostuvo que lo que importaba era la justicia del fallo y que el juez debía disponer de una amplia capacidad de maniobra para permitirle la necesaria valoración haciendo innecesario el silogismo.

Massini, siguiendo a García Maynez, opina, a su vez, que una cosa es reconocer la especificidad del razonamiento jurídico enderezado a determinar la premisa aplicable a un caso y otra el proceso de aplicación de la premisa formulada (34 bis). Este último es de naturaleza silogístico y no puede ser de otra manera. En cambio, el primero tiene notas específicas y en él juegan factores propios del derecho (por ejemplo, presunciones, ficciones, prescripciones legales) lo que da lugar a raciocinios de argumentación puramente jurídica (35).

Establecido entonces que el jurista en su juicio prudencial recurre a las inferencias silogísticas, queda por señalar que el núcleo fundamental de su juicio, el factor decisivo lo constituye la determinación de las premisas aplicables tanto la mayor —norma legal abstracta que resuelve el caso— como la menor —determinación de los hechos que provocaron el litigio— y ambas constituyen un acto de valoración o estimativo. Precisamente, como lo señala Kalinowski (36) "...aunque la aplicación intuitiva de la regla lógica correspondiente es fácil, grandes dificultades se hallan vinculadas con la elección..., de la norma jurídica que se debe aplicar y por otra con... el establecimiento de los hechos que decide la aplicación de tal o cual norma jurídica. Allí surgen las controversias... Porque una vez reconocidos los hechos, hay que encontrar la norma que determina sus consecuencias jurídicas. Y es tan difícil ponerse de acuerdo sobre las normas como sobre los hechos".

La gran diferencia entre el razonamiento científico y el jurídico reside en el hecho de que en el primero para que la subsunción se realice basta identificar un caso concreto con el enunciado o hipótesis de una ley, lo que es relativamente fácil debido a que por un lado, los términos utilizados son precisos y concretos y, por otro, a que dada la hipótesis prevista la ley se aplica inexorablemente sin excepciones de ninguna clase. No se puede hablar en este campo de casos dudosos o de indeterminaciones de la ley, porque a lo sumo una situación concreta puede caer bajo dos o más leyes pero todas ellas se aplican y si una neutraliza a otra, también esto puede ser previamente establecido. Las leyes científicas son rigurosas, no dejan campo para la interpretación, no abren un marco de posibilidades dentro

del cual el investigador debe decidir, sino que establecen con precisión las hipótesis y las consecuencias. En el derecho no sucede así. En primer lugar, el lenguaje jurídico, pese a los esfuerzos que se han hecho para dotarlo de rigor, continúa siendo vago e impreciso. Y lo seguirá siendo porque ello está en la naturaleza de las cosas. Como lo hace notar Hart (37) “las palabras que utilizan las normas jurídicas son conceptos genéricos que encierran múltiples contenidos”. Además, como lo advierte Kelsen, el paso de la norma jurídica general a la particular deja un margen de libertad que no se halla en las leyes científicas. Hay una relativa indeterminación ya que para que la solución sea adecuada será necesario una adaptación a las circunstancias cambiantes, que sólo quien la aplica puede hacerlo.

Es que el meollo de la cuestión radica en que la norma jurídica no pretende tanto dirigir una conducta como hacer un reparto justo o razonable. La dirección de la conducta es secundaria y complementaria. Es su consecuencia o subproducto inevitable. Pero, si se pretende un reparto, no es suficiente el proceso simple y mecánico de identificar un caso con la norma general. En virtud de que no basta considerar el bien de una parte, sino también de la otra, pues sólo así el reparto será justo, la mera identidad no convierte a la norma en premisa general. Es, por el contrario, necesario valorar, lo que significa pesar, contrabalancear, sopesar los beneficios y perjuicios que el reparto irroga a cada una de las partes, teniendo en cuenta las necesidades y títulos respectivos. En el derecho hay dos partes en juego, luego no se puede resolver una cuestión teniendo en cuenta sólo a una de las partes como sería si se aplicara automáticamente una norma por la mera identidad con el caso planteado. Es necesario contemplar también el bien en juego de la otra parte, que puede invocar con razón otra norma o principio cuya identidad con el caso la hace igualmente aplicable y puede desplazar a la primera. En síntesis, en el derecho para que una norma sea aplicable debe tenerse en cuenta los títulos e intereses de las dos partes contrapuestas, lo que vuelve inexorablemente dudosa e incierta toda presunta aplicación en base a la exclusiva identidad de una norma en el caso litigioso.

Por esta razón y para diferenciar en este aspecto el razonamiento jurídico del científico, preferimos reemplazar el término subsunción que designa un proceso de identificación de la ley con el caso, con el de “encuadramiento” del caso en una norma general, lo que supone que además de la identificación se han valorado los derechos de ambas partes y recién se ha establecido la premisa mayor aplicable.

Quedan aún dos cosas por aclarar, dice Massini (38) que el silogismo de concreción jurídica no es un silogismo teórico, al modo de los que tienen lugar en las ciencias físicas y matemáticas. Por el contrario, se trata en este caso de un silogismo deóntico o normativo el que requiere, para constituirse, que al menos una de las premisas sea normativa...” Si bien coincidimos en esta afirmación cabe aclarar que según nuestro parecer, este silogismo deóntico está precedido por otro teórico. Si estamos en lo cierto, siguiendo a Villey, en el sentido que el derecho es ante todo un saber teórico y que el ser funda el deber ser —cosa admitida por todos los que aceptan la filosofía aristotélica —tomista— se debe reconocer que el juicio prudencial jurídico normativo está fundado en un indicativo —como lo designa Vi-

lley— o en estimaciones —como las llama aunque en sentido algo diferente Kalinowski—. Así por ejemplo, de la estimación: “todo homicidio es malo” (39) concluimos que “todo homicidio debe ser castigado si no hay causas de justificación”. Recién entonces, valorado un homicidio particular y establecido que no hay causas de justificación concluimos que debe ser castigado.

Siguiendo por último a Kalinowski (40) se debe tener presente que el juez efectúa un doble juicio deductivo —al menos cuando se trata de un juez que se interesa por la justicia de su sentencia—. Por un lado infiere la solución justa del caso —mediante el silogismo prudencial luego del encuadramiento valorativo—. Por el otro, deduce de la regla jurídica que parece imponérsele, dada la identidad con el caso— con la ayuda del silogismo de aplicación del derecho, la conclusión correspondiente. Si concuerdan, ha concluido la parte teórica del acto prudencia. Sólo resta la parte práctica o preceptiva, (la que veremos enseguida), para lo que debe redactar la sentencia con los fundamentos legales correspondientes. Si difieren, surge una tarea más, encontrar otra normal legal, aplicable al caso o un principio jurídico que le puede servir para justificar la solución que ha determinado justa, dentro del ordenamiento normativo.

3) **La prescripción de lo justo concreto.** Hemos visto que la prudencia es la virtud que dirige la acción. Mal podría dirigirla si se quedara en lo exclusivamente intelectual y teórico. Y más, aún hemos visto que el acto principal es el imperio u orden para realizar el acto. De modo que concluido el juicio el hombre prudente procede a cumplimentarlo mediante el imperio. De nada valdría todo el proceso teórico si no culminará en su realización.

Ahora bien, dice Palacios (41) que el imperio no es un acto de la voluntad sino de la razón. Imperar es establecer un orden en los actos que deben realizarse, intimando y manifestando lo que se debe hacer u omitir. Y agrega, pero no es menos cierto que este acto de la razón práctica presupone un acto volitivo porque la razón misma no tiene de suyo eficacia y se limita a proponer el plan de acción. Por todo lo cual, concluye Massini (42) que el acto prudencial del jurista es típicamente racional y no emocional o irracional como lo pretenden algunos.

Capítulo III

Los requisitos de la prudencia

Para poder obrar prudentemente es necesario cumplir ciertas condiciones. Por suponer un conocimiento requiere información del pasado y conocimiento del presente, es decir, **memoria e intuición o inteligencia** de las cosas presentes. Este conocimiento se adquiere o por tradición o por invención o descubrimiento. Luego es necesaria la **docilidad** a la enseñanza y la **solercia** o agilidad mental para la propia pesquisa. Pero es necesario saber usar este conocimiento para llegar a conocer otras cosas lo que supone el **razonamiento**. Ahora bien, estos requisitos bastan para la dimensión cognoscitiva, pero se necesitan algunos más para su aspecto fundamental, el preceptivo. Primero, saber ordenar los medios al fin lo que es propio de la **providencia**, luego, tener en cuenta las circunstancias lo que corresponde a la **circunspección** y por fin, evitar los obstáculos que se puedan oponer lo que es obra de la **cautela**.

Para Palacios, la providencia es la parte principal de la prudencia. En cambio Pieper señala a la memoria, la docilidad y la solercia. Por mi parte, quiero subrayar la importancia del conocimiento de la realidad, en especial para la prudencia jurídica, ya que como dijimos, el derecho se fundamenta en los hechos. Por esta razón todo jurista o aplicador del derecho deberá poner especial énfasis en su conocimiento.

Veamos algunas consideraciones sobre cada uno de estas condiciones o virtudes conexas.

Memoria o experiencia de la vida. Dice Fernández Sabaté que en principio toda experiencia es personal; sin embargo, mediante el consejo puede ser transferido en parte a otros. Se ha dicho que la historia es la maestra de la vida. En el Martín Fierro se lee que “el diablo sabe por diablo pero más sabe por viejo”. Sin embargo, el imprudente no aprovecha ni de la

experiencia propia ni de la ajena. Por eso se ha dicho que el hombre es el único animal que tropieza dos veces con la misma piedra y que hay gente que no tiene una experiencia de treinta años sino de un año repetida treinta veces. Debe, por fin, tenerse en cuenta que el falseamiento del recuerdo estimulado por las pasiones es la más típica forma de perversión de la prudencia (43). Su importancia se acrece cuando se considera que los principios absolutos y necesarios no son útiles en la vida diaria, porque de lo necesario no se puede deducir lo contingente y sólo por la memoria se sabe lo que sucede lo común de las veces.

Docilidad

El prudente habla poco y escucha mucho (44). En las cosas que atañen a la prudencia nadie hay que se basta a si mismo (Santo Tomás). "El que se aconseje a si mismo tiene por consejero a un necio". La prudencia nos hace reconocer nuestra propia insuficiencia, especialmente en los grandes problemas de la vida y nos vuelve dóciles al consejo de los ancianos. Por eso la soberbia vuelve al hombre imprudente, porque le hace creer que puede bastarse a si mismo y rechazar con altanería las sugerencias de quienes le pueden guiar. "No te apoyes en tu prudencia" (45). "Los antiguos sumerios decían que los dioses se reunían en asamblea para preguntarse entre sí" (46).

Inteligencia de las cosas presentes

Si se tiene presente que la prudencia busca suministrar los medios para la acción concreta se comprende sin dificultad la gran importancia de este requisito.

Sólo conociendo la realidad, presente se pueden escogitar bien los medios. Veamos un ejemplo: (Ver apéndice)

La circunspección del entorno

Circunspección viene del circum - spicere, que significa mirar en torno. Supone, por lo tanto, tener en cuenta las circunstancias concretas de la acción, porque en razón de ellas podría resultar oportuno. Así en circunstancias de gran corrupción no castigar con severidad por parte de un juez una inmoralidad administrativa aduciendo su levedad puede ser una imprudencia por el efecto desmoralizador sobre las costumbres.

El razonamiento

Razonar es inferir de un hecho, otros hechos, es aplicar los principios generales a los casos particulares. Desde el punto de vista lógico esto ocurre mediante la deducción o el silogismo (47). Por deficiencia de su inteligencia el hombre debe recurrir a su razón.

A la exigencia de razón nos referimos cuando exhortamos a una persona para que sea juiciosa y razonable. Ello se explica porque la razón es susceptible de mejor utilización (48).

Solercia

Por ella el hombre al habérselas con lo súbito, no cierra los ojos y se arroja a ciegas a la acción, sino que se halla dispuesto a afrontar la realidad con miradas abiertas y a decidirse por el bien venciendo toda tentación de injusticia, cobardía, e intemperancia. Es la objetividad ante lo inesperado (49).

Supone imaginación y audacia imaginativa. Casi se confunde con la providencia, pero se diferencia en que resuelve los problemas con rapidez e imaginación (50). Es agilidad mental prontitud de ingenio. Esa que el juez o el abogado debe tener en audiencia ante el presunto falso testimonio de un testigo o en las incidencias de un juicio oral. (Ver apéndice)

La previsión o providencia

San Isidoro definía nominalmente al prudente como "porro videns", como sujeto perspicaz que "ve de lejos" (51) lo que muestra la estrecha relación que guarda la prudencia con la previsión. Pero la providencia no sólo prevé las consecuencias de un hecho sino que además provee de los medios para que se logre el fin propuesto. El jurista y en especial el juez y el legislador, deben saber prever con cierta aproximación las posibles consecuencias de sus sentencias y leyes. Por ello la providencia jurídica, si no tan excelsa como la política, es, sin embargo, muy noble e importante. (Ver apéndice)

La cautela o precaución.

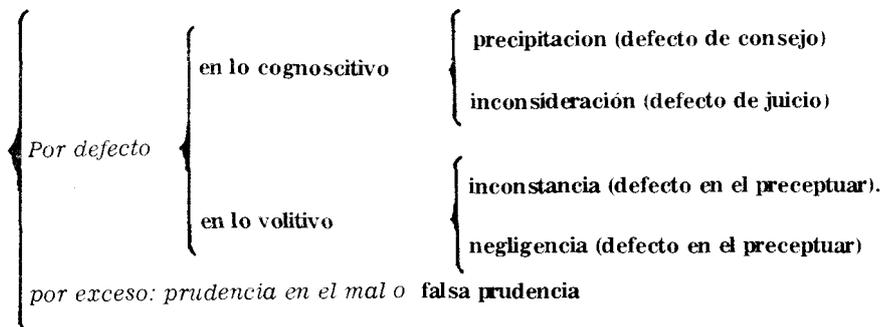
No basta conocer los medios adecuados para un fin y las circunstancias que los vuelven propicios o inconvenientes, es además necesario precaverse de los obstáculos externos que pueden sobrevenir y éste es el oficio de la cautela. Es, pues, la capacidad de superar los obstáculos. Un juez dispuesto a ser justo a todo trance sería incauto si aceptara atenciones y obsequios, especialmente valiosos, de parte de algún abogado. Como sugiere Palacios (52) el único remedio radical para evitar los engaños, las apariencias de bien es instalar en la vida el desengaño de la muerte. "Acuérdate de tus postrimerías y nunca jamás pecarás" (53). El prudente comprende "que a veces es conveniente postergar la realización de algo o simplemente no hacerlo. Como dice el criollo, desensillar hasta que aclare. Es también propio de la cautela el saber conformarse con el mal menor. Lo mejor suele ser enemigo de lo bueno. El perfeccionismo suele resultar imprudente". (54). (Ver apéndice)

CAPITULO IV

La negación de la prudencia.

La ausencia de la prudencia constituye un vicio, es la imprudencia. Como todo vicio puede resultar por un exceso o por un defecto. Por defecto a su vez hay que distinguir la imprudencia que afecta a algún acto de la razón directiva (55) en su aspecto puramente cognoscitivo o en su aspecto volitivo. Por exceso, la imprudencia tiene lugar cuando el hombre en su afán desordenado de bienes temporales se preocupa en demasía por conseguirlos, descuidando bienes espirituales más importantes. Pero esta prudencia mal dirigida o “prudencia en el mal” es una falsa prudencia y ya la hemos estudiado.

Cuadro sinóptico de los tipos de **imprudencias**:



La precipitación.

Consiste en la imprudencia por falta de consulta. El precipitado o temerario acicateado por sus pasiones obra sin el debido conocimiento de la realidad. La precipitación parece importar cierta desordenada celeridad (56). Suele resultar, al menos en lo que respecta a la indocilidad —negarse a

recibir el consejo ajeno— de la soberbia. Quizá parezca que tal calificativo no se compadece con la imagen que todos tenemos de esa envidiable cualidad denominada “rapidez de acción”. Por eso no estará de más recordar que hay dos maneras de ser “rápido” o “lento”: al deliberar y la obrar. Si en la deliberación conviene demorarse, la acción deliberada debe ser rápida (57). Se debe ser lento en la deliberación, pero rápido en la acción.

“Este es un defecto propio de la vida actual debido a la velocidad con que se vive. Todos los que de algún modo tienen función dirigencial deberían ser sustraídos de las perturbaciones y agitaciones de la llamada civilización actual (58). Un ejemplo lo aclara: **El caso de los delitos de estupro.** (Ver apéndice)

La inconsideración.

Consiste en el defecto de juicio. Pieper la incluye dentro de la anterior y advierte que Santo Tomás al distinguirla supone un índice de la importancia que en su tiempo se otorgaba al fundamento cognoscitivo de la resolución prudencial. Este, por su parte, agregaba que la falta de precaución y de circunspección se incluyen en la inconsideración. Y hacía notar que uno falta en juzgar rectamente porque desprecia o descuida considerar las cosas, de las cuales procede el juicio recto. O sea, no tener en cuenta los posibles obstáculos o las circunstancias en las que se desarrolla su acción dan lugar a la inconsideración. Como sería el abogado que luego de estudiar pacientemente las pruebas que va a ofrecer cuando debe redactar el escrito lo hace con celeridad, sin juzgar lo suficiente si falta alguna, si no debió incluir más o menos testigos, etc.

Para Fernández Sabaté el prudente sabe tomar decisiones. El imprudente es un indeciso crónico. Luego quien se debate en un mundo de cavilaciones y llegado el momento no le queda más remedio que decidir y lo hace de golpe, recae en este vicio. (Ver apéndice)

La inconstancia.

“Este vicio malogra y corta el paso en su fase más decisiva al proceso de transformación del conocimiento de la verdad en la “orden” de la prudencia: la deliberación y el juicio caen al inútil abismo de lo infructuoso, en lugar de seguir su curso hasta alcanzar el momento definitivo del imperio” (59).

Consiste en no saber perseverar. En comenzar y dejar, es hacer un propósito, tomar una decisión y dejarla a medio camino. “De buenas intenciones está empedrado el camino del infierno”. Desistir de lo mejor para preferir lo peor es lo que supone la inconstancia. Más este apartamiento tiene su principio en la fuerza apetitiva; porque no retrocede alguno de un primer buen propósito, sino por algo que le agrada desordenadamente. Y sólo se consume por defecto de la razón, que se engaña al rechazar lo que antes había aceptado rectamente y porque pudiendo resistir al impulso de sus pasiones, si no las resiste es por propia debilidad (60).

Hace notar el santo doctor que la imprevisión y defecto de solercia y de inteligencia pertenecen a la inconstancia así como a la negligencia.

La negligencia.

La negligencia implica falta de la debida solicitud, no es resultado del desprecio, sino de cierta remisión de la voluntad por lo cual la razón no es inducida a mandar lo que debe o del modo como debe. La negligencia hace que se omita totalmente el acto debido o que carezca de alguna de las debidas circunstancias por lo que es privado de su bondad. Por ejemplo, el abogado que no ofrece pruebas o que las ofrece luego de término. O el juez moroso en las sentencias que es una de las más graves injusticias. Como efecto de la negligencia se omiten los actos exteriores. “El que tema a Dios, nada descuida” (61). “El liviano y el imprudente no guardan tiempo” (62). “La negligencia pertenece a la imprudencia por oposición a la prudencia”. Y esto aparece aún de su mismo nombre. Porque como dice San Isidoro, se dice negligente, como no eligente. La negligencia consiste en el defecto del acto interior, al cual también pertenece la elección. La negligencia tiene lugar acerca del acto de mandar, pero la falta proviene de la propia voluntad. En el inconstante, en cambio, falta en el mandar como impedido por alguno (63). La negligencia no es lo mismo que la pereza —tardanza en ejecutar— ni que la indolencia que es cierta remisión de la ejecución. (Ver apéndice)

Las causas de la imprudencia

Importa saber las causas que hacen a los hombres imprudentes, porque su conocimiento puede permitir tomar las debidas precauciones para no caer en ella.

Para ello tenemos que distinguir tres clases de vicios: 1) la negligencia que se origina en la acidia, que es tristeza agravante, esto es, que impide obrar al ánimo (64); 2) las falsas o aparentes prudencias que se originan en la avaricia; y 3) los otros tipos de imprudencias (la precipitación, la inconsideración y la inconstancia) que tienen su fuente en la lujuria.

La acidia

Es una tristeza profunda. Es el tedio en el bien obrar, y tristeza de las cosas espirituales (S.T. 1, 63, 2). Y es bien sabido que la tristeza impide el bien y predispone al mal. Y una de las razones es porque el hombre triste, como lo dice el santo, se siente sin ánimo para tomar decisiones o para obrar cayendo en la negligencia, o más exactamente en la indolencia.

La avaricia.

“Es querer para sí. Avaro es el que lo quiere todo para sí. La avaricia no se reduce al afán desordenado de dinero. Avaro es también el que no tiene tiempo para los demás; el que no presta atención a nadie, sino a si

mismo; el que se limita a esforzarse el mínimo indispensable. El mezquino es un espíritu pequeño en todo. La avaricia busca la propia utilidad” (65).

“Aunque usualmente se entienda por avaricia el amor desordenado de riquezas, el término está tomado aquí en un sentido más amplio. Por él hemos de entender el desmesurado afán de poseer cuantos bienes estime el hombre que puedan asegurar su grandeza y su dignidad. Delata la angustia proverbial de los viejos que no repara en nada que no brinde seguridad y garantía (66).

Se comprende fácilmente que el afán incontrolado de bienes temporales conduzca inevitablemente a la prudencia de lo material, a la astucia y a la solitud de lo temporal.

La lujuria.

La lujuria es el placer desordenado, el goce sensible sin el debido control. El hombre esclavo de sus apetitos pierde el dominio de su razón. La delectación corrompe más principalmente el juicio de la prudencia; y sobre todo la que tiene lugar en los placeres sensuales, que absorbe el alma entera y la arrastra al deleite sensible (67). Hay muchos tipos de lujurias: la ambición de poder; la iracundia, la licencia sexual, el afán de sobresalir, etc.

En conclusión, quien pretende ser prudente debe tener en cuenta que uno de los mejores medios para lograrlo es esforzarse por poseer las demás virtudes, en especial, la justicia. Cuanto más virtuoso se es, más fácil y mayor probabilidad hay de ser prudente.

CAPITULO V

Adquisición de la prudencia.

Siendo tan importante la prudencia, se nos plantea un interrogante: ¿Es ella congénita o adquirida? Y en este último caso, de qué recursos puede valerse el hombre para obtenerla o acrecentarla? Afirma Santo Tomás que parecería que la prudencia nos fuese inherente por naturaleza. Pero responde que, según Aristóteles, recibe ordinariamente de la enseñanza su formación y aumento, y, por lo tanto, necesita de la experiencia y del tiempo (68). Advierte que si bien los primeros principios universales son naturalmente conocidos, los otros principios universales posteriores no se poseen por naturaleza, sino por el descubrimiento a través de la experiencia o, por la enseñanza. En cuanto al conocimiento particular de las cosas que se refieren al fin en los asuntos humanos no están determinados sino que se diversifican de muchas maneras según la diversidad de las personas y negocios. Por lo cual, puesto que la inclinación de la naturaleza se refiere siempre a algo determinado, tal conocimiento no puede hallarse naturalmente en el hombre, aunque por la disposición natural uno sea más apto que otro para discernirlas, como sucede también respecto de las conclusiones de las ciencias especulativas. Luego, puesto que la prudencia no se refiere a los fines, sino a los medios conducentes al fin, síguese que la prudencia no es natural (69).

En definitiva, el hombre por naturaleza tiene una cierta aptitud mayor o menor para la prudencia, pero ella es fundamentalmente adquirida. Si esto es así, ¿Cuáles son los medios para adquirirla? Son los siguientes:

1) Por la **experiencia que da la vida**. Cuanto mayor la experiencia mayor la prudencia, pues mayor es la memoria. La vida da un saber que no se

adquiere en los libros. Hoy en día los jóvenes aprenden muchas cosas en la universidad y se creen mucho más sabios que sus padres. Sin duda tienen más ciencia, pero no más sabiduría. El saber de los pueblos captó este hecho desde épocas remotas y por eso sus gobernantes, que deben tener la máxima prudencia —la arquitectónica— pues se trata de la tarea que exige mayor responsabilidad, eran siempre ancianos. Ese es el sentido de los senadores. Y también de la exigencia de edad en cargos públicos de importancia.

2) la **enseñanza**, el consejo ajeno, de los hombres prudentes. Ya hemos visto que la prudencia exige docilidad en el operante y que es propia de los humildes que reconocen sus limitaciones. Sólo así se produce la unión sumisa con el verdadero conocimiento de la realidad de un espíritu superior. Sólo que supone un mínimo de prudencia para pedir consejo a quien es verdaderamente prudente y la capacidad de distinguir el consejo bueno del malo. Pero ambas cosas, son accesibles fácilmente a los humildes y virtuosos.

3) Por el **ejercicio de mandar rectamente** dice Santo Tomás (70), si la prudencia es una virtud supone la existencia del hábito y al hábito sólo se lo adquiere por la repetición de actos. Esto significa, en otras palabras, que no basta la larga vida para adquirir la prudencia, si no se ha sabido aprovechar la vida. Por el contrario, puede la larga vida ir unida a una mayor corrupción. Es necesario esforzarse en ir formando el hábito, no sólo fortaleciendo la voluntad, sino también reflexionando sobre los propios errores y conservándolos en la memoria para no reincidir en lo sucesivo. Ejercitándose en observar los hechos y reflexionar antes de obrar.

4) El **estudio** la reflexión, la meditación tanto sobre los actos propios como sobre los ajenos. Un medio, particularmente muy importante, consiste en la lectura y reflexión de la vida de los grandes hombres. El ejemplo de sus vidas ayuda sobremanera a adquirir la prudencia. Y naturalmente, también, por el acrecentamiento del saber en todos los aspectos de la realidad. La ciencia sola no hace al hombre prudente, pero sin duda es un auxiliar importante porque nos hace conocer como son los hechos sobre los cuales se va a dirigir nuestra acción.

5) Y un medio indirecto pero no menos eficaz, como lo hemos visto, consiste en esforzarse en **ser virtuoso**. Ya que hay una dependencia mutua de la prudencia con las demás virtudes —la prudencia regula e impulsa a las otras virtudes y ésta contribuyen a que el hombre sea prudente— todo hombre que quiera ser prudente deberá esforzarse por ser al mismo tiempo virtuoso. Los vicios son malos consejeros y un hombre cargado de lujuria, avaricia, cólera, soberbia, etc., jamás podrá obrar prudentemente.

La prudencia se adquiere mediante la repetición ordenada y perseverante de sus actos. Mientras la ciencia y la sabiduría que son virtudes especulativas que se adquieren por demostración y basta un solo acto en cuanto a la esencia del hábito, la prudencia no se adquiere sino por la costumbre, o sea, por el ejercicio repetido y prolongado de sus propios actos y, por la misma razón, la prudencia adquirida no se pierde por un solo acto contrario, sino por haberse contraído el mal hábito de un vicio opuesto a ella.

Una última observación. Las ciencias pertenecen al intelecto especulativo, pues su fin inmediato y específico es conocer, confiriendo al sujeto la habilidad o facilidad de ejecutar bien y expeditamente los actos del intelecto necesarios para captar exactamente su propio objeto. Por ejemplo, la matemáticas para calcular bien. No le dan, en cambio, el recto uso moral de sus facultades ni de sus hábitos. Por eso son separables de la bondad moral, como lo demuestra la experiencia universal. Puede, en consecuencia, un hombre pervertido ser eminente matemático o un filósofo genial. La ciencia hace buenos sabios y el arte buenos artistas, pero no necesariamente hombres buenos. El mucho estudio del derecho hará abogados eruditos y quizá hábiles y jueces cultos y sabios, pero no por sí buenos. En cambio, la prudencia al hacer prudente a su poseedor lo hace verdaderamente virtuoso, es decir, hombre moralmente bueno, porque es un hábito operativo de la razón práctica, inmediatamente ordenado a regular y dirigir todas las acciones humanas a su verdadero fin y no de una manera vaga e indeterminada, sino totalmente individual, concreta y circunstanciada. En consecuencia, la prudencia no puede ser inmoral, ni un hombre prudente puede ser moralmente perverso. De ahí que la habilidad para lograr fines delictivos o para medrar oscuramente en circunstancias convenientes no es prudencia, sino su falsificación.

Prudencia y justicia.

Actualmente es general afirmar que la virtud del jurista es la justicia, como si ella sola bastara para que el hombre que de alguna manera ejerce el oficio de atribuir a cada uno lo suyo, pudiera cumplir su cometido rectamente. Y, como acabamos de verlo, no es así. La justicia es esencial pero no suficiente. Ella debe ir unida a la prudencia. No en vano se titulaba en Roma a quienes enseñaban lo justo “jurisprudentes” y a sus respuestas “responsa prudentia”. Ambas unidades en una simbiosis inseparable hace del hombre un verdadero jurista. Sólo la prudencia le da a la justicia su medida y forma. El justo librado a su sola disposición volitiva sin la guía de la prudencia terminará cayendo en un extremo e inclinará desigualmente los platillos de la balanza. Jamás podrá encontrar el punto medio que conduce al equilibrio del reparto justo.

A su vez, no hay prudencia sin justicia. Si falta la inclinación íntima de dar lo propio a cada uno, la prudencia se falseará. El jurista inteligente, hábil y experto sin ánimo justo caerá inexorablemente en las garras de la astucia y mostrará en su comportamiento la deformación más grotesca y perversa de la prudencia. Pieper —citando a Santo Tomás— recuerda que “la corrupción de la justicia tiene dos causas, la falsa prudencia del sabio y la violencia del poderoso”.

Así pues, prudencia y justicia están más íntimamente ligadas de lo que pueda parecer a primera vista. La justicia es la capacidad de vivir en la verdad con el prójimo. Y ella es imposible sin el conocimiento objetivo de la realidad que es la prudencia. Sólo el hombre objetivo puede ser justo y la falta de objetividad supone una injusticia. Lo primero que se exige al hombre que haya de ser justo es que prescindiera de sí mismo.

Cuanto un juez desconoce la función de la prudencia y quiere guiarse exclusivamente por su sentimiento de justicia cae en lamentables extravíos. Enfrentado con las leyes y con la necesidad de desentrañar su sentido recurre a procedimientos puramente lógicos en la creencia de que bastan para asegurar que se pueda dar lo que corresponda a cada uno.

Veamos un ejemplo (71). Un auto es robado de una estación de servicio a donde fue llevado para lavado y engrase. Se probó luego, que el robo había resultado de la negligencia del personal de la estación de servicio. Tiempo después la policía lo ubicó abandonado pero con daños producidos por un choque. El propietario del auto reclama al dueño de la estación de servicios por indemnización por el tiempo en que se vio privado de su uso y por los daños sufridos. La Cámara Civil en su fallo razonó así: en materia contractual si se produce un daño por culpa, sólo se responde por las consecuencias inmediatas (art. 520 del Código Civil). En el caso bajo examen las consecuencias inmediatas han consistido en la privación del uso del automóvil durante un lapso. En cambio, las averías son consecuencias mediatas. Luego, y tratándose de una relación contractual corresponde sólo indemnizar las primeras. Ha habido, pues la aplicación de una lógica rigurosa al caso, pero el resultado es injusto. En efecto, el dueño del taller habría respondido por el valor total del auto si no hubiera sido encontrado, pero como fue recuperado no responde por los daños sufridos. Es arbitrario y contrario al sentido común que se responda por un daño mayor y no por otro menor.

Sí, por el contrario, el juez desechando el criterio exclusivamente lógico y animado del espíritu de prudencia hubiera intentado bucear en las disposiciones legales para encontrar otra norma que resuelva más equitativamente la cuestión podría haber recurrido a las disposiciones del depósito (art. 2210 del C.C.) ya que se puede entender que al entregar el auto para su limpieza se realizó este tipo de contrato. Ahora bien, el depositario debe restituir la misma cosa depositada en su estado anterior y responde por los daños producidos por su culpa. Debe, en consecuencia, indemnizar los daños causados al auto. De este modo el dilema que plantea el caso es: aplicar las normas que rigen la culpa en materia contractual o las que versan sobre el depósito. Seguir la primera alternativa es cuestión de lógica, la otra opción es materia de prudencia.

Aplicaciones procesales.

Nuestro Derecho Procesal ha sancionado dos formas de imprudencia: la malicia y la temeridad. La **temeridad** desde un punto de vista general es una acción inconsiderada e imprudente. Opinión aventurada y con poco fundamento. Arrojo e intrepidez con que se desafían ciegamente los peli-gros.

Desde el punto de vista jurídico es la maliciosa intención de un litigante que sin que le asista la razón ni la ley se empeña en contiendas judiciales, exigiendo lo que no le corresponde o negando lo que en justicia procede.

Es la actitud del “litigante” que declara pretensiones o defensas cuya falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. Es la actuación procesal que se cumple con la conciencia de la propia sinrazón (72).

Malicia, es la inclinación a causar daño, pero con habilidad y finura. Especie de bellaquería o solapada astucia con que se dice o se hace alguna cosa, ocultando la intención que lo motiva, el fondo de que procede y el blanco a que se dirige el dicho o hecho en cuestión. La propiedad de la malicia es la destreza. Jurídicamente lo que transgrede la malicia son los deberes de lealtad, probidad y buena fe. El litigante que opone injustificada resistencia a la marcha del proceso, mediante la realización de actos tendientes a obstruir o dilatar su curso normal, tales como la promoción de incidentes o la deducción de recursos manifiestamente inadmisibles. Es equiparable al dolo civil (73).

Malicia y temeridad en el Código de Procedimientos Nacional. A través de la historia se ha observado la violación de ciertos principios éticos en la contienda judicial. No podía desentenderse de ellos el Derecho Procesal. Entre estas violaciones se cuentan la falta de buena fe, de lealtad, y probidad. La violación de estos principios morales se manifiestan en los estrado judiciales en forma de inconducta. Se puede observar atrevidas e imprudentes defensas, audacia, argucias ingeniosas pero deshonestas, ignorancia acreditada para conseguir provechos indebidos, tan evidentemente aprovechados que levantan la indignación de la sociedad. Presentar pruebas superfluas a realizarse en lejanía o en el exterior, cuando son inútiles. Se apela una y mil veces con el fin de entorpecer el proceso. Se presentan testigos falsos, escritos sin copia o sin firma de letrado, se invocan enfermedades inexistentes para suspender audiencias. Esta demora en el proceso además de los inconvenientes que produce en el normal desenvolvimiento de la causa, constituye todo un sistema para aquellos aventajados letrados que se van asegurando gracias a estos incidentes y demoras sus honorarios como si fueran efectivamente un sueldo por cada mes que transcurre el pleito. Esto se debe a la poca conciencia profesional y su tolerancia o connivencia con las incorrectas maniobras de las partes, a la intolerancia y disimulo por parte de los jueces que transigen con las transgresiones cometidas por las partes contra las instituciones o normas que lo rigen y que están obligados a obedecer y cumplir. A esto se suma la ineficaz acción disciplinaria de los organismos profesionales (Colegio de Abogados).

Por ello este principio ético de probidad, lealtad y buena fe, ha sido tenido en cuenta por nuestro derecho positivo convirtiéndose de deber moral en jurídico —y también por la jurisprudencia— para los litigantes y los profesionales.

En nuestro país el Decreto ley 4777/63 sancionaba algunas formas de deslealtad procesal. Pero es sobre todo el Código de Justicia Federal el que contiene un sistema orgánico de represión de esa inconducta, al cual ha seguido el Código de Procedimientos de nuestra provincia.

El art. 34 inc. 5to. d, da al juez poder de prevenir y sancionar todo acto.

contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe. El inc. 6to. lo obliga a declarar en oportunidad de dictar sentencia definitiva la temeridad o malicia en que hubieren incurrido los litigantes o profesionales intervinientes. Y el art. 45 indica la multa imponible a los violadores.

El Código Proc. en diversos artículos especifica procedimientos maliciosos:

1) Recusación maliciosa (art. 29).

2) Falsa afirmación de que se ignora el domicilio para obtener la notificación por edictos (art. 145).

3) Responsabilidad por el incumplimiento de actos tendientes a la producción de una diligencia preliminar, o por dar informaciones falsas o erróneas o, por ocultar los instrumentos o cosas cuya exhibición se hubiera requerido (art. 329).

4) Desconocimiento malicioso de firma en la preparación de la vía ejecutiva (art. 528).

5) Obstrucción del trámite del juicio ejecutivo (art. 551).

6) Dilación innecesaria en el cumplimiento de la sentencia de remate (art. 374).

7) Solicitud de plazo extraordinario de prueba con fin exclusivamente dilatorio (art. 374).

Art. 374 Cargo de las Costas. Cuando ambos litigantes hayan solicitado el plazo extraordinario, las costas serán satisfechas en la misma forma que las demás del pleito. Pero si se hubiese concedido a uno solo y éste no ejecutare la prueba que hubiese propuesto, abonará todas las costas, incluso los gastos en que haya incurrido la otra parte para hacerse representar donde debieron practicarse las diligencias.

Podrá también ser condenado a pagar a su colitigante una multa. Por ejemplo: se entabla un juicio por desalojo que se tramita en la provincia de Santiago del Estero. Según el procedimiento especial que determina la ley, le corresponde el plazo ordinario para la producción y ofrecimiento de pruebas, que de acuerdo al art. 367 es fijado por el juez, pero no puede exceder de 40 días. Una de las partes a los fines de prolongar el proceso y por lo tanto su derrota, ofrece testigos que tienen que declarar fuera del país o en un lugar muy distanciado, por ejemplo en las islas Malvinas, con ello consigue que el juez le otorgue un plazo extraordinario (art. 369). Lo que obliga a la otra parte a nombrar un letrado en las islas Malvinas a los fines de verificar la existencia de los testigos, como así también el normal desarrollo de los actos procesales, lo que significa un desembolso económico innecesario. Si una vez vencido el plazo no se ejecutan las pruebas propuestas, se aplica lo dispuesto en el art. 374, 2do. párrafo.

Casos de jurisprudencia: temeridad y malicia.

1) La multa que prevé el art. 551, párrafo 2do., del Código Procesal no está en pugna con el derecho de defensa en juicio consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional, desde que los litigantes pueden interponer los juicios ejecutivos todas las defensas que consideren hacen a sus derechos, sancionándose únicamente la articulación de cuestiones manifiestamente

improcedentes, que obstruyen el curso normal del proceso o demoren injustificadamente su trámite (74).

2) Si el ejecutado opuso la excepción de falsedad, fundado en que la firma que se le atribuye, inserta en el endoso del pagaré no le pertenecía, sosteniendo el efecto que la misma había sido “falsa y burdamente adulterada”, y tales circunstancias quedaron plenamente desvirtuadas mediante pericia caligráfica, de la cual surge que dicha firma es de puño y letra y, por consiguiente, auténtica (75).

Casos en que no existe temeridad y malicia.

1) Fundar la conducta temeraria y maliciosa del litigante en el hecho de que casi todas sus articulaciones hayan sido rechazadas y desestimados los recursos interpuestos, importaría una gravísima lesión a la garantía constitucional de la defensa, no es por cierto el criterio que inspira la norma moralizadora del art. 34, inc. 6to., del Código Procesal. (76).

Conclusión.

La ignorancia, la subestimación cuando no el desprecio o la deformación de la prudencia están actualmente difundidos en el vulgo, pero, sobre todo, lo que es grave, en los propios juristas. Por eso y por la fundamental importancia en si y por el rol que desempeña para la concreción de la justicia todo aquello que contribuye a hacerla conocer, como también las reglas y condiciones que está sujeta, los obstáculos que le acechan y la forma de adquirirla debe ser bienvenido.

¿Cuántos abogados, por ejemplo, ignoran la importancia de la jurisprudencia y no se preocupan por conocerla ni por difundirla en sus demandas o alegatos? ¿Qué juez comprende la necesidad de buscar consejo en los asuntos complejos e insólitos que a veces se le plantean? ¿Qué doctrinario sabe que su función no es aconsejar y enseñar la aplicación literal de la ley cuando ella da un resultado injusto, sino propugnar una aplicación prudencial, porque se trata de un reparto y es menester tener en cuenta lo suyo de ambas partes? ¿Se tiene conciencia de que la justicia de uno no puede entronizarse sobre la injusticia de otro?

Es relativamente fácil establecer los grandes principios jurídicos, pero hacer justicia en un caso concreto es una faena laboriosa e inquietante, si bien apasionante. No faltan juristas que ignoran que el proceso no es una actividad superflua y fastidiosa que hay que tratar de eliminar a toda costa. Que es el resultado de la condición humana y de la naturaleza de las cosas. Hay quienes sueñan con la utopía de la aplicación de computadoras a los litigios con lo cual —se cree— los jueces serán innecesarios, desaparecerá el proceso y se tendrá la solución en forma instantánea y económica. Por el contrario, hay que convencerse de que el proceso es la operación en la que nace el derecho. El proceso es el partero del derecho. Lo que corresponde es perfeccionarlo, pero no eliminarlo. Se lo debe hacer más rápido y más eficiente sin que desaparezcan sus garantías de justicia. Y ella constituye una tarea de la prudencia.

La doctrina de la prudencia enseña que el juez no se debe dejar llevar por su sola intuición y que el requisito de fundar la sentencia no es un justificativo inútil, sino que lo obliga a repensar racionalmente para que su punto de vista sea aceptado por todos y produzca una paz efectiva. Enseña también la conveniencia de la multiplicidad de instancias y la colegialidad de los tribunales porque ambos permiten el diálogo. De ella se desprende también la importancia del buen control de las pruebas por parte del juez. De no dejar, en la medida de lo posible, su producción en manos de empleados subalternos por muy experimentados que sean, pero incapaces de interpretar, vigilar y discernir su veracidad. Porque ellas a la larga son decisivas para el rumbo de la sentencia.

Por fin la doctrina de la prudencia hace comprender al juez que antes de dictar sentencia debe intentar prever las consecuencias, no sólo individuales, sino también sociales de ella, porque ellas integran la noción de justicia, que debe castigar sin contemplaciones la negligencia de los litigantes, todo tipo de imprudencias y, en especial, la falsa prudencia con la que se suele revestir la deslealtad. Y en especial, que si quiere ser verdaderamente justo no basta con la sola intención, sino que es necesario llevar una vida irreprochable, porque cualquier vicio —el juego, la bebida, la soberbia, la vida licenciosa, etc.—, repercute inexorablemente en la conducta y conduce frecuentemente a injusticias inconscientes.

NOTAS

- 1) J. Pieper. "Las virtudes fundamentales". Editorial Rial, Madrid, 1980, Pág. 34.
- 2) J. Pieper Ob. Cit. Pág. 35.
- 3) C. I. Massini "La Prudencia Jurídica". Revista Prudentia N. IV. Pág. 23.
- 4) Santo Tomás. Summa Teológica. II - II, Questión 47, Art. 8.
- 5) L. E. Palacios "La Prudencia Política". Editorial Gredos Madrid, 1978, Pág. 18.
- 6) G. Kalinowski "Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, Pág. 130.
- 7) Massini, Ob. Cit. N° IV, Pág. 28.
- 8) S. Tomás. ST. II - II, q 47. a 13.
- 9) Pieper. Ob. Cit. Pág. 68.
- 10) Ob. Cit. Pág. 135.
- 11) Palacios. Ob. Cit. Pág. 63.
- 12) Pieper. Ob. Cit.
- 13) Pieper. Ob. Cit.
- 14) El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás. Bs. As. 1953, Pág. 118, 121, passim.
- 15) Introducción a la lógica jurídica. Eudeba. Bs. As. 1973, Pág. 169 y 178.
- 16) Concepto . . . Pág. 139.
- 17) ST, II - II, q 47 a. 8.
- 18) Massini, Ob. Cit. N° V, Pág. 20.
- 19) ST. II - II q 48 a 3.
- 20) ST I - II q 14 a 1 y 5.
- 21) Ob. Cit. N° V Pág. 24.
- 22) ST II - II q 49 a 1.
- 23) Massini, Ob. Cit. N° 5, Pág. 25.
- 24) Santo Tomás. ST II - II q 49 a 3.
- 25) Massini, Ob. Cit. N° IV, Pág. 29.
- 26) Citado por E. Fernández Sabaté en La Prudencia. Fac. de Derecho de la UNT.
- 27) Fernández Sabaté, Ob. Cit. Pág. 29.
- 28) S. Tomás. ST II - II q 47 a 3.
- 29) ST II - II q 47 a 8.
- 30) Fernández Sabaté. Ob. Cit. Pág. 30.
- 31) Etica a Nicomaco III, 5, 1114 a 1132.
- 32) Palacios. Ob. Cit. Pág. 71.
- 33) Concepto . . . Pág. 133 y 134.
- 33 bis) Ob. Cit. Pág. 75.
- 34) Kalinowski. Introducción . . . Pág. 165.

- 34 bis) Ob. Cit. Nº IV, Pág. 31.
- 35) Kalinowski, Introducción... Pág. 148.
- 36) Introducción... Pág. 185.
- 37) Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Depalma. Bs. As. 1962, Pág. 64.
- 38) Ob. Cit. Nº IV Pág. 33.
- 39) Kalinowski, El problema de la verdad en la moral y en el derecho. Eudeba, Bs. As. Pág. 131.
- 40) Concepto... Pág. 139.
- 41) Ob. Cit. Pág. 107.
- 42) Ob. Cit. Nº 4 Pág. 34.
- 43) Pieper. Ob. Cit. Pág. 48.
- 44) Fernández Sabaté, Ob. Cit.
- 45) Proverbios III, 5.
- 46) Fernández Sabaté, Ob. Cit.
- 47) Fernández Sabaté, Ob. Cit. Pág. 36.
- 48) Palacios, Ob. Cit. Pág. 134.
- 49) Pieper, Ob. Cit. Pág. 50.
- 50) Fernández Sabaté, Ob. Cit. 37.
- 51) Palacios, Ob. Cit. Pág. 135.
- 52) Ob. Cit. Pág. 143.
- 53) Eclesiastés VIII - 40.
- 54) Fernández Sabaté, Ob. Cit. Pág. 38.
- 55) Santo Tomás, ST II - II q 53 a 2.
- 56) ST II - II q 53 a 3.
- 57) Pieper, Ob. Cit. Pág. 45.
- 58) Fernández Sabaté, Ob. Cit. Pág. 43.
- 59) Pieper, Ob. Cit. Pág. 46.
- 60) S. Tomás, ST II - II q 53 a 5.
- 61) Eclesiastés, 7, 19.
- 62) Eclesiastés, 20, 7.
- 63) ST II - II q 54 a 1, 2 y 3.
- 64) ST II - II q 54 a 2. Según S. Tomás la acidia causa la indolencia y no precisamente la negligencia, pero como de todos modos por omisión es causa de imprudencia, entendemos que corresponde hacerlo resaltar.
- 65) Fernández Sabaté, Ob. Cit. Pág. 44.
- 66) Pieper, Ob. Cit. Pág. 55 y 56.
- 67) S. Tomás, ST II - II q 53 a 6.
- 68) S. Tomás, ST II - II q 47 a 15.
- 69) S. Tomás, ST II - II q 47 a 15.
- 70) S. Tomás, ST II - II q 47 a 16.
- 71) "La lógica y la justicia" G. Borda, LL 14 - 12 - 82.
- 72) Palacios, L.E. Manual de Derecho Procesal, T I Pág. 248.
- 73) Palacios, L.E. Ob. Cit. T I Pág. 248 y sig.
- 74) CNCIV Sala A, marzo 28 - 969 ED,
27 - 283, fallo 13.805; setiembre 20 - 968 ED, 26 - 358, fallo 14.277.
- 75) CNCOM, Sala A, febrero 17 - 967, Navas Eduardo c/Valentini Mariano.
- 76) CNCIV Sala D, octubre 2 - 968 ED 25 - 673, fallo 12.998.
- 77) "Razonable denegación de una venia matrimonial" JA, J. Mazzini, LL 10 - 8 - 82.
- 78) "La separación de los hijos en un caso de tenencia". J.A. Mazzinghi, LL 16 - 2 - 82 CC Sala C 81 B.J.N. C.B. de B.J.R.
- 79) "Otra vez sobre la circular 1050 y otros padecimientos indexatorios" LL 24 - 3 - 82.
- 80) "Derecho de opción para salir del país por parte del arrestado durante el estado de sitio" Caso Moya. G. Bidart Campos ED 15 - 6 - 81.
- 81) El Liberal, 13 - 5 - 82.
- 82) "La sanción de arresto por infracciones a las normas tributarias" M.A. Ekmekdjian LL 1 - 3 y ED, 25 - 11 - 81, J. Cintas.
- 83) "Defensa en juicio y sentencia en tiempo razonable" N. González y J.R. González Novillo LL, 1 - 2 - 81, Baliarda José y otros CS.

APENDICE

Para mejor comprensión de las características de la prudencia, damos a continuación una serie de casos jurisprudenciales comentados por especialistas, a los cuales agregamos nosotros algunas consideraciones más:

Ejemplo de inteligencia de las cosas presentes

Los tribunales de primera y segunda instancia han coincidido en negar la venia requerida por una menor de 17 años, que aspira a casarse con un hombre de 43, que durante largo tiempo fue concubino de la madre de aquella. Puede inducir a conceder aquella venia el argumento de que existiendo una unión estable entre el hombre en cuestión y la menor solicitante, la autorización para que ésta y aquel se casen sería una manera de legitimar la unión. Negarle la autorización parece, por el contrario, condenarla a vivir en concubinato. Pero para otorgar la venia los tribunales tendrían que rendirse ante los hechos consumados, pasando por aïto lo siguiente:

a) Que el hombre con quien la joven pide casarse es un delincuente condenado por la justicia de crimen, por el delito de estupro, del cual ella misma fue la víctima;

b) Que el hecho delictivo no ocurrió como resultado de un momento de arrebató, sino que se concretó en una situación estable y repugnante, como es el haber mantenido contemporáneamente relaciones con la madre y con la hija;

c) Que la libertad de decisión de la solicitante frente al matrimonio puede presumirse por lo demás endeble. Sus relaciones con el hombre en cuestión comenzaron —forzadamente o no— cuando ella era una menor impuber, y en el ámbito de su propia casa, lo que reduce hasta el extremo la posibilidad de otras opciones;

d) Que el padre legítimo se ha opuesto a que se conceda la venia, pese a que lo ha hecho de manera discontinua y poco eficaz procesalmente. Pero para juzgar estos defectos de su actitud debe tenerse en cuenta el nivel cultural en que se desenvuelve este drama. Y a un hombre modesto, aban-

donado por su mujer y apartado de su hija no se le puede exigir una presencia activa en el proceso donde se debate la venia matrimonial de esta última.

Concluye Mazzinghi: “los jueces se han visto en la necesidad de ocupar el puesto que en una familia bien constituida hubiera correspondido al titular de la paternidad. Conceder la venia implicaría la responsabilidad de ligar a una chica de 17 años con un hombre pervertido de 43 para toda la vida. El respeto que merece el vínculo matrimonial requiere prudencia en la autorización para celebrarlo lo que exige un mínimo de posibilidades que permitan prever un desarrollo normal de la relación”. (77)

Ejemplo de solercia

Un caso que nos parece ejemplar es el siguiente: (50 bis).

Un matrimonio se separa y se adjudica la tenencia de los tres hijos menores —dos mujeres y un varón— a la madre por sentencia de primera instancia. El padre consiente, pero apela al Asesor de Menores. Ambos progenitores se han unido a otra pareja y el hijo de doce años a quien la relación de la madre con su concubino lo hace sentir incómodo, optó por vivir con su padre.

Por una parte la jurisprudencia ha insistido en que no conviene separar a los hermanos; que la tenencia debe ser acordada a uno u otro de los cónyuges, sin que los hijos se dividan como si fueran bienes gananciales. Y esto está conforme con el interés de los menores. La unión fraterna atenúa el dolor, la inseguridad y los conflictos que causa la ruptura familiar, mediante el mutuo apoyo que se brindan. Además, se orientan a mantener la situación en que se encuentran los menores sobre cuya suerte se decide y se inclinan a modificar esta situación sólo cuando median causas graves que así lo aconsejan.

Por la otra, el hijo varón se siente incómodo con la madre por la presencia del concubino. Y esta opción es avalada por la opinión de médicos y de asistentes sociales que revelan que no encuentran en la casa de la madre el ambiente más apropiado para su normal formación y desarrollo como persona. La madre, por su parte, aunque desea el retorno del hijo, quiere que sea voluntariamente y no por imposición. El padre, a su vez, persiste en el deseo de mantener al hijo consigo.

Ante este dilema la Cámara opta por conceder la tenencia al padre. Estima que es conveniente que en las actuales circunstancias el menor se quede con el padre, porque atento a la edad y el sexo y a las dificultades del diario convivir en casa de la madre, la relación más constante con el progenitor puede ser más positiva para su formación.

El Asesor de Menores de Cámara y el tribunal, han dado ejemplo de responsabilidad y prudencia. El primero al recoger una causa perdida ya que el padre no interpuso recurso, pero interesándose por el bien del menor. El segundo, al abandonar frente a un caso que así lo requería, las soluciones habituales, por la respuesta adecuada a las modalidades del problema.

Disponer la vuelta del hijo al hogar materno y exponerlo a los riesgos indicados habría sido una notoria imprudencia. La decisión supone coraje y realismo, y sirve al interés del menor cuya observancia constituye la regla de oro en materia de tenencia. (78)

Ejemplo de previsión o providencia

Las **leyes de marcas y señales** de la mayoría de las provincias están contra el art. 2412 del C.C., porque su aplicación a los semovientes ocasiona grandes dificultades. No protege suficientemente la propiedad del ganado: en un país extenso y con poca vigilancia favorece el abigeato. Y una ley provincial no puede derogar otra nacional. De hecho así ha ocurrido. Se han seguido dos sistemas: el que da a las marcas y señales fuerza absoluta para justificar la propiedad del ganado y el que les atribuye sólo fuerza relativa, al admitir prueba en contrario. Creemos que ha sido una actitud prudente de los legisladores provinciales y de los jueces que tratan de eludir la declaración de inconstitucionalidad.

Indexación y desindexación. El intenso proceso inflacionario que vive el país indujo a los jueces a proceder contra el texto expreso del art. 619 del C. Civil para evitar flagrantes injusticia recurriendo al art. 1198 que establece la consagración de la teoría de la imprevisión. Pero como los índices que se han tomado han incrementado la deuda —o el crédito, según se mire— en cifras desproporcionadas para el patrimonio del deudor se ha producido el fenómeno inverso: que el acreedor se beneficia en perjuicio del deudor. Por tal razón está teniendo lugar un viraje en la jurisprudencia que está incluso anulando los índices pactados y lo sustituye por otros más acordes con la justicia. Peyrano por ejemplo (51 bis) afirma: “Parece atinado, entonces, sugerir que tanto el legislador como el juez sean especialmente **prudentes** cuando les toque en suerte ponerse en contacto con la multifacética problemática engendrada por esta conflictiva circular 1050. Así por ejemplo, el juez debería ponderar muy especialmente las circunstancias del caso para eventualmente morigerar las resultas de la aplicación matemática de la circular en danza”.

Es interesante la conclusión “... en el mundo jurídico se vive la constante del caso concreto, entendiéndolo en el sentido de que adviene imposible acuñar “a priori” fórmulas abstractas para resolver todos y cada uno de los intringulis generados por un derecho eminentemente pretoriano, cual es el derecho indexatorio”. O sea, estamos en pleno reino de la prudencia. (79)

Ejemplo de cautela o precaución

Una persona es arrestada en 1975 —casi seis años antes de la sentencia—. Recién cuatro años después se promueve el proceso penal, porque era menester buscar antecedentes para encuadrar su conducta delictiva. En el proceso penal Moya fue sobreseído definitivamente por completa insuficiencia de medios probatorios para fundar y orientar la investigación de los

hechos denunciados. El PE procede al arresto político alegando que formaba parte de una banda de delincuentes terroristas que actuaba en la provincia de Tucumán. Durante su detención Moya solicitó dos veces salir del país y la opción fue denegada. Su petitotio judicial ofrece una alternativa, porque solicita salir del país o ser puesto bajo libertad vigilada, sin atacar de inconstitucional la ley 21.650, reglamentaria del derecho de opción.

La Corte enfoca el caso dentro de lo pedido, sin analizar la total libertad ambulatoria que no fue solicitada por el recurrente. El fallo da a entender que se tomaron en cuenta los casi seis años de arresto y las dos denegatorias de la opción para salir del país. Al mediar un sobreseñamiento definitivo en sede judicial el tribunal comprueba que hay una adecuada proporción —razonabilidad— entre las causas del estado de sitio y la restricción impuesta al arrestado, pero que no es razonable el rigor de la restricción —detención prolongada— y la peligrosidad del arrestado. Entre otras cosas cabe observar que:

a) el derecho de opción concilia las exigencias de la paz pública con las garantías de la libertad individual y permite no confundir las medidas de seguridad (arresto o traslado) con las penas;

b) el estado de sitio no suspende el derecho de opción, destinado precisamente a funcionar durante la vigencia de aquel. Este no admite ser convertido en un mero derecho de petición para salir del país que implique realmente la supresión de la garantía.

Sostiene Bidart Campos que la Corte ha elaborado con destreza y prudencia una solución justa al caso. Alude a las “actuales circunstancias del país”, a las “particulares circunstancias del caso”, a la menor peligrosidad del beneficiario. Son enfoques fácticos muy elocuentes en la búsqueda de la solución valiosa para el caso. No es una justicia en abstracto. Es una justicia con realismo.

Como el recurrente demandó por hábeas corpus salir del país o ser acogido al régimen de libertad vigilada, la sentencia se mueve rigurosamente dentro de ese marco. Y dispone que se facilite la salida en el plazo de quince días, si dentro de él no se transforma el arresto en libertad vigilada. Es decir, la Corte le deja elegir al P.E. una u otra medida y con cualquiera de ellas deja sin efecto el arresto.

El beneficiario actuó con realismo en su petitotio. No tachó de inconstitucionales ni las actas institucionales ni la ley reglamentaria de la opción, esquivando sagazmente un punto muy conflictivo para la Corte. Era previsible que no prosperaría una reclamación de inconstitucionalidad sobre un Acta, fuera porque la cuestión se reputara política y no judicial, fuera porque la Corte dijera que las Actas se integran a la Constitución, como lo afirmó otras veces.

Es de notar que en el mecanismo del art. 23 de la Constitución Nacional se da: a) arresto o traslado de personas; b) cesación absoluta de ellos por la opción para salir del territorio. No cabe alternativa entre la salida del país y un régimen aminorado de restricción a la libertad. El petitotio de Moya de salir del país o ser colocado en libertad vigilada, no tiene asidero en

la Constitución. Cuando la Corte decide el caso ciñéndose a ese petitorio y conjugando la Constitución con normas que no forman parte de ellas, salva lo más valioso de la libertad personal, pero tampoco encuadra la solución en la estrictez exclusiva del art. 23. En este no cabe opción o libertad vigilada, sino sólo opción para salir. Como la Corte no efectúa control de constitucionalidad de oficio y como en la causa el recurrente no sólo no cuestionó las normas extrañas a la Constitución, sino que se amparó en ellas para interponer su pretensión, la Corte las ha aplicado tratando de armonizarlas con la Constitución. Pero la solución justa no es exactamente la prevista en el art. 23. Conforme a éste, si el arresto es arbitrario o se lo deja sin efecto o se accede a la opción formulada para salir del país. No se puede soslayar —dice Bidart Campos— el hecho nada trivial que la Corte no antepone Actas a la Constitución para marginar la aplicación de ésta, sino que las compagina para preservar lo más valioso de la segunda.

Si el interesado sólo hubiera reclamado reemplazar la detención por la libertad vigilada y omitido la opción para salir del país el tribunal no hubiera podido suplir el petitorio omitido porque no puede introducir de oficio en la causa pretensiones que la parte no articuló. En cambio, como el petitorio abarca dos pretensiones alternativas, el tribunal tiene que llevar a cabo el enmarcamiento de ellas en el derecho vigente seleccionando el orden prelatorio de normas por sí mismo, con prescindencia de las normas a las que el recurrente acogió o remitió su solicitud: iura novit curia.

El sistema de libertad vigilada no es inconstitucional, porque es una variante moderada de las restricciones que, bajo denominación de arresto o traslado, prevé el art. 23. Lo inconstitucional es introducirle enmiendas al derecho de opción; es decir, agregarle a la norma: “u opción para salir, o tal otra cosa”.

Concluye Bidart Campos: “Este principio ortodoxo de doctrina no intenta disminuir la fortaleza prudente del fallo de la Corte, ni su sentido de justicia, tendiente a conseguir —a nuestro juicio— una descomprensión progresiva en el rigorismo del estado de sitio—”.

Un fallo aleccionador. Se observa la aplicación de la doctrina de la prudencia no sólo por el tribunal, sino lo que es más sugestivo, por parte del recurrente. Y, precisamente la prudencia del petitorio de éste permitió a la Corte dictar un fallo justo y realista ya que fue acatado por el P.E. Si se hubiera pedido lo que rigurosamente la Constitución imponía con toda seguridad no hubiera logrado salir del territorio argentino. Este caso, pone pues, de manifiesto, como la prudencia es previsión de las consecuencias, la cautela en prever los obstáculos, la circunspección al evaluar las circunstancias. Hay diligencia para dictar el fallo y la suficiente virtud para exponerse a una reacción agresiva del P.E., y producir el acto de imperio que terminó con la sentencia. (80)

Ejemplo de precipitación

Sucedió hace unos años en Monte Quemado. Dos jovencitas hijas de humildes trabajadores de la zona fueron víctimas de fríos y brutales vejámenes por parte de dos sujetos afincados en el pueblo. Aprehendidos y procesa-

dos salen en libertad a los pocos días pues son excarcelados bajo fianza personal. Al verlos en libertad a los autores del repugnante delito, los vecinos reaccionaron violentamente y el cura párroco escribió una nota que se publicó en el diario donde se preguntaba si había justicia en Santiago. El juez, a su vez, inició querrela por desacato contra el párroco. Consultados algunos profesionales por periodistas, respondieron que la medida del juez fue perfectamente legal debido a que aplicó lo dispuesto por la ley de excarcelación de la provincia.

El caso se cerró con un editorial del diario donde hizo notar que la inmediata libertad bajo fianza personal terminará sin la sanción ejemplarizadora de una condena que no se hará efectiva por archivo del expediente debido al exceso de trabajo del juzgado y a que se trata en definitiva de un delito menor frente al cúmulo de denuncias. Continúa el editorial parangonado el caso con el asesinato de Bonavena en los Estados Unidos en el que el juez impuso una fianza real de alto monto y se negó a reduciría. Ello se debió a que pensó que un criminal no puede andar suelto hasta que sea juzgado, pese a la ley escrita, que la ha cumplido, pero poniendo de su parte su espíritu de juez que vela por la tranquilidad pública y deseando que el proceso llegue a su fin. Se pregunta luego ¿qué pudo hacer el juez santiagués? Y contesta: aplicar la ley procesal como el juez norteamericano, concediendo la excarcelación bajo fianza real lo suficientemente alta como para que le cueste tanto cumplirla, que si lo hace le obligue a apresurar el proceso y llegar a la condena, que es lo que quiso el legislador. Porque debe tenerse presente la desilusión de los damnificados que no tienen medios para constituirse en parte civil damnificada y la demasiada liberalidad de nuestros legisladores en abrir las puertas de la cárcel, no jurídicamente, sino como gracia. Hay muchas maneras de hacer justicia. La ley penal quiere que se sancione a los culpables y para ello se lo debe obligar a que muevan el proceso, pues expedientes sin presos se archivan y se prescriben las causas.

He aquí un caso en que por exceso de trabajo un juez cayó en la falta de consejo. Y donde se ve claramente que las leyes siempre abren opciones cuya elección no debe ser producto de la lógica, de la sistemática del código o de algún otro argumento puramente legal, sino del espíritu de justicia animado por la prudencia.

Otro ejemplo: un juez aplicó una multa a un abogado por **temeridad procesal**. Este patrocinó a un hombre que solicitó amparo porque personas desconocidas entre risas lo llamaban "Beto" desde taxis, camiones y autos particulares. Sostuvo el magistrado que si bien el cliente pudo no percibir la absurda e ilegítimidad de su reclamo por los trastornos psicológicos o la obsesión persecutoria que manifiesta, no ocurre lo mismo con quien la ley habilita para el ejercicio de la abogacía. Agregó que la sanción debe recaer sólo en el letrado en virtud de su notorio desconocimiento del derecho y porque ha entorpecido la labor que despliega el juzgado con una petición de palmaria ilegítimidad (58 bis).

Para concluir resta hacer notar que Santo Tomás opina que la deficiencia en docilidad, memoria o razón es propio de la precipitación. (81)

Ejemplo de inconsideración

Creemos que nuestro legislador incurrió en este defecto en el siguiente caso: (58 bis).

Por ley 21.858 - 78 se dispone que se aplicará hasta treinta días de arresto al que luego de haber sido intimado en forma fehacientemente y reiterada la intimación no presentare declaraciones juradas dentro de los quince días..., hay luego otros casos. Ha habido fallos contradictorios. Algunos reconocieron la legalidad de la disposición. En autos Carcioffi c/ DGI JF de General Roca resuelve: revocar la sanción de arresto y dejar sin efecto la prohibición de salir del país. Los considerandos y reflexiones que merece son los siguientes:

Sostiene el juez que corresponde analizar si el medio elegido por la ley —el arresto— es o no razonable, esto es, proporcionado al fin que se pretende: un mejor cumplimiento de las obligaciones tributarias. Dice Ekmejdjian que la Corte de los Estados Unidos utiliza la relación de necesidad entre el fin perseguido y el medio elegido. El juez realiza un prolijo recuento de las presentaciones que en un año debe realizar un comerciante minorista ante organismos estatales llegando a contabilizar nada menos que ciento siete presentaciones. Luego, esto exige aún el contribuyente más modesto la contratación de un experto para mantener su relación con el fisco. Y llega a la conclusión de que no es razonable que la libertad física de una persona dependa del conocimiento y diligencias de un tercero “cuyo error u omisión más pequeño puedan causar el arresto de su cliente”. Termina declarando la inconstitucionalidad del art. 44 de la Ley 11.683 por irrazonable, es decir, violatoria del art. 28 de la Constitución Nacional.

El juez estima que la ponderación de la razonabilidad de las leyes debe efectuarse sobre datos objetivos, como la opinión pública y jurídica vigente en la comunidad sobre el tema de la ley, y también mediante la utilización de factores subjetivos del intérprete, como son su sensibilidad jurídica, sus ideas acerca del régimen político deseable, el conocimiento real que tenga sobre la situación social de su país, etc. Dice, además, que determinar si ante un hecho concreto la ley respetó o no el principio de razonabilidad es una cuestión de buen criterio —de prudencia, decimos nosotros— de recto juicio, de sensatez y de acertada visión de la vida. Y que no es posible considerar razonable el hecho de que para determinar, verificar y fiscalizar el cumplimiento de una obligación tributaria, se restrinja por parte del organismo recaudador, la libertad ambulatoria del particular. Ni es posible aceptar sin afectar elementales garantías constitucionales, una sanción de arresto aplicada para que el Estado pueda lograr objetivos de mejoramiento de la recaudación, que realiza mediante un sistema impositivo complejo, extenso, confuso y cambiante.

Ekmejdjian, por su parte, afirma que la falta de respeto por las garantías constitucionales, en el juzgamiento de las contravenciones administrativas, contrasta con su total observancia en el juzgamiento de los delitos, llegándose al hecho absurdo de que un procesado penalmente tiene muchas más garantías en su defensa, que un simple contraventor. Así en una causa por libramiento de cheque sin fondo se exige que los recaudos

referidos al diligenciamiento de un telegrama que contiene el aviso - interpelación que prevé la ley, requieren ser analizados con la mayor cautela por el juzgador..., la notificación de la respuesta bancaria de la que derivan gravísimas consecuencias, para el honor y la libertad de las personas, no puede entenderse suplida por una mera posibilidad aunque sea razonable y sobre tal base es imposible fundar una condena penal". En contraste, dijo un juez respecto de la carta de intimación de la DGI como recaudo previo al arresto establecido por la ley: "Al haber suministrado un domicilio a los fines impositivos, el sumariado correlativamente, debe adoptar las medidas necesarias para que, entre otras cosas, la correspondencia llegue a su poder" ¿Cómo se explica tal disparidad de tratamiento? Para una persona que libra un cheque sin fondos, la víctima del delito debe agotar los recaudos para que el delincuente conozca el rechazo bancario. En cambio, si se trata de un contribuyente, es éste quien debe procurar recibir su correspondencia fiscal. Acaso, ¿tanto en uno como en otro caso, no está en juego la libertad personal? O ¿quizá es más valiosa la libertad física de un delincuente que libra cheques sin fondo, que la de un contribuyente presunto deudor del fisco? Queda así evidenciada la imprudencia de las medidas adoptadas contra los contribuyentes con el fin de lograr que paguen sus impuestos. Los medios adoptados no son adecuados, hay una manifiesta imprudencia. (82)

Ejemplo de negligencia

He aquí un caso típico:

Se produce un choque de automóviles. Uno de los damnificados inicia juicio de daños y perjuicios contra el otro por ser supuestamente el culpable. En el curso del juicio queda fehacientemente probada la culpa del demandado, pero por negligencia el abogado de la demandante omite probar el monto de los daños. No se acompañan peritajes, ni presupuestos de algún taller de reparaciones. El juez —se trata de un proceso civil— entiende que no le corresponde suplir estas omisiones y no disponiendo del monto no condenada a pagar suma alguna. Se nos ocurre dos cosas: 1) el juez debió consignar expresamente en la sentencia la negligencia del abogado para permitir al cliente accionar contra él; 2) quizá pudo disponer valiéndose de sus facultades un peritaje como medida para mejor proveer, de modo de hacer justicia substancial y siguiendo la doctrina que debe prevalecer la verdad real sobre la verdad formal.

Otro caso interesante de negligencia judicial es el siguiente: (63 bis) "Defensa en juicio y sentencia en tiempo razonable".

En los considerandos se dice entre otras cosas: "En atención a que los hechos investigados se habrían cometido entre enero de 1957 y marzo de 1958, la acusación fiscal se produjo en 1969 y recién en 1977 se dio traslado al defensor apelante —ocho años después— se produce una tergiversación de los contenidos constitucionales básicos en lo referente a los derechos de la personalidad vinculadas a las declaraciones y garantías concernientes a la

administración de justicia y se ha llegado a frustrar prácticamente la acción punitiva del estado, debiendo por ello prevalecer sobre su consideración el interés jurídico del imputado y debe declararse extinguida por prescripción la acción penal deducida en el proceso (de la disidencia del Dr. Fariás).

“Si bien es cierto que la Corte Suprema ha establecido que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, también lo es que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley y, además, la verificación de los resultados a que su exégesis conduce en caso concreto”.

Es de notar que la Corte entendió que se produjo la prescripción no por la razón que da el Dr. Frías, sino porque se ha operado el plazo, ya que si bien la iniciación y tramitación del proceso judicial interrumpe la prescripción, debe ser entendida como sustanciación regular de los procedimientos. Por eso considera que “su sentido consiste en... otorgar efecto suspensivo a aquellos actos que impliquen respecto de cada uno de los recurrentes un avance de los procedimientos hacia la obtención de una sentencia definitiva firme, por lo que, para determinar si se encuentra prescripta o no la acción ejercida en esta causa, corresponderá acumular todos los lapsos comprendidos entre dichas actuaciones suspensivas que hayan tenido lugar desde la comisión del ilícito”. Como el inferior interpretó la norma de manera diferente dispone revocarla y la remisión de los autos para un nuevo pronunciamiento que concluirá con la consagración de la prescripción.

He aquí algunas consideraciones de los comentaristas: la justicia debe ser rápida o por lo menos oportuna. Una demora excesiva afecta tanto a la justicia como a la seguridad. Todo hombre tiene derecho, reconoce la Corte, a obtener en un lapso razonable la resolución judicial que decida su pretensión: saber si ciertas conductas son justas o no. La demora en este caso de veintidos años desde la comisión del ilícito desvirtúa a tal punto la función judicial, que debe reputarse “tergiversación” de lo que sería substancial en el proceso. Ello significa que ha perdido relevancia jurídica el veredicto, pues éste sería tardío. Transcurridos varios años no sólo la cuestión pierde actualidad y la sentencia pierde relevancia social, sino que significa mantener en forma indefinida una situación con el daño consiguiente.

En el caso *Mozzatti*, la Corte consideró que una duración desmesurada “es equiparable, sin duda, a una verdadera pena que no dimana de una sentencia condenatoria firme, y se sustenta sólo en una semiplena prueba de autoría y culpabilidad. Con ella se hace padecer física y normalmente al individuo, no porque haya delinquido, sino para saber si ha delinquido o no”. Al llegar a cierto punto del proceso, enseña Carnelutti, es necesario terminar. “El proceso no puede durar eternamente”.

La solución del caso no satisface totalmente a la justicia porque lo

mejor es determinar si un acusado es o no culpable. Pero la prudencia enseña que entre dos males hay que elegir el menor. La justicia bajo la dirección de la prudencia que ordena obrar razonablemente, impone el uso de discreción. Se echa de ver como la Corte encontró la solución justa del caso apoyándose en la prudencia, única manera de encontrar el justo medio para “afianzar la justicia”. Declarar la prescripción y terminar con la causa **realiza sin duda la justicia.**

Es de notar que al exigir por vía de interpretación para que se interrumpa la prescripción que la tramitación del proceso tenga una substanciación regular se realiza un acto de prudencia. Si la interrupción se produjera por la propia virtud del proceso nos encontraríamos con una norma ciertamente severa y omnipotente en cuanto la suspensión estaría a merced de la voluntad del juez o de la **“negligencia”** o lentitud de sus procedimientos o de los problemas que aquejan al tribunal para frenar su regular funcionamiento. Estos podrán justificar la conducta del juez pero no son suficientes para que en su virtud se vulnere la garantía de la defensa en juicio. (83)

CAPITULO V

Adquisición de la prudencia

	Pág.
Adquisición de la prudencia.....	28
Prudencia y justicia.....	30
Aplicaciones Procesales.....	31
Temeridad.....	31
Malicia.....	31
Malicia y temeridad en el Código de Procedimiento Nacional	32
Casos de jurisprudencia: temeridad y malicia	32
Casos en que no existe temeridad y malicia	34
Conclusión	34

APENDICE

Ejemplo de inteligencia de las cosas presentes	38
Ejemplo de solercia.....	39
Ejemplo de previsión o providencia	40
Ejemplo de cautela o precaución	40
Ejemplo de precipitación	42
Ejemplo de inconsideración.....	44
Ejemplo de negligencia.....	45

*Este libro se terminó de imprimir en los
talleres gráficos de Editorial EL LIBE-
RAL, en el mes de mayo de 1984.*