

# FORENSIC LINGUISTICS: EL LENGUAJE DEL ABOGADO EN LA EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO, DE LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS, DE LA PRAXIS Y DE LA TECNOLOGÍA<sup>1)</sup>

GUIDO ALPA

Profesor de la Universidad del Studi di Roma, "La sapienza".

## SUMARIO

I. El orden del discurso: 1. Los actos defensivos: 2. Los dictámenes, los contratos, los laudos arbitrales.- II. La Praxis.- III. El Derecho Comunitario y los Métodos Interpretativos.

## I. EL ORDEN DEL DISCURSO

Originariamente el título de este discurso ponía al lenguaje del abogado únicamente en confluencia con la evolución del ordenamiento jurídico y de los métodos interpretativos. Sin embargo, meditando el objeto del mismo, me he convencido de que la correlación está incompleta. Es necesario tener en cuenta otros factores que pueden influir sobre el lenguaje del abogado y, entre estos, parecen asumir particular relevancia la praxis (en particular las negociales, las tratativas, la redacción de actos propios del comercio internacional y de las operaciones económicas de significativa consistencia, no usuales o de *routine*) y la tecnología aplicada a los sistemas de comunicación del lenguaje oral y escrito de la cual se vale el abogado en el ejercicio de su actividad profesional.

No obstante, antes de tratar de modo distinto estas correlaciones, conviene abordar más aún en el lenguaje del abogado, en vista de que esta temática, también presente o desbordante en los libros para abogados de los siglos pasados, ha quedado al margen de los análisis del lenguaje jurídico: pues a menudo ha sido soslayada o drásticamente ignorada, y solo recientemente, gracias a los estudios de Bice Mortara Garavelli<sup>1)</sup> y a las iniciativas de Alarico Mariani Marini con el "Centro para la formación y actualización profesional de los abogados",<sup>2)</sup> llama la atención de estudiosos, profesionales y público en general.

Hablando del lenguaje del abogado y considerando las ahora múltiples actividades que son desarrolladas por quienes ejerciten esta profesión o, si se desea utilizar el lenguaje del derecho comunitario como *servizio*, es necesario preguntarse ante todo cuáles sean las finalidades y cuál sea el contexto del lenguaje usado. Es evidente, pero no siempre se lo articula de manera puntual, cómo tanto las finalidades como el contexto puedan variar y, por consiguiente, influir diversamente sobre el lenguaje, sobre la elección de los vocablos, sobre la organización de la frase, sobre las

<sup>1)</sup> El presente artículo ha sido traducido con autorización del autor por Nélvir Carretero Torres y revisado por Freddy Escobar Roca, miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS** hispanopaca. Originalmente publicado con el título "Forensic Linguistics": il linguaggio dell'avvocato nell'evoluzione dell'ordinamento, dei metodi interpretativi, delle prassi e della tecnologia". Agradecemos a Juan Espinosa Espinosa por su colaboración para la obtención del presente artículo.

<sup>2)</sup> *La parole e la giustizia. Dinamiche grammaticali e semantiche in testi giuridici italiani*. Torino, 2001.

<sup>3)</sup> Véase las ponencias presentadas en los Seminarios de la Abogacía (Roma, febrero-marzo 2000) organizados por el Consejo Nacional Ejecutivo y recogidos por Mariani Marini con presentación de Buccino bajo el título *Il linguaggio, la*

figuras retóricas empleadas, sobre el estilo adoptado, sobre la forma asignada al discurso, entre otros. Los analistas del lenguaje, y del lenguaje jurídico en particular, están muy atentos a estas distinciones. Ya que no es esta la sede para, ni yo estaré en grado de, exponer de manera completa y orgánica un análisis cuidadoso y profundo de las *finalidades* y de los *contextos*, trataré de ofrecer algunos ejemplos, confiando después a los cultores del análisis del lenguaje la tarea de referirse a inducciones o deducciones.

Debo anteponer una posterior advertencia: los ejemplos que daré son traídos del Derecho Civil y de los textos confiados a la escritura.

Considerando las actividades típicas del abogado moderno, y dejando las actividades por así decir *extra ordinem*, como la lectura de ponencias en congresos, la predisposición de textos legislativos para las comisiones ministeriales o para los *lobbies* parlamentarios, la redacción de actos societarios, y otros aun, es decir, todas aquellas ocupaciones que no constituyen el *core* de la actividad profesional forense, y que bien pueden ser desarrolladas por operadores pertenecientes a otras categorías profesionales, se pueden tomar en consideración: (i) los actos defensivos; (ii) los dictámenes; (iii) los contratos; y, (iv), los laudos arbitrales.

### 1. Los actos defensivos

A los actos defensivos se dedica la gran mayoría de abogados italianos, y sobre el acto defensivo se forja tanto la preparación para el aprendizaje profesional como la valoración en sede de examen para la habilitación profesional. Esta constatación de hecho debería inducir a creer que en los cursos de doctorado en jurisprudencia *in primis* y después en el ámbito del aprendizaje y de las escuelas de formación profesional, universitarias y forenses, se organicen cursos dirigidos a ilustrar modalidades y técnicas con las cuales redactar los actos; igualmente, debería abrirse sobre el mercado una amplia y rica literatura que tenga por objeto propio esta temática. No es así: si se hace una excepción para una revista dedicada específicamente a la formación profesional,<sup>3</sup> a otras hipótesis irregulares y fortuitas, a la publicación de los dictámenes de ilustres abogados, no solo no existen medios de comunicación, sino ni siquiera iniciativas mediante las cuales dar a conocer este específico saber profesional, que se transmite —cuando se transmite— todavía según el método medieval de las corporaciones de artes y oficios: el estudiante no se preocupa, ni se le obliga a ocuparse; el practicante se confía al *dominus* del estudio que lo ha acogido y, en todo caso, deberá proveer por sí, según el estilo que ha ido formando en el curso de los años a escribir textos no jurídicos y a convertirlo o a improvisarlo *ex vivo* para escribir textos jurídicos.

No se trata, ciertamente, de contenidos o de estilos dejados al caso: precisamente la *tradición*, la *imitación*, la *homologación* ayudan al practicante —y después al abogado— a componer el texto; pero mucho se deja a la inspiración individual.

Quien escribe el texto —nos enseñan los estudiosos del lenguaje— se pone el problema de las finalidades, o así como es advertido, y si no lo fuese, imitando o copiando, termina por realizar un producto como si hubiese sido compuesto para

*ambata, il verso*, Milán, 2001.

<sup>3</sup> *Studiaria* (véase, revisado por Alessio Zacaria, en el ámbito de una colección editada por Codan de PagineProccada y dirigida por Giorgio Chin y Claudia Orlarelli; otras revistas en circulación con la orientación de las escuelas forenses, están dedicando su atención y espacio a los subidos didácticos, como la *Nuova giurintrodotta figure*, editada en

alcanzar determinadas finalidades.<sup>4</sup>

Para los actos defensivos las finalidades son múltiples: por brevedad desearía resumirlas en la *persuasión* (*y/o* *convicción*), en la *argumentación*, en la *prueba*, en la *petición*.

Persuasión (es decir, el arte de transmitir las propias emociones para obtener confianza y asentimiento), convicción (es decir, el arte de convocar hacia las propias tesis y capturar el consenso), argumentación (es decir, el medio para justificar la propia tesis y llegar al consenso) están indisolublemente ligadas entre sí, o descienden de un tronco unitario, que se refiere al modo de colocarse de un sujeto respecto a otro o a un auditorio, y hacer que el primero a través del discurso o el diálogo alcance el resultado esperado.

Así Chaim Perelman nos advierte:

*"Aquel que argumenta no se dirige a aquellos que se suelen considerar como facultad, por ejemplo, la razón, las emociones, la voluntad: el orador se dirige al hombre en su totalidad pero, según los casos, la argumentación buscará suscitar efectos diferentes y utilizará cada vez métodos apropiados tanto al objeto del discurso como al tipo de auditorio sobre el cual se desea actuar. Así, un abogado, perorando una causa comercial o penal, política o de derecho común, de derecho privado o de derecho internacional público, y según la clase de tribunal que se trata de convencer, no utilizará ni el mismo estilo ni el mismo tipo de argumento. El único consejo, de orden general, que una teoría de la argumentación puede ofrecer en este caso es pedir al orador adaptarse a su auditorio."*

*¿Cuál es la naturaleza de este auditorio al cual se dirige la argumentación? En algunos casos la respuesta es evidente: el abogado que alega frente a un tribunal debe convencer a los jueces que lo conforman."*<sup>5</sup>

Sin embargo, cerca a la argumentación, ya los juristas del siglo pasado se ponían el problema del *comportamiento*, es decir, del *estilo profesional* entendido no como técnica de redacción de los actos de defensa, sino como estilo de vida, de vida profesional, desde el momento que el abogado, también inteligente y culto, no llegaría en su intento, sino fuese autorizado o apreciado o estimado, es decir, no tuviese la autoridad (también moral) para persuadir al juez. En un afortunado manual escrito por Cavalier L.D. Mayer, del Real Instituto de los Países Bajos, traducido por el abogado P. Liberatore y publicado en Nápoles en 1828, se lee a este propósito:

*"(...) para que el abogado obtenga la confianza y la estima de sus conciudadanos, es necesario que no degrade su profesión con el abogar cualquier causa; que se cuide de una sólida caducicia, que no se rebaje a labores mercenarias, no inspire ni honra nada de las superiores. La defensa de los derechos de un acusado, o de quien reclama intereses civiles debe ser totalmente libre, ni el juez puede restringir la duración de las avergas o interrumpir la palabra al orador, sin perjudicar a la defensa.<sup>6</sup> Pero aprovechando esta libertad, el abogado debe contentarse en ciertos límites. También presencie los hechos en el aspecto más favorable, desarrolle las circunstancias, deduzca las consecuencias, examine*

Córrige por De Ferrari.

<sup>4</sup> Por todos véase PERELMAN: *El discurso jurídico. Retórica e argumentación*. Tumb. 1981, pp. 25 y ss.

<sup>5</sup> PERELMAN: *Op. cit.*, pp. 24.

<sup>6</sup> En la misma página el autor anota: *"Autorizar al abogado a abogar la averga, a poner un límite a sus desarrazonadas acciones o inútiles, también a reservar el permiso de hablar a aquellos que abogan de este, es hacerlo dueño de imponer a cada parte, como a cada orador, las restricciones que más placieran."*

las disposiciones de ley, demuestre el sentido y la aplicación al caso, responda a las objeciones; abandone una causa sobre la justicia de la cual se hubiese engañado; no convierta el Foro en una liza en la cual la dignidad de las personas y de las instituciones, las costumbres de los individuos, los principios más sagrados puedan ser violados o despreciados: en una palabra esta libertad no debe degenerar en licencia. La injuria y las villanías no deben manchar los discursos del orador, ni la vil calumnia insinuarse en sus palabras, ni el vicio glorificarse de su defensa. Él debe respetar las autoridades constituidas y, sobre todo, el tribunal ante el cual habla, así como al público que lo escucha y las mismas partes interesadas.

Pero la ley es impotente en establecer las reglas propias para la conducta de un abogado. Solo el íntimo sentimiento de sus mismos deberes y el respeto de sí mismo pueden garantizar la libertad de la palabra de los abusos que parecen inseparables; y la ley no debe aplicarse más que para brotar y cultivar tales sentimientos. La consideración debida a los abogados en general, el establecimiento de una vinculación íntima entre todos aquellos que se destinan al foro, una especie de vigilancia sobre los miembros de este cuerpo atribuida no a la autoridad sino al cuerpo mismo, un reconocimiento público y formal de estos derechos: he aquí todo aquello que el legislador puede establecer para excitar aquella noble emulación que lexant el ánimo de los abogados, honra a aquellos que son dignos de este nombre, y contiene a aquellos que la pasión, el abuso de talentos, la vejez y vileza podían arrastrar a vituperables acciones.<sup>72</sup>

Siempre considerando el estilo, vale la pena traer a la memoria algunos pasajes de otro afortunado manual escrito para los estudiantes de Derecho y para los jóvenes abogados por A.M.J.J. Dupin, Doctor en Derecho en la Universidad de París, traducido por N. Vinaccia y publicado en Nápoles en 1831. Dupin, además de predisponer un resumen de las nociones fundamentales del derecho, un cuadro histórico del Derecho romano, medieval y francés, se preocupa de dar útiles sugerencias tanto a quien enseña el Derecho como a los estudiantes que deben prepararse en esta materia. Entre las sugerencias a quienes enseñan se toman asuntos que pueden ser utilizados para la redacción de las memorias: se piensa en el uso de las citas, o declamaciones, o en las técnicas de lectura de las decisiones de los jueces, a los cuales los actos defensivos están sometidos.

He aquí alguna gustosa consideración:

*"Antes de todo, es ventajoso observar que se debe probar únicamente lo que presenta dudas, y que es superfluo poner conjuntamente una cantidad de citas sobre puntos reconocidas por todos.*

*Sería ridículo, en los hechos, demostrar con la autoridad de las leyes y de los autores estas proposiciones por sí mismas tan evidentes: la libertad es inapreciable; el hijo debe respetar a su padre; ninguno puede comprar su propia casa; etc. Sería lo mismo que suponer que estas verdades podrían ser ignoradas o también negadas si no estuviesen escritos en la Ley 106, D. de Reg. jur., en el artículo 371 del Código Civil,<sup>73</sup> y en la Ley 16, D. de contrahenda emptione.*

*El abuso de las citas es descrito por la máxima bárbara: Embescondum esse jurisconsulto sine lege loquenti; y se ha excedido de tal manera que las mismas leyes tantas veces han*

<sup>72</sup> PERELMAN, Op. cit., pg. 196.

<sup>73</sup> Y el autor cita que "Este artículo corresponde al artículo 227 de nuestra ley penal".

codido a las múltiples citas de glosas y comentarios la mayoría de las veces extrañas a la cuestión. Finalmente, este ridículo ha sido llevado a la comedia por Racine en sus *Plaideurs*.

El profesor deberá sin duda hacer observar a sus alumnos que esta pretendida máxima (*Princeps solutus est le gibus*), introducida en la legislación romana para adular a los jefes del Bajo Imperio, se opone a los principios reguladores de las monarquías moderadas. Por lo tanto, negará que el capricho del príncipe pueda prevalecer a la voluntad de la ley. Pero al mostrarse en el amigo de las leyes, no debe revelar ser el enemigo de los tronos; como que no deba elevar al monarca sobre las leyes, ni aún deba igualarlo de cualquier modo a la condición de súbdito. Él, por el contrario, al empezar debe poner en evidencia a sus alumnos cuánto la autoridad real tiene de grave y de imponente y cuánta fuerza debe tener también en el interés de la verdadera libertad; debe recordar a los mismos incessantemente que sagrada e inviolable es la persona del rey; que ningún mal debe recibir; que solamente sus ministros son responsables, y que, consecuentemente, ellos son los únicos culpables cuando hacen que sus actos arbitrarios hagan ceder la inmutable voluntad de las leyes.

Así, el profesor no podrá temer que su idea sea mal entendida o mal interpretada, podrá, por lo tanto, exclamar con D'Aguesseau: "Las más nobles imágenes de la Dignidad, los monarcas llamados por la Escritura los dioses de la tierra, manifestamente mucho más magnánimos aun cuando someten su grandeza a la justicia y acompañan al título de dominadores del mundo aquel de súbditos de la ley".

El estudio de las decisiones es no solo útil, sino necesario al abogado; que no debe prestar crédito a todo lo que viene simplemente reforzado por su autoridad; que la Jurisprudencia constante de las decisiones tiene fuerza de ley, pero que la misma se forma por una larga serie de decisiones, las cuales, en todo tiempo, han resuelto una cuestión de derecho en el mismo modo, en deshonra de la diversidad de las circunstancias; que es sumamente ventajoso poder invocar las decisiones producidas en casos similares, las cuales, sin embargo, no forman más que una opinión y no pueden ya constituir medios; que los juzgados confirman siempre los principios, a veces los explican, y no los destruyen jamás, de modo que cuando pueden reclamar las verdaderas máximas, no es ni temerario ni indecote poner en cuestión lo que parece haber sido formalmente decidido entre otras partes".<sup>17</sup>

Para regresar a la argumentación, los estudiosos de la Teoría General del Derecho han compilado elencos que hoy son materia de estudio en los cursos universitarios más profundos. Un ensayo de este análisis es dado por Giovanni Tarello en su obra *La Interpretación de la ley*.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> PERELMAN, Op. cit., pg. 41.

<sup>18</sup> Milán, 1980. Tarello ha registrado quince argumentos que son: (i) el argumento a contrario, que funda la interpretación literal o restrictiva (*ubi lex voluit, alia: ubi voluit, tacuit*); (ii) el argumento a simili, que funda la interpretación analógica (*analogia legis*), según la cual *lex minus dicit quare voluit*, y por tanto tiende a acreditar la interpretación extensiva y la aplicación a casos similares; (iii) el argumento a fortiori, que legitima la interpretación extensiva a clases de casos o de intereses que la disposición que se interpreta tiende a proteger en medida circunstanciada y que por razones de Ética (a mayor razón) no pueden ser dejadas (el argumento a maiori ad maius es aplicado a las situaciones ventajosas, el argumento a maiori ad minus a aquellas desventajosas); (iv) el argumento de la completitud del ordenamiento jurídico, que se usa cuando se considera que el ordenamiento no posee una disposición relativa a un determinado supuesto de hecho, y se le regula recurriendo a otra disposición; es un argumento débil porque se funda sobre el dogma de la completitud del ordenamiento jurídico; (v) el argumento de la coherencia del ordenamiento jurídico, que impone elegir entre más interpretaciones aquella que parece "más coherente" con el ordenamiento; que cuando se trate de un argumento débil, porque está fundado sobre la ideología de la coherencia del

Pero si la regla base consiste en escribir textos defensivos que sean útiles al juez para escribir, a su vez, la sentencia y para que la sentencia sea favorable al defensor, el abogado, necesariamente, tiende a limitar al juez en el mismo modo de razonar y de escribir. En otros términos, el abogado en el escrito defensivo propone al juez un modelo de sentencia, de manera que normalmente es el abogado quien se pliega sobre los modelos que el juez ha seguido ya, o que se prevé podría seguir; y, por lo tanto, el estilo defensivo será imitativo del estilo judicial. De aquí, el recurso al *argumentum ex auctoritate*, es decir, a la cita de las decisiones favorables a la tesis de la defensa, el recurso a los principios generales y, por consiguiente, a las *regulae iuris*, para demostrar que cuanto se dice es fruto de una experiencia milenaria, el recurso a las frases con efecto y a todas aquellas artes de la retórica que los estudiosos de esta ciencia nos dicen ser tan antiguas como el mundo civil. Un gustoso fresco de aquella experiencia ha sido ofrecido por Umberto Albini.<sup>11</sup>

Pero, decía, el escrito defensivo no está dirigido solamente a persuadir o a convencer al juez. De por sí, ya que no se trata de un fragmento literario o musical, ni se trata de un texto religioso o político, sino de un texto que tiene una naturaleza *jurídica técnica*, porque debe ser llevado a conocimiento del juez competente según las

ordenamiento, es el más preferido por los intérpretes: (vi) el argumento psicológico, o el recurso a la voluntad del legislador concreto: es la técnica que tiende a reconstruir la *voluntas legislativa*, recurriendo, por lo tanto, a los actos parlamentarios, al proceso de producción de la disposición, a las elecciones realizadas al definir el contenido de esta; es empleado, sobre todo, en la interpretación de las leyes especiales, que precisamente están destinadas a disciplinar supuestos de hecho circunscritos, particulares, a menudo derogatorios del Derecho Común, y dirigidas a tutelar específicos intereses de grupo o de categoría; (vii) el argumento histórico, o la presunción de continuidad, o la hipótesis del legislador conservador: es un argumento débil en cuanto está fundado sobre la ideología de la comunidad normativa, y de la coherencia (no sólo interna, sino también temporal, diacrónica) del ordenamiento; (viii) el argumento de abstracción, o *ab absurdo*, o *reductio ad absurdum*, o hipótesis del legislador racional, que impone la exclusión del significado interpretativo menos racional o más absurdo: es bastante apreciado, además intrínsecamente débil, porque lo absurdo no es claro en sus confines conceptuales, y presupone el enfrentamiento entre el modelo racional, consensado por el intérprete y el modelo absurdo del cual el intérprete desea librarse; (ix) el argumento teleológico, o hipótesis del legislador provisto de fines; este tiende a la reconstrucción de la *voluntas legis*, es opuesto al argumento contrario y concuerda con el argumento analógico, en cuanto sirve para motivar la exclusión del significado; (x) el argumento económico o del legislador no redundante, correlativo al argumento fundado sobre la coherencia del legislador; no se debe confundir este argumento con el Análisis Económico del Derecho, que más bien tiende a dar a las disposiciones el significado más coherente con la lógica del mercado, y, por lo tanto, puede entrar nuevamente en la interpretación teleológica, puesto que se puede atribuir al legislador la intención de no contrastar aquello que el intérprete considera ser la lógica del mercado; (xi) el argumento aforístico o *ab exemplo*, que recurre a previas idénticas interpretaciones para fundar nuevamente la interpretación propuesta; es el argumento más persuasivo y quizás el más empleado en Doctrina, donde se teje y reteje la misma tela, con alguna integración o con alguna omisión, pero, sobre todo, se crea un tejido compuesto por las opiniones de los juristas autorizados y por las críticas a las opiniones de los juristas no autorizados o en aquel particular caso consideradas (sugestivas pero no persuasivas); es el más empleado por la jurisprudencia; en ciertos ordenamientos es una práctica vinculante (demonstrando sistema del precedente en el *common law*) o imprescindible; entre nosotros es una práctica constante, a veces empleada a propósito, otras veces ficticiamente, como sucede para aquellos pronunciamientos de las Cortes que citan los precedentes propios aludiendo al significado, pero evidenciando la coherencia interpretativa. Mientras en otros ordenamientos (como, por ejemplo, el inglés) se permite al juez mencionar las fuentes doctrinales empleadas para redactar la motivación de la sentencia, en nuestro ordenamiento tal referencia directa está prohibida (artículo 118, tercer párrafo, C.P.C.) conscribiéndose así al juez a citar nombre y obra utilizada y a referirse genéricamente a la "doctrina dominante", o la "doctrina", etc.; (xii) el argumento sistemático, o hipótesis del derecho ordenado: se funda sobre el argumento topográfico o de la *index materiae*, sobre la constancia terminológica, sobre la coherencia dogmática (de las nociones, de los conceptos, de las instituciones, de los principios); es el argumento preferido por la Doctrina formalista y por la Jurisprudencia; (xiii) el argumento naturalista, o de la naturaleza de las cosas o del legislador impotente (sobre este argumento v. *infra*, el tratamiento de las cláusulas generales o de los otros técnicas argumentativas); (xiv) el argumento equitativo, que hace referencia a la equidad o como fuente del derecho, o como técnica de elasticidad de la aplicación de la norma al caso particular (véase *infra*); (xv) el argumento fundado sobre los principios generales, o *analogía iuris*.

<sup>11</sup> *Atene: L'edizievne Pagine*, Milán, 1994.

modalidades y los tiempos prescritos, posee otras dos connotaciones que los distinguen respecto a los otros textos, también de naturaleza jurídica: está escrito para *probar* el fundamento de las tesis defensivas, no solo desde el punto de vista lógico-retórico, sino también desde el punto de vista aseverativo, porque los hechos expuestos deben ser probados, y calificados en el ámbito de las categorías jurídicas; a lo más, está escrito para *requerir* al juez una disposición (una sentencia, una ordenanza, un decreto, actos relativos a la conducción del proceso, entre otros).

Precisamente, porque el escrito defensivo tiene su valencia jurídica, además de tener (obviamente) contenidos jurídicos, debe estar compuesto según cuanto prescribe el ordenamiento. Es agradable notar como el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil vigente enuncia un principio general de libertad de las formas de los actos procesales, y que todos los comentaristas hayan relevado como su alcance aplicativo sea bien reducido, si se considera que son rarísimos los casos en los cuales el legislador no haya expresamente determinado la forma de un acto o no haya atribuido al juez la tarea de fijarla;<sup>17</sup> de manera tal que la libertad de las formas debe ser entendida en el sentido que solamente allí donde no sean regulados —pero lo son casi todos— los actos pueden estar compuestos en forma libre. Los actos deben ser escritos en lengua italiana (ex artículo 122 del Código de Procedimiento Civil); para los orales y los otros actos *judiciales* se prescribe que estos sean redactados en carácter claro y fácilmente legible, a continuación, sin espacios en blanco y sin alteraciones o enmendaduras (artículo 46 del Código de Procedimiento Civil). Reglas complementarias están contenidas en el Código Deontológico Forense, como, por ejemplo, la regla sobre la base de la cual el abogado está obligado a mencionar las disposiciones ya obtenidas o a rechazar las disposiciones requeridas, en la presentación de instancias o requerimientos sobre el presupuesto de la misma situación de hecho (artículo 14, segundo párrafo); o aquella que prohíbe usar expresiones indecentes y ofensivas frente a los colegas, jueces, contrapartes y terceros (artículo 20).

Pero, respetadas las formas y los contenidos requeridos, los tiempos, etc., el abogado es libre de escribir sus memorias con el estilo que prefiera. Perteneció a la mitología forense la limpidez y la *dispositio* que se estudiaban al observar a algunos prestigiosos abogados de los años Treinta del Novecientos, cuya fama traspasaba los confines regionales; pertenece al uso defensivo desacreditar —de manera aun correcta y, por lo tanto, no ofensiva— las defensas adversarias, o porque genéricas, o porque dirigidas a confundir al juez, o porque “equivocas”; pertenece a la estrategia procesal dar la interpretación de hechos y documentos más favorables a la parte defendida y contrastar la interpretación propuesta por el adversario; es propio de un estilo por así decir forense concluir los actos defensivos con la fórmula que se desearía totalmente comprensiva y con funciones de salvaguarda “*salvo iuribus*”, ahora siempre más rara; pertenece a las costumbres expresivas usar las máximas latinas (tema, examinado también recientemente con mucha pericia). Pero, ¿qué más decir? El lenguaje usado retoma, a menudo, términos obsoletos solo porque son aquellos usados por el legislador en textos cargados de años o porque continuaban siendo usados en las sentencias que se toman como ejemplo o se citan en beneficio propio. Aquí, el discurso termina por invadir otro campo, aquel del lenguaje del legislador o del lenguaje del juez al cual estudiosos de prestigio han dedicado ya su inteligencia y sus cuidados.

<sup>17</sup> Véase por ejemplo, el *Código de procedimiento civile* convegnuto, a curato de Corroico y Luzzo, sub art. 121, c. 1, Milán, 2000, pp. 370.

## 2. Los dictámenes, los contratos, los laudos arbitrales

Más concisa puede ser la exposición en lo atinente a los otros actos. Por cuanto respecta a los *dictámenes*—hechos *pro veritate*— el estilo es propio de una contribución científica en la cual la cuestión examinada es calificada jurídicamente, se exponen las orientaciones de Doctrina y Jurisprudencia, se expresa el propio parecer, todo bajo la apariencia de la objetividad. Es claro que el intérprete no podrá jamás ser objetivo, desde el momento que expone sus convicciones teniendo en cuenta su propia cultura, los materiales recogidos, las tesis que deseará vincular; lo que cambia respecto al acto defensivo es que el dictamen, si... verdaderamente escrito *pro veritate*, no está organizado de manera estratégica para defender los intereses de la parte que la ha requerido, pero lo tendrá en cuenta, como si se tratase de una fotografía, el estado de las cosas.

Por cuanto respecta a los *contratos*, además de las formas y de los contenidos requeridos por la ley, vale la pena anotar que el estilo italiano está aún atestado sobre la convicción de que el contrato no deba prever todas las eventualidades que podrían perfilarse en el futuro, a diferencia de cuanto piensan, en cambio, los abogados del mundo del *Common Law*, los cuales prefieren escribir textos infinitamente largos en los cuales todas las posibles eventualidades están contempladas. Pero, como se deba o convenga escribir un contrato no es materia de enseñanza universitaria ni post-universitaria; también esta es una actividad confiada a la cultura, a la habilidad y a la destreza del practicante o del abogado, el cual se repondrá a la experiencia avanzada o de sus colegas.<sup>11</sup> Sin embargo, es interesante observar que en las relaciones del comercio internacional y a veces también para la solución de cuestiones de gran relieve entre las partes italianas, se hace uso de la lengua inglesa, de la terminología

<sup>11</sup> En mi manual (*Trattato di diritto privato. I. Norme*, Utet, 2006) observo al respecto que para redactar un contrato se siguen reglas prácticas, mezcladas a la experiencia y a la costumbre, además que el conocimiento de deber actuar según corrección y buena fe, que no son, obviamente, vinculantes, pero se ponen como sugerencia para una redacción la más breve y completa posible. (i) Antes de todo, es necesario partir de la distinción entre contrato con base individual y contrato de masa. Las reglas que siguen se refieren al contrato con base individual. El contrato de masa es redactado por la empresa sobre la base de las propias exigencias, sobre las condiciones del mercado, sobre las expectativas del consumidor. Un tiempo libre de imponer cláusulas de exoneración de responsabilidad, de traducción de los riesgos, de imputación de los desperdicios a la contraparte, ahora la empresa debe dar cuenta con la normativa de recepción de la directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas (arts. 1469 bis ss.). Muchas cláusulas que se exhibían en los modelos predispuestos deberán desaparecer. (ii) No todas las operaciones económicas requieren la redacción de un texto escrito *ad hoc*; muchas son los formularios propuestos por expertos para la redacción de un contrato; no todas las operaciones económicas requieren la redacción de un texto amplio y complejo (un contrato de locación de áreas habitacional puede estar contenido en una hoja protocolar); no todas las operaciones económicas requieren la asistencia de expertos (juristas, comerciantes, administrativos, fiscalizadores, etc.); las operaciones económicas varían mucho entre sí, no siempre se encuentran formularios idénticos o traducidos en un texto jurídicamente apropiado; a menudo, con el fin de complicadas y voluminosas transacciones. (iii) Las partes pueden elegir hacer hacer el tratado, o bien asistir por expertos, o bien confiarlo directamente a los expertos. En la transacción es necesario ser conscientes de diferencias entre comportamiento correcto y comportamiento incorrecto se puede extraer de los casos afirmados por los jueces; la línea de demarcación no siempre es tan clara: "¿hasta qué punto se puede mentir?", se preguntaba un jurista americano, al cual después seguían otras interrogantes: "¿hasta qué punto conviene mentir?", "¿Cuánto cuesta la mentira y cuánto cuesta la verdad? Los juristas económicos se han dedicado con pasión al estudio de los costos de negociación (transacción costs). Las informaciones que deben ser transferidas de una parte a la otra se distinguen en diversas categorías: informaciones necesarias, relativas a las características esenciales del objeto, informaciones útiles, relativas a las modalidades de conclusión del contrato, a la elección del tipo contractual, a la elección de la solución fiscal menos onerosa, etc.; informaciones a transferir solamente si son requeridas por la contraparte; informaciones a no transferir (para no violar derechos de terceros, secretos de fabricación, etc.). (iv) La escritura puede ser realizada en fines, y en cada fase las partes pueden formar proyectos de pactos, puntuaciones, acuerdos específicos no completos, hasta llegar al texto completo. También las partes pueden elegir intercambiarse letras de idéntico tenor pueden acordarse en el sentido de confiar a uno de ellas la redacción y a la otra el control, o simplemente la suscripción. Las partes pueden evaluar la conclusión de diversos modos, cuando las verificaciones a efectuar son complicadas y



anglo-americana, del estilo contractual anglo-americano, además, de la misma técnica de conclusión del contrato que proviene de aquellas experiencias.

Por cuanto respecta a los laudos, el estilo viene nuevamente a cambiar, porque el abogado escribe el laudo como si fuese un juez, es decir, según las técnicas expositivas típicas de las sentencias, también porque se expondría, si no lo hiciese, a censuras que podrían invalidar el mismo resultado. Normalmente, los laudos arbitrales son muy cuidadosos, instruidos por citas de Doctrina y Jurisprudencia, agudos en el examen de toda cuestión, precisos en el dictado y en la solución. Cualquier variante se puede encontrar todavía en la forma y en la sustancia, no solo cuando el colegio arbitral está compuesto por árbitros que provienen de diversas culturas, de diversos ordenamientos, o de diversas experiencias, sino también cuando deben aplicar las reglas de la *lex mercatoria* (ahora, los Principios del Comercio Internacional). En este caso, penetran en el lenguaje expresiones, nociones, modos de decir, extraños a nuestra cultura, porque tales reglas son el fruto de la aculturación, de la amalgama, de la ósmosis o del traslape de términos, nociones, conceptos, etcétera, provenientes de los ordenamientos más relevantes del mundo.

## II. LA PRAXIS

También el discurso sobre la praxis puede estar contenido. Por lo tanto, en la praxis estamos frente a tres diversos fenómenos: (i) la homologación, por la copia o la transcripción, de modelos o formularios introducidos en el uso; (ii) la importación de modelos extranjeros y; (iii) el registro de los efectos del uso de las tecnologías

destinadas a prolongarse en el tiempo (por ejemplo, el acceso y la vista a una nave, o a una flota, si se trata de venta, o el control de la contabilidad, si se trata de cesión de paquetes accionarios) se prevé términos vinculados con el pago a plazos en el precio (pago a cuenta, "donde oblige"), suscripción, transferencia). Obviamente, se puede pensar también en un *provisional agreement* inicial, en una carta de intención, en un contrato preliminar, en un contrato de opción, en una propuesta irrevocable, etc. (v) Entre las primeras opciones a operar, es necesario pensar en la forma y en el tipo. La forma es libre, pero para las operaciones complejas conviene recurrir a un texto escrito. El tipo se elige en función de la causa, del objeto, pero, en la praxis, sobre todo en función de la conveniencia fiscal. (vi) En cuanto al orden según el cual disponen las cláusulas, y los tipos de cláusulas, la libertad y la variedad reinan soberanas. Comúnmente se indican:

- una denominación de la operación económica, que individualiza el tipo contractual elegido; a menudo la denominación es asumida por la praxis y no corresponde a los tipos legales (por ejemplo, acuerdo de colaboración, asociación entre empresas, etc.); también si los términos empleados no son vinculantes para el juez, las partes pueden elegir no escribir nada, o titular el texto con la fórmula neutra "escritura privada".
- la individualización de las partes, con su sede, los representantes legales;
- un preámbulo, que en la praxis es introducido con la expresión "antes que", en el preámbulo se indican las razones (o los motivos, o las circunstancias) por las cuales las partes son llevadas a concluir entre sí la operación, se revisan los hechos anteriores al acuerdo, tanto económicos como jurídicos, el preámbulo sirve tanto para imprimir el contrato, como para considerar que éste tiene una base negocial tal de poder ser frustrado en caso de ejecución;
- el objeto del contrato, con la referencia a los anexos (por ejemplo, planos, modelos, autorizaciones, etc.);
- las condiciones contractuales a las cuales se subordinan los efectos del contrato;
- las modalidades de pago del precio;
- las modalidades de transferencia de los derechos;
- las garantías, personales, reales, propias de las partes, de terceros;
- los financiamientos vinculados con la operación, y el rol de las instituciones bancarias (o financieras);
- la competencia del juez ordinario, o la cláusula arbitral;
- la suscripción y la fecha.

informáticas.

(i) Para los actos defensivos, los modelos y los formularios paulatinamente publicados constituyen una señal, un ejemplo, una directriz, que se refiere, obviamente, solo a la estructura del acto, sin referencia a las particulares circunstancias, a los hechos de causa, entre otros. Es una literatura menor, considerada comúnmente con gravedad o con desconfianza por parte de los abogados ya encaminados en la profesión, y, sin embargo, útil para quien comienza el aprendizaje o se encamina en el ejercicio de la actividad. Se trata, en todo caso, de instrumentos de trabajo no empleados ni en los cursos universitarios ni en las escuelas forenses. Ello porque se presume que en la formación del aspirante a abogado la redacción de los actos, hecha bajo la guía del *dominus*, sea por así decirlo el “pan de cada día”, la fatiga diurna del aprendizaje, el cual se forja en la experiencia viva, examinando los documentos, predisponiendo las búsquedas de Doctrina y Jurisprudencia, y teniendo a la vista los fascículos del estudio, y adecuando su propia tarea a las técnicas expositivas y argumentativas propias del estudio profesional junto a la cual se opera. Ahora, ha desaparecido la práctica de publicar los actos defensivos—dejando a salvo las grandes peroratas, las arengas, las intervenciones en los procesos penales que aún son objeto de publicación de análisis— como sucedía en los siglos pasados: el lenguaje del Derecho, en particular el lenguaje forense, emerge en su belleza (también tipográfica) de las compilaciones de alegatos, réplicas, respuestas, dictámenes, que ya en el Quinientos y después en los siglos sucesivos hasta el Ochocientos, eran dadas a las publicaciones de los abogados y estudiadas y utilizadas por quien ejercitaba la profesión.

En cambio, los modelos y formularios son además sintéticos y descarnados, privados de elegancia literaria, técnicos en su formulación, ascéticos y en un cierto sentido anónimos, porque son fruto de la redacción de juristas que se dedican a la “praxis” y, por consiguiente, faltos de ambiciones científicas. La actitud que se nutre aún hoy en la academia respecto a estas compilaciones es al mismo tiempo escéptica y teñida de una cierta suficiencia. Una actitud que hoy podría parecer singular, en un mundo profesional siempre más encaminado hacia el mercado (igualmente al mercado de la clientela) y atento también al uso cauto de los “instrumentos de la profesión”. Es probable que entre las causas de esta actitud y de la circulación, si no marginal al menos discreta y semi-clandestina de estas publicaciones, exista un defecto de fondo, debido a la ausencia de cursos universitarios y de lecciones específicamente dedicadas a la “redacción de los actos” en los ambientes frecuentados por los juristas de la academia. Y para profundizar el argumento—por aquel tanto que es permitido en esta ocasión— se podría presumir que este radique en la tradición cultural del último siglo en el cual el estudio del Derecho se ha pensado y se ha venido construyendo sobre bases eminentemente teóricas, como si la práctica fuese o debiese ser una actividad o un arte confinado a un nivel inferior, pragmático, ocasional, privado, por tanto, de cualquier atracción o ambición científica. Basta recorrer las monografías o los tratados que desde el advenimiento de la Pandectística desde fines del Ochocientos hasta los años Sesenta del Novecientos, se advierte que incluso la Jurisprudencia, es decir, el análisis de las sentencias y de las orientaciones de la interpretación judicial era dejada, cuando no del todo olvidada. Lo que hoy se denomina “derecho vivo”, es decir, el derecho palpante de la vida real, como es interpretado y aplicado por los jueces, parece más bien una conquista de las últimas décadas, respecto a una cultura y a un mundo que se construía geométricamente sobre términos, nociones, conceptos, instituciones preferentemente atemporales y, por lo tanto, inmutables.

No obstante, si solo se da una mirada a cuanto sucede en otras partes, por ejemplo, en el mundo del *Common Law*, se advierte como allí la actitud es diferente. Las razones son múltiples: por un lado, el hecho de que en el *Common Law* la fuente dominante siempre ha estado —cuando menos hasta hace algunos años atrás— en la *case law*, los precedentes judiciales, los argumentos de los jueces; por otro lado, se encuentra el hecho que quienes estudiasen jurisprudencia se dedicaran a esta materia (desde luego se discutía si era o no una ciencia) solo si hubiesen tenido la intención de desarrollar la profesión forense, pues con ello podían ascender a la magistratura una vez alcanzada la edad y la experiencia necesarias además del prestigio debido.

Entonces es fácil entender por qué los libros de enseñanza del estudio del *Common Law* contienen aún no solo el análisis de las fuentes y un cuidadoso análisis de las técnicas interpretativas y de redacción de las sentencias, sino también el análisis del razonamiento jurídico, la individualización de los temas focales de las cuestiones examinadas, los cánones de la búsqueda de los precedentes y de las opiniones autorizadas de la Doctrina, la predisposición de los actos defensivos, la praxis de procesos ficticios (*moots* y *mock trials*) junto a las técnicas de interrogación de los textos.<sup>14</sup> Dando los primeros pasos en la aculturación jurídica, el estudiante conoce estos ambientes, frecuente estos temas, se aventura sobre las cuestiones de técnica profesional más usuales.

Además de las obras de enseñanza del estudio del Derecho, son seleccionadas y cuidadosas las obras que enseñan simplemente a predisponer los actos: la investigación, la redacción, la argumentación son el *manècum* de los cursos de *legal writing* (impartidos sobre todo en las universidades estadounidenses).<sup>15</sup> Las técnicas de negociación, la construcción de las pruebas, la redacción de opiniones y memorias defensivas son el contenido de obras escritas por abogados y por estudiosos de la Teoría General del Derecho dirigidas a transmitir las competencias profesionales, o, como se dice con expresión aún más connotante, las *lawyers' skills*.<sup>16</sup>

Además, circulan en la literatura jurídica inglesa y de los Estados Unidos libros sobre el estilo del jurista, entendido como el estilo del abogado. Allí, se examinan la puntuación, la entonación de la voz, la gramática y la sintaxis, la estructura de los actos, la exposición y la argumentación, incluso las tácticas de defensa.<sup>17</sup> Ello no significa que el lenguaje usado por los abogados resulte más comprensible a los profanos (y a los aprendices) de cuanto no sea aquel practicado en la Europa continental y en nuestra experiencia, en particular. Antes, precisamente en las obras introductorias al Derecho se tiende a subrayar como ya en la primera mitad del Ochocientos, Jeremy Bentham había denunciado esta práctica, fruto de la "*bigotry or artifice of lawyers, locked up in an illegible character, and in a foreign tongue*".<sup>18</sup> Y es precisamente este uno de los aspectos más expuestos a las críticas de quienes, considerando el Derecho como un componente de la cultura de un pueblo, y como un conjunto de técnicas para la defensa de los derechos del particular, consideran que el fenómeno pueda explicarse ideológicamente

<sup>14</sup> En la amplia literatura s. el libro clásico WILLIAMS, *Learning the Law*, Londres, 1982, así como también, GOODRICH, *Reading the Law: A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*, Oxford, 1986.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, *Intestines in Advocacy: Research, Writing and Argument*, sexta edición preparada por Board of Student Advisors, Harvard Law School, Westbury, New York, 1996.

<sup>16</sup> GOLD, Markie, *Training Learning Lawyers' Skills*, Londres y Edinburgo, 1989.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, GARNE, *The Elements of Legal Style*, New York y Oxford, 1991.

<sup>18</sup> Véase, GOODRICH, op. cit., pp. 186.

como la defensa de una casta protegida sobre los propios privilegios o bien sobre un saber esotérico reservado a los iniciados y sola justificación de una actividad profesional, económicamente rentable, construida sobre las palabras.

Es necesario señalar que, a un nivel aún más elevado, los estudios sobre el lenguaje de los *common lawyers* aparecen no solo avanzados y penetrantes -como aquellos para nosotros más famosos, Perelman, Tarello, Scarpelli, Guastini y ahora Mortara Garavelli-, sino fundados sobre un sólido planteamiento teórico y acompañados por una penetrante reseña de las técnicas y situaciones ligadas al ejercicio de la profesión. De aquí precisamente la denominación de esta rama del estudio del lenguaje jurídico en términos de *forensic linguistics*.<sup>19</sup>

(ii) Volviendo a nuestra experiencia, es necesario señalar que para la redacción de los *contracts*, a los cuales ya se ha hecho referencia, se están usando formularios más cuidadosos que dividen los modelos por categorías de contratos, consideran las cláusulas más frecuentes, y hacen preceder el texto por una síntesis de Doctrina y Jurisprudencia. Es interesante notar, *en passant*, que gran parte de los modelos relativos a los denominados "nuevos contratos", es decir, a los contratos sólo socialmente (y no legalmente) tipificados, derivados de la praxis comercial arraigada en ordenamientos económicamente más evolucionados que el nuestro, introducidos en la experiencia italiana en torno a los años Sesenta y después difundidos en los años Setenta, eran literalmente traducidos del inglés (mejor, del lenguaje contractual anglo-americano) de manera que no solo reflejaban los términos y las instituciones de un mundo entonces bien diferente al nuestro, sino, que también encontraban dificultad en tener ciudadanía jurídica en las cortes italianas. También aquí los ejemplos son múltiples, y, a diferencia de cuanto ha sucedido en Francia donde el amor un poco chauvinista de la lengua ha llevado al legislador a hacer obligatorio el uso del francés y, por lo tanto, la traducción de todo término inglés, entre nosotros han conservado (si no la estructura y las nociones, ciertamente) su denominación: se piensa en el *leasing*, en el *factoring*, en el *franchising*, en el *merchandising*, en el *project financing*, en los *computer contracts* y en todas las operaciones financieras más sofisticadas en las cuales es difícil también encontrar la homóloga terminología italiana (como *swaps*, *options*, *futures*, *golden share*, etc.).

Se trata de problemas que implican también aspectos específicos vinculados con la traducción de los términos jurídicos, a los cuales ha dedicado agudas reflexiones Rodolfo Sacco, y que en este contexto se pueden solamente mencionar, con amplios reenvíos a los estudios sobre la materia.<sup>20</sup>

(iii) El lenguaje y las fórmulas expresivas son cambiadas también por efecto del uso de la informática.<sup>21</sup>

### III. EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Para llegar a la conclusión, vale la pena señalar dos ulteriores factores que han producido importantes cambios en el lenguaje forense. No se trata de efectos

<sup>19</sup> Véase, Los ensayos recogidos por Gibbons bajo el título *Language and the Law*, Londres y New York, 1984, pero en sentido crítico y, también los ensayos recogidos por Grigg-Spell y Ireland bajo el título *The Critical Lawyers Handbook*, Londres, 1992.

<sup>20</sup> *Langue et droit*, en *Langue et droit*, a cura de J. van, Bruselas, 1990, pp. 223 ss.

<sup>21</sup> Desde inicios de los años Ochenta, época en la cual se puede fijar no el inicio de la utilización de los instrumentos informáticos en el mundo del Derecho, sino el inicio de una discusión capital del uso de los instrumentos informáticos.

circunscritos al lenguaje empleado en los actos defensivos, en los contratos, en las praxis negociales, entre otros. Se trata de efectos vinculados a cambios de mayor alcance, conexos con giros por así decir "capitales" impresos al ordenamiento jurídico y al método del estudio del Derecho. Los giros capitales derivan de la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea, y, por lo tanto, de la construcción de un mercado

por parte de los tres componentes de la categoría de los juristas, es decir, los magistrados, los abogados, los letrados, se han advertido los efectos del uso de tales instrumentos en el "discurso" de los juristas, es decir, del modo de ser del jurista y del modo de poseer la cultura común y en el apego técnico a la creación y a la evolución del derecho.

En particular, se puede notar: (i) la reorientación de las citas de Doctrina y de Jurisprudencia; las citas son, para los jueces, autorreferenciales, rigiendo aún en nuestro ordenamiento la normativa que prohíbe al juez citar directamente fuentes doctrinales, y leudatorias, para los actos defensivos, en cuanto lo que importa a la defensa es señalar al juez modelos de decisión anteriores, utilizables en el supuesto de hecho sometido a su juicio, y tal de sugerirles no desviarse del modo precedente; también si en nuestra experiencia no rige el principio de la vinculación del precedente, su reclamo no solo es operación con efectos, sino sirve de consuelo para el juzgante, el cual no se encuentra más en la "soledad del juez", sino más bien auxiliado por la presencia de sus precedentes; la reorientación es debida al hecho que la consulta de las fuentes informáticas es un proceso que ha devenido mecánico, por el hecho que las fuentes son, a su vez, selectivas y sustancialmente idénticas y similares, en cuanto tanto el banco de datos de la Corte Suprema, como los bancos de datos adquiridos en el mercado, proceden a través de la selección y la sistematización de informaciones que, al mismo tiempo, se pueden simplificar y reducir; (ii) la reducción de las citas; por cuanto respecta a la Doctrina, la reducción está vinculada estrictamente con la cultura del operador informático que ha seleccionado y archivé los datos, y, también, con la técnica de archivo; esta se basa no tanto sobre el contenido del ensayo o archivo, cuanto del título con el cual este ha sido individualizado por el autor; ello significa que ensayos de baja apertura y de contenido general, ensayos que contienen más contenidos, ensayos que tienen un contenido en parte divergente del título no son sometidos en consideración y, por lo tanto, no entran en el "círculo informático"; para la jurisprudencia el archivo informático es aún más drástico en cuanto no se archivan sentencias de las Cortes de mérito ni inferiores, sino solo aquellas de la Corte Suprema, y, con alguna excepción, las sumarias de mérito que son publicadas en las revistas; los bancos de datos archivan toda la motivación, pero los pedidos de los juristas insisten sobre todo en las máximas, que engloban solamente lo más decisivo; deriva que son del todo omitidos los *obiter dicta*, que las máximas preparadas por el operador no son controladas, de manera que, donde sean erradas, no son desmentidas y continúan produciendo su influencia; además la elaboración de una máxima atrae por así decir las máximas sucesivas, las cuales se modelan sobre la máxima precedente; la repetición de las máximas transforma un Derecho vivo en abierto en un derecho vivo en unificatorio, homogéneo, y, por lo tanto, imperativo; la máxima, en otros términos, pierde su función originaria y deviene imperativa, se transforma de hecho en *regula iuris*; además, la máxima, a la cual comúnmente no se acompaña referencia alguna al supuesto de hecho decidido, continúa por ser formulada en términos generales y abstractos, al igual que una regla legislativa; en la búsqueda deviene también poco fácil establecer si una máxima es marginal o si es dominante, en la medida en la cual, no encontrando citas introducidas por el operador, quien efectúe la búsqueda no tenga la paciencia de explorar las máximas en un arco de tiempo apreciable; finalmente, prevalece la cantidad, antes que la calidad de las máximas, perdiéndose el sentido de la evolución del Derecho y de su interpretación, porque las máximas, también consultadas temporalmente no permiten, por su concisión y por su formulación en términos de *DNA*, controlar los matices, las diferencias relativas a las circunstancias del caso, etc.

La utilización de la computadora para la escritura del texto (sentencia, acto defensivo, ensayo) implica ulteriori operaciones, que se cambian en calidad del texto: su simplificación, desde el momento que el instrumento mecánico sugiere a facilita la composición en el "mosaico"; el *textus*, en otros términos, deviene el tejido conectivo de datos doctrinales y jurisprudenciales preelaborados; su despersonalización, en cuanto el mosaico se presenta constituido por los mismos tejidos, y la subjetividad se podrá expresar entonces solamente en la elección del orden de la exposición y en la elección de la utilización discursiva de los mismos tejidos; al cual se agrega su preelaboración, que comporta la utilización de un producto que resulta fruto de interpretaciones avanzadas, realizadas por el operador; son así siempre métricas las citas de los textos normativos (Constitución, Código Civil, leyes especiales), desde el momento que lo que releva no es tanto la propuesta interpretativa del juez, del abogado, del letrado, en cuanto al reconocimiento y reproducción de elecciones interpretativas ya realizadas por terceros y con respecto a supuestos de hecho del mismo tipo.

Ya que la búsqueda es similar, sea desde el punto de vista de las fuentes y de las actitudes, similar para el juez, para el abogado o para el letrado, se notan dos tipos de uniformidad en el discurso de los juristas: una uniformidad de subcategoría, y una uniformidad de categoría; es decir, una uniformidad entre las sentencias, entre los actos defensivos, entre los ensayos de los letrados; una uniformidad general en el modo de tratar los contenidos jurídicos del discurso.

En conclusión, el empleo de instrumentos informáticos por parte del jurista termina por traer algunas consecuencias que se pueden considerar positivas o negativas según los presupuestos culturales, lógicos o ideológicos de los cuales se parte para desarrollar la investigación.

interno al cual la Unión ha dado forma jurídica con la creación del Derecho Comunitario. La aprobación de reglamentos que son inmediatamente vinculantes y eficaces en los ordenamientos de los Estados miembros, la actuación de Directivas comunitarias que obligan a los Estados miembros a uniformarse a los principios en estas contenidas, la Jurisprudencia de la Corte Europea, los actos del Parlamento y de la Comisión han llevado a la introducción en nuestro lenguaje jurídico en general de términos, nociones e instituciones solamente en parte deudores de las diversas tradiciones de los países europeos y solo en parte recaladas sobre modelos avanzados, más a menudo se trata de términos, nociones e instituciones que nacen de la mezcla de elementos preexistentes, o bien son fruto de nuevo cuño. Los problemas puestos por el lenguaje del Derecho Comunitario son múltiples: se piensa ya en la traducción en las lenguas de los países miembros realizada por textos que originariamente están escritos en inglés y en francés (las dos lenguas empleadas por las oficinas y por las instituciones comunitarias); si ya los puristas ingleses y franceses se molestan en reconocer en aquellos textos las semejanzas de las respectivas lenguas, ¿qué decir de su traducción (a menudo imperfecta) realizada en las otras lenguas de los países miembros? ¿Y, qué decir de los conceptos que no son comunes a los diversos ordenamientos y que todavía deben ser empleados para poder perseguir los fines de uniformidad y armonía de las reglas de la Comunidad? Numerosos son los estudios dedicados a estos temas, y no es el caso de proponer de nuevo aquí la síntesis, debiéndose contentar solamente con alguna consideración al margen.<sup>22</sup>

- (i) la fijez de las máquinas, de lo cual deriva la fijez de las elecciones interpretativas, su repetición, su inmutabilidad;
- (ii) la compresión de la fatiga, dirigida a la búsqueda de nuevas soluciones o a la aplicación de nuevos métodos;
- (iii) la moderación en la evolución de la cultura jurídica y, por lo tanto, de los factores potentes del ordenamiento jurídico;
- (iv) la uniformidad de las decisiones con la transformación del derecho de organismo viviente en una "máquina" controlada por instrumentos mecánicos;
- (v) la consecuencialidad de las decisiones, respecto a presupuestos factuales idénticos.

Se podrá argumentar por cuanto antes se ha observado que uno de los aspectos positivos de la aplicación de las tecnologías informáticas a la producción del Derecho compone al menos la reducción de la discrecionalidad o de la arbitrariedad del juicio. Pero se trata de una ilusión falsa: la arbitrariedad o la discrecionalidad continúan anidándose en el discurso, en el texto, en el razonamiento. Ello no solo porque estas son ineliminables en el arte humano del juzgar, sino sobre todo porque:

- es arbitraria la elección de los datos a archivar;
- es arbitraria su clasificación;
- es arbitraria su transformación codificada;
- es arbitraria su utilización;
- es arbitraria su inmutabilidad;
- es limitativa en la causalidad del descubrimiento, puesto que la presión del *topar impede* obtener datos que, inútiles para la investigación en curso, podrían ser adquiridos con la búsqueda manual libre, simplemente desbajando, bajando, repasando las páginas del repertorio.

<sup>22</sup> ¿Cómo funcionan los procesos de armonización y unificación o de progresiva uniformidad de los diversos ordenamientos de los Países miembros que se estiman como en el ámbito de la Comunidad Económica Europea (ahora Unión Europea) y la circulación de los modelos (legislativos, jurisprudenciales, prácticos, esquemas doctrinales), en el ámbito de los Países miembros y en el ámbito comunitario? ¿Cómo funcionan desde el punto de vista del jurista italiano, y del jurista que tiene un bagaje conceptual, cultural, terminológico, sistémico, de tipo científico, porque deriva de la cultura francesa, alemana y autónica? ¿Dan lugar a una suerte de *domestication* el sentido que los diversos sistemas jurídicos que componen este complejo y retorcido mundo comunitario se inducen en influjos recíprocos o bien el intercambio es desigual? Y bien, las impresiones que tales procesos funcionan, desde nuestro punto de vista, más

Y, finalmente, los cambios de método. También a este respecto los estudios son numerosos y se deberá proceder por simples reenvíos. El método formalista, imperante por casi dos siglos, no extingue los métodos de análisis, hoy practicados; hoy experimentamos un clima de pluralismo metodológico. La reflexión colectiva promovida una década atrás por los civilistas constituye un reflejo fiel. Se ha superado el "monismo metodológico", se han afirmado los valores constitucionales, se han perfeccionado las técnicas interpretativas.

"en entrada" que "en salida". Antes de pensar en una suerte de Derecho Común europeo en la cual el jurista italiano, los modelos italianos, las ideas y los conceptos italianos tienen alguna presencia y algún influjo sobre las otras experiencias y sobre el Derecho Comunitario en particular, me parece registrar una suerte de obstrucción, de impermeabilidad de los otros ordenamientos y del Derecho Común Europeo al Derecho Italiano. Si esta premisa es verificable, y, por lo tanto, confiable, se nos debe preguntar cuáles sean los obstáculos que inciden sobre estos procesos no de reciproca sino de unilateral influencia. Algunos obstáculos son fáciles de individualizar. Por ejemplo: (i) el factor lingüístico: misma lengua es ignorada por la mayoría, salvo los felices excepciones de los juristas españoles y portugueses; (ii) el factor del aparato conceptual, que preferentemente es más similar a los Países y, por consiguiente, a los ordenamientos de la familia romano-franceso-germánica antes que aquel de los sistemas de *Common Law*; (iii) también el factor económico tiene su peso; (iv) en efecto, al influjo de modelos económicos se acompaña el influjo de modelos jurídicos que proviniendo de modelos económicos fuertes se transforman estos mismos en modelos fuertes. Si observamos el influjo que otros modelos, a través de la formación del Derecho Comunitario, pueden haber ejercitado sobre el nuestro, debemos registrar hechos extraordinarios. Por ejemplos: (i) la transformación de la jerarquía de las fuentes normativas, con respecto a la aplicación directa de las normas previstas por los reglamentos comunitarios, o con respecto al proceso de adaptación que sucede mediante la aplicación directa de las directivas comunitarias, aún cuando en un sentido vertical y no aún en un sentido horizontal, o aún con respecto a la disciplina de excepción; (ii) las innovaciones debidas al ingreso en nuestra cultura jurídica y en nuestras reglas técnicas de modelos, terminologías, instituciones a nosotros poco familiares. Doy solamente un ejemplo. El uso de la expresión "arrendable" que no encontramos en ninguna de las disposiciones del código o de las leyes especiales, poco a poco se está introduciendo en nuestra terminología y también en nuestro aparato normativo: v. el artículo 1783, segundo párrafo, N° 3 del Código Civil, sobre la responsabilidad del albergador por las cosas llevadas al albergue (el texto deriva de la Convención de París, 17.12.1962, ratificada por Ley del 10.6.1978, N° 316 y entrada en vigor el 12.8.1979); o bien el artículo 5 del d.p.r. 24.5.1988, N° 224 sobre la definición de producto defectuoso, que deriva de la directiva Cee. N° 85/374.

Esto por cuanto respecta a las fuentes. Pero se consideran aún los principios generales, que pueden obtenerse tanto de los valores comunes como de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del Derecho Comunitario, y que influyen también sobre nuestro derecho interno: además de la tutela del consumidor, se piensa en la posibilidad de modificar el contrato, en el *ius potestatis*, etc. Existen problemas actualmente no resueltos de gran relevancia para el ordenamiento italiano: la distinción de las situaciones jurídicas subjetivas comprende además los derechos subjetivos, las prestaciones, también los intereses legítimos y los intereses difusos. Mientras que para los intereses difusos existe un *favor* (porque se refiere a los consumidores y al ambiente), fuera de Italia es difícil encontrar un ordenamiento en el cual los intereses legítimos tengan alguna relevancia o tengan su configuración autónoma respecto a otras situaciones jurídicas subjetivas. Acerca de este influjo que proviene del exterior una doctrina anticuada, oscura, estanca que se dedica a traducciones de monografías y de ensayos, a repeticiones de congresos, seminarios y mesas redondas en la cual el jurista italiano demuestra mucho más que otros colegas europeos, desconocer de la importancia del Derecho Comunitario, de la necesidad de conocer los modelos extranjeros, sea en sí y para sí, sea en perspectiva de comparación.

¿Qué cosa encontramos "en salida"? Desdichadamente, encontramos muy poco: tenemos el obstáculo de nuestra lengua, tenemos el obstáculo de nuestra codificación, tenemos el obstáculo de nuestros modelos conceptuales, tenemos el obstáculo de las debilidades de nuestro sistema económico, tenemos el obstáculo de las imágenes estereotipadas del jurista o del ciudadano italiano, considerado incauto, ansioso, no confiable, impreciso. En otros términos, el esfuerzo que se requiere para este proceso de potencia el pero no efectiva dimensión, a un jurista francés, a un jurista de lengua alemana o a un jurista de lengua inglesa, es muy inferior a aquel requerido al jurista italiano. Lo demuestra el hecho que esta obra de armonización y unificación, que sucede en el ámbito comunitario, muy armonizado por terminologías y por culturas jurídicas que se refieren sobre todo a modelos franceses, alemanes, ingleses. Todo ello no sucede por casualidad. Existe una razón para todas las cosas. Por el influjo francés, la autoridad de modelos asistidos por una realísima tradición y por una vez experiencia, unido al factor lingüístico, dado por la casi total utilización del francés en las oficinas de Bruselas, de Estrasburgo y de Luxemburgo. Por el influjo alemán, la competencia de modelos asistidos por una precisa sistemática además que por una determinación obstinada de expertos y funcionarios, corroborado por el "peso" político y económico de la República Federal Alemana en el ámbito de la Cee. Por el influjo inglés, la exigencia de coordinar un sistema afirmativamente diferente a opuesto a aquellos continentales, unida a la oportunidad de favorecer a un País miembro de la voluntad comunitaria débil e insegura. Más que de armonización o de fusión, se puede entonces hablar de reducción a un modelo dominante asistido que nos junto el italiano o bien de crisis de modelos dominantes asistidos frente los cuales no figura jurista italiano. En todo caso, se registra en este proceso entre otros, estos caracteres: (i) alteración; (ii) simplificación; (iii) "schramismo".

En los años Ochenta los civilistas proponen una revisión radical de la teoría jurídica sistemática, contraponiendo los conceptos-sustancia de la vieja dogmática, a los conceptos-función, a la autohipótesis, a la superación de la hermenéutica literal con la reproposición de un positivismo no formalista.<sup>23</sup> Pero se continúa subrayando la importancia del formalismo como principio de fidelidad a la norma: el vínculo del Derecho Positivo es entendido como expresión del principio de eficacia y eficiencia de las soluciones jurídicas, como respeto a las fuentes, como límite a la creatividad de la Jurisprudencia.<sup>24</sup> Se llama la atención sobre los intereses tutelados y sobre la necesidad de someter el texto normativo a re-entender los intereses débiles, de los cuales son portadores todos los sujetos discriminados por sexo, edad, condición social, orientaciones sexuales, renta, etc.<sup>25</sup> Se intenta reducir el pluralismo metodológico a dos direcciones, hermenéutica y dogmática, que solo permiten –se dice– explicar el fenómeno “Derecho”.<sup>26</sup> Pero se subraya también que en el mundo actual, pluralista,

Ello se encuentra en particular en la práctica comunitaria de elaboración de las directivas. Las directivas nacen sobre la base de textos redactados en francés o en inglés, sobre la base de discusiones que son hechas en inglés y en francés; texto y discusiones son textos de terminología más o menos afines a nuestra cultura; a menudo, el empleo del inglés no implica el empleo de modelos culturales ingleses sino sólo de un *knowé* que crea propias referencias; la armonización y la unificación proceden a menudo por simplificaciones pero ciertamente no se aproximan como nosotros italianos a nuestra cultura. Pero si debiésemos verificar como se comportan los otros juristas, los juristas de los otros Países miembros, encontráramos una suerte de amor propio, de “chauvinismo” a veces, que desde nuestro punto de vista puede parecer directamente curioso y sorprendente; no debemos olvidar que existen asociaciones que han surgido con la intención de difundir el derecho nacional de pertenencia al mundo entero; un similar tipo de asociaciones ninguna de nosotros ha pensado jamás poderlo constituir en nuestro país; ello porque no somos chauvinistas, somos cosmopolitas, y estamos quizás también poco convencidos de los valores íntimos en nuestra cultura jurídica. El influjo que puede tener el uso de la lengua es extraordinario para la circulación de modelos culturales y para la apreciación del valor de las culturas jurídicas; sin embargo, en Italia son marginales las iniciativas de enseñanza del Derecho Italiano a los extranjeros y de la enseñanza del Derecho Italiano en el exterior; mayormente son numerosas las iniciativas ofrecidas a los estudiosos extranjeros, invitados en Italia, para cursos, conferencias, congresos; rara es la reciprocidad, sólo los contactos y las relaciones personales.

En otros países existe la aplicación al propio Derecho y a la unificación del propio Derecho como modelo cultural que nosotros los italianos no tenemos.

¿Es un mérito o un demérito? Según mi parecer, es un gran mérito, porque nuestra cultura jurídica no es provincial como aquella francesa o insoportable como aquella inglesa, sino es abierta, curiosa, disponible, elástica, como aquella española, portuguesa, belga, y, quién, aquella alemana. Este mérito a mi pesar deviene una forma de debilidad y, por lo tanto, un factor, decimos así, “que pierde” en el momento de la discusión, en el momento de la circulación del modelo, en el momento de la solución para los particulares problemas en sede comunitaria: el proceso de autorización, de difusión y de unificación que se viene construyendo va marginalizado al modelo italiano. La cultura jurídica italiana es conocida sobre todo en los países que por afinidades lingüísticas o por afinidades conceptuales son más cercanos a nosotros (como España y Portugal), pero en otra parte es desconocida o ignorada. Un ejemplo basta para todos: en el bellísimo manual de Zweigert y Kötz –obviamente traducido en italiano de manera muy cuidadosa [Introduzione al diritto comparato, trad. italiana del original Einführung in die Rechtsvergleichung, TUBINGEN, 1984, 2 voll., Milán, 1992 - las citas de autores italianos se cuentan con los dedos de una mano, así como modestas son las referencias al modelo jurídico italiano. En suma, el modelo italiano no es considerado como uno de los puntos de referencia que normalmente el comparatista de otros países toma en consideración, salvo para los colegas españoles y portugueses. Es claro que no podemos ahora armarnos de chauvinismo para nosotros; pero las otras experiencias influidas, indicaciones, orientaciones y directivas que provengan de nuestra cultura y experiencia jurídica. Pero se deben evidenciar dos hechos importantes: la necesidad de alimentar el conocimiento y la circulación del modelo italiano abandonando la lengua italiana y la necesidad de ser conscientes del proceso de marginalización progresiva que estamos sufriendo. El esfuerzo cultural que todos estamos sosteniendo debe ser multiplicado y coordinado.

<sup>23</sup> Se debe a Mario Barcellona el análisis crítico más profundo de la concepción “autohipotética” del derecho, en particular v. *Diritto, storia y uomo*, Torino, 1996. Para la ilustración de esta concepción v. TEUBNER, *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1998 (edición).

<sup>24</sup> LIBERTINI, *ivi*, pp. 119.

<sup>25</sup> CENDON, *ivi*, pp. 153 y ss.

<sup>26</sup> CASTRONOVO, *ivi*, pp. 191 y ss.



fragmentado, dinámico, la *reductio ad unum* de los métodos interpretativos constituye una verdadera y propia ilusión: estos siempre se transforman en métodos *constructivos* del Derecho<sup>27</sup> de manera que la “conjunción entre actitud realista, exigencia constructiva (sistemática) y búsqueda de los principios de base (valores) propone de forma difícilmente asimilada a los esquemas pasados, también a aquellos más abiertos, el tema de la transcripción en el orden jurídico de una serie de datos constitutivos de la realidad, a los cuales aquel orden no es indiferente y del cual, antes, aparece ya claramente influido”. Por consiguiente, el problema del método deviene el problema de la individualización de los valores constitucionales que están en la base de la interpretación. Y el sistema deviene el conjunto de reglas para hacer entre sí *compatibles* los valores constitucionales.<sup>28</sup>

Se delimitan así nuevos métodos de análisis que comprende el neokusnaturalismo, la dirección hermenéutica, el Análisis Económico del Derecho, el análisis comparatista, que ofrecen posteriores argumentos, más allá de las meras argumentaciones formales, al defensor que, advertido de la pluralidad metodológica ya en los cursos universitarios, haya tenido la inteligencia y el atrevimiento de formarse más amplios horizontes de valoración.

Sin concluir con consideraciones apresuradas, es evidente como el lenguaje forense —al igual que todo lenguaje— sea un cuerpo vivo y pulsante, sigue las modas, pero sobre todo, siendo un lenguaje técnico, sigue las reglas a este impuestas en vía autoritativa; sigue las exigencias del mercado y de las praxis comerciales; sigue los cambios culturales (precisamente de la cultura jurídica, quiero decir); sigue las orientaciones de la Jurisprudencia; pero no se trata de un movimiento unidireccional, sino más bien de una relación dialéctica que se instaura entre el lenguaje normativo, lenguaje jurisprudencial, lenguaje comercial, lenguaje académico; en el estilo puede también ser influido por los cambios del lenguaje común. Pero es un lenguaje que, confiado a la inspiración y a la capacidad de los particulares y valorado por la “comunidad de los intérpretes además que por las praxis forenses, presenta una variedad y una atipicidad más pronunciadas respecto a los otros sub-tipos del lenguaje jurídico, al lenguaje normativo, a aquel jurisprudencial y a aquel académico. Sus epifanías aún son objeto de “fotografías”, más raramente de estudios cuidadosos y consabidos como aquellos que he citado al comienzo del discurso. De aquí, la gratitud que los abogados italianos abonan, o deberían abonar, hacia cuantos se han dedicado y todavía se dedican a estudiar las formas y las suertes del lenguaje jurídico.

<sup>27</sup> RODOTÁ, *Op. cit.*, pp. 278 ss.

<sup>28</sup> RODOTÁ, *Op. cit.*, pp. 284 ss.