

**LA CONJETURA DEL LEGISLADOR SOBRE
LA ELABORACIÓN DE LAS SENTENCIAS.
A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE
RECODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO
Y DE LA REFORMA JUDICIAL^(*)**

MARIO E. CHAUMET^(**)

Resumen: Si toda estrategia supone conjeturar acerca de cómo se desenvolverán los acontecimientos, de cómo decidirán los demás y, además, de cómo influir para que ocurra lo deseado, no parece razonable excluir la actitud estratégica del legislador: éste también conjetura cómo decidirán los jueces y procura que hagan lo que pretende. Pese a ello, generalmente se ignora la conjetura del legislador sobre la elaboración de las sentencias. En el presente trabajo se sostiene que ello se suscita en mucho por las deficiencias de paradigmas jurídicos que radicalizan posturas deductivistas y simplificadoras, ya sea que a las deducciones se las infiera desde normas legales, valores o principios constitucionales. En relación con la conjetura legislativa, en el presente trabajo solo se pretende sondear las posibles vinculaciones que se pueden producir en Argentina entre una recodificación fuertemente inspirada en un “*neoconstitucionalismo optimista*” y reformas que se presentan motivadas para una transformación *democrática* del poder judicial.

Abstract: If all strategy involves to conjecture about how events will unfold, how others will decide and also, how to influence to make the desired events occur, it doesn't seem reasonable to exclude the strategic attitude of the legislator: he also conjectures about how the judges will decide and seeks for they to do as he intends. Nevertheless, the conjecture of the legislator on the elaboration of sentences, is generally ignored. In this paper we aver that this situation arises by deficient juridical paradigms that radicalize deductivist and simplifying positions, whether

^(*) Sobre la base de: “Recodificación (*neoconstitucionalismo optimista*) y reforma judicial (*democracia mayoritaria*)”, en prensa.

^(**) Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario (Argentina). Profesor Ordinario de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina).

the deductions are inferred from legal norms, values or constitutional principles. Regarding the legislative conjecture, the present paper only pretends to probe the possible links that can be produce in Argentina between a re-codification heavily inspired by a "optimistic neoconstitutionalism" and reforms apparently motivated to produce a democratic transformation of the judicial power.

Palabras clave: Elaboración de normas judiciales. Conjetura del legislador. Recodificación. Complejidad. *Neoconstitucionalismo optimista*. Reforma Judicial. *Democracia mayoritaria*.

Key words: Elaboration of juridical norms. Conjecture of the legislator. Recodification. Complexity. *Optimistic neoconstitutionalism*. Judicial reform. *Majoritarian democracy*

Introducción

La elaboración de las sentencias no es algo que sólo interesa a los jueces. En todo orden jurídico hay un funcionamiento normativo conjetural de indudable relevancia a la hora de tomar las decisiones jurídicas: "En el ejercicio profesional, lo que los clientes suelen preguntar a sus abogados son conjeturas de lo que harán en los casos en cuestión los tribunales a los que acuden o las partes con la que se relacionan. Los clientes quieren saber si conservarán su libertad o irán presos, si cobrarán sus créditos o no, etc. Los jueces conjeturan lo que harán los tribunales de Alzada y plantean sus respuestas en atención de ello. Los políticos conjeturan lo que harán los candidatos a quienes se propone como jueces y deciden acerca de su designación teniéndolo en cuenta..."¹

Creemos que, si las decisiones jurídicas no se toman en el vacío, no se puede obviar el análisis conjetural. Aunque en los planos teórico y docente muchas veces se lo ignora, no resulta admisible pensar que un abogado no conjeture sobre cómo decidirá determinado tribunal ante la hipótesis de conflicto, aun cuando esté asesorando en la formación de un contrato. Ni qué hablar, si propone una acción judicial.

¹ CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La conjetura del funcionamiento de la norma jurídica. Metodología jurídica", Rosario, F.I.J., 2000. pág. 9.

Por otra parte, y tal como viene insistiendo Ciuro Caldani, el enfoque estratégico debe emplearse en todo planteo jurídico. Por consiguiente, si toda estrategia supone conjeturar acerca de cómo se desenvolverán los acontecimientos, de cómo decidirán los demás y, además, de cómo influir para que ocurra lo deseado, no parece razonable excluir la actitud estratégica del legislador: éste también conjetura cómo decidirán los jueces y procura que hagan lo que pretende.²

De allí que también el autor de las normas legales suele considerar cuál será su funcionamiento conjetural y así, entre numerosas cuestiones, intenta vislumbrar qué jueces dictarán qué sentencias en “nombre” de aquéllas. Desde numerosos puntos de vista no son pocos los que destacan que “al fin el Derecho es siempre lo que los jueces lo hacen ser, mas este hacer está lejos de ser soberano. Dentro de marcos de factores de poder que dan amplitud a sus posibilidades o las restringen y en ámbitos de intereses que también incluyen a los propios intereses, los jueces son en mucho, inevitablemente, los protagonistas finales de la construcción del mundo jurídico.”³ En función de ello, al legislador le toca conjeturar sobre la posibilidad de que se genere un nuevo juego de intereses sobre su decisión. Quizás quiera o deba promover ese juego de intereses, pero lo que para nosotros resulta claramente impropio de su tarea es prescindir de tal análisis.

Pese a ello, generalmente se ignora la conjetura del legislador sobre la elaboración de la sentencias. Es más, cuando ésta se manifiesta en forma explícita genera perplejidades, cuestionamientos, o se presenta la cuestión como ajena al análisis jurídico. Sostenemos que ello se suscita en mucho por las deficiencias de paradigmas jurídicos que radicalizan posturas deductivistas y simplificadoras, ya sea que a las deducciones se las infiera desde normas legales, valores o principios constitucionales.

El problema nos resulta relevante en ocasión de las incontables preguntas que generan tanto el proyecto de recodificación del derecho privado (en trámite en el Congreso de la Nación), como las leyes dictadas para la reforma de la justicia nacional. En relación con la citada conjetura legisla-

² “Esto necesita conocimientos jurídicos y, como ya referimos, de cierto modo meta-jurídicos: de Psicología, Sociología, Economía, etc. Incluso son relevantes los despliegues profundos que constituyen la personalidad, sea o no de manera consciente.” (CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estrategia Jurídica”, Rosario, F.I.J., 2011, págs. 107 y ss.)

³ CIURO CALDANI, Miguel Angel, “El juez en el cambio histórico”, en “La Ley”, 2001-D, 1150.

tiva, solo pretendemos sondear las posibles vinculaciones que se pueden producir entre una recodificación fuertemente inspirada en un “*neoconstitucionalismo optimista*” y reformas que se presentan motivadas para una transformación *democrática* del poder judicial.

Codificación y recodificación

Mucho se puede debatir sobre la conveniencia de sancionar el proyecto de Código Civil y Comercial argentino actualmente en tratamiento. En no pocos casos la discusión se refiere al contexto de la vida interna del país, particularmente en nuestros días en lo concerniente a la vida política.

Cierto es que las ventajas e inconvenientes de los procesos de codificación siempre han motivado múltiples discrepancias. Valga tan solo citar la famosa polémica suscitada entre Thibaut y Savigny. Con razón señalaba Gioele Solari que la codificación no puede ser considerada desde un punto de vista puramente técnico, tampoco como una simple reunión de máximas jurídicas tendientes a satisfacer las necesidades de uniformidad legislativa. Remarcaba que las exigencias prácticas pueden acelerar y favorecer el proceso, pero no justifican su razón de ser: “La Codificación significa mucho más que la unificación formal del derecho privado: es la expresión positiva de un sistema filosófico, y durante el siglo XVIII fue la realización de la idea individual en el campo de las relaciones civiles.”⁴

Una propuesta de codificación del derecho privado de una comunidad es más que una cuestión técnica: implica una propuesta de fuerte impacto en la vida cultural, política, social, económica de sus destinatarios, a la que muchas veces se ha caracterizado como “las bases de un proyecto de país”. La codificación representa una de las expresiones más prominentes de la planificación gubernamental.

En el derecho continental, la codificación civil francesa, elaborada desde bases fuertemente racionalistas y voluntaristas, contenía las premisas básicas de la legislación. Uno de los redactores del Código Civil francés lo

⁴ SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946/50, pág. 78.

calificó como “el peristilo de la legislación francesa”.⁵ El derecho civil codificado se constituyó en el epicentro de la juridicidad continental.⁶ Juristas y filósofos entendieron a la codificación del derecho civil como un medio para realizar un nuevo sistema instaurado desde la razón: “en una confluencia de razón y voluntad, el Código fue considerado la razón ‘mandada’. En el Discurso preliminar se afirmaba que el Derecho es la razón universal, fundada en la naturaleza de las cosas. Se pensó que así se le daba racionalización, efectividad a los requerimientos de carácter universal y eterno.”⁷

La ilusión de la “razón escrita” fomentó el fenómeno de recepción de la obra por el que se pretendía “civilizar” las más diversas y distantes culturas. En Argentina el Presidente Sarmiento hizo aprobar a libro cerrado el proyecto de Código Civil pensando que estaba consagrando una pieza del proyecto de país que ya estaba presente en su libro “Facundo” donde se desarrollaba el lema de “cavilación y barbarie”.⁸

Creemos que no resulta exagerado afirmar que, en gran medida, en el Código Civil residió el *corazón* de la juridicidad argentina. Más allá de un análisis normativo o axiológico, desde un punto de vista sociológico, la verdadera constitución argentina (por lo menos en lo concerniente a los criterios supremos de su juridicidad) en mucho se formalizó en el Código Civil. Allí se establecieron las reglas básicas de la sociedad argentina. La historia argentina muestra que era más fácil modificar la Constitución que reformar el Código Civil. Cualquier cambio implicaba entrometerse en los modos de concebir la vida, la muerte, las relaciones de familia, el contrato y por supuesto, la propiedad.

La crisis de la racionalidad de la modernidad puso en crisis el corazón del derecho privado continental. Ello también terció en los procesos codificatorios. Fue elocuente la calificación de Natalino Irti: “*la edad de la*

⁵ CIURO CALDANI, Miguel Angel, “El bicentenario del Código Civil francés. Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina”, en “Jurisprudencia Argentina”, 2004-I, págs. 948 y ss.

⁶ Inglaterra no aceptó la abstracción de un Código y con gran sentido empírico incluso mantuvo instituciones feudales (Ibidem).

⁷ CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas. Teoría General del Derecho. Historia del Derecho. Filosofía del Derecho”, Rosario, F.I.J., 1985, pág. 225.

⁸ CIURO CALDANI, “El bicentenario del Código Civil francés. Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina” cit.

descodificación”.⁹ Si bien se vienen produciendo algunos procesos de *recodificación*, son de características muy diversas a la sistematización decimonónica. Tanto las leyes que descodifican, como los nuevos códigos se elaboran sobre la base de principios y cláusulas generales con la finalidad de permitir una mayor vinculación intrasistemática como la conexión inter-sistemática, por ejemplo con la Constitución, e incluso la relación extra-sistemática con la remisión del intérprete fuera del sistema jurídico para concretizar determinado valor o directiva. A título de ejemplo basta citar el nuevo Código Civil brasileño o muchas de las leyes que se han dictado en el área del derecho del consumidor.¹⁰

El funcionamiento normativo y los procesos de codificación

Como todo proceso de formación normativa, a todo proyecto de código se lo piensa también en su funcionamiento. Resulta cuanto menos ingenuo, creer que quien emprende un proyecto de recodificación de la vida privada de un país, se desentiende de los temas que hacen a su funcionamiento. En consecuencia, no es atinado pensar que los conductores de un proyecto de codificación no asumen que, para el funcionamiento cualquier norma, se establecen relaciones, a menudo tensas, entre sus autores (ej. legisladores) y los encargados de su funcionamiento (ej. jueces): “Al fin las normas son lo que los encargados de su funcionamiento las hacen ser, dentro de los juegos de fuerzas respectivos. Además del funcionamiento real, importa el funcionamiento conjetural, es decir, el que se supone que ha de ocurrir e influye en mucho en el comportamiento de los interesados.”¹¹

De ahí que bajo la condición de que solamente uno (el legislador) fuera el intérprete del derecho, fueron admitidos los objetivos del proceso de codificación de derecho privado francés. Dicha tarea debía ser obra exclusiva

⁹ IRTI, Natalino, “L’età della decodificazione”, Milán, Giuffrè, 1979. V. también NICOLAU, Noemi L., “Historicidad de los procesos de codificación y descodificación”, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Rosario, 1985, N° 4, págs. 37 y ss.

¹⁰ CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Directrices iusfilosóficas del nuevo Código Civil brasileño”, J.A._2002-IV-1303.

¹¹ CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes metodológicos para la reforma del Código Civil”, en “La Ley”, 2012-C, págs. 944 y ss.

y reflexiva del legislador. El único intérprete de derecho -que era por naturaleza- era el legislador. El oficio del juez estaba limitado a extender a los casos particulares, mediante un proceso silogístico, la razón consagrada en la ley escrita.¹² Se quería impedir que so pretexto de la interpretación pudiera el juez sustituir al legislador. La doctrina de que la ley escrita se basta a sí misma, de que el derecho no sólo de hacer las leyes sino de interpretarlas corresponde únicamente al legislador, de que el deber del juez es puramente lógico y formal y se agota en la *ratio juris*, fue por lo menos teoría, definitivamente consagrado con la Codificación francesa.

Los revolucionarios franceses tuvieron plena conciencia de que el margen de apreciación de los textos volvía el poder a los jueces. Da cuenta de ello la creación del Tribunal de casación, encargado de controlar la interpretación dada a los textos legislativos.¹³ Sin perjuicio de la forma en que se elegían sus integrantes (elección común) no por eso se dejó de contemplarlos como ajenos al Poder Judicial y en dependencia estrecha del cuerpo legislativo. Sostenía Géný que si escudriñáramos el pensamiento que inspiró su establecimiento, no es posible dudar que la Asamblea pretendió limitar la función de la casación, “a la vigilancia estricta y severa del mecanismo judicial en la aplicación de las leyes”.¹⁴

Este tribunal tenía un carácter político, se dedicaba a una función negativa: anular las sentencias que contravinieran lo dispuesto por el legislador. Acudir al tribunal de casación tenía como finalidad preservar la ley. Por eso el Ministerio Fiscal estaba legitimado para interponer el recurso. Las formas de controlar eran el “*réfère obligatoire*” y el “*voluntaire*” (cuando el juez no sabía cuál era la norma aplicable al caso, el remedio se suprimió con la sanción del Código). Expresaba Géný que, tomado en su conjunto, el sistema podía exponerse así: “la ley se impone a los tribunales y debe bastarles para deducir el derecho; si los jueces que entienden en el fondo la desconocen abiertamente, el Tribunal de Casación está ahí para anular sus decisiones. Si a pesar de esta censura, persiste la resistencia de los tribunales ordinarios hasta el caso de requerirse una segunda casación, hay lugar a

¹² SOLARI, Giole, “Filosofía del Derecho Privado” cit., pág. 79.

¹³ HALPÉRIN, Jean-Louis, “Codificación del derecho e interpretación judicial: de la experiencia francesa a la teoría del derecho”, trad. Sebastián Ríos, https://www.ucursos.cl/derecho/2009/1/D122T0794/5/material_docente.

¹⁴ GÉNY, Francisco, “Método de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, Granada, Comares, 2000, págs. 61 y ss.

presumir que la ley es oscura o insuficiente en la materia litigiosa; el Tribunal de casación entonces deberá suscitar una interpretación oficial y obligatoria por parte del Poder legislativo, único competente para resolver todos los problemas jurídicos.”¹⁵

En síntesis, la transformación jurídica codificadora pensó en el funcionamiento del sistema y tuvo en cuenta Tribunales cuya misión era fiscalizarlo, controlando la labor judicial. El gran maestro francés recordaba que la pretensión de limitar el papel del encargado del funcionamiento también se desencadenaba en otras célebres codificaciones. Así citaba las famosas constituciones de Justiniano (quien había reducido la función del juez reservando sólo al Emperador la interpretación de las dudas que pudiera suscitar el sentido de la ley), o las disposiciones restrictivas a las funciones de los jueces con relación a las normas codificadas dictadas por José II para Austria y Federico II de Prusia.¹⁶

Los codificadores tuvieron plena conciencia de la relevancia que tiene la actitud estratégica del legislador conjeturando cómo decidirán los jueces e instando para que hagan lo que pretende.

El proyecto de recodificación del derecho privado argentino

En diversos trabajos hemos tratado de reflejar las vicisitudes que origina en la juridicidad continental una normatividad que se va desplazando de un sistema codificado de reglas, a una casuística judicial orientada según principios y en la creciente constitucionalización del sistema jurídico. Así, en los anteriores números de esta misma publicación destacamos el impacto que produce en el derecho continental el fenómeno de la constitucionalización del orden jurídico y el hecho que los jueces frecuentemente justifiquen sus adjudicaciones desde principios constitucionales.¹⁷

¹⁵ GÉNY, Francisco, op. cit. “Método de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, págs. 63 y ss.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ CHAUMET, Mario E., “Constitucionalización de Derecho. Necesidad de asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial”, en Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Pcia. de Santa Fe, 2, 2012, págs. 194 y ss.

Especificando la noción “Estado Constitucional” hemos intentado describir el fenómeno de constitucionalización del orden jurídico que especialmente adquirió una expresiva fuerza en el ámbito del derecho privado.¹⁸ Ilustrativas resultaron las palabras de Perlingieri, cuando hace ya algunos años, anticipaba que el juego de los principios constitucionales obligó a “*refundar*” el derecho civil.¹⁹

Como anticipamos, los procesos de *recodificación* son de características muy diversas a la sistematización decimonónica. Los nuevos códigos se elaboran sobre la base de principios y cláusulas generales con la finalidad de permitir una mayor vinculación con la Constitución

El proyecto de recodificación asume estas características de constitucionalización del derecho y de una normatividad con una creciente presencia de reglas indeterminadas, principios, directrices.

Más allá de lo expresamente consignado en la fundamentación de la comisión que elaboró el anteproyecto, resulta ilustrativo lo expuesto (en reiteradas ocasiones) por su Presidente, el Dr. Ricardo Lorenzetti, cuando al exponer sobre “los valores que guían la estructura del Anteproyecto” ubica en primer término la “Constitucionalización del derecho privado”. Así explica: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al aceptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través

¹⁸ CHAUMET, Mario E., “El Estado Constitucional y el Derecho Privado”, en: “El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005, págs. 29 y ss.

¹⁹ PERLINGIERI, P., “Il diritto civile nella legalità costituzionale”, Napoli, 1984, pág. 78. V. también “Por un derecho civil constitucional español”, Anuario de Derecho Civil, 1983, ENE-MAR, XXXVI, págs. 1/16. Por su parte Jean Foyer en su trabajo “Le Code civil de 1945 à nos jours”, señala que el último período, está dominado por las tendencias crecientes a constitucionalización, internacionalización y europeización del Derecho privado, que a su entender introducen numerosas disfunciones. (en: “1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir”, Paris, Univesité Paris II, Dalloz, 2004, págs. 275-296).

de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.²⁰

Agrega que “También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos. No consideramos conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico”.²¹

Además destaca que: “es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un dialogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores”.²²

En síntesis el proyecto de recodificación asimila el avance constitucional que procura orientar de modo creciente al resto de la juridicidad, penetrando directamente en espacios donde antes debía mediar la legislación. El proceso de codificación era más legal, la recodificación argentina está constitucionalizada y acrecienta el papel de los jueces en la producción de derecho privado. De allí que los redactores del anteproyecto sostengan la necesidad de “guías para la decisión”.²³

El funcionamiento normativo y el proyecto de recodificación

Precisamente, en lo referente a las denominadas “guías de decisión”, el denominado Estado Constitucional (para cuya descripción nos remitimos a

²⁰ LORENZETTI, Ricardo L. “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, L.L. 23/04/2012, págs. 1 y ss.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

las referidas publicaciones de esta revista), origina diversas respuestas metodológicas. Sintetizarlas, clasificarlas, diferenciarlas, resulta una tarea difícil y no exenta de críticas. En una primera aproximación destacamos que hay respuestas que podríamos calificar como *optimistas*, otras como *escépticas*, y también hay propuestas que podemos reputar como provenientes de un *optimismo crítico o de un escepticismo moderado*. Desde ya advertimos que nos encontramos más próximos con la tercera caracterización.

Uno de las expresiones más difundidas e influyentes para las “guías de decisión” son las que ofrecen las teorías neoconstitucionalistas.²⁴ Su influencia teórica se va expandiendo en vastas zonas del derecho privado argentino, no solo en el ámbito académico, sino especialmente en el jurisdiccional.²⁵

Cierto es que los problemas metodológicos que el funcionamiento de los principios origina en el derecho continental se advierten reiteradamente vinculados con el Estado Constitucional. Así es como en la teoría jurídica de este tiempo *neoconstitucionalismo* y *razonamiento por principios* son temas que van generalmente *de la mano*.

²⁴ En este sentido cabe aclarar que la voz “*neoconstitucionalismo*” es ambigua. Muchos hablan de un *Estado neoconstitucional*. Aquí con el término “*neoconstitucionalismo*” hacemos referencia a un marco teórico que no se limita a describir el fenómeno, sino que valora positivamente sus consecuencias, como una ideología que se caracteriza por su apoyo al modelo de *Estado Constitucional y Democrático de Derecho*. En este caso se subraya lo que considera logros del proceso de constitucionalización y se propugna su ampliación. Se mencionan como algunos de sus promotores a autores como Dworkin (*Los derechos en serio /The moral reading of the constitution*) Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, Zagreblesky (*El derecho dúctil/La crucifixión y la democracia*; Nino (*La Constitución de la democracia deliberativa*) Ferrajoli (*Derechos y garantías. La ley del más débil*). Más allá de la aceptación que pudieran darle a la pretensión que se los adscriba como autores *neoconstitucionalistas*, cierto es que en mayor o en menor medida, pusieron en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, y en sus desarrollos teóricos se destaca el apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho. (v. CARBONELL, Miguel, “Nuevos tiempos en el constitucionalismo, en *Neoconstitucionalismo(s)*”, 2da. edic., Madrid, Trotta, 2005, págs. 9 y sgtes, v. también COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en la misma obra, págs. 75 y ss.).

²⁵ SUÁREZ, Eloy Emiliano, “Constitucionalismo, división de poderes y función judicial”. en “*Argumentación jurídica y constitucionalismo*”, Coord. Graciela Barranco de Busaniche y Eloy Emiliano Suárez, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2011, págs. 89 y ss. Sostiene que la racionalidad y aceptación del constitucionalismo “depende del más exigente discurso argumentativo a la hora de aplicar el derecho.” (pág. 97).

Numerosas son las investigaciones que se han ocupado de la interpretación constitucional.²⁶ Algunos sostienen que la interpretación constitucional al igual que la de la ley es una especie de la interpretación jurídica.²⁷ Muchos de los pensadores neoconstitucionalistas y la práctica de considerables tribunales con competencia constitucional, hacen hincapié en la interpretación constitucional como una consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho.

Cabe recordar que los principios (en general, constitucionales o no) no exhiben por anticipado los sujetos y las conductas a las que son aplicados, o las consecuencias jurídicas que traen aparejados.²⁸

Desde una perspectiva crítica, Cárcova asevera que los principios constitucionales son construcciones históricas incorporadas al Estado de Derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática y que ninguna decisión, por mayoritaria que fuere, puede derogarlos sin pérdida de

²⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro, "La interpretación judicial de la Constitución", Bs. As., Depalma, 1998; SERNA, P., y TOLLER, F., "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos", Bs. As., La Ley, 2000; VIGO, Rodolfo Luis, "Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999; GUASTINI, Riccardo, "Teoría e ideología de la interpretación constitucional", trad. de Miguel Carbonell, y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, 2008.

²⁷ Comanducci especifica que: "Al interior de la teoría neoconstitucionalista, por otro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo, otros sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico. Aquellos que adoptan por el contrario el modelo descriptivo de constitución como norma entienden que la constitución presenta al menos una característica en común con la ley: la de ser también ella un documento normativo. Quien adopta tal modelo, en consecuencia, configura normalmente la interpretación constitucional, al igual que la interpretación de la ley, como una especie del género interpretación jurídica, siendo ésta última generalmente definida como la adscripción de significado a un texto normativo. Y en efecto, en la literatura reciente, la tendencia que se encuentra es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualitativas. (Op. cit. "Constitucionalización y teoría del derecho").

²⁸ VIGO, Rodolfo, L., "Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial", Buenos Aires, Depalma, 2000, págs. 19 y sgtes.

legitimidad: “los derechos fundamentales no son valores inmutables ni transhistóricos, sino adquisiciones humanas incorporadas de manera inmanente al pacto de socialidad...”. No obstante ello, critica el método de Ronald Dworkin sosteniendo que los valores de una comunidad no son todos coherentes entre sí, y que la tesis expresa un objetivismo axiológico tan radical que “sólo es útil para el modelo que hipotetiza, que ni siquiera es el de las sociedades inglesa o estadounidense, como se pretende.”²⁹

En lo que insiste el neoconstitucionalismo que aquí calificamos como *optimista*, “...es en la capacidad de ‘dicción’ de las normas constitucionales más indeterminadas. Y al decir de García Amado aquí viene la gran pregunta y la mayor dificultad teórica de esta doctrina: “¿de qué manera dicen concretamente esas normas constitucionales lo que en su enunciado es indeterminado? Y ¿cómo se conoce y se muestra intersubjetivamente, con algún grado mínimo de objetividad, eso que dicen? En otros términos, finalmente, ¿de qué modo está presente un mandato concreto en un enunciado constitucional semánticamente indeterminado?”³⁰

La configuración abierta de los principios implica explicitar las condiciones de aplicación. Por otra parte, ante la diversidad de posibilidades que deja abierta la puesta en marcha del denominado Estado Constitucional, resulta relevante determinar cómo verificar cuándo una argumentación es mejor que otra.³¹

Buena parte de la producción de lo que aquí denominamos *neoconstitucionalismo optimista* está dedicado a encontrar parámetros racionales para la aplicación de los principios constitucionales.

De todos los temas que trae aparejada la aplicación de principios en la argumentación de la adjudicación judicial, queremos detenernos en uno de los más invocados (especialmente en las decisiones judiciales de los tribunales constitucionales latinoamericanos, como también en las críticas y comentarios doctrinarios sobre ellas) que es el de su ponderación. En un número significativo de casos, se apela a la *ponderación*, habitualmente

²⁹ CÁRCOVA, Carlos María, “Las Teorías Jurídicas Post Positivistas”, Bs. As., AbeledoPerrot, 2009, págs. 218 y ss.

³⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, página de Juan A. García Amado <http://www.geocities.com/jagamado/>. (20.10.11).

³¹ GUASTINI, Riccardo, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, en “Jueces para la Democracia”, N° 34, 1999, pág. 43.

representada con la metáfora de la asignación de *pesos* distintos a los principios en juego (v. gr., derecho a la intimidad y libertad de expresión) a fin de averiguar cuál tiene más fuerza y, por tanto, condicionará al otro.

En el marco de las teorías de la argumentación judicial más difundidas, también se afirma que estamos pasando de la subsunción de reglas a la ponderación de principios.³²

Precisamente para Robert Alexy, uno de los tópicos principales en el debate actual de la interpretación constitucional es el rol del *balancing* o “ponderación” que, a su turno, es parte de un principio más comprensivo: el de *proporcionalidad*.³³ Interpretar los derechos constitucionales a la luz del principio de proporcionalidad es tratarlos con los requerimientos de la *optimización*, esto es, como principios y no como simples reglas.

Se han postulado diversas maneras de entender la ponderación de principios. Una de ellas, es el modelo de ponderación orientado por reglas que pretende ofrecer una reconstrucción plausible en el marco de una práctica constitucional estable. Ello lleva a suponer que el examen constitucional de proporcionalidad no es una “pura” decisión entre preferencias o una “mera” ponderación, sino que es complementada en parte por reglas. Desde esta perspectiva, se persigue el desarrollo de una dogmática de las reglas de ponderación, sosteniéndose la siguiente tesis: “la aplicación del modelo de ponderación en el marco de una praxis constitucional estable lleva a un modelo de ponderación orientado por reglas.”

Alexy enuncia la “ley de la ponderación” en estos términos: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.³⁴

Desde su perspectiva teórica, la ponderación forma parte de un principio más amplio: el de proporcionalidad. Este se conforma por otros tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en

³² Con sentido crítico hay quienes afirman que se está pasando por una suerte de inflación de la ponderación, que por todas partes se pondera en el derecho, que estaría viviendo un “estado de ponderación” (v. CLÉRICO, Laura, “El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional”, Bs. As., Eudeba, 2009, pág. 295).

³³ “Uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales es el papel de la ponderación o el balanceo. La ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales”. ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, L.L., 2008-F, 785.

³⁴ ALEXY, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, trad. castellana de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 161.

el sentido estricto.³⁵ Considera a los principios como mandatos de optimización, como normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.³⁶

La preocupación principal de Alexy es refutar la idea de que la ponderación sea un procedimiento irracional.³⁷ En su opinión, la interpretación constitucional debe necesariamente conectarse con una pretensión de corrección. Si la ponderación fuera incompatible con una idea de corrección, objetividad y justificación, no habría lugar para la Constitución. De ahí el empeño en estudiar la “estructura de la ponderación” y la noción de “representación” como partes de una teoría del “constitucionalismo discursivo”.³⁸

El propio Alexy señala que hay que tener en cuenta también que en la ponderación se encuentra implícito un sistema de inferencias, el cual, a su vez, está intrínsecamente conectado al concepto de corrección. Dice que para subsumir un caso en una regla se utiliza un esquema deductivo que se construye con la ayuda de las lógicas proposicional, de predicados y deóntica; en cambio para la teoría del discurso jurídico, en el caso de la ponderación de principios, existe una contraparte de este esquema deductivo que se denomina “fórmula del peso”. Representa a dicha fórmula de la

³⁵ Estos principios expresan la idea de optimización. Entiende que para poder interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es necesario concebirllos como de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas.

³⁶ “Los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible. De modo tal, que expresan la idea del óptimo de Pareto. En cuanto al tercer sub-principio, el de proporcionalidad en el sentido estricto, está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas. Estas posibilidades jurídicas están esencialmente definidas por principios contrapuestos. La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos. Por lo tanto, el tercer sub-principio se puede expresar mediante la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.”

³⁷ Explica el Profesor de Kiel que la ley de la ponderación indica que la misma puede ser fragmentada en tres etapas: “La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio”.

³⁸ ALEXY, Robert, “Balancing, Constitutional Review and Representation”, material de estudio de la Carrera de Especialista Universitario en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, Edición 2004.

siguiente manera: “*‘I’ equivale a la intensidad de la interferencia con el principio Pi; digamos, el principio que protege la libertad de expresión de Titanic, ‘Ij’ representa la importancia de satisfacer el principio en colisión; en nuestro caso, el principio que protege el derecho a la personalidad del oficial parapléjico. Wi,j equivale al peso concreto de Pi. Haciendo que el peso específico sea un cociente de la intensidad de la interferencia (Pi) y de la importancia concreta del principio en colisión Pj, la fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es, en realidad, un peso relativo*”.³⁹

Muchos son los reproches que se han realizado a la ponderación de principios como mecanismo de argumentación racional, particularmente en el Estado Constitucional. Se dice que es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva, de un juicio de valor del intérprete, de una volición y no de una actividad de carácter cognoscitivo; que no es establecida en abstracto, sino que es organizada en su aplicación al caso concreto.

Una de las principales críticas es la que sostiene que la ponderación es una especie de particularismo jurídico, en el que el mecanismo de elección entre principios se convierte en una actividad no controlable racionalmente. Son consideraciones que solo sirven como razón en un caso. Se afirma también que en la ponderación no nos atenemos a condiciones preestablecidas. Cualquier propiedad puede resultar relevante de acuerdo a la situación individual y en consecuencia nada es posible concluir en casos futuros. Todo depende de juicios de valor subjetivos y de propiedades de las circunstancias que no estamos dispuestos a generalizar. Un ejemplo que da Moreso resulta elocuente: “aunque es una razón para elegir un buen vino blanco que en la cena se sirva pescado, esta razón puede ser derrotada por otras razones, dependientes de circunstancias que solo valen para el caso concreto.”⁴⁰ Lo mismo podría decirse sobre las razones alegadas en un caso para satisfacer el interés superior del niño, la protección del ambiente, del consumidor, la defensa en juicio...

En el ámbito del derecho anglosajón Duncan Kennedy sostiene que al razonamiento basado en los derechos se lo presenta como correcto y objetivo pero no puede superar la acusación de “mera preferencia arbitraria” que “en

³⁹ ALEXY, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”. Op. cit.

⁴⁰ MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en “Neoconstitucionalismo(s)”, 2da. edic., Madrid, Trotta., 2005, pág. 104.

suma, te permite tener razón respecto a tus juicios de valor, en vez de simplemente tener ‘preferencias’, como en ‘prefiero el chocolate al helado de crema’.”⁴¹

Muchos también creen que es un equívoco suponer que la ponderación encontrará naturalmente su camino mediante la simple referencia al caso concreto o en la remisión a la prudencia judicial. No se debe subestimar la gravedad de los efectos que la aplicación que las técnicas de ponderación pueden producir, especialmente cuando están desvinculadas de todo parámetro, e ignorar las amenazas del arbitrio que todo poder sin control representa. Al decir de Barroso, la amenaza del arbitrio se infiere de forma simple de un axioma de la ciencia política cuya corrección ya fue demostrada varias veces por la historia y es que el poder que no es acompañado de controles tiende siempre a ser ejercido abusivamente. No hay razón alguna para suponer que, diversamente de lo que sucede con el Ejecutivo o el Legislativo, esa máxima no debe ser aplicada al Poder Judicial.⁴²

Más severa es la crítica de aquellos que descreen de un marco teórico de argumentación para lo jurídico diferenciando *razón de argumentación*. En este sentido Guibourg expresa: “La ontologización de las preferencias y el disimulo de la ineficacia de los métodos constituyen la base de una gran parte de las actuales teorías que enfatizan la función argumental. En efecto, se afirma a menudo que una conclusión tal como la solución de un caso difícil sobre la base de principios o valores puede fundarse racionalmente en buenos argumentos; y ha llegado a sostenerse que, si en un caso judicial hay buenos argumentos en un sentido y en el otro y un tribunal resuelve el proceso a partir de uno de esos conjuntos de buenos argumentos, la decisión es objetiva. Conclusiones de ese tipo tienden, es cierto, a calmar la conciencia de quienes desean afirmar que sus preferencias más queridas son justas

⁴¹ MILJIKER, María Eva, “Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. 2006 -47- 92. http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a7n1.html 05-03-12, (06-03-12). V. también KENNEDY, Duncan, “A Critique Of Adjudication:(Fin De Siècle)”, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1997; “Libertad y restricciones en la decisión Judicial”, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.

⁴² BARROSO, Luís Roberto, “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, en “A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pág. 117.

porque emanan de una descripción verdadera de cierta realidad moral; pero no contribuyen a clarificar el problema y proponen para él una solución mágica.⁴³

También son numerosas las voces y los argumentos que se esgrimen contra las objeciones de irracionalidad del método. Con razón se sostiene que la inseguridad en la aplicación del derecho no es una característica específica ni necesaria de la ponderación. Se insiste en que la determinación, justificación y el control de una relación de ponderación no puede ser calificada como una mera estimación subjetiva y arbitraria, dado que el modelo reconstruye una serie de reglas que regulan el procedimiento.⁴⁴

No nos detendremos aquí a saldar las críticas y defensas del método. Creemos que las críticas de particularismo no se hacen cargo de las características culturales de este tiempo (entre otras una marcada aceleración histórica) que impiden, cada día más, el desarrollo de una juridicidad con reglas determinadas antes del caso. Por otra parte, la argumentación jurídica desde lo particular guió muchos momentos en la historia de occidente y ha tenido y tiene una especial significación en el derecho anglosajón o en determinados ámbitos como lo es en el comercio internacional.⁴⁵ No se puede afirmar que la argumentación judicial en el derecho continental haya sido más racional y segura.

Entendemos que la crítica en gran medida asume un racionalismo radicalizado, típico de la juridicidad continental moderna, pero también creemos que la pretensión de los modelos de ponderación basados en reglas, como el de Alexy, no escapan a ello. Con fina ironía le hemos escuchado

⁴³ Agrega que: “Sencillamente se trata de una pregunta mal formulada, porque su formulación útil debería presuponer un método que permitiese a cualquiera reconocer una buena respuesta en caso de llegar a encontrarla. La argumentación, como afirmé al principio, es un método muy conveniente ante la falta de algo mejor; pero proponerla como fundamento y justificación de las decisiones morales y jurídicas es un exceso de candor: en el mejor de los casos sirve para comparar nuestros motivos y tratar de influir unos en otros, con la guía contingente de las tradiciones culturales y sin garantía alguna de tener razón.” (GUIBOURG, Ricardo, “Sobre la argumentación”, <http://www.laleyonline.com.ar/>, 22-02-12).

⁴⁴ CLÉRICO, Laura, op. cit. “El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional”, pág. 304.

⁴⁵ GALGANO, Francesco, “Libertad contractual y la justicia del contrato”, trad. de María de la Colina, L.L 2008-B, 97.

decir al Profesor Bulygin que si a él se lo puede acusar de *terrorismo lógico* sería lícito atribuirle al Profesor de Kiel el de *terrorismo matemático*.⁴⁶

Neoconstitucionalismo optimista y simplificador

Creemos que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina jusprivatista argentina se sostienen posturas que, directa o indirectamente, invocan un *neoconstitucionalismo optimista y simplificador*. Las palabras ponderación (en mayor medida) y proporcionalidad, son recurrentemente utilizadas en razonamientos que, sobre la base de principios constitucionales, pretenden demostrar la certeza inmanente de una decisión. Es más, en la mayoría de los casos y más allá de las menciones sobre Robert Alexy que en algunos se realiza, es fácil advertir que sólo se utiliza la voz “ponderación”, pero se omite utilizar las reglas que el propio profesor de Kiel propone, generando así una pátina de rigor racional a la conclusión.

En otros casos, jueces y doctrinarios ignoran o soslayan la indeterminación de los principios constitucionales y actúan “como si” subsumieran los hechos en reglas determinadas, no expresando las razones por las que se sostiene, por ejemplo, que ésta y no otra opción, es la que realiza el interés superior del niño, la salud, o el patrimonio histórico. Asimismo, en no pocas ocasiones, no se ponderan principios sino que se descarta la clara normatividad legal existente haciendo alusión a la fuerza retórica de algún criterio constitucional. Desde bases neoconstitucionalistas y comentando una sentencia sobre derecho de acceso a una vivienda digna se ha enfatizado que “los derechos sostenidos por la fuerza normativa de la Constitución deben hacerse efectivos con ley, sin ley o contra ley”.⁴⁷

Ora que en no pocos casos los jueces resuelven el conflicto de principios conforme a un juicio de valor subjetivo, ora que no se hacen cargo sobre que no deciden al margen del contexto social, (que su actuación se

⁴⁶ De la desgrabación que realizó el autor de la conferencia dictada en el marco de la Carrera de Especialista Universitario en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, Edición 2004.

⁴⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado constitucional de derecho, políticas públicas y derecho de acceso a una vivienda digna”, L.L. 2012-C, págs. 385 y ss.

inserta en un debate que se expande),⁴⁸ que es público, intersubjetivo, ora que no asumen que su razonamiento parte de definiciones que sí pueden ser contradichas y que de hecho alguien las contradice, que pueden en su funcionamiento generar resultados contradictorios, ha llevado a algunos pensadores y a nosotros mismos, a preguntarnos si *el derecho es el juego de los jueces*.⁴⁹

Los principios constitucionales son evidentemente abiertos, hay que asumir su vaguedad. Fácil es conjeturar que todos podemos estar de acuerdo en proteger el interés superior del niño, en respetar el ambiente, en evitar el daño, permitir el acceso efectivo a una solución judicial que en el cielo de los principios no tienen contradictores. Pero si yo digo “sea el interés superior del niño...”, “sea la protección del ambiente...”, “sea el no dañar...” y ahora expreso una afirmación, seguro que en la sociedad va haber alguien que levante la mano y diga “yo no estoy de acuerdo”, “para mí...”, “en mi opinión...”.

En nuestros días son muchos los que denuncian a las bases del conocimiento científico de la modernidad como el paradigma de la simplificación, que permite el tratamiento riguroso de los problemas en uno o unos pocos componentes aislados de sus sistemas.⁵⁰ Se pretende trascender el *reduccionismo* que no mira más que a las partes, y el *holismo* que no ve más que al todo.⁵¹ La diversidad, el cuestionamiento, la valoración y la necesidad dialógica son claves del pensamiento complejo que está más allá de los análisis exclusivamente axiomáticos.

⁴⁸ Al respecto señala Alexy que: “La importancia de la teoría del discurso a nivel *político* deriva del hecho de que en un estado constitucional democrático la creación del derecho no se basa únicamente en compromisos y actos institucionales. Más bien, se producen extensas discusiones dentro y fuera de los procedimientos de creación del derecho, a pesar de todas las deficiencias comunicativas de las democracias modernas” (“La Argumentación Jurídica como discurso racional en la teoría jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del derecho”, ponencia en el ciclo “La crisis del derecho y sus alternativas”, del Consejo General del Poder Judicial de España).

⁴⁹ CHAUMET, Mario E., MEROL, Andrea, A., “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, L.L. 2008-D, págs. 717 y ss.

⁵⁰ MORENO, Juan Carlos, “Fuentes, autores y corrientes que trabajan la complejidad”, en “Manual de Iniciación Pedagógica al Pensamiento Complejo”, compilador Marco Antonio Vellilla, Quito, Instituto Colombiano de Fomento de la Educación Superior, UNESCO, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, págs. 11 y sgtes.

⁵¹ MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. de Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa, 1994.

En relación entre el pensamiento complejo y la acción Morin asimila a esta última a la decisión que supone una elección.⁵² Debido a la complejidad hay que imaginar un cierto número de escenarios para la acción. Por eso se dice que en la toma de decisiones, la visión simplificada, lineal, resulta fácilmente mutilante. A ello no escapa la decisión jurídica y menos aun la “constitucionalizada”.⁵³

Si volvemos por un instante sobre muchos de los casos que se presentan en los Tribunales argentinos en nuestros días (jueces resolviendo temas que hacen a la salud, vivienda, medio ambiente, patrimonio histórico, el interés superior del niño, ancianidad, información, trabajo, relaciones económicas, internacionales, cárceles, etc.), si cada uno de ellos es concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales; si estamos frente a “la era de los derechos”, por cuanto muchos de ellos que usualmente se consideraban consagrados en el derecho natural, hoy forman parte del derecho positivo; si el aumento progresivo de normas suponen el reconocimiento de expectativas positivas; si la normatividad del derecho continental está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas, principios y directrices; si las adjudicaciones judiciales deben “concretar” las exigencias constitucionales y de los principios que surgen del resto de las fuentes; si los “derechos” están inseparablemente entretreídos con las normas constitucionales, no como meras proclamaciones sino con todos los recursos jurídicos exigibles para su defensa y, por tanto, puestos bajo la tutela del juez; si los principios (constitucionales y de los otros) son mandatos de optimización dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas; si antes de aplicar un principio hay que llevar a cabo una deliberación previa; si a ello (como lo trataremos específicamente en otros capítulos) se le suma la exigencia de una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico, en que el juez no

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 18, pág 19; CHAUMET, Mario E., “Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja”, en Lexis Nexis, número especial sobre: “Razonamiento judicial”, (31 marzo de 2004), págs. 38 y sgtes; GALATI, Elvio, “La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades”, Tesis doctoral, Facultad de Derecho U.N.R., 2009, Inédita.

decide al margen del contexto social sino que su conciencia se convierte en conciencia pública; si acordamos las nuevas exigencias que ello impone sobre la pluralidad de destinatarios, prestaciones, formas de audiencia, diversidad de razones, límites (naturales, económicos, culturales, políticos, psicológicos) valores en juego, si no se quiere que ello se reduzca a una a un discurso formal totalmente alejado de lo que realmente ocurre, se comprende porque, tan frecuentemente, surge la voz complejidad.⁵⁴

Los principios (formalizados en constituciones, leyes o cualquier fuente) no contienen definiciones saturadas, son objeto de discusión. En consecuencia cabe preguntarse ¿qué es lo que sucede cuando las definiciones de las que partimos tienen estas características?, ¿qué ocurre con las definiciones que pueden albergar contradicciones, como son las de la vida social?, ¿qué tipo de argumentación podemos utilizar frente a los problemas que nos presenta el denominado Estado Constitucional?, ¿qué información consideramos se debe tener en cuenta en estos casos para que la decisión tenga razonabilidad? En estos casos es necesario utilizar definiciones expandidas y más comprensivas; es preciso saturar esas definiciones en el máximo posible para obtener el mayor grado de razonabilidad. Por todo ello para comprender la adjudicación judicial, es inevitable asumir tanto la complejidad de la materia a adjudicar como el de su argumentación.⁵⁵

Si al funcionamiento de las normas recodificadoras se lo sostiene desde un neoconstitucionalismo que aquí denominamos optimista, genera un inmenso traspaso de la producción jurídica a manos de los que ejercen la función judicial.

Es cierto que los desafíos de la cultura actual que imponen un nuevo Derecho, también imponen un nuevo perfil judicial. A causa de ello se ha reconocido que “aunque estamos lejos de referirnos al ‘gobierno de los jueces’, creemos que el mundo sorprendente que nos toca vivir se halla, en cierta medida, inevitablemente en sus manos”. Pero también se aclara que ese “protagonismo” de los jueces cada vez más necesario, “sólo es plenamente viable si ellos toman conciencia del significado profundo de su tarea, reconociendo lo que les corresponde hacer y lo que deben dejar a otros

⁵⁴ CHAUMET, Mario E., op. cit., “Constitucionalización de Derecho. Necesidad de asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial”, págs. 194 y ss.

⁵⁵ CHAUMET, Mario E. “Exigibilidad Judicial de los derechos sociales y la razón judicial compleja”, en: “Garantismo y Crisis de la Justicia”, Medellín, Universidad de Medellín, 2010, págs. 57 y ss.

conductores y en especial al legislador. Los jueces han de cumplir con las necesidades del nuevo tiempo, aunque creemos que también urge ‘salvar al legislador’.⁵⁶

En función de ello, no es superfluo conjeturar que una recodificación, fuertemente vinculada con la constitucionalización del derecho, impregnada de una normatividad con una creciente presencia de reglas indeterminadas, principios, directrices, apoyada en bases metodológicas neoconstitucionalistas marcadamente optimistas, genere la incertidumbre sobre como actuarán los encargados de su funcionamiento.

Sobre la reforma judicial y la “democracia mayoritaria”

Una de las cuestiones que más trascienden en el debate político y social de la Argentina de estos días, gira en torno de las leyes que se han dictado para la reforma de la justicia nacional.

Se invocan para su justificación razones democráticas. Se ha dicho que “se trata de modificar la concepción de la Justicia, haciéndola más democrática”, modificando la cultura judicial.⁵⁷

Es cierto que el carácter legitimador de la democracia da cuenta de una de las principales peculiaridades del concepto, pero su significado varía según cómo lo construyamos. Dentro de las múltiples caracterizaciones, quizás la más difundida, y que a su vez es la prevaleciente en la justificación de esta reforma judicial,⁵⁸ es la denominada “democracia mayoritaria”. Su rasgo distintivo es la “regla de mayoría”. Pone el énfasis en la democracia como procedimiento destinado a otorgar el poder a los representantes de las mayorías. Desde esta conceptualización, la democracia es la regla de la mayoría para la resolución de los conflictos.⁵⁹ Precisamente, sobre la

⁵⁶ CIURO CALDANI, Miguel Angel, “El juez en el cambio histórico” cit., págs. 1150 y ss.

⁵⁷ BRUNO, Angel, “La democratización del Poder Judicial. Cambiar la cultura judicial”, Página 12, 4 de marzo de 2013.

⁵⁸ Uno de las muestras es el procedimiento que se establece para la toma de decisiones en el Consejo de la Magistratura, solo se necesita una mayoría simple para designar o remover a los jueces.

⁵⁹ Así, por ejemplo, Arend Lijphart examina la Democracia a partir de dos tipos ideales. Por una parte expone el modelo de Westminster, al que también llama “democracia mayoritaria”, y lo confronta con el modelo consensual o “democracia consensual”. En su

reforma se ha dicho que: “El fundamento de esto reside en que son los ciudadanos quienes detentan la soberanía normativa, la cual conlleva, por un lado, el desapoderamiento de la capacidad normativa de quienes conforman solo una porción de la sociedad y, por el otro, el empoderamiento de todos los ciudadanos, en especial, de aquellos que han sido marginalizados o excluidos. Porque, como recuerda ROBESPIERRE, debe establecerse «un Estado en el que el pueblo soberano, guiado por leyes que son su obra, haga de sí mismo todo lo que puede hacer y, por medio de delegados, todo lo que no puede hacer por sí mismo».⁶⁰ Es más se fomenta “un retorno a los principios de la democracia revolucionaria francesa.”⁶¹

Escapa al ámbito de este trabajo adentrarse en los juicios de valor que generan las distintas aproximaciones sobre la forma de construir el concepto de democracia y particularmente el de democracia mayoritaria, como así también el debate que ha originado la reforma judicial. Tal como lo hemos anticipado, solo pretendemos pulsar las posibles vinculaciones que se pueden producir entre una recodificación fuertemente infundida en un “*neconstitucionalismo optimista*” y las reformas que se presentan motivadas para una transformación democrática del poder judicial.

No pocas veces se ha dicho que el reconocimiento de la exigibilidad judicial de los derechos fundamentales (particularmente los sociales) significa que “... importantes posibilidades de decisión se sustraen al proceso político de deliberación y disposición legislativas. Ello hace visible la relación de tensión existente entre los derechos fundamentales y la democracia”.⁶² Por

tipología, la “regla de la mayoría” es el rasgo distintivo de la democracia mayoritaria, en cambio los procedimientos destinados a gobernar mediante acuerdos incluyentes hacen a la caracterización de la segunda. Estas dos formas de entender y practicar la democracia responden visiones distintas sobre sus fines y objetivos y en especial, sobre la organización y ejercicio del poder (LIJPHART, Arend, “Modelos de democracia”, Barcelona, Ariel, 2000, págs. 13 y ss.).

⁶⁰ MONZÓN, José M., “Democratizar la Justicia, descolonizar el saber: el proyecto de reforma judicial”, en Microjuris.com Argentina, <http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/04/19/democratizar-la-justicia-descolonizar-el-saber-el-proyecto-de-reforma-judicial>, (07-06-13).

⁶¹ “Esto significa considerar al derecho como mecanismo de cambio social o, en su caso, de revolución, una revolución que puede realizarse desde el Estado, por medio de la ampliación social, su democratización y su fortalecimiento institucional.” (Ibidem).

⁶² ARANGO, R., op. cit. “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Bogotá, Legis, 2005, págs. 208 y ss.

consiguiente, la objeción principal radica en que aquí se vislumbra con mayor intensidad el carácter contramayoritario de las decisiones judiciales⁶³.

Desde la cultura jurídica de la modernidad, se propone la distinción entre la actividad de “hacer” el derecho y “aplicar” el derecho. Esta distinción descansaba en que la aceptación de un modelo democrático radica en que el derecho debe ser creado por aquellos órganos dotados de una legitimidad representativa⁶⁴. Ello significa que —de acuerdo con los principios propios de la democracia y de la división de poderes— la decisión sobre el contenido de la prestación de un derecho “no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia, sino en la del ‘legislador’ directamente legitimado por el pueblo”⁶⁵. Por eso se alega que los jueces pueden ordenar prestaciones al Estado derivadas de derechos fundamentales si el legislador ya las ha determinado.

También se ha destacado que desde el punto de vista de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos frente a la función judicial, este inmenso traspaso del poder decisorio a manos de los jueces puede tensar las razones democráticas del Estado de Derecho. No en vano una de las objeciones esgrimidas a este tipo de decisiones —inclusive en los países anglosajones y especialmente vinculadas a los citados remedios— es el hecho de ser *antidemocráticas*.⁶⁶ Así, Francesca Zannotti advierte que

⁶³ Referente al carácter contramayoritario de los jueces, cabe ver los trabajos de Roberto Gargarella: “La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)”, Bs. As., 1996, “Del reino de los jueces al reino de los políticos”, en “Jueces para la democracia”, Madrid, 1997, N° 28, y “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, Isonomía, México, 1997. N° 6. V. también THURY CORNEJO, Valentín, “Juez y división de poderes hoy”, Bs.As. Madrid, Ciudad Argentina, 2002, págs. 251 y ss.

⁶⁴ WRÓBLEWSKI, Jerzy, “The Judicial Application of Law”, Boston-London, Zenon Bankowski and Neil Mac Cormick, 1992, pág. 316.

⁶⁵ ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 491.

⁶⁶ Pisarello describe esta posición de la siguiente manera: “Una interpretación demasiado extensiva del control judicial de los derechos, entrañaría el riesgo de restringir en exceso el campo de lo democráticamente discutible. Además, supondría la adscripción a una suerte de elitismo epistemológico, en virtud del cual los jueces, sin legitimidad democrática ni responsabilidad directa ante el electorado, tendrían un acceso privilegiado al contenido semántico “objetivo” de los derechos indisponibles para el legislador.” (PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo

cuando se trata de decisiones que sobrepasan los derechos individuales de los partícipes del proceso, ampliar su ejecutividad conlleva un inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces.⁶⁷

En torno a esto, Carlos S. Nino expresó que un juez que está completamente al margen del debate público y que no se hace responsable en ese debate ante sus conciudadanos, podría perfectamente torcer las conclusiones a que se haya llegado en el proceso político democrático, acerca de la política social y económicamente preferible, acerca de la distribución de los recursos y de los mecanismos institucionales para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda de tal o cual manera.⁶⁸

Asimismo se ha advertido que este marco de nueva actuación judicial —especialmente en el derecho continental— puede tener consecuencias inesperadas para el mismo poder judicial, en particular (lo reiteramos) respecto de su *legitimación*, ya que la imagen de tercero imparcial que dice el derecho se oscurece en pos de su rol redistributivo.⁶⁹

Es también cierto que según Nino, el argumento contramayoritario de la judicialización se puede contrarrestar si se tiene en cuenta que los jueces deben ejercer un control del procedimiento democrático de ninguna manera limitado a condiciones formales, pero para promover y ampliar el proceso democrático.⁷⁰

democrático”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XXXI, México, mayo-agosto, 1998, N° 92, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

⁶⁷ ZANNOTTI, Francesca, “Las modificaciones del poder judicial en Italia: de un Juez ‘Boca de la ley’ a un Juez de los derechos”, trad. de Eduardo Oteiza, en J.A. 1996-III-803.

⁶⁸ NINO, Carlos S., “Fundamentos de derecho constitucional”, Bs. As., Astrea, 1992, págs. 687 y ss.

⁶⁹ ZANNOTTI, Francesca, op. cit., pág. 22.

⁷⁰ El mismo autor expresaba que los jueces deben promover y ampliar el proceso democrático abriendo nuevos canales de participación y fortaleciendo la representación, sobre todo de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso. El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. Los otros órganos del Estado deben dar las razones del incumplimiento de modo que puedan ser objeto de la deliberación colectiva. Ello implica que los jueces no deben restringir el proceso democrático, sino corregirlo y profundizarlo en especial cuando no se dan razones del incumplimiento. (Sobre el valor epistemológico de la democracia en relación a las concepciones de la autoridad puede verse: RÓDENAS CALATAYUD, Angeles, “Sobre justificación de la autoridad”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, págs. 255 y ss.).

En un Estado “ideal” de derecho, cada uno de los poderes estatales tiene asignadas las competencias específicas que se encuentra en condiciones de cumplir en virtud de su organización, su presupuesto y la índole de su gestión. Pero en varias ocasiones hemos señalado que, cuando el principio divisorio de poderes se vuelve un espejismo y quien debe adoptar las medidas necesarias para garantizar el pleno ejercicio de los derechos se muestra ausente, la judicatura debe «apropiarse» de funciones que originariamente no le corresponden. En países en los cuales el Estado tiene un alto grado de inexistencia, una de las pocas vías para que determinados enunciados normativos no sean pura ideología es la apertura a un acceso judicial efectivo.

Así las cosas, ello implica de forma notoria que se vean afectadas las premisas teóricas, filosóficas e ideológicas de la adjudicación judicial, tanto en lo que se refiere al papel de la norma, sus posibilidades y límites, cuanto en lo que respecta al papel del juez, su función y sus circunstancias. Dentro de ese contexto, el juez continental debe asumir, más que nunca, la complejidad de la cuestión a adjudicar. El ideal de un Estado constitucional se realiza gradualmente. Urge entender la diversidad de posibilidades.

De nuevo sobre neoconstitucionalismo (optimista) y reforma judicial (democrática)

Sostenemos que lo que hemos denominado neoconstitucionalismo optimista, en no pocos casos, simplifica las soluciones, generando la posibilidad de cuestionamiento sobre la composición y funcionamiento del Poder Judicial. No en vano insistentemente se ha dicho que el peligro se acrecienta si se piensa que la asunción por parte de los jueces de poderes decisorios tradicionalmente en manos de los otros poderes estimula a los órganos representativos para buscar nuevas “formas de control sobre el aparato judicial que le sustrae competencias”.⁷¹

Más allá del consenso que puedan producir, son elocuentes las expresiones de Maier a propósito de algunos fallos sobre la reforma judicial: “Quisiera comprender la razón por la cual los juristas han bastardeado el orden jurídico argentino, al punto de que hoy no puede ser considerado un

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”.

sistema, sino, tan sólo, una fábrica de decisiones. Creo que algunos ‘inventos’ han destruido nuestro orden jurídico, nuestra vida institucional, hasta el punto de que hoy no representa un ‘sistema’. Esos ‘inventos’ son, sintéticamente mencionados, en primer lugar el ‘amparo’ como litigio universal, en segundo lugar las ‘medidas cautelares’ como decisión final anticipada, en el tiempo que esa decisión previa sirve para un determinado interés y, en tercer lugar, la facilidad con la que nuestros juristas hablan de ‘inconstitucionalidad’ y su labilidad para encarar el tema”. Agrega: “Nuestros jueces parecen utilizar este concepto ‘facilongamente’, con prostitución del orden jurídico, calificativo mucho más vigoroso aún si pensamos que una ley del Congreso, o de las Legislaturas provinciales dentro de su competencia, cuando cumple los requisitos formales —es dictada por la mayoría prevista en ambas Cámaras—, goza de una especie de presunción de constitucionalidad que, como indiqué, sólo puede ser cancelada por sentencia firme que resuelva un caso. En muchísimas ocasiones las normas constitucionales sólo marcan límites que permiten el juego político o la decisión política entre ellos, esto es, una franja incluso amplia que permite diversas interpretaciones y soluciones políticas”.⁷²

En lo que aquí tratamos, ello además se inserta frente a un proyecto de recodificación. En este punto, debemos reiterar que la historia de los procesos de sistematización del derecho privado nos demuestra que resulta cuanto menos ingenuo, creer que quien emprende un proyecto de recodificación de la vida privada de un país, se desentiende de los temas que hacen a su funcionamiento. Vale volver sobre las motivaciones de los revolucionarios franceses para promover el Tribunal de Casación, aun habiendo elaborado una codificación basada en reglas con un alto grado de determinación.

En el caso particular argentino a ello se le suma que la iniciativa y elaboración del Proyecto estuvo y está fuertemente promovida desde los sectores más significativos del Poder Judicial. La pregunta sobre el funcionamiento de las normas de un derecho de fuente legal en mucho producido por los últimos intérpretes de la Constitución se hace más tensa. ¿Qué contexto para la interpretación y aplicación de las normas se genera ante el caso que el legislador no sancione lo *promovido* por los jueces? Un ejemplo paradigmático es la eliminación que hizo el Poder Ejecutivo de los artículos que el

⁷² MAIER, Julio B. J., “¿Orden o desorden jurídico?”, en “Página 12”, Viernes, 21 de junio de 2013.

Anteproyecto preveía sobre responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Participamos de muchas de las críticas que se han sostenido sobre la modificación.⁷³ Sin perjuicio de ello, y a los fines del presente trabajo (más aun si el Congreso aprueba lo proyectado por el Poder Ejecutivo) cabe advertir que no son pocos los que sostienen que “en cualquier caso, la sabia jurisprudencia de la Corte seguirá rigiendo el futuro de la institución, reafirmando los principios constitucionales que la nutren y le dan sentido como garantía de la dignidad humana y demás derechos fundamentales”.⁷⁴

Las tensiones entre postulados neoconstitucionalistas optimistas (o bajo la denominación que se prefiera utilizar) y democracia mayoritaria no es solo una cuestión de teoría política o jurídica.

Tal como aquí lo hemos anticipado, una propuesta de recodificación del derecho privado de una comunidad, es más que una cuestión técnica, implica una propuesta de fuerte impacto en la vida cultural, política, social, económica de sus destinatarios, muchas veces se la ha caracterizado como las bases de un proyecto de país. No se puede obviar que los protagonistas en su elaboración tienen conciencia que su destino está en mucho en el funcionamiento que se produzca al respecto. No es nuestro propósito brindar respuestas acerca de cómo debe ser el Código Civil y Comercial argentino. No opinamos aquí acerca de la conveniencia o inconveniencia de sancionar el proyecto, total o parcialmente. Tampoco evaluamos las leyes vinculadas a la reforma judicial. Solo queremos significar las inquietudes que inevitablemente genera sobre la estructura judicial, una recodificación basada en un neoconstitucionalismo optimista. Ello no implica admitirlas, ni justificarlas, solo se propicia asumir la existencia del conflicto.

La elaboración de las normas significa una actividad repartidora y sólo considerándola de ese modo puede ser comprendida. Normalmente nada de esta actividad sucede de manera ingenua, tiene significados históricos,

⁷³ IBARLUCÍA, Emilio A, “El derecho constitucional a la reparación en el proyecto de Código Civil 2012”. RCyS 2013-I , 5; v. también TONELLI, Pablo Gabriel, OYHANARTE (h.), Martín, “Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código”, L.L. 15/03/2013.

⁷⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado”, L.L. del 1/10/12.

biográficos, políticos, sociales. Lamentablemente, y tal como lo expresa Ciuro Caldani, a veces no se advierte siquiera la importancia de la cuestión.⁷⁵

⁷⁵ CIURO CALDANI, “El bicentenario del Código Civil francés. Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina” cit.