

Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces?

(en prensa)

MARIO E. CHAUMET - ANDREA A. MEROI

Aunque obvio, cabe destacar que la 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 y económica de sus destinatarios, a la que muchas veces se ha caracterizado como “las bases de un proyecto de país”. Una codificación del derecho privado representa una de las expresiones más prominentes de la planificación gubernamental.

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, hace varias décadas Gioele Solari señalaba 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. 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”¹.

Como ocurre con cada proceso de formación normativa, a todo código se lo piensa también en su funcionamiento². Ante la recodificación de la vida privada de un país, resulta cuanto menos ingenuo desatender los temas que hacen a su funcionamiento y — como sucede para el de cualquier norma— indagar sobre las relaciones, a menudo tensas, que se establecen entre sus autores (vgr. legisladores) y los encargados de su funcionamiento (vgr. jueces). Los revolucionarios franceses tuvieron plena conciencia de que el margen de apreciación de los textos volvía el poder a los jueces: “Al fin las normas son lo que los encargados de su funcionamiento las hacen ser, dentro de los juegos de fuerzas respectivos”³.

El rol de la adjudicación judicial en la producción jurídica se acrecienta si reparamos que una de las transformaciones que vive el derecho continental de nuestros días consiste, precisamente, en una notoria incidencia de los “principios jurídicos” y el rol de las constituciones en la aplicación judicial del derecho. De allí que no sean pocos los que afirman que, en la lucha entre los marcos teóricos, “en los últimos años ha ganado terreno el paradigma que enfoca los problemas desde el punto de vista judicial y de la controversia”⁴. Ciertamente, frente al protagonismo que tiene la adjudicación judicial

¹ SOLARI, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado*, trad. Oberdan Caletti, Buenos Aires, Depalma, 1946/50, pág. 78.

² A este respecto, puede v. CHAUMET, Mario E., *La conjetura del legislador sobre la elaboración de las sentencias. A propósito del proyecto de recodificación del derecho privado y de la reforma judicial*, en *Revista de Filosofía Jurídica y Social* N° 34, Rosario, 2013, págs. 51 y sgtes.

³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Aportes metodológicos para la reforma del Código Civil*, LA LEY 2012-C, págs. 944 y sgtes.

⁴ CALSAMIGLIA, Albert, *Indeterminación y realismo*, en *Analisi e Diritto*, 1999, págs. 219-227;

para una juridicidad cada día más “*principista*” y con un avance enérgico de *constitucionalización* de todo el orden normativo, nosotros mismos ya habíamos subrayado la pregunta: ¿es el derecho un juego de los jueces?⁵

Mucho se puede debatir sobre la conveniencia de haber sancionado el nuevo Código Civil y Comercial argentino. En no pocos casos la discusión se refiere al contexto de la vida interna del país, particularmente en lo concerniente a la vida política de estos días. De los numerosos interrogantes que produce toda esta normatividad, solo pretendemos sondear algunos desafíos que se presentan a la *adjudicación judicial*, ante una recodificación fuertemente infundida de un “*neoconstitucionalismo optimista*”.

1. Sobre la constitucionalización del derecho y una normatividad con creciente presencia de reglas indeterminadas, principios, directrices

Se ha dicho que en los últimos cincuenta años, en especial después de finalizada la II Guerra Mundial, el constitucionalismo ha evolucionado en muchos sentidos que impactan en toda la juridicidad. Uno de ellos es el fenómeno de constitucionalización del derecho al que pretendemos abarcar con la noción de *Estado Constitucional*.

En este marco, cabe preguntarnos cuáles son las normas que, en un determinado contexto, fundan o justifican las decisiones judiciales. En nuestros días y en respuesta a esta pregunta, es frecuente encontrarnos con decisiones judiciales sobre aspectos centrales de todas las ramas del derecho que vienen justificadas directamente desde “principios” constitucionales⁶.

Desde la óptica de la decisión judicial, en el modelo del *Estado Constitucional* la Constitución se le presenta al juez como *un semáforo verde*. Se entiende que en el *Estado Constitucional* cada decisión judicial debe “concretar” las exigencias constitucionales. En virtud de ello el control de constitucionalidad ya no se presenta como ausencia de contradicción con las normas constitucionales, sino que la adjudicación debe además ser expresiva de una “razonable” determinación de los derechos que emanan de la Constitución.

Especificando la noción “Estado Constitucional”, hemos intentado describir el fenómeno de constitucionalización del orden jurídico que adquirió una expresiva fuerza en el ámbito del derecho privado⁷. Desde ya remarcamos que no es un fenómeno original del derecho privado argentino: las palabras de Perlingieri resultaron sumamente ilustrativas cuando, hace ya algunos años, anticipaba que el juego de los principios constitucionales obligó a *refundar* el derecho civil⁸. Por su parte Jean Foyer al

http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/calsamiglia.rtf (06/03/2012).

⁵ V. CHAUMET, Mario E. - MEROI, Andrea, A., *¿Es el derecho un juego de los jueces?*, LL 2008-D, págs. 717 y sgtes.

⁶ Se omite, así, la mediación de una norma (habitualmente formalizada en una ley) que determine las condiciones de aplicación y los alcances del “principio constitucional”, tarea que es asumida por los jueces en la solución de cada caso concreto.

⁷ 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”, Buenos Aires, La Ley, 2005, págs. 29 y sgtes.

⁸ 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, pp. 1/16.

investigar sobre el pasado, el presente y el futuro del Código Civil, señalaba que el último período está dominado por las tendencias crecientes de constitucionalización, internacionalización y europeización del Derecho privado, que a su entender introducen numerosas disfunciones⁹. Eugenio Llamas Pombo ha dicho que la Constitución sirve también como el principal motor de cambios del derecho privado.

Por otra parte, y tal como lo hemos tratado de reflejar en diversos trabajos, cabe también considerar 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 principios¹⁰. El derecho —heredero de la cultura moderna de una razón fuerte de la que era instrumento— tenía su base en normas estructuradas en reglas generales determinadas. Más aún, esas normas eran ordenadas en uno de los instrumentos de mayor carga de racionalidad: los códigos decimonónicos. Nuestro tiempo significa sustancialmente la ruptura del modelo de racionalidad individual e impide en gran medida la proyección hacia el futuro. La aceleración de la historia, la cultura de lo efímero, de lo fugaz, tan típicas de esta época, oprimen el porvenir y la posibilidad de construir normas como reglas generales. Cada día es más difícil legislar sobre la base de reglas determinadas, lanzándose hacia el futuro, prediciendo el porvenir. En el derecho de este tiempo las normas generales son cada día más indeterminadas y abiertas.

Toca recordar que los operadores jurídicos continentales (entre ellos los jueces) fueron formados desde un sistema codificado de reglas y ahora se ven obligados a operar desde una creciente casuística judicial orientada según principios. Ello es una fuente constante de perplejidades, especialmente cuando se toman decisiones desde los principios, pero utilizándolos como si fueran reglas¹¹.

Los procesos de *recodificación* de esta época 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 “nuevo código” asume estas características de constitucionalización del derecho y de una normatividad con una creciente presencia de reglas indeterminadas, principios y directrices.

Más allá de lo expresamente consignado en la fundamentación de la comisión que elaboró el anteproyecto, resulta ilustrativo lo expuesto reiteradamente 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

⁹ En: 1804-2004. *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Université Paris II, Dalloz, 2004, págs. 275-296.

¹⁰ 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 Provincia de Santa Fe, N° 2, 2012, págs. 194 y sgtes.

¹¹ Sobre la actitud de la comunidad jurídica ante los nuevos desafíos del sistema judicial se ha dicho que “...cuando se plantean cuestiones actuales como la de la judicialización de la política, los analistas suelen asumir una posición dicotómica en la cual señalan las virtudes de las conquistas del Derecho y atribuyen las actitudes de los jueces a actitudes partidistas que degradan su papel en el sistema. Pocos son los que profundizan en las causas estructurales que llevan a esta nueva configuración y se atreven a discutir algunos de los logros realizados por el desarrollo del Estado de Derecho” (THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires/Madrid, 2002, Ciudad Argentina, págs. 392 y sgtes.).

privado”. Así lo 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 receptar 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 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”¹².

Agrega que “[t]ambién 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”¹³.

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”¹⁴.

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”¹⁵.

Con diversas valoraciones, muchas voces describen el impacto que tiene el hecho que la propia ley sea la que irradie el protagonismo de la adjudicación judicial en toda la vida privada, sobre la base de una normatividad indeterminada y constitucionalizada. Hay quienes sostienen que el “*judicialismo gobierna toda la estructura del proyecto*”¹⁶.

¹² LORENZETTI, Ricardo L., *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, LL 2012-C, págs. 581 y sgtes.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ RABBI-BALDI, CABANILLAS, Renato, *Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, en “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, págs. 38 y sgtes. Por su parte, Gustavo Maurino nos recuerda que “en todas sus conferencias, Lorenzetti les dice a lxs bogas... las reglas siguen ahí, y son más o menos las mismas que vinimos armando en estas décadas (las reglas no sorprenderán a nadie que haya estado razonablemente actualizado, dice, y tiene razón). Pero lo que cambia y transforma es la estructura, la forma, dice... y se pasa las conferencias mostrando esos paradigmas transformadores y lo que implican. Y lo mismo Kemelmajer, diciéndoles a lxs bogas... en este código confiamos en los jueces... es un código abierto a ser construido por la jurisprudencia... y Lorenzetti —otra vez— insiste en

Esta característica tiene un impacto trascendental en el derecho continental y le plantea enormes desafíos que, sin ser nuevos, adquieren otra dimensión al ser recibida en una de las fuentes más paradigmáticas.

En la medida que ello implica el *ensanchamiento* de los derechos que, además, se pretenden *exigibles* (efectivización), una mirada puede resultar alentadora. Sin embargo, a nadie se le pueden escapar sus riesgos: tensión de las razones democráticas del estado de derecho, vicisitudes de la legitimidad del poder judicial, crisis de la imagen de tercero imparcial, aparición de nuevas formas de control sobre el poder judicial, peligro de utilización de los criterios propios del juez y un largo etcétera.

Creemos que afrontar los obstáculos que ofrecen las bases normativas del nuevo Código es una empresa ineludible, sobre todo si se pretende evitar que el derecho no sea un simple juego del arbitrio judicial.

2. El escollo del paradigma simplificador

A partir del denominado Estado Constitucional, diversas propuestas metodológicas se ofrecen de cara a las denominadas “guías de decisión” que menciona Lorenzetti. Sintetizarlas, clasificarlas y diferenciarlas resulta una tarea difícil y no exenta de críticas. Para una primera aproximación destacamos que hay respuestas metodológicas que podríamos calificar como *optimistas*, otras como *escépticas*, así como también otras que podríamos considerar como provenientes de un *optimismo crítico* o de un *escepticismo moderado*. Desde ya advertimos que nos encontramos más próximos a compartir la tercera caracterización.

Dentro de las *metodologías optimistas*, una de las más difundidas e influyentes para las “guías de decisión” son las que ofrecen las teorías neoconstitucionalistas¹⁷. Su

los últimos minutos de todas sus conferencias... ‘lo importante, lo fundamental, es la implementación del código...’” (*Tres maneras de destruir el Código Civil [Intro]*, en “Hablando bajo”, 27/05/2015, <http://hablandobajo.blogspot.com.ar/>).

¹⁷ 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 se consideran logros del proceso de constitucionalización y se propugna su ampliación. Como algunos de los vinculados a esta corriente, se menciona a autores tales 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 que 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)”, 2ª ed., 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 sgtes.). Atienza, siguiendo a Prieto Sanchís, sostiene que: “... ‘lo primero que llama la atención del neoconstitucionalismo es que parece ser una corriente de pensamiento con muy pocos militantes’ y que ‘los autores que suelen citarse como principales impulsores del movimiento, muy heterogéneos entre sí por otra parte, no suelen calificarse a sí mismos como neoconstitucionalistas’”. (ATIENZA, Manuel, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del*

influencia teórica se va expandiendo en vastas zonas del derecho privado argentino, no solo en el ámbito académico sino especialmente en el jurisdiccional.

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

La configuración abierta de los principios implica explicitar las condiciones de aplicación. Buena parte de la producción de la teoría del derecho de este tiempo está dedicada, precisamente, a contener la discrecionalidad judicial, tratando de encontrar parámetros racionales para la aplicación de los principios constitucionales. Ante la diversidad de posibilidades que deja abierta la puesta en marcha del denominado Estado Constitucional, ¿cómo verificar cuando una argumentación es mejor que otra en un caso?¹⁸ Muchos de los planteos de las denominadas teorías de la argumentación jurídica pueden fácilmente ser ubicados en este marco¹⁹.

De todos los temas que trae aparejada la aplicación de principios en la argumentación de la adjudicación judicial, queremos detenernos especialmente en uno de los que más se invocan —especialmente en las decisiones judiciales de los tribunales constitucionales latinoamericanos, como en las críticas y comentarios doctrinarios sobre ellas— que es el de la *ponderación* de principios. En un número significativo de casos, se apela a la palabra *ponderación*, habitualmente representada con la metáfora de la asignación de pesos distintos a los principios en juego (vgr., derecho a la intimidad y libertad de expresión) a fin de averiguar cuál tiene más fuerza y, por tanto, desplazará al otro. También reiteradamente se afirma que estamos pasando de la *subsunción de reglas*, a la *ponderación de principios*²⁰.

Precisamente Robert Alexy (uno de los teóricos del derecho que directa o indirectamente más ha influido en los Tribunales Constitucionales latinoamericanos), sostiene que 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*²¹. 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.

constitucionalismo postpositivista, en Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 15 (Diciembre de 2014), <http://www.utdt.edu/>.

¹⁸ Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*, en Jueces para la Democracia, N° 34, 1999, pág. 43.

¹⁹ 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 sgtes. Sostiene que la racionalidad y aceptación del constitucionalismo “depende del más exigente discurso argumentativo a la hora de aplicar el derecho” (pág. 97).

²⁰ 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, el que estaría atravesando un “estado de ponderación” (v. CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pág. 295).

²¹ “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*, LL 2008-F, 785).

A conjurar riesgos y desvalores se dirigen varios intentos: ¿cómo evitar que la (inevitable, aunque peligrosamente aumentada) *discrecionalidad* se convierta en *arbitrariedad*? Parafraseando a Moreso, ¿cómo evitar que la ponderación sea “el resultado de una actividad subjetiva y particularista”?, ¿cómo evitar que el derecho sea el simple juego de los jueces?²²

Se han postulado diversas maneras de entender la ponderación de principios. Una de ellas, la del propio Alexy, es el modelo de ponderación orientado por reglas. Supone 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”³⁵.

La preocupación principal de Alexy es refutar la idea de que la ponderación sea un procedimiento irracional. De ahí el empeño en estudiar la “estructura de la ponderación” y la noción de “representación” como partes de una teoría del “constitucionalismo discursivo”²³. Se trata uno de los paradigmas teóricos más tenidos en cuenta por la doctrina jusprivatista para darle racionalidad al modelo normativo del nuevo Código.

Particularmente en el Estado Constitucional, muchas son las críticas que se han realizado a la ponderación de principios como mecanismo de argumentación racional. 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 objeciones 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 generalizar²⁴. Lo mismo podría decirse sobre las razones alegadas en un caso para satisfacer el interés superior del niño, la protección del ambiente o del consumidor, el acceso a la jurisdicción efectiva, etcétera.

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. 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,

²² En: *Conflictos entre principios constitucionales*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pág. 104.

²³ Cfr. ALEXY, Robert, *Balancing, Constitutional Review and Representation*, material de estudio de la Carrera de Especialista Universitario en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, edición 2004.

²⁴ MORESO, op. y loc. cit.

diversamente de lo que sucede con el Ejecutivo o el Legislativo, esa máxima no debe ser aplicada al Poder Judicial²⁵.

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 porque emanan de una descripción verdadera de cierta realidad moral; pero no contribuyen a clarificar el problema y proponen para él una solución mágica²⁶.”

En lo que insiste el neoconstitucionalismo que aquí calificamos como *optimista* es en la capacidad de “dicción” de las normas constitucionales más indeterminadas. 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?”²⁷

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 legitimidad: “los derechos fundamentales no son valores inmutables ni transhistóricos, sino adquisiciones humanas incorporadas de manera inmanente al pacto de socialidad...”. No obstante ello, advierte que los valores de una comunidad no son todos coherentes entre sí y que algunas tesis expresan 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”²⁸.

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 suma, te permite tener razón

²⁵ 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.

²⁶ GUIBOURG, Ricardo A., *Sobre la argumentación*, LL 2010-C, 921.

²⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo*, página de Juan A. García Amado <http://www.geocities.com/jagamado/>. (20/10/2011).

²⁸ CÁRCOVA, Carlos María, *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, págs. 218 y sgtes.

respecto a tus juicios de valor, en vez de simplemente tener ‘preferencias’, como en ‘prefiero el chocolate al helado de crema’²⁹.

También son numerosos las voces y los argumentos que se esgrimen contra las objeciones de irracionalidad del método³⁰. Con razón se sostiene que la inseguridad en la aplicación del derecho no es una característica específica ni necesaria de la ponderación.

No nos detendremos aquí a saldar las críticas y defensas del método³¹. 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 basado en reglas, como el de Alexy, no escapan a ello. Con fina ironía le hemos escuchado decir al Profesor Bulygin que si al él se lo puede acusar de *terrorismo lógico* sería lícito atribuir al Profesor de Kiel la acusación de *terrorismo matemático*³².

Trayendo a consideración no solo las discusiones teóricas sino su puesta en funcionamiento, creemos que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina argentina (y por qué no, en otros países de Latinoamérica) se sostienen posturas que, directa o indirectamente, invocan un neoconstitucionalismo que calificamos como *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 que sobre Robert Alexy a veces se realiza, es fácil advertir que sólo se trae 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 conclusión³³.

²⁹ MILJIKER, María Eva, *Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 2006, http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica03.pdf (06/04/2015). 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.

³⁰ CLÉRICO, op. cit., pág. 304.

³¹ Creemos que las críticas de *particularismo* no se hacen cargo de las características culturales de este tiempo (las hemos descripto en trabajos anteriores; entre otras, la 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 el del comercio internacional (cfr. GALGANO, Francesco, *Libertad contractual y la justicia del contrato*, trad. de María de la Colina, LL 2008-B, 97).

³² De la desgrabación que realizaron los autores de la conferencia dictada en el marco de la Carrera de Especialista Universitario en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, Edición 2004.

³³ En igual sentido crítico y respecto de la norma contenida en el art. 489, § 2 del nuevo Código Procesal Civil brasileño (que entrará en vigor en marzo de 2016), se ha afirmado: “Se ao fim e ao cabo disseram que a tal ‘ponderação do NCP’ não é aquilo que se vem falando do que seja a ‘ponderação’, fica a pergunta: então por que não substituem a palavra ponderação por ‘escolha’, ‘discricionarismo’, ‘consciência do julgador’... ou, simplesmente, coloquem qualquer palavra no lugar, por exemplo, ‘canglignon’. Não vai mudar nada mesmo. Do jeito que está, é a porta para a arbitrariedade interpretativa” (STRECK, Lenio Luiz, *O Novo CPC e o Hermeneutic Turn do Direito brasileiro – Condições e possibilidades*, Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, Nº 90, p. 372, abr./jun. 2015).

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 defensa del consumidor, la obligación de no dañar, etcétera.

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”³⁴.

En realidad, bajo la invocación mediante palabras (ponderación / proporcionalidad) que remitiría a un método intelectualista, muchas veces se esconde un desmedido voluntarismo. 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 inserta en un debate que se expande, 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, todo ello ha llevado a algunos pensadores y a nosotros mismos a preguntarnos si bajo estas condiciones no es *el derecho el juego de los jueces*³⁵.

Los principios (formalizados en constituciones, leyes o cualquier otra 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? Evidentemente, se trata de supuestos en los que 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 la de su argumentación, no creer que porque se cita un principio sobre el que todos acordamos su valor, llegamos a conclusiones necesariamente correctas³⁶.

³⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, políticas públicas y derecho de acceso a una vivienda digna*, LL 2012-C, págs. 385 y sgtes.

³⁵ CHAUMET – MEROL, *¿Es el derecho...*, op. y loc. citis.

³⁶ 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 sgtes.

3. El escollo de encubrir la intersubjetividad, omitiendo los despliegues dialécticos de la argumentación

La indeterminación normativa, la aplicación directa de principios constitucionales y convencionales, y numerosas normas en diversas materias (ej. relativas a las personas, relaciones de familia, derechos del niño, obligaciones, contratos, responsabilidad civil, derechos reales, títulos valores) le otorgan a los jueces amplias facultades que, a nuestro entender y desde un malentendido activismo judicial, encierra el peligro de encubrir la intersubjetividad y de omitir los despliegues dialécticos de la argumentación.

El modelo del Estado Constitucional exige una argumentación jurídica de carácter discursiva e intersubjetiva para la *adjudicación judicial*. Se sustituye la perspectiva monológica por la dialógica, asumiendo una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico. Cada día más se hace evidente que el “[e]l juez no decide al margen del contexto social, no decide impunemente. Su actuación se inserta en un debate que es exterior a él, que es público”. La conciencia del juez se convierte en conciencia pública³⁷.

Así, en consonancia con la argumentación en general, brotan las iniciativas teóricas que incorporan la significación de una racionalidad dialéctica, ideándola como una cuestión del lenguaje, dialógica, procedimental y que admite la vinculación entre el contexto de descubrimiento y de justificación³⁸.

En otros trabajos ya hemos señalado que el debate forense, el proceso, no es ajeno a esta dialéctica.³⁹ En efecto, si no se quiere caer en posturas en donde cualquier idea de certeza se estime como carente de referencia sólida y rebajada a puro mito, pura ideología (que el único método sea la libérrima conciencia decisoria, el juez dueño y señor del derecho), si es menester asumir una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico⁴⁰ y exigir a los jueces una mayor justificación de sus decisiones, habremos de detenernos en esa dialéctica, en el aspecto confrontativo del discurso, especialmente si reivindicamos la vigencia y significación del contradictorio en el ámbito del derecho procesal⁴¹.

³⁷ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988. Desde otro marco teórico v. también ANDRUET, Armando, *La politicidad del derecho*, en “El ethos y el estado de derecho en occidente”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1996, págs. 91 y sgts.

³⁸ Si recordamos que en el razonamiento analítico se parte de premisas necesarias (o por lo menos indiscutiblemente verdaderas) que conducen, gracias a inferencias válidas, a conclusiones necesarias o verdaderas, que los razonamientos analíticos son impersonales (“la verdad es, en ellos, una propiedad de las proposiciones o premisas y, por ende, son demostrativos”) y que a su vez en los razonamientos dialécticos, se parte de premisas verosímiles, aceptables, probables y se arriba a conclusiones más o menos verosímiles, más o menos aceptables, más o menos probables, y si a su vez también tenemos a la vista algunas de las características del derecho continental actual (creciente casuística judicial orientada según principios, Estado Constitucional, expectativas positivas a realizar judicialmente) no nos debe extrañar como ya en mediados del siglo pasado se enfatiza por un cambio del paradigma en la argumentación jurídica.

³⁹ CHAUMET –MEROI, *¿Es el derecho...*, op. y loc. cit.

⁴⁰ Cfr. GARCÍA AMADO, *Teorías...*, cit.

⁴¹ CHAUMET – MEROI, op. y loc. cit. V. también IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pág. 52.

Si las condiciones de aplicabilidad de la norma están indeterminadas, si la propia consecuencia jurídica constituye un abanico de opciones para el juez, entonces los protagonistas del debate procesal deben tener la posibilidad de decir algo al respecto y, si ése es el caso, el juez debe incluir esos argumentos en su decisión, ora asumiéndolos como propios, ora refutándolos adecuadamente⁴².

Desarrollando un discurso teórico sobre la argumentación en contextos jurídicos, el filósofo y teórico de la argumentación Eduardo Piacenza Otaegui sostuvo que la elaboración de una teoría normativa de la argumentación (para cualquier ámbito), requiere un abordaje dialógico a los fines de comprenderla⁴³.

Desde el pensamiento lógico, el autor impugnó el modelo silogístico judicial por inadecuado para representar la argumentación jurídica, al no tomar en cuenta que ésta es no-monotónica (un aumento de la información invalida la conclusión lo cual no sucede en la deducción silogística). Al propio tiempo sostuvo que las “premisas” de las que se extrae la conclusión judicial no tienen valor si no se da oportunidad a los posibles interesados de añadir informaciones que pudieran tener un efecto cancelatorio de los argumentos de los que parecería desprenderse la conclusión válida.

Para Piacenza Otaegui, no obstante que desde la antigüedad hay un renacimiento de la importancia de los argumentos que en este tiempo se llaman *no-monótonos*, el enfoque predominante para estudiar la argumentación ha sido monológico: “Las demostraciones geométricas aparecen como argumentaciones especialmente atípicas, donde la *altera pars* ha perdido toda significación. A partir de aquí puede comprenderse, entonces, la gravedad de la doble preferencia tradicional por ellas, es decir como objeto de estudio y de conocimiento”⁴⁴. Esta característica no solamente se da en el razonamiento judicial, sino en áreas muy extensas de la argumentación humana de las que apenas podrían excluirse algunas excepciones como el razonamiento geométrico de Euclides. Entiende que en especial ello sucede en las argumentaciones a las que se apela “...para decidir de manera no-arbitraria los problemas de la vida individual y colectiva...”. Partiendo de la condición de no-monotonía de las argumentaciones jurídicas, considera que hay que admitir que los argumentos deberán encararse en función de la discusión a la que pertenecen, establecer sus criterios conectándolos expresamente con aquello que se entiende como fundamental en el concepto de discusión.⁴⁵

Existen otras razones además para asumir un marco dialógico en los estudios de argumentación. En primer lugar porque afirmaba que se trata de una actividad que se cumple, y solamente resulta inteligible, “en el seno de una interacción mediada por el

⁴² En ese sentido nos señala Vigo: “En ese orden de recuperar una razón práctica que es prioritariamente sustancial pero que sin embargo se proyecta al plano procedimental o estructural reivindicando diálogo o intercambio y ponderación puede resultar oportuno el aval de Kalinowski: «las premisas de todos los razonamientos jurídicos, pueden ser escogidas —y lo son de hecho la mayor parte de las veces— por intermedio de un diálogo, es decir, en el curso de una controversia que regulan la dialéctica y la retórica»” (VIGO, Rodolfo Luis, *Argumentación constitucional*, en “Interpretación y argumentación. Problemas y perspectivas actuales”, Coord. Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo L. Vigo, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2011, págs. 463 y sgtes.).

⁴³ PIACENZA, Eduardo, *Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 57, 2002, págs. 275 y sgtes.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 293.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 288.

lenguaje, de una práctica comunicativa especial, la discusión. De ahí que en muchos casos un argumento no será comprensible, evaluable, susceptible de ser descrito y, a veces, hasta ni siquiera reconocible como argumento, si se prescinde de la discusión en la que se inserta o de las discusiones virtuales que podrían servirle de marco”. Argumentar supone “que se discute”.

La voz de Piacenza nos permite resaltar el rol de la dialéctica en el proceso y su relevancia para la argumentación judicial en un derecho principista y constitucionalizado.

Según Oliveira, durante el transcurso del s. xx se revitaliza el carácter problemático del derecho y el “contradictorio” comienza a constituirse en un atributo inherente a todos los momentos relevantes del proceso. Se recupera, así, el valor esencial del diálogo judicial en la formación del juicio. De tal suerte, y rechazándose la investigación solitaria del juez, el “contradictorio” se presenta como la contrapartida del diálogo, recomendado por el método dialéctico, que amplía el cuadro de análisis, obliga a la comparación, atenúa el peligro de opiniones preconcebidas y favorece la formación de un juicio más abierto y ponderado⁴⁶. Una perspectiva dialéctica de la argumentación garantiza a las partes la posibilidad de actuar de modo crítico y constructivo sobre la marcha del proceso y su resultado, pudiendo ejercer la defensa de sus razones antes de la decisión⁴⁷.

Desde un enfoque de teoría jurídica y de derecho constitucional que se pregunta por los legitimados para la interpretación constitucional, Häberle reclamará la apertura a un número tan abierto como pluralista sea la sociedad⁴⁸.

Si convenimos en que es socialmente valioso que los destinatarios de las normas concurren activamente a su interpretación, se impone que deban participar “el peticionario y la contraparte, el recurrente (por ejemplo en el recurso constitucional), demandante y demandado, que fundamentan su instancia y obligan al tribunal a adoptar una posición («diálogo jurídico»)⁴⁹. En suma, “el juez constitucional no es el único intérprete en el proceso constitucional: en el procedimiento hay varios participantes, y las formas de participación se amplían”⁵⁰.

Esto es lo que, de alguna manera, están imponiendo las legislaciones procesales alemana y francesa. Esto es lo que impone la legislación, la jurisprudencia y la doctrina española para la definición de la cuestión constitucional, incipientemente para “circunstancias sobrevivientes de las que no es posible prescindir”, nuestra propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁵¹

⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, *A garantia do contraditório*, Revista Peruana de Derecho Procesal, Junio 2002, N° 5, págs. 15/17.

⁴⁷ CHAUMET – MEROI, op. y loc. cits.

⁴⁸ HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 150.

⁴⁹ Íd. íd., pág. 152.

⁵⁰ Íd. íd., pág. 159.

⁵¹ CHAUMET – MEROI, op. y loc. cits.

Ahora bien: si, como vimos, el *derecho* está plagado de *indeterminaciones normativas* y es contrastado constantemente con *principios constitucionales* de gran abstracción y carga axiológica que además, se afirman directamente operativos, no cabe sino preguntarse: ¿qué derecho es el que conoce el juez?⁵² Ciertamente, la *regla* que a la postre deviene construida y aplicada en la sentencia no es el *principio* que inicialmente fundó la decisión. Entre las proposiciones “*debe ser que el Estado provea este (y no otro) tratamiento médico al peticionante*” y el principio “*derecho a la salud*” hay no sólo una distancia significativa, sino el ejercicio del arbitrio judicial que elige una de entre varias opciones posibles. En el fondo, “el diálogo judicial se transforma en una auténtica garantía de democratización del proceso, al impedir que el poder del órgano judicial y la aplicación de la regla *iura novit curia* redunden en instrumento de opresión y autoritarismo, sirviendo a veces a un mal explicado tecnicismo, con obstrucción a la efectiva y correcta aplicación del derecho del caso”⁵³.

Nuestra propuesta es que la justificación de este tipo de decisiones judiciales depende fuertemente de la participación procesal de los litigantes en el debate normativo. Copiando a Damaška diremos que cuanto más fuerte sea la “voz” de las partes en el proceso, más cerca estaremos de una decisión correcta⁵⁴. La perspectiva dialéctica de la argumentación, no solo ayuda a preservar la imparcialidad judicial, permite asumir la intersubjetividad y es necesaria para la racionalidad de la adjudicación judicial.

4. El escollo de la anarquía: la arbitrariedad

Sociológicamente todo derecho puede funcionar en forma ordenada o desordenada. De hecho toda juridicidad tiene grados de orden y de desorden⁵⁵.

Como modo constitutivo del orden jurídico, en la tradición de nuestros países (y a diferencia del *common law*) prevaleció el derecho planificado. El funcionamiento de la normatividad civil a través de los códigos fue una de sus principales manifestaciones.

Por su parte una de las características del derecho anglosajón, es la prevalencia de un derecho ordenado espontáneamente, cuyo modo constitutivo es la ejemplaridad que se desarrolla mediante el esquema modelo/seguimiento. Alguien toma una decisión y ante la misma situación otro lo sigue, y así otros, siguiendo el mismo esquema toman como modelo lo decidido por sus antecesores y repiten la decisión. Ésta es la génesis del derecho espontáneo, que no se corresponde con el desorden jurídico⁵⁶.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ DAMAŠKA, Mirjan, *Truth in adjudication*, 49 *Hastings Law Journal*, 1998, págs 303/304.

⁵⁵ En relación al tema puede v. especialmente GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987.

⁵⁶ Es conocida la tradicional referencia a lo dicho en una sentencia de 1833 por el Juez Parke, en el caso *Mirehouse v. Rennell*: “Nuestro sistema de *common law* consiste en aplicar a los nuevos supuestos las reglas de derecho que nosotros, jueces, derivamos de los principios jurídicos y de los precedentes judiciales; y con el fin de garantizar la uniformidad, la coherencia y la certeza del derecho debemos aplicar estas reglas, con tal de que no sean claramente ilógicas o estén fuera de lugar, a todos los casos iguales que se presenten; y no tenemos posibilidad alguna de desatenderlas o de rechazar su aplicación analógica prefiriendo otras no consagradas nunca judicialmente, sólo porque consideremos que tales reglas no sean tan oportunas y ajustadas como deseáramos. Considero de extrema importancia mantener este canon absolutamente firme, no sólo para la resolución del caso en cuestión”.

El progresivo avance de un sistema codificado de reglas a una casuística judicial orientada según principios (hoy plasmado en el nuevo Código) no implica necesariamente desorden jurídico, anarquía, arbitrariedad, pero requiere un gran esfuerzo de los operadores jurídicos que, en gran medida, deberán asumir otro modo de ordenación jurídica.

Ahora bien, resulta relevante tener en cuenta que todo caso de conflicto en el que se verifiquen las mismas propiedades, debe recibir idéntica solución⁵⁷. Ronald Dworkin proclamaba que al momento de la adjudicación los jueces deben entender el derecho como un todo y ello es trascendental para insertar la adjudicación en el orden jurídico. Su imagen de la “novela en cadena” es más que ilustrativa. Según el autor norteamericano, se trata de una novela escrita en serie por un grupo de novelistas. Cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible. Para Dworkin esta tarea resulta compleja cuando se intenta hacer bien, cuando lo que se pretende es escribir la mejor novela posible. El que comienza debe remitirse a lo ya escrito y a su vez se compromete a continuar la novela, no a escribir una nueva. Entre otras exigencias, hay mantener la fidelidad al proyecto que se nos ha entregado, así como a su finalidad última, por lo que hay que asumir también el texto que se deja. En paralelo con la adjudicación judicial el juez debe hacerse cargo del derecho que recibe, pero también del que deja⁵⁸.

En función de ello, frente al alto grado de indeterminación normativa corresponde preguntarse como cuánto los jueces continentales —particularmente los jueces iusprivatistas argentinos— asumen y asumirán los requerimientos metodológicos que demanda un derecho caracterizado por una casuística judicial orientada según principios constitucionalizados. Clama evitar no caer en la anarquía jurídica, ya sea teleológica (no se sabe cuáles son los criterios normativos a tener en cuenta) o institucional (no se sabe quién manda). De más está destacar que este peligro se acrecienta en un país donde impera un control difuso de inconstitucionalidad.

Al escribir sobre el uso de estándares imprecisos en los textos legales, Hans-Bernd Schäfer detalla que “muchas cortes en diferentes lugares recolectan y procesan información en un proceso de aprendizaje descentralizado. Sobre la base de esta información, las cortes jerárquicamente superiores eventualmente llegan a uniformar las reglas. Así, las normas legales que pueden resultar bastante vagas al inicio, se tornan más y más precisas a través de los precedentes fijados por las cortes superiores. Y los imprecisos mandatos legales de actuar con cuidado se transforman entonces en una

⁵⁷ Precisamente, Moreso plantea como alternativa para huir del particularismo que supone una adjudicación judicial justificada desde los principios constitucionales, el concebir una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes y en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas. Ello sucede en el ámbito del precedente (técnica del *distinguishing*): “da cuenta de todos los casos decididos en el pasado, pero con la introducción de un universo de casos más fino resuelve el actual y establece un criterio para resolver los futuros” (cit.).

⁵⁸ Uno de los temas relevantes en el marco de la argumentación judicial es el del cambio de precedentes, especialmente cuando se trata del mismo tribunal. Al respecto, puede v. SODERO, Eduardo R., *Sobre el cambio de los precedentes*, en Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Año IV, N° 4, Buenos Aires, 2004, págs. 219 y sgtes.

larga lista de prescripciones precisas relacionadas a una gran variedad de categorías de daños. Este aprendizaje descentralizado y, con él, la transformación gradual de los estándares imprecisos en reglas precisas, es contemplado como una de las mayores ventajas de sistema judicial, en el cual los jueces tienen un amplio espacio para la toma de decisiones. Muy parecido a un mercado descentralizado, el sistema descentralizado de jueces puede entonces recolectar y procesar mucha más información que ningún individuo. Y aunque la ley comience con un conjunto de normas imprecisas y de poca certidumbre legal, los estándares se transforman gradualmente en reglas mediante las sentencias y la certeza legal prevalece. Pero este sistema podría no funcionar bien si los que toman las decisiones tienen poca información o poca experiencia o si no están bien capacitados para tomar decisiones complejas⁵⁹.

También se ha dicho que desde hace mucho, varios ordenamientos latinoamericanos han introducido directa o indirectamente en sus sistemas judiciales la doctrina del precedente, “pero tomando de ella aquello que consideran resulta más ventajoso, sin advertir que están incorporando sólo la parte visible del *iceberg*, desconociendo las consecuencias que puede producir asumir una visión estrecha y reducida de la institución”⁶⁰.

Ya hemos dicho que al desorden jurídico lo caracterizamos como *anarquía*, que puede ser *institucional* (cuando no se sabe quiénes mandan, porque todos o varios mandan simultáneamente), *teleológica* (cuando no se sabe con qué criterio se manda, porque se emplean simultáneamente criterios diversos, inclusive opuestos), o ambas a la vez. La anarquía genera *arbitrariedad*.

También hemos afirmado antes de ahora que “en nuestros días impera la desorientación, sea a través de la ruptura de viejos criterios, el establecimiento de criterios contradictorios o la ausencia de ellos”⁶¹. Urge que los jueces no sean los productores de anarquía, especialmente —insistimos enfáticamente— en países con un control difuso de constitucionalidad donde cada uno quiere realizar la Constitución a su manera.

Así, v.gr., con relación al derecho procesal y en el contexto de la emergencia económica, se ha considerado que este inmenso traspaso de poder en cabeza de los jueces significa que miles de ellos decidan —para cada caso en concreto y, a menudo, sin referencia a pautas más precisas que no sean los genéricos derechos y garantías de la Constitución Nacional— de la manera más diversa⁶².

Somos de la idea que cimentar el sistema de derecho privado en una casuística orientada según principios constitucionales es algo inevitable de acuerdo con las características y condicionamientos de la juridicidad actual, pero que al propio tiempo requiere de un extraordinario esfuerzo de las operadores del derecho para que en cada decisión se hagan cargo del derecho que reciben y del derecho que dejan, si es que no se quiere caer

⁵⁹ En: *Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano ¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?*, en *Ius et Veritas*, N° 36, pág. 21.

⁶⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan, *Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law*, en “Hechos de la Justicia”, N° 4, setiembre – diciembre 2004 y *Revista Judicial de la Corte Superior de Justicia de Tacna*, 2007, págs. 232 y sgtes.

⁶¹ V. *Las Escuelas Judiciales en la postmodernidad*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 24, pág. 30.

⁶² MEROI, Andrea A., *La emergencia y el derecho procesal (El derecho procesal de la anarquía)*, J.A. Número Especial sobre *Emergencia y revisión de los contratos*, 04/12/2002, págs. 49 y sgtes.

en un alto grado de anarquía jurídica productora de arbitrariedad. En países extremadamente anómicos (tal y como consideramos el nuestro), eso también marca la dimensión del escollo que acechará la implementación del nuevo Código.

5. El escollo de la confusión de roles: tensión de las razones democráticas del estado de derecho

Tal como lo hemos señalado, si al funcionamiento de las normas recodificadoras se lo sostiene desde un neoconstitucionalismo que aquí denominamos optimista, es evidente que ello genera un inmenso traspaso de la producción jurídica a manos de los que ejercen la función 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”⁶³. Por consiguiente, la objeción principal radica en que aquí se vislumbra con mayor intensidad el carácter contramayoritario de las decisiones judiciales⁶⁴.

Desde la cultura jurídica de la modernidad, se propuso 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 representativa. 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 de la del ‘legislador’ directamente legitimado por el pueblo”⁶⁵.

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 enseña que

⁶³ ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, págs. 208 y sgtes.

⁶⁴ Respecto del carácter contramayoritario de los jueces, cabe ver los trabajos de GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*, Buenos Aires, Ariel, 1996; *Del reino de los jueces al reino de los políticos*, 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, *Jueces y división de poderes hoy*, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina, 2002, págs. 251 y sgtes.

⁶⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª reimpression, 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 democrático*, Boletín

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 jueces⁶⁷.

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 manera⁶⁸.

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 redistributivo⁶⁹.

De otra parte, uno de los movimientos académicos constitucionales norteamericanos que más fuerza ha cobrado en los últimos años y que va contando adeptos en otros espacios, es el denominado constitucionalismo popular. En términos generales se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la que consideran una *visión elitista* según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales. Pisarello expresa que este constitucionalismo ha reconvertido el principio democrático en un mecanismo de selección de élites que cada vez más deja de lado los procesos de comunicación pública no organizados. También advierte que los frenos a los procesos de democratización en nombre del gobierno de los notables son de larga data, que no todas las teorías europeas tienen este tinte elitista, “aunque sí las que más han influido en nuestro medio como es el neoconstitucionalismo”. Algunos propician quitar la Constitución de la mano de los jueces y, de esta manera, “pretenden terminar con la distinción entre una Constitución en la que rigen los principios y sobre la que el tribunal manda, y una política no principialista donde rigen las meras preferencias mayoritarias”⁷⁰.

Más allá del grado de adhesión que pueden producir, son elocuentes las expresiones de Maier a propósito de algunos fallos sobre la reforma judicial nacional del año pasado:

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*, Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 687 y sgtes. Es también cierto que Nino sostenía que 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. 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.

⁶⁹ ZANNOTTI, op. cit., pág. 22.

⁷⁰ NIEMBRO O., Roberto, *Una mirada al Constitucionalismo Popular*, Isonomía N° 38, abril 2013, págs. 191 y sgtes. V. también PISARELLO, Gerardo, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011, págs. 129 y sgtes.

“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 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”⁷¹.

En el caso particular argentino, a ello se le suma que la iniciativa y la elaboración del Anteproyecto de Código Civil y Comercial estuvieron y están fuertemente promovidas desde los sectores más significativos del Poder Judicial. La pregunta por 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? Hay quienes han afirmado que “[d]ado el particularísimo contexto de elaboración (me refiero a su redacción por una comisión presidida por dos jueces de la Corte Suprema en ejercicio), ¿es posible, esperable, que en el futuro cercano se ejerza con la mínima cuota de imparcialidad republicana el control de constitucionalidad de las normas del nuevo código civil?”⁷²

Un ejemplo paradigmático es la eliminación que hizo el Poder Ejecutivo de los artículos que el Anteproyecto preveía sobre responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Participamos de muchas de las críticas que se han sostenido sobre la modificación⁷³. Sin perjuicio de ello, y a los fines del presente trabajo, 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. El actual proceso de codificación del derecho privado argentino evidencia una peligrosa confusión en los roles jurídicos, que arriesga

⁷¹ MAIER, Julio B. J., *¿Orden o desorden jurídico?*, diario Página 12, Viernes 21 de junio de 2013, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-222750-2013-06-21.html>.

⁷² “¿Cuál es el sentido que se le debería dar (y se le darán) a las obras sobre el código que publicarán en breve los miembros de la Comisión Redactora? ¿qué rol debería asignar (y asignará) la doctrina y jurisprudencia argentina a la ‘intención de los codificadores’ a la hora de construir las interpretaciones del código?” (MAURINO, Gustavo, *Deconstruyendo el Código Civil. Tres preguntas para el futuro*, en Hablando bajo, 07/10/2015, <http://hablandobajo.blogspot.com.ar/>).

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, *La cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código*, LL 2013-B, 809.

⁷⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado*, LL 2012-E, 1202.

el deseable equilibrio que entendemos debe existir entre jueces, doctrinarios y legisladores.

Sin perjuicio de ello, y tal como lo hemos sostenido en otros trabajos, las tensiones entre postulados neoconstitucionalistas optimistas (o bajo la denominación que se prefiera utilizar) y democracia “mayoritaria” no son solo una cuestión de teoría política o jurídica⁷⁵.

Es cierto que ante los desafíos que genera la cultura actual que impone un nuevo derecho también se genera 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”, sin dejar de aclarar 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 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’”⁷⁶.

6. El escollo del objetivismo ingenuo

Ya hemos afirmado que desde los parámetros del Estado constitucional, para tomarse *los derechos en serio* es asimismo imprescindible tomarse *los hechos en serio*. Con elocuencia se ha dicho que “[d]esgarrada la cobertura normativista que impuso la ideología de la exégesis, los casos muestran ahora con frecuencia, sobre todo cuando no está en juego el sistema dominante, una politización ‘light’ que los jueces no se encuentran en condiciones de afrontar y las consecuencias llegan a un descrédito muchas veces inmerecido de su desempeño o al condicionamiento de sus decisiones”⁷⁷.

Por todo ello, “si el *derecho* está plagado de *indeterminaciones normativas* y es contrastado constantemente con *principios constitucionales* de gran abstracción y carga axiológica que además, se afirman directamente operativos, ahora más que nunca corresponde asumir que en la operatividad práctica y especialmente en la aplicación judicial, el sentido de las normas no es desligable del análisis de los hechos”⁷⁸. Si la adjudicación judicial está justificada desde los principios constitucionales, si se pretende concebir una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes, inevitablemente deberá asumirse la dimensión sociológica del caso. Resulta evidente que en los casos judiciales, el discernimiento del interés superior del niño, la protección del medio ambiente, del consumidor, la obligación de no dañar, el acceso a una vivienda digna, el derecho a la salud, etcétera, dependerán en cada caso de sus circunstancias fácticas.

⁷⁵ CHAUMET, Mario E., *La conjetura del legislador sobre la elaboración de las sentencias. A propósito del proyecto de recodificación del derecho privado y de la reforma judicial*, en *Revista de Filosofía Jurídica y Social* N° 34, Rosario, 2013, págs. 51 y sgtes.

⁷⁶ CIURO CALDANI, *El juez en el cambio...*, cit.

⁷⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, JA 1998-III, pág. 602 y sgtes.

⁷⁸ RUIZ PÉREZ, Joaquín S., *Juez y sociedad*, Bogotá, Temis, 1987, p. 136.

Lo mismo sucede con los aspectos axiológicos del caso. Si no se quiere caer en posturas aprioristas, no hay que resistirse a asumir la dimensión sociológica del problema. Toda valoración supone la realización de un deber ser ideal aplicado. Si no hay realidad a valorar, no hay valoración.

No obstante los diversos desarrollos teóricos que muestran el significado de los hechos en el derecho, todavía hoy se oyen voces que califican como puro pragmatismo, realismo jurídico decisionista o sociologismo, a cualquier decisión judicial que asume los elementos fácticos del conflicto.

Aun en este marco, existen numerosos problemas a tener en cuenta y uno realmente trascendente a la hora de tomar decisiones es el de la *constatación de los hechos*⁷⁹.

Parafraseando a Atienza podríamos afirmar que argumentar en un derecho privado indeterminado y constitucionanizado es en mucho, una argumentación sobre los hechos, aunque se trate de hechos cualificados por (o vistos a través de) normas.⁸⁰ Ciertamente es que uno de los ámbitos donde más arbitrio —y, en consecuencia, mayor posibilidad de arbitrariedad— tienen los jueces es el de la argumentación sobre los hechos. Se trata del momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia, puesto que en la reconstrucción de los hechos es donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, “puede ser —como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo— más arbitrario”⁸¹.

Perfecto Andrés Ibáñez describe con toda razón que el tratamiento judicial que habitualmente reciben los hechos refleja una consideración de ellos como entidades naturales, previas y definitivamente constituidas desde el momento de su producción, “esos datos fríos de la realidad”. Los datos como “lo ya dado”, que permite al juez un modo de operar con ellos de manera espontánea, sin mediaciones, “los juicios de hecho entendidos como simples constataciones del ‘dato en bruto’”⁸².

Así las cosas, hay todavía una cultura de la motivación insuficientemente asumida, que parte de la idea según la cual las cuestiones de hecho no son especialmente problemáticas, que basta aproximarse a ellas con “buenos ojos”, con la mejor intención, y que son cuestiones incontrovertibles⁸³. En pocas palabras, “los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados”⁸⁴.

⁷⁹ Es posible ampliar en nuestro trabajo: *Argumentación y constatación de hechos en la decisión judicial*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, N° 20, Rosario, 2012, págs. 383 y sgtes.

⁸⁰ ATIENZA, Manuel, *Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, Jueces para la Democracia, N° 22, Madrid, 2/1994, p. 82. En idéntico sentido, COMANDUCCI, Paolo, *La motivazione in fatto*, en “La conoscenza del fatto nel processo penale”, Milano, Giuffrè, 1992, p. 221: dicha actividad no se trata de un simple divertimento intelectual, cabe reconocer que en ella suelen realizarse indagaciones de tipo descriptivo.

⁸¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, Doxa 12, 1992, p. 261. Asimismo, Luis PRIETO SANCHÍS, para quien el margen de apreciación del juez es mayor a mayor proximidad procesal a la *quaestio facti* (*Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 88 y sgtes.)

⁸² Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca...*, cit., pág. 263.

⁸³ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Conferencia sobre la motivación de los hechos en la sentencia*, Universidad de Alicante, junio de 2004, desgrabación de los autores.

⁸⁴ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, pág. 7.

Así, pueden rastrearse *rasgos objetivistas* (o, al menos, *objetivistas ingenuos*) en posiciones que confían —*tout-court*— en la *inmediación* del juez a partir del contacto con las partes y el material probatorio. En igual sentido, las dificultades en o la falta de prueba son consideradas como problemas de falta de información.

Por ello, una primera cuestión se suscita cuando se defiende que debe perseguirse una “verdad jurídica objetiva”⁸⁵. Se trata, cual destaca Trionfetti, de un verdadero *cliché* que plantea variados y numerosos interrogantes⁸⁶ y choca contra una serie de limitaciones al conocimiento del juez⁸⁷. Coherentemente, la conclusión *nunca* es necesariamente verdadera sino *probablemente* verdadera y, a su turno, la probabilidad es *graduable* (muy probable, poco probable, casi seguro). Por ello, “la afirmación de que la verdad procesal es una verdad probable es bastante común entre quienes se han ocupado de este asunto desde una perspectiva filosófica. Recorre todos los trabajos sobre los hechos en el Derecho de autores como Perfecto Andrés Ibáñez, Luigi Ferrajoli, Marina Gascón, Paolo Comanducci, Michele Taruffo, etc.”⁸⁸.

En el ámbito de ciertas tendencias que se autocalifican de *neoconstitucionalistas* y *activistas* se hace referencia a la *verdad jurídica objetiva*. Aun sin entrar en consideraciones que hacen a los límites del conocimiento, para quien quiera utilizar la noción de verdad jurídica objetiva en materia de hechos, se requiere de un mínimo rigor epistemológico en la forma de obtener y de formular el conocimiento. Precisamente si se invoca la “objetividad”, urge evitar que las conclusiones sobre lo que se dice que ocurrió se formule en clave de “olfato”. No basta la aproximación intuitiva hacia los hechos, con buenos ojos, con intención limpia, suponiendo que porque se invoca el sentido común los hechos ingresan en el proceso con toda su objetividad. No es lo mismo resolver conforme a una razonada, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. La verdad no se predica de los hechos, sino de los enunciados

⁸⁵ La fórmula fue introducida por la CSJN en el famoso caso “Colalillo” (*Fallos* 238:550).

⁸⁶ “... sólo constituye un tropos que reemplaza una oquedad con otra. El resultado es el vacío. En la aspiración a una verdad omnicompreensiva se cuele con facilidad el quiebre de reglas y principios básicos del Derecho Procesal y Constitucional y la actividad judicial se transforma en la búsqueda de un horizonte que, por ser tan ‘noble’, como fugaz e incontrolable, crea inseguridad y atropella garantías. ¿De qué concepción de verdad hablamos? ¿No resulta contradictorio hablar de verdad jurídica que, además, se postula sea objetiva? ¿Es una teoría de verdad pragmática la que se postula? ¿Se pretende abordar la verdad como verdad correspondencia? Y si así es, ¿se trata de una teoría semántica o no semántica? ¿La frase concuerda con las corrientes fenomenológicas? O, en todo caso, ¿estamos ante una teoría hermenéutica de la verdad? Y podría seguirse. Por otro lado, la verdad es una pretensión de validez que involucra dispositivos de poder vinculados al sostenimiento de determinadas matrices ideológicas que operan a través de prácticas discursivas y desde el imaginario social. Toda esta complejidad, al menos debería prevenirnos de no repetir el latiguillo de que en el proceso se busca la verdad jurídica objetiva, sin antes realizar un análisis más profundo” (TRIONFETTI, Víctor Rodolfo, *Conclusión de la causa para definitiva. Análisis de la reforma introducida por la ley 25.488 a los artículos 481, 482 y 484 del CPCCN*, en “Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, coordinado por Enrique M. Falcón, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 193, nota # 7).

⁸⁷ Íd. íd., págs. 194 y sgtes.

⁸⁸ Como lo recuerda González Lagier, “la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza lógica (es decir, siempre será probable, en el sentido de grado de credibilidad), por alguna o algunas de las siguientes razones: (1) Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inferencia deductiva, dado que no podemos estar absolutamente seguros de que las premisas sean verdaderas, tampoco podemos asegurar que lo sea la conclusión, en el sentido de correspondiente con la realidad. (2) Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inducción (en sentido amplio), además, el paso de las premisas a la conclusión no es necesario” (*Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005, págs. 71 y 72).

descriptivos respecto de los hechos. Las reglas del conocimiento también se aplican respecto de las premisas fácticas que se invoquen en una sentencia. En virtud de ello, es que se sostiene que la inclusión de una afirmación de hecho en una sentencia declarativa debe estar provista de los respaldos necesarios que la justifiquen. La sola invocación de principios altamente valiosos (sobre la vida, el niño, la salud, el consumo, etcétera) no otorgan racionalidad ni criterio de verdad a los enunciados de hecho.

En síntesis, uno de los temas que creemos más relevantes a la hora de justificar una decisión judicial desde una normatividad altamente indeterminada es el de la *constatación de los hechos*. Como ya se ha dicho, en los operadores jurídicos se evidencia no solo un desinterés hacia la cuestión, sino la creencia implícita según la cual para aproximarse a los hechos no hace falta tener ningún método y, antes bien, es posible operar con ellos de manera espontánea. En suma y reiteradamente: si acordamos con los redactores del Anteproyecto sobre la necesidad de alcanzar “guías para la decisión”⁸⁹, si aspiramos a tomarnos los derechos en serio (si pretendemos que el derecho no sea simplemente el juego de los jueces) debemos también tomarnos los hechos en serio.

7. El escollo del Juez Eróstrato

Una de las peculiaridades más alarmantes de esta época reside en que, en gran medida, un acontecimiento sólo “se produce” o “existe” a partir del momento en que es validado por su aparición en los medios masivos de comunicación. Ello se traslada al sujeto y, por eso, “aparezco, luego existo”. La necesidad de trascender por el solo hecho de trascender, invade a todas las despliegues de la cultura y a ello no escapa el derecho ni la adjudicación judicial. En algunos ámbitos se propone la categoría de “jueces mediáticos”.

Cabe recordar que la acción realizada por Eróstrato (incendiar el templo de Artemisa de Éfeso, considerado una de las siete maravillas del mundo con el único fin de lograr fama a cualquier precio) forjó el complejo de Eróstrato, el trastorno según el cual el individuo busca sobresalir, distinguirse, ser el centro de atención. De la noción “erostratismo”, lo que más nos interesa es el por qué —afán de notoriedad— aunque también puede implicar en lo judicial al “qué”, en cuanto sea entendido como el logro de una acción resonante.

La invocación simplificada de principios de alta carga retórica puede constituirse en una herramienta peligrosísima en la metodología judicial (también en la doctrinaria), especialmente si se admite que el reconocimiento y la consideración de los otros pueden ser considerados como unas de las necesidades básicas del ser humano. Un estudio de psicología judicial podría iluminar sobre el sesgo motivacional que puede generar un uso axiomático de los principios en la adjudicación judicial, de promover (siempre en forma gradual) al “Juez Eróstrato” que en la cultura mediatizada de este tiempo quiera tener un momento protagónico y con ello satisfacer su necesidad de reconocimiento.

La aspiración de pasar a la historia o de tener un cuarto de hora de gloria puede resultar en una de las consecuencias más nocivas para los destinatarios del derecho si, en

⁸⁹ *Ibidem*.

definitiva, éste se convirtiera solo en un “juego de los jueces”. Recuérdese la advertencia: *nunca debemos olvidar que lo que para un gato es un juego para un ratón es sufrimiento.*

En síntesis, creemos que afrontar los escollos que ofrecen las bases normativas del nuevo Código es una empresa ineludible, sobre todo si se pretende evitar que los significativos logros de la recodificación se conviertan en un simple juego del arbitrio judicial.