

Constitucionalización del Derecho. Necesidad de asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial.



DR. MARIO E. CHAUMET
Juez de la Cámara de Apelación en lo
Civil y Comercial, Sala III
Rosario

*«However, the law has indeed become complex
and we are therefore obliged to think in
terms of this complexity».¹*

1. Introducción

Hace ya tiempo que venimos sosteniendo que la constitucionalización del sistema de normas que se presenta en el derecho continental la imprecidible necesidad de reconocer la complejidad de la adjudicación judicial y de asumir un paradigma acorde con la misma.²

Son convincentes las palabras de François Ost: «Nunca nada será perdonado al «juez – asistencial» de hoy. Conciliar las economías familiares en crisis; dirigir las empresas en dificultades evitando, si es posible, la quiebra; juzgar si corresponde al interés del niño el ser reconocido por su padre natural, si la madre se opone (art. 319.3 del Código civil belga); apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el «estado de angustia» de la mujer embarazada (art. 348 y ss. del Código penal belga); intervenir «en caliente» en los conflictos colectivos de trabajo y decidir (en procedimiento de extrema urgencia un 14 de agosto a medianoche) si la huelga de los pilotos de la aerolínea nacional, prevista para el día siguiente a las seis, es o no lícita; juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un holding, cuya cartera representa un tercio de la economía belga, es conforme a la ley; imponer moratorias a los trabajadores o a las empresas que amenazan el equilibrio ecológico.»³

En estos días la Corte IDH hizo pública su sentencia (caso: *Fornerón e hija vs Argentina*) por la cual declaró, por unanimidad, que el Estado de Argentina es responsable internacionalmente por incumplir su deber de garantizar con debida diligencia el desarrollo de los procedimientos de guarda y régimen de visitas, así como su deber de garantizar el acceso a un recurso efectivo para proteger los derechos de Sr. Fornerón y de su hija. Asimismo, concluyó que el Estado es responsable internacionalmente por incumplir su obligación de proteger a la familia y su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para penalizar la venta de niños y niñas, así como por incumplir su deber de protección especial respecto de la menor.⁴

También condenó al Estado argentino a que verifique la conformidad a derecho de la conducta de determinados funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos y, en su caso, establecer las responsabilidades que correspondan e implementar un programa o curso obligatorio respecto de niños y niñas dirigido a operadores judiciales vinculados a la administración de justicia de la Provincia en cuestión, que contemple, entre otros, los estándares internacionales en Derechos Humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas, su interés superior y el principio de no discriminación.

Escapa al ámbito de este trabajo el análisis de la citada sentencia, sólo queremos ejemplificar la significación que a nuestro parecer tiene el tema.

La afirmación que propone el título del presente trabajo requiere -cuanto menos- un breve desarrollo de cómo construimos los conceptos adjudicación judicial, paradigma, y Estado Constitucional.

1.1. Adjudicación judicial

Se dice que los jueces ejercen la jurisdicción judicial. Diversas voces se utilizan para abarcar su actividad. Entre ellas, juzgar⁵, decidir⁶, resolver⁷. Partimos del supuesto de que los jueces en su actividad dicen y hacen y al decir también hacen.⁸

A partir del diccionario adjudicar (*del lat. adjudicare*) significa: «declarar que una cosa corresponde a una persona, o conferírsele en satisfacción de algún derecho». Desde distintos marcos teóricos jurídicos, la voz adjudicación esta fuertemente vinculada con el quehacer judicial.¹⁰ La voz fue y es utilizada en las disputas teóricas sobre la discrecionalidad judicial. Sin entrar en ellas, sostenía Hart (especialmente en su polémica con Dworkin) que: «Jueces de la talla de O. W. Holmes y Cardozo en los EE.UU. o Lord MacMillan o Lord Radcliffe en Inglaterra, y una multitud de otros juristas, tanto académicos como prácticos, han insistido en que el juez tiene una inexcusable,

aunque «intersticial» tarea de creación de derecho, y que por lo que al Derecho respecta, muchos casos podrían ser decididos de cualquier forma. Una consideración fundamental ayuda a explicar la resistencia a la pretensión de que algunas veces los jueces al mismo tiempo crean y aplican el Derecho, y también aclara los principales rasgos que distinguen la creación jurídica del Derecho de la legislativa.»¹¹

En nuestros días y partiendo de diversos fundamentos, autores como Posner¹² o Duncan Kennedy¹³ utilizan la palabra *adjudicación* para describir el proceso de decisión judicial, reflejando sus bases ideológicas. Hay quienes 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. El impacto de las sentencias de los tribunales constitucionales y supremos en el estudio del Derecho es una novedad importante y hoy no se concibe el estudio del Derecho sin una teoría de la adjudicación.» Se afirma que los jueces adjudican derechos y deberes, responsabilidades y beneficios, que en dicha práctica «parece inadmisibles el empate o la indeterminación», pero para ella se necesita una teoría que «constituya una justificación, la mejor, con los materiales que poseemos y con las mejores herramientas que nos convenza»¹⁴. También se precisa que: «El juego de la

adjudicación es distinto del juego literario o del juego descriptivo de normas»¹⁵.

Desde la teoría trialista del mundo jurídico afirmamos que los casos contienen adjudicaciones que pueden ser de dos grandes clases: «distribuciones» de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y «repartos» originados por la conducta de seres humanos determinables. En los casos judiciales, al provenir la fuerza adjudicataria de hombres determinados (los jueces), deberíamos referir los «repartos judiciales»¹⁶. Somos conscientes de que la voz es extremadamente adecuada para especificar que el juez dice, pero también hace, en palabras de Cossio, conduce, eligiendo entre varias posibilidades, pero también y al decidir, reparte.

La noción de reparto especifica algo más que adjudicar. Desde la vivencia de la decisión se comprende que, frente al caso concreto, el juez no sólo adjudica, sino que además reparte y al repartir (entregar a personas distintas lo que han encargado o deben recibir) unos se benefician y otros se perjudican.¹⁷ No obstante ello, utilizaremos la voz adjudicación, dado el uso que ésta tiene en la comunidad jurídica.

Una aproximación desprevenida al tema -desde lo que denominaremos un paradigma moderno de la adjudicación judicial- podría hacer creer que el proceso

de formación de una adjudicación judicial es una actividad sencilla porque todos sus pasos están predeterminados en las leyes procesales y, además, porque es el propio autor quien los describe en su justificación. Según los presupuestos de referido paradigma, la labor técnica del juez debe limitarse a descubrir la voluntad del legislador expresada en la norma, a fin de aplicarla en el caso concreto, por medio de una labor puramente lógica y de verificación. El esquema clásico más representativo de este método es el de la subsunción de los hechos en la norma abstracta y general para obtener la consecuencia jurídica.

Muchos son los que en nuestros días afirman que ello no es así: los jueces deciden en una operación compleja. El razonamiento judicial es un camino azaroso que continuamente se desdobra y en cada bifurcación hay que ir decidiendo el sendero que se toma para continuar. Desde mediados del siglo XIX se han realizado críticas al modelo, que han puesto en evidencia la imposibilidad de reducir la decisión jurídica y, en particular, la argumentación judicial a una mera operación formal. En nuestros días existe un consenso casi unánime de que la jurisprudencia mecánica resulta difícil de sostener. Bastaría citar -al azar- teóricos de la últimas décadas tales como: Dworkin, Bobbio, Aarnio, Wroblewski, Villey, Finniss, Ferrajoli, Cossio, Goldschmidt, para observar -desde diversos presupuestos- la

misma impugnación. Como caso, Alexy manifiesta que refutar el modelo deductivo es demasiado fácil, ya que bastan referencias a la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos y colisiones de normas, por ello dice que este modelo desde hace mucho ya no es sustentado por nadie como modelo completo de aplicación del Derecho.¹⁸

Nos atrevemos a acotar que, si bien acordamos con ello, vemos -desde diversas prácticas- que el modelo sigue de alguna manera «viviendo» en la «matriz disciplinaria» de los operadores jurídicos, y en el presente trabajo queremos destacar los peligros que ello conlleva para una juridicidad «constitucionalizada».

1.2. ¿Cómo construimos la adjudicación? Los paradigmas jurídicos

En muchos ámbitos se cita la frase de Thomas S. Kuhn cuando sostenía que: «*Lo que ve un hombre depende tanto de lo que mira como de lo que su experiencia visual y conceptual previa lo ha preparado para ver.*»¹⁹ Reproduciéndolo en el ámbito de la adjudicación judicial, podríamos decir que lo que ve un juez depende tanto de lo que mira como de lo que su experiencia visual y conceptual previa lo ha preparado para ver.

Para ello la noción de «*paradigmas*» resulta ejemplificativa. Kuhn los define de la siguiente manera: «Considero a éstos como realizaciones científicas universal-

mente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica»²⁰. Los paradigmas son, por tanto, un marco o perspectiva bajo la cual se analizan los problemas y se trata de resolverlos.

Durante muchos años utilizamos una metáfora conocida: el paradigma les ofrece a los operadores jurídicos un par de anteojos a través de los cuales pueden «ver» la realidad. Se podría decir también que es el «sistema operativo» mediante el cual se asumen los problemas a tratar. En el caso de los jueces es la experiencia «visual y conceptual» previa con la cual afrontarán el caso a decidir.

El paradigma es reconocido como fundamento de su práctica, durante cierto tiempo, por alguna comunidad particular, dado que le proporciona una red de compromisos conceptuales, teóricos, instrumentales y metodológicos.²¹ Siguiendo la analogía, podríamos decir que la actividad de los operadores jurídicos está gobernada por determinados paradigmas que tienen como fin refinar, ampliar, y articular el modelo explicativo existente.

Pero el paradigma no permite resolver todos los problemas: hay enigmas que se resisten. Ante reiterados fracasos surge inseguridad en la comunidad profesional, se pierde la confianza en el marco conceptual y entabla la búsqueda de nuevos pa-

trones, de otras «matrices disciplinarias», se habla de que ha empezado un período de crisis de «ciencia no normal».

Si profundizamos la correlación, también advertiremos que con el devenir histórico podemos observar que los paradigmas jurídicos vigentes para una comunidad jurídica comienzan a perder su capacidad como modelo para resolver todos los problemas.²² En ese caso empieza a promoverse el cuestionamiento del paradigma y los juristas comienzan a considerar si supone el marco más conveniente para abordar los problemas o si debe ser abandonado. Se pone en crisis el paradigma y ello genera a su vez la proliferación de nuevos paradigmas (en principio, tentativos y provisionales) con vistas a resolver los nuevos desafíos. En esta etapa, los nuevos paradigmas compiten entre sí y cada uno trata de imponerse como el enfoque más adecuado.

Toda crisis, por lo menos en su primer despliegue, genera desorientación. La ruptura con el paradigma, que es gradual, nos quita el marco teórico desde el cual operamos. Siguiendo la metáfora: los lentes de nuestros anteojos ya no nos sirven, el sistema operativo se presenta inadecuado ante las nuevas necesidades, el paradigma dominante no nos permite ver los nuevos problemas, distorsionamos la observación y, lo más grave, hay algunos de ellos que no los llegamos a ver.

Con palabras de Khun, pero variando su contenido para referirlo al fenómeno jurídico, sostenemos que la actividad en la que la mayoría de los operadores jurídicos consumen casi todo su tiempo profesional, inevitablemente se la realiza suponiendo una matriz disciplinaria sobre el Derecho. Gran parte del funcionamiento del sistema se debe a que la comunidad se encuentra dispuesta a defender lo supuesto, si es necesario a un costo elevado. Pero con el curso histórico ese marco conceptual revela anomalías y a pesar de los esfuerzos repetidos, no responde a las esperanzas profesionales. En esas y en otras formas, el paradigma se extravía repetidamente. Y cuando lo hace -o sea, cuando la profesión no puede pasar por alto ya las anomalías que subvierten la tradición existente de prácticas científicas- se inician las investigaciones extraordinarias que conducen por fin a la profesión a un nuevo conjunto de compromisos, una base nueva para la práctica del Derecho. Los episodios extraordinarios en que tienen lugar esos cambios de compromisos profesionales son los que aquí podríamos denominar revoluciones jurídicas. Esos cambios, junto con las controversias que casi siempre los acompañan, constituyen las características que definen estas revoluciones.²³

El sistema jurídico continental de la «modernidad» va sufriendo intensas transformaciones que se manifiestan en todas

las áreas del Derecho. Desde el rol del Estado en la formación del Derecho, la metamorfosis en nociones de persona, contrato, propiedad, tensiones en el ámbito del delito y la pena, innovaciones en las legitimaciones procesales, nuevos significados de fuentes tales como Constitución, tratados, sentencias, la pérdida de entidad de la ley en la conformación del Derecho y el peso de las decisiones judiciales, son fenómenos que no pocas veces producen perplejidad en los operadores jurídicos del Derecho continental.²⁴

Entre las transformaciones que vive el Derecho continental de nuestros días sobresalen el peso que tienen los principios jurídicos y el rol de las constituciones en la aplicación judicial del Derecho. Desde ya destacamos el protagonismo que tiene la adjudicación judicial para una juridicidad cada día más «*principista*» y con un fuerte proceso de *constitucionalización* de todo el ordenamiento normativo. En función de ello afirmaremos que los operadores jurídicos (especialmente los jueces) necesitan de nuevas matrices disciplinarias para abordar el caso judicial.

1.3. Constitucionalización del sistema normativo

En diversas publicaciones, particularmente en otro número de esta revista, nos hemos referido al denominado fenómeno de constitucionalización del sistema de normas en el Derecho continental.

En las primeras consideraciones, para fundamentar el anteproyecto de Código Civil y comercial de la Nación, la comisión redactora expresó: «En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos 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 receptor 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.»

Este fenómeno no es nuevo y se viene destacando en todo el Derecho continental. Ilustrativas resultaban las palabras de Perlingieri, para quien el juego de los principios constitucionales obligó a «refundar» el Derecho Civil. 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 tenden-

cias crecientes a constitucionalización, internacionalización y europeización del derecho privado, que a su entender introducen numerosas disfunciones.²⁷

Todo el sistema queda saturado mediante los principios constitucionales, ningún conflicto jurídico deja de encontrar en ellos su solución. Un derecho «*constitucionalizado*» se caracteriza por una «*Constitución invasiva*», que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, y reformula los roles de los actores jurídicos, en especial los del juez.

Habermas hablará de un fenómeno de colonización jurídica que, si bien saludable en un principio, culmina en «el carácter ambivalente de una garantía de libertad y de una privación de libertad (...) esa juridificación de los medios con que se hace frente a los riesgos de la existencia se cobra un notable precio en forma de intervenciones reestructuradas en el mundo de la vida de los beneficiarios».²⁸

En este marco, cabe preguntarnos ¿cuáles son las normas que, en un determinado contexto, fundan o justifican las decisiones judiciales? Respondiendo a esta pregunta, en nuestros días no es raro encontrarnos con decisiones judiciales sobre aspectos centrales de todas las ramas del Derecho que son justificadas directamente desde «principios constitucionales». Se ha afirmado -recordando ejemplos de la jurisprudencia alemana- que «casi podría

decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional».²⁹

En el modelo clásico de funcionamiento constitucional la principal forma de establecer si una norma es inconstitucional será constatar su contradicción con la normativa constitucional. Una decisión judicial es constitucional simplemente «respetando» lo delimitado por la Constitución³⁰. Nos resulta ejemplificativa la imagen del *semáforo en rojo*. Podríamos decir que en el modelo clásico para el operador jurídico, por ejemplo para el juez, la constitución *se ilumina en rojo* para determinar qué es lo que «no» puede adjudicar. En el mismo sentido 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 rama debe además ser expresiva de una «razonable» determinación de los derechos que emanan de la Constitución. Desde el punto de vista del operador, desde la óptica de la decisión judicial, en el modelo del *Estado constitucional*, *la Constitución se le presenta al juez como un semáforo en verde*.

Caber resaltar que en no pocas oportunidades se omite 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.

2. Reconocimiento de la complejidad de la adjudicación judicial

Tener presente que la generalidad de las normas constitucionales que hacen a las denominadas partes dogmáticas, las que tratan sobre los derechos básicos de una comunidad, en la mayoría de los casos están reguladas mediante normas formuladas como principios, y también como directrices (normas programáticas, políticas).

Si bien es cierto que no es exclusivo de las constituciones el uso de este tipo de normas, que la aceleración histórica que caracteriza la cultura actual afecta también en el resto de las fuentes, especialmente las leyes, cierto es que los problemas metodológicos que origina en el Derecho continental, al funcionamiento de los principios se los ve reiteradamente vinculados con el Estado Constitucional.

No en vano García Amado se pregunta: «¿de qué manera dicen concretamente esas normas constitucionales lo que en su enunciado es indeterminado? Y ¿cómo se conoce y se muestra intersub-

jetivamente, 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?»³¹

No podemos dejar de señalar la trascendencia que ello tiene en la juridicidad argentina, dado que es heredera del Derecho continental y que tiene un control de constitucionalidad difuso, donde cada juez está llamado a resolver los planteos sobre la constitucionalidad de las normas derivadas, para muchos aún declararla de oficio y aplicar directamente la Constitución. La particularidad, referida a la combinación entre Derecho continental y control difuso de constitucionalidad en un marco de *Estado Constitucional*.

Los jueces deben asumir un nuevo paradigma. No basta con invocar artículos de la Constitución o de los tratados sobre Derechos Humanos para justificar una decisión. La simple narración de los problemas que hemos expuesto demuestra que es menester que no se pasen por alto los factores sociales, económicos, culturales, políticos que pueden incidir sobre los juzgadores, para entender al método judicial como un proceso de la toma judicial de decisiones no exclusivamente procesal, ni lógico-deductivo.

La decisión judicial, especialmente en el *Estado Constitucional*, tiene que aceptar su carácter *compositivo*; no se razona

(exclusivamente) deductivamente partiendo de axiomas *a priori*, sino a partir de una suerte de composición entre los datos del problema. Ello demanda la formación de un saber prudencial en el arte de tener presentes las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso en cada situación concreta. La decisión judicial no se limita a la interpretación teórica de una realidad jurídica sino que se inserta en esa misma realidad.

En el Derecho continental llegó la hora de tomar como objeto de estudio el elemento sobre el cual los jueces trabajan: el caso. El método judicial es un camino para la acción, para la toma de decisión, que el juez tiene un problema, tiene un caso y ello se hace más relevante desde un marco normativo donde las normas radicalmente indeterminadas ganan terreno.

Si volvemos por un instante sobre la variedad de temas que se presentan en los casos judiciales, (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), si cada uno de ellos, como todo el orden normativo 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 entretejidos 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 se le suma la exigencia de una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico, en el que el juez no 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

por qué, tan frecuentemente, surge la voz complejidad.

La reconocida jurista francesa Mireille Delmas-Marty sostiene que si el objeto de estudio ha cambiado deben también los juristas cambiar dado que, de seguir pensando al Derecho a la manera tradicional, muy pronto deberíamos concluir que ya no habrá Derecho.³² Invita a pensar lo múltiple, a pensar la complejidad de un Derecho que dejó de ser binario, simple y perfecto.³³ Afirma que los jueces europeos están pensando al Derecho de manera diferente, que dejaron atrás las lógicas clásicas (que llevan a concluir «sí, es conforme» o, «no, es conforme») y adoptan lógicas graduales (que les permiten contestar si «esta disposición es compatible sobre tales aspectos con el tratado e incompatible con otros aspectos). Propicia la utilización de lógicas difusas. Piensa que la lógica clásica ya mostró sus límites.³⁴

3. Muestras de la constitucionalización normativa en la adjudicación judicial

La constitucionalización del Derecho modifica no sólo el sistema formal de derechos y garantías de los ciudadanos, sino que induce a reflexionar muy especialmente sobre la posibilidad y el alcance de la función judicial como instrumento para

su realización. Es cierto que «su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad,³⁵ entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del Derecho».³⁶

La consideración sobre la *justiciabilidad* de los derechos se enriquece cuando se atiende a la distinción de los repartos (son adjudicaciones originadas por la conducción de seres humanos determinables) y las distribuciones (adjudicaciones producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar). Aun entendiendo que la decisión judicial se pueda encuadrar como reparto, la idea de influencia humana difusa permite reconocer la significación que tiene en las decisiones sobre los derechos, la intervención de los grandes poderes y tendencias de la economía y de la cultura, que si bien son desenvueltos por el obrar humano, lo hacen más allá de su conducta. Ello permite registrar, sin minimizar ni exagerar, que la decisión judicial sobre los derechos constitucionalizados se inscribe en un enorme entramado de relaciones culturales, políticas y económicas.

Uno de los temas en donde se evidencia el reparto judicial es en los casos vinculados a derechos constitucionalizados, en particular cuando se trata de los denominados derechos sociales. Repartir

implica, entre otras consideraciones, optar entre diversas posibilidades. Ellas se visualizan si se analizan sus elementos (repartidor, beneficiarios, objeto, forma, razones) y especialmente, en el tema a tratar, sus límites.

3.1. El repartidor de la adjudicación

Ciertamente, la «justiciabilidad» de los derechos constitucionalizados significa que importantes posibilidades de decisión se sustraen a proceso político de deliberación y disposición legislativas. Ello hace visible la relación de tensión existente entre los derechos fundamentales y la democracia». ³⁷ Por consiguiente, la objeción principal radica en que aquí se vislumbra con mayor intensidad el carácter no mayoritario de las decisiones judiciales ³⁸.

Desde el punto de vista de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos frente a la función judicial, invita a reparar que 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 en este tipo de decisiones -inclusive en los países anglosajones y especialmente vinculadas a los citados remedios- es el hecho de ser *antidemocráticas*. ³⁹ Así, Francesca Zannotti advierte que 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. Por eso se alega que los jueces ⁴⁰ pueden ordenar prestaciones al Estado derivadas de derechos sociales si el legislador previamente ya las ha determinado.

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. ⁴¹

Este marco de nueva actuación judicial -especialmente en el derecho continental- puede tener consecuencias inesperadas para el mismo poder judicial, en particular respecto de su legitimación, ya que la imagen de tercero imparcial que dice el Derecho se oscurece en pos de su rol redistributivo. ⁴²

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». ⁴³

Para Alexy, es cierto que la «judicialización» conduce a un desplazamiento de decisiones de la competencia del legislador a los jueces pero, por otra parte, su no vinculatoriedad conduciría a una violación de las normas internacionales que tienen jerarquía constitucional. Si la objeción es correcta, nos encontraríamos frente al dilema que presenta el profesor de Kiel: o la inconstitucionalidad por desplazamiento de competencia o la inconstitucionalidad por violación de las cláusulas de vinculación. ⁴⁴

Según Nino, el argumento no mayoritario 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. 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. ⁴⁵

Sin perjuicio de ello, uno de los argumentos más significativos que opuso el iusfilósofo argentino a la objeción del control judicial de constitucionalidad es la protección de la autonomía individual. Cuando la omisión de los otros órganos pone en juego la subsistencia individual, no existe posibilidad de desarrollar un espacio de autonomía. Se abre una compuerta sumamente relevante para que los jueces tengan un papel activo en defensa de las condiciones imprescindibles en la defensa de la autonomía de los ciudadanos: «Hay derechos cuyo reconocimiento es tan esencial para la práctica constitucional vigente, que su desconocimiento, aun por una decisión democrática, socava claramente la continuidad de la práctica que da operatividad a ese tipo de decisiones»⁴⁶.

El ideal de un Estado constitucional se realiza gradualmente. Urge entender la diversidad de posibilidades. Lo que resulta impensable en países desarrollados (problemas y casos que jamás se vinculan con una decisión judicial) resulta frecuente en países subdesarrollados. 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 efectivo⁴⁷.

En última instancia, y siguiendo a Alexy, para saber si en un caso concreto el individuo tiene derecho a reclamarle judicialmente la prestación que le otorga un

derecho fundamental, se deberá tener en cuenta el principio de división de poderes y el de la democracia, que incluye la competencia presupuestaria del Parlamento. En todo caso, como lo sostiene el pensador alemán, estas condiciones están satisfechas en los derechos fundamentales sociales mínimos⁴⁸.

Así las cosas, ello indudablemente implica que se vean afectadas, de forma notoria, las premisas teóricas, filosóficas e ideológicas de la adjudicación judicial, en lo que se refiere al papel de la norma, sus posibilidades y límites, y en lo que respecta al papel del juez, su función y sus circunstancias. Dentro de ese contexto cierto es que el juez continental debe asumir más que nunca la complejidad de la cuestión a adjudicar.

3.2. Los beneficiarios de la adjudicación

Un análisis de la adjudicación judicial de derechos constitucionalizados, requeriría que los jueces se pregunten por los destinatarios de sus decisiones, por quienes pueden ser los beneficiarios y los perjudicados de la adjudicación judicial.

Dentro de los límites del presente trabajo queremos resaltar, a modo de ejemplo, uno de los tantos temas que abarcan el interrogante: la cuestión de si las disposiciones constitucionales de los *derechos sociales fundamentales* pueden

interpretarse de modo que sólo al Estado o también a los particulares les sean atribuibles obligaciones positivas.

Muchos afirman que el Estado es el único que está obligado a los derechos sociales cuando los calificamos como fundamentales. Se entiende que si la obligación surge de una fuente legal ello no transforma al Derecho en fundamental. Aun si la norma estuviera influenciada constitucionalmente se mantiene en la esfera del derecho común, tanto en lo material como en lo procesal. Dicho en otros términos, si se asume esta tesis, no cabe obligar a un particular a cumplimentar una asignación fundada en derechos sociales desde una norma fundamental. La aceptación de particulares concretos como obligados de los derechos sociales fundamentales presupone obligaciones especiales que dependen de la relación correspondiente, por ejemplo de la ley, del contrato, del parentesco, de la promesa⁴⁹.

Por el contrario, según la doctrina del efecto horizontal directo, también los particulares pueden ser sujetos obligados, de los derechos fundamentales⁵⁰.

Adherimos a las posturas que afirman que estos derechos obligan en primer término a la comunidad como un todo. Ello todavía no significa tomar posición acerca de si debe admitirse o no como obligado al particular. Si implica desestimar una perspectiva que suponga una repuesta

exclusivamente estatista de la cuestión. El Estado Nacional no es una figura universal ni eterna, es una creación de la cultura moderna. En tiempos en que se diluye su significación no resulta atinente pesar los derechos, especialmente los sociales, desde una posición radicalmente estatista.

Por otra parte, los plateos que muestran al Estado como el gran enemigo de la libertad individual, pierden sentido en nuestros días, si se tiene en cuenta las inmensas concentraciones de poder que existen fuera del marco estatal. Ello no implica desconocer que cuando de particulares obligados se trata, ellos son también titulares de derechos fundamentales.

Con relación a los particulares entendemos las razones pragmáticas y normativas que se señalan para desestimarlos como obligados.

Más allá de los problemas que encierra la justificación de los deberes positivos generales a una acción de asistencia, una de las preguntas a realizarse es cómo se justifica la selección de determinado particular para su cumplimiento. Aun admitiendo que existe un lazo entre el titular del derecho y el titular de la obligación, creemos que el problema radica en admitir que la justificación del mismo puede darse desde un principio constitucional. En este sentido es admisible considerar que el efecto horizontal de los derechos fundamentales significa que las leyes ci-

viles generales deben ser interpretadas de forma que valoraciones iusfundamentales adecuadas puedan ser introducidas.

Uno de los ejes de mayor tensión en cuanto a la vigencia de los derechos y garantías de los ciudadanos frente a la función judicial pasa por los derechos y garantías de aquellos otros ciudadanos que no participan del proceso y no obstante ello, son indirectamente gravados por las decisiones judiciales en él tomadas. Litigios sobre derechos sociales de soluciones, cuyas consecuencias excederán, en la mayoría de las situaciones, el impacto en las partes presentes ante los jueces⁵¹. Casos en los que las decisiones judiciales se proyectan sobre individuos indeterminados, y los jueces deben replantear su estilo de pensamiento tradicional referido a partes individualizadas en los expedientes.

Ello a su vez genera diversas posibilidades de conflicto. Una de ellas, es el trance entre los derechos de aquellos que plantean su caso en sede judicial y los que no lo hacen pero estarían en la misma situación, lo que implica conjeturar si estaríamos en condiciones de satisfacer el derecho de todos⁵².

Otra cuestión muy frecuente a la hora de la adjudicación judicial de estos derechos, es la vinculada al grado de afectación de los mismos derechos de otros miembros del grupo por la satisfacción del derecho del peticionante. Esto es muy

común en las acciones judiciales donde se solicitan prestaciones de salud. Así se ha dicho que no se puede condenar a la obra social a lo imposible o a conductas que afecten el derecho a la salud de los demás afiliados.⁵³

Vinculado con las cuestiones que hacen al objeto de lo pretendido por el peticionante, también se pueden indirectamente vulnerar otros derechos sociales del resto de los miembros de la comunidad. Y allí se presentan preguntas tales como: ¿qué es más importante: el derecho a la educación o el derecho a la vivienda?, ¿trabajo o salud?, ¿esta prestación de salud o esta otra? Todo ello, a su vez, tendrá que ver con la posibilidad de comparar en el caso distintos derechos.

En relación a las objeciones vinculadas a los destinatarios, provisoriamente, podemos reiterar lo ya expuesto sobre los derechos fundamentales mínimos, en especial en lo relativo a la desigualdad que pueden originar las decisiones judiciales entre quienes accionan y quienes no lo hacen, y respecto de otros derechos de terceros. Por eso sostiene Alexy que: «el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto». Este es el caso de los derechos mínimos. A este tipo de derechos mínimos definitivos se hace posiblemente referencia cuando

derechos a prestaciones públicas sujetos y justiciables son contrapuestos a un contenido objetivo excesivo.

Aún así, los diversos tópicos que traen aparejado estos casos al tener en cuenta los derechos y garantías de aquellos otros destinatarios que no participan del proceso y no obstante ello son indirectamente gravados por las decisiones judiciales por él tomadas, que en la mayoría de los casos no existen posibilidades de resolver por anticipado y con precisión la tensión, que ello deberá efectuarse sobre los datos que presente el caso concreto, evidencia más la necesidad de reconocer la complejidad de la adjudicación judicial.

3.3. El objeto de la adjudicación

De más está repetir en cuanto al objeto de la adjudicación, que la comprensión del medio ambiente, consumo, patrimonio histórico, cultural, lingüístico, del interés superior del niño, ancianidad, cuestiones de género, pueblos originarios, educación, salud, consumidor..., requerirán esfuerzos especiales del juzgador que no encontrará simplemente en las normas. Abordar el análisis de dichos problemas supone la aceptación decisiva de la influencia de otras disciplinas, en muchos casos interactuando con ellas.

En considerables casos el juez deba integrar su conocimiento -sin diluirlo- en

la interdisciplinariedad. Para los reduccionismos jurídicos ello no es relevante. Cabe recordar que en gran medida la teoría prevaleciente de cultura jurídica de la modernidad fue construida en un momento en donde no se habían desarrollado la antropología, la psicología, la economía, entre otras disciplinas.

Es evidente que la condición de «*justiciabilidad*» requiere identificar las obligaciones mínimas de los obligados. Dice Alexy, ejemplificando con el derecho al trabajo, que la escala de interpretaciones concebibles se entiende desde un derecho utópico a que cada uno reciba el trabajo que desee, hasta un derecho compensatorio para recibir ayuda en caso de desempleo. Aun en el caso del derecho fundamental más simple, el derecho a un mínimo vital, la determinación de su contenido exacto plantea serias dificultades.

La cuestión del objeto de la adjudicación conlleva diversos temas a tratar. En función de nuestro propósito de resaltar los elementos que demuestran la necesidad de asumir su complejidad, recordamos que la mayoría de las veces la pretensión puede cumplirse mediante diversas acciones de los titulares de la obligación. Como lo expresa Arango, esta característica ha llevado a muchos autores a definir los derechos sociales fundamentales como «*derechos de configuración*», «*demandas de dotación*», «*mandatos constitucionales*» o «*finés esenciales del*

Estado». Coincidimos en cuanto a que expresa que aunque en el cumplimiento del objeto de los derechos sociales entre en juego la discrecionalidad del legislador, ello no significa que en el caso de su inactividad no exista un derecho que deba ser protegido.

Los medios para el cumplimiento del objeto pueden ser acciones positivas y negativas. A su vez las primeras pueden consistir tanto en una acción fáctica como en una normativa. Son más comunes las primeras. Con relación a las segundas podemos citar, a título de ejemplo, sentencias exhortativas que con mayor frecuencia se expiden en la jurisprudencia argentina.⁵⁴ En el caso «*Verbitsky*» vinculado a ciertas condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires la Corte Suprema de la Nación exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales. La Corte Interamericana de DDHH en el reciente caso «*Fornerón e hija vs Argentina*» (sentencia del 27/04/12) en otras condenas dispuso que el Estado argentino debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas.

Lo dicho con relación al objeto en este tipo de casos resalta la tesis sobre el inexcuso

sable deber de aceptar la complejidad de su adjudicación judicial. Véase a título de simple ejemplo las exigencias de motivación que se reclaman en esta sentencia: «no cabe duda —y, a su vez, no es objeto de cuestionamiento— que corresponde a los poderes Legislativo y Ejecutivo la determinación de las políticas de Gobierno que cumplan con la obligación constitucional de asegurar los derechos objeto de tutela en este proceso. A su vez, la decisión en torno a los cursos de acción que resultan idóneos para hacer efectivo este derecho es materia privativa de la ley y la administración y, a tal efecto, disponen de un amplio margen de actuación. Ello no obsta que, tal como se sostuvo en otras oportunidades, frente a una controversia —y en caso de resultar procedente la acción por encontrarse reunidos los diferentes presupuestos procesales de admisibilidad—, corresponda al órgano jurisdiccional corroborar, en primer lugar, si el órgano político cumplió con su deber constitucional de reconocer los derechos y, a tal efecto, diseñó políticas públicas tendientes a asegurar su efectiva vigencia. En segundo término, corresponde al juzgador determinar si la política o el programa a tal efecto creados, son razonables, es decir, si éstos se ajustan a los estándares constitucionales y, asimismo, si resultan adecuados para satisfacer los derechos. Si los mencionados programas cumplen con tales presupuestos, ninguna consideración corresponde hacer a los jueces sobre políticas alternativas. Finalmente y en tercer lugar, es ne-

cesario que el magistrado compruebe si, una vez delineadas las políticas y creados los programas respectivos, éstos efectivamente se cumplen».⁵⁶

Sin perjuicio de lo ya dicho, la complejidad del objeto se evidencia aún más si reparamos en que la determinación concreta de la prestación exige no dejarse llevar a priori por la fuerza retórica que conlleva la invocación del derecho. El derecho a tener acceso a la salud goza de una indudable fuerza de convicción, pero otra cosa es diferenciar si determinada prestación hace a la salud de este paciente.⁵⁷

3.4. La forma de la adjudicación

Las características culturales de la posmodernidad dificultan las posibilidades reales de audiencia y, en consecuencia, la posibilidad misma de proceso. En el ámbito del derecho procesal se pueden señalar posturas más garantistas o activistas que discuten sobre la intensidad de audiencia que debe dársele a las partes en relación con las facultades judiciales.⁵⁸ La tensión aumenta si se advierte que los casos judiciales se presentan a menudo con la forma de procesos urgentes. Las posiciones activistas pretenden solucionar las urgencias sociales en algunos casos aun sin escuchar a los interesados. Las posiciones garantistas en el proceso civil deberán evitar que la *participación* procesal se convierta en *participacionismo* (si cabe) y considerar que la urgencia es un elemento a te-

ner especialmente en cuenta en nuestros días. No todo merece ser escuchado de la misma manera, ni en el mismo momento. Se requiere un delicado equilibrio: que el proceso sea participativo, sin dejar de ser eficiente.

Sin perjuicio de ello, en la indeterminación de las normas constitucionales, importa establecer su contenido o alcance evitando sorpresas. Es inadmisibles que los litigantes sean sorprendidos por una decisión que se apoye fundamentalmente en una visión jurídica desconocida. El tribunal debe, por lo tanto, dar conocimiento previo de cuál dirección o derecho subjetivo corre peligro.⁵⁹

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».⁶⁰

Desde una perspectiva 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 sociedad⁶¹.

En suma, «el juez constitucional no es el único intérprete en el proceso constitucio-

nal: en el procedimiento hay varios participantes, y las formas de participación se amplían»⁶². Esto es lo que, de alguna manera, están imponiendo las legislaciones procesales alemana⁶³ y francesa⁶⁴. Esto es lo que impone la legislación, la jurisprudencia y la doctrina española para la definición de la cuestión constitucional⁶⁵ e incipientemente, para «circunstancias sobrevivientes de las que no es posible prescindir» según nuestra propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁶⁶

En síntesis y de la misma manera que lo hemos afirmado en otros trabajos, 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.⁶⁷ Copiando a Damaška diremos que cuanto más fuerte sea la «voz» de las partes en el proceso, más cerca estaremos de una decisión correcta.

3.5. Las razones de la adjudicación

Desde el punto de vista de las razones de la decisión, estos casos se presentan como ejemplos de determinación judicial, suponiéndolo precisamente como una tendencia a olvidar los límites normativos que tiene el juez, o bien a pensar que dichos límites son sólo ficticios. Un determinista extremo sería así, el juez que pensara que juzgar es solamente una cuestión de voluntad y no de razón.⁶⁹ En este sentido, las *indeterminaciones*

normativas y el uso de *principios* tan frecuentes en estos derechos, conllevan el peligro de la utilización de criterios propios del juez en su determinación con relación al caso. Con razón señalan Atienza y Ruiz Manero que «las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla.»⁷⁰

Aunque parezca obvio, debe señalarse que estas acciones no son el remedio adecuado para canalizar las disconformidades personales con las políticas legislativas y administrativas desplegadas por los otros Poderes. Es cierto que los jueces son también beneficiarios de las decisiones en juego (como que también son ciudadanos) y que muchas veces no comparten las políticas que surgen de los otros Poderes del Estado. Pero —aunque suene a Perogrullo y como lo expresara el juez Marshall— resultaría evidentemente impropio que el mismo juez antepusiera sus propios criterios, al no estar de acuerdo con las apreciaciones de oportunidad, mérito y conveniencia en general, de la política decidida por el Poder Legislativo. Recuerda Aída Kemelmajer de Carlucci que: «la dimensión social del ser humano es incompatible con una concepción que vea en los derechos fundamentales un instrumento para construir un mundo a nuestra

imagen y semejanza, sin respetar las condicionantes propias del contexto vital en que se desarrolla nuestra existencia junto a los otros».⁷¹

Con relación a la adjudicación judicial, y en consideración a la constitucionalización de derechos, atañe tener presente lo expuesto por Ciuro Caldani en cuanto a la razón judicial en estos tiempos. Alude a que los momentos de mayor despliegue de la razón judicial son los de la búsqueda de equilibrio social como los que reflejó, por ejemplo, la propuesta de Montesquieu. Agrega que «los despliegues extremistas de los grupos y las clases son una de las líneas de gran dificultad de la razón judicial porque se toma «partido» por uno u otro de los estilos culturales respectivos.»⁷² En estos casos se hace evidente la tensión.

3.6. Los límites de la adjudicación

Una de las cuestiones más importantes en la teoría de la adjudicación judicial es la de los límites necesarios que la «naturaleza de las cosas» le impone al reparto judicial. La adjudicación judicial está condicionada siempre por el contexto personal y social del juez. Los casos vinculados a derechos constitucionalizados se desenvuelven en un marco de realidades que pueden servirle de límites necesarios, por ejemplo, por las fuerzas psíquicas, políticas, culturales y económicas. Se hace necesario asumir que muchas veces *aunque queramos no podemos*.

La cultura de nuestro tiempo está especialmente signada por límites económicos. Así por ejemplo con relación a los derechos sociales hemos señalado las críticas que acusan que éstos involucran casos estructurales, donde la afectación del Derecho depende de un complejo entramado institucional y político que difícilmente puede ser superado. En estos casos se hace evidente que la excesiva pretensión respecto de las posibilidades de la adjudicación judicial, sea de parte de los propios jueces o del resto de la comunidad, es uno de los más frecuentes motivos de su fracaso.

Por otra parte, una de las objeciones que en no pocas oportunidades se le dan a estos derechos, está en relación con el contenido económico que tienen las prestaciones peticionadas. Ciertamente, un radicalizado economicismo puede convertir los derechos sociales fundamentales en derechos de segunda categoría; pero paralelamente es imperioso señalar que al tomar decisiones de este tipo se pueden comprometer recursos que tornen ilusoria la realización de otros Derechos Humanos. Ello sólo se puede evitar con una adecuada justificación por parte del órgano jurisdiccional que tendrá la carga de ponderar todos los elementos en juego.

Sin perjuicio de ello, convengamos con Alexy en que «el grado de ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica. Pero, justamente

entonces puede haber poco que distribuir.»⁷⁴ Si bien este autor reconoce la objeción que indica que la existencia de derechos fundamentales definitivos, por más mínimos que sean, puede determinar que una crisis económica derive en una crisis constitucional, señala que circunstancias diferentes pueden conducir a diferentes derechos definitivos y que «parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea.»⁷⁵

Para superar los límites, para evitar tropezar innecesariamente con ellos, para vencer sus resistencias, urge en este tipo de casos que los jueces tomen conciencia. En virtud de ello se ha dicho que: «Si bien por su cercanía con los casos los jueces pueden comprender las nuevas situaciones mejor que los repartidores legislativos, suelen ser a su vez limitados por la falta de visión de conjunto y por el juego de los factores de poder, que en ciertas circunstancias están en mejores condiciones para dominarlos. Sobre todo en estilos de pensamiento como el continental, apoyados de manera tradicional en un protagonismo legislativo, los jueces pueden tener escasa conciencia de la estrategia que siempre se necesita en el Derecho, de modo especial ante una nueva Era. Respecto de estos tiempos nuevos es poco lo que se sabe, pero algún enfoque de conjunto resulta siempre necesario.»⁷⁶

En función de lo expuesto con relación al repartidor, destinatarios, objeto, forma,

razones, límites, la adjudicación judicial referente a los derechos constitucionalizados, el juez deberá hacerse cargo de la *complejidad* del tema. Para ello se requiere contar con un marco conceptual, una matriz disciplinaria, un paradigma, que le permita asumirlo.

4. Aportes trialistas para asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial

En la juridicidad continental por mucho tiempo el paradigma dominante estuvo sólo interesado en problemas normativos. Las normas no constituyen por sí solas el material a tener en cuenta en una adjudicación judicial, en igual medida tampoco lo son los hechos o los valores. Para comprender un problema jurídico, para comprender en su complejidad una decisión judicial, especialmente la *constitucionalizada*, hay que analizar la interrelación que existe entre los hechos, las normas y los valores.

Sostenemos que está justificado que la teoría trialista del mundo jurídico⁷⁷-que pone el acento en considerar los hechos, las normas y los valores en juego en cada fenómeno jurídico- responde satisfactoriamente al gran desafío del pensamiento actual que significa la referencia a la complejidad pura que inevitablemente conlleva este proceso de constitucionalización. A nuestro entender, la teoría trialista del mundo jurídico da una plu-

ralidad metodológica (sociológica, normológica y axiológica) que permite comprender en toda su complejidad un caso y superar los reduccionismos jurídicos.⁷⁸

Uno de los objetivos fundamentales de la teoría trialista es evidenciar en cada momento quiénes se benefician y quiénes se perjudican en la vida jurídica y en qué aspectos de sus vidas se benefician o perjudican».⁷⁹

El operador del Derecho que interviene en su aplicación siempre inquiere el sentido de las normas con vistas a los hechos: «Estos son algo más que el «caso» o el campo de proyección de los preceptos. Aunque pertenecen, ciertamente, al mundo de lo empírico, suministran criterios explicativos, actúan como estímulos sensibilizadores de los conceptos y revelan facetas que en la expresión abstracta de los preceptos pueden pasar desapercibidas.»⁸⁰ Por eso se destaca que la implicación entre derecho y sociedad es recíproca y que la presencia de la sociedad se opone a decisiones arbitrarias.⁸¹

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 decisivo o sociológico, a cualquier decisión judicial que asuma los elementos fácticos del conflicto.⁸²

Asumir la complejidad de un caso constitucionalizado implica necesariamente

asumir el análisis de su dimensión sociológica. Es más, ello no importa una operación complementaria del resto de las dimensiones de lo jurídico, sino que para poder entender con plenitud los aspectos normológicos y axiológicos de una decisión judicial no se puede marginar su dimensión sociológica. Es que, «en la operatividad práctica y especialmente en la aplicación judicial, el sentido de las normas no está desligado por entero de su incidencia en los hechos».⁸³ Lo mismo sucede con los aspectos axiológicos del caso. Si no se quiere caer en posturas a priori, 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.

Ya hemos subrayado que hoy más que nunca, desde los parámetros del Estado constitucional, para tomarse *los derechos en serio, es imprescindible también tomar los hechos en serio*.⁸⁴

Con elocuencia se ha dicho que: «Desgarrada 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».⁸⁵

Las investigaciones teórico-jurídicas del siglo XX desarrollaron grandes despliegues de complejidad en referencia a las normas. Sin embargo desde la teoría trialista se puede comprobar que -aun desde el punto de vista normológico- la complejidad de los casos se manifiesta principalmente en la relación de las normas con la realidad social.⁸⁶ Así al tomar decisiones con normas interesa saber en qué medida reflejan esa realidad. Verbigracia, importa determinar el grado de cumplimiento de las normas y cabe advertir que para el logro de ello, el juez es uno de los principales engranajes de ese enlace entre norma y realidad social. Hemos dicho que la constatación de la exactitud de las normas es especialmente significativa en el Estado constitucional y democrático de Derecho, para evitar que el derecho sea una pieza ideológica que sirva para encubrir lo que sucede en la realidad.

Asimismo ya consideramos que debido al avance de las normas generales indeterminadas, gana espacio la idea de la operatividad (decisoria) automática de los principios, reclamándose al encargado del funcionamiento (v.gr., el juez) su determinación, aun en los casos de omisión. Como lo hemos desarrollado en otros trabajos, son los elementos que surgen de la dimensión sociológica del caso los que suministrarán los datos para poder determinar la norma a aplicar. Este marco teórico ofrece categorías que permiten tal tarea.

Creemos que uno de los mejores aportes del trialismo para la adjudicación judicial es la distinción entre las tareas, dado que ella pone en evidencia en qué medida es el juez el real autor de la adjudicación. Así diferencia la interpretación, donde en última instancia se pretende averiguar la auténtica voluntad de los autores de las normas, de la determinación (cuando los jueces superan ese marco) y también de la elaboración (cuando se apartan del marco de posibilidades normativas). A diferencia de otros métodos que permiten e incluso promueven el ocultamiento del desempeño judicial en la manipulación de la interpretación, de la determinación y de la aplicación, mediante la referida diferenciación, permite precisar quién es el que está adjudicando. De esta manera se evita que el juez se «esconda» detrás de la voluntad del legislador, o de la denominada «voluntad de la ley». Ello es más que trascendente cuando se trata del funcionamiento de principios. Para la comprensión del caso judicial y su solución (especialmente en nuestros días en el Derecho continental) hay que tener en cuenta que en él, subyacen consideraciones axiológicas. Y es que los conflictos habitualmente exigirán elecciones o preferencias del aplicador, lo que implica el reconocimiento del elemento valorativo. La preferencia está vinculada con una alternativa elegida como mejor y ello involucra una valoración. A título de ejemplo, en las acciones donde se invoca la protección ambiental casi siempre surge

una tensión clara entre los principios ambientales, el desarrollo y las necesidades sociales insatisfechas; ni qué hablar de los reparos que se muestran en los casos en donde están en juego la libertad de expresión y la intimidad o las controversias que implican decidir sobre las alternativas concretas que suponen en el caso el interés superior del niño. Ciertamente, «...ante el caso, del juez es la garantía última e imprescindible de que los valores, y en lugar destacado la Justicia, sean apreciados en todas sus exigencias, en especial en días de gran variación histórica».⁸⁷

Según la teoría trialista existe un complejo axiológico a tener en cuenta. Sin entrar en la discusión sobre los fundamentos más objetivistas, subjetivistas o intersubjetivistas en materia axiológica, estamos convencidos de que la apertura a la realidad social y la elección entre opciones que habitualmente exigen estos casos, hace que las preferencias se justifiquen en razones valorativas.⁸⁸ La pretensión del cierre de una fábrica que se supone afecta el medio ambiente, o la de no permitir el traslado de un monumento histórico, el reclamo de un grupo étnico para que se le permita aprender su lengua en la escuela pública y/o el de un grupo religioso contra una manifestación que dicen atenta contra las bases de su culto, la demanda de una asociación protectora de una especie silvestre para que no se permita la construcción de una autopista, o la de un consumidor de

un servicio público domiciliario para que no se privatice una empresa, suponen el reconocimiento de los valores que están en juego.⁸⁹

Estamos convencidos que la constitucionalización del Derecho que se viene gestando en el Derecho continental de este tiempo refuerza la noción de que el juez se desenvuelve en tres marcos de posibilidades (normativos, fácticos y axiológicos). Los operadores jurídicos (especialmente los jueces) necesitan de nuevas matrices disciplinarias para abordar el caso judicial. En función de ello afirmamos que la teoría trialista del mundo jurídico tiene proyecciones en diversos sentidos, que permiten elucidar la elaboración y justificación de la adjudicación judicial en un derecho constitucionalizado ■

¹ OST, FRANÇOIS, VAN DER KERCHOVE, MICHEL, *Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory*, <http://www.reds.msh-paris.fr/heberges/dhdi/textes/vdk1.pdf>, 22-02-12.

² *Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja*, en Lexis Nexis, número especial sobre: Razonamiento judicial, (Bs. As. 31.03.04), págs. 38 y sgtes. *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., 2005), *La Ley*, págs. 29 y sgtes.

³ OST, FRANÇOIS, JÚPITER, HÉRCULES, HERMES: *Tres modelos de juez*, trad. ISABEL LINFANTE VIDAL, en *Doxa* n° 14, págs. 176, www.cervantesvirtual.com, 12-01-2008).

⁴ *V. reporte relaborado* por SANTIAGO J. VÁZQUEZ CAMACHO, (<http://corteidhblog.blogspot.com.ar/2012/06/sentencia-sobre-caso-de-guarda-de-nina.html>, 03-07-12).

⁵ Entre los significados de la palabra juzgar (del lat. iudic re), se admite que es lo dicho de la persona que tiene autoridad para deliberar acerca de la culpabilidad de alguien, o de la razón que le asiste en un asunto, y sentenciar lo procedente. Diccionario de la lengua española, (06-03-12).

⁶ Del lat. decid re, cortar, resolver, indica «cortar la dificultad, formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable» (Ibídem).

⁷ A su vez entre los muchos significados que el mismo diccionario da a la palabra resolver (del lat.

resolv re; de re, y solv re, soltar, desatar), nos resulta relevante destacar que la misma expresa «hallar la solución de un problema», «tomar determinación fija y decisiva», pero resulta relevante señalar que también implica desatar (soltar lo que está atado). La jurisdicción es concurrentemente, «juzgar», «decidir» y «resolver».

⁸ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, *Filosofía de la Jurisdicción* (Rosario, 1998). Edit. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, pág. 7.

⁹ Op. cit. Diccionario de la lengua española, (06-03-12).

¹⁰ Una de las nociones más difundidas en el siglo XX es la expuesta por H. L. A. HART. (*El concepto de derecho*, trad. de DE GENARO R. CARRIÓ, (México, 1980). Editoria Nacional).

¹¹ HART, HERBERT L. A., *El nuevo desafío del positivismo jurídico*. trad. de LIBORIO HIERRO, FRANCISCO LAPORTA Y JUAN RAMÓN PÁRAMO. Sistema (mayo, 1980), n°. 36, pág. 3-18., <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/teoria%201/El%20nuevo%20desafio%20del%20positivismo%20juridico.doc> (20-10-09).

¹² PONSER, RICHARD A., *How Judges Think*, (CAMBRIDGE MASSACHUSETTS, 2008), Harvard University Press, pág. 369.

¹³ KENNEDY, DUNCAN, *A Critique Of Adjudication: (Fin De Siècle)*, (Cambridge Massachusetts, 1997), Harvard University Press; *Liber-tad y restricciones en la decisión Judicial*, trad. de DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA Y JUAN MANUEL

POMBO, (Santa Fe de Bogotá, 1999), *Siglo del Hombre* Editores. V. TBÉN. 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).

¹⁴ CALSAMIGLIA, ALBERT, *Indeterminación y realismo*, en *Análisis e diritto* 1999, págs. 219-227. http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/calsamiglia.rtf (06-03-12).

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Sobre el trialismo nos remitimos a la bibliografía y las consideraciones que efectuaremos en los próximos apartados.

¹⁷ En gran medida, la cultura occidental ha entendido la jurisdicción judicial sosteniendo que el juez debe darle a cada uno lo suyo y que «el sometimiento de una controversia al juez crea por sí mismo una especie de materia común, la lis inter partes, que debe ser repartida entre las partes, de modo que la ganancia de una de las partes es la pérdida de la otra». (CIANCARDIO, JUAN, *La interpretación de las fronteras del sistema jurídico*, en *Interpretación y argumentación. Problemas y perspectivas actuales*, Coord. CARLOS ALARCÓN CABRERA y RODOLFO L. VIGO, (B.As., 2011), *Marcial Pons Arg.*, pág. 174).

¹⁸ ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de LUIS VILLAR BORDA, (Bogotá, 1995), Universidad Externado, págs 37 y sgtes.

¹⁹ KUHM, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. AGUSTÍN CONTÍN, (México, 1971),

Fondo de Cultura Económica, pág. 179. Del mismo autor, *La revolución copernicana*, Trad. VIRGILIO ORTEGA, (Barcelona, 1978), Ariel. Vol. I y II.

²⁰ KUHM, THOMAS S., op. it., *La estructura de las revoluciones científicas*, pág. 13.

²¹ En el plano de los derechos humanos refiere PEREZ LUÑO que: «Las continuidades o rupturas operan siempre respecto a marcos culturales paradigmáticos, que conforman el subsuelo intelectual de las distintas concepciones de los derechos humanos.» (PEREZ LUÑO, ANTONIO E., *Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?*, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. (Coord. PEREZ LUÑO, (Madrid, 1996), *Marcial Pons*, pág. 21.

²² ISERN, MARIANA, *La estructura de las revoluciones científicas en el derecho*. Una aproximación. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382, 23-02-12.

²³ La frase fue elaborada imitando la estructura original pero con palabras diferentes (KUHM, THOMAS S., op. it., *La estructura de las revoluciones científicas*, págs. 27 y sgtes.).

²⁴ Escapa al ámbito de este trabajo reflejar que a nuestro entender ello es en gran medida producto de un período de profundos cambios en la estructura cultural que se manifiesta en todos los aspectos de nuestra sociedad.

²⁵ VIGO RODOLFO, LUIS, *Del prometido derecho a través de normas al real derecho a través de principios*, L.L., 21-05-07.

²⁶ 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.

²⁷ En: 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, (Paris 2004), Univesité Paris II, Dalloz, págs. 275-296.

²⁸ HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la acción comunicativa*, (Madrid, 1988). Edit. Taurus, t. 2, págs. 511/512.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Constitucionalismo y garantismo*, en, *Garantismo*. Estudios sobre el pensamiento jurídico de LUIGI FERRAJOLI, (Madrid, 2005), Trotta, pág. 48.

³⁰ AGUILÓ REGLA, JOSEP, *Sobre la Constitución del Estado constitucional*, en «Doxa 24» (Alicante, 2001), N° 24, págs. 29 y sgtes.

³¹ 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).

³² DELMAS-PARTY, MIREILLE, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*. (Paris, 2004), Presses Universitaires de France, Pour un droit commun, (Paris, 1994), Seuil.

³³ Op. cit. *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, págs. 258 y sgtes.

³⁴ «Il faut alors rechercher les techniques qui permettraient d'éviter le risque d'arbitraire qu'implique un tel transfert de pouvoir au juge: préalable nécessaire

à tout contrôle, una motivación plus explicite des décisions doit s'accompagner de l'apprentissage de nouveaux modes de raisonnement, selon une logique non binaire dès lors que la notion de marge, imposée par la diversité des systèmes nationaux, introduit une gradation. Ainsi, jugera-t-on qu'un système national n'est pas conforme à la Convention, non parce qu'il est simplement <différent> (obligation d'identité), mais parce qu'il n'est pas assez proche de la norme de référence (obligation de proximité). Comme il apparaîtra ci-dessous, le raisonnement logique ne relève plus de la logique aristotélicienne binaire mais de la < logique floue > (< fuzzy logic >). Encore faut-il qu'il s'agisse d'un raisonnement affecté d'une certaine prévisibilité, ce qui implique d'établir des critères pour situer les pratiques nationales sur une sorte d'échelle de gradation et fixer le seuil de compatibilité, le risque étant que les juges fassent varier ce seuil de façon subjective. Pour réintroduire un élément d'objectivité, la détermination de l'ampleur de la marge nationale d'appréciation devrait relever notamment de l'existence, ou de l'absence, d'un < dénominateur commun > qui supposerait un bilan comparatif des divergentes et convergentes.» (Op. cit. *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, pág.16.).

³⁵ Somos conscientes que la palabra no se encuentra en el Diccionario de la Academia Española. Si existe la voz judicialización pero ella significa la acción y efecto de llevar por la vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente la política. Pretendemos referirnos a la posibilidad de exigir una solución judicial precisamente ante la carencia de otras vías. (se puede ver nuestro trabajo: Exigibilidad Judicial de los derechos sociales y la razón judicial compleja, en *Garantismo y Crisis de la*

Justicia, (Medellín, 2010), Universidad de Medellín, págs. 57 y sgtes.).

³⁶ ABRAMOVICH, VÍCTOR - COURTIS, CRISTIAN, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, en GARGARELLA, ROBERTO (COORD.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. 2, (Bs. Ars., 2008), *Abeledo-Perrot*.

³⁷ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, (Bogotá, 2005), Edit. Legis., págs. 208 y sgtes.

³⁸ 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, Jueces para la democracia*, (Madrid, 1997). Nº 28, y *La dificultad de defender el control judicial de la ley, Isonomía*, (México, 1997). Nº 6.v. tbén. THURY CORNEJO, VALENTÍN, *Juez y división de poderes hoy*. (Bs.As. Madrid, 2002), Ciudad Argentina, págs. 251 y sgtes.

³⁹ 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 Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, (México,

mayo-agosto 1998), Nº 92, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*).

⁴⁰ Op. cit., Las modificaciones del poder judicial en Italia: de un Juez «Boca de la ley» a un Juez de los derechos.

⁴¹ NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, (Bs. As., 1992). Edit. Astrea, págs. 687 y sgtes.

⁴² ZANNOTTI, FRANCESCA, op. cit., pág. 22.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ ALEXY, ROBERT, Op. cit. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pág. 496.

⁴⁵ Sobre el valor epistemológico de la democracia en relación a las concepciones de la autoridad puede verse: RÓDENAS CALATAYUD, ÁNGELES, *Sobre justificación de la autoridad*, (Madrid, 1996). Edit. *Centro de Estudios Constitucionales*, págs. 255 y sgtes

⁴⁶ Consideraba que la justificación democrática requiere deliberación. Se afirma, en las bases de un discurso moral que permite acercarse a la verdad desde una moral intersubjetiva, en virtud de una deliberación de los interesados que precede a una decisión imparcial por regla de mayoría. Pero también la deliberación democrática está sujeta a una serie de precondiciones, entre las que se encuentra la participación de un sujeto autónomo y a su vez entiende que autonomía es también libertad positiva, supone un mínimo de capacidades por debajo de cual no hay autonomía. (op. cit., págs. 692 y sgtes.).

⁴⁷ Se ha dicho que «lo cierto es que países de demo-

cratización tardía o de redemocratización reciente necesitan del modelo que fue celebrado y exportado, a pesar de sus idealizaciones. En esos países, como regla, el proceso político mayoritario no logra satisfacer plenamente las demandas por legitimidad democrática, debido a las distorsiones históricas en la distribución del poder y de las riquezas. En ese escenario, mejor que la vocación autoritaria del Ejecutivo o la baja representatividad del Legislativo, es la actuación equilibrada e independiente de los tribunales constitucionales. En la medida en que logren escapar de la captura de la política ordinaria, les cabrá el papel de garantizadores de la estabilidad institucional y de los avances sociales posibles». (BARROSO, LUÍS ROBERTO, *La americanización del derecho constitucional y sus paradojas. Teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo*, traducción para el español del artículo intitulado *A Americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*, por CARLOS E. PERALTA, *LexisNexis OnLine*, (Bs. As., 17/11/2010). N° 0003/015197).

⁴⁸ Op. cit., págs. 494/495. Una línea argumental que es normalmente utilizada por los que defienden la justicia de los derechos sociales es que apunta a la distinción entre protección de mínimos y máximos en donde los últimos deben ser garantizados dado que por debajo de ese umbral la ciudadanía se torna una quimera y la deliberación democrática una ficción. (v. MORO, GUILLERMO, op. cit. *Los derechos sociales en la Constitución. Surgimiento, discusión y desafíos de una herramienta para el cambio social*, págs. 771 y sgtes.).

⁴⁹ Arango sostiene que existen razones pragmáticas y normativas para señalar que un particular no

debe entrar en consideración como obligado de derechos sociales fundamentales: «La asignación de obligaciones generales positivas sobre particulares concretos no es moral ni jurídicamente exigible de individuos particulares. ¿Cómo habría de hacerse la asignación de obligaciones generales positivas cuando no hay un título adquisitivo, como si existe en el caso de las obligaciones especiales? ¿Cómo podrían determinarse el círculo de los obligados a un actuar positivo respecto sin más criterios? Que cada cual esté obligado a un actuar positivo respecto a todos es desproporcionado.» (Op. cit. págs. 101 y sgtes).

⁵⁰ Es la sobradamente conocida, según la terminología alemana, *Drittwirkung der Grundrechte* (tesis elaborada por el iuslaboralista NIPPERDEY) o, si se prefiere, eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Sostiene INMACULADA VIVAS TESÓN que: «Es evidente que los derechos fundamentales no operan, por igual, en cualquier relación inter privados, de ahí que la *Drittwirkung* sólo puede encontrar una solución puramente casuística, precisándose, caso a caso y bajo las específicas circunstancias, la ponderación de los conflictos de derechos e intereses que subyacen en la horizontalidad conforme a un juicio de razonabilidad. En los conflictos horizontales, el juez debe respetar, con sumo cuidado, la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada, libertad contractual y, en definitiva, del Derecho Privado, de ahí que la doctrina de la *Drittwirkung* deba reservarse, rigurosamente, a supuestos de grave infracción de derechos fundamentales que, agrediendo, razonablemente, valores esenciales y mínimos de la convivencia social, supongan un atentado al orden público». (en: *La horizontalidad de los Derechos Fundamentales*, <http://www.derechocivil.net/esp>). Por su

parte AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI nos recuerda que en Argentina el caso «Kot» (1958) es reconocido como antecedente relativo a los efectos horizontales de los derechos fundamentales. (Constitucionalización del Derecho de las personas, en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos*, (Bogotá, 2007), pág. 49).

⁵¹ BERGALLO, PAOLA, Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de Derecho Público, JA 2006 II 1165.

⁵² La Asesora General de la CABA interpuso una acción para que se declare la invalidez de diversas normas del decreto que modificó el programa de «Atención para Familias en Situación de Calle» aprobado por un decreto anterior. El Superior Tribunal de la ciudad, en función del principio de progresividad de los derechos sociales, hizo lugar parcialmente a lo pretendido. En la mayoría de los votos del fallo se hace notar que para ver si una norma es regresiva con respecto a otra precedente no debe hacerse un análisis particular y centrado en el resultado emergente para un individuo o caso concreto, sino que el análisis debe ser global, teniendo en cuenta todos los titulares de los derechos, y no sólo pensar aisladamente en los derechos contemplados en el programa sino apreciándolos en conjunto.

⁵⁴ SAGÜÉS distingue entre las sentencias atípicas a las manipulativas admisorias, manipulativas desestimatorias, manipulativas aditivas, manipulativas sustitutivas y exhortativas (SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, (Bs.As, 2006), Ed. Ad Hoc, pág. 75.). Del mismo autor, Las sentencias constitucionales exhortativas («apelativas»

o «con aviso») y su recepción en la Argentina, LL 2005 F 1461. V. tbén.: PALACIO DE CAERIO, SILVIA B., *Jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad y sentencias exhortativas*, LexisNexis OnLine N° 0003/015107.

⁵⁵ CS. Fallos 328:1146.

⁵⁶ Caso «ACUÑA MARÍA SOLEDAD c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo», Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, L.L. 2010-A, 309 (La negrilla no se encuentra en el original).

⁵⁷ «Por eso se considera que aun cuando pueda aparecer antipático o poco sensible, el órgano jurisdiccional debe, también en materia de amparo de salud, extremar el análisis, ... cuidando no convertirse «... en una boca de expendio más, en una oficina cuasi administrativa donde se despachan órdenes de cobertura bajo clisés preconcebidos.» (QUIROGA, MARCELO, *La salud y su amparo*, en Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe n° 1 (2011), págs. 34 y sgtes.).

⁵⁸ CHAUMET, MARIO E., MEROI, ANDREA, A., *Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina*, en «JA» (Bs, As., 2001), T. IV, págs. 847 y sgtes.

⁵⁹ CHAUMET, MARIO E., MEROI, ANDREA, A., *¿Es el derecho un juego de los jueces?*, L.L. 2008-D, 717.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ HÄBERLE, PETER, *El Estado Constitucional*, (México

D.F., 2003), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pág. 150.

⁶² *Íd. id.*, p. 159.

⁶³ ZPO alemana, reforma 1977, § 278, II: «El juez sólo puede fundar su decisión en un aspecto jurídico considerado insignificante por la parte, o que le haya pasado desapercibido, si le ha dado oportunidad de manifestarse a su respecto, salvo cuando se trata de una cuestión meramente accesoria».

⁶⁴ Art. 16. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

⁶⁵ Desde la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, pero especialmente desde la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993, Ruiz Mateos c. España, la doctrina que ha examinado la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad ha discutido la necesidad de que las partes del proceso principal puedan comparecer al proceso constitucional y presentar sus alegaciones sobre la posible inconstitucionalidad de la norma cuestionada, atendiendo a que dicha norma resulta aplicable en el proceso en que se discuten sus propios derechos e intereses. El TC «ha puesto reiteradamente de relieve que no cabe minimizar la importancia de la audiencia prevista en el art. 35.2 LOTC. Esta, en efecto, no sólo garantiza que

las partes sean oídas ante una decisión judicial de tanta entidad como abrir un proceso constitucional, sino que pone a disposición del órgano jurisdiccional un medio que le permite conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar la reflexión sobre la conveniencia o no de instar la apertura de dicho proceso. Para cumplir este doble objetivo las alegaciones han de versar, de un lado, sobre la vinculación entre la norma citada por el órgano judicial como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido y, de otro, sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución» (STC, 126/1997, del 03.07.97).

⁶⁶ Cfr. Fallos 308:1489; 312:555; 315:123; 325:28; 327:4540, «BUSTOS» y «RINALDI, FRANCISCO AUGUSTO y otros c. GUZMÁN TOLEDO, RONALD CONSTANTE y otra s. ejecución hipotecaria», del 15.03.07, y «BEZZI, RUBÉN AMLETO y otro c. VALENTÍN, SIXTO CARLOS y otro s. ejecución hipotecaria», del 11.09.07, en las que se dispuso que las partes fueran oídas respecto de la ley 26.167, dictada con posterioridad a los hechos de la causa.

⁶⁷ CHAUMET, MARIO E., MEROI, ANDREA, A., op. cit. ¿Es el derecho un juego de los jueces?.

⁶⁸ Cfr. DAMAŠKA, MIRJAN, *Truth in adjudication*, 49 Hastings Law Journal, 1998, pp. 303/304.

⁶⁹ RÓDENAS CALATAYUD sostiene que la forma del «decisionismo judicial» es «poco afortunada descriptivamente y puede chocar con determinadas exigencias de «legitimidad política», en *Razonamiento judicial y reglas*, (México, 2000), Fontamara, págs. 75/76. Sobre la distinción y los significados metodológicos entre garantismo y activismo procesal puede verse CHAUMET, MARIO E., MEROI, ANDREA, A., *Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina*,

en «JA» (Bs. As., 2001), T. IV, págs. 847 y sgtes.

⁷⁰ Op. cit. pág. 12.

⁷¹ Op. cit., *Constitucionalización del Derecho de las personas*, pág. 53.

⁷² Op. Cit., *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, págs. 602 y sgtes.

⁷³ ABRAMOVICH marca que: «La persistencia de bajos niveles de efectividad de este tipo de remedios estructurales puede conducir a un replanteo de todo el SIDH, y traer costos en término de legitimidad de la Corte. Lo cierto es que el SIDH ingresó en una etapa de desarrollo de un modelo de litigio estructural de protección de grupos o colectivos, sin haber afinado y discutido con profundidad los límites o potencialidades de sus reglas procesales, su sistema de remedios, y sus mecanismos de seguimiento y supervisión de decisiones.» (en: De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos, Sur- Revista Internacional sobre Derechos Humanos n° 11, <http://www.surjournal.org>. (10.05.10).

⁷⁴ Op. cit. pág. 496.

⁷⁵ *Ibidem*. V. tbén. UGOLINI, DANIELA, *Los derechos sociales y la emergencia*, L.L., 2004-C, pág. 1519-1527.

⁷⁶ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *El juez en el cambio histórico*, L.L. 2001-D, 1150.

⁷⁷ En relación al tema pueden especialmente v. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ta. edic, 5ª. Reimp., (Bs. As., 1987). Edit. Depalma; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho*

y Política, (Bs. As., 1976), Depalma; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, (Rosario, 1982/4), E.I.J.; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, (Rosario, 2000), E.I.J.; *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 y sgtes.; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Filosofía del Derecho Constitucional*, Bs. As. 1969, Ediar.

⁷⁸ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, JA, 1998-III, pág. 602 y sgtes.; *Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales*, Doxa 21-II (Alicante, 1998), págs. 79 y sgtes.; op. cit. El juez en el cambio histórico; *Perspectivas trialistas para la construcción de los casos* (La complejidad de los casos), L.L.2004-D, pág.118 y sgtes.; *Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces*, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, (Rosario, 2003), N° 27, págs. 30 y sgtes.; v. tbén. MENICOCCI, ALEJANDRO A. *Complejidad y simplicidad en la conceptualización del Derecho*, en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social» (Rosario, 1988) N° 10, págs. 43 y sgtes.

⁷⁹ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, op. cit. *Perspectivas trialistas para la construcción de los casos* (La complejidad de los casos), Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, (Rosario, 2003), N° 27 pág.118 y sgtes.).

⁸⁰ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., (Madrid, 1971), Espasa-Calpe, vol. II, págs. 116 y sgtes.

⁸¹ CHAUMET, MARIO E., *Los hechos y la complejidad de*

la decisión judicial, en L.L. 2007-B, págs. 1246 y sgtes.

⁸² Ibidem.

⁸³ RUIZ PÉREZ, JOAQUÍN S., *Juez y sociedad*, (Bogotá, 1987), Temis, pág. 136.

⁸⁴ También dijimos que seguramente alguien impugnará este juego conceptual de utilizar el paradigmático título de DWORKIN, expresando que precisamente él lo propiciaba contra posturas realistas que a su entender no asumían que existen derechos que ningún gobierno ni una mayoría pueden negar sobre la base de beneficios o perjuicios generales. No hay contradicción. Precisamente dijimos que pretendemos destacar que para reconocer los alcances de tales derechos, es necesario comprender su dimensión sociológica, reconocer quiénes son sus repartidores (conductores), sus beneficiarios (destinatarios), cuál es el objeto de la adjudicación, por qué camino o forma se arribó, y cuáles son las razones que se tuvieron en cuenta, distinguiéndose, en su caso, los móviles de los conductores de las razones que alegaron y de las razones sociales (op. cit. *Exigibilidad Judicial de los derechos sociales y la razón judicial compleja*, en *Garantismo y Crisis de la Justicia*, págs. 57 y sgtes.).

⁸⁵ «Las fronteras antes a menudo excesivas entre el juez, el administrador y el legislador hoy tienden a borrarse. La 'edad de la pureza' del papel del juez, signada por el pensamiento de Montesquieu, está en honda modificación, pero avanzando en el terreno valorativo cabe señalar que el camino no es el retorno a una 'complejidad impura' sino el desarrollo de una 'complejidad pura', que lo 'integre' en el resto del mundo del Derecho, de la política y de la cultura.» CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, 1A, 1998-III, pág. 602 y sgtes.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, op. cit. *El juez en el cambio histórico*, págs. 1150 y sgtes.

⁸⁸ En el planteo de GOLDSCHMIDT se parte de la idea de considerar a valores objetivos y naturales. (Op. cit. *Introducción filosófica al Derecho*; v. tbén. *La ciencia de la justicia*, 2ª edic., (Bs. As. 1986), Depalma.). El posterior desarrollo de la teoría trialista muestra también una posición «constructiva» en materia axiológica. No se niega ni se afirma la objetividad de los valores (CIURO CALDANI considera que cualquier de las alternativas es indemostrable) pero también sostiene que es posible elaborar un debate científico respecto de los valores partiendo de principios compartidos. (La conjetura del funcionamiento de la norma jurídica. *Metodología jurídica*, (Rosario, 2000). Edit. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, págs. 40 y sgtes.).

⁸⁹ Sobre dikelogía trialista ver además: CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Metodología Dikelógica*, (Rosario, 2007), FII; DABOVE, MARÍA ISOLINA, *Cincuenta Años después... ¿Por qué es importante la Dikelogía en el Derecho?*, «Investigación y Docencia» (Rosario, 2010), N° 43, págs. 87 y sgtes. Acerca de la axiología jurídica; ARIZA, ARIEL, *El Derecho Civil y la «Ciencia de la Justicia (Dikelogía)»*. Vigencia de una obra clave en el Derecho Civil postmoderno; LAPENTA, EDUARDO VÍCTOR, *La Dikelogía de Werner Goldschmidt en el Derecho Penal*; STÄHLI, JORGE, GOLDSCHMIDT, *Justicia y Derecho Internacional Privado*: NOVELLI, MARIANO H. *La justicia en el Derecho Ambiental*; en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, (Rosario, 2009), n° 32. <http://www.centrodefilosofia.org.ar>. (27-02-12).