

Neoconstitucionalismo y capacitación judicial¹

DR. MARIO EUGENIO CHAUMET²

Juez de la Cámara
de Apelación en lo Civil
y Comercial, Sala III
Rosario

1. Introducción

El problema de los jueces y el cambio que se está dando en la juridicidad de este tiempo, es una de las más complejas y cruciales cuestiones a resolver. Como veremos se pretende que sean actores fundamentales del cambio y, paralelamente, es uno de los aspectos que debe ser objeto de cambio. Este doble rol del sujeto y objeto de la transformación jurídica los convierte en la piedra angular de este proceso, y uno de los principales desafíos de la capacitación judicial.

Los sistemas jurídicos de la *modernidad* van sufriendo intensas transformaciones que se manifiestan en todas las áreas del derecho. Por cierto, a ello no escapa la decisión jurisdiccional.

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.³

Se ha dicho que en los últimos cincuenta años, en especial después de finalizada la

segunda guerra mundial, el constitucionalismo ha evolucionado en muchos sentidos que impactan en toda la juridicidad.

Estas manifestaciones han surgido con la aparición del *Estado Constitucional*. También se suele decir que la Constitución ya no es sólo la fuente suprema del derecho público, sino que sirve también como el principal motor de cambios del derecho privado.⁴ Ilustrativas resultan las palabras de Perlingieri, para quien el juego de los principios constitucionales obligó a *refundar* el derecho civil.⁵

No en vano 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*».⁶

Los esquemas teóricos tradicionales se presentan inadecuados ante la propuesta; los actores jurídicos se sienten sorprendidos ante el problema, resulta difícil el encuadramiento en las instituciones y no menos sencillo proponer soluciones alternativas.

Las modificaciones operadas sobre el modelo del *Estado Constitucional* son de tal entidad que muchos hablan de un Estado

neoconstitucional. En este sentido cabe aclarar que la voz *neoconstitucionalismo* es ambigua. Por un lado se refiere al conjunto de transformaciones que producen los impactos mencionados en la juridicidad actual. Esta acepción se vincula con el paradigma del *Estado Constitucional*. También con el término se hace referencia a un marco teórico que no se limita a describir el fenómeno, sino que valora positivamente sus consecuencias, como una ideología que se caracteriza por su apoyo al modelo de *Estado Constitucional y Democrático de Derecho*. En este caso se subraya lo que se considera logros del proceso de *constitucionalización* y se propugna su ampliación.⁷

En el presente trabajo sólo nos proponemos describir alguna de las manifestaciones de la cuestión, vinculando la voz *neoconstitucionalismo* con el modelo del *Estado Constitucional*, y señalar la necesidad de generar espacios en la capacitación judicial que permitan comprender y asimilar el cambio que genera en la decisión judicial.

2. La constitucionalización del derecho

La relación entre la Constitución y el resto del orden jurídico siempre ha sido de

interés para la teoría del derecho. Particularmente en nuestros días dicho interés se acrecienta frente a los denominados *Estados Constitucionales*.

Hay quien habla de la *constitucionalización del orden jurídico*. Va de suyo, eso sí, que no nos referimos a un Estado que cuente con Constitución formal. La idea sugiere mucho más: trata de mostrarnos una *concepción de Estado* y un *modelo de Constitución*. Atienza especifica que por Estado Constitucional no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una constitución, sino el Estado dotado de una Constitución (o incluso sin una Constitución en sentido formal) con ciertas características, en especial la existencia de ciertos contenidos que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho.⁸

Entre las características de este proceso de *constitucionalización del derecho*, Guastini destaca: la existencia de una Constitución rígida que incorpora los derechos fundamentales, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución (no es una conjunto de normas programáticas sino *preceptivas*), la *sobreinterpretación* de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos), la aplicación directa

de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares y la interpretación *adecuadora* de las leyes.⁹

Con referencia a cualquier rama del derecho en el modelo clásico, la Constitución opera su límite negativo: la *legitimidad* del derecho de la rama dependerá del respeto a dichos límites. Las normas constitucionales establecen qué es lo que no se puede ordenar, prohibir, sancionar en dicha rama. El test de *legitimidad* de sus contenidos pasará en lo sustancial por verificar si estos respetan los límites que le determinan las normas constitucionales. La principal forma de establecer si una norma es inconstitucional derivará al constatar su contradicción con la normativa constitucional. Una decisión judicial es constitucional simplemente *respetando* lo delimitado por la Constitución.¹⁰

En el modelo del *Estado Constitucional* todo el orden jurídico, es concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales. Las normas constitucionales adquieren una fuerza expansiva fundamental a la hora de determinar el contenido de cualquier rama del derecho. Por ello se dice que «*las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de "desarrollo" y "con-*

creción" de los mismos: ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar.»¹¹

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.

Como se ve, esta cuestión no tendría más relevancia si las constituciones sólo fueran documentos ideológicos sin fuerza normativa. Pero en nuestros días, explica Prieto Sanchís, las constituciones se *rematerializan* y ofrecen soluciones y orientaciones en las más variadas esferas jurídicas: «*esto es lo que se ha dado en llamar efecto impregnación o irradiación, que justamente significa el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional.*» La Constitución satura todo el sistema.¹²

2.1. Las normas del Estado Constitucional

Muchos creen que la distinción entre los modelos antes señalados se centra en la diferenciación que más preocupa a la teoría jurídica en estos días: un modelo jurídico de reglas vs. un modelo jurídico de principios. Ya en la década del '60, Esser sostenía que el centro de gravedad iba desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios.¹³

Cada día va ser más difícil legislar sobre la base de reglas determinadas, lanzándose hacia el futuro, prediciendo el porvenir. En el derecho de este tiempo las normas generales son cada día más indeterminadas y abiertas.

Esta circunstancia adquiere especial significación en el caso, dado que asistimos a una creciente formalización de principios constitucionales. La normatividad del Estado Constitucional está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas, principios y directrices que no son sólo límites para una rama del derecho, sino que ésta debe desarrollar.¹⁴

Si a todo ello sumamos la diferenciación entre principios explícitos (formulados ex-

presamente en el ordenamiento jurídico) y principios implícitos (extraídos a partir de los enunciados presentes) y que muchos sostienen que es imprescindible tener en cuenta a estos últimos en el funcionamiento de las instituciones del derecho infraconstitucional, no se puede dejar de reconocer la necesidad de utilizar marcos teóricos que permitan comprender esta realidad.

En este marco Rodolfo Vigo sostiene, que hay que advertir que «*además de los Tratados Internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia supranacional, son las modernas Constituciones una fuente importante de principios; y atento a que ellas dejan de ser un mero programa político dirigido al legislador y se procura que todo su contenido tenga vigencia, más allá de los distintos modos de vigencia, el derecho termina "principializado" o "axiologizado" o "moralizado", por consiguiente, el derecho termina judicializado*».¹⁵

2.2. Los derechos del Estado Constitucional

Muchos reconocen una ampliación de la zona de aplicabilidad de los derechos humanos. Norberto Bobbio nos habla con acierto de la *era de los derechos*, por cuanto muchos de ellos que usualmente se consideraban consagrados en el derecho natu-

ral, hoy forman parte del derecho positivo, principalmente recogidos por el derecho internacional público y el derecho constitucional.¹⁶

El reconocimiento de derechos fundamentales supone el reconocimiento de *expectativas positivas* y *expectativas negativas*. Las primeras se garantizan mediante técnicas de coerción o de sanción que posibiliten su satisfacción efectiva.¹⁷

Una de las grandes transformaciones del derecho de nuestro tiempo, que incorpora como presupuesto del Estado Constitucional, es el aumento progresivo de normas que suponen el reconocimiento de expectativas positivas.¹⁸ Así, por ejemplo, cada vez más se ha ido aumentando la nómina de los denominados derechos sociales.¹⁹ Sostiene Alexy que cuando se habla de derechos sociales fundamentales (vgr. salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación) se hace referencia primaria a derechos a prestaciones en sentido estricto.²⁰ Ello supone que el individuo tiene, bajo determinadas condiciones, derecho a prestaciones.²¹

Las prestaciones son en principio exigibles al Estado, pero muchas veces afectan de manera directa las relaciones jurídicas entre particulares. El derecho a un ambiente

sano, a la preservación del patrimonio cultural e histórico, a la salud, educación, la vida, la no discriminación, constituyen reiteradas premisas en la justificación de decisiones judiciales referidas a la propiedad, contratos, familia, daños y relación laboral.

Una de las manifestaciones de la crisis del derecho de este tiempo es que el *Estado social de derecho* requiere de sus órganos la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones de carácter positivo, no siempre determinables en términos generales y abstractos (y por tanto eminentemente discrecionales), ajenos a los principios de certidumbre y de estricta legalidad.

En muchos de los casos citados, se puede detectar cómo el esquema de derechos fundamentales del *Estado Constitucional*, que ha aumentado considerablemente la noción de expectativas positivas, influye en la decisión judicial. Ello resulta un signo más de la necesidad que tiene el derecho judicial de contar con modelos teóricos que permitan comprender el fenómeno.

2.3. La metodología del derecho en el Estado Constitucional (De la subsunción a la ponderación)

Para el modelo clásico, el Juez debe li-

mitarse 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. La actividad judicial es pensada como la *subsunción* del caso concreto en la norma general.

En un paralelismo con el conocimiento de las ciencias naturales, en donde el objeto de conocimiento es accesible al sujeto cognoscente, el razonamiento judicial, complemento necesario del modelo constitucional clásico, es típicamente monológico. Cada sujeto razona individualmente, en su fuero interno y todos por igual. Conocida la verdad de las premisas del razonamiento, la conclusión, la decisión, se sigue con necesidad lógica.

En este tiempo, el modelo del Estado Constitucional contribuye a que el razonamiento jurídico se lo entienda como un razonamiento práctico que conduce a que la decisión jurídica tenga carácter discursivo e intersubjetivo.²² Se sustituye la perspectiva monológica por la dialógica.

Si tenemos en cuenta el tipo de las normas constitucionales del modelo (prevalencia de reglas generales indeterminadas, principios, aun implícitos, directrices), el contenido y exigencias de sus derechos

fundamentales (expectativas positivas), y su nivel de *exigencias* sobre las decisiones, en nuestros días no se puede ocultar que la sentencia no es la conclusión necesaria que deriva de unas determinadas premisas legales, sino que implica una opción del juez por una determinada solución.

Por eso, si no se quiere caer en posturas radicalmente realistas en donde cualquier idea de certeza se estime como carente de referencia sólida y rebajada a puro mito, pura ideología, que el único método sea la libérrima conciencia decisoria, el Juez dueño y señor del derecho, debemos asumir una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico²³: «*El juez no decide al margen del contexto social, no decide impunemente. Su actuación se inserta en un debate que es exterior a él, que es público*». La conciencia del Juez se convierte en conciencia pública.²⁴

Urge reconocer en este país que hace varias décadas el maestro Carlos Cossio apelaba a la «*fuerza de convicción de la sentencia*».²⁵

Más allá de la forma de caracterizar y distinguir los principios, si repensamos las categorías mencionadas, entenderemos por qué se destaca como una de las más sig-

nificativas diferencias entre los modelos la *metodológica*: el modelo clásico genera un modelo de *subsunción*; por su parte, el modelo del Estado constitucional produce un modelo de ponderación.²⁶

Cabe tener presente que muchas voces desconfían de las posibilidades de la ponderación, que entienden es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva y una forma más de particularismo jurídico.²⁷

Escapa a los alcances de este trabajo la consideración sobre el grado de racionalidad que tiene un modelo de ponderación y cuáles son las perspectivas de argumentación jurídica que están en juego,²⁸ pero no dejamos de señalar que las exigencias del cambio metodológico nos conducen de un derecho de la ley a un derecho de la Constitución, determinado en el caso por la sentencia de los jueces.

2.4. Las fuentes del derecho en el Estado Constitucional (Del Código a la sentencia)

El incremento del protagonismo de la Constitución supone, de algún modo, la *bajamar* de la ley. En el modelo del Estado Constitucional esa primacía de la Constitución sobre la ley se garantiza recurriendo a procedimientos judiciales: se lleva a cabo por

los órganos del poder judicial y a través del procedimiento de adjudicación.²⁹

Sostiene Ferrajoli que cambian las condiciones de validez de las leyes, dependiendo ya no sólo de su forma de producción sino de su coherencia con los principios constitucionales. La Constitución no sólo regla las formas de producción de una ley sino que le impone a estas prohibiciones y obligaciones de contenido cuya violación genera antinomias y lagunas que se deben constatar, eliminar y corregir.³⁰

El mismo autor destaca que se altera el papel de la jurisdicción. El Juez tiene también el deber de censurar como inválida la ley misma declarándola inconstitucional cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional.³¹

En los hechos en el modelo clásico es el derecho del legislador, el código es una de las fuentes por excelencia. En el *Estado Constitucional* el derecho infraconstitucional es lo que los jueces dicen desde la Constitución.

Por el contrario, el modelo del *Estado Constitucional* se apoya en una mayor actividad judicial. Mientras que el modelo clásico trata de limitar la fuerza creadora de los jueces, radicalizando la importancia de

someter el funcionamiento del sistema al papel de la legislatura, en última instancia, y en atención a la estructura normativa descrita, la autoría del derecho *infraconstitucional* pasa a manos de la magistratura y, en sentido más amplio, el cuerpo de juristas. En este marco no hace falta un catálogo solemnemente proclamado de derechos en un código. Antes bien, los derechos *infraconstitucionales* están inseparablemente entrelazados 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.

Por eso, a nadie escapa que esto es alentador pero también *riesgoso*.³² Desde el punto de vista de los derechos y garantías de los ciudadanos frente a la función judicial urge reparar que este inmenso traspaso del poder decisorio a manos de los jueces puede tensionar las razones democráticas del estado de derecho. No en vano una de las objeciones esgrimidas es el hecho de ser *antidemocráticas*.³³ Es que estas vías permiten que los Jueces participen activamente en el proceso de gobierno pero están condicionadas por los límites de la legitimación democrática y, no menos importante, técnica. 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. En torno a esto, Carlos S. Nino expresó: «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.»³⁴

En los hechos, la idea de democracia sustancial, le atribuye al juez un rol democrático para suplir las carencias de los mecanismos democráticos, exclusivamente formales y procedimentales.

En este aspecto, cabe tener presente que para Ferrajoli cambia la naturaleza misma de la democracia, incorporándole de hecho a la democracia una dimensión *sustancial*, en añadidura a la *meramente formal* o *procedimental*. Dice que las Constituciones garantizan la dimensión material de la *democracia sustancial*, que se refiere a qué cosa no puede ser decidida o debe ser decidida por cualquier mayoría vinculando la legislación bajo pena de invalidez.³⁵

Sin perjuicio de ello, las indeterminaciones normativas y el uso de principios constitucionales, conlleva el peligro de la utilización de los criterios propios del juez. Muchos temen que el modelo en última instancia deja completamente en manos de los jueces el modo de justificar sus decisiones, dejando que la certeza del derecho quede confiada solamente a la conciencia constitucional de cada Juez.³⁶

De allí que, Francisco Laporta desde hace algunos años venga insistiendo en que *«es necesario volver a reivindicar con fuerza el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, tanto por razones de naturaleza prudencial como por razones de naturaleza moral.»*³⁷

En este sentido urge resaltar que el maestro italiano también señala que de todo esto *«se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista...».*³⁸

Estamos convencidos de que un Estado de Derecho también necesita tomarse *«las reglas en serio»*. Desde ya, ello no implica desconocer que han sido los jueces quienes, muchas veces de cara a la inercia de otros

poderes del Estado o de grupos económicos, más atentos al lucro que a las necesidades de justicia, educación, salud de los ciudadanos, se han hecho cargo de resolver conflictos, violaciones y perjuicios sobre casos referidos a derechos fundamentales.

En síntesis, entre las más visibles consecuencias, el *Estado Constitucional*, en el ámbito de la decisión judicial produce:

- Incremento del papel de los *jueces*.
- Tensión de las razones democráticas del estado de derecho.
- Problemas de legitimidad del poder judicial.
- Crisis de la imagen de tercero imparcial.
- Riesgo de nuevas formas de control sobre poder judicial.
- Peligro de utilización de los criterios propios del juez.
- Necesidad de asumir la complejidad del objeto.

3. ¿Qué pueden hacer las escuelas judiciales?

Rodolfo Vigo se pregunta si los que enseñan derecho están enseñando el verdadero derecho que se encuentra en la realidad, o se enseña un derecho que ya no es,

o incluso nunca fue. También se pregunta sobre *¿cuál es la actitud que tenemos frente a esta realidad?; «o sea, si la avalamos, la rechazamos, proponemos correcciones o advertencias. Lo que no corresponde es vivir esquizofrénicamente sin conciencia de ello, o auspiciar irresponsablemente la difusión de dicha enfermedad.»*³⁹

3.1. La complejidad

Como lo venimos sosteniendo en otros trabajos, en el modelo del *Estado Constitucional* los jueces no podemos desconocer la *complejidad* del objeto a tratar.

Si todo el orden jurídico infraconstitucional 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 las decisiones judiciales deben concretar las exigencias constitucionales; si la normatividad del Estado Constitucional está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas, principios y directrices; si todos los derechos están inseparablemente entretelados 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 son mandatos de optimización dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas; si el modelo funciona preferentemente con un método de ponderación; si antes de aplicar un principio hay que llevar a cabo una deliberación previa; si ello implica una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico, en que el Juez no decide al margen del contexto social sino que su conciencia se convierte en conciencia pública; es necesario que la decisión judicial se apoye sobre un modelo teórico que le permita asumir la complejidad del fenómeno jurídico.

Ello, a su vez, se hace imprescindible a la hora de considerar los riesgos que determina el incremento de la adjudicación judicial en la elaboración del derecho.

En el transcurso de las últimas décadas se hizo cada vez más evidente para muchos científicos, tanto de las ciencias naturales como de las sociales, la necesidad de adoptar cambios conceptuales y metodológicos fundamentales en el estudio de los denominados *sistemas complejos*. El paradigma epistemológico de ciencias

naturales y sociales ha evolucionado hasta el concepto central de *complejidad*.⁴⁰

En este sentido Edgar Morin destaca que la visión no compleja de las ciencias humanas, de las ciencias sociales, implica pensar que hay una realidad económica, por una parte, una realidad psicológica, por otra (nosotros agregamos una realidad jurídica). No hay una realidad que podamos comprender de manera unidimensional. Parafraseándolo, diríamos que hay que comprender que un pensamiento mutilante conduce, necesariamente, a acciones mutilantes, a decisiones judiciales mutilantes.

En el marco del derecho muchos son los que se abren a esta posibilidad⁴¹. No en vano uno de los principales proyectos del *Centre Interdisciplinaire de Recherches sur les Systèmes Sociaux* (Francia)⁴², está destinado a investigar la implementación de la decisión compleja en materia judicial. Estamos convencidos de que la teoría trialista del mundo jurídico⁴³ que pone el acento en considerar en cada fenómeno jurídico los hechos, las normas y los valores en juego, responde satisfactoriamente al gran desafío del pensamiento actual que significa la referencia a la complejidad.⁴⁴

Los desafíos que el Estado Constitucional le presenta a la *decisión judicial* sólo pueden

encontrar respuestas superadoras si se asume la complejidad del fenómeno. Sin perjuicio de ello, hay que tener especialmente en cuenta, que la conciencia de la complejidad nos hace comprender que no podremos escapar jamás a la incertidumbre y que jamás podremos tener un saber total. Estamos condenados a un pensamiento acribillado con agujeros, pero somos capaces de pensar en esas condiciones dramáticas.

3.2. Las Escuelas Judiciales como «centros»

Pocas dudas quedan acerca de que uno de los temas de mayor preocupación para la sociedad latinoamericana en los últimos años es el funcionamiento del Poder Judicial y, en particular, aquello vinculado con los sistemas de selección y capacitación de sus miembros. Es así como no nos deja de llamar la atención el auge que en los últimos años han alcanzado las Escuelas Judiciales⁴⁵.

A menudo se sostiene que la educación o capacitación judicial es uno de los caminos más directos para fortalecer al Poder Judicial y, en consecuencia, al Estado de Derecho.⁴⁶ Las Escuelas o Centros de Capacitación Judicial día a día se presentan como herramientas insustituibles para el servicio de justicia. Se sostiene que no sólo en aras de velar por el correcto fun-

Claves Judiciales

Neoconstitucionalismo y capacitación judicial

cionamiento del estado de derecho, sino ante la eventualidad de que se introduzca cualquier reforma en el sistema judicial, es fundamental contar con canales adecuados de capacitación judicial.⁴⁷

Es sabido que diversos métodos pueden ser requeridos para el desenvolvimiento del proceso educativo en cada circunstancia.⁴⁸

Frente al panorama que nos ofrece el Estado Constitucional el peor resultado es la *soledad* y el *aislamiento judicial*. Las escuelas judiciales no deben dejar de ser un *Centro* (lugar de encuentro). Se puede entender a un centro como el punto donde habitualmente se reúnen los miembros de una sociedad o corporación, el lugar de donde parten o donde convergen acciones particulares coordinadas, el lugar donde alguien o algo tiene su natural asiento y acomodo. En nuestro caso queremos destacar la necesidad de que las Escuelas judiciales intensifiquen el espacio donde se produzca el lugar de encuentro de los jueces.

Las características y consecuencias del *neoconstitucionalismo*, entendido como *Estado Constitucional*, la incertidumbre que genera la complejidad, determinan como principal desafío la superación la *soledad* y el *aislamiento judicial*.

Todas esas fuerzas innovadoras originan un sinnúmero de problemas referentes a la relación afectiva con nosotros mismos y con los demás. Los procesos de cambio

implican una incursión en lo desconocido, comprometerse con hechos futuros que no son totalmente previsibles, por lo que muchas veces se comprenden las resistencias al cambio.⁴⁹ Ello debe darse tanto en parentesco con los mismos jueces, como también con relación a otros protagonistas de la juridicidad y, en especial, con los que permitan aportar elementos para la comprensión interdisciplinaria de los problemas.

Podría decirse que la auténtica fuerza de un *Estado Constitucionalizado* depende de la medida en que todos los miembros de la comunidad compartan la forma de realizar, en los casos concretos, los principios constitucionales. En el mismo sentido las Escuelas Judiciales deben reproducir un espacio donde también los jueces, estén dispuestos a trabajar juntos y a comprometerse para alcanzarlos. Sólo los valores *compartidos* dan consistencia al Sistema.

Por eso, el ámbito propicio para la reflexión y revisión del rol del Juez en el Estado Constitucional, ha de ser el grupo, buscando las estrategias adecuadas que permitan que se den las condiciones para fomentar vínculos de afecto y confianza, que dejen aflorar posturas y sentimientos alternativos, y también contradictorios, fomentando el encuentro de cada persona consigo misma y con los otros.

En virtud de ello, creemos indispensable que las Escuelas Judiciales fomenten:

- Encuentros de fuero.
- Talleres de discusión de casos.
- Reuniones periódicas de documentación jurídica.
- Apertura concreta al diálogo interdisciplinario.
- Formación de protocolos de trabajo.
- La prevención contra el riesgo de pérdida de independencia interna.

Cada uno de los problemas que hemos esbozado generan euforia, pero también angustia y temores. Debemos comprender estos fenómenos y no espantarnos. Hallándose, compartiendo, concurriendo, podremos encontrar las respuestas que no serán con lo desconocido, sino con aquello con lo que nos enfrentamos a diario.

Concluye Susana Huberman, su investigación sobre la formación de los *formadores*, con una cita que nos parece atinado reproducir⁵⁰:

«El símbolo y el signo del hombre en la historia y en la cultura es una espiral ascendente; de lo que se trata es de que los accesos inmediatos o mediatos de la cultura se estimulen y faciliten para que esa espiral sea cada vez más la obra de todos, para que su ritmo ascendente se acelere en esa multiplicación en la que cada uno, pueda dar el máximo de sus posibilidades.» JULIO CORTAZAR ■

¹ Las ideas del presente artículo son la base de la participación del autor en el IX Congreso Nacional de Capacitación Judicial y I Congreso Iberoamericano de Capacitación Judicial, 14-102005, (v. <http://www.justiciacordoba.gov.ar/site/Asp/Escuela/Congreso2005/Ponencias/PNac20.doc>).

² Exdirector del Centro de Capacitación Judicial de la Provincia de Santa Fe. Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario. Codirector de la Carrera de Especialización en Magistratura de la Facultad de Derecho de la UNR. Profesor Ordinario de las Facultades de Derecho y Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la UNR.

³ CCCSisidro, 1^a, sala 1, 18/05/2004, GONZÁLEZ, FELICIANA C. Microómnibus General San Martín S.A.C., Sup. CyQ 2004 (septiembre), 30, con nota de JORGE MOSSET ITURRASPE - IMP 2004-17, 215 - LLBA 2004 (septiembre), 818, con nota de Darío J. Graziabile - Sup. CyQ 2004 (noviembre), 38, con nota de Edgardo D. Truffat; Altirini, Atilio, «Repensar el papel del Estado», La Nación, 11-07-02; Bidart Campos, Germán, *Una sentencia que supo dar curso efectivo a los derechos sociales, encontrar al sujeto pasivo y determinar su obligación*, L.L. -suplemento de derecho constitucional- 23.08.02, p. 8; CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, *Un pronunciamiento con amplias proyecciones problemáticas (notas de filosofía de la propiedad)*, en L.L. -suplemento de derecho constitucional- 23.08.02, ps. 10 y ss.; CNCiv, sala H, 16/12/2002, *Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A.*, LA LEY 2003-II, 970, con nota de EDUARDO GREGORINI CLUSELLAS - DF 2003-A, 364; CSJN, 21/09/2004, *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.*, Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), 39, con nota de RAMÓN D. PIZARRO; ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA; RODOLFO E. CAPÓN FILAS; MARCELO LÓPEZ MESA; CARLOS V. CASTRILLO; HORACIO SCHICK - DJ 29/09/2004, 339 - DF 2004 (septiembre), 1286 - DJ 06/10/2004, 394, con nota de ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA - BCYS 2004-IX, 122,

con nota de CARLOS A. GHERSI - ED 25/10/2004, 5 - DJ 10/11/2004, 798, con nota de ANGEL E. GATTI - IMP 2004-21, 131 - TYSS //2004, 778 - LA LEY 01/12/2004, 9, con nota de JOSÉ P. DESCALZI - DJ 09/12/2004, 1094, con nota de CARLOS A. GHERSI - LA LEY 2004-F, 95.

⁴ LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Momento actual y futuro del derecho*, Conferencia pronunciada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 21.02.2001, www.alterini.org/online/to_1pe1.htm.

⁵ PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 78. v. también Por un derecho civil constitucional español, Anuario de Derecho Civil, 1983, ENE-MAR, XXXVI, pp. 1/16.

⁶ PRIETO SANCHÍS, LUIS; *Constitucionalismo y garantismo*, en AA.VV., «Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli», Madrid, Trotta, 2005, p. 48.

⁷ Se mencionan como algunos de sus promotores a autores como por ejemplo Dworkin (*Los derechos en serio / The moral reading of the constitution*), Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*), Zagreblesky (*El derecho dúctil/La crucifixión y la democracia*); Nino (*La Constitución de la democracia deliberativa*) Ferrajoli (*Derechos y garantías. La ley del más débil*). Más allá de la aceptación que pudieran darle a la pretensión que se los adscriba como autores neoconstitucionalistas cierto es que, en mayor o en menor medida, pusieron en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, y en sus desarrollos teóricos se destaca el apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho. Su influencia teórica se va expandiendo en vastas zonas del derecho continental, no solo en el ámbito académico, sino especialmente en el jurisdiccional. (Sobre el tema puede verse: Carbonell, Miguel, *Nuevos tiempos en el constitucionalismo*, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 2^a edic., Madrid, Trotta, 2005, p. 9 y ss; v. thén. Co-

manducci, Paolo, *Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico*, en la misma obra, p. 75 y ss.

⁸ ATIENZA, MANUEL; *Argumentación Jurídica y Estado Constitucional*, en *Ideas y Derecho*, año 11, N^o 2, 2002, p. 153 y ss.

⁹ GUASTINI, RICARDO; *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 154 y ss.

¹⁰ *Sobre la Constitución del Estado Constitucional*, DOXA 24 (2001), p. 429 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 454.

¹² PIETRO SANCHÍS, LUIS, *Constitucionalismo y garantismo*, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, p. 41 y ss.

¹³ ESSER, JOSEF, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de EDUARDO VALENTI, Barcelona, Bosch, 1961. (Tr. de *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, J.C.B Mohr, Paul Siebeck, 1956). La reflexión sobre los principios jurídicos no ha faltado en la teoría del derecho. Nombres como los Roscoe Pound (1920), ROBERTO BOBBIO (1957), GIORGIO DEL VECCHIO (1958), GENARO CARLIÓ (1970), entre muchos otros, nos recuerdan que el tema no es nuevo. Pero también es cierto que la distinción cualitativa entre reglas y principios es uno de los más tratados por la teoría del derecho de nuestros días y fueron los trabajos de Ronald Dworkin los que impulsaron el tema al centro del escenario (v. en especial, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984).

¹⁴ Sobre la distinción entre principios en sentido estricto y directrices, puede verse: ATIENZA, MANUEL, RUIZ, MANERO, JUAN, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 3 y ss.

¹¹ VIGO, RODOLFO LUIS, *Del prometido derecho a través de normas al real derecho a través de principios*, L.L. 21-05-07, ps. 1 y ss. Del mismo autor: *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Bs.As. Depalma, 2000.

¹² A su vez, dice Peces-Barba que «parece que por primera vez puede ser posible un encuentro entre el derecho positivo y el modelo del derecho justo sin que exista una materia principal y una subordinada que conduzca necesariamente al reduccionismo» (en *Derechos Humanos*, conferencia publicada en Revista del Poder Judicial de España, t. 1988, pp. 9/20).

¹³ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2001, p. 20 y ss.

¹⁴ GARZÓN VALDEZ, ERNESTO, *Los deberes positivos generales y su fundamentación*, y *Algunos comentarios críticos a las críticas de JUAN CARLOS BAYÓN y FRANCISCO LAPORTA*; BAYÓN, JUAN CARLOS, *Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites* (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés); LAPORTA, FRANCISCO, J. *Algunos problemas de los deberes positivos generales*; FISHER, JAMES S., *Las fronteras de la obligación*, en *Doxa*, N.º 3, 1986.

¹⁵ El tratamiento teórico de los derechos sociales ofrece, aún en nuestros días, un notable surtido de tópicos que reciben las más diversas respuestas. La denominación, la construcción de su noción, su juridicidad, las razones que hacen a su justificación, su justiciabilidad, sus fuentes, su incidencia en el sistema jurídico, entre otros, son todos temas que reciben las más variadas propuestas. (v. ABRAMOVICH, VÍCTOR; COUETIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Edit. Legis, 2005; CHAUMET, MARIO E., *Exigibilidad Judicial de los derechos sociales y la razón judicial compleja*, en *Garantismo y Crisis de*

la Justicia, Medellín, Universidad de Medellín, 2010, p. 57 y ss. MORO GUILLERMO, *Los derechos sociales en la Constitución. Surgimiento, discusión y desafíos de una herramienta para el cambio social*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, (Santa Fe, 2009), p. 771 y ss.). PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XXXI, N.º 92, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>

¹⁶ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 482 y ss.

¹⁷ En este punto, cabe aclarar que Ezequiel Manóvil afirma que es falso que los derechos civiles y políticos son los únicos que generan deberes negativos en contraposición con el supuesto vínculo exclusivo entre derechos socioeconómicos y deberes positivos. Demuestra que todos los derechos dan lugar tanto a deberes positivos como a deberes negativos. (v. *¿Son derechos los derechos socioeconómicos?* L.L. 12/03/2010, 1).

¹⁸ V. VIGO, RODOLFO, L., *Razonamiento justificatorio judicial*, en *Razonamiento Judicial*, Bs. As., LexisNexis, 2004, p. 79 y ss.

¹⁹ Cfr. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Teorías de la tópicos jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

²⁰ ANDRUEY, ARMANDO, *La politicidad del derecho, en El ethos y el estado de derecho en occidente*, Córdoba, Academia nacional de Derecho y Cs. Ss. De Córdoba, 1996, pp. 91 y ss.

²¹ Cfr. COSSIO, CARLOS, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Kraft, 1944.

²² PRIETO SANCHEZ, LUIS, *Diez argumentos sobre*

neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales, en *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 53 y ss.; BERNAL FULIDO, CARLOS, *Estructura y límites de la Ponderación*, en: *DOXA*, N.º 26, Alicante, 2003, p. 227 y ss.

²³ «¿Qué pasa entonces con la ponderación, proceder del que se dice que es el propio y adecuado para decidir los casos de conflictos entre derechos fundamentales? Como he tratado de mostrar en otro lugar, al que me remito, cuando los tribunales (y muy en especial los Tribunales Constitucionales) dicen que ponderan, no hacen nada distinto de lo de siempre, sólo lo llaman de otra manera y, sobre todo, hacen lo de siempre pero con unas exigencias argumentativas mucho menores o, aún expresado de otra forma, invocando razones de más difícil control intersubjetivo, de objetividad más dudosa, en suma». Por eso García Amado dice que lo que de verdad se pretende tiene «la finalidad de sustraer esas normas al razonamiento interpretativo ordinario y elaborar para su aplicación un método especial, el de ponderación, exento de las exigencias argumentativas que en nuestra cultura el método interpretativo suele exigir para el razonamiento jurídico "normal"». (García Amado, Juan Antonio. *El juicio de ponderación y sus partes: crítica de su escasa relevancia* en página de JUAN A. GARCÍA AMADO <http://www.geocities.com/jagamado/>; del mismo autor: *Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo y El argumento teleológico: las consecuencias y los principios*).

²⁴ Puede v. nuestro trabajo *El Estado constitucional: la decisión judicial y el debido proceso*, xx Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Santa Fe, septiembre de 2006. Asimismo, Merol, Andrea A., *Resignificación del «contradictorio» en el debido proceso probatorio* (en AA.VV., *Controversia procesal*, Medellín, Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal, Universidad de Medellín, 2006, pp. 69 y ss.; «*Una novit curia*» y *decisión imparcial*, xix Encuentro Panamericano de Derecho

Procesal, Asunción del Paraguay, noviembre de 2006.

²⁹ El subsistema románico-germánico que se orienta más al sometimiento del juez a la ley, se basa en una tradición continental más racionalista que tiene entre sus referentes a Santo Tomás, Descartes y Leibniz y la fuerte presencia estatal que se manifestó, por ejemplo, con Luis XIV, Napoleón y la escuela de la exégesis (Cfr., GIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, en *El juez en el cambio*, L.L. 2001-D, 1150 p. 1).

³⁰ FERLAJOLI, LUIGI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. GERARDO FISARELLO, ELEXEI J. ESTADA y JOSÉ MANUEL DÍAZ MARTÍN, Bogotá, Universidad Externado, 2001, p. 167 y ss.

³¹ *Ibidem*.

³² ZANNOTTI, FRANCISCA, *Las modificaciones del Poder Judicial en Italia: de un juez «boca de la ley» a un juez de los derechos*, JA, 1996-III-803.

³³ GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Buenos Aires, Ariel, 1996.

³⁴ NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astey, 1992, pp. 687 y ss.

³⁵ *Op. cit.* *El garantismo y la filosofía del derecho*.

³⁶ CHAUMET, MARIO E., MEROI, ANDREA, A; *¿Es el derecho un juego de los jueces?*, L.L. 2008-D, 717.

³⁷ LAFORTA, FRANCISCO, *El ámbito de la Constitución*, Doxa 24 (2001), p. 459 y ss.

³⁸ *Op. cit.* *El garantismo y la filosofía del derecho*.

³⁹ *Op. cit.*, p. 3.

⁴⁰ V. por ej. MORIN, EDGAR, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 1994.

⁴¹ CHAUMET, MARIO, *Reflexiones sobre la implantación de la decisión judicial compleja*, en *Razonamiento Judicial*, Bs. As., LexisNexis, 2004, p. 38 y ss.

⁴² Se sostiene en la introducción al proyecto que los paradigmas de universalidad de la ley, de unidad de la razón y de la simplicidad de la ley, se oponen no solo a la pluralidad de leyes y razones, sino también a la complejidad. Esto significa, también, que el proceso de decisión judicial ya no puede concebirse como algo lineal y proveniente únicamente de reglas establecidas. *Projet de recherche destiné à la Mission de Recherche Droit et Justice du Ministère de la Justice, février 1996*, a cargo de DIANA MOSOVICH PONTALEZICA.

⁴³ En relación al tema pueden especialmente v. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987; GIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, *Derecho y Política*, Bs. As., Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, F.L.J., 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, F.L.J., 2000; *El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura*, en ED., pp. 126-884 y ss.).

⁴⁴ Cabe señalar que esta teoría propicia el reconocimiento de lo que denomina *complejidad pura*. Goldschmidt señalaba que Kelsen a través de su «teoría pura» había superado la complejidad impura de la mezcla de las dimensiones jurídicas, siendo necesario, ahora, reconocer la complejidad pero en pureza. Ello supone individualizar en el análisis de un problema jurídico cada una de sus dimensiones, sin despreciar las relaciones entre cada una de ellas. GIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, *Las posibilidades de superación de la discusión entre juspositivismo y jusnaturalismo a través de la teoría trialista del mundo jurídico*, en «Revista de Ciencias Sociales», N° 41, p. 85 y ss.

⁴⁵ SACCHES, MÉSTICH PEIBO, *Las escuelas judiciales*, «Cuadernos

para la reforma judicial N°5», México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., 1998.

⁴⁶ Así Sagüés destaca la vinculación entre los distintos modelos de Poder Judicial y la escuela judicial en donde esta última tiene mayor afinidad con los modelos que pretenden concebir a la judicatura como una función profesionalizada y con actividad institucional de poder, tanto de control como moderador (*ibidem*).

⁴⁷ STANGA, SILVANA M., *El saber de la justicia. Un modelo sistematizado de capacitación judicial y asunciones realizadas en la argentina*, Bs. As., AID-FLL, 1996, p. 16 y ss.

⁴⁸ CHAUMET, MARIO E., *Las Escuelas Judiciales en postmodernidad*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 24, p. 1 y ss.

⁴⁹ HILBERMAN, SUSANA; *Cómo aprenden los que enseñan. La formación de los formadores*. Bs. As., Aique, 1996, p. 121 y ss.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 155.