

La sentencia judicial

Introducción.-

Si apeláramos al sentido común para explicar el funcionamiento de las instituciones políticas de nuestro país, deberíamos apelar a la clásica idea según la cual existen tres poderes con funciones y competencias nítidamente diferenciadas. Los legisladores están encargados de sancionar las leyes, el presidente y sus ministros de reglamentarlas y ejecutarlas sin modificar su esencia, y los jueces de resolver los conflictos particulares a través del dictado de sentencias. Esta fórmula defendida por los contractualistas decimonónicos y resuelta por el modelo de Estado de Derecho weberiano-kelseniano es materia de enseñanza cotidiana en las escuelas de nuestro país; sin embargo, incluso los menos avezados saben que la realidad discurre por caminos muy diversos.

Habiéndose transformado en luctuosa costumbre la idea de un presidente-legislador, hace ya muchos años que en Argentina se encuentra con jueces que, a través de su única herramienta: la sentencia, son capaces de producir cambios de rumbo económicos y redefinir planes políticos que escapan a las expectativas de sus ideadores y ejecutores. V.gr., no hace mucho tiempo la CSJN declaró inconstitucional el intento de reforma del Consejo de la Magistratura que había sido aprobada por el Congreso¹; y más cercanos en el tiempo, el mismo Tribunal Cimero admitió un

¹ CSJN, Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13). Puede consultarse: <http://www.telam.com.ar/notas/201306/21728-la-corte-suprema-declaro-inconstitucional-la-ley-de-reforma-del-consejo.html>

amparo colectivo contra el llamado “tarifazo de gas”, obligando al flamante Gobierno Nacional a modificar su política energética.²

La explicación más difundida, y no por ello desacertada, es que los países occidentales durante el siglo pasado han mudado de sistema político-jurídico, pasando del mencionado Estado (legal) de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. Es claro que la aparición de este segundo fenómeno no se ha efectuado *ex nihilo*, sino que es el fruto de una ardua y lenta disputa en academias, legislaturas, tribunales y otros espacios públicos. Por lo pronto, si debiéramos contextualizar este surgimiento, podríamos señalar, sin temor a equivocarnos, al término de la Segunda Guerra Mundial y los consecuentes juicios de Núremberg, donde la hasta entonces sólida teoría positivista del Derecho que había reinado campante desde comienzos de esa centuria, no pudo aparentemente brindar la respuesta requerida por los aliados y la humanidad toda: condenar a los jefes nazis.

Ahora bien, este quiebre fundamental en la historia de occidente, la pérdida de confianza en la ciencia positiva aplicada sin más al Derecho y el retorno triunfante de la relación ineludible con la moral, corrieron paralelos con el surgimiento del Estado de Bienestar, frente al cual los ciudadanos dejaron de esperar un rol pasivo, reclamándole cada vez más y mejores derechos. En los primeros tiempos del nuevo paradigma estatal, los Poderes Legislativo y Ejecutivo supieron encontrar los caminos para encauzar eficazmente los diversos reclamos. No obstante, cuando el Estado de Bienestar se desplomó ante deficiencias propias y los embates del neoliberalismo, los reclamos sociales no sólo se mantuvieron, sino que se expandieron cualitativa y cuantitativamente, dejando a los políticos sin respuesta. Así, cuando las personas

² CSJN, Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Colectivo, 18/08/2016. Puede consultarse: <http://www.ambito.com/851550-la-corte-frena-tarifazo-de-gas-para-hogares-y-exige-audiencias-publicas>

vieron que los lentos engranajes de la burocracia política, más preocupada por las siempre próximas elecciones que por los problemas sociales, no podía brindar una solución a sus problemas, se dirigió a aquel único Poder del Estado que está obligado a darle una respuesta: el Poder Judicial³, a quien se le encomendó la enorme tarea de hacer efectivos los derechos de todos los ciudadanos por diversos que fueran.⁴

El paradigma jurídico-político ha variado de manera tan sustancial, que muchos se atreven a caracterizar los tiempos que corren como el "gobierno de los jueces", dado que, como hemos visto, los mismos tienen el poder último de decidir respecto a (casi) cualquier aspecto de la realidad institucional y cambiar drásticamente la vida de las personas más allá del texto estricto de las leyes. A esta altura, nos permitimos preguntarnos si se han difuminado los límites de la "sagrada" división de poderes, o si acaso se ha derretido la estructura moderna del Estado.

Por lo pronto, de este y tantos interrogantes de similar naturaleza pueden ocuparse la política o la sociología, ya sea dentro de teorías generales o en su tratamiento específico. Sin embargo, el derecho, en cuanto ciencia, también debe

³ La cuestión es curiosa porque uno puede impeler al Poder Ejecutivo que se expida a través del instituto del amparo por mora, pero incluso el ordenamiento permite interponer una demanda ante su silencio (rechazo tácito). Los jueces, en cambio, no pueden dejar de fallar, so pena de violar la ley. En efecto, el art. 3 del Código Civil y Comercial dispone que "el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada". El texto es similar al antiguo art. 15 del Código Civil de Vélez.

⁴ Es oportuno reiterar que los diversos cambios otrora descriptos fueron paulatinos, producto de avances y retrocesos. Piénsese, por caso, que fue la CSJN la que receptó en la década del 60' la acción de amparo con los fallos "Siri" y "Kot"; es decir, mucho antes de que pudiéramos hablar de un Estado Constitucional de Derecho en nuestro país.

reclamar su parte en la respuesta. El problema es que a poco que comenzamos a indagar en estos escenarios, nos encontramos con la eterna discordancia de cuál es la postura correcta para ello, lo que remite a la siempre necesaria pregunta ontológica por el derecho.

De esta manera, para poder esbozar una respuesta a los interrogantes que se han ido planteando a lo largo del presente texto, es oportuno comenzar recorriendo qué dicen las diversas posturas jurídicas respecto a la temática en cuestión, es decir, qué expresan el positivismo o el neoconstitucionalismo, por ejemplo, respecto a la labor de los jueces y el acto de sentenciar.

A todo evento, previo a ingresar a este recorrido doctrinario, es necesario hacer ciertas consideraciones previas. En primer término, huelga destacar desde ahora que al tratar cada una de las posturas se desarrollarán las ideas de los autores más representativos o de aquellos que han tratado la temática en cuestión, prescindiendo de un tratamiento exhaustivo que excedería el objeto y las reglas del presente trabajo. Asimismo, es oportuno señalar también que no siendo avezados en algunas de estas teorías de corte más sistémico y que requieren de una verdadera formación en el interior de las mismas, las páginas que siguen deben tenerse como una mera aproximación susceptible de crítica, y no como una aplicación lisa y llana de las mismas.

En segundo término, resulta crucial situarnos contextualmente, a efectos de conocer desde dónde hablamos. En este orden, nos limitaremos al fenómeno de la sentencia en el ámbito de nuestro país, lo que implica un sistema de derecho continental, aun cuando en los últimos tiempos haya receptado ciertos caracteres e institutos propios del derecho anglosajón (tal el caso, tan acuciante, de las "action class" o acciones colectivas). Por su parte, , en lo particular, se utilizarán ejemplos cotidianos y actuales de la Justicia Nacional.

Racionalismo Jurídico.-

Hemos visto que el triunfo de la Ilustración y el incipiente Estado de Derecho moderno construido a partir de una tríada de poderes que debieran servir como contrapesos unos a otros, auguró a los magistrados la única tarea de ser "la boca de la ley", conforme a la conocida máxima de Montesquieu. En el plano jurídico, estos movimientos políticos y la codificación fueron los radicales para el denominado "racionalismo jurídico" en expresiones tales como la Escuela de la Exégesis o la Jurisprudencia de Conceptos que implicaron una particular visión del Derecho.

En efecto, el racionalismo jurídico concibe al Derecho como fruto de la razón humana expresada por el legislador, propiciando así una identificación de éste con la ley. De esta forma, el juez no es más que un mero aplicador automático e insensible de las normas generales a través de las sentencias que no son otra cosa que un silogismo judicial donde la norma general es la premisa mayor, las circunstancias del caso configuran la premisa menor, y la sentencia es la conclusión.

Una posición tan extrema como la descrita parece repugnar a los juristas de hoy día, quienes ven a su disciplina más bien como un objeto artesanal que lógico. No obstante, es claro que sólo una visión inocente consideraría estos postulados como un análisis de la realidad de aquel entonces y no como una proclama ideológica propia del contexto. Los racionalistas no sólo habían concebido un sistema político-jurídico novedoso del cual estaban convencidos, sino que habían heredado los jueces del *Ancien régime* que era necesario "domesticar".

A todo evento, no podemos soslayar que la idea de una sentencia como una operación lógica que garantice la igualdad ha continuado en el imaginario de diversos académicos. Un ejemplo concreto es el esbozado por Ricardo Guibourg, quien, a partir de los avances técnicos y los computadores modernos sostuvo hace

un tiempo que “una combinación del proceso electrónico con los resultados del análisis de criterios podría dar lugar, al menos dentro de ciertos segmentos, al uso de procesos automáticos en los que, bajo la vigilancia político-profesional de los magistrados, las peticiones, las defensas y las pruebas siguieran un diagrama de flujo de decisiones predeterminado, aunque flexible a cambios (públicamente fundados) si apareciesen nuevas circunstancias no previstas, nuevos argumentos no considerados o nuevas formas prevalecientes de valoración”⁵.

Como puede notarse en la cita transcripta, el autor cuida bien de no plantear una situación totalmente automatizada fuera del control de los magistrados y de aplicarla sólo a ciertos conjuntos de casos⁶. Si bien esto podría espantar a algún lector desprevenido, no quiere decir que esto no podría llevarse a cabo o qué esté virtualmente haciéndose. En este orden, pensemos lo que sucede con los procesos en materia previsional en los Juzgados Federales y en la Cámara de la Seguridad Social a lo largo y ancho del país. A partir del fallo Badaro (y luego Sánchez, Eliff y Quiroga, entre otros) de la CSJN, los jubilados y pensionados del país, amparados en su derecho, produjeron una “avalancha” de procesos solicitando el reajuste de sus

⁵ GUIBOURG, Ricardo A., *Hacia una nueva cultura jurídica*, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Mesa 7, Filosofía y Teoría del Derecho, México, DF, febrero de 2004). Disponible online en: <http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Cultura.pdf>

⁶ Huelga destacar que Guibourg no hace un planteo esotérico o despegado de la realidad. Bajo ningún supuesto su idea puede asociarse a un embate contra los logros jurídico-políticos alcanzados hoy en día. Muy por el contrario, en el mismo artículo citado realiza un acertado análisis de la realidad, al referir a fenómenos que afectan la igual distribución de los derechos y obligaciones tales como la marginalidad, el consumismo, la desigualdad geográfica, etc.

haber mal calculado por ANSES⁷, que desbordaron los despachos federales tanto o más que en la época del "corralito".

En este tipo de casos, la situación procesal y sustancial es muy clara, dado que los expedientes sólo varían fundamentalmente en la cantidad de fojas. Así, más allá de situaciones particularísimas, estos sólo dependen del momento en que se obtuvo el beneficio previsional y la fecha en que se solicitó el reajuste, lo que motivó que los empleados judiciales (en la práctica, claro) se avocaran al conocido "copiar y pegar", modificando sólo los datos personales y las referidas fechas. Aun cuando la solución era eminentemente política, ¿acaso no habría sido posible programar un sistema informático a fin de que jueces y auxiliares se avocaran a los casos difíciles? ¿No habría sido más justo que los jubilados y pensionados obtuvieran de manera casi automática, el reajuste de su haber en lugar de que sus legajos esperaran largos períodos en los anaqueles a ser resueltos?

Prosiguiendo con la materia previsional, amerita recordar que a poco de iniciar la nueva gestión del presidente Mauricio Macri, se puso en práctica la denominada "Reparación Histórica", con la idea de subsanar la situación antes descripta. Independientemente de la efectividad y conveniencia del nuevo plan, lo cierto es que las partes (beneficiario y ANSES) celebran a partir del nuevo sistema un acuerdo que requiere ser homologado en sede judicial. Ante la posibilidad de una nueva "avalancha" judicial, la CSJN dispuso, con acertado criterio, que todos estos casos se tramitarían a través de la modalidad de expediente digital, es decir, que no existe

⁷ El fenómeno es bien conocido y fue receptado por los medios masivos de comunicación.

A tal fin, puede consultarse: http://www.clarin.com/politica/jubilados-inician-juicios-ajustar-haberes_0_S1Nxd0shDXe.amp.html

ninguna constancia escrita al respecto. Así las cosas, el juez, a través del sistema informático y la firma digital, lo único que hace es realizar una serie de clicks hasta dictar una sentencia modelo, a la que el propio sistema se encarga de llenar con los datos necesarios.

Lo descrito pareciera cumplir en parte el sueño de Guibourg, pero sobre todo da cuenta que el fenómeno jurídico es algo siempre variable. Es necesario, entonces, tener una visión flexible que permita adecuarse a las circunstancias, teniendo en cuenta medios y fines, y con el norte único de mejorar la vida de las personas.

Positivism Jurídico.-

El primer autor en reaccionar de manera efectiva frente a la visión mecanicista del racionalismo jurídico respecto a la labor judicial fue el reconocido Hans Kelsen. Como se sabe, el maestro austríaco intenta edificar una teoría pura del derecho, a partir de la cual se concibe a éste como un conjunto de normas válidas dictadas por una autoridad competente para un territorio determinado. Por su parte, persiguiendo la pureza científica, a través de su segunda "depuración" teórica separa tajantemente derecho y moral.

En lo que respecta a nuestra temática, es importante traer a colación que Kelsen distingue entre una estática jurídica -que responde a la idea de derecho antes analizada- y una dinámica jurídica que considera al derecho en su movimiento, en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado. El quid de la sentencia se ubica claramente en la parte dinámica, y a contraposición de las teorías imperantes en su tiempo, Kelsen sostiene que la sentencia tiene un carácter constitutivo, en el cual el juez no sólo aplica normas sino que también las crea.

En efecto, el propio autor manifiesta que "para individualizar la norma general que aplica, el tribunal tiene, por de pronto, que establecer si en el caso que se le

presenta aparecen las condiciones que una norma general determina en abstracto para la aplicación de la consecuencia sancionatoria, se dan en concreto"⁸. Es decir, que "el tribunal no tiene sólo que responder a una *quaestio facti*, a una cuestión de hecho, sino también a la *quaestio iuris*, a la pregunta por el derecho"⁹. Asimismo, prosigue que "la sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción"¹⁰. La norma individual que estatuye el magistrado es recién creada por la sentencia judicial.

De esta manera, al reconocer el carácter constitutivo de la sentencia, aparece inevitable admitir que la función judicial no es tan sólo un acto de conocimiento, sino también un acto de voluntad. Un fallo es verdaderamente una norma jurídica donde se establece si en un caso concreto estamos en presencia de un hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, se aplica el modo concreto de coacción prescripto. Es un verdadero acto creador de derecho.

Ahora bien, a la par de estas nuevas concepciones respecto a la sentencia y la actividad de los jueces, no podemos relegar el papel y las características que Kelsen atribuye a la interpretación. A este respecto, debemos recordar que para el profesor austríaco el ordenamiento jurídico tiene una estructura jerárquica donde la norma superior define la forma y contenido de la norma inferior. No obstante, es lógico que

⁸ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 1993, Págs. 246 y 247.

⁹ *Ibidem*, Pág. 247.

¹⁰ *Ibidem*.

la norma superior no puede regular todo el contenido de la norma inferior, por lo que resulta necesario interpretarla.

Kelsen refiere que la interpretación es la determinación del sentido de la norma por aplicar, aquella operación del espíritu a partir de la cual se establece el marco constituido por la norma y las formas posibles de llenarlo. Y he aquí lo más destacado: la interpretación no ofrece una única solución sino muchas posibles. V.gr., cuando tenemos dos normas simultáneamente válidas podemos considerar válida a la primera, a la segunda o considerar que se anulan ambas. Así, la necesidad de la interpretación radica en que la norma es un marco abierto de posibilidades y que no decide entre distintos intereses en juego cual es el que tiene más valor; para decidir esto se requiere un nuevo acto creador de derecho como es el fallo judicial.

La postura sintéticamente expuesta de Hans Kelsen, y de los positivistas que, más allá de las diferencias, han continuado su legado, ha sido pasible de numerosas críticas, especialmente por su llamamiento a separar derecho y moral a efectos de lograr la cientificidad en la disciplina jurídica. No obstante, es claro que se ha confundido y se confunde muchas veces la teoría jurídica con las ideas o premisas políticas que subyacen en una y otra perspectiva.

En un artículo de reciente publicación, el ya citado Guibourg se permite en pocas líneas aclarar lo señalado precedentemente, expresando que es "común y constante la idea de que el positivismo propugna acatar cualquier gobierno, por tiránico que sea, y además aconseja a los jueces aplicar la ley literalmente, sin consideración alguna por la injusticia que puedan observar en sus cláusulas".¹¹ Y destaca que "lo que el positivismo hace es separar el concepto de derecho (su definición) del contenido de la moral, cualquiera sea el que le atribuyamos. Dice que las normas promulgadas por un gobierno efectivo, cualquiera que sea, sí, su carácter

¹¹ GUIBOURG, Ricardo, *La canción del pobre Hans*, La Ley 07/03/2017.

justo o injusto, democrático o tiránico, constituyen el sistema jurídico válido (vigente) del territorio donde se aplican"¹².

No obstante, prosigue el autor, "lo que el positivismo no hace es aprobar esas leyes o aconsejar su acatamiento ciego. Por el contrario, rechaza el prejuicio tradicional según el cual estamos siempre moralmente obligados a acatar el derecho [...] y reconoce que cada sujeto está habilitado para aprobar o desaprobado los contenidos del derecho vigente; y, en caso de desaprobados, optar políticamente (moralmente) entre soportarlo, propugnar su reforma, desobedecerlo, escapar de él (como hizo el propio Kelsen en Alemania) o combatirlo físicamente en rebelión abierta";¹³ rematando que "el positivista da por sentado que la parte de la interpretación que consiste en valorar proviene de una delegación tácita del orden jurídico en el aplicador, encargado de tomar una decisión personal en el marco de la ley"¹⁴.

Iusnaturalismo y No-Positivismo (Neoconstitucionalismo).

Desde el mito de Antígona hasta nuestros días, los postulados del isnaturalismo son ampliamente conocidos en el mundo occidental. De manera harto sintética, para quienes abogan por esta postura existe un derecho natural independiente del derecho positivo sancionado por el Estado, que bien puede provenir de Dios, la naturaleza o la humanidad misma, y que es asequible a través de la fe o la razón. Por

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

su parte, cuando los postulados de ambos derechos se contradicen, debe primar necesariamente el derecho natural. En lo que refiere a nuestro tópico, esto último se traduce en una manda directa hacia los jueces, siendo la sentencia el instrumento a partir del cual el derecho natural se torna vigente frente al derecho positivo válido.

Dado que hemos contextualizado el presente trabajo dentro de la historia reciente donde, como se sabe, el derecho natural propugnado por los hombres decimonónicos fue paulatinamente positivizado en los diversos códigos, leyes y constituciones, y el iusnaturalismo fue reemplazado por una teoría jurídica fundada en el neokantismo, hemos de limitarnos a su expresión más moderna: el neoconstitucionalismo¹⁵.

Por lo pronto, destacamos que analizar el neoconstitucionalismo es necesario no sólo por el valor académico de sus ideas, sino principalmente porque es la teoría que goza de mayor popularidad en nuestro tiempo no sólo entre académicos y políticos, sino también entre los jueces. Claro que esto no significa que los magistrados necesariamente se consideren a sí mismos como neoconstitucionalistas, así como antes no se consideraban como positivistas. Sabido es que en los concursos no se exige que los aspirantes expliquen cuál es su filosofía del derecho, mas basta leer las sentencias o artículos por ellos escritos para dar cuenta de que defienden o, al menos, se adecúan a los postulados de la teoría en análisis. En efecto, estos se han

¹⁵ No podemos soslayar que si bien algunos de los autores del neoconstitucionalismo no encuentran obstáculo alguno en ser caracterizados como iusnaturalistas, otros prefieren identificarse en todo caso como no-positivistas, para diferenciarse especialmente de Kelsen y Hart sin retornar a autores pasados. Asimismo, vale aclarar que el iusnaturalismo mantiene aún hoy, aunque excepcionalmente, algunos defensores de renombre, entre los que cabe destacar al catedrático de Oxford, John Finnis.

diseminado tanto dentro del sistema social, que el mismo le impone a los jueces que los adopten como su perspectiva propia.¹⁶

Ahora bien, antes de adentrarnos al objeto de nuestro trabajo, es oportuno aclarar de qué hablamos cuando nos referimos al neoconstitucionalismo, dado que a partir del mismo podemos referir al fenómeno jurídico-político, y va de suyo, también social, que atraviesa nuestro ordenamiento desde hace ya varias décadas y al que hemos aludido anteriormente, o bien podemos expresar aquella teoría jurídica que, en lo fundamental, intenta "explicar, avalar y promover al Estado de Derecho Constitucional"¹⁷, por la que abogan autores de tan variadas latitudes como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagreblesky y Carlos Santiago Nino¹⁸.

¹⁶ Prescindimos aquí de mayores explicaciones que hacen más bien a la sociología del derecho, pensemos solamente que no sólo desde la academia se va socializando al juez para resolver conforme las expectativas del neoconstitucionalismo, sino que luego existe un claro control social por parte de la doctrina, los medios masivos de comunicación y del propio campo donde se desenvuelve (los Tribunales). Esta imposición es tan clara en nuestro país, que el legislador (que casualmente en nuestro país son también jueces), ha incluido los artículos 1 y 2 del CCyC para despejar toda duda al respecto, aun cuando resulte sobreentendido que se debe fallar siempre conforme la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

¹⁷ VIGO, Rodolfo Luis, *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, Tomo IV, Volumen 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2015, Pág. 852.

¹⁸ Dejamos de lado en este caso a aquellos autores que si bien coinciden en la defensa del Estado Constitucional de Derecho, no se acoplan a las ideas fundantes del neoconstitucionalismo. Un ejemplo claro es Luigi Ferrajoli, respecto a quien Vigo, explica con claridad que, como otros juristas, "siguen llamándose positivistas aunque comparten la agenda temática impuesta por el Estado Constitucional de Derecho a la que respaldan no totalmente, pero que buscan diferenciarse de los

En este orden, es realmente interesante la explicación que brinda el autor italiano Paolo Comanducci quien, tomando como base la distinción formulada por Norberto Bobbio entre los tres tipos o acepciones del positivismo jurídico, distingue entre un neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico¹⁹.

Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo “aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo”²⁰. Este modelo teórico, en contraposición al modelo iuspositivista tradicional, implica un cambio en el objeto de estudio que se caracteriza no sólo por la presencia de una constitución invasora, sino también “por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de un catálogo de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley”²¹.

Por su parte, como ideología, el neoconstitucionalismo se presenta como un avance respecto a su antecesor, el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX. Mientras este último sostiene que el objetivo de la Constitución es limitar el poder del Estado, para el Neoconstitucionalismo este objetivo se ha logrado con el advenimiento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, por lo que el objetivo de la Constitución debe ser ahora el de garantizar los derechos

otros neoconstitucionalistas precisamente por su adhesión al positivismo. Puntualmente, Ferrajoli se llama a sí mismo positivista crítico” (VIGO, *Ibidem*, Pág. 853).

¹⁹ COMANDUCCI, Paolo, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, en Isonomía N° 16, Abril de 2002, Pág. 96.

²⁰ *Ibidem*, Pág. 97.

²¹ *Ibidem*.

fundamentales²². Se trata de una ideología, por cuanto valora positivamente y propugna la defensa y ampliación de estos derechos. Este es sin duda el rasgo más seductor del neoconstitucionalismo entre los distintos profesionales (del derecho y de otras disciplinas).

Finalmente, el neoconstitucionalismo metodológico -con especial atención a Alexy y Dworkin- se muestra como una respuesta al iuspositivismo clásico que distingue entre el derecho que es y el derecho que debe ser o, en su caso, entre derecho y moral. El neoconstitucionalismo sostiene precisamente lo contrario y ensalza "la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral", donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales funcionan como un puente entre ambos.

Conforme a lo expuesto, es claro que el neoconstitucionalismo, desde sus diversas facetas, le asigna a los jueces y a la sentencia un rol preponderante, dado que se espera de ellos que sean los garantes últimos de los derechos humanos. En efecto, hemos visto que no postulan ya que los magistrados se limiten a un control de constitucionalidad o, llegado el caso, de convencionalidad, de las conductas de los otros poderes, sino que garanticen de manera efectiva las promesas constitucionales. Se trata, en suma, del juez Hércules, desarrollado por Dworkin, aquel magistrado omnisciente capaz de encontrar las respuestas correctas aún en los casos difíciles²³.

²² *Ibíd.* Pág. 100.

²³ Para una explicación completa del autor, puede consultarse: Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, Págs. 87 y sig.

Como el Realismo Norteamericano, esta teoría hace hincapié en la utilidad de la sentencia y no en su análisis propiamente dicho²⁴. En todo caso, la forma de la misma importa en tanto respeto de derechos esenciales como son el de debido proceso o la defensa en juicio. Lo que sí se reclama, en cambio, es que el contenido de la sentencia incluya los principios o valores contenidos directamente en la Constitución y los Tratados Internacionales y que la misma tenga no sólo una justificación interna, sino especialmente una justificación externa²⁵. En este sentido, Alexy, por ejemplo, desarrolla su teoría de la argumentación jurídica como herramienta para evaluar la justificación de las interpretaciones judiciales²⁶.

Más allá de compartirse, sin dudas, los avances en la vida misma de las personas a partir del Estado Constitucional de Derecho y la necesidad de defender y ampliar las conquistas jurídico-políticas, los postulados del neoconstitucionalismo respecto a la función de los jueces son pasibles de importantes críticas, las que pueden dirigirse desde dos sentidos. Primero, respecto a los fundamentos filosóficos de la

²⁴ En su reconocido escrito, Ost refiere que el Holmes, Frank y los otros autores del realismo norteamericano son los primeros en romper con el juez seguidor del código y las leyes para pasar a un juez que viene a revolucionar el sistema jurídico-social (en OST, François, *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, Trad. Isabel Lifante Vidal, publicado en Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 4, Núm. 8, 2007 Págs. 101/130, originalmente en *Doxa* n° 14, 1993).

²⁵ VIGO, Rodolfo Luis, *¿Deben los jueces saber filosofía?*, La Ley, 25/08/2009, Cita Online: AR/DOC/3018/2009.

²⁶ Recuérdese que para Alexy, "los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico [...] puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente" (ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, Pág. 177).

teoría misma (especialmente a la idea de correlación necesaria entre derecho y moral). Luego, en cuanto a los efectos o riesgos de sus premisas.

En relación a la crítica de la estructura filosófica en que descansa el neoconstitucionalismo, es dable recordar que el mismo espera que los jueces sean personas ilustradas y racionales que a partir de la deliberación de las partes y la ponderación de los principios en juego, logren no sólo resolver el conflicto sino obtener la (única) respuesta correcta del mismo. Así, más allá de los avances respecto al iusnaturalismo *lato sensu*, la tesis de la respuesta correcta, aún en sus versiones más débiles, implica la necesaria adopción en una moral objetiva.

A este respecto, el ya citado Comdanducci señala que el problema no sólo es metaético, sino que es complejo por razones factuales, entre las que señala: "a) suponiendo incluso que exista, la moral objetiva no es conocida ni compartida por todos los jueces; b) no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, están caracterizadas por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aún el más débil, que queremos atribuirle a esta palabra)"²⁷. Compartiendo estas críticas, entendemos innecesario entrar al terreno de la discusión respecto a lo eminentemente metafísico de la idea de un conjunto de valores objetivos, dados ahora y para siempre.

En lo que respecta a la crítica al neoconstitucionalismo por los riesgos que sus postulados conllevan, es claro que al buscar un juez racional e ilustrado, no puede

²⁷ COMANDUCCI, Op. Cit. Pág. 101.

soslayarse cierto elitismo que no sólo no se condice con la realidad, sino que teóricamente puede llegar a ser peligrosa, dado que la última decisión sobre los destinos de las personas está en cabeza de quienes no han elegido para tal fin. En efecto, si bien es compartible la idea de que los jueces se muestren como un valladar contra las decisiones de la mayoría que afecten derechos fundamentales de las minorías, no puede obviarse que el principal efecto del neoconstitucionalismo no es la prosecución de un destino común (porque no es moderno) sino de biografías individuales que reclaman particular o colectivamente (pero siempre por, y en razón de, sus intereses) la consecución de un derecho de manera independiente²⁸.

En esta inteligencia, Guibourg expresa que las sentencias judiciales amparan a quien las pide y sólo en contados casos tienen un alcance general, concluyendo que "si la tendencia apuntada continúa y se extiende, es posible prever su resultado: distintos grupos de opinión o de interés atribuirán diversos contenidos a los derechos y principios que presiden el sistema jurídico y los jueces darán la razón a unos o a otros según su propio criterio hasta que -en el mejor de los casos- una instancia suprema establezca alguna pauta más o menos obligatoria. Es claro que esto es lo que viene ocurriendo en el derecho hace siglos, pero si se imagina ese panorama extendido a la mayoría de las situaciones y en especial a las que generan mayor controversia social, es fácil advertir el peligro en el que quedarían la igualdad

²⁸ Destacamos la idea de que el reclamo puede ser colectivo pero siempre respecto a determinado conjunto de personas ya que, como hemos visto, en nuestro país han comenzado a proliferar las acciones de clase. No obstante, como su nombre lo indica y la doctrina y jurisprudencia se han ocupado de aclarar, las mismas son respecto a una clase (entiéndase grupo de personas) o bien a personas con un interés homogéneo, que no suplantán a las normas de carácter general que se dirigen, al menos probabilísticamente, a toda la sociedad.

ante la ley y la sujeción a normas generales, habitualmente consideradas como columnas del Estado de Derecho".²⁹

Constitucionalismo Popular.-

En clara contraposición con la teoría antes analizada, hace ya mucho tiempo que ciertos juristas norteamericanos vienen afirmando la necesidad de limitar el poder absoluto que tienen los jueces para resolver los conflictos legales y de incorporar en estas decisiones a quienes, en última instancia, se verán compelidos a adaptar sus vidas a la ley y la jurisprudencia; es decir, al pueblo³⁰.

Comúnmente conocido como constitucionalismo popular, esta teoría nació en los Estados Unidos como la respuesta de diversos pensadores a la "sensibilidad anti-popular" que notaban en la Corte Suprema de ese país³¹. Como bien expresa Niembro Ortega, "en términos generales el constitucionalismo popular se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la visión elitista según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales [...] El punto clave es la limitación de la

²⁹ GUIBOURG, Ricardo A., *La función judicial*, en *Pensar en Derecho N° 6*, Facultad de Derecho, UBA, Pág. 54.

³⁰ La flamante llegada de Donald Trump a la presidencia de Estados Unidos ha abierto una nueva página en este sentido, especialmente luego de que la Justicia dejara sin efecto su decreto sobre la inmigración, tema que fue, a la postre, uno de sus grandes ejes de campaña y, es de suponerse, uno de los motivos que determinaron sus votos afirmativos. A tal fin, se puede consultar, por ejemplo, <http://www.elmundo.es/internacional/2017/02/03/5894de90e2704e93378bfd3c.html>

³¹GARGARELLA, Roberto, *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre ThePeopleThemselves, de Larry Kramer* Pág. 2.- Disponible online: <http://www.juragantium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>

supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo”³².

Como toda teoría que, a primera vista, intenta contrariar el *status quo*, lo que afirma el constitucionalismo popular genera muchos interrogantes. El primero de ellos es sin duda a qué se refieren estos autores cuando hablan de “pueblo”. ¿Qué es el pueblo? O en todo caso, ¿quiénes son el pueblo? La primera respuesta a la que pareciera responder el sentido común es que el pueblo está constituido por la mayoría. Sin embargo, esta asimilación no parece ser el postulado principal de la mayor parte de los autores que se encuentran comprendidos dentro del constitucionalismo popular. Por el contrario, como bien recuerda Gargarella, fue Robert Dahl, “quien dejó tempranamente en claro que el poder judicial se movía de modo demasiado cercano a los poderes políticos -es decir, que ni representaba la amenaza “contramayoritaria” que sus detractores temían, ni solía actuar con la autonomía e independencia teórica que sus defensores le atribuían-”³³.

Ahora bien, anudada a la pregunta de qué debemos entender por “pueblo”, y asumiendo que desde el constitucionalismo popular por pueblo no debemos entender a la mayoría sino a la totalidad de la población (*we-the-people*), otro interrogante central es cómo expresaría el pueblo su decisión al tribunal. Es decir, si el pueblo (todos los habitantes), deben intervenir en la decisión judicial, ¿cómo lo hace? ¿Es una manifestación en las puertas de los Tribunales una expresión en tal sentido? ¿Lo es acaso una encuesta? ¿O una votación?

Independientemente de las distintas repuestas que puedan brindar los autores norteamericanos, la posición de Niembro Ortega, edificada sobre la teoría habermasiana del Estado y del Derecho, parece ser idealmente correcta. Para el

³²NIEMBRO ORTEGA, Roberto. *Una mirada al constitucionalismo popular*, en Isonomía, No. 38, abril 2013, Págs. 195 y 196.

³³ GARGARELLA, Roberto, Op. Cit.

autor, "no parece tan obvio que los jueces tengan que ser indiferentes ante la opinión pública³⁴" sino que por el contrario los mismos deben mantener un diálogo fluido con la sociedad civil. Así, ensaya una respuesta en base a instituciones ya existentes como ONGs y asambleas populares y revalida la importancia de la movilización política y el voto³⁵.

Sin embargo, el constitucionalismo popular, desde esta óptica, resulta proclive a las mismas críticas que la teoría original de Habermas, que, valga la redundancia, ha sido incluso tildada de aristocrática por algunos sectores de izquierda por entender que su "opinión pública" como expresión del "espacio público" no es la de todos, sino de un determinado sector de ciudadanos formados. Verbigracia: ¿todos los argentinos están a favor de la despenalización de la marihuana o sólo algunos? ¿En qué porcentajes? ¿Qué sucede con otros temas sensibles como el aborto, la clonación o la gestación por sustitución?

En esta inteligencia, podemos traer a colación un ejemplo concreto de nuestro país. Hace no muchos años se sancionó la llamada ley de matrimonio igualitario, que permitió contraer matrimonio a personas del mismo sexo, logrando así una conquista de igualdad y justicia. Parece obvio que la "opinión pública" estaba a favor de la sanción de la misma, salvo por un sector que podríamos encarnar livianamente en la Iglesia Católica. Sin embargo, cabe hacernos la pregunta de si era realmente mayoritaria esta posición o si, por el contrario, la gente percibía, influenciada por los medios de comunicación y personas destacadas, un clima de opinión que no era el verdadero. Se trata de una situación no tan hipotética si tenemos en cuenta que

³⁴ NIEMBRO ORTEGA, Roberto, Op. Cit. Pág. 216.

³⁵ *Ibidem*. Pág. 221.

nuestro país, virtualmente federal y realmente unitario, contiene colectivos sociales significativamente distintos entre una provincia y otra, entre la ciudad y el campo, entre las capas bajas, medias y altas. En la Argentina la opinión pública es la opinión de la Capital Federal, algunos sectores de la provincia de Buenos Aires y las principales urbes del litoral, por lo que bajo ningún aspecto podemos afirmar que “todos los argentinos” querían la sanción de esta ley.

Por su parte, resulta forzado sostener que la movilización política y el voto sean impermeables a la crítica. No debemos olvidar que estamos en una sociedad consumista, globalizada e interconectada, donde los medios masivos de comunicación pueden tener una influencia decididamente negativa sobre el voto de la masa. La población -campana mediante- puede verse impulsada a elegir grupos de poder peligrosamente anti-minoritarios, racistas o xenófobos, como ha sucedido en Europa y en Estados Unidos, e incluso netamente anti-populares como el neoliberalismo.

Más allá de las dificultades ya expresadas sobre cómo se expresaría el pueblo, supongamos por un momento que el mismo es claramente delimitable: ¿cuál debería ser la postura de los jueces? Ante ello, creer que el constitucionalismo popular nos indicaría que el Tribunal debe hacer caso sí o sí a la decisión de la mayoría sería un error. Como bien señala Niembro Ortega, si bien la población debe ser tomada en cuenta, “esto no significa que la Constitución no sea vinculante o que los límites que impone no deban ser cumplidos”³⁶.

De esta manera, allende las críticas si en algo nos es útil el constitucionalismo popular, es en recordar una vez más que “los jueces son parte de la sociedad y están influenciados por el proceso deliberativo que se da fuera de los tribunales”; que los jueces no son, como dice Friedman, “extraterrestres que vienen de Marte para

³⁶NIEMBRO ORTEGA, Roberto, Op. Cit. Pág. 201.

imponer sus valores marcianos³⁷, sino hombres de carne y hueso permeables a los intereses, valores y realidades sociales en que se encuentran insertos.

Realismo Jurídico.-

Bajo el rótulo de "realismo jurídico" podemos encontrar posturas radicalmente disímiles respecto al Derecho que la clasificación tradicional (y necesaria) suele agrupar bajo la nota común de que estos autores hacen foco en el estudio del aspecto sociológico, relegando toda consideración respecto a las normas y, principalmente, los valores. En esta inteligencia, suele distinguirse entre realismo norteamericano y escandinavo. No obstante, mientras el primero es una denominación común para una serie de autores con ideas afines, el segundo (conocido como Escuela de Uppsala) sí puede considerarse como una verdadera construcción colectiva sostenida en el tiempo.

En lo que respecta al realismo norteamericano, es forzoso comenzar rememorando a quien se considera su fundador, Oliver Wendell Holmes, quien a través de su máxima "las profecías de lo que decidirán las cortes y nada más pretencioso, es lo que yo comprendo por Derecho", da clara cuenta de cuál es el norte a que apunta persigue esta teoría. A partir de la innovadora obra de este autor, el Derecho ya no es entendido como algo preexistente, que el jurista debe descubrir, sino como un producto cultural forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades y circunstancias históricas; y, sobre todo, como un poderoso instrumento de transformación social en manos de un individuo que comienza a sentirse el protagonista de su propio destino.

³⁷NIEMBRO ORTEGA, Roberto, Op. Cit. Págs. 213 y 214.

Siguiendo este camino, Roscoe Pound, quien fuera nada menos que Decano de Harvard, concibe al Derecho como una verdadera "ingeniería social", a partir de la cual la legislación y, especialmente, la jurisprudencia debe lograrse la satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses y necesidades humanas con el menor coste y fricción posible. Así, se espera que el juez no sea un mero espectador, sino un verdadero artífice del progreso social, siendo la sentencia el instrumento pragmático adecuado para tal fin.

Mudándonos hacia otras latitudes, el realismo escandinavo, de la mano de Hägerström, Olivecrona y Lundstedt, adopta una postura empírica, rechazando de plano que los derechos subjetivos, los deberes, las potestades o las personas jurídicas existan en realidad. El Derecho, entonces, no es más que un estado psíquico materializado por la continua sedimentación en la habitualidad de prácticas de grupos de individuos que mediante las mismas mantienen el status de aquél, creyendo que han de seguir tales prácticas en el futuro, convencidos del hecho de que el no hacerlo así puede acarrear ciertamente una sanción.

Así las cosas, la sentencia no puede ser un mandato, sino siempre un imperativo independiente (como toda norma), en cuanto su eficacia no depende del juez sino del funcionamiento de la máquina del derecho. En todo caso, el juez es un legislador en los casos particulares, un legislador complementario, que a partir de las normas generales y de su estructura sancionatoria, establece y garantiza esquemas de conductas a las partes interesadas. Las sentencias no son declarativas porque constatan la existencia o preexistencia de derecho sino únicamente porque hacen surgir la idea de que los derechos existen, allí radica su importancia.

Ahora bien, procurando una superación teórica que sintetice al mismo tiempo los postulados del realismo norteamericano y escandinavo, y recobrando ciertas

ideas de Kelsen, nos encontramos con un autor de difícil clasificación, pero con ideas ciertamente interesantes: Alf Ross³⁸.

Para el autor danés, el derecho vigente debe ser concebido como "el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias"³⁹. No obstante, aclara que "el contenido de la aserción A = D es derecho vigente, es una predicción de que, bajo ciertas condiciones, D será adoptada como base para decisiones en controversias jurídicas futuras". Es decir, que el rol del juez en la estructura teórica de Ross es crucial y le acerca a su ansiada síntesis de realismo psicológico y conductista. Lo importante es que las normas efectivamente operen en el espíritu del juez en tanto es éste quien las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece y ordena su aplicación ante una situación jurídica dada.

³⁸ Asiste razón a Bulygin cuando sostiene que si por "realismo jurídico" se entiende una teoría para la cual el Derecho no consiste en normas, entonces Alf Ross no es un realista (BULYGIN, Eugenio, "Alf Ross y el Realismo Escandinavo", publicado en Anuario de Filosofía Jurídica y Social [Buenos Aires], N° 1, 1981, Págs. 75/89). Para el jurista danés "Derecho es siempre simultáneamente, regla o norma y fenómeno jurídico, aspectos que sólo por abstracción pueden separarse" (AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José y RAFFO, Julio, *Introducción al Derecho*, Tercera Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Pág. 279). Por ello, amén de las clasificaciones a veces tan útiles en cualquier disciplina, lo cierto es que debemos admitir y recordar que la teoría de Ross constituye un caso particular dentro de la filosofía jurídica.

³⁹ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Tercera Edición, Traducción Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 2006, Pág. 41.

Conforme lo expuesto en el párrafo precedente, la ciencia jurídica se ocupa de predecir cómo resolverán los tribunales en una situación dada. Ahora bien, para que esa predicción sea posible, la administración de justicia no puede tratarse de algo meramente antojadizo o azaroso, algo que varíe de manera exponencial de un juez a otro como pareciera inspirar el realismo norteamericano, sino que debe estar determinada por actitudes y conceptos, por una "ideología normativa común, activa y presente en el espíritu de los jueces cuando actúan en calidad de tales"⁴⁰, por algo que, en suma, sea pasible de medirse científicamente.

A este respecto, el punto de partida de Ross es que "la tarea del juez es un problema práctico, el juez tiene que decidir si habrá de ejercerse o no la fuerza contra el demandado o acusado"⁴¹. Así, más allá de que la administración de justicia se funda en procesos cognoscitivos respecto a los hechos y el derecho, la misma no deja de ser una decisión, un acto de voluntad. Al mismo tiempo, sostiene el autor que el juez "no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural"⁴².

Refinando conceptualmente su teoría, sostiene Ross que "la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídico formal y la conciencia jurídica material"⁴³. La conciencia jurídico formal es la ideología normativa que lleva al magistrado a no apartarse del derecho vigente. Es decir, que si bien el juez no es un autómata, tampoco hace lo que le viene en gana. Lo que es más, son contadas las excepciones en las que las sentencias se apartan radicalmente de la aplicación de las reglas vigentes.

⁴⁰ *Ibíd.*, Pág. 105.

⁴¹ *Ibíd.*, Pág. 172.

⁴² *Ibíd.*, Pág. 131.

⁴³ *Ibíd.*, Pág. 175

La conciencia jurídico material, por su parte, está determinada por la tradición cultural del magistrado -política y moral-, y puede crear un motivo que llegue a entrar en conflicto con la ideología normativa y su reclamo de obediencia al derecho. La conciencia jurídico material está presente en todas las decisiones judiciales. Aunque parezca que el magistrado sólo hace una interpretación cognoscitiva -que deduce los hechos del caso y el derecho aplicable a los mismos-, ello no es más que un signo de que su conciencia jurídica ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, que no la ha hallado incompatible con lo justo o socialmente deseable en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún otro argumento para liberarse de las ataduras legales. Es decir, que si su obligación de seguir las normas se opone a su tradición cultural, el juez puede optar por no seguirla, ya sea por una mera reacción emocional espontánea o luego de un análisis consciente de los efectos de la decisión⁴⁴.

Finalmente, más allá de las consideraciones efectuadas por Ross respecto a la interpretación, no podemos soslayar que su hallazgo más importante respecto a dicha temática está dado por los llamados factores pragmáticos de la interpretación, a los que define como "consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado, apreciado en relación con ciertas valoraciones fundamentales presupuestas"⁴⁵. Esto significa que la interpretación no tiene un punto de partida lingüístico independiente, que el juez no interpreta en un vacío

⁴⁴ Es importante destacar que la distinción entre los tipos de conciencia jurídica es para Ross nada más que un elemento metodológico para explicar cómo funciona realmente el fenómeno de la sentencia, dado que en la práctica las mismas se fusionan de tal manera que es imposible determinar con precisión dónde termina una y dónde comienza la otra.

⁴⁵ ROSS, Op. Cit., Pág. 182.

lógico, sino que desde el comienzo su interpretación está determinada por los efectos de su decisión, los que pueden ser meramente prácticos o de sentido común, o bien estar dados por valoraciones morales. En otros términos, el magistrado elige de manera consciente o inconsciente el método de interpretación previendo qué sucederá⁴⁶.

Trialismo Jurídico.-

Si tal y como hemos visto en los títulos anteriores las diversas posturas ponen el acento del análisis jurídico en las normas, la realidad social o la valoración axiológica, y que cada una de estas dimensiones resultan necesarias o son al menos atractivas para analizar lo complejo de los fenómenos jurídicos⁴⁷, entonces no puede obviarse el tratamiento de una teoría que las abarque todas de manera integradora. Nos referimos, claro está, al Trialismo Jurídico.

⁴⁶ Carlos Nino y Jorge Bacqué dan un ejemplo de la jurisprudencia argentina donde el juez en forma explícita admite la introducción de los factores pragmáticos a los efectos de interpretar el texto de ley en un sentido opuesto al que él mismo había adoptado en un fallo anterior. El artículo en cuestión se intitula *El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentinos*. El mismo puede consultarse en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/36/el-tema-de-la-interpretacion-de-la-ley-en-alf-ross-ejemplificado-en-dos-fallos-argentinos.pdf>

⁴⁷ La palabra compleja no es azarosa, como bien recuerda Ciuro Caldani, "a diferencia de la metodología kelseniana, construida con miras a la meta de "purificar" el objeto de la ciencia del Derecho, el planteo goldschmidtiano procura su "integración" con realidad social, normas y valor. Si bien reconoce que la teoría del jurista vienés significó una "simplicidad pura", que superaba la "complejidad impura" en la que los tres elementos se mezclan, el trialismo entiende haber logrado una "complejidad pura", que diferencia los tres despliegues pero los integra" (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Metodología Jurídica*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000, Pág. 7).

Como una especie de tridimensionalismo, para la teoría trialista iniciada por Werner Goldschmidt y continuada principalmente por Miguel Ángel Ciuro Caldani, "el objeto tridimensional de la ciencia del Derecho abarca los repartos de potencia y de impotencia -de lo que favorece o perjudica al ser, y en particular la vida- (dimensión sociológica), que son captados por normas (dimensión normológica) y valorados (los repartos y las normas) por la justicia (dimensión dikelógica)".⁴⁸

Primero, en lo que refiere a la dimensión sociológica, vale recapitular que para el trialismo los conflictos jurídicos se originan tanto en adjudicaciones de la conducta de seres humanos determinables (repartos) o de distribuciones provenientes de la naturaleza, del azar y de la influencia humana en forma difusa. Asimismo, en lo que respecta a los repartos, es importante considerar quiénes son los beneficiarios beneficiados y gravados por la adjudicación, cuál es su objeto, su forma, sus razones (móviles, razones alegadas y razones sociales), sus límites (ser físicos, psíquicos, socio-políticos y socio-económicos) y la autoridad o autonomía en que pueden desenvolverse.⁴⁹

Ingresando en nuestra temática de la sentencia, el Dr. Ciuro Caldani nos enseña, en su obra *Filosofía de la Jurisdicción*, que "quien ejerce la jurisdicción conduce, es decir, dirige, guía, eligiendo entre diversas posibilidades y dicha conducción produce

⁴⁸CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La Conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000, Pág. 4.

⁴⁹ Para una demostración del análisis de los fallos judiciales a través de la óptica trialista, puede consultarse: CHAUMET, Mario E., *Los hechos y la complejidad de la decisión judicial*, La Ley 11/04/2007.

un reparto de potencia e impotencia⁵⁰. Sin embargo, nos recuerda también que “cada juez se halla “emplazado” en un marco preexistente de normas, de realidad social y de valores” y que en ese marco “múltiples fuerzas sociales ajenas y propias forman un cuadro que condiciona su conducción⁵¹. Esto es, que existen importantes límites físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, etc. y principalmente obstáculos socio-políticos y socio-económicos que suelen impedir los repartos y el orden jurisdiccionales⁵².

Segundo, en relación a la dimensión normológica, debemos comenzar señalando que para el trialismo las normas son captaciones lógicas de repartos proyectados, que deben ser fieles, exactas y adecuadas. Estas pueden ser generales o individuales, según se refieran a sectores sociales futuros y supuestos o pasados y descriptos, realizando respectivamente los valores de predecibilidad e inmediatez.

En este sentido, es claro que “las decisiones judiciales se expresan normalmente en normas individuales, y a su justificación le corresponde no sólo demostrar la realización de la predecibilidad de las normas generales que se tengan en cuenta sino la demostración de la realización de la inmediatez en la que se produce el contacto entre las abstracciones de la norma y la realidad de los casos⁵³. Al respecto, Ciuro Caldani explica que “en el caso de la jurisdicción judicial, se destacan las materializaciones personales del juez, el secretario y el abogado, el perito, el testigo, la parte acreedora y la deudora, la víctima y el delincuente, etc. y entre sus materializaciones no personales sobresalen los órganos tribunales, los expedientes

⁵⁰CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la Jurisdicción*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1998, Pág. 17.

⁵¹ *Ibidem*. Págs. 17 y 18.

⁵² *Ibidem*. Pág. 33.

⁵³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Comprensión Trialista de la Justificación de las decisiones judiciales*, DOXA 21-II (1998), Pág. 84

y, en particular, las sentencias, etc."⁵⁴ Por su parte, no podemos soslayar que el trialismo propone un análisis del funcionamiento normativo que abarca tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis, tareas todas que el juez debe llevar a cabo al momento de resolver el caso que se le presenta.

Finalmente, en lo que respecta a la dimensión dikelógica, desde la postura trialista se considera que "la jurisdicción debe existir y es valiosa si se ajusta al deber ser del valor supremo del Derecho, que es la justicia."⁵⁵ Es decir, que la jurisdicción debe ser justa; lo que es más, "una jurisdicción injusta es al fin una contradicción, como lo es en definitiva, en sentido cabal un Derecho injusto, que sólo puede ser Derecho en las dimensiones sociológica y normológica, pero obviamente no en la dimensión dikelógica"⁵⁶. En este punto, se pone de sobresalto, por ejemplo, la necesidad de que los jueces, a la hora de desempeñar su cargo, tengan tanto una virtud intelectual como una virtud moral, entendidas como la conciencia de que se hace lo valioso del Derecho y que se lo hace por amor a ese valor, a ese Derecho.⁵⁷ Asimismo, no debe olvidarse que en el pensamiento de la justicia hay un despliegue de "pantomía", motivo por el cual debemos "fraccionar" los requerimientos del valor.⁵⁸

⁵⁴ CIURO CALDANI, *Filosofía...* Pág. 72.

⁵⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía...* Op. Cit. Pág. 82.

⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 82.

⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 92.

⁵⁸ Allende estas consideraciones, es destacable que el trialismo, al igual que el neoconstitucionalismo, "está en la corriente que afirma que ante un caso es habitual que exista sólo una solución "correcta" y cree que esa "corrección" puede tener referencias normológicas,

Como corolario, subrayamos que el trialismo es consciente de los tiempos que corren respecto a la labor judicial y que si bien reconoce que los magistrados son aquellos llamados a resolver las “primicias” de los nuevos tiempos, advierte 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”⁵⁹

A su vez, como manera de respuesta a los tiempos que corren, dentro de esta teoría, los Dres. Chaumet y Meroi sostienen que “el juez debe hacerse cargo de las pretensiones -también de subsunción normativa- de las partes en el proceso. Si las condiciones de aplicabilidad de la norma están indeterminadas, si la propia consecuencia jurídica constituye un abanico de opciones para el juez, entonces los protagonistas del debate procesal deben tener la posibilidad de decir algo al respecto y, si ése es el caso, el juez debe incluir esos argumentos en su decisión, ora asumiéndolos como propios, ora refutándolos adecuadamente”⁶⁰.

Egología.-

Hablar de la teoría es egológica es remitir indudablemente a su fundador, Carlos Cossio, quien a partir de la fenomenología iniciada por Husserl y el existencialismo de Heidegger, concibe al derecho como conductas en interferencia intersubjetiva de acción. No obstante, no debe considerarse que adopta una postura

sociológicas o dikelógicas, aunque debe remitirse, en última instancia, a consideraciones de justicia” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas, Metodología Jurídica*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000, Pág. 4.)

⁵⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El juez en el cambio histórico*, La Ley 01/01/2002.

⁶⁰ MEROI, Andrea A. y CHAUMET, Mario E., *¿Es el derecho un juego de los jueces?*, La Ley 18/09/2008.

realista, dado que incorpora las otras dimensiones jurídicas, pero siempre dentro de la conducta. En efecto, la norma es parte de la conducta misma, que la integra con el pensamiento de sí misma. La norma es inmanente a la conducta, es su significación. Por su parte, la cuestión de los valores está dada porque las personas inevitablemente valoran, o siguiendo el lenguaje heideggeriano, el *dasein* está siempre en estado-de-yecto, tiene siempre una (pre)compresión y cierta disposicionalidad para con el mundo.

En lo que respecta al tema de nuestro trabajo, Cossio concibe a la sentencia como el fenómeno jurídico por antonomasia y busca realizar una fenomenología de la Justicia; expresión que utiliza para denominar la introducción a su obra magna "La teoría egológica..." y también en "El derecho en el derecho judicial".

Como se sabe, Cossio escribe principalmente intentando superar la teoría de Kelsen. Por ello, lo primero que hace es utilizar la máxima de Husserl que sostiene que "toda expresión no sólo dice algo, sino que también lo dice acerca de algo; no tiene sólo su sentido, sino que se refiere también a algunos objetos", para demostrar que si la norma es una proposición, como sostiene el autor austríaco, esa proposición se debe referir a algo, y ese algo no es otra cosa que la conducta.

Si bien Cossio destaca que las ideas de Kelsen en el sentido de que el juez no sólo aplica, sino que crea el derecho son correctas, critica que le mismo siga sin distinguir que una cosa son las normas (pensamientos) y otra distinta la conducta del juez (que es un hecho real). En este orden, destaca que "la creación judicial de la sentencia por parte del juez hace ver que no está fuera del derecho conociéndolo desde cierta distancia, cual si el derecho fuera una cosa conclusa y fija, sino que lo mira como algo que se está haciendo constantemente en su carácter de vida humana viviente. Aún más, no sólo está el juez dentro del ordenamiento jurídico, sino que

está en su estructura como parte de esta estructura. Es decir, que en parte el derecho es el propio hecho del juez”⁶¹.

Prosiguiendo con el análisis de la teoría egológica, Cossio distingue tres elementos constitutivos de la sentencia. El primero de ellos está instituido por una estructura lógica que está dada al juez por anticipado y que no es otra cosa que la ley. “La función de esta estructura lógica es predeterminar en algún grado lo que la sentencia dirá, pues encauza la resolución judicial demarcando un círculo cerrado de posibilidades a las que el juez tiene que acomodarse”⁶².

El segundo elemento son las circunstancias del caso, que hacen al ingrediente empírico de la sentencia, su elemento material y contingente, que pone al juez en presencia de la realidad. Centro de ellas, puede distinguirse entre aquellas que están mencionadas por la ley de aquellas que no lo están. Finalmente, el tercer elemento está dado por la valoración jurídica, la cual juega en dos planos: el juez no sólo valora las circunstancias del caso que imputa *a posteriori*, a la estructura lógica que le viene dada *a priori*, sino que también valora a esta última, valora la ley, a fin de declarar si es aplicable o no al caso. En este sentido, vale aclarar que se trata de dos funciones, pero el acto de valoración es uno solo, dado que uno solo es el acto de sentenciar.

Como puede notarse, el gran hallazgo de Cossio está dado a partir de la incorporación de la fenomenología a la ciencia jurídica. Para él los valores carecen de estructura ontológica propia, los valores no son, sino que vale, no entes sino valentes. Por ello, si bien el problema del valor aparece en la concepción cossiana en forma inevitable, como consecuencia de que siendo el derecho un objeto cultural egológico se encuentra aquel ínsito en su sustrato: la conducta, que como tal implica

⁶¹ COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, Pág. 115.

⁶² ZUCCHI, Héctor A., *El derecho como objeto tridimensional*, Academia Nac. de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001, Pág. 120.

preferencia, es decir, elección entre posibilidades cuyo ejercicio requiere necesariamente valores que la orienten.

Para Cossio la valoración jurídica es inmanente al derecho y no algo trascendente hacia lo cual tendiera como finalidad. El derecho no aspira ni tiende a realizar la justicia porque ya el derecho mismo es justicia positiva. Lo que importa considerar en todos los casos de valoración de la ley, es que la valoración de orden, de seguridad, de justicia, etc. es inmanente y no trascendente, que está dentro de ella, no afuera.

Finalmente, nótese que el quid de la fundamentación de la sentencia tampoco escapa a la teoría egológica, la que se inserta en el tema de las fuentes del derecho, tópico muchas veces descuidado por las teorías filosóficas. Cossio concibe a las fuentes del derecho como los criterios de objetividad plasmados en normas jurídicas generales resultantes de procesos de creación, integración y explicitación, como así también de valoraciones vigentes, disponibles para la asignación de sentido jurídico a la conducta". Pero he aquí lo esencial, el estudio de las mismas es importante porque al fin y al cabo tienen un interés social en la solución de conflictos; es decir, que quienes intervienen en la solución de los conflictos deben adoptar un punto de vista compartido por los integrantes del grupo donde aquéllos se producen (puede ser el juez, o bien un mediador o un árbitro, etc.), para lo cual necesitan explicar las razones y motivos de su decisión.

Bibliografía.-

Libros:

AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José y RAFFO, Julio, *Introducción al Derecho*, Tercera Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Metodología Jurídica*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La Conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la Jurisdicción*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1998.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas, Metodología Jurídica*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000.

COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 1993.

ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Tercera Edición, Traducción Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 2006.

ZUCCHI, Héctor A., *El derecho como objeto tridimensional*, Academia Nac. de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.

Artículos:

BULYGIN, Eugenio, *"Alf Ross y el Realismo Escandinavo"*, publicado en Anuario de Filosofía Jurídica y Social [Buenos Aires], N° 1, 1981.

CHAUMET, Mario E., *Los hechos y la complejidad de la decisión judicial*, La Ley 11/04/2007.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Comprensión Trialista de la Justificación de las decisiones judiciales*, DOXA 21-II (1998).

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El juez en el cambio histórico*, La Ley 01/01/2002.

COMANDUCCI, Paolo, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, en Isonomía N° 16, Abril de 2002, Pág. 96.

GARGARELLA, Roberto, *El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre ThePeopleThemselves, de Larry Kramer*.

GUIBOURG, Ricardo A., *Hacia una nueva cultura jurídica*, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Mesa 7, Filosofía y Teoría del Derecho, México, DF, febrero de 2004).

GUIBOURG, Ricardo A., *La función judicial*, en *Pensar en Derecho N° 6*, Facultad de Derecho, UBA, Pág. 54.

GUIBOURG, Ricardo, *La canción del pobre Hans*, La Ley 07/03/2017.

MEROI, Andrea A. y CHAUMET, Mario E., *¿Es el derecho un juego de los jueces?*, La Ley 18/09/2008.

NIEMBRO ORTEGA, Roberto. *Una mirada al constitucionalismo popular*, en Isonomía, No. 38, abril 2013.

OST, François, *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, Trad. Isabel Lifante Vidal, publicado en Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 4, Núm. 8, 2007 Págs. 101/130, originalmente en *Doxa n° 14*, 1993.

VIGO, Rodolfo Luis, Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, Tomo IV, Volumen 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2015, Pág. 852.

VIGO, Rodolfo Luis, *¿Deben los jueces saber filosofía?*, La Ley, 25/08/2009, Cita Online: AR/DOC/3018/2009.