

Comisión nº12, Interdisciplinaria: “Derechos e intereses de incidencia colectiva”

LA DECISIÓN JUDICIAL COMPLEJA. LOS CASOS DE DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.

Autor: Gustavo Alfredo Quiroga*

Resumen:

Diversas circunstancias de la realidad, impone la democratización del acceso al servicio de justicia. Todos claman por su “día en la corte”. Tan es así, que casos de este tipo se han convertido en guiones de películas con gran repercusión¹. Este fenómeno hace que el juez —o quizás en forma más general el operador del derecho— pase momentos muy difíciles. Pues en la mayoría de los casos no hay norma² o en el mejor de los casos son una imprecisa guía. No obstante ello el art.43 manda al juez a proteger un “objetivo colectivo”. Es una norma directamente operativa, que reclama a los magistrados su determinación aun en casos de omisión.

1. Estado de situación.

i. La forma de convivir, de comerciar, de explotar los recursos naturales, de considerar las cosas, a nuestro entorno, a los demás y a nosotros mismos; la conciencia sobre el transcurso del tiempo, entre otros tantos aspectos; fue y sigue siendo en gran parte de nuestro país, producto del pensamiento moderno.

La característica central de esa forma de pensar fue otorgarle a la *razón* un rol excluyente como fuente de progreso tanto del conocimiento como de la vida en sociedad. Entonces, se tenía fe en que la ciencia y la técnica solucionarían casi todos los problemas de la humanidad.

ii. En nuestra disciplina, la razón fue considerada apta para descubrir normas teóricas y prácticas sobre las cuales construir sistemas de pensamiento y acción, y reestructurar la sociedad.³

Es decir, se tenía una valoración en extremo positiva de la *razón*, en el conocimiento científico, en su puesta en práctica, en las verdades universales y necesariamente ciertas obtenidas a través del método científico.

Esa visión se correspondía con el método de las ciencias duras, con el pensamiento mecanicista newtoniano, aplicado a la observación y pretendida regulación de la realidad social.

* Abogado UNC. Posgrado de Derecho Ambiental. Especialista en Derecho de Daños UBA. Profesor que Avala: Gastón Noguera Ramos. Prof. Titular de Derecho Ambiental, Agrario y Minero. Universidad Católica de Cuyo.

¹ “Erin Brockovich” o “Una acción civil”.

³ MEROI, Andrea A., PROCESOS COLECTIVOS – Recepción y Problemas – ed. RUBINZAL-CULZONI 1º edición 2008. P. 20.

El Código de Vélez fue reflejo de ese pensamiento, producto de la época. El modelo de Código "...era deductivo, generando una ciencia demostrativa, basada en axiomas que había que hacer evidentes en el caso concreto."⁴

Con las notas de autosuficiencia y completitud, se pretendía que abarcaría todas las posibles situaciones que generaba o generaría la realidad. Todos los casos posibles podían ser resueltos con el uso exclusivo de las reglas del sistema jurídico.

iii. La modernidad presupone un sujeto fuerte⁵, el *sub-jectum* de Descartes, el ente que subyace a todos, luego devino en un modelo subjetivo de pensar el Derecho.

En consecuencia, el hombre es un ser plenamente consciente, con poderes ilimitados, en igualdad de condiciones con los otros seres humanos; al que sí hay que proteger del Estado.

Tal visión se corresponde con la 1º generación de los Derechos Humanos. Pesan sobre el Estado deberes de abstención.

iv. Aquella noción del sujeto plenamente consciente cambia en el siglo XX. Aparece la conceptualización de *sujeto débil*.

Es el momento de las luchas obreras por la igualdad. Surgen los deberes positivos en cabeza del Estado. Se corresponde con los Derechos Humanos de 2º generación.

Asoman de la mano de aquellas luchas sociales, del flagelo de la guerra, la idea de grupos, colectivos, comunidades, asociaciones. En contraposición a individuos o sujetos.

Es en este marco donde surgen las nuevas categorías de derechos a ser protegidos y los legitimados que exigen acceso a la jurisdicción. Su "*día en la corte*".

v. Los grupos, colectivos, comunidades, asociaciones fueron filtrándose por los intersticios que dejaba el modelo científico de las ciencias duras aplicados a la realidad social y al derecho.

Hoy es ampliamente aceptado que la realidad social escapa a la reducción, que implica la fe en la simplicidad de una regulación regida por leyes universales⁶.

El fenómeno de lo colectivo se materializó en el Estado de bienestar, o Estado Social de Derecho. Los estados modernos incorporan en sus constituciones o jurisprudencialmente, los derechos económicos y sociales. Los que se caracterizan por exigir del Estado una tutela activa.

2. ¿Qué cosa son los derechos de incidencia colectiva?

Tal y como ha afirmado nuestra Corte Federal en forma reiterada "*...basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba*

⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL – Fundamentos de Derecho – ed. RUBINZAL- CULZONI 1º edición 2008. P.33

⁵ MEROI, Andrea A., ob. cit. P. 21.-

⁶ Ver: MEROI, Andrea A., ob. cit. p. 31. Nota pie de página 39.-

*ser restablecida”*⁷ donde existe un derecho conculcado debe existir una garantía para hacerlo valer.

i. Con la apelación a la autoridad de la Corte, agregando unas pocas líneas sobre la reforma constitucional de 1994, la incorporación de los tratados de derechos humanos, fundamentalmente los de contenido económico social, es posible dar repuesta a la pregunta del apartado “b”. Es decir, están en la constitución forman parte de nuestro sistema normativo, son directamente operativos, luego hay que aplicarlos. Pero esa descripción sigue sin responder acabadamente la pregunta.

El fenómeno colectivo atraviesa el sistema jurídico en forma transversal.

De la vida en mega-ciudades del comercio a gran escala, se generan grupos de personas muy números que pueden ser afectados por una causa común. Grupos de personas determinables pero multitudinarias o muy difícilmente determinables. Ese hecho común puede afectar a intereses individuales perfectamente divisibles de un grupo numeroso de personas – determinables o no – o puede afectar a intereses del grupo de la comunidad que no son divisibles que no pertenecen a ningún individuo en particular, o a intereses que pertenecen a la humanidad.

Es decir, lo colectivo surge de la realidad y con la enunciación de la consagración legislativa y jurisprudencial de este tipo de derechos, no es suficiente para dar una caracterización y descripción de los mismos.

ii. Se ha sostenido que para ser especialista en un área específica de conocimiento es necesario aprender el lenguaje, el vocabulario, la terminología de la especialidad.⁸

Podemos aseverar que existe consenso en afirmar qué modificaciones en la realidad social han producido modificaciones en el derecho sustantivo. Que este ha incorporado fuentes diversas ampliando el acceso al servicio de justicia, legitimando para ello a colectivos sociales. No ocurre lo mismo con la terminología, no hay consenso en el uso de los términos o vocabulario para nombrar el fenómeno jurídico, lo que impide su acabada comprensión.

Un mismo término es empleado para aludir a realidades muy diversas, interés colectivo, por ejemplo, para referir a un interés general o público o un interés simple o difuso; e incluso derechos individuales, privativos, aunque plurales y conexos. Es habitual que con la locución “interés difuso” se aluda a situaciones de interés colectivo, público, derechos individuales, plurales, etc.⁹ Lo que genera un “babel” jurídica.

Más allá de las preferencias terminológicas, lo importante es la descripción de las características centrales de la noción de derechos e intereses de incidencia colectiva.

iii. En Halabi Considerandos 9 a 13 la Corte brinda una descripción conceptual de la noción de derechos de incidencia colectiva y proporciona unidad terminológica.

⁷ **H. 270. XLII. Halabi**, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986. “...las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución...”

⁸ “...Aprender medicina consiste en parte en aprender el lenguaje de la medicina. Un conocimiento más profundo de juicios y decisiones requiere igualmente un vocabulario más rico que el del lenguaje que usamos cada día...” KAHNEMAN Daniel - “Pensar rápido, pensar despacio” p.8 - Traducción de: Joaquín Chamorro Mielke -www.megustaleer.com

⁹ MEROI, A., PROCESOS... ob. citada p.44.

Adhiera a la técnica consistente en observar y dar cuenta de las características centrales del objeto de estudio. Evita definir.

a. En el Considerando 11 describe los derechos de *incidencia colectiva que tienen como objeto bienes colectivos* art.43 CN.

Legitimación: Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

Pretensión: debe ser dirigida a tutelar un bien colectivo, que pertenece a toda la comunidad, y por tanto indivisible, no admite exclusión alguna. No existe derecho de apropiación individual sobre el bien.

Debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. El legitimado no obtiene un beneficio directo para sí. El bien en cuestión no es apropiable. Puede haber daño individual por revote.

Prueba: debe probarse una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante.

b. En el Considerando 12, la Corte afirma que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por *derechos de incidencia colectiva* referentes a intereses *individuales homogéneos*.

Son derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados o débilmente protegidos.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Se debe verificar la existencia de una causa fáctica homogénea, común a todos los caso.

La demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre.

La homogeneidad fáctica y normativa propicia la realización de un proceso común para todos los casos, con expansión de la cosa juzgada, quedando a parte la determinación del daño individualmente sufrido por cada afectado.

c. En el Considerando 13 se fijan los elementos de procedencia común para ambos tipos de categorías de derechos.

Un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

La pretensión debe focalizarse en los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

El interés individual considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda, [pretensiones de bagatela] con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. De todos modos procederá este tipo de acción cuando se trate de asuntos que tengan que ver el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos.

iv. Al delimitar estas nociones – la Corte – brinda un punto de homogeneidad necesario a los fines de la indagación sobre este tipo de derechos, de los considerandos analizados podemos extraer las siguientes notas centrales.

Derechos sobre intereses individuales homogéneos: la afección es individual, la legitimación es individual, el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión. Existe una sola causa o factor común de afectación.¹⁰

Derechos sobre bienes jurídicos colectivos: el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo¹¹.

Como puede verificarse, no existen definiciones expresas sobre los contenidos de los derechos, se usa la técnica de enumeración de características centrales. La divisibilidad o no del objeto, es determinante.

Si consideramos que el fenómeno de los Derechos de Incidencia Colectiva corta transversalmente el sistema jurídico; por lo que encontramos aplicaciones de los mismos en distintos sectores del Derecho; contar con una heurística que pueda reconocer y describir las partes comunes del fenómeno, resulta de real importancia.

v. Tomando el conjunto de características centrales enumeradas en “Halabi” como la caja de herramientas necesaria para avanzar en la indagación, es posible advertir que el abordaje puede efectuarse desde el punto de vista de “operatividad de garantías constitucionales” por un lado y por el otro como el diseño de “técnicas de derecho procesal” que viabilicen la verdadera tutela de esos derechos.

El tema es de absoluta actualidad¹², se encuentra en proceso de elaboración y constante discusión.

Tanto la Corte [Halabi] como la generalidad de autores dedicados al tema coinciden en afirmar la mora legisferante, la falta de voluntad política en dar cobertura cierta a estos derechos.

La acusada falta de voluntad, resulta un hecho acreditado objetivamente si se recaba en datos históricos como los señala por Verbic, desde la vuelta a la democracia, año 1983, 19 de las 24 constituciones provinciales incorporaron en sus textos, con diverso alcance y terminología, derechos y garantías de usuarios y consumidores.

Lo mismo ocurrió con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que incorpora derechos sustantivos de usuarios y consumidores, que resultan garantías procesales específicas y plenamente operativas.

Este proceso incluyó también la incorporación de otros derechos de carácter económico y social, como al ambiente, a la salud o a la tutela de grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. Esta última categoría sin noticia de desarrollo alguno hasta el momento.

Si a la fecha, desde la recuperación democrática, pasando por la reforma constitucional de 1994, más la clara exhortación hecha por la Corte en “Halabi” 2009, no se ha revertido este proceso de falta de legislación efectiva o la que se ha dictado [ley 26.993] es claramente insuficiente¹³. También es de destacar el anteproyecto de Código Civil y

¹⁰ LORENZETTI, R., “JUSTICIA COLECTIVA” Ed. Rubinzal – Culzoni p.19.

¹¹ LORENZETTI, R., “JUSTICIA... ob. cit. p.19.

¹² VERBIC Francisco, del 10 al 12 de Septiembre de 2015 se realizará en San Salvador de Jujuy el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. El tema del evento es “Modelos de Justicia. Estado Actual y Reformas Procesales”.

¹³ En tanto que WAJNTRAUB Javier H., “JUSTICIA DEL CONSUMIDOR” NUEVO RÉGIMEN DE LA LEY 26.993 ed. RUBINZAL – CULZONI 2014, p. 147 sostiene que uno de los mayores yerros que

Comercial redactado por la comisión especial designada por Decreto PEN N° 191/2011 contenía distintas previsiones de importancia en materia de tutela judicial colectiva de derechos [artículos 1745 a 1748]. Sin embargo estos artículos fueron eliminados por el Ejecutivo Nacional con argumentos baladíes.

Entonces debemos dejar de hablar de falta de voluntad, déficit legislativo etc. para decir que es clara la voluntad de no hacer efectiva la protección de estos derechos.

Si lo anterior es correcto, se impone observar el problema desde otro punto de partida.

3. Otro punto de partida.

Afirmaba Hart¹⁴ “...*La característica general más destacada del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativas sino obligatorias, en algún sentido...*”.

Este es el punto de partida de la indagación de Hart sobre el fenómeno del Derecho y la necesidad de su definición.

Podemos usar el mismo punto de partida para indagar sobre el problema de la tutela efectiva de los Derechos e intereses de incidencia colectiva.

El dato de la realidad consistente en que cuando existe derecho *ciertos tipos de conducta humana no son ya optativas sino obligatorias*, para este puntual caso puede ser aplicado para hacer ostensible la cuestión de las fuentes normativas, que gobiernan, otorgan garantías, imponen deberes, y perfilan un curso de acción, en torno al fenómeno en estudio.

La argamasa de este nuevo punto de partida está compuesta por los Arts. 41, 42, 43, 86 y 75 inc. 22° de la CN.

Los arts. 41 y 42 prevé tanto derechos sustantivos como adjetivos. Generan un mandato de optimización, **las autoridades** proveerán a la protección de esos derechos. Asimismo, determinan que “*la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos*”.

Hemos visto que los autores precitados en su mayoría sostienen un déficit del legislador. Parecería entonces que solo el Poder Legislativo es el que estaría en falta, incumpliendo la constitución nacional.

Los artículos 41 y 42 CN. establecen un mandato general dirigido a las autoridades, “*las autoridades proveerán a la protección de esos derechos*” el colectivo “autoridades” incluye sin lugar a dudas a los jueces y funcionarios judiciales.

Nuestra Corte Federal viene asumiendo ese rol, desde los casos “Siri” y “Kot”; pasando por “Aquino”¹⁵ donde se sostiene la directa aplicación de principios constitucionales a

implica el nuevo régimen legislativo son “...*las modificaciones a la legislación sobre defensa de la competencia, consagrándose un retroceso profundo a partir de la eliminación del tribunal especializado que contemplaba la ley 25.156 en su redacción originaria*”.

¹⁴ HART, H. “EL CONCEPTO... ob. cit., p. 7

¹⁵ “Aquino”, Considerando: 3°) Que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el "principio general" que "prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero": alterum non laedere, que se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación...".

un caso de derecho privado; siguiendo con “Halabi”¹⁶ donde la CS. sostiene que el art.43 CN es directamente operativo, y que es obligación de los jueces el darle eficacia; a la lista hay que agregar el fallo “Rodríguez Pereyra”¹⁷ donde la CS. en los Considerandos 11 y 12 la CSJN sostiene que en la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos la jurisprudencia de la CIDH es una pauta obligatoria de interpretación; la propia corte nacional y todos los tribunales inferiores están obligados a observar; que se debe hacer un control "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, a los fines de mantener su supremacía.

Es claro entonces que la obligación de hacer efectiva la tula de los derechos e intereses de incidencia colectiva, cuando es afectado un derecho fundamental es obligación ineludible de los jueces. Porque el art.43 establece conductas no optativas, es decir fija derechos.

4. Elementos de una teoría jurisprudencial de los derechos de incidencia colectiva.

La CS. toma la responsabilidad de hacer efectivas las garantías de estos derechos y de cumplir con su deber legal. Afirma Azar¹⁸ que antes del dictado del fallo “Halabi” los tribunales inferiores habían dictado sentencias, en algunos casos contradictorias entre sí. La CS. toca el asunto de la cuestión colectiva en varios fallos que son los antecedentes de “Halabi”, enumera el autor: “Matanza-Riachuelo” 20/06/2006; “Monner Sans” 26/09/2006; “Hospital Materno Infantil de Salta” 31/10/2006; “Asociación civil Mujeres por la vida” 31/10/2006; “Defensoría del Pueblo” 31/10/2006 y “Superficiarios de la Patagonia” 29/08/2006. Sostiene que puede trazarse - en esos antecedentes - una línea directiva que permitiría fundar las bases de una teoría jurisprudencial.

Sostiene que es en ese proceso de los fallos del año 2006 donde se redefine el concepto de “caso judicial” incorporando la noción de “caso colectivo” requisito indispensable para permitir el ingreso al servicio de justicia. Se definen procedimientos para asegurar la ejecución de los fallos, la creación del organismo ACUMAR y la delegación en un Juez de Quilmes para resolver en los reclamos individuales.

Luego la reforma de LDC, en su artículo 54, despejaría todo tipo de dudas sobre la procedencia de las acciones colectivas, en relación a los derechos divisibles patrimoniales.

“Halabi” ya se sabe, es un hito en nuestra cultura jurídica por varias razones: a. la sencillez del lenguaje utilizado para explicar asuntos complejos; b. deja establecido que los derechos divisibles forman parte de los derechos de incidencia colectiva y por tanto incluidos en la garantía del art.43 CN.; c. en el Considerando 20 establece pautas indispensables para las futuras acciones colectivas.

¹⁶ Halabi, “...que la referida disposición constitucional [segundo párrafo del art. 43 CN.] es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia...” Considerado 12.

¹⁷ CS de fecha 27/11/2012- R. 401. XLIII. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios. Considerando: “...11) Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos...”

¹⁸ AZAR, María José, “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” En *Obra Colectiva Revista de Derecho Privado – Año I – N°2 – Octubre 2012 – Ed. MJDHN - Directores Editoriales: Gustavo Caramelo – Sebastián Picasso. P.247.*

Ellas son: i. precisa identificación del grupo o colectivo afectado; ii. idoneidad del representante del grupo; iii. un planteo enfocado en cuestiones de hecho y derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo; iv. adecuada notificación y publicidad.

Dada la falta de legislación específica sobre la materia y la mutilación que sufrió el Anteproyecto del CCCA., la jurisprudencia demuestra pragmatismo y creatividad, afirma Azar.

Esa creatividad a la que hace referencia el autor, no se ve en gran parte del territorio de nuestro país.

Un estudio de campo demostraría sin lugar a dudas, que aun existiendo legislación específica como en el caso de la LDC, no se logra su total acatamiento. El beneficio de justicia gratuita no es concedido por ejemplo, en gran parte de las provincias. Conocida es la predica de Francisco Alberto Junyent Bas al respecto.¹⁹

Parecería que la causa de la falta de debida tutela a este tipo de derechos radica en la falta de compromiso en la aplicación de las normas constitucionales.

5. Falta de normas. Zozobra y dilema.

“...Se ha dicho que cada vez que un sector de la realidad social exige criterios especiales de justicia, el derecho se va conformando a ese tipo de exigencias, modificándose las ramas jurídicas existentes y, en algunos casos, constituyendo ramas autónomas...”²⁰

Lo apuntado por Ciuro, es el alma de la zozobra y el dilema. Por más que los jueces intenten no ver el proceso de masificación de los reclamos, este subyace y muchas veces conspira contra el derecho instituido o planificado. Piénsese en la falta de eficacia, por años, del artículo 22 del reformado CCA.

El sistema de subsunción lógico formal, como se sabe consiste en incluir [subsumir]²¹ los hechos de un caso particular en los términos generales de la norma.

El problema es que en los casos de incidencia colectiva no hay normas²², o son vagas, imprecisas o solo una mera guía.

Cuando existe norma aplicable al caso, se debe comenzar usando el sistema de aplicación silogística, lo que genera racionalidad *a priori*.

¹⁹ En definitiva, es criterio de esta Fiscalía de Cámaras que corresponde acoger los agravios de la apelante, y dejar sin efecto el decreto que dispone la falta de operatividad del art. 53 de la LDC, declarando su aplicación en el caso concreto. Por último, no ignora esta Fiscalía que V.E. se ha pronunciado hasta la fecha en la opinión contraria, y por ello, ruega a los Sres. Vocales reevalúen adecuadamente tal opinión, adhiriendo a la tutela del consumidor, último eslabón de la estructura del mercado, escuchando el mensaje de un maestro como Jorge Mosset Iturraspe cuando reclama del Poder Judicial una actitud comprometida en defensa de las garantías constitucionales y de la centralidad de la persona humana... ”; “GIORDANA S. C. BAZAR AVENIDA Y OTRO”, S. RECURSO DE APELACIÓN (Expte. N° 02199018/36), Córdoba, 16/08/2012. Dictamen Fiscal de Cámara Dr. Francisco Alberto Junyent Bas.

²⁰ Conf. CIURO CALDANI, Miguel A., “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, t. 2 p. 174 y ss.

²¹ Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general. Diccionario de *Real Academia Española*

²² Como lo reconoce la Corte en Halabi, considerando 12.

Muy distinto es el panorama en casos como “Halabi”; “Mendoza”; “Salas Dino” [CS, 14/09/10]; “Flores Núñez, c/ San Juan” [2013]; Q. 64. XLVI. – “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” – CSJN – 24/04/2012; que por distintas razones muestran la entretela de la implementación de la decisión judicial en casos complejos.

6. Contexto de descubrimiento y de justificación.

En el ámbito de la teoría de la decisión judicial y sobre todo en este tipo de casos complejos, se recurre a separar, al menos en tiempos conceptuales distintos, dos momentos en la tarea de formación de la decisión. a. el descubrimiento; b. la justificación.

a. contexto de descubrimiento. Es la actividad o procedimiento mental que conduce al juez a la toma de la decisión. No es estrictamente racional [causas psicológicas inconsciente²³]. Pero no es una actividad puramente irracional, dado que en la búsqueda de la solución se observan estándares de justificación.

Claro, no olvidemos el derecho del ciudadano a ser juzgado desde las normas vigentes. Pero justamente este es el problema. Existe una norma vigente de la mayor jerarquía [art.43 CN.] que manda a la protección de un “objetivo colectivo”. Pero es lo único que tenemos.

b. contexto de justificación. Es el proceso que aporta las razones de la decisión. Debe lograr el estándar de la “aceptabilidad” – el medio para llegar a este estándar es la **motivación-actividad**, acota los espacios de arbitrio del juez.²⁴

He aquí la cuestión de zozobra: falta de normas precisas que ordenen el procedimiento; el derecho del ciudadano a ser juzgado mediante normas vigentes preestablecidas; una norma general del más elevado rango dirigida a los magistrado y funcionarios ordenándole la protección del bien colectivo.

Sumado a lo anterior, visto socialmente, el tipo de procesos que generan los conflictos colectivos, producen gran impacto social. Dado que provocan consecuencias para los que forman parte del grupo directamente afectado. Como para los que no forman parte directa del colectivo, pero que si serán afectados por el resultado.

La falta de normas hace por un lado que no pueda existir racionalidad a priori y por el otro, pero por el mismo motivo, que pueda haber más de una opción válida de solución del caso. Por tanto la racionalidad debe lograrse a posteriori.

Ha sostenido Ciuro Caldani²⁵, la razonabilidad de cada una de las decisiones posibles del conflicto se puede sopesar con el estándar de **fuerza de convicción...**”

En tanto que la fuerza de convicción está dada por la posibilidad de presentar **públicamente buenas razones**. Justificar significa dar razones.

²³ A lo que hay que adicionar que el Dr. Facundo Manes, sostiene que se han hecho considerables avances en el conocimiento del correlato neuronal de decisiones morales... Es decir, cómo decidimos lo que decidimos... MANES, F. –MIRO, M. “USAR EL CEREBRO” Ed. Planeta, 2014 – Cap. I – p.27.

²⁴ CHAUMET M.. Artículo cit. P.42.

²⁵ Conf. Ciuro Caldani, M. “La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo”, JA 1998 –III-602 y ss.

“...aunque no es concebible un consenso total respecto de la tarea de los jueces, es importante que los jueces obtengan consenso y sean constructores de él...”²⁶

Afirma Ciuro la “fuerza de convicción” se obtiene cuando la decisión se inserta en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate. Que es lo que se puede ver, claramente logrado, en “Halabi” en los considerandos 12 y 15.

Justamente el problema para resolver este tipo de casos complejo se encuentra en que el método conocido de resolución resulta absolutamente desbordado.

Lo que hace que el modelo de *juez boca de la ley* se haga trizas. El modelo del juez de hoy es el de la ponderación. El modelo de *juez asertivo*.

7. El concepto de lo complejo.

Por lo anterior el razonamiento judicial debe poder elaborar una matriz [método] que pueda procesar un objeto complejo, dando razones y permitiendo evaluarlas.

El Dr. CHAUMET²⁷ sostiene, que la noción de los “sistemas complejos” ha generado la necesidad de adoptar – tanto en las ciencias sociales, como naturales – cambios conceptuales y metodológicos.

La noción de lo complejo es caracterizada de la siguiente manera: “...Un hecho es complejo, si consiste en tantos elementos que éstos pueden estar en relación recíproca solo de forma selectiva. Tanto en el plano operativo como para la selección, la complejidad presupone pues siempre un proceso de reducción que fija un modelo de selección de las relaciones y excluye temporalmente otras posibilidades de conexión de elementos, como meras posibilidades (potencializadas)”²⁸

La idea de lo complejo, al ser aplicada al Derecho, puede dar cuenta de las relaciones, entre principios, directrices, objetivos, reglas jurídicas en sentido estricto²⁹. Quizás pueda ayudar a explicar el proceso de ponderación en la toma de la decisión.

El art.43 CN. más los Tratados Internacionales, muestran que las fuentes del derecho – generadoras de deberes, obligaciones y facultamientos – se han diversificado.

Asumir tal presupuesto implica, por tanto una toma de posición sobre lo que entendemos por fuentes del Derecho.

Con anterioridad a este fenómeno, cuando el caso a resolver comprendía problemas de relevancia: dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma que debe ser aplicada; o problemas de interpretación: cuando existían dudas sobre qué significa al término usado en la norma, se resolvían por medio de la antinomia.

La norma era, aplicable o no; válida o inválida. Un sistema binario.

²⁶ Conf. CIURO CALDANI, M. “La crisis...” artículo cit., JA 1998 –III-602 y ss.

²⁷ Razonamiento Judicial Número Especial. Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja: el caso de los intereses supraindividuales. Ed. LEXISNEXIS. Fascículo N°13. BS. AS. Director Alejandro P. F. TUZIO. 31/03/2004. Pg. 38 a 56.-

²⁸ NIKLAS LUHMAN, citado por CHAUMET Mario en Ob. Citada, nota 38, pag.43.-

²⁹ Sostiene DWORKIN Ob. Citada pg. 72. “...Llamo “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado...” “...Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no por que favorezca o asegure una situación económica, política o social, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

O se recurría a métodos de interpretación que indagaban sobre el espíritu de la ley o la voluntad del legislador.

Los cambios apuntados exigen otro sistema de resolución de casos.

Los principios jurídicos, puede ser aplicados en mayor o menor medida, son mandatos de optimización, pueden estar asociados a un objetivo político, a un estándar o a una norma³⁰. No son derogables, por ley posterior, no les es aplicable la noción de validez normativa, tienen peso. Tanto el supuesto de hecho como su consecuente, son abiertos. En definitiva, son maleables.

En un concreto caso (que exija por ejemplo, la determinación del derecho a la vivienda digna) las uniones entre las distintas fuentes, puede adquirir una forma, un modo de selección, que excluye temporalmente otras.

La puntual selección del material normativo, no excluye, ni invalida otras posibles. Se trata de un tejido complejo, que es la muestra de un sistema en funcionamiento dinámico.

Por caso, el acceso a la vivienda, al empleo, para todos los ciudadanos, no implica la inmediata obligación del Estado y el derecho del individuo a obtenerlo.

Pero ello no excluye que sí se reconozca el derecho a contar con lo mínimo para la subsistencia. Aquí se advierte, que la conexión entre los principios, los objetivos y las reglas adoptan una forma que pueden cambiar conforme cambie el supuesto de hecho, sin que ello genere invalidez, o con mayor rigor inconsecuencia o incoherencia.

La decisión podría ser otra (usando el mismo material normativo disponible como fuente del sistema), en casos de extrema vulnerabilidad, en la que se encuentren menores de edad, ancianos, discapacitados etc. en grave riesgo. Así lo entendió la CSJN. al resolver en autos Q. 64. XLVI. – “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” – CSJN – 24/04/2012.³¹

Las normas en sentido estricto se rigen por la validez formal interna; los principios son aceptados o reconocidos, se trata de una práctica social que revela su aceptación y luego pueden ser invocados.

La noción de sistema complejo aplicada a las fuentes del derecho puede generar un curso de acción que permita el diálogo de fuentes, como método de aplicación, en este nuevo orden o contexto. Al tiempo de generar herramientas para controlar la decisión.

Es decir, puede mostrar la entretela del razonar y aplicar el Derecho.

8. Conclusión.

Se observa en el reconocimiento de este tipo derechos y las decisiones de casos, problemas de tipo procesal, como los de legitimación, el límite a los constantes traslados, los efectos respecto a terceros, la notificación y publicidad, la regulación de honorarios y otros. Y problemas de tipo sustancial, como la necesaria identificación de

³⁰ El principio de igualdad, es receptado por el art.16 CN, pero también por el 14 bis. y también por el art.17 LCT.

³¹“El sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales (...), la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia. De dicho sistema se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna...” (Del voto de la mayoría) elDial AA759E

los principios válidos de justicia y moralidad social y cuáles sus implicancias prácticas en nuestra sociedad. A los fines de hacer efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos constitucionalmente.

Esta última clase de problemas tiene la capacidad de redefinir el rol de juez y de poner en evidencia cuestiones centrales de nuestra materia, como las fuentes del derecho y el papel de la moral en las decisiones judiciales.

La resolución de estos casos, siempre implica la elección de una alternativa de decisión que se valora como la mejor. Esa elección supone una toma de posición en la que interviene la subjetividad de quien decide. ¿Pero como sabemos si es correcto?

Se ha sostenido: “...La ciencia jurídica – para hacer verdadera la democracia, para tomar en serio los derechos fundamentales – necesita que la “razón jurídica” puede hoy ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad de su objeto...”³²

Parecería entonces que ante un caso de este tipo lo primero que deberíamos hacer es aceptar la complejidad, identificar la causa de la misma.

Luego explicar con amplitud la problemática del caso, los intereses en juego, las partes afectadas directas e indirectas, las posibles opciones que se descartan. En definitiva aumentar el contenido de la parte explicativa o contexto de descubrimiento.

Al ingresar al contexto de justificación, la decisión debe poder ser sostenida por los principios válidos de justicia y moralidad social e insertada en la trama institución de la social, y cumplir con las pautas obligatorias – no optativas – que fija el derecho.

Es decir: debe poder pasar el test la universalidad, el de la corrección y el de las consecuencias sociales.

³² FERRAJOLI, LUIGI en CHAUMET ob. Citada nota 44 pg. 44.