

# Argumentación jurídica y constitucionalismo



Graciela Barranco de Busaniche · Eloy Emiliano Suárez  
(compiladores)

**UNIVERSIDAD  
NACIONAL DEL LITORAL**



# Argumentación jurídica y constitucionalismo





**UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DEL LITORAL**

Rector **Enrique Mammarella**

Secretario de Planeamiento Institucional y Académico **Miguel Irigoyen**

Directora Ediciones UNL **Ivana Tosti**

Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales **Javier Francisco Aga**

.....  
Argumentación jurídica y constitucionalismo /  
Graciela Barranco de Busaniche... [et al.] ;  
compilado por Graciela Barranco de Busaniche ;  
Eloy Emiliano Suárez. - 1a ed . -  
Santa Fe : Ediciones UNL, 2020.  
Libro digital, PDF - (Ciencia y tecnología)

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-749-240-8

1. Derecho Constitucional. I. Barranco de  
Busaniche, Graciela, comp. II. Suárez, Eloy  
Emiliano, comp.  
CDD 342

.....

© Graciela Barranco de Busaniche, Eloy  
Emiliano Suárez, María Jesús Rodríguez Bertoni,  
Martín Cáceres, César Daniel Cantero, Manuel  
Dahlquist, Diana María López, Guillermo  
Moro, Santiago Prono, Mariela Uberti, 2020.

© ediciones  UNL, 2020

Consejo Asesor  
Colección Ciencia y Tecnología  
**Ana María Canal**  
**Daniel Comba**  
**Mónica Osella**  
**Luis Quevedo**  
**Gustavo Ribero**  
**Ivana Tosti**

Coordinación editorial  
**María Alejandra Sedrán**  
Coordinación diseño  
**Alina Hill**  
Corrección  
**Félix Chávez**  
Diagramación interior  
**Nicolás Vasallo**

—  
editorial@unl.edu.ar  
www.unl.edu.ar/editorial



# Argumentación jurídica y constitucionalismo

Graciela Barranco de Busaniche  
Eloy Emiliano Suárez

María Jesús Rodríguez Bertoni  
Martín Cáceres  
César Daniel Cantero  
Manuel Dahlquist  
Diana María López  
Guillermo Moro  
Santiago Prono  
Mariela Uberti

## Índice

- 7 Prólogo
- 13 La reconstrucción racional de fallos judiciales desde el enfoque de la pragmadialéctica  
Graciela Barranco de Busaniche
- 23 Derrotabilidad de las reglas y certeza jurídica  
Guillermo Moro
- 37 Racionalidad argumentativa y discurso práctico  
Santiago Prono
- 45 Derecho y hermenéutica  
Diana María López
- 55 Razones y normas y normas lógicamente adecuadas para dar razones para la acción  
Manuel Dahlquist
- 67 Trivialidades de monarca en épocas de aspiraciones republicanas  
Mariela Uberti

- 79 Normas programáticas, derechos y garantías  
en los fallos dictados por la CSJN en el caso “Badaro”  
César Daniel Cantero
- 89 Constitucionalismo, división de poderes y función judicial  
Eloy Emiliano Suárez
- 99 Poder Judicial y función política  
Martín Cáceres
- 109 Democracia, Estado de derecho y Jurisdicción  
Graciela Barranco de Busaniche
- 117 El neoconstitucionalismo en el escenario argentino  
María Jesús Rodríguez Bertoni
- 129 Datos de los autores

## Prólogo

### Marco general

El presente texto es producto del trabajo de investigación del equipo que, integrando primero el PI 2005 *Argumentación y razonamiento jurídicos: distintas aproximaciones teóricas*, continuó la línea temática con el PI 2009 *Estado de derecho, institucionalidad y discurso*. El mencionado equipo está conformado por docentes investigadores del área de Filosofía y Teoría del Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Humanidades y Ciencias de la Universidad Nacional del Litoral.

En el Proyecto 2005 se abordaron estudios sobre la argumentación y el razonamiento jurídicos desde distintas aproximaciones y bases teóricas. Las temáticas referían a contenidos sobre: relación entre teoría del Derecho y razonamiento jurídico; formalismo jurídico; razonamiento jurídico y razonamiento moral; inevitabilidad de la actividad interpretativa en el Derecho; autonomía del razonamiento jurídico; argumentación desde principios; tensión entre predicción, certeza y criterios sustantivos en la decisión judicial; argumentación jurídica y hechos institucionales; modelos lógicos del razonamiento jurídico desde lógicas modales epistémicas.

El tema del PI 2009 se aborda desde diferentes opciones teóricas que intentan ser complementarias. En primer lugar, el Estado de derecho alude a la relación entre derecho y política y a la organización del poder en la democracia. ¿Cuáles son las diferencias entre Estado de derecho y Estado constitucional? Son problemas conexos: a) el de la interpretación constitucional; b) el de la certeza del derecho ligado al de la autonomía personal; c) el de la ponderación

en la toma de decisiones judiciales; d) el de la estructura del razonamiento jurídico en el Estado constitucional de derecho; e) el de la fundamentación de la decisión jurídica; f) el de la unidad del razonamiento práctico.

La perspectiva del derecho como “orden institucional normativo” (MacCormick) añade a los temas anteriores: reglas y hechos institucionales; reglas y razones para la acción; reglas y principios; reglas jurídicas y su fuerza práctica (exclusión, atrincheramiento); reglas y razonamiento desde principios.

Partiendo del abordaje del diseño institucional de un Estado democrático de derecho desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho y la Filosofía Política en el enfoque de la racionalidad argumentativa (Habermas), se intenta ordenar los conflictos sociales bajo un diseño institucional que rija el desempeño de órganos e instituciones jurídicas. Son problemas conexos: a) viabilidad del control judicial de la constitucionalidad de las leyes; b) existencia de un “coto” de derechos individuales excluidos del cambio legislativo ordinario; c) todos los relacionados con los dilemas del derecho y de la política.

Diversa es la perspectiva de lo jurídico como inmerso en formas retóricas y hermenéuticas (Gadamer). Se indaga sobre los aportes de estas disciplinas en la construcción de la institucionalidad jurídica y se intenta diseñar modelos teóricos para contrastar con los discursos en la práctica jurídica.

También se enfoca el tema desde la perspectiva de los sistemas normativos superando la visión de la lógica deóntica a través de una arquitectura de estos sistemas, que tienen como *inputs* descripciones de hechos brutos y como *outputs* descripciones de hechos institucionales. Se intenta tender un puente entre lógica deóntica y la teoría de los sistemas normativos de múltiples agentes, con aplicación computacional.

En general se procura realizar, desde los marcos teóricos mencionados, el análisis de la actual concepción del Estado Constitucional, Social y Democrático de derecho, profundizando la incidencia del “poder moderador de la Corte Suprema de Justicia Nacional” y el rol de contralor de los Institutos incorporados a partir de la reforma de 1994, con rango constitucional.

Los destinatarios de esta obra son los docentes y alumnos que se interesen por el desarrollo de estos temas, tan actuales en las discusiones filosófico-teóricas sobre el derecho.

## **Artículos en el texto**

Los distintos artículos que aparecen en el texto se enmarcan en las líneas mencionadas. Cada uno acentúa un aspecto teórico específico de uno (o varios) de los enfoques de partida. En casi todos los artículos se hace una aplicación con respecto a algún fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En “La reconstrucción racional de fallos judiciales desde el enfoque de la pragmadialéctica” se aborda esa tarea analítica. Se reflexiona primero sobre el procedimiento de análisis del discurso que permite explicitar el esquema de la discusión crítica y se coloca como antagónicos al voto de la mayoría y al de la minoría. El despliegue argumentado a favor de cada punto de vista y en contra de la postura opuesta permite constatar que la razonabilidad de ambas está debidamente justificada. No puede decirse que se haya arribado a la solución del problema, ya que se decide por votación. Esto conlleva que la derrotabilidad de un plexo normativo–interpretativo se acote a un momento y contexto determinados y que, en un fallo ulterior sobre el mismo tema, la misma se pueda revertir.

En “Derrotabilidad de las reglas y certeza jurídica” el tema alude a los conflictos entre principios constitucionales. La argumentación comprende la subsunción a normas pero también el balance entre principios, el cual no lleva a fijar una jerarquía estable entre los mismos: los mismos argumentos pueden llevar a decisiones diferentes en diferentes instancias de juzgamiento. Se advierte el peligro de pérdida de certeza jurídica que esto conlleva en el Estado de derecho (MacCormick) pues no se puede pronosticar si un derecho será adscripto en cada caso en que así se lo demande. La “pretensión de corrección” es un componente de la pragmática del discurso jurídico y a veces puede tomarse como refiriendo a un eventual triunfo o derrota de las partes en litigio. En el artículo se cuestiona a este concepto por ser una abstracción legitimante de las decisiones discrecionales de los jueces y se ejemplifica la tesis a partir del caso Mazzeo.

En el artículo “Racionalidad argumentativa y discurso práctico” se enfoca nuevamente la argumentación jurídica en el Estado de derecho, ahora con relación a la estrategia utilizada por un juez de la Corte Suprema al conectar en un fallo las nociones de “Estado de derecho” y “Soberanía popular”. La crítica apunta a que el juez articula ambas nociones citando a Habermas; sin embargo esto no se justifica sino que queda solamente presupuesto. El autor del artículo desarrolla ambos temas (Estado de derecho y democracia) según Habermas y se pregunta si responden a perspectivas que se excluyen o que se presuponen. Desde la filosofía habermasiana se sustenta la conexión entre ambas perspectivas. El autor precisa bajo qué condiciones lo sugerido en la argumentación judicial del caso, quedaría justificado.

En “Derecho y hermenéutica” se alude a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el cual se apela a la noción de “interpretación” para comprender el sentido de los términos constitucionales, en especial, del término “autonomía”. La autora recorre históricamente la reflexión sobre la interpretación y se detiene en la relación entre hermenéutica y hermenéutica jurídica (Betti, Zaccaria, Dworkin). En cuanto al fallo estudiado enfoca el

uso que en él se hace del término “interpretación” según las distinciones expuestas por J. Wróblewski.

En “Razones y normas y normas lógicamente adecuadas para dar razones para la acción” se retoma el tema de la pérdida de la seguridad jurídica en el Estado de derecho, desde la perspectiva de las razones para la acción. A partir de la polémica entre universalistas y particularistas, el problema se centra en el de la forma lógica de las normas jurídicas. Tanto si se asume, desde el punto de vista universalista, que las normas son condicionales universales, como si se las piensa, desde el punto de vista particularista, como condicionales derrotables, surgen problemas de aplicación y/o de su rol como razones para la acción. La solución propuesta es entender a las normas en el marco de una semántica situacional, como la de Barwise y Perry. Tras una breve introducción al mencionado marco, se apuntan ventajas del mismo que pueden verse como soluciones lógicas al problema de partida.

En “Trivialidades de monarca en épocas de aspiraciones republicanas”, su autora repasa la potestad pública del indulto que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo (art. 99.5), analizando sus distintas aplicaciones a partir del retorno a la democracia en 1983, así como las decisiones jurisprudenciales emanadas de la Corte Suprema de Justicia al respecto. Se detiene en los enfoques argumentativos utilizados por los referidos fallos en su relación con las facultades constitucionales de dicho alto cuerpo y su competencia en materia de control de constitucionalidad, especialmente en cuanto a los delitos de lesa humanidad, que no pueden ser alcanzados por actos de autoridad que concedan beneficios desconociendo la dignidad humana y, por tanto, carentes de efectos jurídicos. Por ello se ubica en una postura crítica que considera más ajustada al Estado de derecho y a los principios básicos de una República, en tanto que el hecho que el Poder Ejecutivo asuma una actividad jurisdiccional implica la asunción de un rol, eminentemente excepcional, que altera el equilibrio de poderes pergeñado por el convencional constituyente.

En “Normas programáticas, derechos y garantías en los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘Badaro’”, se aborda el análisis argumentativo de las sentencias de fechas 8 de agosto de 2006 y 25 de noviembre de 2007, en cuanto a la problemática previsional referida al ajuste de haberes jubilatorios y la relación que guarda con disposiciones constitucionales como el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que garantiza la movilidad de las jubilaciones, requirente de una oportuna y razonable reglamentación por parte del Poder Legislativo Nacional. Destaca la mora en tal sentido y la decisión sustitutiva de la Corte, en cuanto poder de control constitucional, de validez sólo para el caso concreto, aunque a la vez exhorta al órgano competente a asumir integralmente su función. Efectuando una

aproximación a partir de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, ubica el caso en la categoría de “laguna estructural” en tanto la mora legislativa en la reglamentación de un derecho constitucionalmente reconocido configura una violación flagrante del orden jerárquico normativo, que viabiliza el control jurisdiccional de constitucionalidad en tanto garantía positiva secundaria en el lenguaje del autor citado.

En “Constitucionalismo, división de poderes y función judicial” se abordan las transformaciones en el campo jurídico a partir del modelo de Estado constitucional de derecho producido principalmente como resultado de las constituciones europeas de la segunda posguerra. El autor se propone describir los cambios operados en la función judicial, analizando el rol del juez con relación al principio republicano de separación de poderes, desde el constitucionalismo europeo de los siglos XVIII y XIX, el de Estados Unidos y su incidencia en la Constitución argentina de 1853 y la más reciente construcción del Estado constitucional de derecho en Europa, sustentándolo en argumentaciones judiciales y posturas autorales influyentes que perfilan la idea del control de la supremacía constitucional por el Poder Judicial. Esta idea cobra desarrollo en la teoría jurídica actual a través del pensamiento de Luigi Ferrajoli, que en su concepción garantista reclama del juez una función crítica en el marco de los principios y valores constitucionales que condicionan la validez de la ley, desempeñando un papel de control judicial que se legitima mediante una argumentación lo suficientemente esmerada a la hora de aplicar el derecho, que justifique la discrecionalidad y posibilite satisfacer los tradiciones valores de certeza e igualdad.

En “Poder Judicial y función política” se enfocan desde el marco doctrinario y jurisprudencial las limitaciones que se ha impuesto a sí misma la Corte Suprema de Justicia en cuanto a su poder de resolución de conflictos y paralelamente de la facultad de contralor constitucional y legal, mediante argumentos jurídicos conocidos como “Cuestiones políticas no justiciables” y “reglas de no hacer”. Se afirma que esta auto restricción aplicada en ciertos casos, determinados por el libre arbitrio judicial, es una herramienta indefinida utilizada puntualmente para evitar un eventual conflicto con los restantes poderes del Estado bajo el pretexto de no inmiscuirse en cuestiones de competencia exclusiva de los mismos, al mismo tiempo que aventar el llamado “gobierno de los jueces”. El autor critica tal estado de cosas, que desconoce la función política del Poder Judicial para convertirlo en un mero observador de los procesos políticos, a la vez que lesiona el necesario control de constitucionalidad al pretender legitimarse su no intervención inclusive ante la posible violación de normas legales y constitucionales, con lo que no se hace cargo debidamente de la prevalencia constitucional y renuncia al rol político que de hecho reviste.

En “Democracia, Estado de derecho y Jurisdicción” se tematiza al neoconstitucionalismo como fenómeno jurídico y como modo de teorizar el derecho. Se abordan las críticas más conocidas a este enfoque según la estrategia del iusfilósofo Bruno Celano. Para este autor una disciplina de los derechos “no puede estar libre de conflictos ni de amplios márgenes de indeterminación”. Opone dos visiones sobre el conflicto entre derechos: la irenista y la pluralista. Opta por la última y la vincula con una visión particularista de la decisión judicial en casos de aplicación de los derechos constitucionales. Identifica a los derechos desde un marco epistemológico holista y coherentista, y desde una ética sustantiva que permita la revisión caso por caso de las generalizaciones normativas.

En “El neoconstitucionalismo en el escenario argentino”, su autora efectúa inicialmente una breve referencia acerca de las acepciones de “neoconstitucionalismo” para ubicar su abordaje en una concepción teórica sobre el derecho que, como tal, y atendiendo a los cambios que han tenido lugar en la estructura y funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos, intenta describir y explicar, a la vez que valorar los contenidos normativos a la luz de la trama axiológica de la Constitución. El artículo pretende bosquejar la configuración de nuestro sistema en el marco del neoconstitucionalismo teórico, a partir de un emblemático fallo (“Casal”, CSJN), en sintonía con las conclusiones a que arriba Gustavo Zagrebelsky en su obra *El derecho dúctil*, propósito que incluye el tratamiento de diversos subtemas como, entre otros, la función jurisdiccional del Estado en diversos momentos históricos, la separación de los derechos respecto de la ley, la distinción entre reglas y principios y, en materia interpretativa, el modelo de subsunción frente a la ponderación y razonabilidad.

## **La reconstrucción racional de fallos judiciales desde el enfoque de la pragmadialéctica**

Graciela Barranco de Busaniche

Sólo *ex post* podemos ser sabios

*I. Lakatos*

Para muchos, los estudios sobre argumentación tienen como principal objetivo la interpretación y evaluación de casos de argumentación a la luz de ciertos estándares normativos aplicables a tal tipo de práctica. Este es un interés que sustenta investigaciones filosóficas y normativas y que orienta a las investigaciones empíricas.

En este artículo, tal interés se pone en juego desde el enfoque pragmadialéctico desarrollado por van Eemeren y Grootendorst a través de una frondosa bibliografía,<sup>1</sup> difundida en nuestro país para la enseñanza en diversas casas de estudio. Procederemos aquí al análisis de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (objeto de reflexión en otro artículo de este mismo texto) siguiendo la perspectiva mencionada.

El análisis crítico de una argumentación es siempre una confrontación entre lo ideal y lo real: la práctica real se evalúa a la luz de un estándar normativo y, a la vez, la adecuación del estándar se pone a prueba en cuanto a su “validez para el problema”. El camino a emprender es el de la reconstrucción racional de una práctica argumentativa, que debemos distinguir de un análisis hermenéutico–interpretativo de la misma. No se intenta analizar la práctica

argumentativa para explicarla o darle el sentido que le atribuyen los sujetos de esas prácticas. No buscamos ejemplos de prácticas en las que los operadores jurídicos (en especial los jueces) se ven a sí mismos desempeñando diferentes roles que avalan diferentes modelos argumentativos.

Aquí tomamos la noción de “reconstrucción racional” de la concepción ortodoxa de la ciencia en la epistemología del siglo XX,<sup>2</sup> cuando intenta reemplazar los procesos de pensamiento que de hecho ocurren por otros lógicamente justificados y que conduzcan al mismo resultado. Esta reconstrucción lógica es una reconstrucción racional del conocimiento científico sólo en el dominio del contexto de justificación, que permite saber si una hipótesis está justificada por la evidencia empírica y si su aceptación es racional. Sabemos que esta postura fue criticada por T. Kuhn,<sup>3</sup> quien sostuvo que los principios normativos y evaluativos se deben extraer del registro histórico de la ciencia exitosa y no de un paradigma epistemológico preferido, intentando desde él reconstruir racionalmente *a priori* la ciencia. Kuhn propone una reconstrucción del desarrollo científico.

En relación con la argumentación jurídica, N. MacCormick<sup>4</sup> también aboga por una reconstrucción racional. Forma parte del reconocimiento del Estado de derecho el comprometerse con un discurso sobre lo que en él es valioso y tal accionar da forma a lo que se entiende por razonamiento jurídico. Para MacCormick, la reconstrucción racional es una manera de enfocar la actividad de interpretación. Es un modo de ordenar los materiales a través de un proceso de selección, “describiendo un orden implícito en un desorden potencial”. Para este autor, la teoría de la argumentación es un intento de reconstrucción racional de las prácticas jurídicas en contextos de decisión y argumentación.

En el enfoque elegido, la reconstrucción es una representación del discurso diseñada para adecuarse a una perspectiva analítica determinada, una aproximación al texto (en este caso, del fallo) desde un punto de vista particular que está motivado por intereses particulares. La reconstrucción se hace desde un marco teórico que focaliza ciertos aspectos del discurso y descarta otros.

En el enfoque pragmatialéctico la reconstrucción está orientada a la resolución de desacuerdos surgidos entre participantes de una discusión crítica, haciendo visibles aquellos elementos que son relevantes a tal fin. Los intereses básicos de la reconstrucción son: recuperar las proposiciones sustantivas en que se hagan explícitos los diferentes puntos de vista y los argumentos que los sostienen; determinar cómo se usan los argumentos para justificar o para refutar los puntos de vista en disputa y examinar cómo funcionan los actos de habla en los diferentes estadios y eventualmente, si llevan a resolver la disputa.

El modelo dialéctico desde el que se procede a la reconstrucción no refleja, como dijimos, las teorías ingenuas que pueden sostener los que argumentan, pues si lo hiciera no sería adecuado para la crítica. Busca llevar a cabo un análisis de

la argumentación que sea a la vez empíricamente adecuado y crítico. Contiene componentes filosóficos, normativos, empíricos, analíticos y prácticos.

El componente filosófico surge de la concepción dialéctica de la argumentación, señalando como valor inherente a la razonabilidad. En el discurso jurídico, el término “razonable” tiene tanto un uso descriptivo como evaluativo, pero es este último el que prevalece. Como término evaluativo, dice MacCormick,<sup>5</sup> contiene un alto grado de subjetividad aunque, jurídicamente, funciona como un estándar objetivo. También Alexy<sup>6</sup> reconoce que suele haber diferencias entre juicios igualmente “razonables” que dan lugar a una decisión o a otra distinta, y que no hay algo tal como una única respuesta “razonable”. Lo que sí se acentúa es el carácter procedimental de la deliberación razonable. El estándar de razonabilidad puede o no coincidir con las prácticas reales en un caso dado o para una determinada comunidad pero subraya que una argumentación no sólo se juzga en términos de su éxito en lograr asentimientos sino también por la corrección de los procedimientos por los que logra tales asentimientos. Es decir, que en una consideración desde el modelo “ideal”, la argumentación no sólo es un conjunto de prácticas orientadas a poner fin a una disputa sino que es un conjunto de procedimientos metódicos que permiten resolver una disputa según sus “méritos”. Aquí se propone un modelo particular de lo que significa actuar razonablemente en el discurso argumentativo, un modelo de argumentación como una serie de intercambios metódicos de actos de habla entre sujetos que discuten cooperativamente.

Los modelos normativos se pueden evaluar a través de dos criterios: a) el de validez para dar solución al problema; b) el de validez convencional. El primero depende de la adecuación del modelo para describir una práctica efectiva; el segundo, de la adecuación entre el modelo y las nociones convencionalmente aceptadas de razonabilidad, racionalidad, etc. Aunque este modelo es cercano al ideal habermasiano de consenso en una situación de comunicación sin desigualdades, está más próximo a la concepción popperiana de duda y criticismo en el desarrollo de los saberes. La resolución del conflicto entre puntos de vista opuestos no se limita al logro de un acuerdo entre las partes sino que es el producto de un examen crítico de los fundamentos para cada uno de los puntos de vista en oposición. La razonabilidad yace en las capacidades autocorrectoras del proceso de discusión.

Como se dijo, la reconstrucción dialéctica de las argumentaciones en estudio se guiará por: los puntos de vista en discusión, las posiciones de las partes con respecto a cada punto de vista, los argumentos explícitos o implícitos que cada parte aduce a favor de su punto de vista y la estructura de las argumentaciones que cada parte utiliza. Para hacer posible el pasaje desde la presentación ordinaria del discurso (textos escritos de los fallos) a la reconstrucción dialéctica del mismo, se usan las operaciones de supresión, adición, permutación y sustitución de elementos del discurso original.

## La reconstrucción dialéctica

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 27 de mayo de 1999 que vamos a analizar refiere a la discusión puntual acerca de si la Universidad Nacional de Córdoba debe incluir el término “equidad” en su Estatuto Universitario junto al de “gratuidad”, o si tal inclusión es superflua. La Corte se pronunció, en años posteriores, sobre temas similares a través de otros fallos con decisiones diferentes. El fallo que nos ocupa se puede analizar como una discusión entre dos participantes que sostienen puntos de vista opuestos: uno se personifica en el voto de la mayoría (Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Vázquez) y el otro en el de la minoría en disidencia (Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert).

Los puntos de vista opuestos son:

- **mayoría:** el artículo 82 del Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba debe incluir “equidad” para no imponer gratuidad absoluta en la enseñanza universitaria y para no violar la Constitución Nacional (art. 75 inc. 19) y la Ley de Educación Superior (art. 59 c).



- **minoría:** el artículo 82 del Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba no necesita incluir “equidad” para .....

Esta oposición define al estadio de confrontación, en el cual se identifica el desacuerdo. Sin embargo, este estadio vuelve a repetirse en ocasión de aparecer desacuerdos u oposiciones menores:

- **mayoría:** la inclusión del término “equidad” no es superflua, ya que equidad y gratuidad se complementan.



- **minoría:** el término “gratuidad” incluye a “equidad” y por lo tanto este último no debe repetirse.

Además:

- **mayoría:** aunque hay responsabilidad del Estado para asegurar la Educación Superior, este deber de financiamiento del Estado tiene límites.



- **minoría:** el Estado siempre tiene el deber principal de asegurar la gratuidad, como medio para mantener la igualdad de oportunidades.

Por otra parte está implícita una oposición más:

- **mayoría:** el Estado siempre debe velar por el cumplimiento de los principios constitucionales en las normas que rigen la educación pública estatal.

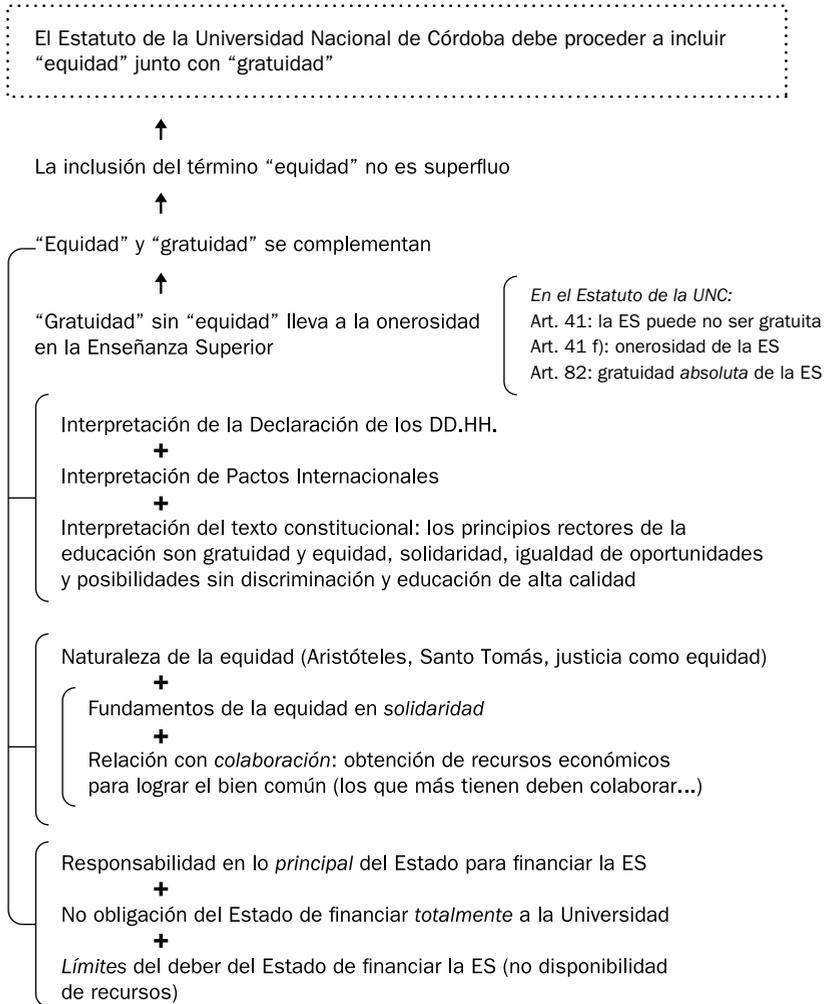


- **minoría:** es inadmisibles la intromisión del Estado en el ámbito de la autonomía universitaria, cuando no se viola la legalidad vigente.

Aquí procederemos a la reconstrucción de la primera confrontación, utilizando los mecanismos ya mencionados de supresión, adición, permutación y sustitución de elementos del discurso original, con el fin de producir una representación clara y explícita de aquellos otros que cumplen con una función dialéctica. Además supondremos que está implícito el estadio de *apertura*, en el cual se acuerdan aquellos procedimientos en común a utilizar para que la discusión se oriente a una resolución. Todos los materiales jurídicos citados a favor de cada punto de vista, son reconocidos como elementos que deben ser tenidos en cuenta al momento de la argumentación; sin embargo, muchas veces la misma legislación es interpretada de forma diferente.

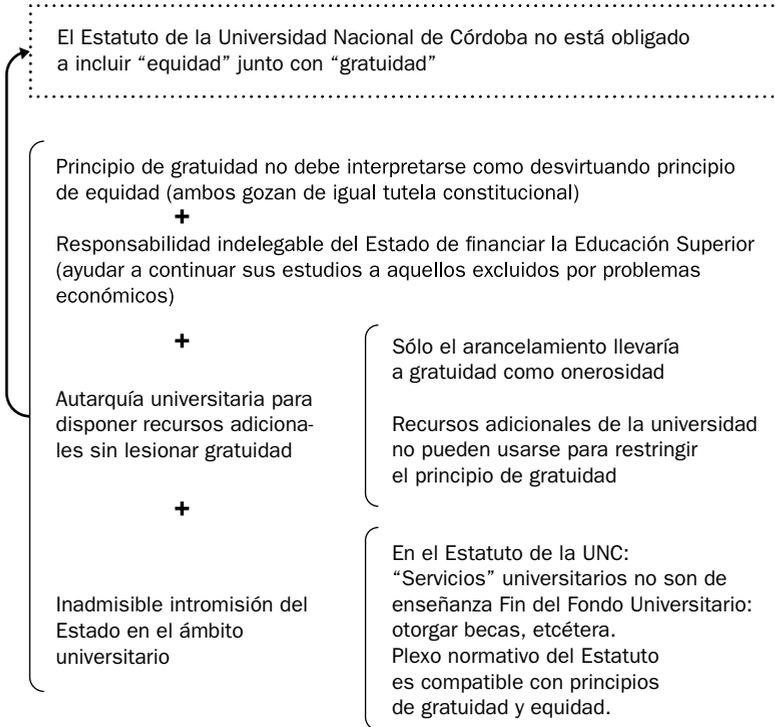
Comenzaremos con un esquema (*Esquema 1*) que parte de la defensa del fallo de la mayoría:

## Esquema 1



A continuación representamos el fallo de la minoría en disidencia a través del *Esquema 2*.

## Esquema 2



Esta reconstrucción, tentativa y parcial, es punto de llegada de varias transformaciones. Sugerimos que algunos materiales citados como argumentos, tanto por la mayoría como por la minoría, son equivalentes en diferentes párrafos del fallo. La sustitución se lleva a cabo en tanto se requiere una formulación estandarizada para expresiones que no difieren sustancialmente entre sí. Así, por ejemplo, en el voto de la mayoría, “que el principio rector que establece la Constitución en su art. 75 inc. 19, es el de la gratuidad de enseñanza pero esa gratuidad debe ser moderada en el marco de la equidad” y otros similares, se sustituyen por “‘equidad’ y ‘gratuidad’ se complementan”. Al respecto, la siguiente formulación está mucho más desarrollada: “La inclusión del término ‘equidad’ en los estatutos cumple una función de equilibrio que impedirá que en el futuro se establezca como principio la gratuidad absoluta de la enseñanza pública o bien la onerosidad absoluta, alterando, en ambos supuestos, el alcance y el sentido de la fórmula constitucional”.

La estrategia de la reconstrucción dialéctica da como resultado una representación consistente con la evidencia empírica (lo que dice el texto) bajo el supuesto de que mayoría y minoría intentan una discusión crítica para resolver sus diferencias

de opinión (discusión que ha debido tener lugar oralmente antes de plasmarse en el fallo). La reconstrucción pasa por alto que los contenidos de los puntos de vista y de los argumentos a su favor pueden no ser totalmente obvios y que tampoco es obvio que los ministros de la Corte hayan decidido conducir la discusión hacia una resolución de sus diferencias. Lo que sí es obvio es que la mayoría adoptó el rol de protagonista y la minoría en disidencia, el de antagonista.

La oposición exhibida en la confrontación no es sólo de contenido semántico entre dos puntos de vista, tal como queda marcada por la doble flecha (‡). La minoría también establece su punto de vista en forma positiva: “el pronunciamiento judicial que ordena la reforma del artículo 82 de los Estatutos de la Universidad Nacional de Córdoba incurre en una inadmisibles intromisión en el ámbito de las facultades de esa casa de altos estudios, puesto que no se advierte que ese cuerpo normativo, aprobado con posterioridad a la vigencia de la Ley de Educación Superior, se aparte de las directivas de la ley de base ni, menos aún, del espíritu o de la letra de la reforma constitucional”. Tal enunciación, de carácter más desarrollado, se ha sustituido por la que figura como punto de vista de la minoría.

La identificación de los distintos estadios de la discusión ha quedado relegada al plano analítico. Hemos extraído la *confrontación* (que aparece en diferentes momentos del fallo) y hemos supuesto implícita la *apertura*. El estadio final de *conclusión* no aparece en el texto. Todo lo que queda pertenece al estadio de *argumentación*, el cual se combina en diferentes párrafos con los de *confrontación* y *apertura*.

Hemos usado la flecha unidireccional (†) para indicar que los renglones inferiores son argumentos o premisas a favor de los renglones superiores. Diferentes argumentos son agrupados dentro de corchetes, en tanto cada uno contribuye a su vez a sustentar al renglón superior. Cuando cada argumento necesita de otro para sostener a la conclusión defendida, se escribe entre ellos el signo (+). Los puntos de vista aparecen recuadrados en los renglones superiores y, por debajo de ellos, se despliegan las estrategias argumentativas de cada parte. En todo el texto quedan implícitas premisas que deberían explicitarse para presentar a la inferencia en forma canónica. Así, por ejemplo, en:

“*Gratuidad*” sin “*equidad*” lleva a la *onerosidad* en la Educación Superior.

Luego, “*equidad*” y “*gratuidad*” se complementan.

quedan implícitas al menos dos premisas: *la onerosidad de la Educación Superior implica que “gratuidad” y “equidad” se excluyen* y *la onerosidad de la Educación Superior es jurídicamente inadmisibles*.

Volvamos ahora al estadio de *conclusión*. ¿Es adecuada esta reconstrucción dialéctica del fallo, si las diferencias en vez de resolverse se explicitan y, lo que es más, se decide a favor de un punto de vista según el peso numérico de la votación? Dado el carácter de las sentencias judiciales, algunos autores como

Manuel Atienza<sup>7</sup> sostienen que en el contexto de las argumentaciones entre abogados o entre parlamentarios, el modelo pragmatialéctico no es el más adecuado para la reconstrucción. Otros, como Alexy,<sup>8</sup> afirman que la argumentación jurídica, en sus diversos contextos, es siempre un caso especial de la argumentación práctica racional.

MacCormick<sup>9</sup> insiste en la posibilidad de la reconstrucción como el pasaje del derecho “en bruto” a un derecho comprensible “como un todo coherente”. En el razonamiento jurídico, el carácter procedimental de la deliberación asegura su razonabilidad. En el razonamiento práctico en general, cuando subsisten opiniones rivales, el conflicto no se resuelve. En el razonamiento jurídico, las razones tienen que ver con normas que detentan carácter autoritativo y se exige arribar a un juicio concluyente, aun sin resolver el conflicto.

A pesar de ello, la derrotabilidad de las normas, esto es, de su aplicación universal para cada caso una vez realizada la ponderación entre razones, así como el aspecto dinámico de la práctica jurídica en el Estado de derecho, permiten que en sucesivos casos semejantes lo que fue un juicio concluyente pueda variar. Tal ha sido lo ocurrido con otros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidos a la modificación de estatutos universitarios con relación a los términos “gratuidad” y “equidad” (por ejemplo, el de fecha 6 de mayo de 2008, que concierne a la Universidad Nacional de La Plata). Allí se ve, en el transcurso del tiempo, que la razonabilidad descansa en las capacidades autocorrectoras del proceso de discusión.

## Notas

<sup>1</sup> Aquí seleccionamos, en especial: van Eemeren, F. y Grootendorst, R. (1993): *Reconstructing Argumentative Discourse*, The Univ. of Alabama Press, Alabama.

<sup>2</sup> Lakatos, I. (1974): *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*, Tecnos, Madrid.

<sup>3</sup> Kuhn, T. (1971): *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, Méjico.

<sup>4</sup> MacCormick, N. (2005): *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford Univ. Press, Oxford.

<sup>5</sup> MacCormick, N. (2005)

<sup>6</sup> Alexy, R. (2007): *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima.

<sup>7</sup> Atienza, M. (2006): *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

<sup>8</sup> Alexy, R. (2007).

<sup>9</sup> MacCormick, N. (2005).

## **Derrotabilidad de la reglas y certeza jurídica**

Apuntes críticos sobre el enfoque de Neil MacCormick a partir del caso “Mazzeo” (CSJN)

Guillermo Moro

### **Argumentando derrotablemente<sup>1</sup>**

El tema de la derrotabilidad de las reglas ha venido recibiendo una creciente atención, desde campos de saber tan variados como la lógica, la filosofía moral, la inteligencia artificial y el derecho.

El iusfilósofo británico H. L. A. Hart fue quien primero planteó la cuestión dentro del derecho. Su artículo seminal al respecto es “The Ascription of Responsibility and Rights”.<sup>1</sup> En un libro posterior, *Punishment and Responsibility*, Hart abandonó expresamente la estrategia de análisis de conceptos jurídicos propuesta en “The Ascription...” (fundada en la distinción entre uso adscriptivo y descriptivo de los conceptos jurídicos). Pero esta variación no implicó alterar la idea central que justificó el recurso al concepto de derrotabilidad (*defeseability*), la cual siguió presente a todo lo largo de su obra.

¿Cuál es esa idea central? Que ninguna regla puede determinar enteramente las condiciones necesarias y suficientes de su propia aplicación y, por eso, toda regla es “derrotable” o “abierta”, en el sentido de que está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano.<sup>2</sup>

En Hart, esto se deriva de una característica propia del lenguaje humano<sup>3</sup> conocida como “la textura abierta del lenguaje”. Para todo concepto genérico,

habrá casos que sean claramente instancias del mismo y otros que claramente no lo sean. Pero siempre está presente la posibilidad de que surja un caso que no pueda ubicarse fácilmente en ninguna de estas zonas de claridad (esto es, que no sea claramente ni una instancia ni una no–instancia del supuesto de hecho genérico). La aplicación del término genérico se revela entonces *indeterminada*, siendo que para los casos ubicados en la “zona de penumbra” será necesario recurrir a una *elección* más o menos discrecional que no está resuelta *a priori*.

Dicho con un ejemplo: dado el término genérico “arma”, es claro que un revólver .45 Magnum es una instancia del mismo, y que una sábana no lo es. Ahora, un arma de juguete, ¿es una instancia del término genérico “arma”?<sup>4</sup>

En la aplicación de reglas, esto gravita considerablemente. Tomando un célebre ejemplo de Hart, si hay una regla que establece que “está prohibido ingresar con vehículos al parque”, habrá casos recurrentes que serán claras instancias del supuesto de hecho —ingresar al parque con un auto o con una motocicleta— y otros que serán claras no–instancias del mismo —ingresar con un sombrero—. Pero pueden surgir casos donde la solución no sea tan clara. Así, ¿será una infracción de la regla ingresar con una bicicleta? ¿E ingresar con un camión de juguete con motor eléctrico?<sup>5</sup>

El punto es que ningún legislador humano puede conocer todas las posibles combinaciones de circunstancias que puede presentar el futuro (tal como lo afirmaba Portalis en el “Discurso Preliminar” al Código Civil Francés de 1804). Se trata de una incapacidad de anticipación que trae consigo una relativa indeterminación de finalidad.<sup>6</sup> No pueden enunciarse exhaustivamente de antemano todas las posibles excepciones de una regla, y por tanto, en todos los “casos difíciles” de aplicación de la misma, el intérprete ejercerá una parcial discreción.<sup>7</sup>

¿Cómo deja esto la idea tradicional de las normas jurídicas como juicios condicionales, de la forma “si... entonces...”? Carlos Alchourrón ha afrontado esta cuestión analizando lo que él llama “condicionales derrotables”. Un condicional derrotable puede ser definido como aquel que tiene excepciones implícitas.<sup>8</sup> La idea es que en el lenguaje ordinario, los condicionales de la forma “Si A entonces B” no son usados para afirmar que A es condición suficiente de la consecuencia B, sino más bien que A, *junto con todo un conjunto de asunciones aceptadas en el contexto de habla*, es suficiente para esa consecuencia. Cuando alguna de esas asunciones implícitas es falsa, la aserción condicional es derrotada.

De acuerdo con Neil MacCormick, la derrotabilidad debe enfocarse primordialmente desde la pragmática de los litigios adversariales. El punto central es que las aserciones sobre la manera en que el derecho regula determinados supuestos de hecho, puede ser cuestionada en un litigio particular, y a raíz de ese cuestio-

namiento, perder su validez inicial, o incluso mostrar que nunca la ha tenido en absoluto. Nuestra certeza sobre lo que el derecho dispone para determinados casos, puede, ante el acaecimiento de circunstancias anómalas, resultar problematizada y, eventualmente, ser derrotada. El autor escocés lo resume diciendo: “Lo que estaba establecido con toda la apariencia de validez puede a su tiempo ser cuestionado y encontrado derrotable, de hecho derrotado”.<sup>9</sup>

Como vimos, en principio se tiende a pensar que las normas jurídicas establecen en su formulación lingüística las condiciones necesarias y suficientes que deben ser instanciadas por un caso concreto para que aquella resulte aplicable. En cambio, desde el momento en que uno admite la derrotabilidad como una característica general del ordenamiento jurídico, ya no puede hablarse de condiciones necesarias y suficientes, sino —como dice MacCormick— de condiciones sólo “*ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes*”.<sup>10</sup>

MacCormick distingue entre derrotabilidad *explícita* e *implícita*.<sup>11</sup> La derrotabilidad explícita tiene lugar cuando la disposición normativa dispone sus condiciones de aplicación (c1, c2, c3), pero también sus propias excepciones (e1, e2, e3). La dinámica entre condiciones y excepciones se resuelve, en derecho, con la distribución de la carga de la prueba.<sup>12</sup> A quien invoca una norma en su beneficio, le compete probar el acaecimiento de las condiciones previstas en su supuesto de hecho, pero sólo eso. Es decir: no es necesario que pruebe, además, el no-accaecimiento de las excepciones. La prueba de que alguna de éstas ha tenido lugar corresponde, en cambio, a quien se oponga a la pretensión.

Pero la derrotabilidad explícita no agota las posibilidades del concepto de derrotabilidad. De hecho, ni siquiera capta sus aristas más ricas. Para eso debemos considerar la derrotabilidad implícita.

Como dice MacCormick, si es el caso que las formulaciones expresas de reglas jurídicas “son siempre adecuadamente consideradas como estableciendo condiciones sólo *ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes* para los arreglos que regulan, la derrotabilidad implícita afecta a todas las instancias de instituciones jurídicas”.<sup>13</sup> De hecho, aun en los casos de derrotabilidad explícita (como el que vimos) estará siempre presente la posibilidad de una derrotabilidad implícita “por sobre y por debajo de las condiciones explícitas de derrota”.<sup>14</sup>

La derrotabilidad implícita es una consecuencia, según el autor escocés, de la gravitación de los principios y los valores propios del sistema jurídico, o bien, más específicamente, propios de alguna de sus ramas particulares.<sup>15</sup> Incluso las reglas más cuidadosamente redactadas (esto incluye tanto normas jurídicas como precedentes) pueden verse sujetas a excepciones imposibles de enumerar totalmente con anticipación, cuando casos anómalos hacen entrar en juego principios generales del derecho. Por eso, “la operación de principios de

fondo puede ser vista como planteando la posibilidad de excepciones abiertas (*open-ended exceptions*) en casos de carácter excepcional o inusual”.<sup>16</sup>

Un ejemplo paradigmático de derrotabilidad implícita en el ámbito de las normas jurídicas lo da el caso “Sejean, J. B. c. Zaks de Sejean, A. M.”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los primeros años del retorno a la democracia (1986). En este caso, una pareja, que había obtenido la declaración judicial de su divorcio, solicitó que se declare la inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2393 o “Ley de Matrimonio Civil”, el cual estatúa la indisolubilidad del vínculo matrimonial, impidiéndoles a los ex cónyuges readquirir su capacidad nupcial. A pesar de la expresa provisión normativa, la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema (Fayt, Petracchi y Bacqué) consideró que el principio de dignidad humana (con recepción constitucional según la interpretación aceptada del art. 33 de la CN) tornaba inaceptable imposibilitar que dos personas que habían estado casadas y luego se habían divorciado, “anuden” sus “vínculos afectivos” futuros con el noble manto del matrimonio, afectando no sólo a ellos sino también a la descendencia procreada en esas circunstancias (vid. Considerando 7° y ss.).

Un ejemplo paradigmático de derrotabilidad implícita en el ámbito de reglas judiciales<sup>17</sup> que han alcanzado el carácter de precedentes lo da el caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti–Transexual (ALITT) c. Inspección General de Justicia” (año 2006), también fallado por la CSJN. Desde el año 1991, en el caso “Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia”, el máximo tribunal había sentado una regla en virtud de la cual se juzgaba correcto denegar el otorgamiento de personería jurídica a asociaciones que representaran intereses de grupos practicantes de una sexualidad no heteronormativa. Esta regla se construyó sobre la base de dos argumentos principales: 1) que este tipo de asociaciones no perseguían un fin de “bien común” (exigido como requisito por el art. 33, segunda parte, inc. 1° del Código Civil); 2) que la denegatoria de personería no afectaba, sin embargo, el derecho constitucional de “asociarse con fines útiles” (art. 14 CN), en tanto podían funcionar como “simples asociaciones”, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 46 del Código Civil. Esta regla fue pacíficamente aplicada por los tribunales inferiores<sup>18</sup> y la Inspección General de Justicia<sup>19</sup> durante casi 15 años.

Cuando la causa “ALITT” llega a la CSJN, ésta revierte drásticamente su doctrina anterior. La regla de no otorgamiento de la personería es juzgada ahora como inaceptable, a la luz del principio de igualdad ante la ley y de la esencia pluralista del bien común. Propender a la no discriminación, dice la Corte, no redundaría en un beneficio privativo de los miembros de la asociación que actúa con esa finalidad, sino que propósitos tales “hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática”.

Ahora bien, este enfoque de la derrotabilidad parecería proyectar serios interrogantes sobre los derechos individuales. ¿*Tenían* derecho a divorciarse y recuperar su aptitud nupcial los/as argentinos/as antes de 1986? ¿*Tenían* derecho a asociarse para promover la no discriminación los travestis y transexuales antes de 2006? ¿Debemos colegir que los derechos pueden existir ahora, pero de repente dejar de existir dentro de un tiempo, de algún modo de acuerdo al eslogan de aquella famosa propaganda de autos, *now you see it, now you don't*<sup>20</sup> (“ahora lo ves, ahora no”)?

MacCormick opina que no son “los derechos” los que son derrotables y eventualmente derrotados, sino “las pretensiones” concretas que las partes hacen, dentro de un proceso jurídico, afirmando que están dadas las condiciones para gozar de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. “No hay un derecho que primero existe y luego es derrotado. Hay una pretensión que ha sido avanzada, la cual estaba ostensiblemente justificada por las provisiones explícitas del texto normativo. Como tal, bien podría haber tenido éxito si hubiera estado en servicio un relator distinto ese día. Ningún fraude estuvo implicado en esto. Sin embargo, la pretensión avanzada se apoyaba en lo que resultó ser (por lo menos, lo que subsecuentemente se resolvió que era) un entendimiento inadecuado o incompleto de las condiciones jurídicas para la adquisición y goce del derecho”.<sup>21</sup>

El punto más importante a tener en cuenta en toda esta versión escocesa del problema de la derrotabilidad, es el alcance que el autor pretende darle. La derrotabilidad no se presenta como una mera constatación de los —a veces asombrosos— movimientos pendulares del Poder Judicial. Por el contrario, la idea es que “puede haber *objetivamente* principios y valores de un sistema que, correctamente pesados y sopesados, intervengan de tal modo que derroten *genuinamente* una afirmación legislativa, judicial o doctrinal de condiciones para un derecho, o la pretensión de un individuo sobre un derecho en un caso dado”.<sup>22</sup>

## **Derrotabilidad genuina y legitimación**

Ante cualquier caso que pudiera contar como un ejemplo de derrotabilidad en el derecho, uno puede hacerse por lo menos dos preguntas: 1) *¿para quién* se produce la derrota?; y 2) *¿qué factor* nos permite determinar que una pretensión ha sido o no ha sido derrotada?

Propongo que pensemos a partir de un caso concreto. Por ejemplo, el caso “Mazzeo”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 13 de julio de 2007. Este caso es muy movilizador, desde que en él se ponen en juego algunas de las heridas más dolorosas que dejó la última dictadura militar que padeció nuestro país.

Todo comienza con una causa abierta contra Santiago Omar Riveros, en la que se lo investigaba por la comisión de delitos de lesa humanidad (homicidios, torturas, privaciones ilegítimas de la libertad, apremios, violaciones de domicilio). La investigación judicial que se estaba llevando adelante fue interrumpida por el dictado del decreto 1002/89, a través del cual el entonces presidente Carlos Menem indultaba, entre otros muchos, a Riveros.

En noviembre de 1989, la Cámara de Apelaciones de San Martín tuvo la oportunidad de decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho decreto, inclinándose por esta última opción, y dictando en consecuencia el sobreseimiento definitivo del implicado. Contra esa decisión, los damnificados particulares interpusieron recurso extraordinario para llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tribunal que, a fecha 11 de diciembre de 1990, decidió no concederlo, poniéndole fin a la causa.

Casi catorce años después, un grupo de particulares y la Liga Argentina por los Derechos Humanos se presentan ante el Juzgado Federal N° 2 de San Martín, el cual acoge su pretensión declarando la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 y privando de efectos a la totalidad de actos y resoluciones dictados como consecuencia del mismo. Ese decisorio es, a su vez, apelado por la defensa de Santiago Omar Riveros, arguyendo fundamentalmente que la excepción de cosa juzgada se encontraba firme. La Cámara Federal de San Martín le da la razón a la defensa, revocando entonces el pronunciamiento de primera instancia, reiterando para ello las razones expuestas más de una década atrás, cuando resolvió —como dijimos— fallar por la constitucionalidad del decreto de indulto y por el consiguiente sobreseimiento de Riveros.

Esta última decisión, a su vez, es recurrida por los querellantes, y su recurso prospera: la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal decide declarar la inconstitucionalidad del decreto 1002/89. Como última medida, los defensores de Riveros eligen recurrir por la vía extraordinaria a la CSJN, la cual concede el recurso y entra a juzgar sobre la cuestión de fondo.

En el fallo de la Corte, se decide por mayoría declarar inconstitucionales los indultos vehiculizados por el decreto 1002/89. El voto de la mayoría (integrada por los magistrados Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan C. Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni) intenta, primeramente, dejar a los crímenes de lesa humanidad por fuera del ámbito de aquellos delitos que pueden ser amnistiados.<sup>23</sup> Logrado ello, comienza a vérselas directamente con el principio de la cosa juzgada. La estrategia argumentativa consiste en presentarlo como una garantía orientada a alcanzar la plena efectividad del *ne bis in idem* o “prohibición de doble persecución penal”. Este *ne bis in idem* es un derecho humano (reconocido, por ejemplo, en el Pacto de San José de Costa Rica, art. 8.4), pero, dicen los jueces, como cualquier otro derecho, no es absoluto. Para afirmar esto se apoyan en el art. 20 del Estatuto de la Corte

Penal Internacional y en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid”. En ambos lugares se excepciona la prohibición de doble persecución penal si se dan ciertas circunstancias, como por ejemplo, que no haya habido una intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.<sup>24</sup>

En una de las disidencias, la jueza Argibay se embandera en una defensa ineludible de la cosa juzgada. Sostiene que nuestra discrepancia valorativa o ideológica con una sentencia definitiva del pasado no es suficiente para hacer a un lado esa sentencia y volver a juzgar crímenes ya juzgados. De lo contrario, estaríamos poniendo en riesgo los pilares mismos que sustentan el Estado de derecho.<sup>25</sup>

A pesar de la riqueza e interés de este extenso fallo, por cuestiones de espacio no puedo intentar aquí un análisis detallado de su contenido, antecedentes e implicancias. Mucho más modestamente, trataré de mostrar a través de este fallo el problema que encuentro en la idea de derrotabilidad genuina que propone MacCormick. Para ello, propongo que avancemos a partir de las dos preguntas ya formuladas con anterioridad:

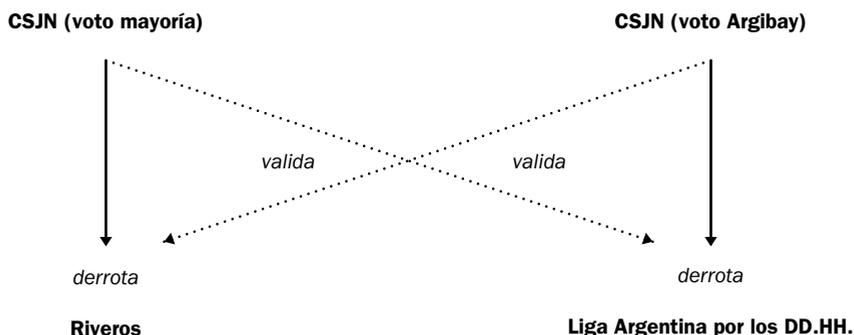
1) *¿Para quién se produce la derrota?* Es importante incorporar una distinción de perspectivas. Si efectivamente, como pretende el autor analizado, la derrotabilidad se juega en la dimensión pragmática de los litigios adversariales, hay por lo menos dos perspectivas: la correspondiente a cada una de las partes en litigio. Esto no está presente en MacCormick, quien centra su análisis en la derrota o no de una determinada pretensión jurídica, sin tomar en consideración las implicancias de ello para la pretensión opuesta. Lo cual, veremos, no es irrelevante.

Desde la perspectiva de Santiago Omar Riveros, su pretensión de que tenía una posición jurídica firme y derechos adquiridos en virtud de que su caso ya había sido resuelto por indulto del decreto 1002/89 y el posterior control de constitucionalidad realizado positivamente sobre el mismo por la Cámara Federal y luego no revocado por la Corte Suprema, *ha sido derrotada*. Ello así en virtud de ciertas circunstancias excepcionantes del principio de la cosa juzgada y de la prohibición de doble juzgamiento que la mayoría entendió que se verificaban en este caso (ver *supra*, los fragmentos extractados del fallo). Por el contrario, desde la perspectiva de los particulares presentados conjuntamente y de la Liga Argentina por los Derechos Humanos, su pretensión de inconstitucionalidad del decreto 1002/89 *no ha sido derrotada*: por el contrario, ha sido receptada, y es válida, provisionalmente.

Ahora, ¿qué pasa si incorporamos, por ejemplo, el voto en disidencia de Carmen Argibay, y entrecruzamos las perspectivas?

Desde la perspectiva de Riveros, su pretensión ya no resulta derrotada sino que es declarada válida, en tanto que desde la perspectiva de los particulares y la Liga Argentina por los Derechos Humanos, su pretensión ha sido derrotada.

Tal vez la siguiente figura permita visualizar más fácilmente la situación:



El punto es que la eventual derrota de una posición jurídica tiene siempre, está claro, su reverso en el “triumfo” (siempre provisional, siempre “derrotable”) de la posición contraria. Por lo tanto, si proponemos —como MacCormick— un acercamiento a la derrotabilidad desde la pragmática de los litigios adversariales, no podemos ignorar que en éstos hay, al menos, dos pretensiones encontradas, y que la derrota de una presupone el “triumfo” (o, al menos, la no–derrota) de la otra.

2) *¿Qué factor nos permite determinar que una pretensión ha sido o no ha sido derrotada?* Si la derrotabilidad es una propiedad que se resuelve en una mera constatación institucional de cómo ha sido resuelta autoritativamente una cuestión de derecho por el tribunal competente, la respuesta es bastante clara: en tanto no se trate de una sentencia arbitraria (o sea, en tanto estemos dentro de lo “discursivamente posible” o “racionalmente discutible”),<sup>26</sup> será el pronunciamiento por unanimidad o por mayoría del superior tribunal de la causa el que establezca si una determinada pretensión jurídica es o no derrotada.

Pero este no es en absoluto el rendimiento teórico que sus sostenedores —MacCormick entre ellos— esperan de la noción de derrotabilidad. Lo que esperan no es una mera constatación de cuál es el derecho vigente en la actualidad según los tribunales, sino una posibilidad de poder salvaguardar la idea de certeza en el derecho a pesar de los recurrentes vaivenes de la jurisprudencia. Dicho de otra manera: no se trata de ver cuál ha sido efectivamente la elección de un tribunal o de la mayoría de ellos respecto a un caso o tipo de casos. Se trata de que ciertas pretensiones jurídicas sobre las condiciones para ejercer un derecho pueden ser *genuinamente* derrotadas.<sup>27</sup>

Aquí empieza la perplejidad. Pues, según la idea de derrotabilidad genuina, no se trata sólo de que el superior tribunal decidió de tal o cual manera, sino de que “realmente”, “genuinamente”, en las circunstancias del caso, ciertos

valores o principios generales del derecho derrotaron la pretensión jurídica que una de las partes había creído válida. Y si aceptamos esto, entonces tenemos que aceptar que la derrota de determinadas pretensiones jurídicas no depende en absoluto de la decisión autoritativa de un tribunal que pone fin a un litigio, sino de otra cosa. Tenemos que aceptar que la derrotabilidad depende de condiciones que exceden la decisión judicial.

Una visión de este tipo enfrenta varios problemas. Para empezar, no se ve cómo la derrotabilidad genuina puede compatibilizarse con la idea de que la derrotabilidad misma es un asunto que se juega en la pragmática de los litigios. Si la derrotabilidad es genuina, y no depende de una sentencia judicial, entonces la pragmática de los litigios se torna totalmente irrelevante. A lo sumo, podrá ser una confirmación de lo que ya de por sí era correcto.<sup>28</sup>

Por lo tanto, en segundo lugar, exigiría que seamos capaces de establecer cómo es que los distintos principios y valores jurídicos juegan *correctamente* respecto de las circunstancias de cada supuesto concreto. Pero esta es una pretensión que MacCormick, y en general el resto de los teóricos de la Argumentación Jurídica, han rechazado abiertamente, posicionándose como críticos de la doctrina de la “única respuesta correcta”<sup>29</sup> propugnada por Ronald Dworkin.<sup>30</sup> El criterio de corrección que maneja MacCormick y la Teoría de la Argumentación Jurídica en general, inspirado en la teoría del discurso, no afirma la existencia de una sola respuesta posible, sino de un ámbito más o menos amplio delimitado por lo “discursivamente posible” (mediando entre lo “discursivamente necesario” y los “discursivamente imposible”).<sup>31</sup> Una gran parte de las sentencias judiciales se resiste a ser excluida de consideración por ser “discursivamente imposible” (diríamos, todas las sentencias que no pueden impugnarse como crasamente arbitrarias). Sobre todas ellas extiende su manto la corrección en tanto posibilidad discursiva. Para seguir con nuestro ejemplo, tanto el voto de mayoría como la disidencia en “Mazzeo” son respuestas jurídicas discursivamente posibles.

Por último, incluso si aceptáramos la posibilidad de establecer un mecanismo de razonamiento que nos permitiera realizar valoraciones correctas y, así, desplazar la centralidad de las decisiones judiciales, esto terminaría volviendo la idea de derrotabilidad contra sí misma. Porque para poder mostrar que dadas determinadas circunstancias, ciertos valores y principios jurídicos derrotan *genuinamente* cierta pretensión, debemos ser capaces de ofrecer *parámetros* —que no sean decisiones judiciales— en virtud de los cuales esa derrota se produce. Y si somos capaces de ofrecer estos parámetros, nuestro trabajo jurídico consistirá en construir un sistema de soluciones jurídicas correctas *a priori* (el viejo anhelo del iusnaturalismo racionalista...). Ya no tendría sentido decir que las pretensiones jurídicas desestimadas en virtud de un sistema tal son derrotadas: sencillamente son *equivocadas*. El par “derrota–validez (provisional)” es reemplazado por el par “error–verdad (definitiva)”.

Ni MacCormick, ni el resto de los teóricos de la derrotabilidad, están dispuestos a sostener una posición “extrema” como la de Dworkin o como la enunciada en el párrafo precedente. ¿Pero se puede hablar de derrotabilidad genuina sin adoptar una posición así? ¿No carecería eso absolutamente de sentido? Mi respuesta, es que sí, efectivamente, carecería de sentido... *a menos que tomemos como parámetro de corrección lo que el superior tribunal de la causa ha decidido*. En ese caso, es posible seguir hablando de derrotabilidad genuina, sin necesidad de apelar a evanescentes criterios divinos, naturales o racionalistas de corrección. *Sólo hay que estar dispuesto a renunciar a cualquier posicionamiento crítico frente a la decisión judicial autoritativamente superior*.

De esta manera, tras una apariencia de apertura a la evolución y al cambio —y si se quiere, en ese sentido, al progresismo—, el concepto de derrotabilidad se revela como una herramienta teórica altamente conservadora. No hace sino *legitimar* el *status quo* de las decisiones judiciales,<sup>32</sup> sean cuales sean.

Para hacer frente a esta crítica, MacCormick y *cía.* deberían, antes que nada, brindarnos un ejemplo de una pretensión jurídica genuinamente derrotada a pesar de haber sido acogida por el superior tribunal de la causa. Esto no se encuentra en ninguno de sus escritos. Esperamos.

## Notas

<sup>1</sup> Desarrollo con mayor extensión estas discusiones en un trabajo titulado “Estado de derecho y Certeza Jurídica”, a publicarse en *Anuario Ideas y Derecho* N° 7, Rubinzal–Culzoni (en prensa).

<sup>2</sup> Hart, H. L. A. (1948–49): “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, pp. 171–194 (tomo estos datos bibliográficos de Bayón, J. C.: “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico” en Bayón y Rodríguez, J. C., Rodríguez, J., *Relevancia normativa*).

<sup>3</sup> Ver Bayón, J. C.: “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, pp. 164–165. Este concepto de derrotabilidad tiene una vinculación muy clara con el de indeterminación del derecho. En ese sentido, ver el trabajo de Ródenas, A. (2001): “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas” en *Doxa* N° 24, pp. 63–83. Una visión crítica respecto de tal vinculación (construida sobre la base de una revisión de la Teoría del Significado, y a una distinción entre derrotabilidad de conceptos y derrotabilidad de enunciados —tales como las normas jurídicas—) puede encontrarse en Pazos, M. I. (2002): “Derrotabilidad sin indeterminación” en *Doxa* N° 25, pp. 441–470.

<sup>4</sup> Ver: Hart, H. L. A. (1997): *The Concept of Law*, Oxford University Press, Great Britain, p. 128.

<sup>5</sup> El art. 166, inc. 2 del Código Penal argentino se ha enfrentado a esta cuestión, indicando que el

uso de “armas de utilería” en un robo funciona como agravante de la pena. La constitucionalidad de este artículo ha sido controvertida, en tanto extendería el concepto de “arma” a objetos que intrínsecamente no lo son. Los Tribunales, mayoritariamente, no han hecho lugar a esta objeción. Para ello, se apoyan en la teleología del artículo, atendiendo al poder intimidatorio del objeto en las circunstancias del robo, más que a su naturaleza “intrínseca”. Al respecto puede consultarse el fallo Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, en autos “Villa, Alberto D. s/rec. de casación” (año 2007), *Considerando 1°* del voto del juez Hornos.

<sup>6</sup> Ver Hart, H. L. A. *op. cit.*, pp. 128–129. La importancia de las consideraciones teleológicas respecto de las reglas en tanto vía de minimizar su indeterminación al momento de su aplicación, ha sido puesta de resalto por Frederick Schauer, en su libro: (2004): *Las reglas en juego. Un exámen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas*, Marcial Pons, Barcelona. Hay un intento interesante de superación de los términos de esta discusión a partir de la interdisciplina entre derecho y psicología cognitiva, en el capítulo 8 (“How do rules work?”) del ambicioso estudio de Winter, S. (2001): *A Clearing in the Forest. Law, life, and mind*, University of Chicago Press, USA, pp. 186–222.

<sup>7</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 128.

<sup>8</sup> La escuela realista norteamericana ha enfatizado estos aspectos, coligiendo de ellos que las reglas son importantes en la medida en que ayudan a *predecir* el comportamiento de los jueces, y que por lo demás sólo son, como decía Karl Llewellyn, “lindos juguetes” (*The Bramble Bush*, Oceana, Boston, p. 9). La postura de Hart al respecto podría resumirse de la siguiente manera: la derrotabilidad de los conceptos jurídicos revela que el formalismo (“cielo de los conceptos jurídicos”) es un ideal inalcanzable, pero la reacción realista frente a esa revelación (el “escepticismo ante las reglas”) es exagerada. Una regla derrotable sigue siendo una regla. “Prometemos visitar a un amigo mañana. Cuando llega el día resulta que cumplir la promesa implicaría abandonar a alguien peligrosamente enfermo. El hecho de que esto sea aceptado como una razón adecuada para no cumplir la promesa sin dudas no significa que no haya una regla que exija que las promesas se cumplan, sino sólo una cierta regularidad en su cumplimiento. No se sigue del hecho de que tales reglas tengan excepciones incapaces de ser enunciadas exhaustivamente, que en toda situación estamos librados a nuestra discreción y que nunca estamos obligados a cumplir una promesa. Una regla que termina con la expresión ‘a menos que...’ es todavía una regla” (Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 139).

<sup>9</sup> Alchourrón, C. (1996): “On Law and Logic” en *Ratio Juris* Vol. 9, N° 4, diciembre, p. 341.

<sup>10</sup> MacCormick, N. (2007): *Institutions of Law*, Oxford University Press, Great Britain, p. 163.

<sup>11</sup> Carlos Alchourrón y sus seguidores usan una terminología diversa para decir lo mismo. Hablan de “condicionales derrotables”, los cuales expresarían meramente condiciones *contribuyentes*, sólo suficientes en conjunción con una serie de presupuestos implícitos en el contexto.

<sup>12</sup> Ver MacCormick, N. (2005): *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, Great Britain, p. 240 y ss.

<sup>13</sup> El tema de la distribución de la carga de la prueba ha sido objeto de una inveterada discusión doctrinaria. A la fecha, en el derecho positivo argentino, la balanza se ha inclinado hacia fijar el *onus probandi* sobre el supuesto de hecho de una norma a quien la invoque en su beneficio, postura célebremente sostenida por el profesor alemán Leo Rosenberg, en su libro: (2002): *La carga de la prueba*, B de F, Buenos Aires, (trad. de E. Krotoschin). En esta línea, el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial argentino establece que “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

<sup>14</sup> MacCormick, N. (2005): *Rhetoric and the Rule of Law*, *op. cit.*, p. 241.

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> Sobre la influencia de los principios y valores subyacentes sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas, ver también Battista Ratti, G. (2007): “The Consequences of Defeasibility” en *Analisi e Diritto* (a cura di Paolo Camanducci e Ricardo Guastini), pp. 261–278.

<sup>17</sup> MacCormick, N., p. 244.

<sup>18</sup> Sobre la derrotabilidad enfocada específicamente en el contexto de la decisión judicial, ver Godden, D. M. y Walton, D. (2008): “Defeasibility in Judicial Opinion: Logical or Procedural?” en *Informal Logic* Vol. 28, N° 1, pp. 6–19.

<sup>19</sup> Ver por ejemplo el fallo de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos “Asociación de Swingers c. Inspección General de Justicia”, o el fallo de la Sala K de la misma Cámara en autos “Asociación Lucha por la Identidad Travesti–Transexual c. Inspección General de Justicia”.

<sup>20</sup> Ver resoluciones N° 541/02 (firmada por Guillermo Enrique Ragazzi) y N° 1142/03 (firmada por Ricardo Augusto Nissen).

<sup>21</sup> Ver MacCormick, N., *Institutions of Law*, *op. cit.*, pp. 164–166.

<sup>22</sup> MacCormick, N., *Rhetoric and the Rule of Law*, *op. cit.*, p. 243. Ver también pp. 252–253.

<sup>23</sup> *op. cit.*, p. 248.

<sup>24</sup> En el voto se lee que: “Lo cierto es que los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo.

Por ello, tratándose el *sub lite* de la investigación de esa clase de delitos, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, el mismo resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes.

Por tal razón, resulta inocuo para la resolución del caso que hoy esta Corte entre a analizar si la facultad de indultar prevista en el art. 99 de la Constitución Nacional abarca a los procesados o no, o si tiene características similares a la amnistía o no, pues en definitiva dicha potestad del Poder Ejecutivo, así como las amnistías, quedan reservadas para delitos de distinta naturaleza que los que se investigan en el *sub lite*”.

<sup>25</sup> En esa línea, la mayoría de la Corte termina diciendo que: “los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justi-

ficar el instituto de la cosa juzgada y *ne bis in idem* no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad porque ‘los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche’ (voto de la jueza Argibay *in re*: Simón)”.

<sup>26</sup> De su voto, podemos extraer las consideraciones siguientes: “ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado o la diferente concepción de la equidad o la justicia que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida en que fueran compartidas por ellos.

Ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de derecho, es compatible con semejante consecuencia puesto que ese carácter supone que la opinión favorable (o desfavorable) de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las soluciones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes”.

<sup>27</sup> Para MacCormick es importante restringir el ámbito de *lo discutible* en el derecho. Partiendo de la “tesis del caso especial” de Robert Alexy [ver: (1979): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 205–280; “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, en *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, pp. 23–35; (1999) “La tesis del caso especial” en *Isegoría*, N° 21, pp. 23–35; (2002) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 529–554], en virtud de la cual el derecho es visto como un discurso específico dentro del género del discurso práctico, lo que se considerará como “discutible” será sólo aquello que sea *racionalmente* discutible. Se trata de “distinguir entre el uso de las palabras como meras armas de coerción o engaño intelectual, y su uso como instrumentos de persuasión razonable, donde la coerción aparece sólo en el sentido de la fuerza irresistible de un argumento. Es esta última, la argumentación como justificación racional, la que será tratada aquí. Y la cuestión será si puede haber Estado de derecho, en tanto el derecho sea aquello que puede ser discutible en este sentido” (*op. cit.*, p. 17). Ahora bien, la cuestión de hasta dónde los operadores jurídicos reales (abogados, jueces) se ajustan en sus discusiones a “lo racionalmente discutible”, es una cuestión que tanto MacCormick como el resto de los cultores de la teoría estándar de la argumentación jurídica explícitamente defieren a algún estudio empírico que quiera realizarse al respecto. Por supuesto, esta absoluta despreocupación por el trabajo de campo, incluso al mero nivel de referencias bibliográficas a estudios ya realizados (que no abundan, pero existen), no es de por sí criticable, pues no es necesario que una obra de teoría del derecho se involucre en la constatación de campo de

las temáticas que aborda. Sin embargo, resulta sintomática respecto de los puntos de partida teóricos preferidos por estos autores, y del alcance de sus teorías.

<sup>28</sup> *op. cit.*, p. 248.

<sup>29</sup> Por ejemplo, que el principio de la cosa juzgada es exceptuado cuando los delitos de lesa humanidad no han sido juzgados como correspondía por los Estados nacionales, tal como sucede cuando los culpables son indultados (voto de la mayoría en Mazzeo). Mas si, en cambio, la mayoría hubiera resuelto en el sentido de Argibay, diciendo que, nos gusten o no, las decisiones autoritativas finales del pasado no pueden revisarse sin transgredir los principios básicos del Estado de derecho, la mayoría estaría cometiendo un *error* jurídico, y la pretensión de Riveros sería igualmente derrotada, “de pleno derecho”, por decirlo de alguna manera.

<sup>30</sup> Ver por todos Aarnio, A. (1990): “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico” en *Doxa* N° 8, pp. 23–38; y Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 529 y ss.

<sup>31</sup> Ver, entre otros trabajos del autor, Dworkin, R. (2001): “Hard Cases” en *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Massachusetts, pp. 81–130; y (1986): *Law’s Empire*, Harvard University Press, Massachusetts.

<sup>32</sup> Ver Alexy, R. (1979): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, pp. 203–318; MacCormick, N. *op. cit.*, pp. 276–280.

<sup>33</sup> Siempre y cuando, aclaro una vez más, no sean manifiestamente arbitrarias (por no considerar material probatorio relevante, por desechar sin justificación normas aparentemente aplicables al caso, etc.). Pero para todo el espectro de decisiones diferentes que en un mismo caso pueden tomarse sin ser tachadas de arbitrarias, la derrotabilidad está siempre a disposición para cumplir su función de legitimación.

## **Racionalidad argumentativa y discurso práctico**

Apuntes para el análisis crítico–reconstrutivo  
de un argumento jurídico

Santiago Prono

El presente artículo analiza una parte de un fallo de un Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se trata del que pronunciara el Dr. R. Lorenzetti en el caso “Simón, Julio H. sobre privación ilegítima de la libertad”. El fallo, del 14/06/05, consta de 21 Considerandos, de los cuales analizaré el N° 19. La idea es reconstruir los argumentos planteados desde el punto de vista de la conexión entre el derecho y la política que se plantea en el contexto de la democracia deliberativa, y que tiene que ver con la tesis, explícitamente citada por el juez, de la identidad de origen entre Estado de derecho y soberanía popular. Específicamente, mi objetivo es analizar los fundamentos de la estrategia argumentativa a la que en parte apela el Dr. R. Lorenzetti para justificar su fallo en esta causa sobre la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia debida y Punto final. En tal sentido veremos que dicha estrategia no está suficientemente desarrollada como debería, lo cual dificulta u oscurece el sentido de su justificación. Por ello, y teniendo en cuenta el trasfondo filosófico de algunos de los presupuestos de la tesis en cuestión, sugeriré el modo en que habría que proceder para justificar adecuadamente los argumentos propuestos.

La estrategia argumentativa adoptada por Lorenzetti no sigue una línea clara y definida, pero no porque alterne entre el punto de vista universal y el punto de vista, digamos, sociohistórico, sino porque no explica por qué lo hace, o cómo puede fundamentarse tal conexión. Su planteo es el siguiente. En primer lugar sostiene que “la afirmación de que la fuente normativa es el derecho internacional humanitario positivizado, permite seguir admitiendo una regla de reconocimiento de lo que es legal y de lo que no lo es”. A continuación afirma, sin embargo, que son necesarias algunas aseveraciones complementarias, pues “el derecho es un sistema de reglas y de principios, y estos últimos permiten una apertura hacia las *consideraciones morales* del derecho”, que representan, en contraposición a la citada regla de reconocimiento, un punto de vista universal. Seguidamente vuelve a la posición anterior al afirmar que “las proposiciones normativas exhiben una pretensión de verdad o corrección que las vincula con la *visión ética* del derecho [que puede entenderse en el sentido hegeliano de un conjunto de creencias, costumbres, actitudes o ideales que configuran una “personalidad cultural básica”,<sup>1</sup> y que corresponden a una sociedad sociohistóricamente situada],<sup>2</sup> lo cual en el campo de los Derechos Humanos permite una conciliación de su tutela con la aplicación de los principios republicanos”, manteniéndose de este modo en esta última perspectiva. A continuación, y nuevamente, parece retomar el punto de vista universal de la moral antes señalado cuando sostiene que “esta pretensión de fundamentabilidad ética de la legislación ha llevado a sostener que el legislador puede dictar una ley que revela una insostenible contradicción con la justicia, y que el ciudadano *no* debe obedecer” [porque transgreden principios universales].

Estas idas y vueltas entre la moral universalista y la ética, entre puntos de vista liberales y republicanos del derecho, *tal como están presentadas*, no parecen aportar demasiado a la justificación del fallo, puesto que el autor pretende combinar ambas perspectivas como estrategia argumentativa de fundamentación *sin dar cuenta* de los fundamentos conceptuales a los que apela y que están presupuestos en ella, y que son los que permiten justificar el tipo de conexión sugerida.

Para justificar estos enunciados Lorenzetti apela a la articulación que J. Habermas establece entre Estado de derecho, que supone el reconocimiento de los Derechos Humanos, universales e individuales, y Soberanía popular o democracia, que subraya el principio de igualdad, privilegiando el punto de vista de la comunidad antes que la del individuo (y con las connotaciones socioempíricas que esto comporta). Se trata, en definitiva, de la conexión interna entre algunos de los aspectos distintivos de las tradiciones liberal y republicana de la política, y que permite dar cuenta de los rasgos esencialmente democráticos del derecho. Sin embargo, el juez sólo menciona la propuesta habermasiana. Nada más. No la desarrolla, ni hace otro tipo de mención al

respecto que permita comprender cómo puede justificarse tal articulación. Lo que está faltando es, al menos, una explicitación de las razones que permitirían combinar ambos puntos de vista tal como se propone en algunos pasajes del fallo. Para ello entiendo que es necesario, al menos, señalar las bases teóricas que el juez presupone.

Históricamente, el Estado liberal —que por lo menos se remonta a los escritos políticos de Locke— se configura como resultado de una lucha contra la consolidación del Estado absoluto y en defensa de la autonomía moral del individuo, otorgándole determinados derechos fundamentales que son reconocidos constitucionalmente y en principio inviolables, y que constituyen el límite material al que deben subordinarse los poderes y funciones del Estado dado que son independientes y anteriores a toda diferenciación en términos de leyes públicas, y por lo tanto anteriores al Estado mismo. De este modo el presupuesto filosófico del Estado liberal es la doctrina del derecho natural (o iusnaturalismo), doctrina según la cual el hombre, en tanto que tal, tiene por naturaleza algunos derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, etcétera.<sup>3</sup>

Desde el punto de vista liberal, el Estado —necesaria e idealmente mínimo con el objeto de eliminar toda potencial perturbación que implique una ingerencia injustificada en la esfera individual de las personas privadas— debe canalizar mediante el proceso democrático los intereses que entran en juego en el contexto de la interacción social de modo que no se vean afectados los derechos subjetivos.<sup>4</sup> De acuerdo con esto se propone una necesaria separación entre el Estado y la sociedad, cuyos individuos se mueven por el autointerés, idealmente, siempre dentro de los límites que marca la ley. Por este motivo, “la dirección de choque de la argumentación liberal tiene por blanco ese potencial de perturbación que representaría un poder del Estado que impidiese el tráfico social espontáneo de las personas privadas.”<sup>5</sup>

Por el lado de la tradición republicana el procedimiento democrático de la formación de la voluntad se efectúa bajo la forma de un autoentendimiento ético-político que presupone un consenso de fondo inmanente a la cultura que une a todos los sujetos que la componen. Se trata de una precomprensión sociointegradora que sobre la base de la autoorganización concibe la posibilidad, y necesidad, de que una comunidad se dé a sí misma sus propias leyes con toda libertad. En este sentido las leyes sólo son legítimas si proceden de una formación democrática de la voluntad. Este modo de entender la interacción social en la que se subraya la dimensión comunitaria de la misma comporta un igualitarismo totalizante que idealmente debería suprimir las diferencias sociales a partir de la idea de bien común que todos comparten.<sup>6</sup> Esto implica la idea de una sociedad homogénea, políticamente estructurada, que por supuesto es prioritaria respecto del punto de vista del individuo. Se trata de una

revitalización de la opinión pública que tiene como consecuencia una idea de democracia entendida como autoorganización política que (polémicamente) se dirige contra el poder estatal burocráticamente autonomizado.<sup>7</sup> Este es el motivo por el cual afirma Habermas que para la tradición republicana que de aquí se sigue, el gobierno, más bien comisión que órgano del Estado, es parte de una comunidad política que se administra a sí misma, y no cúspide de un poder estatal separado.<sup>8</sup>

Ahora bien, ¿es posible sostener que, aun estas diferencias, ambas perspectivas no sólo que no se excluyen mutuamente, sino que se presuponen? Dar una respuesta consistente a este interrogante permitirá situarnos en mejores condiciones, teóricamente hablando, para retomar el argumento señalado y propuesto por Lorenzetti para justificar su fallo.

La cuestión entonces es ¿de qué modo es posible sostener esta intuición según la cual habría una tal conexión interna entre ambas perspectivas (Derechos Humanos —que se centra en la perspectiva del individuo—, y democracia —que hace lo propio con la perspectiva de la comunidad y la igualdad—), que es lo que Lorenzetti sugiere en su fallo en términos de concepciones liberales y republicanas del derecho? La idea del juez es que hay una conexión interna entre ambas perspectivas, conexión que, como vimos, sólo menciona y no explicita.

Pues bien, el punto en cuestión aquí es que el carácter igualmente originario de la autonomía privada y la autonomía pública se justifica en la idea de que los Derechos Humanos posibilitan la praxis de la autodeterminación de los ciudadanos en términos de soberanía popular. En efecto, no hay derecho alguno sin la autonomía privada de las personas jurídicas; esto significa que sin derechos fundamentales que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habría tampoco medio alguno para la institucionalización jurídica de aquellas condiciones bajo las cuales los individuos en su papel de ciudadanos podrían hacer uso de su autonomía pública. Ahora bien, y por otro lado, tales derechos fundamentales que respaldan la autonomía privada sólo pueden lograr una regulación susceptible de consenso si los sujetos, en cuanto ciudadanos, pueden hacer uso apropiado de su autonomía pública en el contexto de un Estado de derecho en el que adopte preponderancia el carácter democrático del mismo.

Es cierto entonces que los derechos subjetivos, que subrayan la centralidad del punto de vista del individuo, y que es el punto de vista en base al cual está estructurado el derecho positivo moderno, posibilitan la soberanía popular. De hecho la práctica de autolegislación de ciudadanos autónomos que en conjunto quieren hacer valer sus derechos políticos, sólo adquiere validez en el medio que representa el derecho, pero la constitución y vigencia de éste a su vez depende de procedimientos intersubjetivos de reconocimiento que

llevan a cabo ciudadanos que ejercen derechos no subjetivos sino políticos: “los presupuestos comunicativos por los que los ciudadanos juzgan a la luz del principio discursivo si el derecho que ellos establecen es derecho legítimo deben ser, por su parte, institucionalizados bajo la forma de derechos civiles políticos”. Se trata pues de una implicación material, en donde cada uno (de los derechos) se vale de los recursos que cada uno aporta al otro.<sup>9</sup>

Esta mutua presuposición entre autonomía privada y autonomía pública que la citada tesis de la identidad de origen entre Estado de derecho y soberanía popular señala, se fundamenta a partir de la reconstrucción que Habermas propone de los presupuestos operantes en los procedimientos originarios de la práctica constituyente del Estado de derecho democrático, y sobre el cual es necesario detenernos un momento a fin de dar cuenta de las razones que permiten justificar la conexión señalada. Él parte de una situación originaria, en la cual un cierto número de personas libre y voluntariamente inician una práctica constituyente fijando *in abstracto* determinadas categorías de derechos que determina el *status* de personas jurídicas. Se trata de derechos fundamentales que otorgan a los participantes originarios de la práctica en cuestión:

- 1) la mayor cantidad posible de libertades de acción individuales iguales para todos;
- 2) la configuración autónoma del status de miembros de una asociación voluntaria de sujetos de derecho; y
- 3) una protección jurídica individual igual para todos; esto implica que la institucionalización del código que es el derecho exige que se garanticen los procedimientos jurídicos por los que cada persona que se sienta menoscabada en sus derechos pueda hacer valer sus pretensiones.

En conjunto, estas tres clases de derechos fundamentales, sin las cuales no hay derecho legítimo, dan cuenta de la justificación del Estado liberal como resultado del acuerdo entre individuos en principio libres que convienen en establecer los vínculos estrictamente necesarios para una convivencia duradera y pacífica.<sup>10</sup>

Lo que están haciendo los participantes hasta aquí es reconocerse mutuamente como beneficiarios y destinatarios del derecho. Ahora bien, si pretenden prolongar en el tiempo el reconocimiento de estos requisitos que regulan su interacción, necesitan incorporar una cuarta categoría de derechos que consistente en atribuirse unos a otros el poder que corresponde a un legislador político introduciendo derechos de carácter fundamentalmente político. La idea es que la autonomía jurídica de los ciudadanos exige que los destinatarios del derecho puedan comprenderse al mismo tiempo como los autores del mismo. Se trata, pues, de derechos fundamentales que:

4) surgen de la configuración autónoma del derecho orientada en dirección a una participación en la legislación política en condiciones de una igualdad de oportunidades.

Este tipo de derecho implica un cambio de perspectiva pues ya no se considera desde fuera, por así decir, la regulación jurídica ejercida sobre los sujetos, sino que ahora son los mismos ciudadanos quienes han de poder aplicar por su propia cuenta el principio del discurso como medio necesario para autolegislar (y que sólo puede hacerse a través de la instancia que representa el derecho mismo). Ahora son los ciudadanos mismos quienes deliberan acerca de, y —en el papel de legisladores constituyentes— deciden cómo, han de estructurarse los derechos que garanticen la participación de todos en los procesos de deliberación y decisión relevantes para la producción de normas, de manera que en ellos pueda hacerse valer por igual la libertad comunicativa de cada uno de posicionarse frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica.<sup>11</sup>

De este modo, el punto de partida de esta estrategia habermasiana de fundamentación de la relación en cuestión es el procedimiento de conformación y establecimiento de la constitución que los ciudadanos asociados se conceden a sí mismos. Si bien está claro que se trata de un procedimiento que, como señala nuestro autor, en realidad sólo discurre en el pensamiento, lo cierto es que los derechos subjetivos garantizan la autonomía política pero poniendo en práctica derechos, ya no subjetivos, que es lo propio del liberalismo, sino políticos: “la igualdad de derechos políticos para todos se sigue, por tanto, de una juridificación simétrica de la libertad comunicativa de todos los miembros de la comunidad jurídica; y esa libertad comunicativa exige a su vez modos de formación discursiva de la opinión y la voluntad políticas que haga posible un ejercicio de la autonomía política poniendo en práctica derechos políticos”.<sup>12</sup> Por esto afirma Habermas que, introduciendo los derechos de este modo, se vuelve comprensible la copertenencia de derechos del hombre y soberanía popular, es decir, la cooriginalidad de autonomía pública y autonomía política, y por lo tanto, la cooriginalidad de las concepciones liberal y republicana del Estado de derecho democrático.

Una adecuada presentación y correspondiente justificación de la conexión en cuestión, y es lo que falta en la parte del fallo que estamos analizando, implica entonces la necesidad de distinguir cuidadosamente dos etapas: por un lado está la explicitación conceptual del lenguaje de los derechos subjetivos en el contexto de los cuales se asocian libre y voluntariamente sujetos jurídicos iguales que se determinan a sí mismos, que constituye una clara manifestación y explicitación del principio de la soberanía popular de carácter republicano; y, por el otro lado, también está la etapa de la realización fáctica

de estos derechos, que presupone una instancia que concibe a esta práctica de autodeterminación como un proceso de realización y configuración progresiva del sistema de derechos fundamentales. Se trata éste de un procedimiento por el cual aquel principio de la soberanía popular se efectiviza dentro de la idea del Estado de derecho.<sup>13</sup> Por esto afirma Habermas que la intuición que hemos venido señalando se explicita reconstruyendo el carácter cooriginario de autonomía privada y pública, pues ambas “se presuponen mutuamente de modo tal que los Derechos Humanos no pueden reclamar ningún primado sobre la soberanía popular, o ésta sobre aquellos”.<sup>14</sup>

Este es entonces el trasfondo filosófico que, en la medida en que es explicitado, permite dar sustentabilidad argumentativa a aquello que, me parece, el juez de la Corte con razón pretendió señalar, aunque sólo sugiriéndolo, y no desarrollándolo como la justificación de un fallo requiere. Esto último es lo que está pendiente.

Sobre la base del precedente análisis concluimos que la parte de la argumentación propuesta por Lorenzetti que aquí hemos analizado no está debidamente desarrollada, lo cual dificulta su comprensión, y afecta su pretensión de justificación. El problema fundamental es lo que el fallo deja afuera, lo que no explicita, y que hay que presuponer o adivinar si no se conoce el trasfondo teórico al que en parte se refiere el juez mediante las citas que señala. En tal sentido, hemos intentado dar cuenta del modo en que habría que proceder para completar la fundamentación de la parte de la argumentación citada, y a la que el ministro de la Corte apela para justificar su fallo. Para esto fue necesario señalar el tipo de articulación entre autonomía pública y autonomía privada que Habermas, que el mismo juez cita, establece en el contexto del debate acerca del vínculo interno entre democracia y Estado de derecho y, en última instancia, entre concepciones republicanas y liberales del derecho. La idea sugerida por Lorenzetti respecto de la conexión entre estas dos últimas concepciones, sólo es posible de sostener si se precisa la tesis que subraya el carácter igualmente originario de los clásicos derechos políticos del ciudadano y los derechos de libertad, y que expresa la conexión interna que en la teoría habermasiana del derecho y de la democracia se evidencia entre la *Facticidad* y la *Validez*.

## Notas

<sup>1</sup> Para un análisis de la diferencia entre ética y moral concibiendo a aquella en el sentido que aquí señalamos, cfr. Hegel, G.W.F., *Filosofía del derecho*, “Introducción”. Hay varias ediciones.

<sup>2</sup> Esto no implica relacionar la ética con el relativismo, pues no significa que se contraponga a la posibilidad de fundamentación racional.

<sup>3</sup> Cfr. Bobbio, N. (1989): *Liberalismo y democracia*, FCE, México, p. 7 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. Habermas, J. (1999): *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, pp. 232–233, 252–253. Cfr. también de este autor (2004): “Estado de derecho democrático. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?” en *Tiempos de transiciones*, Trotta, Madrid, pp. 141–161.

<sup>5</sup> Habermas, J. (1994): *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt, p. 351 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. Habermas, J.; *Tiempos de transiciones* (cit.), pp. 142–145

<sup>7</sup> Cfr. Habermas, J.; *Faktizität und Geltung*, (cit.), pp. 359–360.

<sup>8</sup> Ídem, pp. 364–365.

<sup>9</sup> Ídem, p. 255; cfr. *Tiempos de transiciones* (cit.), p. 161.

<sup>10</sup> Cfr. Bobbio, N., *op. cit.*, p. 14.

<sup>11</sup> De Habermas, J. *Tiempos de transiciones*, *op. cit.*, pp. 157–158, y *Faktizität und Geltung*, *op. cit.*, pp. 154–157.

<sup>12</sup> Habermas, J., *Faktizität und Geltung*, *op. cit.*, p. 159. En opinión de Habermas este momento de idealización del derecho naturalmente sólo puede tornarse efectivo mediante el poder de sanción del Estado, que poseyendo el monopolio legítimo de la fuerza contribuye decisivamente a la estabilización y perpetuación del sistema jurídico. De todos modos, también aquí se explicita una dialéctica entre derecho y Estado, en la medida en que la legitimidad de tal monopolio a su vez depende de la fuente de justicia que otorga el derecho. Cfr. Habermas, *Faktizität und Geltung*, *op. cit.*, p. 166 y ss.

<sup>13</sup> Habermas, J., *Tiempos de transiciones*, *op. cit.*, p. 159.

<sup>14</sup> Habermas, J.; *La inclusión del otro*, *op. cit.*, p. 255.

## **Derecho y hermenéutica**

### Algunas cuestiones acerca del problema de la interpretación jurídica

Diana María López

La insistencia en la centralidad de la distinción entre interpretación *subjetiva* y *objetiva* de la ley, ahora ya casi abandonada por la metodología del derecho más reciente, en cuanto que se funda en una distinción rígida entre voluntad del legislador y voluntad de la ley, incapaz de registrar la inexistencia de una formulación definitiva de la ley misma, ha dado lugar a no pocas controversias a la hora de entender lo que deba concebirse por “interpretación” en el contexto del abordaje de los textos jurídicos.

El trabajo comienza señalando algunas líneas generales acerca del surgimiento histórico de la hermenéutica hasta su resolución en el controvertido debate sobre el sentido de la *interpretación* en el contexto del pensamiento de autores contemporáneos, entre los que se encuentran aquellos provenientes del campo filosófico como Hans–George Gadamer, y del jurídico como Giuseppe Zaccaria y Ronald Dworkin. En el último punto, se transcriben párrafos de un fallo de la Corte Suprema de Justicia en los que se apela a la noción de “interpretación” con relación a la comprensión del sentido de términos constitucionales como el de “autonomía” (art.75, inc.19), entre otros. Con este análisis se trata de poner de manifiesto el carácter controvertido que la terminología jurídica suele ofrecer al momento de aplicar el enunciado abstracto de la norma a casos concretos.

## Presentación

La historia de la interpretación de textos comienza, en la época moderna, con las traducciones de Lutero y con el escrito de Matthias Flavius Illyricus, *De ratione cognoscendi Sacras Literas*, publicado en 1567. Sin embargo, es a principios del siglo XIX (a partir de 1805) cuando Friedrich Schleiermacher se comenzó a preguntar si podría existir una hermenéutica que no fuese una colección de consejos *ad hoc* para la solución de problemas específicos con respecto a la interpretación de textos sino más bien una *allgemeine Hermeneutik*, una “hermenéutica general”, que se ocupara del “arte del entendimiento” como tal, que concerniera a la “estructura y función del entendimiento”. En 1805, escribió una nota aforística titulada “Lo que todo niño hace cuando construye una nueva palabra que no conoce es hermenéutica”.

Siguiendo al universalismo de Kant, podríamos decir que buscaba las “condiciones universales” de todo “entendimiento” en el lenguaje. *Allgemeine* se puede traducir como “general”, pero también como “común” para todos, o “universal”. Es decir que Schleiermacher, aunque era un teólogo que se ocupaba del texto bíblico, estaba interesado por una “hermenéutica universal”. Su proyecto y sus disertaciones al respecto no atrajeron muchos seguidores, pero en 1840 se publicó un volumen póstumo de sus escritos sobre crítica y hermenéutica titulado *Hermeneutik und Kritik*.

Por su parte, el biógrafo de Schleiermacher, Wilhem Dilthey, medio siglo después, comenzó a ver verdaderas posibilidades de continuar el proyecto de la hermenéutica general de Schleiermacher como una “metodología general de las humanidades y de las ciencias sociales”, un *allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*. Como parte de un bosquejo mucho más extenso del sistema de Schleiermacher como filosofía y teología, emprendió la tarea de realizar una historia de la hermenéutica tal como se desarrolló desde la Reforma, básicamente una hermenéutica teológica, que puede hallarse en el volumen 2 de la obra de Dilthey *Leben Schleiermachers* (595–677). Para Dilthey, la hermenéutica era aún una metodología, pero ahora una metodología general que él esperaba convertir en el fundamento teórico de todas las ciencias humanas y sociales. No lo logró, pero igual representaba un ideal interesante, hasta podríamos decir un noble ideal, un sueño no cumplido que luego Emilio Betti (1890–1968) retomó en 1955 en su obra de tres volúmenes *Teoria della interpretazione* (traducida al alemán como *Allegemeine Auslegungslehre*, una publicación de J.C.B. Mohr que data de 1967). El volumen de Betti no suscitó demasiado interés y a su debido tiempo dejó de publicarse, pero al menos recorrió sistemáticamente varias disciplinas para demostrar la aplicación de su propia teoría general de la interpretación. El problema era que, desde un punto de vista filosófico, la postura de Betti era una reliquia del pasado.

La interpretación es en este contexto para Betti, la “reproducción” del texto original.

Como el último momento más importante en esta historia de la hermenéutica, debe destacarse a Hans–Georg Gadamer, filósofo alemán y asistente de Heidegger durante cinco años en Marburgo, desde 1923 a 1928, quien descubrió en el pensamiento de Heidegger —tanto en *Ser y tiempo* como en el ensayo de 1935 titulado “*Der Ursprung des Kunstwerkes*” (“El origen de la obra de arte”, pp. 139–212 de los *Escritos Básicos* de Heidegger)— la base para una “hermenéutica filosófica”. Gadamer fue el primero que utilizó el término “hermenéutica filosófica” para referirse a su filosofía y, de hecho, esto aparece en el subtítulo de *Verdad y método*. Este subtítulo es: “Elementos de una hermenéutica filosófica” (“*Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*”).

Con sus tesis de 1) la inseparabilidad del conocer y del interpretar y del interpretar y el aplicar y, 2) la insistencia de la interpretación en la realidad misma que habrá de interpretarse, la hermenéutica ha abierto camino a una amplia gama de reconsideraciones de los temas del “comprender”, del “significado” y del “lenguaje”.

## **La hermenéutica de Hans–George Gadamer**

Gadamer presentó los lineamientos fundamentales de la hermenéutica filosófica en la obra *Wahrheit und Methode*, título que indica la ruptura del moderno reinado absoluto del método. Este libro rehace en sentido ascendente la teoría de los tres rasgos existenciales del *Dasein*: lo repiensa en conexión con la realidad dada, la tradición y el pasado.

Precisamente, la segunda sección de la segunda parte de *Verdad y método* puede ser vista como centro fundamentante de la hermenéutica filosófica. Eso se realiza elevando la historicidad del comprender a principio universal, en un desarrollo en cuatro momentos, a partir de la idea del círculo hermenéutico. Como típico ejemplo de ascenso desde el fondo impensable aparece así la necesidad de enfrentarse a la función del prejuicio en todo proceso de comprensión. El segundo paso muestra que los prejuicios son condiciones del comprender: los conceptos de autoridad, tradición y lo clásico dan pautas para eso. Así preparada, la idea de la hermenéutica filosófica se decanta en el tercer paso; en él se expone “el significado hermenéutico de la distancia temporal” (Gadamer, 1965:275 y ss.). El círculo hermenéutico no es de naturaleza formal; no es subjetivo y objetivo “sino que describe el comprender como juego recíproco de los movimientos de la transmisión histórica (*Überlieferung*), y del intérprete” (277). En este juego los extremos son la total extrañeza y la total familiaridad. La tradición, o sea lo que se transmite

como inherente a la historia, “es el *entre* la objetividad historiográficamente mentada, distante, y la pertenencia a una tradición (*Tradition*). *En este entre se halla el verdadero lugar de la hermenéutica*” (279). “Distancia temporal” aparece así como concepto filosófico–hermenéutico básico, pues dicha distancia no es un vacío que deba ser sorteado como obstáculo sino el *plenum* de realidad e inventiva en el que se consuma la comprensión. Para nosotros representa, en consecuencia, el conjunto de posibilidades de consumación del objeto original (ley, texto, experiencia). A juicio de Gadamer, tal tesis no es historicista (“concepciones de vida”, “formas de vida”, “relativismo”) sino que contiene la superación de tal actitud: en efecto, piensa el sentido de la historicidad que el historicismo olvida. “Una hermenéutica adecuada debiera mostrar la efectiva realidad de la historia en el mismo comprender. Llamo ‘historia realizante o efectuante’ (*Wirkungsgeschichte*) a lo así demandado. Según su esencia, comprender es un proceso histórico–realizante” (283). El cuarto paso consiste en desarrollar el principio de la historia efectuante, que implica eliminar la conciencia histórica tradicional, con su idea de horizontes epocales cerrados. A eso se opone la idea de la fusión de horizontes que acaece en y como comprensión (289). Sólo así adquiere sentido el problema central de la hermenéutica, que se identifica, según se indicó al comienzo, con el problema de la aplicación y concierne prioritariamente a la hermenéutica jurídica.

En este punto Gadamer empieza a reinterpretar la historia de dicho pensamiento desde el principio obtenido. Los tres momentos tradicionales de la hermenéutica son *intelligere*, *explicare* (o sea interpretación propiamente dicha) y *applicare*. La hermenéutica es una en su triplicidad y la aplicación le es esencial. Lo que une a las hermenéuticas filológica, jurídica y teológica es el reconocimiento de que la aplicación es un momento integrante de todo comprender. “Comprender siempre es aplicar” (292). Esto conduce a Gadamer a sostener que la concepción heideggeriana del comprender expone un rasgo ontológico del existir humano al punto que, por ejemplo, respecto de un texto jurídico, no son dos actos separados sino un proceso unitario (293). Dado que la hermenéutica no es un “método” sino que formula las condiciones universales que hacen posible cualquier comprensión de sentido (Dilthey, Gadamer, Ricoeur), sólo la aplicación “es la real comprensión (*Verständnis*) de lo universal, que es el texto dado para nosotros” (323; cfr. 322). En este orden, lo comprendido se introduce a sí mismo en el “horizonte del comprender”, lo cual en términos jurídicos significa que se extiende la interpretación de lo dicho por el texto más allá de su tenor literal y que, lejos de “subsumir” sencillamente el caso bajo la ley, la denominada “aplicación del derecho”, abre un amplio espectro de posibilidades dando cumplimiento a un *papel activo–creador* prácticamente ilimitado.

## Hermenéutica y hermenéutica jurídica

La ciencia jurídica, por antiquísimo derecho, conserva la prerrogativa de ser origen, *locus naciendi*, de la hermenéutica.

Según Giuseppe Zaccaria, la cuestión de la interpretación puesta en primer plano por la hermenéutica de Gadamer, representa “un nuevo despertar de la conciencia hermenéutica de los juristas, después de que durante todo el siglo XIX y buena parte del XX el modelo del buen legislador había prevaído netamente sobre el modelo del buen intérprete [...] La teoría hermenéutica del derecho ha dado pasos de gigante en el siglo XX, propiciando un acercamiento entre el momento normativo y el momento interpretativo-aplicativo”. En este contexto, se ponen de manifiesto algunos problemas centrales. Según Zaccaria, el más importante “está representado por los límites de la interpretación, por la cada vez más clara necesidad de precisar y redefinir los límites intrínsecos y estructurales propios del mismo interpretar”.

Este problema, continúa el autor, “puede ser afrontado desde distintos puntos de vista: interrogándose, por ejemplo,

- si la interpretación está sujeta a vínculos y, en caso de una respuesta positiva, aclarando cuáles son estos; o preguntándose
- si el concepto mismo de interpretación debe ser delimitado, disociándolo de un modo de entenderlo que lo dilata, presuponiendo en último análisis que todo es interpretación”.

Para Zaccaria, “no es difícil entender que el hecho de que este tema se presente hoy como central es el preciso efecto de la amplia difusión de la problemática de la interpretación en nuestras sociedades pluralistas. Perdidas hoy, definitivamente, aquella homogeneidad de valores y aquella comunidad de *ethos* y de bienes compartidos en los que se basaba la idea de una objetividad y de una certidumbre de los resultados de la actividad interpretativa —y, por lo tanto, no pudiéndose ya proponer, por sus excesos de unilateralidad, la concepción iuspositivista del derecho— se fueron imponiendo paulatinamente la pluralidad y el conflicto de las interpretaciones. Empero, frente a la tentación difundida y recurrente, que pretende sugerir que nada hay más que interpretaciones, no puede dejar de surgir inmediatamente la exigencia urgente de interpretaciones correctas. En efecto, dice Zaccaria, “en contextos fuertemente pluralistas existe el peligro concreto de que la interpretación resulte subjetiva y arbitraria, [...] la justicia se vea reducida a una formalidad virtualmente desprovista de significado, y el derecho devenga intrínsecamente injusto”.<sup>1</sup>

Por su parte, Ronald Dworkin considera que la práctica jurídica constituye un ejercicio de interpretación no solamente cuando los juristas interpretan disposiciones concretas sino en general. Propone mejorar la comprensión del derecho

comparando la interpretación jurídica con la interpretación que se realiza en otros terrenos del conocimiento y considera que el derecho, cuando se comprenda mejor, permitirá entender mejor lo que es la interpretación en general.

En su trabajo “El derecho como interpretación”,<sup>2</sup> Dworkin plantea que el problema principal de la jurisprudencia analítica es el siguiente: ¿qué sentido debe darse a los enunciados legales?, es decir, a las diversas opiniones que sostienen los juristas acerca de cuál es el derecho aplicable a una u otra cuestión. Dado que los enunciados legales pueden ser muy abstractos y generales, o pueden ser relativamente concretos o muy concretos, en cada caso surge una cuestión problemática. ¿Qué quieren decir exactamente? ¿Podemos o no podemos llegar a saber qué es lo que hace que sean verdaderos o falsos? Según Dworkin, muchos juristas y filósofos del derecho “acostumbran a decir que el derecho es una cuestión de *interpretación*, pero solamente, quizá, porque entienden la interpretación de una determinada manera. Cuando una norma (o la Constitución) es confusa en algún punto, porque algún término crucial es vago o porque alguna frase es ambigua, los juristas dicen que esa norma debe ser interpretada, y aplican lo que denominan técnicas de construcción normativa. La mayor parte de las publicaciones especializadas asume que la interpretación de un documento determinado consiste en descubrir lo que sus autores (los legisladores, o los delegados de la asamblea constituyente) querían decir al usar las palabras que usaron. Pero los juristas reconocen que en muchos casos el autor no tenía una intención definida y que en otros su intención no puede descubrirse” (Dworkin, 1983:207–208).

La tesis de Dworkin es que la idea de interpretación no puede constituir una base general de la naturaleza o valor de verdad de las disposiciones legales, a menos que quede liberada de las asociaciones con el significado o la intención del creador de la norma. Es decir, si la interpretación ha de formar la base de una teoría diferente y más plausible de las disposiciones legales, debemos entonces desarrollar una explicación más amplia de lo que es la interpretación. Así, dice: “eso significa que los juristas no deben tratar la interpretación como actividad *sui generis*. Debemos estudiarla como actividad general, como modo de conocimiento, atendiendo a otros contextos en que se desarrolla dicha actividad” (209).

## **El término “interpretación” en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 06/05/2008

Partes: Ministerio de Cultura y Educación – Estado Nacional

Publicado en: *La Ley*

Hechos:

La Cámara de Apelaciones de La Plata rechazó el pedido de inconstitucionalidad de la Ley 24521 formulado por la Universidad Nacional de La Plata con sustento en que fue promulgada en forma parcial por el decreto 268/95, sin que el Congreso hubiera dado cumplimiento a lo previsto en el inc. 3° del art. 99 de la Constitución Nacional. Asimismo, hizo lugar a las observaciones del Ministerio de Cultura y Educación a diversas normas del Estatuto de la Universidad demandada, por no adecuarse a la Ley de Educación Superior. Contra tal pronunciamiento dicha casa de estudios interpuso recurso extraordinario que fue concedido. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia apelada.

Normas consideradas:

Constitución Nacional, art. 75 inc. 19:

Corresponde al Congreso: “Sancionar leyes de organización y de base de la educación [...] que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la *autonomía* y autarquía de las universidades nacionales.

Sumarios

En el punto 2 se señala:

Debe rechazarse la observación de los arts. 1; 6; 52 inc. 26; 113 y 144 del Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata, sustentada en que garantiza la gratuidad en términos absolutos, omitiendo aludir a la equidad, pues, ambos principios no son excluyentes y la Universidad, en ejercicio de su *autonomía*, ha considerado que disponer del principio de gratuidad para el grado se compatibiliza con el principio de equidad.

Texto completo

Buenos Aires, mayo 6 de 2008.

Vistos los autos: “Ministerio de Cultura y Educación – Estado Nacional s/art. 34 de la Ley 24521”. Considerando

A continuación señalaremos aquellos párrafos en que aparece el término “autonomía” puesto que es éste, entre otros, el que va a dar lugar, según los expositores, a la necesidad de “interpretación”.

En el punto 9 se hace referencia a la necesidad de “efectuar con carácter previo al debate el análisis del art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional”. Así dice:

9) Que el tratamiento de las cuestiones en debate requiere efectuar con carácter de previo el análisis del art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional, en cuanto impone al Congreso la obligación de dictar leyes de organización y de base de la educación teniendo en mira el

cumplimiento de una serie de principios, entre los cuales se encuentran el de garantizar la gratuidad y la equidad de la educación pública, reconociendo al mismo tiempo, la *autonomía* y autarquía de las universidades nacionales.

En el punto 10 se alude a que en el propio debate de la Convención Constituyente y al tratarse el art. 75, inc.19, surgen pautas para “interpretar” el sentido del término “autonomía” dada la “vaguedad e indeterminación” que lo caracteriza. Así dice:

10) Que del debate llevado a cabo en la Convención Constituyente en oportunidad de tratarse el art. 75, inc. 19, surgen pautas para *interpretar*<sup>3</sup> el sentido que el convencional constituyente le asignó al término *autonomía*, considerando que se trata de un *concepto vago e indeterminado* y que, en consecuencia, *no es adecuado definirlo en abstracto*.

En tal sentido, el convencional Jesús Rodríguez [...] sostuvo: “Para que quede claro a qué estoy haciendo referencia cuando hablo de *autonomía* tomo las palabras de Sánchez Viamonte, cuando dice: ‘consiste en que cada universidad nacional se dé su propio estatuto, es decir sus propias instituciones internas’” (Convención Nacional Constituyente, 240 reunión. 30. Sesión ordinaria, 4 de agosto de 1994, p. 3183).

A su vez, el convencional Humberto Quiroga Lavié, en su condición de miembro de la comisión redactora, manifestó que: “El texto habla de *autonomía* y utiliza esa sola palabra, que se *puede desagregar*, por supuesto. Se puede hacer referencia a la *autonomía institucional, a la económica, a la financiera, a la administrativa, a la académica*” (Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, p. 3263).

En el punto 12 se plantea que la “cuestión a dirimir” conduce a “ponderar el grado de adecuación existente entre la Ley 24521 de Educación Superior, dictada por el Congreso de la Nación, y el Estatuto de la Universidad de La Plata respecto del texto constitucional y entre sí, a efectos de armonizar las atribuciones otorgadas al órgano legislativo con los principios de autonomía y autarquía universitaria”. Por su parte, el punto 13 se refiere a la necesidad de “extremar los recaudos para efectuar una *interpretación* que, resguardando el mandato constituyente, compatibilice con aquél la norma infraconstitucional aplicable en el caso concreto”. Así expresa:

la colisión con los preceptos y garantías de la Constitución Nacional debe surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella se haga en el caso concreto [...] En consecuencia, *deben extremarse los recaudos para efectuar una interpretación que, resguardando el mandato constituyente, compatibilice con aquél la norma infraconstitucional aplicable en el caso concreto*.

## Conclusiones

El diálogo abierto por el texto implica buscar las palabras justas y acompañarlas del énfasis y el gesto adecuados para hacerlas asequibles al interlocutor. “Escribir” es algo más que la mera fijación de un sentido que debe valer y permanecer mirando hacia delante. A la tarea del escritor corresponde aquí la del lector, destinatario o intérprete de lograr aquella comprensión que hace hablar de nuevo al texto fijado. Aquí la tarea de la interpretación es obligada cuando el contenido de lo fijado es incierto y hay que alcanzar la recta comprensión de la “información”. Este fenómeno general se puede comprobar con especial claridad en la hermenéutica jurídica.

Jerzy Wróblewski en su trabajo sobre *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, señala que en el contexto de la interpretación legal:

Habría dos tendencias opuestas:

- Una, presenta la interpretación como el descubrimiento del significado inherente a la regla legal interpretada y considera la actividad interpretativa como la reconstrucción de este significado.
- La otra, presenta la interpretación como la atribución de un significado a la regla legal, y considera la interpretación como una actividad creadora similar o análoga a la del legislador.

En los párrafos que hemos extraído del fallo en cuestión, queda claro que la noción de “interpretación” utilizada se enmarca dentro de la tendencia expuesta por Wróblewski, en primer lugar. Es decir, de lo que se trata es de entender la “interpretación” como “reconstrucción de un significado”, dado que el lenguaje en que se expresan los textos de referencia ofrece dudas a la hora de comprender el sentido de sus términos. Si aceptamos que el problema de determinación de significado es evidentemente relevante en el discurso jurídico (se ha visto en el caso seleccionado la importancia otorgada por parte de los actores a la necesidad de la comprensión de la noción de “autonomía”), comprender una disposición implica interpretarla. En otras palabras, la determinación del significado se expresa en una decisión interpretativa porque, cuando el significado *prima facie* de un texto es dudoso, siempre hay una elección en juego entre significados diferentes.

Ahora bien, el objeto de la interpretación legal es siempre un texto de una regla legal, y esta regla está formulada en una disposición legal, cuyo lenguaje puede ser más o menos claro a la hora de su aplicación en contextos siempre diversos. Esto muestra la necesidad de establecer algunos criterios con arreglo

a los cuales pueda demarcarse, básicamente, el campo de la interpretación: por ejemplo, a) el de la “fuente de interpretación” (es decir, *quién* interpreta un texto legal); b) el de la validez de la decisión interpretativa (es decir, cuál es el *órgano* específico del Estado que cumple esta función); c) el del tipo del texto interpretado (el ejemplo típico es el de la interpretación de las leyes por los jueces o el de la aplicación administrativa del derecho); y d) el de la cualificación de la interpretación (papel cumplido, en general, por la interpretación “doctrinal” que es aquella que se realiza en las ciencias jurídicas en general y en la dogmática jurídica en particular).

Lo consagrado como derecho sirve para despejar o evitar discusiones. En este sentido, la constante invocación del texto, el recurso al texto, está siempre justificado —tanto para el que lo invoca como para quien lo dicta—. Por eso la formulación de leyes, de contratos o de decisiones legales es especialmente rigurosa, y tanto más su fijación escrita. En ésta la resolución o el acuerdo debe formularse de forma que su sentido jurídico se desprenda claramente del texto y se evite la posibilidad de ser tergiversado. Dado que la “escritura” exige precisamente la posibilidad de una interpretación auténtica aunque los autores de la misma no estén accesibles. A ello se debe que la fórmula escrita tenga que prever el margen de interpretación para el “lector” del texto que haya de aplicarlo, razón por la cual se trata siempre de facilitar una comprensión inequívoca que posibilite, desde el punto de vista jurídico, una aplicación correcta y razonable. Esto abre la necesidad de la reflexión acerca de dos cuestiones fundamentales: 1) el proceso interpretativo y la justificación de la decisión interpretativa; y 2) el problema de la creatividad de la interpretación legal y la tesis de la única interpretación correcta.

## Notas

<sup>1</sup> Zaccaria, G. (2004): *Razón jurídica e interpretación*, Cuadernos Civitas, Madrid, pp. 219–225.

<sup>2</sup> Título original: (1983) “Law as Interpretation” en W. J. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*, The University of Chicago Press, Chicago–London, pp. 249–270 (traducción de Eugenio Contreras en (1997): AA.VV., *Hermenéutica*, Lecturas, Madrid, pp. 205–239).

<sup>3</sup> Las cursivas son nuestras.

## **Razones y normas y normas lógicamente adecuadas para dar razones para la acción**

Manuel Dahlquist

### **Estado de derecho, certeza jurídica e interpretación de las normas**

Cito a Guillermo Moro<sup>1</sup> a fin de dejar claro los supuestos básicos acerca del marco de nuestra investigación: “Pocas ideas gozan de un consenso más difundido en nuestra comunidad jurídica y política que la idea de Estado de derecho. Ninguna caracterización conocida del Estado de derecho (así como de su versión anglosajona, *rule of law*) ha prescindido de su rasgo más distintivo, conocido como ‘principio de legalidad’,<sup>2</sup> ligado básicamente a la eliminación de la arbitrariedad en los actos de gobierno que repercuten sobre los ciudadanos. Tal como destaca MacCormick, ‘*Rechtsstaat* y *rule of law* hoy son conceptos prototípicos como nombre genérico de un grupo de concepciones similares, las que expresan de diverso modo y con distinto énfasis *los esfuerzos por concretar el ideal de la legalidad en el Estado moderno*’.”<sup>3</sup>

Sigue: “El núcleo de la idea de Estado de derecho, entonces, consiste en una relocalización del poder en la legalidad, o sencillamente —como bien dice Pietro Costa— en la ‘legalización del poder’. Es el gobierno de las leyes, y no de las personas. Los gobernantes se hacen, así, servidores: ‘servidores de las leyes’, como ya pretendía Platón. Esta legalización del poder apunta centralmente

a la neutralización de la arbitrariedad de quienes ejercen ese poder, en pos de resguardar la posibilidad de autodeterminación de los individuos”.

Conclusión directa de lo anterior es que, para evitar la arbitrariedad, es menester entonces *ceñirse a derecho, seguir las normas*; sobre qué se quiere decir con esto es lo que se debate —en el fondo— en la conocida polémica entre *particularistas* y *universalistas*. Para el universalismo, la norma vincula de manera unívoca un conjunto de rasgos o propiedades naturales con algún tipo de conducta deóntica; para el particularismo, la norma no cumple esta función y está siempre sujeta al contexto de aplicación, que puede darle una interpretación absolutamente nueva respecto del caso anterior. De aquí la relación de este debate con el Estado de derecho.

Ahora bien, el dilema es el siguiente: desde la posición particularista resulta difícil defender la objetividad necesaria para mantener un poder legal (no arbitrario); desde la posición universalista esto resulta fácil, pero lo que no parece real es una concepción de las normas que vinculen, sin excepciones y de manera unívoca, un estado de cosas con una conducta. Como puede apreciar el lector, el tema está vinculado con lo anterior por ser requisito del Estado de derecho al ostentar este *poder legal* —definido por oposición a un poder arbitrario o discrecional— garantizar la seguridad jurídica o la interpretación imparcial de las leyes.

### **¿Acerca de qué es el debate?**

Según Redondo “el actual debate entre particularismo y universalismo en el ámbito de la filosofía práctica, es, en gran medida, una discusión metafísica sobre la posibilidad de establecer relaciones nomológicas entre ciertas propiedades naturales, por una parte, y ciertas propiedades morales, por otra, o, también acerca de la fuente de la relevancia moral de ciertas propiedades naturales”.

Esta discusión, según la autora, carecería de interés jurídico *si no fuera por su relación directa con el problema de las razones para la acción*, éste sí, un problema caro a los intereses jurídicos. Así, la discusión pasa a ser la siguiente: la norma es un enunciado condicional que afirma que dada la confluencia de ciertas propiedades naturales, entonces un individuo *x* deberá actuar de tal manera. La pregunta que queda es: ¿contiene *siempre* el antecedente del condicional las razones suficientes para que se dé el consecuente?

El énfasis puesto en “siempre” pretende dejar claro que ambos bandos coinciden en cuanto a qué es una razón para la acción<sup>4</sup> y difieren respecto de cuál es su alcance. Para los universalistas el alcance de las razones es uniforme e invariable; para los particularistas depende (el alcance de las razones) de cada caso concreto.

El problema puede abordarse —señala Redondo— desde tres lugares diferenciables: a) el lógico; acerca del carácter derrotable o inderrotable de las

normas; b) el semántico; acerca de la mayor o menor abstracción de los contenidos semánticos; y c) el que atañe al alcance de la relevancia de las razones, ni lógico ni semántico. La autora se manifiesta en contra de los que pretenden reducir a cualquiera de los dos primeros la discusión y procura dejar en claro que el fundamental es el tercero.

Nosotros nos abstendremos de pronunciarnos acerca de una jerarquía, sin embargo dejamos en claro que creemos en la relación entre los tres puntos en el sentido que la concepción que se presente de uno de ellos afecta a cualquiera de los otros. A diferencia del trabajo de Redondo, haremos hincapié en la perspectiva lógica del asunto: hablaremos de normas.

Al respecto, los universalistas sostienen que la forma lógica de una norma es la de un condicional cuantificado universalmente; los particularistas, por su parte, proponen condicionales derrotables; ambas corrientes consideran adecuadas estas formas lógicas para dar cuenta de cómo actúan las razones para la acción en el derecho.

La tesis de este artículo es que *la forma lógica que particularistas y universalistas proponen para las normas jurídicas son formas incapaces de representar adecuadamente condicionales que sirvan para representar enunciados legaliformes*. Ya que, gran parte de lo dicho en estos debates, se asienta en la naturaleza lógica de las normas jurídicas y estaría, de alguna manera, viciado de nulidad por lo inadecuado de la representación.

### **Normas universales: características**

Existen tres maneras en que una norma puede decirse universal: por su generalidad semántica; por su universalidad lógica; por su relevancia universal. Voy a presentarlas una a una por sus características.

La generalidad semántica deviene de la capacidad de una norma de dirigirse no a un caso particular, sino más bien a una clase de circunstancias; la generalidad semántica es una propiedad gradual: existen normas más generales que otras.

La forma lógica de una norma para los universalistas es la de un condicional universalmente cuantificado. Así, las normas establecen una correlación entre la presencia de ciertas condiciones y una consecuencia deóntica. Podemos presentarlo formalmente como

$$\forall x (Px \rightarrow O_i x)$$

donde  $P$  está por las propiedades, o por algún tipo de oración que incluya operador deóntico aplicable a la acción de un agente  $i$  (que he señalado con

un subíndice). El condicional utilizado es el condicional material y el cuantificador —a falta de aclaración es interpretado de la manera habitual—, esto es, objetualmente.

La relevancia universal por su parte implica dos cosas: la primera, que la norma de la que deviene la relevancia es válida. La segunda es que “las propiedades contenidas en su antecedente son uniforme e invariablemente relevantes al momento de decidir cómo actuar” (Redondo, 2005:36). Esta característica implica, según Redondo, un componente temporal: dice que en cualquier circunstancia en el tiempo, si la norma se presenta en  $t-1$  o en  $t-2$ , su antecedente no puede constituir una razón para la acción en un caso y en otro no.

### **Normas universales: problemas**

Estamos en el dominio de la lógica clásica. A la luz de esto es que puede revisarse lo dicho anteriormente y encontrar algunas perplejidades.

Quiero en primer lugar llamar la atención sobre el criterio utilizado para establecer el grado de generalidad: “una norma N1 es más general que una N2 si la clase de casos que regula N1 es más amplia que la que regula N2” (Redondo, 2005:67–85). Es fácil entender de qué se trata la mayor generalidad de una norma sobre otra de manera intuitiva, pero no creo que lo sea con la definición anterior. En ella se habla de casos y de casos más generales que otros.

¿Qué puede querer decir esto dentro de la teoría lógica en que está formulada la norma como condicional cuantificado universalmente? Tenemos a mano la respuesta de Alchourrón–Bulygin: dentro de un universo del discurso UD, existen distintas propiedades que forman el universo de propiedades UP; los casos son una propiedad junto con un componente veritativo funcional; esto es, toda propiedad de la que pueda decir que es verdadera o falsa (sin ser ni tautológica ni contradictoria), describe un caso. Ahora bien, ¿qué podría querer decir que un caso es *más general* que otro en este contexto? Por la definición anterior, tenemos dos opciones:

- a) los conjuntos que señala cada una de las clases tienen una cardinalidad (un tamaño); la propiedad con mayor cardinalidad es la más general;
- b) deberíamos estar hablando de la existencia de propiedades más generales que otras en un sentido no extensional. Lo que implica alguna ponderación sobre propiedades absolutamente ajena a las capacidades de la lógica de primer orden.<sup>5</sup>

Otro problema con la forma lógica de estas normas está vinculado con el cuantificador universal que utilizan. Señalo tres:

1) Se discute hoy si es posible o legítima una cuantificación generalizada al estilo de “no hay objetos abstractos”. Si bien los bandos se dividen y esgrimen razones de peso repartido, lo que casi nadie defiende ya es que existan cuantificaciones sin restricción cuando nos referimos a dominios ordinarios, no filosóficos. Si los cuantificadores en una afirmación ordinaria no son explícitamente restringidos, tomamos el dominio de aserción del discurso como implícitamente restringido por el contexto. Así, al escuchar “todos están a bordo” no esperamos encontrar otra cosa que un grupo contextualmente determinado de gente que ha abordado el transporte.<sup>6</sup> Creo que no puede discutirse que las normas, a pesar de no tratar de casos particulares, cuantifican sobre un dominio ordinario, no-filosófico y deben entenderse entonces como contextualmente restringidas respecto de su dominio de aplicación. Los universalistas proponen lo contrario y creo que están equivocados.

2) Por otra parte las generalizaciones que propician reglas parecen proceder tanto por suma como por supresión de características, como dice Schauer (2004): “Al concentrarse en un número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente suprime otras propiedades, incluso aquellas que marcan una diferencia entre los individuos que las propiedades seleccionadas marcan como semejantes”. Una generalización de tal suerte es, huelga aclarar, absolutamente extraña a la cuantificación universal entendida del modo habitual, que es el instrumento de generalización de las normas universales.

3) El último problema es filosóficamente importante: los condicionales generales en lógica clásica son el producto de, como dice Quine, un haz de condicionales particulares. En términos de normas, construimos del caso a la regla y esto no es lo que parece que suceda cuando se propone una norma.<sup>7</sup>

La última de las objeciones tiene que ver con la última de las propiedades. La relevancia universal, según vimos, condena a considerar lo que fueron las circunstancias para actuar de una manera, razones para actuar de la misma manera, siempre que aparezcan las circunstancias mencionadas en el antecedente de la norma. El problema aquí es que no se contempla la posibilidad de que la manera en que entendemos el dominio, ni siquiera el mundo sino *cómo lo entendemos*, cambie.<sup>8</sup> Así, “si la luna y el sol son vistos juntos el décimo tercer día, la inquietud crecerá, decaerá el comercio marítimo y el pie del enemigo se posará sobre el país”.<sup>9</sup> Las circunstancias astronómicas se repiten hoy como ayer y mañana, pero mil años antes de nuestra era, eso era lo que anunciaban. No hoy, ante las mismas circunstancias. Lo que no avalamos más es la verdad de ese condicional, que mal puede entenderse en términos de un condicional material.

## Normas universales y razones para la acción

Las normas universales tienen, a pesar de los defectos o problemas señalados, capacidad para ser normas que puedan vincularse con las razones para actuar. Por ser el antecedente condición suficiente del consecuente, este tipo de normas admiten la ley de refuerzo del antecedente y la regla de *Modus Ponens*. Esto último es de vital importancia, pues no existe una regla lógica de vínculo más claro con las razones para la acción: si pasa  $P$  deberás realizar  $O$ .

Este tipo de normas, lógicamente analizado, posee lo necesario para operar como razones para la acción, pero representa más bien maneras un tanto ideales de ponerlas en práctica, por no dar cuenta de prácticas y características habituales. Nuestro objetivo en el apartado anterior era mostrar que muchas de ellas —todas las que mencionamos— devienen de compromisos asumidos con la semántica extensional y veritativo funcional con que se caracteriza la lógica de primer orden y que se muestra carente de elementos para estos análisis.

## Normas particulares: características

Ninguna propiedad es por sí misma relevante. El contexto es quien determina qué propiedad juega ese rol. La oposición de los particularistas no pasa sin embargo por negar que puedan existir propiedades universales (lo que sea que quiera decirse con esto); lo que niegan es la relación universal e invariable con el condicional formado por la oración deóntica. En términos lógicos, podemos decir que los particularistas niegan la validez del condicional universalmente cuantificado que proponen los universalistas.

No entraré por motivos de espacio a considerar variantes del particularismo; queremos hablar de normas y aquí los particularistas (que siguen considerando la lógica como herramienta adecuada) proponen para modelarlas condicionales derrotables; condicionales donde el antecedente no es condición suficiente para generar el consecuente. Hay muchas lógicas derrotables que guardan diferencias interesantes, aquí no centraremos en dos similitudes propias de casi todos los sistemas:

- a) En lógica clásica decimos que  $\Gamma \vDash A$ , (donde  $\Gamma$  es un conjunto de oraciones y  $A$  una oración) si  $A$  es verdadera en todos los modelos que hacen verdadero a  $\Gamma$ ; en las lógicas derrotables  $A$  es consecuencia de (solamente) un subconjunto de los modelos, los modelos denominados *preferibles*, esto es,  $\Gamma \vDash < A$  que se lee:  $A$  es consecuencia derrotable de  $\Gamma$ , si  $A$  es verdadera en todos los modelos preferibles de  $\Gamma$ .
- b) Gran parte de estos formalismos eliminan el *Modus Ponens* de sus reglas de inferencia, (esto es  $\varphi \rightarrow \psi \wedge \varphi$ , entonces  $\psi$ ).<sup>10</sup>

La condición a) nos muestra que las lógicas derrotables pretenden separarse lo menos posible de la clásica, lo suficiente para dar cuenta del razonamiento del sentido común, pero sin perder deductividad.

### **Normas particulares: problemas con las razones para la acción**

La condición b) antedicha es más interesante a nuestros fines; leída en términos de razones para la acción, nos muestra un problema grave: “*dado un condicional y luego las circunstancias de su consecuente, todavía no tenemos manera de inferir nuestras obligaciones efectivas de esas normas*. Por consiguiente, un cuerpo de normas anulables o revocables no parece de utilidad práctica alguna para guiar nuestras acciones”.<sup>11</sup>

He pues aquí el mayor problema de los formalismos derrotables: son mejores como modelo de una norma real, pero carecen de valor como razones para la acción.<sup>12</sup>

### **Discusión**

Lo que tenemos hasta ahora es, por un lado, un tipo de normas que sirven para los casos prácticos, que sirven para guiar la acción, para inferir lo que debe hacerse, pero que carga con innumerables problemas para convencernos de su aplicación.

Por otro, un tipo de norma que se adecua a los estándares de la racionalidad y la práctica, que parece captar intuiciones poderosas, pero que no sirve para que podamos seguir acciones. ¿Cuál es la raíz de este dilema?

Nosotros pensamos que esta situación no puede mejorar dentro del marco de lógicas tan vinculadas a los condicionales materiales, como las que hemos visto. Las normas se presentan a nuestro entender como condicionales subjuntivos, donde es menester entender de alguna manera la información que el antecedente y el consecuente brindan, pues es sobre la base de ella que la validez del condicional se produce.

Decía Quine hace 60 años refiriéndose a condicionales subjuntivos: “Este tipo de condicional no está sujeto a la observación anterior según la cual en el uso común, una vez que se ha demostrado que el antecedente es falso el condicional queda al margen por su vacuidad y falta de interés [...] Sea cual fuere su análisis podemos estar seguros de antemano que el condicional contrafáctico no es veritativo funcional”. Estamos convencidos de que aquí reside un cambio que debe tomarse a fin de dar cuenta de normas reales que sirvan como razones para la acción. Los condicionales *qua* normas, no deben ser entendidos como condicionales materiales. Una propuesta de este tipo —nunca aplicada

al ámbito del derecho— y aún joven es la de los condicionales informativos, propuestos por Barwise dentro del marco de la semántica de situaciones de Barwise y Perry. Por motivos de espacio sólo daremos algunas pautas acerca de qué se trata esta manera de ver las cosas. En el futuro presentaremos soluciones a los problemas planteados, utilizando este método.

## Otra semántica

La semántica de situaciones es, desde la base, una semántica alejada de valores de verdad. Los autores consideran —a diferencia de Frege— que la referencia de una oración no es un valor de verdad, esto es, el conjunto  $\{V,F\}$ , sino una situación. “Las situaciones son omnipresentes. Siempre estamos en una u otra situación. La actividad cognitiva humana categoriza estas situaciones en términos de objetos que poseen atributos y están en relaciones unos con otros en ciertas ubicaciones (regiones espacio temporales) conectadas” (Barwise y Perry, 1999).

Los primitivos de esta teoría son: relaciones, individuos, ubicaciones.

(i) Un conjunto  $A$  de individuos  $a, b, c, \dots$ ;

(ii) Un conjunto  $R$  de relaciones,  $R = R_0 \cup R_1 \cup R_2 \cup R_n \cup \dots$ ,  $R_n$  consta de relaciones  $n$ -arias;

(iii) Un conjunto  $l$  de ubicaciones espacio temporales;

Si pretendo decir que el gato está sobre la alfombra el lenguaje utilizado es:

$s$  (sobre, el gato, la alfombra) = 1

$s'$  (sobre, el gato, la alfombra) = 0

es la situación donde el gato ya no está ahí.

Toda situación  $s$  tiene un tipo  $S$ . La semántica de situaciones señala una relación entre *tipos de situaciones*. Éstas, denominadas restricciones, pueden ser de diferente cuño: convenciones, reglas empíricas, lógicas, etc. Se escriben así:

$S \Rightarrow T$

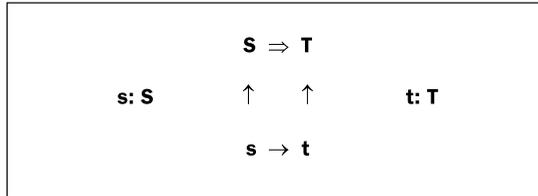
la expresión se lee habitualmente como: el tipo de situación  $S$ , implica el tipo de situación  $T$ . Así, si  $S$  señala el tipo de situación donde hay una justicia dependiente del poder político y  $T$  el tipo de situación donde esto implica inseguridad jurídica. Podemos leer que “la situación donde hay una justicia dependiente del poder político de alguna manera implica la situación donde hay inseguridad jurídica”.

Los *tipos de situaciones* no son situaciones; las constricciones señalan, pues, un tipo de relación no *entre situaciones* sino *entre tipos de situaciones*. Esto nos

permite distinguir ontológicamente uno de otro tipo de entidades, pero no los deja aislados. Puede pasarse de inferencias de un tipo de situación a otro a inferencias de situaciones a situaciones.

Como lo muestra el siguiente diagrama.

**Figura 2**



**Condicionales informativos**

Los condicionales materiales son perfectamente adecuados para tratar casos matemáticos, como lo podemos ver en los ejemplos de la Conceptografía de Frege. ¿Son igualmente idóneos para tratar los condicionales del lenguaje natural? La respuesta de Barwise es “no”. La razón es sencilla: si la semántica habla de la relación de los signos con el mundo, ¿qué hay en el mundo que sea un condicional? Y propone una concepción de los condicionales de cuño informativo. Es necesario, para entender condicionales de la vida diaria (no condicionales materiales) pasar de las condiciones de verdad a las condiciones de informatividad.

La propuesta toma en serio la distinción entre oración y preferencia. Así, una misma oración puede decir distintas cosas en distintas circunstancias; esto equivale a incorporar elementos pragmáticos (contextuales) al planteo. Los valores de verdad de una oración están ligados a estos elementos.

Hay dos tipos de condicionales; los generales, que describen situaciones generales y los específicos, que describen situaciones de este tipo.

“Si hay viento del sur baja la temperatura” es general;

“hay viento del sur así que baja la temperatura” es específico.

Una de las diferencias básicas con la propuesta clásica asumida por las lógicas con las que se modelan normas, es que el condicional cuantificado es un conjunto de condicionales específicos; así, el condicional específico es más básico que el general. En este planteo es lo opuesto: los condicionales más básicos son los generales que se interpretan como restricciones parametrizadas y los condicionales específicos como instancias de las restricciones donde

esos parámetros han sido fijados. Existen ciertas constantes ambientales que utilizamos para trasladar información.

La semántica de situaciones es indirecta respecto a su aproximación a la verdad y lo es de manera radical. La atención pasa de las condiciones bajo las cuales un enunciado es verdadero, a las condiciones bajo las cuales una oración transmite información, y qué información transmite bajo esas condiciones. En semántica de situaciones la interpretación de una oración es un tipo de situación. Si la oración es verdadera, entonces hay una situación real que se corresponde con el tipo.

Finalmente digamos que las restricciones —condicionales informativos entre tipos de situaciones— quedan como una relación triádica, que se escribe así

$$S \Rightarrow T | B$$

donde  $B$  representa el tipo de condiciones (parámetros) en las que la restricción  $ST$  es válida. Agreguemos que las restricciones se pueden ordenar mediante operaciones algebraicas básicas, para saber qué tipo de situación incluye a otra.

## **A manera de conclusión**

Las ventajas a destacar son:

- a) la semántica procura dar cuenta de la acción humana, por lo que puede captar adecuadamente la acción que dispone el consecuente de una norma;
- b) es una semántica que trata con tipos de situaciones, por lo que es apta para señalar el grupo de condiciones que pretende el antecedente de la norma;
- c) trata la condicionalidad bajo el paradigma de la información, por lo que puede dar cuenta de más de un tipo de relación entre antecedente y consecuente: convencionales, causales, materiales, etcétera;
- d) trata la condicionalidad bajo el paradigma de la información, por lo que apunta a la comprensión de la materialidad de las expresiones como fuente del vínculo;
- e) los condicionales básicos son los generales, evitando que se tenga que admitir —algo contrario a lo que se supone de una regla— que se llegue desde un conjunto de casos particulares al caso general;

Bien, creo que aquí está la base para tratar de un modo novedoso y más adecuado las normas que deban servir como razones para la acción, pero que respondan a las intuiciones que les confieren los estudiosos del derecho. El paradigma es informativo y me parece que ya se han dado algunos pasos en este sentido dentro de la agenda de los investigadores.

## Notas

<sup>1</sup> Moro G. (2009): *Estado de derecho y certeza jurídica*, (en prensa).

<sup>2</sup> Hablamos de este principio de manera general; a sabiendas de las diferencias que le otorgan distintos autores, pero que no cuentan en este caso. Por detalles sobre éstas, véase el artículo mencionado en la nota anterior, como su bibliografía.

<sup>3</sup> MacCormick, N. (1997) "Estado de derecho y *rule of law*" en Josef Thiesing, *Estado de derecho y Democracia*, CIEDLA, Buenos Aires, p. 104.

<sup>4</sup> Es un factor relevante a favor o en contra de llevar adelante una determinada acción; (Redondo, 2005:31).

<sup>5</sup> Puede sí establecerse una generalidad mayor a un caso que a otro si se establece exhaustivamente el universo de casos y se considera entre los casos no-elementales como más general aquel que tiene todas las propiedades elementales que distinguen al caso, pero dudo que sea éste el sentido que se le quiere dar al asunto, pues es absolutamente diferente del que hablan los universalistas. De cualquier manera es imposible establecer generalidades diferentes a casos simples.

<sup>6</sup> Para tener una idea de la dimensión filosófica del problema puede verse (2006): *Absolute Generality*, Rayo y Uzquiano (eds.), Oxford University Press, Oxford.

<sup>7</sup> Véase Schauer, F. (2004).

<sup>8</sup> Este tipo de problemas anticipan nuestras soluciones. Creemos en una lectura de las normas y el derecho desde la perspectiva de la información, es decir, de lógicas adecuadas para hacerlo.

<sup>9</sup> Cavendish, R. (1979): *Historia de la Magia*, Lidiun, Buenos Aires.

<sup>10</sup> En general cualquier lógica que intente dar cuenta de los condicionales derrotables debe eliminar todas las leyes de inferencia clásica que, cuando se agrega nueva información, conduzcan a inconsistencia, en particular cuando la nueva información consiste en la incorporación de excepciones, (Palau, 2004).

<sup>11</sup> Condicionales normativos, (Oller, 2004).

<sup>12</sup> Formalismos como el *Deontic Defeasible T*, de Alchourrón, donde se agrega un operador de revisión  $f$ , además de ser modelos modales –que no estamos considerando– cargan también con dificultades de orden práctico.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. Bulygin, E.** (1998): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- Barwise, J.** (1989): *Situation in Logic*, CLSI, Stanford.
- Barwise, J. y Perry J.** (1999): “Inocencia semántica y situaciones no comprometidas” en Valdés (comp.), *La búsqueda del Significado*, Tecnos, Madrid.
- Bayon, J. y Rodríguez J.** (2003): *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Colombia.
- Celano, B.** (2005): “¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?” en *Discusiones* (on line), N° 5, pp. 101–128. Disponible en la World Wide Web: [http://www.bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1515-73262005000100006&lng=es&nrm=iso](http://www.bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-73262005000100006&lng=es&nrm=iso)
- Oller, C.** (2004): “Condiciones normativas y lógica deóntica” en *Lógicas condicionales y razonamiento del sentido común*, Gedisa, Barcelona.
- Palau, G.** (2004): “La noción de consecuencia de las lógicas condicionales” en *Lógicas condicionales y razonamiento del sentido común*, Gedisa, Barcelona.
- Quine, W.** (1981): *Los métodos de la Lógica*, Planeta, Buenos Aires.
- Redondo, C.** (2005): “Razones y Normas” en *Doxa*, N° 5.
- Schauer, F.** (2004): *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid.

## **Trivialidades de monarca en épocas de aspiraciones republicanas**

Mariela Uberti

### **Introducción**

Una breve descripción del concepto del *indulto* puede graficarse como la facultad constitucional (art. 99.5) que concede el titular del Poder Ejecutivo, de “perdonar” eliminando la pena impuesta a un justiciable, dejando sin efectos la sentencia firme del tribunal competente. En tanto, la *conmutación* se refiere al cambio de una pena mayor por una menor. Ambas potestades, de neto carácter judicial, son atribuidas desde el origen de nuestro Estado al representante del Poder Ejecutivo Nacional.

Es conteste la doctrina en señalar que se trata de una rémora del sistema monárquico, aun cuando la CSJN lo justificara considerándolo una potestad de carácter público<sup>1</sup> y no una figura contractual entre el presidente y el indultado.

A continuación se analizarán sus requisitos y características a la luz de las sentencias que el máximo tribunal federal ha emitido desde los albores del siglo XX.

## Condiciones para su procedencia

1) *Sentencia firme*: en el caso “Ibañez–Sengiale” se estableció que no había sentencia firme condenatoria pero que la exigencia de *causa abierta* no requiere de sentencia ejecutoriada (Considerando 10º) en tanto, el *holding* lo constituyen las disidencias de los Dres. Palacio y Méndez, al afirmar que debe revocarse la resolución por cuanto no ha mediado informe previo y que la facultad de indultar no puede ejercerse sin sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada<sup>2</sup> Esta posición es mantenida en autos “Irigoyen”<sup>3</sup> al citarse como precedente el voto de la minoría y afirmarse que la doctrina consagrada en el art. 59 del Código Penal establece que el Poder Legislativo es el único que puede declarar la criminalidad de los actos, crear sanciones y borrar sus efectos.

2) *Informe previo* emanado del tribunal interviniente como medio eficiente para que el Poder Ejecutivo pueda conocer el carácter y circunstancias generales del delito (en “Ibañez” se indica que este requisito supone un proceso con sentencia irrevocable).

3) Delitos de jurisdicción federal.

4) Excluye los delitos que tienen a la Cámara de Diputados como acusadora ante el Senado en las causas de responsabilidad promovidas, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes (art. 53 y 59 CN).

## Situación actual

### Antecedentes

#### Ley de Autoamnistía (22924) del 23/3/93

En su art. 1º prescribe que se declaran extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25/5/73 hasta el 17/6/82, cuyos beneficios se extienden a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir conjurar o poner fin a las referidas actividades, alcanzando a los autores, cómplices o encubridores y comprende a delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos.

#### Decreto 157 del 13/12/93 “Tesis de los dos demonios”

Desde la perspectiva que la restauración de la democracia debía atender a la reafirmación del valor ético fundamental de afianzar la justicia, se procura promover la persecución penal que corresponda contra los máximos responsables de la instauración de formas violentas de acción política cuya presencia perturbó

la vida argentina, en particular, con posterioridad al 25/5/73.<sup>4</sup> Para ello convoca al Procurador General de la Nación (art. 6 Ley 27 y art. 21 dec. 1285/58) en su calidad de órgano independiente del poder Ejecutivo con atribuciones necesarias para instrumentar, a través de los procuradores fiscales, los distintos aspectos de la encuesta informativa y del ejercicio de la acción pública (art. 118 inc. I del CPP), Asimismo requiere la colaboración de los gobernadores de provincia (art. 110 de la CN) y de los habitantes, quienes en usos de sus derechos (las víctimas), podrán realizar los aportes informativos dirigidos al esclarecimiento de esos delitos y al acopio de elementos probatorios contra sus autores.

#### **Decreto N° 158/83 13/12/83 – Orden presidencial de procesar a las Juntas Militares**

Se dispone el sometimiento a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los integrantes de la Junta Militar que usurpó el gobierno en 1973, pudiendo apelarse la resolución ante al Cámara Federal (conf. Código de Justicia Militar).<sup>5</sup>

#### **Ley 23040 22/12/83 – anula la “Autoamnistía”**

Se deroga por inconstitucional y se declara insanablemente nula la ley de facto N° 22924, siendo inaplicable el principio de ley penal más benigna consagrada en el art. 2 del Código Penal.

#### **Ley 23049 9/2/84 – impone el fuero militar y excluye a los jueces naturales**

Introduce reformas al C. J. Militar y tiene por fin sustraer las causas en trámite a los jueces de la Constitución, atribuyendo competencia sobre ella a los jueces militares (art. 10), en el Senado, se incluye al proyecto original del Poder Ejecutivo, el art. 11 *in fine*, que impide beneficiar con la eximente de la obediencia debida a quienes carecieron de capacidad decisoria si protagonizaron crímenes atroces o aberrantes.<sup>6</sup>

#### **Ley 23492 24/12/86 – Punto Final – Extinción de la Acción Penal**

Se extingue la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado en los delitos del art. 19 de la Ley 23049, si no estuviera prófugo o declarado en rebeldía o no citado a prestar declaración indagatoria dentro de los 60 días corridos desde la promulgación de la presente (24/12/86). Las Cámaras Federales podrán examinar el estado de las causas que tramitan ante el Consejo Supremo de las FFAA (art. 2).<sup>7</sup>

#### **Ley 23521 8/6/87 – Obediencia Debida**

En su art. 1 establece que se presume, sin admitir prueba en contrario, que no son punibles por los delitos referidos en el art. 10 Ley 23049 por haber obrado

en virtud de obediencia debida considerándolos de pleno derecho como que “obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”.

Excluye los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y la apropiación extorsiva de inmuebles (art. 3).

### **Decretos de indulto**

Entre los antecedentes se destacan los concedidos por los Presidentes: Hipólito Irigoyen a favor de Ibáñez (1921); Uriburu respecto de Irigoyen (1932); Perón respecto de Balbín (1/51 – sometido a proceso por desacato); Perón a favor de comerciantes minoristas (decreto 17782).

Luego del retorno de la democracia (7/10/89), Carlos S. Menem dictó los primeros y alcanzaron alrededor de 300 personas con proceso abierto en el que abarca a los responsables del Primer Cuerpo del Ejército (Suárez Masson, Sasiaín, Montes, Ferraro) y del Segundo Cuerpo (Díaz Bessone), es el primero en ser declarado inconstitucional:

a) Dec. 1002/89: La totalidad de los altos jefes militares procesados y que no fueron beneficiados por las leyes de OD y PF con excepción del ex Gral. Guillermo Suárez Masson, extraditado de los EE.UU.<sup>8</sup>

b) 1003/89: Incluye, con cierta desprolijidad a un cierto número de ciudadanos acusados de subversión, que se encontraban prófugos (como Graciela Daleo que lo rechazó), detenidos, excarcelados, o condenados, además de represores uruguayos pertenecientes al ejército de su país.<sup>9</sup>

c) 1004/89: Abarca a todo el personal militar de la Prefectura Naval y de Inteligencia que intervino en los hechos de Semana Santa (1987), Monte Caseros y Villa Martelli (1988), a los efectivos y civiles condenados por la Cámara Federal de la Capital.<sup>10</sup>

d) 1005/89: Comprende al Tte. Gral. Leopoldo F. Galtieri, Alte. Jorge I. Anaya y al Brig. Gral. Basilio I. Lami Dozo en la causa por los que lo condenara la Cámara Federal porteña por sus responsabilidades políticas y estratégico–militares en la guerra de Malvinas.

### **Dec. 2741 30/12/90**

Indultó a Jorge R. Videla, Emilio Massera y otras personas condenadas en la causa 13.

### **Dec. 2742 30/12/1990**

Beneficia a Mario Firmenich.

En los fundamentos de la medida se hace alusión a que el gobierno nacional

debe crear las condiciones que posibiliten la reconciliación definitiva de los argentinos, contribuyendo el PE a la pacificación generando medidas propicias para consolidar la democracia. Meritúa además, el periodo transcurrido en prisión por los sujetos privados de la libertad.<sup>11</sup>

**Dec. 2743/90 30/12/90**

Beneficia a la dirigente peronista Norma B. Kennedy (solicitado por ella).

**Dec. 2344/90 30/12/90**

Indulta al dirigente peronista Duillo Rafael Brunello por una pena de inhabilitación absoluta y perpetua, lo solicita en el marco de la causa “Perón María Estela s./defraudación, malversación de caudales públicos, etc.”, ella fue indultada el 9/9/83.

**Dec. 2345/90 30/12/90**

Indulta al ex ministro de economía Alfredo Martínez de Hoz<sup>12</sup> en la causa N° 8670 s./ infracción art. 170 del CP (secuestro de Federico y Miguel Gu-theim).

**Dec. 2346/90 30/12/90**

Indulta a Carlos Guillermo Suárez Masson en la causa N° 450 s./ homicidio y privación ilegal de la libertad.

En los decretos de indulto del año 2003 se considera que del informe previo surge que ha operado el efecto de readaptación, teniendo en cuenta que esta es la pauta rectora del tratamiento penitenciario que reconoce y consolida como la finalidad esencial de la pena privativa, sumado a ello razones humanitarias y del respeto por la dignidad de la persona. Asimismo que implica la protección del Estado al bien jurídico de la libertad individual autolimitándose en el ejercicio del poder punitivo con criterios de equidad y ponderación.

**Dec. 1228/2003 20/5/03**

Indulta a Seineldín, Baraldini, Vega, Mercado, Tevere, Abete, Fernández y Segovia.

**Dec. 1229/2003 20/5/03**

Indulta a Enrique H. Gorriarán Merlo (por la causa N° 19208 en trámite ante el Juzg. Fed. de 1ra. Inst. de Azul, Pcia. de Buenos Aires).

**Dec. 1230/2003 20/5/03**

Indulta las penas privativas de la libertad impuestas por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en la causa N° 231/92 y posteriormente con-

mutadas por decreto 1263/2000 a favor de Gorriarán Merlo, Felicetti, Acosta, Aguirre, Díaz, Fernández, Mesuti, Moreyra, Motto, Paz, Ramos, Rodríguez, Veiga, Puigjane, Sivori y Molina.

### **Consideraciones sobre los fallos más destacados en la materia**

En la causa “Ibáñez–Sengiale” (1921) el Presidente H. Irigoyen indulta a Ibáñez. La CSJN, por mayoría, entiende que el indulto no es violatorio de la Constitución Nacional (Considerando 4º), que el requisito del informe previo es un medio eficiente para que el Poder Ejecutivo conociera el carácter y circunstancias generales del delito y se encontrara habilitado para ejercitar esa facultad constitucional, respondiendo a los elevados propósitos que la informan (Considerando 7º); que no se puede indultar un delito no sometido a juicio, es decir, con anterioridad a la formación de un proceso (Considerandos 9º y 13º) y que la sentencia de causa abierta no requiere de sentencia ejecutoriada (Considerando 10º).

En tanto, la disidencia de los Dres. Palacio y Menéndez se funda en que no ha mediado informe previo, que la facultad de indultar no puede ejercerse sin sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada y que la doctrina imperante en la época así lo determina pues la intervención del Poder Ejecutivo antes de la sentencia resulta incompatible con la acción independiente y armónica de los poderes del Estado.

“Irigoyen” (1932). El ex presidente rechaza el indulto otorgado por el gobierno provisional de Uriburu. Se discute si el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades conferidas por el art. 86 inc. 6, puede indultar estando la causa en sumario, indicando que conforme lo sostuviera esa CSJN al abordar el tema de la acordada del 10/9/30, el Poder Ejecutivo ha podido usar las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo de derecho.

“Riveros” (1990). El particular ofendido carece de legitimación para reclamar la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 pues el indulto confiere un derecho subjetivo sólo a quien se incluye en el texto del decreto (del voto de los Dres. Petracchi y Oyhanarte), además, indican que *el Poder Ejecutivo puede indultar a personas sometidas a proceso* (Considerando 20º).

Lo que se define es la titularidad exclusiva del Ministerio Público para ejercer la acción recursiva; que el Presidente no se arroga el conocimiento de la causa ni abre juicio sobre la culpabilidad del indultado o la falta de ello, al contrario, “se aparta de lo jurisdiccional y pone en vigencia una prerrogativa soberana por razones y con fines exclusivamente políticos” (Considerando 14º) y finalmente, “la interpretación de las leyes de amnistía (y de los indultos, claro está) no debe ser restrictiva; lo que quiere decir que no deben convalidarse interpretaciones

susceptibles de traer consigo el riesgo cierto de frustrar el objetivo perseguido y retardar, con grave daño común, el definitivo encauzamiento de la armónica convivencia colectiva” (Considerando 22º).

“Aquino” (1992). El particular ofendido carece de legitimación para reclamar la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 que indultó a un procesado (en la causa “Martinelli, Laura S.” s./ secuestro y muerte, Oliva, Carlos A. s./ Desaparición de la Cám. Fed. Apel. de B. Blanca); *el titular del Poder Ejecutivo está facultado para indultar a procesados* previo informe de los tribunales competentes y sujeta a la validez constitucional de su ejercicio, en última instancia, a la decisión de la CSJN: “el indulto antes de la condena requiere que el delito haya sido cometido previamente y cuanto menos existir semiplena prueba del mismo y elementos suficientes, a juicio del tribunal, para creer al imputado responsable del hecho, toda vez que no se indulta a inocentes” (Fayt por su voto).

La disidencia de los Dres. Levene (h) y Belluscio se inclina por propugnar que el Presidente sólo puede indultar a condenados.

“Daleo” (1993). Incidente de eximición de prisión; facultad del recurrente de negarse a ser indultado; buscaba que la aplicación del beneficio del indulto quedara suspendida para el caso en que la procesada fuera finalmente condenada.

El indulto es un instrumento de la ley, “en correspondencia con la norma de fines de la organización jurídico-política y en particular con la justicia, la paz interior y el bienestar general [...] es una potestad de carácter público [...] que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad” (Considerando 9º).

No cabe otorgar al indultado la facultad de negarse a aceptar la decisión presidencial pues el acto excede el mero interés particular del indultado y atañe al interés general (Considerando 10º; Boggiano por su voto Considerando 12º).

Las disidencias de los Dres. Levene (h) y Belluscio confirman la resolución recurrida considerando extemporáneo el planteo.

“Suárez Masson” (2004). Inconstitucionalidad de los decretos 1002/89 y 2746/90. El juez Canicova Corral desarrolla los siguientes argumentos: a) las conductas investigadas no son pasibles de indulto; b) se violenta la división de poderes por indultar a un procesado, avanzando en la esfera de competencia del poder judicial; c) se contradice al Derecho Penal Internacional por indultar delitos de lesa humanidad y a los instrumentos internacionales incorporados en 1994; d) se califican como delitos de lesa humanidad los hechos provenientes del terrorismo de Estado; e) no pueden ser alcanzados por el beneficio de la cosa juzgada pues los actos que desconocieron la dignidad humana carecen de efectos jurídicos.

## Posición de la CSJN

Puede sintetizarse en estos tópicos:

a) Niega que el indultado esté facultado para rechazar la decisión presidencial y volver inútil un instrumento que tiene como objeto la pacificación de la República y no el beneficio del condenado (“Daleo”).

b) El instituto es un instrumento de la ley, en correspondencia con la norma de fines de la organización jurídico–política y en particular con la justicia, la paz interior y el bienestar general, es una potestad de carácter público que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad. (“Daleo”).

c) Se admite el indulto a procesados (“Aquino”, “Riveros”).

Conforme las pautas que Atienza (2006)<sup>13</sup> describe como características de una nueva concepción del derecho, provocada por el avance del Estado Constitucional (desde fines de los ’70), en la que se desvanecen las fronteras entre el positivismo jurídico (incluyente, excluyente, ético, crítico, neopositivismo), el neorealismo el neojusnaturalismo, etc., podría decirse que la CSJN ha comenzado a otorgar importancia a “los principios como ingredientes necesarios —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico”, al Derecho como realidad dinámica, una práctica social compleja que incluye normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.; la interpretación como resultado de un proceso racional y conformador del derecho; la razón jurídica no es sólo razón instrumental sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista se amplía del éxito a la idea de corrección, por la pretensión de justicia y la importancia de tratar de justificar racionalmente las decisiones con criterios objetivos (como el principio de universalidad, o el de coherencia o integridad) como característica de una sociedad democrática.

## Derecho Comparado

1) *España*. Se conoce como “derecho de gracia” la renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado, fundado en razones de equidad, oportunidad y conveniencia pública. Se manifiesta a través de la amnistía y del indulto (que puede ser total o parcial dependiendo de la remisión de todas o algunas de las penas a que hubiere sido condenado el reo y que aún no hubieren sido cumplidos).

A su vez el indulto puede ser general (prohibido por el art. 63 de la Constitución) o particular, siendo una causa de extinción de la penal. En cuanto al procedimiento, puede ser peticionado por el interesado, sus familiares o cualquier persona en su nombre, se somete a informe del Tribunal previo dictamen del Ministerio Fiscal y oído el ofendido, si lo hubiere, lo concede el

Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de justicia y se acuerda por decreto motivado.

2) *Estados Unidos*. Está en poder del presidente (art. II sec. 2 de la Constitución) previo informe no vinculante de un funcionario del Departamento de Justicia (U.S. Pardon Attorney),<sup>14</sup> no requiere formal acusación por un crimen, aunque en la práctica se consideran los casos de condena cumplida y debe recaer sobre delitos considerados por la Ley Federal (aunque muchos gobernadores tienen también esta potestad por delitos considerados en la Ley Criminal y puede depender de un consejo o del gobernador y el consejo).

3) *Canadá*. Distingue según la gravedad de los delitos el plazo de 3/5 años que se cuentan desde la finalización del juicio, es un proceso costoso y complejo, son gestionados por el Nacional Parole Board bajo las directrices del Criminal Records Act, la clemencia es concedida por el Gobernador General de Canadá o por el *Governor in Council* (el gobierno federal) bajo la Prerrogativa Real de Gracia.

4) *Reino Unido*. El poder de conceder perdones e indultos es una Prerrogativa Real de Gracia de la Reina que, en ejercicio del poder absoluto, perdona e indulta a cualquier condenado por un crimen.

5) *Francia*. Los perdones y actos de clemencia son concedidos por el Presidente, la solicitud de perdón es evaluada por el juez que condenó y enviado al ministerio de Justicia para recabar consideraciones adicionales, el decreto puede evitar el cumplimiento de la pena o conmutarla por una menor, no suprime el derecho de la víctima a obtener indemnización y no borra los antecedentes. El Parlamento puede conceder amnistías.

## Algunos cuestionamientos

a) ¿Es posible que el PE dicte un decreto revocándolos?

b) ¿Es posible que se establezca por ley?

Estas dos preguntas pueden resolverse en función de los actos materiales que cada función específica cumple en el rol del Estado, si la Constitución Nacional permite al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales haciendo uso de los decretos de indulto y, la CSJN reiteradamente ha sostenido que se trata de cuestiones políticas no justiciables, de manera alguna podría pensarse que, invadiendo la división de los poderes que garantiza el sistema de frenos y contrapesos, pudiera una ley del Congreso Federal derogarlos. En el mismo sentido, la revisión judicial recaerá sobre los efectos del acto pero no sobre el mérito de oportunidad y conveniencia por el que se dicta.

c) ¿Es posible plantear la inconstitucionalidad ante la Corte de los indultos a procesados por delitos de lesa humanidad?

Sí, es posible, en función que se sostiene que los indultos sólo pueden recaer sobre condenados, aunque se aclara, deberá estarse a la oportunidad procesal en el caso concreto.

d) ¿Es posible plantear la inconstitucionalidad ante la Corte de los indultos a condenados por delitos de lesa humanidad?

Salvado el óbice formal de la situación del procesado, resta considerar el tipo de delitos por los que hubiera recaído resolución judicial. En el caso de los delitos de lesa humanidad, está en juego la responsabilidad del Estado (art. 29) frente al Derecho Penal Internacional (art. 118), la supremacía constitucional de los Tratados Internacionales en la materia (art. 75 inc. 22), la inaplicabilidad de la teoría de la cosa juzgada (ver “Suarez Masson”) pues no pueden ser alcanzados con dicho beneficio actos que desconocieron la dignidad humana y que por lo tanto, carecen de efectos jurídicos.

## Conclusiones

La CSJN, como guardiana de la Constitución Nacional, en ejercicio de la poderosa facultad del control de constitucionalidad, no puede hacerse eco de las desprolijidades del poder legislativo y mucho menos del “uso” de esta impropia potestad presidencial que atenta contra el Estado de derecho y los principios básicos de una República.

Para ello, ha hecho uso de argumentos racionales que obligan a elegir más allá de los sentidos, de las emociones y del deseo, los hechos son valorados como justos por naturaleza (en función del principio de equidad) o por la ley, con lo cual se llega a los resultados buscados: la decisión judicial y el consenso por acuerdo o por mayoría en los asuntos tratados.

Sin embargo, podría sostenerse que el argumento riguroso de mayor fuerza es del compatibilidad/incompatibilidad<sup>15</sup> pues los que se combaten o defienden no pueden coexistir, se da en los supuestos en que las funciones coexisten en una misma persona y ello altera el funcionamiento de un órgano, entidad, etc. En este caso, estando garantizada la imparcialidad y las garantías constitucionales de los encartados, que el Poder Ejecutivo asuma actividad jurisdiccional, significa lisa y llanamente asumir un rol (que siempre se consideró excepcional) que no le es propio, alterando el sano equilibrio de *checks & balances* pergeñado por el convencional constituyente.

## Notas

<sup>1</sup> “Daleo”—1993—(F.:316:507) “no puede considerarse como la sacralización de una reliquia histórica, propia de las monarquías, sin otro fundamento que la clemencia, sino un instrumento de la ley, en correspondencia con la norma de fines de organización jurídica-política y en particular con la justicia, la paz interior y el bienestar general. En otros términos, no consiste en un acto de gracia privado, sino en una potestad de carácter público, instituida por la Constitución Nacional, que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad”.

<sup>2</sup> “Ibañez-Sengiale” (CSJN, 1921, F.:136:244).

<sup>3</sup> “Irigoyen” (CSJN, 1932, F.:165:200).

<sup>4</sup> Art. 1 “Declárase la necesidad de promover la persecución penal con relación a los hechos cometidos con posterioridad al 25 de mayo de 1973 contra Mario Eduardo Firmenich [...] Eduardo Vaca Narvaja [...] Ricardo Armando Obregón Cano [...] Rodolfo Gabriel Galimberti [...] Roberto Cirilo Perdía [...] Héctor Pedro Pardo y Enrique Heraldó Gorriarán Merlo [...] por los delitos de homicidio, asociación ilícita,,, y otros atentados contra el orden público”.

<sup>5</sup> Así se someten a juicio al Tte. Gral. Jorge Rafael Videla, al Brig. Gral. Orlando Agosti, al Almirante Emilio Eduardo Massera, al Tte. Gral. Roberto E. Viola, al Brig. Gral. Omar Graffigna, al Alte. Armando Lambruschini, al Tte. Gral. Leopoldo Fortunato Galtieri, al Brig. Gral. Basilio Lami Dozo y al Alte. Jorge I. Amaya.

<sup>6</sup> El art. 514 del Código de Justicia Militar indica la hipótesis de la obediencia debida por delitos cometidos por el inferior cumpliendo órdenes del superior haciéndolo responsable a éste cuando se trate de “actos de servicio” pero que jamás pueden abarcar torturas, homicidios, etcétera.

<sup>7</sup> Votan a favor 106: 98 diputados por la UCR, 4 por el PJ, 4 por los partidos provinciales, se abstienen dos diputados por la UCR, votan en contra 17 (4 por la UCR, 5 por el P. Intransigente, 2 por el P. Dem. Cristiano, 2 por el MP Neuquino, 1 por el P. Dem. Progresista, 3 por la UCD), hubo 110 ausentes (7 de la UCR y 103 del PJ).

<sup>8</sup> Abarca causas como la del Primer Cuerpo, la ESMA, el Comando de Institutos Militares, Margarita Belén, causas abiertas contra Leopoldo F. Galtieri, contra Genaro Díaz Bessone, contra

Luciano B. Menéndez, las que se abrieron sobre la destrucción u ocultamiento por las FF.AA. de la documentación que da cuenta del destino de cada uno de los secuestrados y desaparecidos.

<sup>9</sup> Entre los represores uruguayos se encuentran José N. Gavazzo, Jorge Silveira, Manuel Cordero y Hugo Campos Herminia, entre los dirigentes montoneros: Fernando H. Vaca Narvaja, Roberto C. Perdía, el Gobernador de Buenos Aires Oscar R. Bidegain, Juan Gelman, Miguel Bonasso, Pedro Orgambide, Silvia Berman, Norman Brisky, Raúl Magario, etcétera.

<sup>10</sup> Causa N° 20874 “Estrella, Luis Fernando s./ Rebelión”; N° 20518, “Calzada, Oscar y otros s./ infracción arts. C. Penal”; Sumario letra SL 8 N° 3928 “Motín” (Coronel Mohamed Alí Seineldín) Sumario letra OB 9 N° 983/19 (Tte. Coronel Aldo

Rico y Héctor C. Alvarez de Igarzabal y Capitán Amaro Cundom).

<sup>11</sup> Causas 2230/86 “Firmenich, Mario E s./ Homicidio”; causa N° 26094 “Firmenich, Mario E s./ doble homicidio y secuestro extorsivo” (Juan y Jorge Born).

<sup>12</sup> La CSJN en pronunciamiento que se ha conocido en 27/4/2010 ha declarado su inconstitucionalidad.

<sup>13</sup> Atienza, M. (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

<sup>14</sup> El caso más famoso fue el perdón del presidente Gerald Ford a su antecesor Richard Nixon (por el escándalo Watergate en 1974 por una conducta oficial delictiva).

<sup>15</sup> Calonje, C. (2007): *Técnica de la argumentación jurídica*, Thomson Aranzidi, cap. 7, p. 136 y ss.

## **Normas programáticas, derechos y garantías en los fallos dictados por la CSJN en el caso “Badaro”**

(Una aproximación desde la teoría garantista de Luigi Ferrajoli)

César Daniel Cantero

### **Introducción**

En el presente trabajo me propongo examinar aspectos de los fallos dictados por el más alto tribunal del país en el caso “Badaro”,<sup>1</sup> referidos a lo que el propio tribunal identifica como normas programáticas (en tanto que dirigida primordialmente al legislador), a la luz de las divergencias deónticas (justicia–validez; validez–vigencia; vigencia eficacia) contenidas en la teoría del derecho de Ferrajoli.

### **La argumentación justificatoria de la CSJN en los fallos dictados en el caso “Badaro”**

Fallo dictado el 8 de agosto de 2006

*El Caso* (La pretensión). El actor (la Corte tiene por desertado el recurso de la demandada —ANSeS—) se agravia del fallo dictado por la Cámara Federal

de la Seguridad Social en cuanto a que la movilidad de su haber jubilatorio que le reconoce dicho órgano jurisdiccional resulta ineficaz pues no permite que su prestación alcance un nivel adecuado. Ello en tanto, a juicio del recurrente, aplicando el precedente (de la Corte) “Chocobar”, el tribunal de segunda instancia atribuye a la Ley 23928 (de convertibilidad) la derogación de las pautas de actualización previstas en el art. 53 de la Ley 18037, provocando una confiscación de sus haberes, agravada a partir de la sanción de las Leyes 25561 y 25565 (emergencia–pesificación).

#### **Principales enunciados fácticos expuestos en el fallo**

- a) El deterioro del haber jubilatorio producido por la crisis posterior a la pesificación (Considerando 8°).
- b) La falta de previsión, en los presupuestos que se consideran, de incrementos en las prestaciones (Considerando 7°).
- c) Las mejoras otorgadas por los decretos del PE que se enumeran no se aplican a las prestaciones que cobra el actor (Considerando 10°).
- d) Achatamiento de la escala de las prestaciones previsionales (Considerando 12°).

#### **Principales enunciados normativos invocados en el fallo**

- a) La Ley 24241 deroga a la 18037 y con ello el sistema de ajustes previstos en su art. 53. El art. 7, inc. 2° de Ley 24463 sólo atribuye competencia para fijar la cuantía de los haberes jubilatorios, señalando el momento en que debía realizarse (en las leyes de presupuestos).
- b) El art. 14 bis de la CN garantiza la movilidad de las jubilaciones pero deja librado a la prudencia legislativa la determinación del método.
- c) La reglamentación debe ser razonable (arg. art. 28 CN) (Considerandos 4° y 13°).
- d) La misión de la justicia es controlar (*a posteriori*) la razonabilidad de los actos legislativos e impedir que se frustren derecho que el Tribunal debe salvaguardar (*Considerando 18°*).

#### **Conclusiones que, para el Tribunal, se derivan de la relación entre los hechos y las normas consideradas**

- a) Existencia de mora legislativa.
- b) Contenido (pautas de razonabilidad) que debe tener la reglamentación a dictar por el Congreso respecto a la movilidad de las jubilaciones receptada por el art. 14 bis de la CN).
- c) Necesidad (jurídica) de diferir la decisión en un plazo razonable a la espera de la reglamentación a dictar por el Congreso.

### **Argumentaciones justificatorias del Tribunal**

a) Dadas las facultades y deberes del Congreso y la falta de reglamentación de la garantía contenida en el art. 14 bis de la CN respecto a la movilidad jubilatoria, en tanto la Ley 24463 no la realiza (a la reglamentación), sino que la difiere a las leyes de presupuestos, las que tampoco lo hacen, existe mora legislativa al respecto.

b) Dada la pauta de razonabilidad expuesta como criterio normativo general, la reglamentación del derecho contenido en el art. 14 bis de la CN debe contener un sistema de movilidad de las prestaciones jubilatorias razonable en el sentido de que habrá de tomar en cuenta el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral (Considerandos 4º y 13º).

### **La decisión**

a) Revoca la sentencia apelada.

b) Comunica al Congreso y al Poder Ejecutivo Nacional el contenido de la sentencia a fin de que en un plazo razonable adopten las medidas a las que alude en los considerandos.

### **Algunas reflexiones**

La Corte fija las pautas que la reglamentación de la movilidad establecida por el art. 14 bis de la CN debe tener y que refieren principalmente al mantenimiento de una razonable relación con el haber del activo sin invalidar la parte final del inc. 2 del art. 7 de la Ley 24463 que, precisamente, veda expresamente tal posibilidad. En realidad, en este fallo, la Corte entiende que dicha norma sólo atribuye competencia al Congreso para la fijación de la movilidad y el momento (la ley de Presupuesto).

Fallo dictado el 25 de noviembre de 2007

*El Caso* (La pretensión). La referida en el fallo anterior.

### **Principales enunciados fácticos expuestos en el fallo**

a) Los reseñados en el fallo anterior.

b) La ley que aprobó el presupuesto del año 2007 convalidó las modificaciones en los valores mínimos de las prestaciones, un suplemento de movilidad y un incremento individual (Considerando 6º). Se otorgó un aumento del trece 13% a todos los jubilados y otro del 12,50%.

c) En el período 2002 al 2006 el nivel de precios aumentó en un 91,26% y el de los salarios en un 88,57%, mientras que al beneficio del actor le alcanzó el aumento general del 11% dispuesto por el decreto 764/06.

d) No se demostró en la causa que existieran razones que impidieran el inmediato cumplimiento del mandato constitucional (Considerando 18°).

#### **Principales enunciados normativos invocados en el fallo**

a) La Ley 26198 (aprobatoria del presupuesto para el año 2007) no adopta precepto alguno dirigido a resolver la particular situación comprobada en autos vinculada con años anteriores, interpretando que las alzas acordadas constituyen movilidad mínima garantizada para el ejercicio 2007 (Considerando 10°).

b) Desde tal perspectiva y agotado el plazo razonable, corresponde expedirse sobre las impugnaciones al sistema instituido por el art. 7 inc. 2 de la Ley 24463 (Considerando 12°).

c) El contenido de la movilidad debe asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo (Considerando 15°).

#### **Conclusiones que, para el Tribunal, se derivan de la relación entre los hechos y las normas consideradas**

a) El régimen de movilidad implementado por el art. 7°, inc. 2° de la Ley 24463, es inconstitucional. La Ley 26198 no cumple con las pautas del fallo anterior.

b) El mandato no fue cumplido en tanto el régimen en cuestión termina desconociendo la realidad que debe atender lo que es demostrado por la evolución de los niveles de precios y de salarios y el incremento del haber del actor en el período 2002 a 2006 (Considerandos 16° y 17°).

c) Por ello corresponde ordenar su sustitución y el pago de las diferencias pertinentes, encontrándose dadas las condiciones para que ésta (la Corte) determine los porcentajes adecuados para nivelar la prestación (Considerando 20°).

#### **Argumentaciones justificatorias del Tribunal**

a) Según las pautas de razonabilidad expuestas, resulta acorde a la garantía del art. 14 bis de la CN, ajustar los beneficios jubilatorios que desde su determinación inicial se han vinculado con promedio de salarios devengados, de modo de dar adecuada satisfacción a su carácter sustitutivo, por lo que corresponde resolver la cuestión mediante la utilización del nivel general del índice de salarios elaborado por el INDEC (Considerando 21°). Aplicación del precedente.

b) Dado el criterio sentado respecto a la función del Poder Judicial en cuanto al control difuso de constitucionalidad, resulta necesario establecer que la decisión se limita únicamente al caso concreto reseñado, ya que no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 dictar una sentencia con carácter de norma general.

c) Corresponde formular una nueva exhortación a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática (Considerando 24°).

### **La decisión**

- a) Declara, en el caso, la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2 de la Ley 24463.
- b) Dispone el ajuste de la prestación del actor a partir del 1º de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general elaborado por el INDEC, ordenando a la demandada el pago del nuevo haber y sus retroactividades.

### Las pautas de razonabilidad en los fallos de la Corte

#### **1º fallo**

- a) La reglamentación no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral (Considerando 4º).
- b) La amplitud de facultades que se han reconocido para organizar el sistema debe entenderse condicionada a que se ejerciten dentro de límites razonables, o sea, de modo que no se hieran de manera sustancial los derechos emergentes de la seguridad social (Considerando 11º).
- c) Referencia al esfuerzo contributivo (Considerando 12º).
- d) La movilidad de que se trata no es un reajuste por inflación, sino que es una previsión con profundo contenido social referente a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, para la cual es menester que su cuantía, que puede ser establecida de modo diferente según las épocas, mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores (Considerando 14º).

#### **2º fallo**

- a) La Constitución Nacional ha reconocido el derecho a la movilidad no como un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo (Considerando 15º).
- b) Para conferir eficacia a la finalidad protectora de la ley fundamental, su reglamentación debe guardar una razonable vinculación con los cambios que afectan el estándar de vida que se pretende resguardar, lo que no sucede si el régimen en cuestión termina desconociendo la realidad que debe atender (Considerando 16º).
- c) Los beneficios jubilatorios que desde su determinación inicial se han vinculado con un promedio de salarios devengados, deben ajustarse de modo de dar adecuada satisfacción a su carácter sustitutivo (Considerando 21º).

## Algunos interrogantes

Como se desprende del examen del caso en cuestión, desde la perspectiva de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, el comprometido allí es el que refiere a la movilidad jubilatoria, receptado en el art. 14 bis. Dicha recepción se encuentra contenida en una norma, que la Suprema Corte de la Nación reconoce como programática, en el sentido antes señalado. En cuanto a la garantía de la efectiva concreción del derecho de marras, la misma se encuentra en el dictado de las normas reglamentarias pertinentes por parte del Poder Legislativo y ante la omisión de tal reglamentación en la función jurisdiccional del Poder Judicial, a instancia de parte legitimada.

Sostiene la Corte que tal reglamentación debe ser razonable conforme el art. 28 CN. Dicha razonabilidad, según la Corte, requiere que el sistema que debe implementarse contemple una adecuada relación del haber jubilatorio con el haber que gozaría en actividad, dando real efectividad al carácter sustitutivo de aquél. Entiende también la Corte que lo normado en el art. 7 inc. 2º de la Ley 24463 difiere la implementación de la movilidad a la ley de Presupuesto.

A su vez, entiende la Corte que al no haber dado la ley de Presupuesto para el año 2007 (26198) debido cumplimiento a lo mandado por ella (en el primer fallo) en cuanto al contenido de la reglamentación de la movilidad consagrada en el art. 14 bis de la CN corresponde declarar la inconstitucionalidad de lo normado por aquel inc. 2º del art. 7º de la Ley 24463 e implementar ella misma y sólo para el caso decidido el ajuste de la prestación jubilatoria del actor, conforme los criterios expuestos (en el primer fallo), vale decir relacionando tal prestación, con el índice de variación de los salarios correspondiente al período considerado.

Ahora bien, si conforme lo establecido por el art. 7, inc. 2º de la Ley 24463, el Congreso debía, a partir de la vigencia de dicha ley, determinar la movilidad en la ley de Presupuesto, la mora legislativa sólo podría referirse a esta ley. Vale decir el sistema implementado por aquella norma, de que sea el Congreso el que establezca la movilidad cada año en la ley de Presupuesto, es incompleto, pero no inválido. La propia Corte, en el primer fallo, reconoce la viabilidad del mismo y su conveniencia. Pero entonces, ¿por qué declara la inconstitucionalidad de tal sistema, si de lo que se trata es de que en la concreción del mismo, la ley de Presupuesto, no cumplió, a juicio de la Corte, con el mandato del art. 14 bis de la CN, según las pautas expuestas en el primer fallo? ¿Por qué no declara la inconstitucionalidad del sistema de movilidad tenido por tal por la ley de Presupuesto del año 2007, como lo pide expresamente la demandante?

¿Debería entenderse que la declaración de inconstitucionalidad del art. 7 inc. 2º de la Ley 24463, implica que no es en la oportunidad de dictar la ley de Presupuesto que el Congreso debe determinar la movilidad? Ello no resulta

de lo argumentado en el primer fallo. ¿Debería entenderse que la declaración de inconstitucionalidad que efectúa la Corte se limita a la parte final del inciso 2 del art. 7 de la Ley 24463, en cuanto establece que la movilidad que se determine en la ley de Presupuesto en ningún caso podrá consistir en una determinada proporción entre el haber de retiro y las remuneraciones de los activos? De hecho en la Ley 26417 se dejan de lado ambos sistemas, en tanto aquí se establece el modo de ajuste de las prestaciones según una fórmula que se aprueba en el anexo de la misma, la periodicidad con que el cálculo debe realizarse (arts. 15, 16 —semestral—) y el organismo encargado de hacerlo (la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social), como así también prevé el ajuste del haber mínimo garantizado (art. 8). Cabe no obstante el examen (que en este trabajo no se hace) de la cuestión relativa a si la fórmula consagrada en el anexo de la Ley 26417 satisface las pautas de razonabilidad expuestas por la Corte, teniendo en cuenta que la misma combina el índice de variación de salarios con la variación de los recursos tributarios por beneficio. Ello con relación a dos aspectos centrales, destacados por la Corte; por un lado el carácter sustitutivo de la prestación jubilatorio; y por otro, las posibilidades económicas de satisfacer tal carácter.

### **Derechos y garantías constitucionales y la mora legislativa en los fallos de la Corte**

La mora legislativa, las lagunas estructurales  
y las garantías positivas secundarias

Como se vio, la Corte sostuvo que el Poder Legislativo, no sólo tenía la facultad, sino el deber de reglamentar el art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto a la movilidad jubilatoria allí consagrada y que la omisión en hacerlo constituye mora legislativa. Como solución a tal situación, en el primero de los fallos otorgó al Congreso Nacional un plazo que entendió prudencial para el dictado de la reglamentación en cuestión a la que limitó a determinadas pautas. Con relación a ello entendió el máximo tribunal nacional que no existía ningún impedimento para concretar la reglamentación en cuestión. Finalmente y verificando la persistencia de la mora legislativa aplicó un sistema de actualización al caso particular, conforme a las pautas explicitada y aclarando su alcance limitado a dicho caso.

En la teoría garantista del positivismo crítico de Ferrajoli, la mora legislativa en la reglamentación de un derecho reconocido por la Constitución, conlleva la configuración de una laguna estructural por tanto violatoria del orden normativo jerárquico.

Dice el propio Ferrajoli<sup>2</sup> que la cuestión central del garantismo refiere a la relación entre derechos fundamentales y garantías, lo cual, en dicha teoría guarda directa relación con la estructuración normativa, en el caso de constituciones rígidas, en dos niveles, el constitucional por un lado y el infraconstitucional por otro y con las divergencias deónticas que tal estructura puede suscitar.

En el caso “Badaro”, la Corte sostiene el mismo criterio de Ferrajoli, al decir que constituye una obligación del Congreso Nacional reglamentar, razonablemente, el derecho constitucionalmente reconocido a la movilidad jubilatoria. Y también coincide con la postura del jurista italiano en cuanto a que el no cumplimiento de tal obligación hace incurrir al legislativo en una situación de mora generadora de una laguna estructural, conducta ésta controlable jurisdiccionalmente a través del recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Esta no es otra que la garantía positiva secundaria de la que habla Ferrajoli.

También suele distinguirse entre: 1) cláusulas constitucionales directamente operativas y 2) cláusulas constitucionales programáticas o de operatividad derivada, constituidas sobre todo por los derechos socioeconómicos. Estas últimas serían las precisadas de reglamentación. En cuanto a las vías jurisdiccionales para superar la mora, Ricardo Lorenzetti,<sup>3</sup> Presidente del Tribunal que dictó los fallos aquí analizados visualiza dos: a) el otorgamiento del derecho cuando ello es posible; b) la orden del órgano jurisdiccional al Parlamento para que dicte la reglamentación. La primera solución sólo podría darse en los casos de garantías a las que se atribuye un mínimo exigible que se relaciona con la existencia de la persona. En los demás casos regiría la operatividad derivada. Sin embargo y más allá de que bien podría entenderse al supuesto de a) como referido a una cláusula directamente operativa, por lo que no podría técnicamente darse mora legislativa, Lorenzetti no da una solución al supuesto, b) para el caso de que, no obstante la orden judicial, el Parlamento no dicte la reglamentación en cuestión.

En cambio, desde otra óptica, el constitucionalista Néstor Sagüés,<sup>4</sup> propone para la situación de permanencia de la mora legislativa relativa a cláusulas constitucionales programáticas, su conversión en cláusulas constitucionales operativas por vía judicial, pero condicionado ello a que hubiere un mensaje definido y concreto del constituyente. Para el caso de que tal no fuera posible, el constitucionalista rosarino propone que el afectado se encuentre habilitado a una vía indemnizatoria por daños y perjuicios contra el Estado renuente.

En el marco de los esquemas descriptos, los fallos de la Corte en el caso “Badaro”, asumen que si bien la movilidad jubilatoria prevista en el art. 14 bis de la Constitución, tiene la naturaleza de una norma programática, vale decir no directamente operativa, la laguna derivada de la falta de reglamentación legislativa es susceptible de ser colmada jurisdiccionalmente pero sólo para el caso concreto otorgando el derecho (a la movilidad) del accionante. En tal caso el sistema de actualización (y sus pautas) dispuesto en la sentencia hace las veces

de reglamentación del derecho aunque restringido al caso que resuelve, pero a su vez, constituye un control anticipado de la legislación reglamentaria a cargo del Congreso, en cuanto establece que tal reglamentación será contraria a la Constitución, si no se adecua a las pautas de razonabilidad que desarrolla.

Vale decir que la Corte resuelve la cuestión de las lagunas estructurales, no sólo para los casos individuales, siendo (según criterio del Alto Tribunal) el resuelto un precedente de obligatorio seguimiento por los tribunales inferiores mientras no se den nuevas razones; sino también con relación a la conducta morosa del Poder Legislativo. En tal sentido, si bien en la solución de la Corte no se emite la reglamentación general, por entender que ello es facultad privativa de la legislación ordinaria, fija las pautas que debe tener la misma. Vendría a colocarse en una situación intermedia entre las descritas por Lorenzetti. Y bien puede entenderse como que en alguna medida participa de la legislación reglamentaria (¿colegisla?). Pero también puede interpretarse que sólo efectúa un desarrollo, una especificación, del derecho constitucional, el que, de tal modo se acercaría (con la interpretación de la Corte) a una norma directamente operativa, en tanto el margen de su reglamentación, no estaría solo en la razonabilidad abstracta del art. 28 CN, sino en las pautas precisas basadas en los principios de la rama de la dogmática (derecho de la seguridad social) explicitados, cual es la relación entre la evolución del haber jubilatorio y el del activo (el carácter sustitutivo del haber jubilatorio). Tal concepción acerca de la razonabilidad de la reglamentación como el entendimiento de que no existen razones para su no aplicación llevan al Tribunal a construir tales soluciones, como se dijera antes. De hecho, como también se dijera, la Ley 26417, de algún modo recepta ambos aspectos, vale decir el del seguimiento de la evolución de los salarios y el de la posibilidad de su cumplimiento que relaciona a la recaudación, dejando abierta la posibilidad al análisis crítico acerca de la satisfacción de las pautas de razonabilidad expuestas por la Corte.

Quedan algunas preguntas finales ¿es la evaluación de la relación entre los ingresos y egresos en el sistema previsional una cuestión judicializable en orden a su razonabilidad? En otros términos; cuándo la satisfacción del derecho consagrado constitucionalmente requiere de políticas de Estado, vale decir cuándo se trata de derechos cuyo reconocimiento requiere de juicios complejos de compatibilización y remoción de obstáculos, como es el caso de la escasez de recursos, ¿la previsiones contenidas en las constituciones rígidas no constituirían meras recomendaciones, como lo sostiene Atienza en su polémica con Ferrajoli, libradas a los criterios de conveniencia y oportunidad? En caso de que existiere la posibilidad de que mediante el ejercicio de la garantía positiva secundaria se conminara judicialmente al desarrollo del derecho; ¿a cargo de quién se encontraría el diseño de aquellas políticas si persiste la mora?, o, en su caso; ¿a cargo de quién está la evaluación del contenido de la reglamentación?

## Notas

<sup>1</sup> CSJN: “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/ reajustes varios”.

<sup>2</sup> Ferrajoli, L.; Moreso, J. J.; Atienza, M. (2008): *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, p. 105.

<sup>3</sup> Lorenzetti, R. L. (2006): *Teoría de la decisión judicial, fundamentos de derecho*, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, pp. 167–178.

<sup>4</sup> Sagüés, N. P. (1998): *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, p. 191.

## **Constitucionalismo, división de poderes y función judicial**

Eloy Emiliano Suárez

### **Introducción**

Con los términos “constitucionalismo” y/o “neoconstitucionalismo” se designan en las últimas décadas ciertas transformaciones en el campo jurídico que han perfilado un modelo denominado Estado constitucional de derecho en oposición al Estado legalista o legislativo, paradigma dominante del Estado liberal decimonónico.

Los cambios normativos que le dieran origen se sitúan principalmente en los ordenamientos jurídicos de Europa continental y son resultado de la sanción de las constituciones europeas de la segunda posguerra (Italia, 1947; Alemania, 1949; Grecia, 1975; Portugal, 1976; España, 1978), de cuyos textos y de la actividad jurisprudencial de sus respectivos tribunales constitucionales se ha generado por diversos autores una teoría jurídica que se propone dar cuenta de dichas transformaciones.

Para Paolo Comanducci, por ejemplo, “se puede mirar favorablemente a la teoría del derecho neoconstitucionalista, que me parece que da cuenta, mejor que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico, si adopta la tesis de la conexión sólo contingente entre derecho y moral,

no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico, al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo. Dado que han (parcialmente) cambiado los modelos de Estado y de derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días”.<sup>1</sup>

Otros autores, cercanos al positivismo, con sus particulares enfoques, como Luigi Ferrajoli y Luis Prieto Sanchís, se han ocupado de las implicancias del neoconstitucionalismo en la teoría jurídica. Desde otras vertientes no positivistas se destacan Robert Alexy, Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky.

Una síntesis caracterizadora de las tesis de este nuevo modelo incluye: a) la presencia de una Constitución como norma suprema, efectivamente aplicable, que derrama su omnipresencia sobre la totalidad del derecho legislado, que supone una rematerialización de la Constitución mediante la incorporación de un catálogo de derechos fundamentales en la forma de principios que ha venido a transformar el sistema de fuentes; y b) cambios sustanciales en la interpretación de dichas normas constitucionales y en su aplicación por el Poder Judicial (ponderación).

Me propongo en este trabajo enfocar más precisamente este último aspecto y describir los cambios originados en la actividad judicial, a tono con las transformaciones aludidas, analizando el rol del juez en relación con el principio de separación de poderes, desde el modelo decimonónico y en la historia más reciente, así como el desarrollo de su labor en el modelo neoconstitucionalista contemporáneo.

## **El constitucionalismo europeo. Siglos XVIII y XIX**

La teoría jurídica europea de los siglos XVIII, XIX y primera parte del siglo XX se caracterizó por el legiscentrismo. A partir de la Revolución Francesa, la ley, como expresión de la voluntad general, no puede someterse a ningún tipo de control constitucional. Como señala Marina Gascón Abellán, en este período “las Constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera, de manera que no constituían un límite a la legislación [...] el Estado de derecho se desarrolla en Europa como Estado legislativo de derecho, y significa (sólo) la sumisión de la Administración y del Juez a la ley, que, por cuanto norma general y abstracta y expresión de la voluntad general, es también garantía de justicia”.<sup>2</sup>

La Constitución francesa de 1791 es fiel ejemplo en tanto “fue el resultado de un compromiso entre el antiguo y el nuevo régimen, por el cual se pretendía conservar la monarquía, pero al mismo tiempo se otorgaba una marcada prepon-

derancia al Poder Legislativo”,<sup>3</sup> en una interpretación equivocada del principio de separación de poderes, que los constituyentes conocieron en la versión de Montesquieu y de la Constitución norteamericana de 1787, pero sacrificaron porque temían dejar en manos del monarca el futuro de la revolución.

La Constitución mencionada, que para afianzar la supremacía del legislador frente al juez descartó todo tipo de control y llegó a prever sanciones para aquellos jueces que se inmiscuyeran en la actividad del poder legislativo, basta como ejemplo de la concepción de la época, que se repetiría en otras constituciones que rápidamente le sucedieron en Francia, así como en las restantes europeas del momento, para poner en evidencia que las mismas no tuvieron como función principal asegurar los derechos individuales, ni la división de poderes, sino institucionalizar acuerdos políticos entre grupos de intereses diversos que aspiraban a conquistar o mantenerse en el poder (monarquía, cortes, burguesía, etcétera).

### **El Código Civil francés de 1804**

Pocos años después, el fenómeno de la codificación napoleónica fortaleció la subordinación del juez a la ley, y a su autor, el legislador. La función de juzgar fue reducida a la más estricta aplicación de los textos legales. El previsor y perfecto legislador proponía soluciones que los jueces debían aplicar estrictamente en los casos concretos, lo que explica que fueran asimilados a “seres inanimados” o “la boca que pronuncia las palabras de la ley” (Montesquieu). El juez se perfilaba como una figura aséptica, apolítica, independiente de influencias externas, ajeno a todo cuanto no supusiera aplicación mecánica y formalista, con lo que se pretendió lograr la necesaria certeza del sistema jurídico al no poder el juez manipular la ley y hacerle “decir” lo que ésta no mandaba.

En materia interpretativa, la actividad judicial se limitó a desentrañar el sentido y alcance de los textos legales en procura de hallar la voluntad del legislador, o su “espíritu”, a fin de consagrarla en la solución de los casos concretos. El método lógico–deductivo, representado en la figura del silogismo jurídico, consistió en la subsunción del caso concreto en el supuesto abstracto de la norma a fin de aplicar la consecuencia prevista en la misma.

### **La reacción**

Este acentuado formalismo jurídico tuvo su réplica en la polémica que generaron doctrinas que reaccionaron contra esa concepción dogmática, como las del segundo Ihering, Kantorowicz, Geny, Radbruch, las teorías ins-

titucionalistas y el realismo norteamericano y escandinavo, entre otros, que reivindicaban una actividad creadora del juez en su labor interpretativa y en su relación con la ley. No me ocuparé de los aportes particulares de cada una de estas concepciones y sus seguidores, dada las limitaciones de este trabajo, pero sin duda fueron actuando como antecedentes más o menos influyentes, más o menos acertados, de la ideología neoconstitucionalista.

## **Hans Kelsen**

Resulta interesante detenerse en el pensamiento de uno de los iusfilósofos más importantes del siglo veinte. Me refiero a Hans Kelsen, quien produjo una significativa innovación a partir de su concepción del orden jurídico positivo en cuya cúspide sitúa la Constitución, como fuente de toda validez, a partir de la cual se desarrollan escalonada y jerárquicamente las restantes fuentes, mediante relaciones primordialmente formales de fundamentación–derivación y creación–aplicación que superan la doctrina tradicional en cuanto al papel subordinado del juez y sus limitaciones interpretativas.

Concibe todo acto de aplicación normativa a la vez como de creación normativa. Al disolverse la distinción entre ambas actividades, en lo que respecta a la jurisdicción, el juez deja de ser un mero aplicador para generar normas, no ya generales como las que emanan del legislador, sino predominantemente de contenido particular cuando da solución a un conflicto entre partes, esto es, al emitir sentencias con contenido particular o individual. Para ello se encuentra en la necesidad de interpretar, dentro de un marco de indeterminación en el que puede optar por diversas alternativas, todas ellas plausibles, de las que el acto de voluntad del juez escogerá conforme preferencias políticas o ideológicas, desechando la posibilidad de la existencia de una sola decisión correcta.

Como afirma Dante Cracogna, “enfatisa Kelsen que lo único que guía al intérprete en la realización de su tarea es una orientación política o ideológica y que cualquiera que elija puede ser igualmente defendida o cuestionada. Se impone ese reconocimiento explícito del substrato de la interpretación a fin de analizarla sin deformación, evitando caer en la ideología generalizada que afirma la posibilidad de una sola solución correcta y descalifica a todas las demás. En su cruzada contra todas las ideologías manifiestas u ocultas en la teoría del derecho, Kelsen también puntualiza la presencia de ésta que subyace en el enfoque tradicional del tema de la interpretación. Los propios métodos interpretativos son ideologías”.<sup>4</sup>

El poder de los jueces se robustece en el pensamiento kelseniano y la supremacía constitucional y la separación de poderes proyectan la función de control de la constitucionalidad de la ley, siempre anulable en su confrontación con

la norma superior, aun cuando la propia Constitución guardara silencio al respecto, como surge claramente de su afirmación de que “Si la Constitución carece de disposiciones sobre quién tenga que examinar la constitucionalidad de las leyes, los órganos que la Constitución autoriza a aplicar las leyes, y, por lo tanto, en especial los tribunales, serán los así facultados para emprender ese examen. Puesto que si están facultados para aplicar leyes, tienen que poder establecer si algo, cuyo sentido subjetivo es ser una ley, cuenta objetivamente también con ese sentido, y sólo tiene ese sentido objetivo, cuando corresponde a la Constitución”.<sup>5</sup>

### **La Constitución de Estados Unidos de 1787**

La idea de la supremacía de la Constitución y del Poder Judicial como guardián de su cumplimiento y de los derechos y garantías establecidos, es un aporte original de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Impone claramente la separación de poderes, limita las facultades del Poder Legislativo y confiere al Judicial la prerrogativa de interpretar y revisar las leyes debiendo abstenerse en su aplicación en caso de lesión constitucional. No se trata por ello de que exista alguna preeminencia entre los poderes, sino que las facultades judiciales surgen de la supremacía constitucional sobre todos ellos.

El texto del inciso 2º del artículo VI es muy claro: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

Pocos años después de sancionada la Constitución, en 1803, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, John Marshall, en la causa “Marbury v. Madison”, reconoció y ratificó la supremacía de la Constitución sobre las leyes federales.

Este fallo, de singular importancia, sentó los cimientos constitucionales de Estados Unidos y claramente atribuyó a los jueces el poder de control de constitucionalidad de las leyes federales. En uno de sus párrafos se sostiene que “la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando a la

ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren”.<sup>6</sup>

## **Incidencia en nuestra Constitución Nacional**

Los principios de supremacía constitucional, división de poderes y control judicial a cargo de jueces independientes se trasladaron a la Constitución Argentina de 1853. Afirma Fayt que “este control, inherente al poder de interpretación reconocido como función propia de los jueces, representa, dentro de la teoría del Estado moderno, el más original de los aportes efectuados por los Estados Unidos al constitucionalismo moderno, precisamente porque su proyección institucional es la declaración de inconstitucionalidad. Esa declaración, aún limitada en sus efectos al caso sometido a decisión de los jueces, implica enervar la validez y eficacia de una ley sancionada por el Poder Legislativo, asegurando de ese modo la supremacía de la legalidad constitucional. La extensión de este control no significa el aniquilamiento de la doctrina de la separación de poderes, sino su puesta a punto con la interrelación de funciones que subyace en la misma doctrina y que se corresponde con los requerimientos de la estructura gubernamental del Estado contemporáneo”.<sup>7</sup>

En análogo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su integración actual, al recordar que “Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional. Los constituyentes norteamericanos, al proyectar el modelo que luego tomaría la Constitución Nacional, no desconfiaban de los jueces, sino del poder central —federal— que creaban. Temían generar un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal. Los derechos consagrados en la Constitución de los Estados Unidos, en su origen, no limitaban las leyes de los Estados, sino sólo las leyes federales. Los norteamericanos se independizaban de la Corona, pero no querían instituir un poder central —federal— que en definitiva viniese a ejercer un poder arbitrario análogo. Por ello, dieron a todos los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, en última instancia, a su Corte Suprema. El Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad; el único elemento de verticalidad fue el *stare decisis*. En lugar de encargar a los legisladores el control de los jueces —como los franceses—, los norteamericanos pusieron a los jueces a controlar a los legisladores”.<sup>8</sup>

La influencia norteamericana en nuestros constituyentes posibilitó que desde sus inicios institucionales se sentara en el país una doctrina y jurisprudencia que fortaleció el imperio de la Constitución sobre la ley, con lo que se separó del ideario decimonónico europeo, aunque no totalmente, debido a la influencia que el Código Francés ejerciera sobre nuestro Código Civil. Con posterioridad, se explica que la tesis kelseniana —aunque a partir de otros supuestos, ya mencionados— impregnó fuertemente los estudios teóricos sobre el derecho en la Argentina, robusteciendo la idea del control de la supremacía constitucional por el Poder Judicial, como resulta manifiesto de su trascendente desarrollo hasta nuestros días.

### **Neoconstitucionalismo. Luigi Ferrajoli**

Ya hemos adelantado que la construcción del Estado constitucional de derecho en Europa es una obra más reciente, posterior a la sanción de las Constituciones posbélicas, que ha producido una progresiva constitucionalización del derecho. Dichas Constituciones introdujeron formulaciones de principios y valores como la justicia, la libertad, la igualdad, fundados en la dignidad y autonomía de la persona, creando Tribunales Constitucionales para garantizar la constitucionalidad de las leyes y limitar el poder estatal en salvaguarda y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, considerados directamente operativos y aplicables.

En nuestro país, sobre todo con motivo de la reforma constitucional de 1994, con la recepción de los tratados internacionales de Derechos Humanos y su equiparación a la carta magna (art. 75, inc. 22), la nueva cultura neoconstitucionalista se ha desarrollado al impacto de las ideas predominantemente europeas, a partir de los enfoques teóricos de los autores ya mencionados.

En lo atinente al tema que nos ocupa, la obra de Luigi Ferrajoli aparece rica y sugerente. Su concepción garantista reclama del juez una función crítica que no se opone a su sometimiento a estricta legalidad, pero que lo convoca a valorar su congruencia con los principios y valores constitucionales que condicionan su validez. Por obvias razones de certeza, señala, una presunción de validez asiste a cada ley vigente, permitiendo que sea aplicada válidamente, pero se trata de una validez relativa puesto que basta para superarla que el juez no la aplique objetando su validez.

Como señala Marina Gascón Abellán, la juridificación de una ética que se erige en criterio de validez reclama del juez una actitud crítica hacia la ley: crítica a la ley vigente o eficaz pero inválida (por ejemplo, porque contradice un principio de justicia material consagrado en la Constitución); y crítica del derecho inefectivo pero válido (por ejemplo, porque el legislador no ha puesto

en marcha las medidas necesarias para la realización efectiva de los derechos sociales). Corresponde al juez, en suma, denunciar las irreductibles antinomias entre ley y Constitución, promoviendo su anulación, y denunciar las lagunas, promoviendo su integración”.<sup>9</sup>

En respuesta a un grupo de autores que polemizaran sobre su pensamiento, Ferrajoli aclaró el espacio propio de la jurisdicción y la discrecionalidad judicial, afirmando que le pertenecen “solamente las controversias y decisiones interpretativas relativas al significado de las leyes que han de ser aplicadas, tanto las ordinarias como las constitucionales. Ello debería ser suficiente para alejar el fantasma del supuesto ‘gobierno de los jueces’ que obsesiona a una parte de la filosofía política y, sobre todo, de la clase política. En efecto, también el juicio de constitucionalidad consiste, repito, en la aplicación de la ley, y por tanto en una actividad cognoscitiva no diferente, en el plano epistemológico, de la que realizan otros órganos jurisdiccionales. Consiste, precisamente, en la aplicación de las normas constitucionales a las leyes ordinarias, esto es, en la determinación, aunque sea opinable y discutible, de estas últimas. Por eso su fuente de legitimación no es la fuente político–representativa propia de las instituciones de gobierno, sino la sujeción a la ley.”<sup>10</sup>

Frente a la alternativa de que los juicios de invalidez de las leyes fueran decididos por mayorías políticas se pronuncia en el sentido que este modo de solución de las controversias interpretativas supondría una flagrante derogación del principio de separación entre el Poder Legislativo y el poder judicial. “La separación y la independencia de la función jurisdiccional respecto de las funciones legislativas y de gobierno garantiza, en efecto, su carácter tendencialmente cognoscitivo, en virtud del cual una sentencia es válida y justa no porque querida y compartida por una mayoría política, sino porque fundada en una correcta comprobación de sus presupuestos de hecho y de derecho”.<sup>11</sup>

La fuente de legitimidad judicial en el marco del redimensionamiento del poder del juez como consecuencia de la constitucionalización de los derechos explica la importancia que en las últimas décadas se ha prestado a la argumentación judicial. En este aspecto, agrega Marina Gascón Abellán “que si es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un Poder Judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial.”<sup>12</sup>

Coincidentemente, Luis Prieto Sanchís reclama para el perfeccionamiento del Estado de derecho del neoconstitucionalismo, una “depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a la decisiones judiciales [...] Inclinar en favor del legalismo

o del judicialismo como modelo predominante tal vez encierre una opción ideológica, de ideología jurídica, pero el intento de hallar un equilibrio entre ambos —nunca del todo estable por otra parte— requiere la búsqueda de aquella racionalidad no sólo para las decisiones judiciales, sino también para las legislativas, aspecto este último que a veces se olvida”.<sup>13</sup>

## **Conclusión**

Como corolario, el recorrido efectuado sobre los distintos modelos de organización jurídica en Occidente revela el predominio de una búsqueda permanente de mecanismos para someter el poder, implicando barreras como la teoría de la división de poderes como una forma democrática de garantía orgánica contra su abuso. En este marco de Estado de derecho constitucional, centrado en una constitución normativa, jerárquica y directamente operativa, la función judicial desempeña un papel de control, tanto de tipo concentrado como difuso de constitucionalidad, cuya racionalidad y aceptación depende del más exigente discurso argumentativo a la hora de aplicar el derecho.

## Notas

<sup>1</sup> Comanducci, P. (2002): “Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis meta-teórico” en *Isonomía* N° 16, abril, p. 89.

<sup>2</sup> Gascón Abellán, M. (2005): *La argumentación en el derecho*, Palestra, Lima, p. 21.

<sup>3</sup> García-Mansilla, M. J. (2006): *Las fuentes de la Constitución Nacional. Principios fundamentales del derecho público argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 93.

<sup>4</sup> Cracogna, D. (1989): “La interpretación del derecho en Kelsen” en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 54.

<sup>5</sup> Kelsen, H. (1981): *Teoría pura del derecho*, UNAM, Méjico, p. 361.

<sup>6</sup> “Marbury v. Madison” -1 Cranch 137, 2 L.Ed.60(1803), en Miller, J. M. y otras; (1987): *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, p. 12.

<sup>7</sup> Fayt, C. S. (2005): “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. *Leading Cases y Holdings*. Casos trascendentes” en *La Ley*, Buenos Aires, p. 41.

<sup>8</sup> CSJN; “Casal, Matías E. y otros”, C.1757.XL, Fallos 328:3399, *Considerando 11°*.

<sup>9</sup> Gascón Abellán, *op. cit.*, pp. 39–40.

<sup>10</sup> Ferrajoli, L. (2006): *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, p. 96.

<sup>11</sup> *op. cit.*, p. 97.

<sup>12</sup> Gascón Abellán, *op. cit.*, p. 46.

<sup>13</sup> Prieto Sanchís, L. (2003): *Justicia, constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, p. 216.

## **Poder Judicial y función política**

Martín Cáceres

### **Introducción**

Es común al referirse a la Constitución en la mayoría de las democracias occidentales, y especialmente en la nuestra, la referencia a la forma “republicana” caracterizada esencialmente por la diferenciación entre los tres poderes estatales.

Corolario de lo cual, surge tradicionalmente el carácter meramente político del Poder Ejecutivo, y el contrapunto político en el Poder Legislativo, a través de la formación de las normas de carácter general propias de su función legislativa, con su correspondiente limitación a los restantes poderes en un Estado de derecho... pero al Poder Judicial le ha sido reservado un manto de “objetividad”, un halo con el cual se diferenciaba de los restantes poderes estatales. Se ha pretendido justificar por lo general su actuación en una lógica mecanicista, respaldada por su tarea de aplicación de la legislación vigente.

Su competencia implica —según pareciera— la de aplicar las leyes. Una tarea mecánica, una visión de claro corte positivista ha imbuido nuestra Constitución Nacional primigenia, y ha sido trasladada con vaivenes hasta nuestros días. Así reza el art. 116 de la CN: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación”.

## **Metodología**

A fin de simplificar la lectura del presente texto, utilizaré la siguiente metodología: en un primer lugar trabajaré sobre el encuadre doctrinario de los problemas en cuestión; léase: la interpretación que la doctrina mayoritaria ha otorgado a los textos normativos analizados, y la situación que de ellos se desprende.

Así mismo, pretendo realizar una breve reseña jurisprudencial, a fin de repasar de qué modo la voz de los tribunales ha considerado dicho problema.

Posteriormente, y como derivación de la división de poderes, desarrollaré lo que considero son sus dos principales corolarios en vinculación con el tema propuesto: a saber, la “Exclusión Política” del accionar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y la existencia de “Cuestiones no Judiciables” y “reglas de no hacer”.

Por último, realizaré un breve comentario sobre el estado actual de cosas, y apreciaciones personales derivadas del trabajo en cuestión.

## **Sobre la función jurisdiccional**

La Carta Magna de nuestra república asigna a la CSJN y a los tribunales inferiores la función de “conocimiento y decisión de todas las causas”. Es claramente una orientación particularista en la cual, fruto de la división de poderes, el Poder Judicial debe dirimir los conflictos mediante la aplicación al caso concreto de la normativa vigente, sea ésta de rango constitucional o infraconstitucional.

Pero paralelamente es investida como uno de los tres poderes de gobierno, por lo cual su función política es indiscutible, independientemente de las discusiones que sobre su alcance puedan darse.

Hemos de considerar que el modelo constitucional adoptado en nuestro país ha recibido una importante influencia del sistema anglosajón, pero ha recibido también un influjo del régimen continental europeo. De este último ha recibido el carácter particularista de la función judicial, diferenciándose del régimen norteamericano donde es potestad del PJ generar no sólo una solución al caso concreto, sino también una regla jurisprudencial de aplicación general, el llamado “precedente”.<sup>1</sup>

## **Sobre el control de constitucionalidad**

En EE. UU., la doctrina y jurisprudencia han entendido desde el desarrollo efectuado en “Marbury vs. Madison” por la CSJ de ese país en 1801 que a fin de resolver los conflictos particulares, el Poder Judicial se encuentra facultado a

analizar la constitucionalidad de la legislación vigente,<sup>2</sup> fundado en la facultad de resolución enunciada y en la supremacía constitucional.

Ahora bien, como podrá apreciarse, el poder que dicha facultad inviste reviste una magnitud considerable, en tanto se deriva que si bien no es de su competencia el dictado de normas generales, puede desconocer las dictadas en ejercicio de funciones legislativas por el Congreso por considerarlas “inconstitucionales”, y que asimismo puede interpretar que los actos emanados del Poder Ejecutivo son “ilegales” o “inconstitucionales”, todo lo cual reviste a la CSJN, en su carácter de órgano máximo del Poder Judicial, como *garante último* de la CN. También debe remarcarse que al sentar un *precedente* contrario a la validez de una norma general, impone a los tribunales inferiores una resolución contraria a la voluntad legislativa, y evidencia un conflicto entre poderes.

Por tal motivo, ha entendido que procedía una autolimitación en su accionar, y ha utilizado dos argumentos en el marco jurídico que han sido receptados en la jurisprudencia local: la existencia de “Cuestiones Políticas no Judiciables” y la determinación de “técnicas de no hacer”. Dichos argumentos son en rigor de verdad autolimitaciones a su poder de resolución de conflictos y paralelamente de la facultad de contralor constitucional y legal.

Ahora bien, debemos considerar que el Poder Judicial es uno de los estamentos del Estado en pugna por el poder, y de ese juego de balances depende la funcionalidad de la forma republicana conforme fuera desarrollada. Ahora, ¿qué pasa cuando el mismo decide por su propia iniciativa restringirse en sus funciones?

Esto es exactamente lo que ha hecho en nuestro país, receptando expresamente la jurisprudencia norteamericana. Así, la CSJN en la causa “Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación” del 22 de septiembre de 1887,<sup>3</sup> “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo s/ expropiación” del 14 de abril de 1888,<sup>4</sup> “Cullen c/ Llerena” (1893)<sup>5</sup> y “José Roque Pérez” ha remarcado la diferenciación entre los ámbitos propios de cada poder, excluyendo determinadas materias del control del Poder Judicial. Todo con la finalidad de respetar el ámbito de injerencia de los restantes poderes —esencialmente del Poder Ejecutivo.

El Poder Judicial ha desarrollado la teoría de las “Cuestiones Políticas no Judiciables”, cuya delimitación depende esencialmente del propio criterio de la CSJN, como así también las “técnicas de no hacer”.<sup>6</sup> Claro está que ambas medidas tienen un carácter sustancialmente distinto, ya que mientras que las “cuestiones políticas” son automáticamente retiradas del ámbito de competencia de la justicia, las “técnicas de no hacer” son en rigor reglas de aplicación de las facultades jurisdiccionales que tienden a evitar la deformación de la voluntad popular manifestada por el Poder Legislativo en función de una interpretación antojadiza del Poder Judicial.

Sobre las primeras, la doctrina y la jurisprudencia, en forma mayoritaria, entienden que existen *tres* requisitos para proceder con el análisis que pueda devenir en una declaración de inconstitucionalidad por la CSJN, a saber:

1. Existencia de un caso o cuestión constitucional, el cual es descripto como una “controversia susceptible de ser resuelta por los tribunales”, lo cual implica una tautología;
2. dicho caso constitucional ha de ser sostenido por quien tiene legitimación activa a tal fin, y
3. debe recaer sobre materia justiciable.<sup>7</sup>

Puede sostenerse que el proceso en sí mismo es un *cuarto* requisito, siendo la única vía legitimada para el conocimiento de la causa por el Poder Judicial.

Como puede verse, en realidad las cuestiones no justiciables son una herramienta indefinida, dejada al libre arbitrio judicial, a modo de “válvula de presión”. Entiéndase, ante la existencia de una acción instada por persona legitimada, que versa sobre temas de relevancia institucional, afectando la actuación de uno de los poderes del Estado, el Poder Judicial tiene a su disposición el planteo de la “no judicialidad” de la cuestión sometida a su arbitrio.

Es indudablemente una vía de gran utilidad para el Poder Judicial, que ha evitado en repetidas oportunidades un conflicto de poder con el Poder Ejecutivo o Legislativo, so pretexto de evitar inmiscuirse en cuestiones propias; o de evitar el “gobierno de los jueces” al cual con tanto temor se suele hacer referencia. Distinta postura puede sostenerse en relación con los intereses de los particulares afectados, y con mayor vehemencia aun en lo referido a la afectación del orden institucional en el marco de una pugna por el poder sin reglas.

## **La crítica al control de inconstitucionalidad**

Como se ha esbozado, el principal punto sobre el que recaen las críticas a la declaración de inconstitucionalidad de los actos de los restantes poderes por parte del Poder Judicial estriba en la afectación de medidas de carácter político, las cuales tendrían a su vez su “castigo” político. Es decir, si quien ejerce el Poder Ejecutivo —habiendo sido elegido a tal fin— obrara de forma incorrecta, recibiría una cantidad de votos negativos en las próximas elecciones, procurando así un equilibrio en el sistema.<sup>8</sup>

Asimismo, sostiene Barucca que la solución a estos problemas se encuentra en el accionar del Poder Legislativo, que debe “recuperar su papel preponderante” para obtener el equilibrio de los poderes.

Así se suele entender que la intervención del Poder Judicial resta legitimación democrática, al ser el Poder Judicial el más alejado de la voluntad popular.

Por otro lado, y derivado del control ejercido por el Poder Judicial sobre el accionar de los restantes poderes, se sostiene que la intervención del mismo puede devenir en “el gobierno de los jueces”. Por lo cual este poder estatal podría desplazar a los restantes, bloqueando las leyes contrarias a su propio criterio y paralelamente imponiendo sus criterios y valoraciones a los restantes poderes.

También señala Barucca que dicha actuación sobrepasa ampliamente al campo legítimo de la actividad de los tribunales que “no debería ser nada más que la ejecución de la decisión política tomada. El control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política”.

Como puede percibirse, y adelantara oportunamente, la noción de “control de constitucionalidad” es en sí misma rechazada por atentar contra el orden jurídico, no respetando la división de poderes.

### **Apreciaciones personales**

Como se puede leer entre líneas, y no ha sido intención de quien suscribe ocultar, la posición mayoritaria en lo relativo al alcance del poder jurisdiccional reviste a criterio personal severas falencias.

Las oposiciones reseñadas al control jurisdiccional, sin perjuicio del valor que puedan revestir, parecieran partir de una noción de la división de poderes, meramente jurídica —desconociendo la Constitución material—, de corte positivista, y que ha receptado las facetas más conservadoras del sistema anglosajón y continental.

Se sostiene la necesidad de restringir el accionar jurisdiccional por entender que excede la mera tarea de “aplicación” del derecho, que le “corresponde” al Poder Judicial. Se desconoce la función creadora que la misma teoría del derecho reconoce a la sentencia. Se desconoce, o al menos se deja en un segundo plano, las limitaciones constitucionales a los restantes poderes.

Se tiene pavor al accionar judicial, al “gobierno de los jueces”, aun desconociendo que, como remarca Peyrano, en realidad en Latinoamérica los Jueces parecen tener aversión a tratar cuestiones de índole política.

Se desconoce, o se le resta trascendencia, al carácter individual de la *declaración de inconstitucionalidad* propia de nuestro sistema, por lo que la misma no afecta más actos que el impugnado y en tanto, ha sido impugnado.

Se desconoce el carácter esencialmente negativo de la resolución judicial impugnatoria, en tanto puede remarcar al legislador, o al ejecutivo en que ha omitido el marco normativo —constitucional o legal—, pero no puede jamás suplir su voluntad dictando una norma general que considere “correcta”.

Asimismo, esta pretendida división “tajante” entre la actividad política propia de los restantes poderes y la actividad de aplicación del Poder Judicial, legitima un apartamiento del Poder Judicial de las consecuencias de su propio accionar, en tanto sólo sería responsable de no aplicar el derecho tal cual se encuentra, como si el derecho no fuere susceptible de creación por la interpretación misma. Pero no tendría ninguna responsabilidad en negar la resolución de un conflicto por entender que el objeto de la *litis* no es —a su propio criterio— susceptible de resolución jurisdiccional.

El mismo discurso permite despotricar contra la actividad política —de la cual el Poder Judicial estaría absolutamente desprovisto—, remarcando que las soluciones son políticas, que las consecuencias son políticas, y son básicamente aplicadas por el pueblo mediante mecanismos democráticos —esencialmente el voto—. Casi pareciera que el Poder Judicial debe convertirse en un observador de los procesos políticos.

En realidad, la principal crítica a dicha postura parte del desconocimiento de la realidad. Las decisiones se toman por los poderes estatales, y ante la solicitud de amparo por los particulares el recurso a la teoría de las “cuestiones políticas no judiciales” pareciera ser sólo una herramienta argumental, un discurso legitimador, utilizado por los tribunales a fin de evitar un conflicto de poder, casi contrariando la teoría política que sostiene que todos los poderes del Estado pugnan por mejorar su situación; o tal vez una herramienta que valiéndose de la vaguedad del concepto de las “cuestiones no justiciables” o “cuestiones políticas”, acompañadas por la vaguedad del concepto de “cuestión constitucional” legitiman la no intervención del PJ ante la violación de normas legales o constitucionales. No podemos desconocer que la no intervención del Poder Judicial en un conflicto particular, en el cual uno de los poderes estatales es parte, es de hecho una legitimación de su accionar, no oponiendo freno alguno, pero “sin la firma”.

La Constitución sólo puede prevalecer o no prevalecer, la lógica no admite otras soluciones, y la CSJN —y los tribunales inferiores en ejercicio del control difuso de constitucionalidad— pueden asumir su rol de forma íntegra, y asumir las consecuencias de sus actos y omisiones, o continuar con un discurso vago y ambiguo, eligiendo “*a gusto e piacere*” las causas en las que van a entender y aquellas en las que no.

La justicia debe pronunciarse, impugnando o no la norma o el acto impugnado, pero debe pronunciarse. La existencia de ámbitos de actuación de los *restantes poderes* debe ser reconocida en tanto se ha reconocido constitucionalmente, pero entendiéndose bien: sostener un acto estatal analizándolo en un proceso, y resolviendo que se ha dictado conforme la Constitución Nacional por encontrarse material y formalmente dentro del ámbito de sus competencias es una resolución judicial, y es un acto del cual el Poder Judicial debe hacerse cargo.

Sostener que no se va a emitir resolución alguna porque son cuestiones ajenas al Poder Judicial, implica sostener que la Constitución prevalece sólo si por casualidad la respetan en determinadas materias —porque no existe quien pueda imponerla— o bien que la Constitución directamente no prevalece.

En este sentido, dichos argumentos pueden ser considerados un elemento de considerable peso a fin de facilitar ese gobierno de los jueces que manifiestan pretender evitar. Así, es el mismo tribunal el que considera la aplicación o no de estas “auto-restricciones” en cada caso concreto, atentando contra la previsibilidad de las resoluciones judiciales, o incluso contra el acceso mismo a la justicia; y legitimando la no intervención cuando considera pertinente dicha actuación y la intervención a su libre arbitrio.

Indudablemente la declaración de inconstitucionalidad de un *acto jurídico* emanado de un *poder estatal* se encontrará amparada por una presunción de *legitimidad*, ¿pero es ésta una presunción tal que no pueda ser revisada en sede jurisdiccional? Y de ser así... ¿en ningún caso?

Bidart Campos sostiene que la “triada” de poder establecida en la Constitución es la base de un sistema de “*seguridad y control*” que organiza toda una estructura de contención del poder para proteger a los hombres en su libertad y sus derechos”, y que se encuentra orientada a impedir la concentración de poder y a resguardar la libertad de las personas.<sup>9</sup>

Entiendo que la intervención de la CSJN otorga previsibilidad a la administración de justicia, independientemente de la resolución que oportunamente disponga. Asimismo, implica un reconocimiento del *rol político* que de hecho reviste, y que se manifiesta cuando la misma tiene la voluntad de “anular”, de “tachar de inconstitucional” un *acto jurídico*, o de remarcar su validez y constitucionalidad, o cuando manifiesta declaraciones públicas<sup>10</sup> quitando del medio esta facultad de abstención tan práctica cuando las convicciones entran en un terreno escabroso.

La Corte Suprema no es ni ha sido apolítica, y tal vez esté empezando a reconocerlo.

## Notas

<sup>1</sup> En nuestro régimen jurídico suele referirse a la “ejemplaridad”, la cual no implica una imposición de las resoluciones para los tribunales inferiores, pero una cuestión de orden práctico “sugiere” su acatamiento por los tribunales inferiores, en tanto se presupone que la elevación a última instancia terminaría con una resolución que imponga el criterio jurisprudencial sostenido.

<sup>2</sup> Así se sostiene en el *obiter dictum*: “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

<sup>3</sup> En el mismo se remite a lo enunciado en “Marbury vs. Madison”, el cual es tenido como *leading case*, aun siendo un *obiter dictum* como bien remarca Peyrano en su obra (2006): *Cuestiones Políticas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, donde aclara que el verdadero precedente es sentado por “Luther c/ Borden” que data de 1849.

<sup>4</sup> Donde, como remarca Gallego en su obra (2007): “Declaración de Inconstitucionalidad: El control difuso y el concepto de Poder. Ventajas e Inconvenientes” en *Revista Jurídica La Ley, La Ley*, Buenos Aires, se refiere al control de constitucionalidad en los siguientes términos: “Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarla, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías que se ha entendido

asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”.

<sup>5</sup> En el cual se impugna la Intervención Federal a la Provincia de Santa Fe.

<sup>6</sup> Ver al respecto: Novelli, M. (2005): “La función política de la Corte Suprema y el control judicial de constitucionalidad” en *Cartapacio de Derecho (on line)*, v. 8, N° 8, 26 de diciembre.

Ver así mismo: Bidart Campos, G. (1997): *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, donde se manifiesta con relación al accionar del poder judicial y a la presunción de validez y constitucionalidad de los órganos de poder.

Es también de relevancia a tal fin el fallo de la CSJ de los EE.UU. en el caso “Ashwander v. Tennessee Valley Authority” (297 US 288 —1936—), donde el juez Brandeis delineó las siguientes reglas a fin de delimitar la competencia de la CSJ: 1) La Corte no tendrá competencia para conocer procesos amigables o en el que no concurren adversarios. 2) La Corte no se precipitará a determinar sobre la constitucionalidad de una ley, si no es absolutamente necesario para decidir el caso. 3) La Corte no formulará una regla de derecho (“*rule of law*”) que resulte más amplia que los hechos proporcionados por el caso. 4) De ser posible, la Corte resolverá los casos, con bases o fundamentos no constitucionales. Si el sentido común lo admite, de no peligrar manifiestamente la integridad constitucional, la Corte adoptará su decisión, no al margen de la Constitución, sino ubicando los fundamentos jurídicos del caso en la ley y no en la Constitución. 5) La Corte no confrontará la constitucionalidad de una ley si no se comprueba que ella es el origen de un daño a la persona o la propiedad. Para que la Corte esta-

blezca la inconstitucionalidad de una ley, se debe demostrar, en el caso particular, el daño infligido por ésta. 6) La Corte no confrontará la constitucionalidad de una ley a instancias de quien ha aceptado sus beneficios. Quien dentro de un proceso invoque los beneficios de la aplicación de una ley, de manera unilateral, no podrá ser sujeto de los efectos adversos de la inaplicación por inconstitucionalidad de la misma. 7) Cuando quiera que sea posible, las leyes objeto del estudio de la Corte, serán interpretadas de manera que eviten un tema constitucional. Es decir que únicamente cuando la necesidad sea notoria, la Corte ascenderá a la Constitución para resolver un caso, a partir de la aplicación de la ley.

<sup>7</sup> Este último punto, al igual que el primero tienen estrecha relación con una interpretación restrictiva del alcance de la competencia establecida en el ya citado artículo 116 de la CN. Barucca sostiene que dicho artículo al referirse a “todas las causas” haría referencia a aquellas circunstancias en las que existe cuestión constitucional.

<sup>8</sup> Ver, entre otros, Barucca, M. C. “La noción de Caso Justiciable y Control de Constitucionalidad”, ponencia en el VIII Congreso de Derecho Procesal Garantista, 2 y 3 de noviembre de 2006. Disponible en <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/BARUCCA.pdf>

<sup>9</sup> Bidart Campos, G., *op. cit.*

<sup>10</sup> Al respecto ha realizado numerosas declaraciones en los últimos tiempos, desde las mediáticas dirigidas a hacer públicas sus resoluciones en conflictos particulares como sucedió en la causa “Arriola”, sobre la penalización del consumo personal de marihuana, que retoma la senda marcada por la causa “Bazterrica”, en contraposición con los fallos “Colavini”, “Valerio” y “Montalvo”.



## **Democracia, Estado de derecho y Jurisdicción**

Graciela Barranco de Busaniche

El título de este artículo alude al del Seminario Internacional<sup>1</sup> en el cual fue leído y, a la vez, se asemeja al de un artículo de L. Ferrajoli, “Estado de derecho, democracia, crisis del Estado nacional”. En el artículo de Ferrajoli se plantean dos problemas: 1) dado el cambio paradigmático que ha sufrido la esfera de lo público y lo privado a partir del proceso de globalización, ¿se puede aún hablar de democracia?, ¿sigue siendo necesaria la relación Estado/democracia o, más bien, se debe redefinir la forma de democracia para adecuarse a la “política interna del mundo” (Habermas)?; 2) frente a la crisis del Estado nacional cabe preguntarse, ¿existe un nexo indisoluble entre Estado y Estado de derecho?, ¿o habrá que redefinir las jurisdicciones en una estatal (o de gobierno) y otra internacional (o de garantías)?

Aquí abordaré el tema del Estado constitucional y democrático de derecho distinguiendo, ante todo, entre los fenómenos y la conceptualización de los fenómenos, siguiendo a Manuel Atienza<sup>2</sup> en “Constitucionalismo, globalización y derecho”. Se puede separar el fenómeno del constitucionalismo, describiendo sus rasgos más o menos graduables, del punto de vista teórico focalizado en comprender tal fenómeno; el fenómeno de la globalización del punto de vista teórico-jurídico sobre la misma. Lo que ocurre, dice Atienza, es que las reacciones de los iusteóricos frente a tales fenómenos son más o menos positivas, según su orientación política, y ello se traduce en el tipo de

descripciones/explicaciones que hacen de los mismos. Como bien sabemos en Ciencias Sociales, la realidad es interpretable y representable de múltiples formas respondiendo a entramados de poder, intereses y decisiones sociales. Así, por ejemplo, para la derecha política el fenómeno de la globalización tiene aspectos positivos y se entiende que el Derecho tiene la misión instrumental de apuntalar al orden espontáneo del mercado. Por oposición, la izquierda política sostiene que la desregulación conlleva un vacío de medidas de garantía relativas a los derechos sociales, profundizando las desigualdades entre países e individuos, degradando el medio ambiente y configurando un derecho no democrático. Ferrajoli advierte en la globalización un vacío de derecho público, postulando junto con Habermas un “constitucionalismo mundial”, una ampliación del paradigma del Estado constitucional y democrático de derecho a las relaciones internacionales.

La descripción del fenómeno del constitucionalismo alcanza variaciones semejantes, según advierte Comanducci.<sup>3</sup> El neoconstitucionalismo teórico o el ideológico aspiran a describir los logros de la constitucionalización, exhibiendo un nuevo modelo de sistema jurídico que ha positivizado un catálogo de derechos fundamentales omnipresentes en la Constitución y que registra peculiaridades en cuanto a la interpretación y a la aplicación de la ley. En este modelo de Estado constitucional y democrático de derecho se limitan los poderes del Estado y se protegen los derechos fundamentales, se resaltan algunos elementos estructurales del Estado de derecho y se valora positivamente el proceso de constitucionalización y su ampliación continua.

Según Guastini,<sup>4</sup> los rasgos graduables del proceso de constitucionalización son (entre los más salientes):

- la fuerza vinculante de la Constitución, especialmente en relación con el Parlamento;
- la garantía jurisdiccional de la Constitución, que se traduce en la existencia de Tribunales competentes para anular las disposiciones que vulneren la Constitución;
- la rigidez constitucional (o la existencia de mecanismos que dificulten el cambio constitucional);
- la interpretación conforme a la Constitución de las normas que conforman el ordenamiento jurídico;
- la aplicación directa de la Constitución;
- la influencia de la Constitución en las relaciones políticas.

Una mirada negativa que acentuara las consecuencias teóricas y prácticas no deseadas del proceso aludido, también señalaría:

- el ejercicio de un poder discrecional excesivamente amplio por parte de los jueces;

- los déficits de certeza en amplios sectores del ordenamiento jurídico, por efecto de la “impregnación” o “irradiación” de los derechos constitucionales sobre el resto del ordenamiento;
- el recurso a modalidades cuasi–prudenciales de toma de decisión (como lo es, por ejemplo, la ponderación);
- la restricción del campo de las opciones legislativas. A medida que se acentúa la crítica se habla también de: “sobreinterpretación de la Constitución” o el uso de la interpretación del texto constitucional como medio para obtener innumerables normas implícitas que disciplinen todos los aspectos de la vida social y política;
- la aplicación directa por los jueces de las normas constitucionales en los conflictos entre particulares;
- el recurso sobreabundante a la interpretación adaptativa (conforme a la Constitución) que, según Scarpelli o Tarello, transforma al derecho en un “derecho de los jueces” basado en principios. Por último, desde la izquierda política se acusa a la cultura neoconstitucionalista de convertir a los derechos en un instrumento devorador de la democracia y del espacio político, que desemboca en la omnipotencia judicial.

En el presente artículo pretendo esbozar la estrategia que despliega Bruno Celano<sup>5</sup> para enfrentar las críticas más enconadas a los enfoques neoconstitucionalistas. Celano afirma la existencia de una ideología subyacente a la férrea oposición hacia una disciplina constitucional de los derechos, disciplina que por vaga e indeterminada abriría sus puertas a un cúmulo de consecuencias no deseadas.

La ideología de la oposición sostendría el ideal (que Celano juzga irrealizable) de una Constitución que establezca unos pocos derechos fundamentales de manera precisa y unívoca, para que la normativa constitucional y la garantía judicial queden restringidas a un área de inmunidad garantizada. Esta ideología proviene de un enfoque iuspositivista que define al derecho como conjunto de reglas y se erige como una respuesta escéptica al proceso de constitucionalización. Celano sostiene que comprender teóricamente al constitucionalismo implica abandonar el iuspositivismo y entender al derecho como una práctica social que incorpora una dimensión de justificación, resaltando la importancia de la interpretación guiada por fines y valores que dan sentido a la práctica.

La estrategia anti–anticonstitucionalista de Celano consiste en mostrar la imposibilidad de la opción teórica a la que se opone: una disciplina constitucional de los derechos no puede estar libre de conflictos ni de amplios márgenes de indeterminación. Las razones a favor de su tesis, enumeradas por nuestro autor, son:

- los derechos se presentan en conjuntos y pueden surgir conflictos entre ellos;
- un único y mismo derecho que se reconozca por igual a varios individuos puede generar conflictos cuya solución requiera limitar la esfera de aplicación de las actividades protegidas por tal derecho;
- a partir de sus especificaciones, un único y mismo derecho puede generar derechos en conflicto. Hasta aquí se dice que son posibles los conflictos tanto entre derechos como dentro de un mismo derecho.

Además:

- la limitación de algún derecho siempre arriesga imponer una violación del mismo;
- no hay derechos sin cláusulas abiertas, formulaciones en términos vagos, etc.; pero además, la constitucionalidad de la ley que establece su ejercicio (o su limitación, etc.) también depende de cláusulas abiertas, que generan indeterminación adicional;
- muchas veces los derechos acarrear un costo en términos de derechos ajenos, lo cual genera nuevos conflictos.

¿De dónde proviene esta caracterización de la estructura de los derechos que desemboca en los rasgos que se acaban de mencionar? Tanto de una tradición normativa de los derechos (Raz, Waldron) como de otra tradición que ubica a la teoría de los conflictos entre derechos en la frontera entre la Teoría General del Derecho y el Derecho Constitucional (Alexy). Según Comanducci, ambas tradiciones dan lugar a un enfoque teórico constitucionalista que, en contraste con el que se sindicaba como continuación del iuspositivismo aunque con un objeto parcialmente modificado, se instala como un cambio radical cualitativo respecto del iuspositivismo teórico. Este nuevo enfoque sostiene que cualquier teorización razonable acerca de los derechos constitucionalmente reconocidos admite la apertura y el carácter indefinido de tal conjunto.

Vista la caracterización estructural, Celano<sup>6</sup> sostiene que el contenido sustantivo de las Constituciones consiste en derechos, principios y valores éticos. Aquí se usan como sinónimas las expresiones “ética” y “moral”, y ambas hacen referencia a la esfera del razonamiento práctico, de las razones para la acción, sin restricciones. Para Celano, el derecho expresa principios y valores éticos objetivos, pero también conflictivos, inconmensurables, indeterminados. Su determinación es la tarea del derecho positivo, a través de ponderaciones, resolución de conflictos e intentos de conmensurar lo inconmensurable; la lleva a cabo usando una estructura institucional de poderes normativos. Pero sus intentos replantean una y otra vez la antítesis entre la corrección y el carácter definitivo de las decisiones jurídicas, lo que se explica porque el derecho es sólo un artefacto humano y no la representación de un orden moral objetivo.

Si aceptamos que el conjunto de derechos conforma el contenido de un Estado Constitucional de derecho, aún podemos distinguir dos familias de concepciones opuestas al momento de definir los rasgos estructurales de tal conjunto. La distinción se hace patente por el modo de responder a estas dos preguntas: ¿hay conflictos entre los derechos que conforman el contenido sustantivo de un Estado Constitucional de derecho? Si la respuesta es afirmativa, ¿qué estructura tendrá una posible resolución de esos conflictos?

Los nombres de las dos familias de concepciones distinguibles por sus respuestas son: “irenista” y “pluralista”. Ambas concepciones y los distintos tipos de teorías que se enmarcan en cada una son abstracciones o modelos.

Según la concepción irenista, los derechos fundamentales constituyen un sistema coherente y completo que puede ofrecer una “única respuesta correcta” en los casos de aplicación de normas constitucionales a casos particulares, lo que equivale a sostener que no existen conflictos genuinos entre derechos fundamentales. La concepción irenista puede presentarse bajo una forma “minimalista” en la cual se sostiene que el sistema de los “verdaderos” derechos fundamentales consiste en un número reducido de derechos “composibles”, es decir, susceptibles de ser conjuntamente satisfechos en toda circunstancia posible. La estrategia implícita consiste en reducir los “verdaderos” derechos a derechos de libertad, descalificando a los derechos sociales y a los de las siguientes generaciones. La teoría de Nozick, tal como aparece en *Anarquía, Estado y Utopía*<sup>7</sup> es un ejemplo claro del modelo minimalista. Celano la critica por ser implausible y por su falta de valor explicativo al momento de analizar la dimensión ética sustantiva del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En las concepciones irenistas puede aparecer el recurso a la ponderación al momento de resolver conflictos entre derechos. Tal conflicto es sólo *prima facie* y su apariencia se disuelve cuando se resuelve el conflicto como resultado del proceso de balanceo. Aquí se entiende que tal resultado está predeterminado por el contenido de los elementos que aparecen a primera vista en conflicto pero que, debidamente comprendidos, guían hacia un resultado estable. Celano critica el recurso a la ponderación, partiendo del significado del término. “Ponderación” designa un vacío antes que un método de resolución de conflictos; expresa una metáfora, la del “peso” de las razones en oposición y su balanceo. Es “el nombre de una dificultad, de una incógnita”. Aun cuando reconoce que el de Alexy es el intento más acabado de reconstrucción de la ponderación como procedimiento de decisión racional, en él no se alcanza a eliminar el elemento intuitivo, prudencial, del razonamiento práctico.

Según la concepción pluralista, entre los elementos plurales que constituyen la dimensión ética sustantiva del Estado Constitucional y Democrático de Derecho hay conflicto, inconmensurabilidad, indeterminación. Según Celano, el mundo de los valores, de las razones para la acción y de los ideales

sociales y políticos es un “panteón politeísta”. El contenido ético del Estado Constitucional y Democrático de Derecho es un artefacto cultural, fruto de un proceso de estratificación y sedimentación de una pluralidad de teorías, doctrinas y distintas concepciones sobre los derechos. La identificación de los derechos constitucionalmente reconocidos es el fruto de una “lectura moral de la Constitución” (Dworkin), mediante un procedimiento holista y coherentista, asimilable a la búsqueda de un equilibrio reflexivo (Rawls) guiado por criterios sustantivos de razonabilidad. Es un procedimiento similar al de la traducción radical (Davidson) aunque, como forma de interacción comunicativa no sólo está orientada a la comprensión sino también a dirimir la cuestión: “¿quién fija la interpretación?”. Es un modo de lucha por el texto, aunque sujeta a criterios de corrección cuya objetividad es resultado de una práctica discursiva siempre abierta a la discusión racional.

El pluralismo está vinculado con una concepción particularista del razonamiento aplicativo de los derechos constitucionales a distintos tipos de casos: no es posible una especificación concluyente de las propiedades relevantes para la resolución de todos los casos posibles, es decir, no hay una “tesis de relevancia” última para el universo de todos los casos posibles. Luego, si hay balanceo, su resultado nunca será una regla en sentido estricto, es decir un enunciado condicional inderrotable. La concepción particularista de la ponderación comparte la concepción holista y coherentista de la argumentación ética sustantiva y no excluye la posibilidad de alcanzar generalizaciones, aunque siempre revisables.

Cuando Celano elige el modelo pluralista, lo hace porque considera que no es posible una disciplina constitucional de los derechos razonable que cumpla con la condición de la determinación. O lo que es lo mismo: que el modelo irenista no orienta a una comprensión adecuada de los derechos constitucionalmente establecidos. De este último modelo surge un modo de presentar los fenómenos típicos del neoconstitucionalismo y de estigmatizar sus patologías desde un ideal que está mal planteado. No se intenta partir de las características significativas del objeto de estudio para distinguir en él lo propio de lo derivado imperfectamente. Quizá esto se deba a una fuerte orientación preinterpretativa predominante en el irenismo, que evita pensar al derecho como artefacto cultural, inevitablemente surcado por interpretaciones.

## Notas

<sup>1</sup> Este artículo fue expuesto en el transcurso del Seminario Cainá, realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, marzo de 2010.

<sup>2</sup> Atienza, M. (2009): "Constitucionalismo, globalización y derecho" en *Interpretación y razonamiento jurídico*, Ara, Lima.

<sup>3</sup> Comanducci, P. (2002): "Formas de (neo)constitucionalismo" en *Isonomía* N° 19, abril, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México.

<sup>4</sup> Guastini, R. (2003): "La constitucionalización del ordenamiento jurídico" en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid.

<sup>5</sup> Celano, B. (2009): "¿Cómo debería ser la disciplina constitucional de los derechos?" en *Derecho, justicia, razones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

<sup>6</sup> Celano, B. "Derechos, principios y valores en el Estado constitucional de derecho: tres hipótesis de reconstrucción", en op. cit.

<sup>7</sup> Nozick, R. (1988) *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México.



## **El neoconstitucionalismo en el escenario argentino**

María Jesús Rodríguez Bertoni

Puede decirse que neoconstitucionalismo es un término con el que se alude a diferentes ideas a propósito del análisis del derecho en lo que podría denominarse modelo constitucional contemporáneo, que fue configurándose a partir de la sanción de constituciones europeas como la italiana (1947), la alemana (1949) o la española (1978).

Siguiendo la distinción que a propósito del análisis metateórico sobre las formas de neoconstitucionalismo hiciera Paolo Comanducci, los términos constitucionalismo o neoconstitucionalismo designan un doble significado. En una primera acepción alude a una teoría y/o a una ideología y/o a un método de análisis del derecho dando lugar, respectivamente, a los tres tipos de neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico presentes en el actual debate del derecho. En una segunda acepción “designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico–político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”.<sup>1</sup>

El neoconstitucionalismo teórico o teoría del derecho neoconstitucionalista pretende describir y explicar la estructura y funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos, a la luz de los nuevos modelos de Estado y de derecho, configurados a partir de la sanción de constituciones europeas de la segunda posguerra.

En este sentido, el análisis que plantea Gustavo Zagrebelsky en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, es un abordaje que se hace desde este tipo teórico, en tanto aspira a describir los rasgos y los logros de los sistemas jurídicos actuales en cuanto a las implicancias prácticas en el derecho vivo de los tribunales como superador del modelo positivista decimonónico.

Así, expresamente manifiesta que “Las páginas de este libro intentan reunir una serie de elementos relativos a la Constitución y a sus transformaciones en lo que hoy es [...] el Estado constitucional que se ha venido construyendo en Europa”.<sup>2</sup>

En otras palabras, el neoconstitucionalismo como teoría constituye una alternativa a la teoría positivista tradicional, la que, a la luz de la configuración actual de los sistemas jurídicos, aparece como insostenible, al menos en sus rasgos de derecho estatal, legalista y de formalismo interpretativo.

En nuestro país, la reforma constitucional de 1994 es especialmente relevante a la cuestión analizada en cuanto a que al dotar de jerarquía constitucional a tratados internacionales sobre Derechos Humanos, incorpora mecanismos normativos e institucionales que imponen un análisis desde esta alternativa teórica.

Efectuadas estas breves consideraciones preliminares, en este artículo se pretende, a propósito de la transcripción de fragmentos del fallo en “Casal, Matías Eugenio y otro S/ Robo simple en grado de tentativa”, su análisis en referencia a las conclusiones de Zagrebelsky en la obra citada.

Este emblemático fallo ha sido elegido porque permite mostrar la fuerza normativa de la Constitución, su preeminencia y la de los tratados internacionales con igual magnitud, así como la relevante labor jurisdiccional para el aseguramiento de la supremacía de tales preceptos, capaces de desplazar a la ley.

En el mismo se referencia, a propósito de las conclusiones de Zagrebelsky en la obra citada, los rasgos propios del modelo constitucional realizados en nuestro sistema jurídico argentino.

La *causa*:

“Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”  
Causa 1681. 20 de septiembre de 2005

*Hechos.* El 7 de noviembre de 2003 el Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de la ciudad de Buenos Aires condenó a Matías Eugenio Casal a la pena de 5 años de prisión y costas por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma.

La defensa de Casal interpuso recurso de casación que fue declarado inadmisibles por el Tribunal de juicio lo que motivó la interposición de recurso de queja, desestimado por la Cámara Nacional de Casación Penal.

En lo central, la defensa planteó dos agravios:

- El primero de ellos consistió en sostener que la prueba producida durante el debate no sería suficiente para acreditar —como lo había sostenido el tribunal de juicio— que en la realización del robo Casal y su coautor se valieron de un arma, por lo que el tipo agravado del artículo 166, inciso 2, de la ley sustantiva había sido mal aplicado.
- El segundo agravio consiste en la discrepancia de la defensa con la calificación del hecho como robo consumado. En relación con este último, sostuvo que se había logrado probar, durante el juicio, que el titular del rodado nunca había perdido dominio sobre él, ya que gracias a un sistema de control satelital siempre se pudo saber dónde se encontraba el vehículo.

La Cámara desestima el recurso de queja fundamentando que Casal pretendía la revisión de los hechos que se dieron por probados en la sentencia y que esto era ajeno a la competencia de la misma, que sólo puede revisar la manera en que se interpretaron y aplicaron las leyes penales y procesales. Esto impulsó a la defensa a interponer un recurso extraordinario que, al ser declarado inadmisibles, motivó la presentación de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación sosteniendo que el criterio adoptado por la Cámara de Casación había desconocido el derecho a apelar su condena reconocido en la Convención Americana y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional.

En su recurso extraordinario la defensa sostuvo que el *a quo* había denegado el recurso ante ella interpuesto sobre la base de fórmulas dogmáticas y genéricas y, por tanto, en violación a las reglas del debido proceso legal, pues luego de postular que la valoración de la prueba era revisable en casación en caso de arbitrariedad, rechazó la queja sin efectuar análisis alguno de los agravios y sobre la única base de afirmar dogmáticamente que no advertía ese vicio en la sentencia del tribunal.

A ello agregó que lo resuelto significaba asimismo una lesión al principio *in dubio pro reo* pues si al tribunal de casación le era posible advertir que el tribunal de juicio había infringido esa regla, aunque no pudiera dictar otra sentencia por respeto al principio de inmediación, sí debía disponer la anulación de la condena.

Por último, expresó que este modo de proceder era el único que permitiría que el recurso de casación pudiera dar cabal satisfacción al derecho a recurrir la sentencia condenatoria (artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos), pues la garantía exige, para ser tal, que el tribunal de casación pueda controlar si el fallo condenatorio se basó en un cuadro probatorio idóneo como para sustentar la convicción judicial sobre la participación culpable del condenado en el hecho delictivo que se le atribuye, destruyendo así el principio de inocencia que asistía a éste por imperio de la normativa aludida supranacional, también de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional).

Por lo demás, el recurrente fue muy expresivo respecto a dos cuestiones íntimamente relacionadas, especialmente referentes a su agravio relativo a la no utilización de armas en el hecho. En primer lugar, señaló la íntima interconexión que existía entre errores en la apreciación de los hechos y mala aplicación del derecho. En segundo lugar, destacó la profunda desazón que produce el carácter irrevisable de un fallo condenatorio en materia criminal, cuando se discrepa razonadamente con el tribunal respecto de la apreciación de la prueba.

### **La función jurisdiccional del Estado de derecho del siglo XIX hacia el Estado constitucional contemporáneo**

El repaso de los orígenes históricos del recurso de casación es importante aquí no en sí mismo, como podría serlo para un historiador, sino únicamente para entender las consecuencias que esos orígenes han dejado en la configuración actual del recurso. Dicho de otra manera: los efectos y límites del recurso, tal cual como se encuentran regulados hoy, dependen de una evolución y, en este caso, el estudio histórico demostrará que la evolución de las razones que llevaron a la forma actual del recurso no pueden seguir siendo tenidas en cuenta para mantener los alcances otorgados al mismo. Se trata, por lo tanto, de un recurso que fue configurado en su momento para cumplir una función específica, perseguida conscientemente, pero que ya no puede ser justificada. Lo extraño del caso es que si bien las razones perseguidas han sido abandonadas —y deben serlo— por un Estado de derecho, el recurso de casación sigue siendo modelado actualmente por esos antecedentes, pues pareciera que existe una inexplicable inercia [...]

Como se sabe, y aquí no pretende decirse nada nuevo, el recurso de casación es una invención netamente francesa. El estudio de las formas que el recurso adquirió en Francia, servirá para explicar por qué es un recurso limitado. Es, en definitiva, esta limitación la que hoy en día está siendo criticada, con base en el derecho del condenado a la revisión amplia de la sentencia, por la Corte Interamericana en la sentencia “Herrera Ulloa” y, anteriormente, ya por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en los casos “Sineiro Fernández c. España”, dictamen de 7 de agosto de 2003, párrafos 7 y 8, y “Gómez Vásquez c. España”, dictamen de 20 de julio de 2000, párrafo 11.1) [...]

La casación nunca había sido pensada como un recurso para la defensa de los derechos de las partes; pues su misión era controlar a los jueces, impedir que estos pronunciaran sentencias contrarias al texto de la ley. Se trataba, si se quiere, en parte, y aunque esa pretensión fuera vana, de un mecanismo de control de la división de poderes, o al menos de proteger al poder legislativo del Poder Judicial: los jueces no deben desvirtuar lo establecido por la ley [...]

Si tenía forma de recurso, ello era sólo por razones de eficacia. En efecto, si bien se trataba más bien de un método de censura a funcionarios desobedientes, el hecho de que el mecanismo funcionara como un recurso facilitaba tener una red informal de denunciadores de los desvíos de los jueces respecto de la ley [...]

Estos orígenes y funciones del recurso de casación hacen fácilmente deducible el motivo de la limitación tajante del recurso a cuestiones de derecho. La función era proteger la autoridad de quienes habían dictado las leyes y la de quienes tenían la función judicial suprema de establecer la interpretación legal única. Así, en este esquema, las decisiones sobre hechos tomadas por los tribunales inferiores no podían, en ningún caso, conmovir esa autoridad [...]

La exclusión del tratamiento de las cuestiones de hecho respondía entonces a una racionalidad clara. Cualquiera fuera la decisión sobre estos por parte del tribunal de mérito, no podía poner en crisis la autoridad de la ley, y esto abarcaba tanto la valoración de la prueba, en sí misma, como también las reglas de valoración que el juez utilizara para llegar a una conclusión determinada a ese respecto (leyes científicas, reglas del pensamiento, reglas de la experiencia) [...]

Posteriormente, al recurso de casación le fue atribuida, como parte de la función nomofiláctica, la misión de unificar la jurisprudencia, y así quedó definido el contenido de la función política (extraprocesal) del recurso de casación: asegurar la vigencia uniforme del derecho objetivo. Por último, junto a la protección de las reglas materiales, el legislador francés colocó en pie de igualdad las formas por él impuestas para el juicio, y la casación fue extendida también a los *vitia in procedendo* [...]

Esta es la configuración con la que el modelo de casación francés, con matices, se expandió durante el siglo XIX por el continente europeo, y es también la configuración que presentaba todavía en el período de entreguerras. Con esta estructura, a través de su recepción en los códigos italianos de 1913 y 1930, llegó a nuestro país a partir de 1940 con la sanción del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Este diseño del recurso de casación pasó década tras década a distintas provincias, hasta que en 1992 se lo estableció en el código nacional actualmente vigente.<sup>3</sup>

El fragmento transcrito revela, a propósito de la referencia a la evolución histórica del recurso de casación, la superación de la idea del monopolio de la ley por la de la heterogeneidad de fuentes en el ordenamiento jurídico y la afirmación de la superioridad de los principios y valores constitucionales. En otras palabras, la evolución ha conducido a la crisis y consecuente negación

del *principio de legalidad*, en tanto “afirmación de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que [...] no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera sea su forma y fundamento”,<sup>4</sup> desplazado por la afirmación del *principio de constitucionalidad*.

se trata, pues, de dos modelos diferentes: nuestro recurso extraordinario responde al modelo de los jueces controladores de la legislación; el recurso de casación proviene del modelo de legisladores controladores de las sentencias. Originariamente, la casación fue un típico recurso propio de un Estado legal de derecho; el recurso extraordinario lo es, de un Estado constitucional de derecho.<sup>5</sup>

## **La separación de los derechos respecto de la ley**

la conciencia creciente, existente desde comienzos del siglo XX, sobre la necesidad de que los recursos estén dirigidos a salvaguardar el derecho de las partes, que coexistía con la supervivencia de textos legales que limitaban el recurso a cuestiones de derecho, culminó con la creación de estrategias para abrir la casación a cuestiones de hecho ante el reconocimiento de que para los justiciables era tan grave, si no más, una condena dictada por un error de hecho que una fundada en un error jurídico [...]

La necesidad de compatibilizar esos fines hoy innegables (justicia del caso particular) con los límites de derecho positivo impuestos en la época en que dominaban los fines históricos de la casación, ha provocado que la jurisprudencia extranjera haya buscado la forma de ampliar las posibilidades de revisión a pesar de la falta de cambios legislativos. Para ello, la jurisprudencia —y la doctrina que la ha apoyado— ha ido desarrollando distintas estrategias, proceso que se ha dado también en nuestro derecho.

Es sabido que la estrategia más utilizada ha consistido en utilizar las reglas que imponen el deber de fundamentar la sentencia, como vehículo para introducir como material revisable las reglas lógicas empleadas en la motivación de la sentencia, incluido el juicio probatorio, que quedó así sometido a un control de lógica [...]. El mismo déficit normativo ostenta quien viola una regla de la experiencia o de la ciencia en la valoración de una prueba. Este último, al poner en duda no los hechos en sí o, mejor dicho, al poner en duda no las proposiciones sobre los hechos, sino el método de conocimiento de los hechos impuesto por el legislador [...]

Como se ha dicho, entre nosotros, lo mismo que en España y en Italia, la evolución no ha discurrido tanto por el cuestionamiento a la posibilidad de distinguir entre vicios de hecho y vicios de derecho, como por la inclusión de las cuestiones de hecho y prueba en el ámbito de lo revisable a través del control de la motivación de la sentencia [...]

A través de una interpretación más amplia del derecho de defensa en juicio se entendió que ante la amenaza del error judicial, la revisión de la condena, al menos en una segunda instancia, constituía una manifestación de ese derecho, en el sentido de derecho a

defenderse una vez más, después de la defensa en primera instancia y antes de que la resolución pase en autoridad de cosa juzgada. Esto es precisamente lo que reconocen los tratados internacionales de Derechos Humanos posteriores a la Segunda Guerra Mundial que expresamente establecen el derecho del condenado a recurrir la sentencia. Me refiero al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.5) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2.h) y a la interpretación de esta última por parte de los órganos de aplicación del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos, ya mencionados.<sup>6</sup>

En el pasaje anterior se advierte la presencia en el razonamiento judicial de la diferenciación de los derechos respecto de la ley, distinción a la que aludiera Zagrebelsky “entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los Derechos Humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley”.<sup>7</sup>

Esta separación que en el Estado decimonónico era meramente conceptual, se convierte en el Estado constitucional en un principio operativo manifestándose, en el caso Casal, en la interpretación amplia del art. 456 CPPN.

Es decir, uno de los rasgos de los sistemas contemporáneos a los que el autor italiano alude, y cuya relevancia jurídica puede verse en el fallo en cuestión, es la distinción entre la regla dada por el legislador y los derechos de los sujetos. Precisamente lo que se pretende en este párrafo, es destacar la importancia de las consecuencias que la fundamentación constitucional de los derechos y la afirmación de su autonomía frente a la ley tienen en la práctica judicial actual.

### **La doble e independiente fundamentación constitucional: de los derechos y de la ley**

#### La soberanía de la ley hacia la soberanía de los derechos

los alcances de lo revisable en general en casación, es decir, de lo dispuesto por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, debe ser compatible con el derecho fundamental del condenado a una revisión realista y eficaz de su sentencia. Desaparecidos los fines políticos del recurso y debiendo asignársele ahora un espectro más amplio, no hay ninguna razón jurídica para no atribuir al recurso de casación la función de permitir al imputado que, a través de ese medio de impugnación, denuncie todos los errores que considere existentes en la sentencia condenatoria con independencia de su naturaleza. En otras palabras, que el agravio del condenado pueda ser considerado una cuestión de hecho y prueba no puede servir ya más de excusa para negar su derecho al examen de los posibles errores del fallo por él denunciados.<sup>8</sup>

la discusión acerca de la posibilidad de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho no está cerrada [...] Y si se toma en cuenta que de tal separación depende que una sentencia de condena vaya a quedar firme, a pesar de ser errónea, sólo porque el error encontrado es calificado como irrevisable de acuerdo con una delimitación que depende de criterios discutibles, dudosos y cambiantes, parece claro que la diferencia entre hecho y derecho debe ser dejada de lado, para decidir si una condena es o no recurrible.<sup>9</sup>

La separación entre la ley y los derechos del sujeto, a la que se hiciera referencia en el subtítulo anterior, da lugar la ponderación que podría representarse con el siguiente interrogante: aun suponiendo que fuera posible distinguir cuestiones de hecho y de derecho, si una sentencia pudiera quedar firme conteniendo un error que, según la ley, es irrevisable, ¿sería aquella *conforme a derecho*?

“El fin político de la casación no sólo debe ser visto como irrealizable, por la imposibilidad de separar con rigor hecho y derecho [...] Además, debe ser visto como un interés que tiene que ser subordinado frente al derecho del imputado a ser condenado, únicamente si el orden jurídico le ha proporcionado todas las oportunidades razonables de evitar una condena incorrecta (justicia del caso concreto)”.<sup>10</sup>

## **El derecho por reglas hacia el derecho por principios**

la idea de un recurso amplio contra una sentencia de condena, que signifique conceder al imputado la oportunidad de defenderse una vez más, es el alcance que el derecho constitucional y el derecho internacional de los Derechos Humanos conceden al derecho del condenado a recurrir el fallo ante un tribunal superior.

En este caso concreto no interesa tanto, por ello, si el condenado al impugnar la sentencia ha centrado su crítica en aspectos fácticos o jurídicos del fallo, ni si ha calificado como sustantivos sus motivos de agravio [...] Lo decisivo es que el recurrente ha expresado con claridad las razones en que funda su disconformidad con lo decidido y, ante ello, el acierto o no de la sentencia condenatoria debe ser evaluado obligatoriamente por el tribunal de casación mediante el esfuerzo máximo posible (teoría de la potencialidad o capacidad de rendimiento) para fiscalizar la sentencia, con relación a los agravios introducidos, del modo más extenso y amplio que esté a su alcance.<sup>11</sup>

Queda claro que no se trata de derogar el recurso de casación e instaurar una apelación incompatible con el sistema oral y público de juicio penal que establece la Constitución Nacional, sino de adaptarlo para que pueda cumplir con las exigencias estrictas del derecho del condenado a impugnar ampliamente los errores de todo tipo de la sentencia.<sup>12</sup>

Otro de los postulados fundamentales del Estado constitucional contemporáneo que, podría decirse, recompone el sistema de las fuentes del derecho, es la normatividad de la Constitución, es decir, la operatividad de los preceptos constitucionales y sus equiparados como normas supremas y efectivamente aplicables a los casos concretos.

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la constitución de la ley.<sup>13</sup>

Las “reglas–principios” dejan de ser fórmulas vagas, expresiones de aspiraciones ético–políticas que no pueden ser alegadas ante un juez por parte de los interesados y de las que no pueden extraerse consecuencias jurídicas concretas, para adquirir un rol operativo.

En este sentido, el caso en análisis constituye un ejemplo de las consecuencias que para el ejercicio de la jurisdicción importó el paso del “derecho por reglas” propio del Estado de derecho decimonónico (en el que los principios sólo intervienen para suplir, integrar o corregir al derecho legal) hacia el “derecho por principios” del Estado constitucional contemporáneo.

El principio del derecho del condenado a recurrir su condena ante un tribunal superior operó concretamente en la resolución del caso de Matías Casal. En otras palabras, la exigencia de la competencia jurisdiccional de hacer concordar la regla legal con los principios constitucionales, en el caso, concreta en la garantía de la doble instancia expresada en el principio desplazando la limitación expresada en la regla.

## **La interpretación de la regla**

### **El modelo de subsunción hacia la ponderación y razonabilidad**

la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo de rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional.<sup>14</sup>

que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, del art. 75, arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).<sup>15</sup>

En el último capítulo de la obra, Zagrebelsky reflexiona acerca de la aplicación judicial a propósito de la concepción del derecho como una disciplina práctica, destacando la importancia de considerar al caso concreto y sus exigencias como el motor que impulsa y marca la dirección del intérprete.

El proceso de interpretación del derecho comienza en el caso y desde él se acude a las reglas en busca de una respuesta. El caso, en tanto acontecimiento problemático que demanda ser resuelto en términos jurídicos, debe previamente ser comprendido por el aplicador, esto es, categorizado de sentido y valor conforme criterios de que dispone.

Desde el caso hacia la regla, va y vuelve el intérprete en una actividad circular que se detiene al lograr componer las exigencias del primero con las pretensiones de la segunda. Pero cuando este resultado no se obtiene,

se ponen de manifiesto las diferencias entre la concepción actual del derecho y la dominante en la época del Estado de derecho decimonónico. Allí era la ley la regla jurídica que contrastaba con las exigencias de regulación y nada podía impedir su aplicación [...] Hoy, por el contrario, la imposibilidad de alcanzar aquella composición abre una cuestión que no afecta ya a la interpretación de la ley, sino a su validez. Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida.<sup>16</sup>

Una vez más y finalmente, se puede mostrar a la luz del fallo estudiado que la actitud espiritual de los operadores jurídicos es la propia del modelo constitucional contemporáneo. Las exigencias del caso concreto imponen la amplia interpretación de la regla del art. 456 CPPN cuyo alcance debe ser compatible con el derecho fundamental del sujeto a cuestionar la sentencia condenatoria.

el llamado *objetivo político* del recurso de casación, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente [...] La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones

carentes de fundamento. Pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino.<sup>17</sup>

Si la concepción positivista tradicional postulaba la tesis de la subsunción conforme el modelo de la aplicación judicial en términos de silogismo jurídico, la regla jurídica para la aplicación del derecho se obtiene teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del derecho, eliminándose así toda influencia del caso en la interpretación.

En la concepción práctica del derecho la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento, por lo que puede decirse que en el constitucionalismo la subsunción se muestra como un modelo interpretativo superado por el de la ponderación y razonabilidad.

En definitiva, “los jueces [...] son los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, [...] los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”.<sup>18</sup>

## Notas

<sup>1</sup> Comanducci, P. (2002): “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en *Isonomía* N° 16, abril, p. 89.

<sup>2</sup> Zagrebelsky, G. (2003): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, p. 9.

<sup>3</sup> “C.1757.XL, Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa —causa N° 1681—”, de 20 de septiembre de 2005, pp. 11–16.

<sup>4</sup> Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 24.

<sup>5</sup> “C.1757.XL...”, *op. cit.*, p. 40.

<sup>6</sup> *op. cit.*, pp. 16–20.

<sup>7</sup> Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 47.

<sup>8</sup> “C.1757.XL...”, *op. cit.*, p. 22.

<sup>9</sup> *op. cit.*, pp. 18–19.

<sup>10</sup> *op. cit.*, p. 21.

<sup>11</sup> *op. cit.*, pp. 29–30.

<sup>12</sup> *op. cit.*, p. 27.

<sup>13</sup> Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 109.

<sup>14</sup> “C.1757.XL...”, *op. cit.*, p. 59.

<sup>15</sup> *op. cit.*, p. 62.

<sup>16</sup> Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 134.

<sup>17</sup> “C.1757.XL...”, *op. cit.*, p. 40.

<sup>18</sup> Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 153.



## Datos de los autores

### **Graciela Barranco de Busaniche**

Profesora de Filosofía. Profesora titular ordinaria (UNL). Docente investigadora categoría II, Programa Nacional de Incentivos. Miembro de proyectos internacionales de Educación Superior. Secretaria Académica, UNL (1998–2003). Directora del Programa de Estudios sobre el Sistema de Educación Superior, UNL (2003–2005). Directora del Programa Competencias profesionales y acreditación, UNL (2006–2010). Directora del Proyecto de Apoyo a las Ciencias Sociales, UNL (2008–2010).

### **Eloy Emiliano Suárez**

Abogado (UNL). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Profesor titular ordinario (UNL). Autor de Introducción al Derecho, entre otros. Consejero titular ante el Consejo Directivo (UNL). Docente investigador categoría II en el Programa Nacional de Incentivos. Vocal de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe.

### **María Jesús Rodríguez Bertoni**

Abogada (UNL). Profesora adjunta ordinaria. Docente investigadora (UNL). Candidata a magister en Ciencias Sociales (UNL).

### **Martín Cáceres**

Abogado (UNL). Profesor Auxiliar Ordinario (UNL). Docente en el curso de posgrado “Interpretación y Argumentación Jurídicas”.

### **César Daniel Cantero**

Abogado (UNL). Magister en Derecho y Magistratura Judicial (UBA). Jubilado como Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Santa Fe. Jefe de Trabajos Prácticos (UNL).

### **Manuel Dahlquist**

Dr. en Filosofía (UNC). Profesor Asociado Ordinario (UAER). JTP Ordinario (UNL). Integrante de distintos grupos de investigación. Participa activamente de congresos y publicaciones especializadas.

### **Diana María López**

Profesora y Licenciada en Filosofía. Profesora de Metafísica y Seminario (UNL). Autora de trabajos presentados en congresos y reuniones científicas, y de publicaciones referidas a la especialidad.

### **Guillermo Moro**

Abogado (UNL). Docente de Introducción al Derecho (UNL). Candidato a Master en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Palermo). Miembro cofundador de la Asociación Civil TRAMAS. Derecho en Movimiento (Santa Fe).

### **Santiago Prono**

Doctor en Filosofía (UBA). Becario posdoctoral del CONICET. Docente ordinario e investigador (UNL). Ha participado de encuentros nacionales y extranjeros; autor en revistas nacionales y del exterior sobre temas de ética y filosofía política y jurídica en el marco de la teoría del discurso.

### **Mariela Uberti**

Abogada (UNL). Docente adjunta (UNL).