

ACTAS DE LAS I JORNADAS
INTERNACIONALES Y II JORNADAS
NACIONALES

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL SIGLO XXI

*Avances y discusiones en torno a la
argumentación jurídica*

*Juan Pablo Lionetti de Zorzi
Helga María Lell
(eds.)*

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



**ACTAS DE LA I JORNADAS
INTERNACIONALES Y II JORNADAS
NACIONALES**

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL SIGLO XXI

*Avances y discusiones en torno a la
argumentación jurídica*

*Juan Pablo Lionetti de Zorzi
Helga María Lell
(eds.)*

Coorganizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad del Museo Social Argentino y la Facultad de Ciencias
Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



Lell, Helga

Actas de la I Jornadas Internacionales y II Nacionales Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI : avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica / Helga Lell ; Juan Pablo Lionetti Zorzi ; compilación de Helga Lell ; Juan Pablo Lionetti Zorzi. - 1a ed compendiada. - Santa Rosa : Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa, 2021.

Libro digital, PDF - (Actas de Eventos Académicos ; 7)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-863-443-6

1. Derecho. I. Lionetti Zorzi, Juan Pablo. II. Título.

CDD 340.072

AUTORIDADES DE LA EDUNLPAM

Rectora a cargo: Nilda Verónica Moreno

EdUNLPam

Consejo Editor de EdUNLPam

Presidente: Yamila Ethel Magiorano

Director: Rodolfo David Rodríguez

Gustavo Walter Bertotto

María Marcela Domínguez

Victoria Aguirre

Ana María T. Rodríguez / Stella Shmite

Carla Suárez / Elke Noellmeyer

Lucía Colombato / Rodrigo Torroba

María Pía Bruno/ Laura Noemí Azcona

Alicia María Vignatti / Silvia Bast

Mónica Boeris/ Ricardo Tosso

Griselda Cistac / Patricia Lázaro

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS, UNLPAM

Decano

Mg. Francisco Gabriel Marull

Vice Decana

CPN María Ignacia Monasterio

Secretaria de Investigación y Posgrado

Mg. Lucia Carolina Colombato

Secretario Académico

Esp. Rodrigo Torroba

Secretario Administrativo

CPN Mauricio Norberto Ferretti

Secretario de Extensión Universitaria y Vinculación con los graduados

CPN Jimena Marcos

Secretaria del Consejo Directivo

Sra. Alejandra Angélica Bauman

AUTORIDADES DEL DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS, UMSA

Rector de la Universidad del Museo Social Argentino

Dr. Eduardo F. Sisco

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Dr. Mariano Cúneo Libarona

Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas

Dr. Daniel R. Vítolo

Coordinadora Académica (Doctorado)

Dra. Alejandra Niño Amieva

Índice

Presentación	10
---------------------------	----

CUANDO UNA MALA INTERPRETACIÓN SE CONVIERTE EN UN BUEN ARGUMENTO	1
---	---

Juan Pablo Lionetti De Zorzi

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: USOS Y POTENCIALIDADES PARA MITIGAR LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL AL INVOCAR UNA EXCEPCIÓN LEGAL	5
--	---

Fátima López Poletti

APROXIMACIÓN LÓGICO-ARGUMENTAL AL FALLO ‘BATALLA’: ¿UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL INCOHERENTE?	17
---	----

Hugo José Francisco Velázquez

LOS PROBLEMAS DE LA JUSTIFICACIÓN SILOGÍSTICA EN MACCORMICK Y LA CRÍTICA DE ATIENZA	32
--	----

Francisco José Oyarzú

Marcela Vigna

ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL: EL PROBLEMA EN LA ASIGNACIÓN DE PESO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DEL JUICIO DE PONDERACIÓN	48
---	----

Edgar Iván Ortega Peñuelas

CRÍTICA Y CASUÍSTICA DE LA PONDERACIÓN	64
---	----

Fernando Marán Bié

María José Portillo

Leonardo Rojas

LA ARGUMENTACIÓN DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA SOBRE CAMBIO DE PRECEDENTE: DEL DICHO AL HECHO	73
--	----

Florencia Ratti

PONDERACIÓN INTERLEGAL, ¿ARGUMENTACIÓN INTERJURÍDICA? 95

Gabriel Encinas

EL LEGISLADOR RACIONAL COMO FUENTE DE PERSUASIVIDAD DE LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS 110

Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas

¿QUÉ TIENE DE ESPECIAL EL RAZONAMIENTO PROBATORIO JUDICIAL?.... 125

Alejo Joaquín Giles

ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PENSAMIENTO DE RICCARDO GUASTINI: ¿HACIA UNA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL? 143

Matías Manuel Ringa

LA PONDERACIÓN COMO PRINCIPIO ARGUMENTATIVO Y DELITOS DE GÉNERO: GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN DISPUTA..... 147

Claudia Liliana Esquivel

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LOS CASOS DIFÍCILES. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LOS CASOS MÁS RELEVANTES DE LA “CORTE DE LORENZETTI” 151

Carolina De Mitri

LIMITANTES A LA ACTIVIDAD ARGUMENTATIVA EN LAS AUDIENCIAS VIRTUALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES GUATEMALTECOS 160

Alain Pierce Samayoa Chavarría

UNA APROXIMACIÓN A ABORDAR LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA TEORÍA POLÍTICA DE ANTONIO NEGRI Y MICHAEL HARDT 167

Adriana Mariela Aciar

Daniel Inojosa Bravo

CONCEPTOS ESENCIALMENTE CONTROVERTIDOS: DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA 174

Helga María Lell

Presentación

Las I Jornadas Internacionales y II Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica” se llevaron a cabo los días 9 y 16 de septiembre de 2021 de manera virtual y son una continuidad del proyecto iniciado en 2020, cuando acaeció la primera edición. Fueron coorganizadas por el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino y por la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Contaron con el auspicio de las siguientes instituciones:

- Colegio de Abogados y Procuradores, de la primera circunscripción judicial, de la Provincia de Mendoza.
- Departamento de Filosofía del Derecho, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires.
- “Diplomatura en argumentación y teoría jurídica” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (Sede San Juan).
- Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California (México).
- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza.
- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.
- Istituto Tarello per la filosofia del diritto – Università degli Studi di Genova (Italia).

La coordinación de las Jornadas estuvo a cargo del Abog. Juan Pablo Lionetti de Zorzi (Universidad del Museo Social Argentino y Universidad de Buenos Aires). El Comité Académico, por su parte, estuvo compuesto por:

- Dra. Alejandra Niño Amieva (Universidad de Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino).
- Mg. Gonzalo Ana Dobratinich (Universidad de Buenos Aires, CONICET).
- Mg. Carolina De Mitri (Universidad Nacional de Tucumán).
- Mg. Gisela Ferrari (Universidad de Buenos Aires, CONICET).
- Dr. Christian Hernández (Universidad Autónoma de Baja California - México)
- Dr. Gabriel Juan (Universidad de Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo).
- Dra. Helga María Lell (Universidad Nacional de La Pampa, CONICET).
- Laura Seminario (Universidad de Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, Universidad de Palermo).
- Dra. Natalia Scavuzzo (Universidad de Genova, Italia).

En esta obra se registran las ponencias presentadas por los expositores y las expositoras. Algunas de ellas no se incluyen aquí por pedido de sus autores.

Además de estos trabajos, las Jornadas contaron con dos mesas de debate. En la primera de ellas participaron el Dr. Rodolfo Luis Vigo y el Dr. Juan Antonio García Amado. En la segunda, participaron los Dres. Marcelo Alegre, Ricardo Guibourg y Martin Farrell.

Cómo citar: Lionetti de Zorzi, J.P. (2021). Cuando una mala interpretación se convierte en un buen argumento. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

CUANDO UNA MALA INTERPRETACIÓN SE CONVIERTE EN UN BUEN ARGUMENTO

Juan Pablo Lionetti De Zorzi

Universidad del Museo Social Argentino; Universidad de Buenos Aires

Lleva largo tiempo la discusión entre los que hablan de transparencia de la motivación judicial, y los que aducen que la sentencia no es un fiel reflejo de dicha decisión. Éstos últimos sostienen que, la existencia de un instituto universal como la recusación, es una muestra fehaciente que el juez no transcribe en la sentencia todo lo que tiene en mente¹ y que por lo tanto la sentencia no refleja una transparencia absoluta. Ante dicha postura su contraparte sostiene que dichos institutos no están para preservar la integridad del juez, sino de la sentencia², toda vez que, en ciertas circunstancias, ni el mejor juez se vería libre de las malas lenguas. De ese modo la discusión continúa y se agranda cada día. Pero consideramos que, bajo ciertas condiciones, la interpretación y la argumentación se mezclan y se confunden logrando así que el decisor confunda la actividad que realizó.

Más específicamente, la mayoría de las veces, por no seguir un método apropiado, se piensa que se realizó una interpretación cuando lo que en realidad sucedió es que se argumentó.

Por lo tanto, corresponde hacer una aclaración. Toda vez que el Código Civil y Comercial Nacional brinda criterios interpretativos³ y que ya hemos hablado de dicho tópico⁴, nos dedicaremos exclusivamente a la interpretación constitucional.

¹ “La existencia de mecanismos como la recusación y la abstención responde a una cuestión no conceptual, sino empírica, a saber: que normalmente la presencia de algún interés propio en un pleito puede alterar la imparcialidad del juez a la hora de decidir el caso y que, dado que la interpretación puede incorporar infinidad de valoraciones, conviene prevenir la posibilidad de una decisión sesgada en ese margen valorativo”. Ver García Figueroa, A. J., 2002: *La Motivación. Conceptos Fundamentales*. [ref. 10/02/2020] , p. 78 en <https://sites.google.com/site/derechoyargumentacion/my-forms/gascon%20II.pdf?attredirects=0&d=1>

² “El juez que se abstiene probablemente no está diciendo que si juzgara cometería una prevaricación [...] Lo que en realidad reconoce el juez que se abstiene es que si no lo hiciera sus decisiones podría ser vistas como motivadas por razones distintas a las suministradas por el Derecho”. Ver Aguiló, J., 1997: “Independencia e Imparcialidad de los Jueces y Argumentación Jurídica” en *Isonomía* N°6/Abril 1997, pp. 77/78.

³ Ver Catenacci, I. J., 2016: “Criterios y directivas de interpretación y decisión judicial”, [ref. 04/02/2020] en https://www.academia.edu/15915909/_Criterios_y_directivas_de_interpretaci%C3%B3n_y_decisi%C3%B3n_judicial

⁴ Ver Lionetti de Zorzi, J.P., 2016: “Cuestiones básicas del nuevo Código Civil y Comercial Nacional Argentino bajo la mirada de tres filósofos del derecho” en Revista *Alegatos*, Tomo 93, UAM., pp. 309/340.

En primer lugar, sabemos que la correcta labor interpretativa no es demostrable de manera empírica. Eso hace que tampoco sea demostrable su incorrecta interpretación. No obstante, consideramos que así como sucede, cuando intentamos hacer un razonamiento lógico pero erramos en la estructura, realizamos una falacia formal. Lo mismo ocurre con la interpretación. Cuando equivocamos el camino en la labor interpretativa, automáticamente lo transformamos en una argumentación. Así una mala interpretación puede ser al mismo tiempo una buena argumentación. Cabe destacar que no está mal que se argumente. Por el contrario es fundamental. Lo que sostenemos es que se confunden las actividades y sus resultados en la práctica, pero se niega que eso ocurra en la teoría. Y luego, en esos casos, cierta postura sostiene, de manera errada, que los jueces realizan una labor interpretativa sin agregar nada de sí y que nunca argumentan.

El motivo de este problema se origina en el hecho de que el derecho es un arte - lo que lo convierte en un puente entre el pasado y el futuro⁵- y como tal no hay una ecuación o un método que determine de manera fehaciente que cosa es arte y que no lo es. No obstante, que la aplicación del derecho sea un arte no significa que no deba cumplir con reglas. Así como un buen escritor debe cumplir con reglas de la gramática, ortográfica, etc., y un buen pianista puede hacer uso de la agógica pero no puede modificar ni una nota de la partitura⁶; para hacer una buena interpretación se deben cumplir ciertos requisitos o, de lo contrario todo terminará en argumentación.

El segundo punto a explicar es el cómo saber que hay malas interpretaciones si no se pueden constatar. Ahora bien, interpretar requiere hacerlo de manera metódica, cuando ello no ocurre se convierte en una interpretación libre y, hablar de libre interpretación, es un oxímoron. Requiere de un esfuerzo, y tiempo del que no disponen ni el poder judicial⁷ ni los abogados⁸ en ejercicio. De manera tal que, muchas veces cuando el operador jurídico cree que está interpretando, en realidad lo que hace es argumentar a favor de una postura que podría no ser lo que el constituyente pretendió.

Ahora bien, además del método hay que considerar la razón por la que se interpreta. En general la doctrina está de acuerdo que interpretar es encontrar el sentido de un texto legal. Si la acción es encontrar es porque hay algo anterior, que no hay que inventarlo. Podemos decir que la acción de interpretar es como transmitir un reflejo. Así, una buena interpretación será como un buen espejo. Un espejo que por estar sucio no refleja, o lo hace de manera distorsionada, no muestra el objeto tal cual es. Además, puede ocurrir que un mensaje incomprensible pueda leerse frente a un espejo porque se escribió al revés. Eso es lo que

⁵ Ver Carnelutti, F., 1948: *Arte del derecho. Seis meditaciones sobre el derecho*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, p. 8.

⁶ Así como un juez tiene cierto margen de discreción, pero no de discrecionalidad. Ver Hart, H.L.A., 2013: "Discretion", *Harvard Law Review*, vol. 127, pp. 652-665.

⁷ "... no pocos magistrados dictan sus sentencias tras un examen insuficiente de las actuaciones, o sin haber actualizado en medida necesaria su conocimiento de las normas vigentes, legislativas (*lato sensu*) o jurisprudenciales que deberían sustentar sus fallos". Ver Carrió, G. R., 1989: Como fundar un recurso: Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1996, p. 16.

⁸ "El derecho quiere ser concebido por el talento, escrito por el talento, interpretado por el talento. No nos proponemos absolver el vicio, pero no tenemos embarazo en creer que hace más víctimas la inepticia, que la mala fe de abogados". Ver Alberdi, J.B., 1837: *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, [ref. 05/12/2019] en <http://www.hacer.org/pdf/fragmento.pdf>, p 6.

ocurre con algunos puntos oscuros de nuestra constitución, que no podemos leer directamente pero a través de una interpretación (reflejo del espejo), podemos entender el significado del mensaje que generaciones anteriores a la nuestra dejaron como faro. Por el contrario, una interpretación sin método es un espejo sucio. Por eso el derecho es un arte, un puente entre generaciones y por ello lo importante es leer el mensaje que nos dejaron otros, y no confundirlos con nuestros sueños, valores o ideales.

Ahora es importante explicar cuál es esa metodología. Así nos encontramos con dos caminos para hacer una interpretación constitucional. El fácil y el correcto.

El camino fácil, que algunos llamarían pragmático, es el de seguir la interpretación de la Corte Suprema. Si bien dicha cuestión es objeto de críticas desde hace un siglo por el peligro que significa concentrar tanto poder en un grupo tan reducido de hombres⁹; entendemos que no es tan así y que el verdadero peligro es otro. No es verdad que las Cortes Supremas sean la última instancia. Por eso, el peligro no está en el poder que la Constitución les brinda a la Corte Suprema, sino en la apatía académica del resto de la comunidad jurídica¹⁰. El verdadero peligro es pensar que la Corte es garantía de método interpretativo adecuado y, por lo tanto, no ayudarla en ese recorrido.

El otro camino exige un análisis interdisciplinario. Cuando en 1853 los constituyentes redactaron los lineamientos de nuestra constitución, la constitución de referencia era la de EE.UU. la cual, al no contar con un modelo, debió nutrirse de cuestiones tan disímiles como: la Biblia, la Republica (Platón), Política (Aristóteles), Ética Nicomaquea (Aristóteles), Officis (Cicerón), *The true law of free monarchies* (James I de Inglaterra), *Jure Belli et pacis* (Hugo Grocio), Patriarca (Robert Filmer), y podríamos agregar escritos de varios autores (Trajano, John Locke, Peter Wentworth, Thomas Gordon, John Trenchard, Montesquieu, etc.)¹¹. Es decir, en la constitución la moral, el derecho y política se entrecruzan de manera constante. Por lo tanto, no alcanza con saber derecho. Interpretar la constitución es una actividad interdisciplinaria que exige conocimiento de historia, filosofía, ciencias políticas, etc. Por lo tanto, un mismo texto se puede analizar desde distintas miradas (políticas, filosóficas, moral, etc.)

Eso nos obliga a tener que aclarar que cuando hablamos de moral no nos referimos a la contemporánea sino la de los constituyentes. Ello así por dos cuestiones. Por un lado es de mal historiador mirar con los ojos de modernidad los hechos históricos del pasado. Sería tan

⁹ Ver Kelsen, H., 1928: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. Ponencia pronunciada los días 23 y 24 de abril de 1928 en la quinta reunión de profesores alemanes de derecho. Traducción castellana tomada de la publicación francesa del *Annuaire de l’Institute de Droit Public* y de la *Reviue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger* ambos de 1929; realizada por de Rolando Tamayo y Salmorán en 1974. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N°15, Madrid, 2011, p. 287.

¹⁰ “No hay autores que critiquen la jurisprudencia de la Corte en serio. Algunos hacen comentarios, más no hay gente que critique desde que murió Rafael Bielsa y la ironía lijosa que lo caracterizaba [...] El precedente de la jurisprudencia constitucional se hace sobre la base del interés de las personas en esto. No de cinco viejos que están acá haciendo papelitos. Si no hay crítica no hay precedente”. Ver Petracchi, E., 1988: “Entrevistas: Juez Enrique Santiago Petracchi. La democracia y el poder judicial” en *Lecciones y Ensayos* N°49, p. 302.

¹¹ Ver Natelson, R.G., 2004: “The Constitution and the Public Trust”. *Buffalo Law Review*, vol. 52, pp. 1095/1125.

útil como un arqueólogo que intentara descifrar jeroglíficos egipcios por medio del egipcio moderno.

En segundo término es absurdo pensar que los constituyentes escribieron un texto tan importante pensando en que sea ininteligible para sus compatriotas de ese entonces. Además pensar que hoy en día se puede hacer una mejor interpretación que la que hicieron sus contemporáneos es, como mínimo, un exceso de pedantería¹².

Aunque bien vale remarcar, hablamos de interpretación. No de aplicación de la constitución. Adaptar a la realidad actual la aplicación de la constitución es válido, adaptar el mensaje no. Por eso, primero hay que encontrar el mensaje y, una vez descubierto, ver cómo aplicarlo de manera concreta. Pero para eso es necesario tener un faro, una referencia que nos diga que tan cerca, o lejos, de la costa estamos navegando y para eso es necesario entrar en tema¹³.

Por ejemplo para Linares Quintana, Mariano Moreno fue el primer constituyente de la constitución argentina, no solo por su calidad de ideólogo de la revolución de mayo sino por dejar plasmado en sus artículos periodísticos del diario *La gaceta* las bases ideológicas que más tarde se plasmaron en la constitución de 1853¹⁴. Se puede estar en desacuerdo, pero no se puede negar que el autor estaba en tema. Es decir, hizo el esfuerzo de empararse del contexto histórico, filosófico, económico, artístico, moral y político de esa época. Pero mientras los abogados seamos malos historiadores e incultos, seguiremos argumentando.

Por eso, para concluir queremos recordar un viejo refrán: “*Quien escribe lee dos veces y quien traduce lee tres veces*”. Salgamos de nuestra actualidad. Miremos nuestra historia. Leamos a nuestros maestros y antepasados (toda vez que el estar muertos no los hace menos sabios), y cuando lo hagamos que sea, con la misma profundidad, como si los fuéramos a traducir. En ese momento estaremos en condiciones de interpretar la constitución. De lo contrario, es probable que terminemos por hacer una argumentación sin tomar conciencia de ello.

¹² Que además puede traer consecuencias tan inverosímiles como la siguiente: “La tradición de Jowet era importante en los estudios de filosofía antigua cuando yo leía a Greats. De acuerdo con esas ideas, Aristóteles no comprendió a Platón, los neoplatónicos lo desfiguraron en gran medida y sólo los contemporáneos lo rescataron. Gracias a ellos, se descubrió que Platón en realidad había sido un hegeliano inglés, en la línea de T. H. Green [...] El verdadero significado de una obra de Shakespiere es descubierto todas las semanas por algún estudiante universitario inteligente o cada tres meses por un catedrático norteamericano aburrido”. Ver Lewis, C. S., 1959: “Esporas de helechos y elefantes”. Conferencia pronunciada el 11 de mayo de 1959 ante los estudiantes del *Wescott House de Cambridge* publicada en el libro *Fern- seed and Elephants and other essays on christianity*, 1975. Traducido por José Liborio Bravo como: *El perdón y otros ensayos cristianos*. Barcelona: Andrés Bello, p. 115.

¹³ Para una aproximación a lo que nos referimos con entrar en tema recomendamos ver González, J.V., 1930: *Estudios constitucionales*, tomo II. Buenos Aires: Librería y editorial *La Facultad*, pp. 101/103 y 115/117.

¹⁴ Ver Linares Quintana, S.V., 1993: *El espíritu de la constitución*. Buenos Aires. Ad-Hoc, p. 21.

Cómo citar: López Poletti, F. (2021). El principio de proporcionalidad en el derecho de acceso a la información pública: Usos y potencialidades para mitigar la discrecionalidad estatal al invocar una excepción legal . Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: USOS Y POTENCIALIDADES PARA MITIGAR LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL AL INVOCAR UNA EXCEPCIÓN LEGAL¹

Fátima López Poletti

Universidad Católica Argentina

I. Introducción

Desde el año 2017 hasta el 2020, el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recibió 114 amparos por acceso a la información pública², de los cuales sólo 47 cuentan con sentencia firme. De esos 47 casos, 22 son condenas al gobierno³. Lo hasta aquí expuesto cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que, de esos 22 expedientes, en 18 se invocó alguna excepción al derecho de información. Como puede apreciarse, los datos indican cierto déficit por parte de los sujetos obligados a la hora de justificar la limitación del derecho en cuestión en miras a la protección de otro al que, en el caso concreto, se le atribuye mayor peso. Mi punto, entonces, consiste en demostrar que ese déficit es argumentativo. En la práctica jurídica actual, la argumentación jurídica es central⁴; en particular, cuando existe una colisión entre derechos. En lo que aquí interesa, dicha inteligencia adquiere mayor relevancia porque las derrotas generan severos perjuicios a nivel institucional; pues, no solo redundan en costos políticos –implican la pérdida de confianza de la ciudadanía sobre sus gobernantes porque se ven impedidos de ejercitar el control democrático de la gestión estatal–, sino también económicos –ya que las condenas cuestan dinero–.

¹ Agradezco a Gisela Ferrari y a Santiago Bravin por haberse tomado el tiempo de leer un borrador de este trabajo y efectuar tan útiles observaciones.

² La cantidad de amparos por acceso a la información pública obedece al filtro “(incluye ley 104 y ambiental)” aplicado en la búsqueda del Sistema de Consulta Pública EJE (<https://eje.juscaba.gob.ar/iol-ui/p/inicio>). Sin embargo, se advierte que el número volcado no refleja la cantidad real de acciones promovidas por solicitantes que ven insatisfechos sus pedidos de información; pues se ha observado que, en algunos supuestos, la caratulación de estos casos se efectúa como amparos genéricos, habeas data o amparos por mora.

³ De los restantes, hay 4 rechazos de acción, 8 caducidades de instancia, 11 abstracciones, 1 desistimiento y 1 rechazo in limine.

⁴ Manuel Atienza se refiere a ello como un “giro argumentativo” que esencialmente consiste en contemplar el Derecho, el conjunto de los fenómenos jurídicos, desde el punto de vista argumentativo, de la persuasión racional. Desde esta perspectiva, la argumentación es un elemento importante de la experiencia jurídica (ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Editorial Trotta, 2013).

Si bien es cierto que la argumentación jurídica es crucial para paliar este tipo de problemáticas, no es menos cierto que existe una gran variedad de técnicas aplicables a ese propósito. De hecho, en el ámbito del acceso a la información se han formulado diversas teorías que, en última instancia, intentan brindar respuesta a ese conflicto. Entre ellas se destacan: el test del daño y del interés público. Ambas tienen algo en común: suponen un mecanismo de “balanceo” entre dos derechos opuestos que, a decir verdad, recogen cada una de las tres etapas de la ponderación. Esto es razonable si se considera, por un lado, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) se expidió sobre el derecho de acceso a la información y erigió al principio de proporcionalidad como un mecanismo adecuado para fundamentar la procedencia de las excepciones a él; y, por el otro, que la ponderación forma parte del principio de proporcionalidad. En efecto, este trabajo se propone evaluar si su aplicación es conveniente para brindar razones a favor o en contra de derechos contrapuestos que sean susceptibles de control posterior. Para ello, y dado que, a nivel teórico, Robert ALEXY fue quien estudió con mayor sofisticación su estructura, se describirá en qué consiste el principio de proporcionalidad, tomando como punto de partida su teoría; y, se evaluará si su aplicación puede resultar útil para justificar la reserva al acceso a la información. La postura aquí defendida será aquella en virtud de la cual la proporcionalidad, en tanto estructura argumentativa, es capaz de clarificar el camino del pensamiento desandado por la autoridad al momento de restringir un derecho fundamental. En consecuencia, aunque no pueda eliminar la discrecionalidad de las decisiones, es una herramienta útil a los efectos de controlar si ese razonamiento fue correcto o no.

II. Principio de proporcionalidad

Para Robert ALEXY existe una relación entre la teoría de los derechos y la teoría del razonamiento jurídico que se consolida a partir del discurso racional, entendiendo por tal a un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos. Esto significa que: (i) la teoría del discurso racional es necesaria para proteger derechos fundamentales que, como tienen la estructura de principios, otorgan derechos prima facie (teoría de los principios); (ii) dichos derechos, para ser operativos, exigen la aplicación de un procedimiento ponderativo, es decir, del principio de proporcionalidad con sus tres subreglas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵ (teoría del razonamiento jurídico); y, (iii) finalmente, para que la solución propiciada por el principio de proporcionalidad sea racional se deben brindar argumentos suficientes para justificarla y, eventualmente, controlar su legitimidad (teoría del discurso racional).

A continuación, se detalla el esquema trazado en el párrafo anterior.

i. La teoría de los principios y el principio de proporcionalidad

⁵ Alexy advierte que a la distinción entre reglas y principios le corresponden dos tipos diferentes de aplicación de normas: la subsunción y la ponderación. Dado que, para él, los derechos fundamentales tienen la estructura de principios –mandatos de optimización–, es razonable que se incline por la ponderación para resolver las colisiones que se susciten entre esos derechos. La ponderación forma parte de una regla más amplia: el principio de proporcionalidad. Esta regla cuenta con tres submandatos: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación).

Los derechos fundamentales, en tanto preceptos constitucionales cargados de un alto grado de abstracción, generalidad e indeterminación, suelen ser catalogados como principios⁶. En el esquema conceptual adoptado por ALEXY, estos –a diferencia de las reglas– son entendidos como normas que ordenan que algo se cumpla en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Las posibilidades fácticas dependen de cursos de acción alternativos; mientras que, las posibilidades jurídicas están dadas por la eventual existencia de reglas y principios opuestos. Los principios, entonces, son mandatos de optimización porque pueden ser cumplidos en distintos grados y son susceptibles de ponderación. Ante una eventual colisión, uno de ellos debe ceder frente al otro. Esto no implica que el principio desplazado sea inválido; sino que “bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de precedencia puede ser solucionada de manera inversa”⁷.

De lo expuesto se desprende que en tanto los principios son normas que tienen la misma jerarquía formal, no es posible establecer una precedencia absoluta entre ellos. Por eso, ALEXY sostiene que para solucionar colisiones entre principios forzosamente han de ponderarse los intereses contrapuestos. De este modo, se trata de “establecer cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”⁸. La ponderación, entonces, es el procedimiento por medio del cual se establece una relación de preferencia condicionada entre principios.

La mentada relación reviste fundamental importancia porque de ella es posible derivar una regla, en cuya estructura se aprecia un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. En el primero se enuncian las condiciones en las que un principio precede a otro; mientras que, en la segunda, se determina la acción exigida por el principio prevalente. Lo hasta aquí descripto puede sintetizarse en una ley -la ley de colisión-, que se formula en los siguientes términos: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”⁹.

Ahora bien, la decisión que resuelve cuál es el principio que precede a otro presupone la existencia de una estructura argumentativa que la justifique racionalmente. De acuerdo con la teoría de ALEXY, eso es posible gracias al principio de proporcionalidad. Este se encuentra conformado por tres submandatos: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Todos ellos expresan la idea de optimización; en

⁶ Si bien aquí se analizará la teoría de los principios formulada por Robert Alexy, las características de abstracción, generalidad e indeterminación son compatibles con otras doctrinas. Por ejemplo, Guastini sostiene que en todo sistema jurídico se incluyen dos tipos de normas: reglas y principios. Las reglas son enunciados condicionales que conectan una consecuencia jurídica a una clase de hechos. En cambio, los principios son normas que presentan conjuntamente dos características: tienen carácter fundamental y sufren una particular indeterminación. La primera característica implica que los principios dotan de justificación axiológica a las reglas y que no tienen ni requieren de ningún fundamento ético-político; pues, ellas son normas evidentemente justas y correctas. En cambio, la segunda característica supone que los principios son supuestos de hecho abierto, derrotables y generales. GUASTINI, R., *La sintassi del diritto (La sintaxis del derecho)*, Madrid: Marcial Pons, 2014.

⁷ ALEXY, R., *Theorie der grundrechte (Teoría de los derechos fundamentales)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 89.

⁸ *Ídem*, p. 90.

⁹ *Ídem*, p. 94.

consecuencia, interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con el principio de proporcionalidad es tratarlos como mandatos de optimización. Los subprincipios de idoneidad y necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible. En ellos la ponderación no juega ningún papel; pues, solo se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales que sean evitables sin costo para otros principios. Es decir, expresan la idea del óptimo de Pareto –no existe un posible cambio que beneficie a una persona sin perjudicar a otra–¹⁰. Por su lado, el principio de proporcionalidad en sentido estricto está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas. Por eso, ese es el campo de la ponderación.

De lo expuesto se sigue que, para ALEXY, existe una conexión conceptual entre su caracterización de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Dicha relación se explica en el sentido de que su empleo posibilita el traspaso de un derecho prima facie a un derecho definitivo. En efecto, los derechos prima facie –que tienen la estructura de principios–, constituyen mandatos de optimización que, para ser operativos, requieren la aplicación del principio de proporcionalidad, específicamente de la ponderación que es exigida por la ley de colisión. De ella se deriva un derecho definitivo, que tiene la estructura de una regla. Por consiguiente, los derechos prima facie exigen forzosamente el uso del principio de proporcionalidad para derivar derechos definitivos que prescriban una solución (consecuencia jurídica de la regla) para el caso concreto.

ii. La estructura del principio de proporcionalidad: Ponderación. Necesidad de justificación racional

Dada la relevancia atribuida por ALEXY al principio de proporcionalidad, se vuelve imperioso examinar cada uno de sus submandatos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Pues bien, el examen de idoneidad supone una relación de medio a fin; eso se debe a que exige que el medio escogido sea susceptible de alcanzar el objetivo propuesto. Tal es así que, si el medio no es adecuado para promover la satisfacción de un principio y, al mismo tiempo, afecta a un segundo principio, la adopción de ese medio queda prohibida en virtud de las posibilidades fácticas exigidas¹¹. Por consiguiente, el submandato de idoneidad se satisface cuando se comprueba una relación empírica entre el medio escogido y el fin perseguido por la medida adoptada¹².

¹⁰ *Ídem*, nota 222. Asimismo, véase ALEXY, “La fórmula del peso”, M.C., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 15.

¹¹ CAMINOS, P., “El principio de proporcionalidad: ¿Una nueva garantía de los derechos constitucionales?”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja*, 2014, pp. 56-57.

¹² CLÉRICO, L. distingue entre una versión *fortísima* del mandato de idoneidad o adecuación técnica y una versión *débil*. Asevera que la primera exige la elección de un medio a través del cual el logro del fin perseguido se alcance en la mayor medida posible en el sentido cuantitativo (el más alto alcance), cualitativo (el mejor de los alcances) y el de las probabilidades (el más seguro de ser alcanzado). Es decir, no alcanza con elegir un medio adecuado, sino que debe optarse por el que demuestre la versión más positiva en todos los sentidos entre medio y fin. Sin perjuicio, admite que esta versión es más bien ideal que debe servir de orientación al actor legislativo, ejecutivo y/o la ciudadanía cuando ejerce el control político. En cambio, la versión *débil* corresponde al poder judicial cuando controla *a posteriori* la adecuación técnica del medio seleccionado por el actor. CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Argentina: Eudeba, 2009, pp. 82 y 83.

El examen de necesidad, por su lado, exige una comparación entre medios; ello en miras a elección de aquel que resulte menos intrusivo. Es decir, supone la inexistencia de un recurso más moderado para conseguir el propósito perseguido con igual eficacia. En términos más sencillos: si hay dos medios disponibles e igualmente efectivos para promover un determinado principio, pero uno de ellos afecta de un modo menos intenso que el otro a un segundo principio, las posibilidades fácticas determinan la elección de aquel que importe un menor grado de afectación¹³.

Finalmente, el contenido de la idea de proporcionalidad en sentido estricto es expresado mediante la ley de ponderación: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁴. Este punto, como ya se ha afirmado, reviste una importancia trascendental. Ello se debe a que, en tanto terreno propicio de la ponderación, permite establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión y propiciar una solución al caso concreto, la que, además, podrá justificarse en términos de racionalidad.

De acuerdo con ALEXY, la justificación racional de las decisiones adoptadas con base en la proporcionalidad en sentido estricto se logra a partir de tres elementos: La estructura de la ponderación, la fórmula del peso y el discurso racional¹⁵. Con relación al primero, sostiene que aquella puede dividirse en tres etapas: La primera, establece el grado de no satisfacción o restricción de un primer principio; la segunda, identifica el grado de importancia de satisfacción del principio opuesto; y, la última, determina si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento del primero. Esta estructura elemental posibilita la formulación de juicios racionales mediante la aplicación de la escala trídica, esto es, la valoración de la satisfacción e intervención de los principios opuestos a partir de su identificación como leves, moderadas o graves. Así, por ejemplo, la afectación del derecho al honor que se originaría por publicitar información de relevancia pública referida a un funcionario en el ejercicio de su cargo podría catalogarse como leve o media, frente a la necesidad grave de satisfacer el derecho a la información en miras a ejercitar el control democrático de la gestión estatal.

Sin perjuicio de lo antedicho, ALEXY sostiene que la escala de tres intensidades es importante pero no suficiente para demostrar que la ponderación es racional. Para ello, es necesario dar un paso más. Ese paso más consiste en entender que la ponderación lleva implícito un sistema de inferencias que se consolida a través de la fórmula del peso, es decir, de una estructura ilativa de principios que se expresa mediante distintas variables¹⁶. Ahora bien, la racionalidad de cualquier estructura inferencial está supeditada a la existencia de una conexión de premisas que puedan ser justificadas racionalmente. De este modo, afirma que las variables que conforman la fórmula del peso se expresan, en la práctica jurídica, en juicios y, estos –en tanto elementos del discurso– manifiestan una pretensión de corrección¹⁷ y

¹³ Op. Cit, CAMINOS, P.

¹⁴ ALEXY, R., *Op.Cit.*, 1985, p. 161.

¹⁵ ALEXY, R., “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, M.C., J.O.H, y R.V., *Jueces y ponderación*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

¹⁶ *Ídem*, p. 8.

¹⁷ Para Robert Alexy, el Derecho tiene una doble naturaleza: Comprende tanto una dimensión real como ideal. En la primera (dimensión real) se encuentran los elementos definitorios de la legalidad conforme al

arriban a una conclusión que debe ser justificada por medio de argumentos. De ello se desprende que la fórmula es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestran cómo se relacionan entre sí. De allí se sigue la importancia asignada al discurso racional práctico¹⁸, pues: la ponderación exige la formulación de argumentos susceptibles de justificar la elección de una determinada medida; esos argumentos se expresan en juicios; y, precisamente, los juicios son elementos esenciales del discurso.

En este punto, es necesario advertir que en el razonamiento jurídico no se puede esperar la elaboración de un método que nos permita llegar a una solución definitiva para cada caso difícil que se plantee; en otras palabras, en las ciencias sociales no hay conocimientos concluyentes, es decir, que excluyan la falsedad o garanticen la verdad. Incluso ALEXY reconoce que la ponderación no prescribe resultados definitivos, sino que “(...) nos dice cómo argumentar cuando solo se puede cumplir con un principio a costa de otro”¹⁹ y que “la teoría del discurso no es una maquinaria que nos permita determinar exacta, objetiva y definitivamente el peso de cada derecho”²⁰. No obstante, sí se puede aspirar a la creación de estructuras formales que ordenen el razonamiento y la consiguiente argumentación²¹. Eso se debe a que la imposibilidad de brindar certezas no debe confundirse con la inexistencia de buenos fundamentos para defender la adopción de una determinada decisión. Creo que el valor del principio de proporcionalidad está en línea con el mentado anhelo porque permite identificar los pasos argumentativos que han de seguirse cuando la decisión versa sobre la restricción de un derecho en miras a la protección de otro y, a su vez, facilita la actividad de

ordenamiento y de la eficacia social. En cambio, en la segunda (dimensión ideal) se encuentra la corrección moral. Es decir, existe una relación conceptual entre el Derecho y la Moral. Este punto reviste suma importancia porque permite entender la razón por la cual, para el autor, el discurso jurídico es un caso particular de discurso práctico general. Sobre este punto advierte que tanto en el discurso práctico general como en el discurso jurídico se efectúa una pretensión de corrección. La diferencia entre uno y otro radica en que, el primero se refiere a aquello que es correcto independientemente del Derecho positivamente válido en cada caso; en cambio, el segundo, se refiere a aquello que es correcto dentro del marco de un sistema jurídico determinado. Por consiguiente, la argumentación jurídica está sujeta a la ley y al precedente, y tiene que atender al sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica. Es decir que, si la ley, el precedente y la dogmática prevén una solución para el caso, este debe resolverse adoptando la decisión que ellos proscriban. Pero, si estos no fijan respuesta alguna a la cuestión jurídica pendiente de resolución (casos difíciles) se ha de satisfacer la pretensión de corrección para efectuar valoraciones adicionales que no pueden extraerse del material autoritativo preestablecido. Para efectuar la mentada satisfacción, esas premisas adicionales tienen que justificarse por medio de la argumentación práctica general que incluye al discurso moral. (ALEXY, R., “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *DOXA*, 32, 2009, pp. 81 y 82).

¹⁸ Ya se ha dicho que se trata de un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos.

¹⁹ Alexy sostiene que la ley de ponderación no formula ninguna pauta susceptible de resolver definitivamente todos los casos. Pero, afirma, el modelo de la ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. En efecto, la ley de ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente (ALEXY, R., *Op.Cit.*, 1985, p. 167).

²⁰ ALEXY, R., “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, *Revista de teoría y filosofía del derecho*, 1994, pp. 38-50.

²¹ Sobre la racionalidad de la ponderación en tanto estructura formal véase MOCOROA, J.M., “La racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional”, *Revista Prolegómenos – Derechos y valores*, 2017, pp. 73-85.

contralor sobre el producto resultante –en este caso, de la conducta desplegada por la Administración pública–.

III. El derecho de acceso a la información pública

i. Caracterización

Cuando se analiza el derecho de acceso a la información pública –esto es, la facultad que se le reconoce a toda persona para solicitar y recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna–²², deben tenerse en cuenta algunas cuestiones relevantes. La primera consiste en reconocer que éste puede ser abordado desde una doble perspectiva: por un lado, en su dimensión individual –como un derecho fundamental oponible al Estado–; y, por el otro, en su dimensión institucional –como la obligación estatal de adecuar su estructura interna para garantizarlo–. A decir verdad, se trata de un derecho humano derivado de la libertad de pensamiento y de expresión²³, estrechamente vinculado a la democracia²⁴ y al principio republicano de gobierno²⁵ que, correlativamente, consagra un deber en cabeza del Estado consistente en dar publicidad a aquella información que revista interés público²⁶. De esta primera consideración se deriva, como consecuencia lógica, la segunda: es decir, el alcance limitado de las excepciones a la publicidad. Eso se debe a que, dada la importancia institucional asignada al derecho en análisis –por cuanto posibilita que cualquier persona conozca la manera en que sus funcionarios y gobernantes se desempeñan–, es razonable que cualquier límite que se intente contra él deba interpretarse restrictivamente (principio de

²² Ley N° 104, Artículo 1°.- Derecho de acceso a la información pública: “Toda persona tiene derecho a solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna. Para ejercer el derecho de acceso a la información pública no será necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo o razones que motiven la petición.

Implicará la libertad de acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar y redistribuir información bajo custodia de los sujetos obligados, con las únicas limitaciones y excepciones que establece la presente ley”.

²³ La mentada derivación ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile” en el cual el tribunal convencional condenó al Estado chileno

²⁴ Sobre este punto, se advierte que la CSJN ha llegado a calificar a la información como el “oxígeno de la democracia” (CSJN, “Asociación por los derechos civiles c/ PAMI”, Fallos: 335:2393, 2012).

²⁵ El sistema republicano de gobierno se encuentra consagrado en el primer artículo, tanto de la Constitución Nacional (*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal...*), como de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (*La Ciudad de Buenos Aires [...] adopta para su gobierno la forma republicana y representativa...*). El hecho de que sea lo primero que nuestras constituciones receptan, da cuenta de su gran importancia institucional.

El republicanismo presenta ciertas notas características, entre las que se destacan las siguientes: la división de poderes; el sistema de frenos y contrapesos; y, el principio de publicidad de los actos de gobierno. Este último tiene por finalidad garantizar a los representados el conocimiento acerca de la forma en la que sus representantes gobiernan. En este punto, la relación entre el republicanismo y el derecho de acceso a la información pública es clara; pues, la publicidad de los actos de gobierno requiere, invariablemente, de un sistema eficiente de acceso a la información pública, cuyo fundamento no es otro que el ejercicio del control democrático de la gestión estatal.

²⁶ La doctrina tiene dicho que “el derecho a la información pública (...) es un derecho bidireccional que incluye tanto el derecho a informar, cuyo titular es el sujeto activo, y el derecho a ser informado, siendo el titular el sujeto pasivo en la relación”. (BASTERRA, M. I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 299).

máxima divulgación)²⁷. En consonancia con lo expuesto, es preciso mencionar que, en esta materia, se invierte la carga de la prueba ya que es el Estado el que debe demostrar, en cada caso, que la restricción cumple con ciertos parámetros suficientes para justificarla.

De lo antedicho se desprende que, no obstante las notables características del derecho de acceso a la información, éste no es absoluto. Sin embargo, para que las restricciones que se invoquen contra él estén legitimadas, es necesario cumplir con una serie de requisitos previos. Siguiendo esta línea, se han elaborado algunos criterios de ponderación –como el test del daño y el test del interés público²⁸– y otras tantas pautas argumentativas, cuya observancia es condición determinante para tener por “fundada” una denegatoria de información.

Los criterios de ponderación mencionados en el párrafo anterior se inspiraron en los lineamientos sentados por la Corte IDH en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”. Pues, allí se estableció que: “las restricciones que se impongan [al derecho de acceso a la información] deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre las varias opciones para alcanzar ese logro, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”^{29,30}. Asimismo, se ha aseverado que aquellas deben estar previamente fijadas en la ley³¹.

²⁷ Es importante destacar que la Corte IDH sostuvo que “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de restricciones” (Corte IDH, “Claude Reyes y otros vs. Chile”, Serie C. N° 151, 2006, párr. 92).

²⁸ Tanto el test del daño como el del interés público (ambos consagrados en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y receptados por el Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información Pública en la CABA) suponen un mecanismo de “balanceo” entre dos derechos opuestos. Dicho mecanismo cuenta con tres etapas: En la primera, se establece el grado de insatisfacción del acceso a la información. En la segunda, se determina el grado de satisfacción del bien jurídico protegido por la excepción invocada por el sujeto obligado al momento de denegar una solicitud de información. Finalmente, en la tercera etapa, se establece si la importancia de satisfacer la seguridad pública justifica la insatisfacción del acceso a la información. Ambos test aspiran a excluir la discrecionalidad del sujeto obligado por medio de la elaboración de argumentos con peso suficiente que justifiquen la procedencia de la excepción invocada. Sin embargo, el primero (test del daño) suele aplicarse en los casos en que el interés comprometido es predominantemente público (i.e. protección de la seguridad pública); mientras que el segundo tiene lugar en los casos en que los bienes afectados con relevancia pública son los derechos de las personas (i.e. protección de datos sensibles).

²⁹ Corte IDH, “Claude Reyes y otros vs. Chile”, Serie C. N° 151, 2006, párr. 91.

³⁰ La CSJN ha sostenido, en este punto, que “(...) el derecho de acceso a la información, en tanto elemento constitutivo de la libertad de expresión protegido por normas constitucionales y convencionales, no es un derecho absoluto sino que puede estar sujeto a limitaciones. Por lo tanto, resulta admisible que el ordenamiento jurídico establezca ciertas restricciones al acceso a la información, las que deben ser verdaderamente excepcionales, perseguir objetivos legítimos y ser necesarias para alcanzar la finalidad perseguida. En efecto, el secreto solo puede justificarse para proteger un interés igualmente público, por lo tanto, la reserva solo resulta admisible para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (CSJN, “Garrido”, Fallos 339:827,, considerando 5, 2016).

³¹ “En cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término, deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes

Como puede apreciarse, el tribunal convencional no exige otra cosa que una argumentación basada en la aplicación del principio de proporcionalidad. Por esa razón, en el siguiente apartado, se procurará determinar su operatividad en este supuesto específico de colisión entre derechos.

ii. El principio de proporcionalidad en el derecho de acceso a la información pública

Teniendo en cuenta las pautas delineadas por la jurisprudencia y la doctrina, puede decirse que la procedencia de las excepciones a la publicidad está supeditada al cumplimiento de dos principios: el de legalidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. El primero exige que toda limitación que se intente contra el derecho de acceso a la información esté previamente definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material³². Tal es así que, desde el punto de vista del sujeto obligado, se cumple con dicha manda transcribiendo el texto de la ley que consagra la excepción invocada como motivo de la denegatoria. Sin perjuicio, la transcripción pura y simple de la disposición respectiva no es suficiente para calificar a esta última como “fundada”. Por eso, una vez cumplido con el principio de legalidad, se deberán satisfacer los presupuestos derivados de la aplicación del principio de proporcionalidad.

En efecto, el examen acerca de la “idoneidad” de la medida supone que el sujeto obligado se pregunte lo siguiente: ¿cuál es el fin para reservar la información y su fundamento? ¿la reserva posibilita la consecución de aquel?³³. La respuesta a ellos requiere no solo la identificación de una colisión entre principios -con especial atención a aquel que protege la excepción- sino, además, la demostración de que la limitación sirve para fomentar la realización o el resguardo del principio opuesto al acceso a la información.

Por su lado, para que la restricción sea “necesaria” debe acreditarse que no existen medios alternativos menos gravosos para proteger el principio amparado por la excepción. Es decir, ¿se puede evitar la restricción del derecho de acceso a la información pública a través de otro medio, o por lo menos, reducir el grado de limitación? La respuesta a este interrogante presupone una “comparación” entre medios que constituye el núcleo del presupuesto en análisis³⁴.

En el ámbito del derecho de acceso a la información pública, la comparación entre dos medios aptos para fomentar la protección de un principio en miras a la elección de aquel que restrinja en menor medida el derecho contrapuesto se produce al evaluar la posibilidad de disociación. De este modo, cuando el sujeto obligado invoca una excepción legal cuenta con dos opciones: la denegatoria total o parcial de los datos requeridos. La diferencia entre ambas radica en que, en la primera, no se entrega la información y, en la segunda, se entrega solo

deben dictarse “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (Corte IDH, “Claude Reyes y otros vs. Chile”, Serie C. N° 151, 2006, párr. 89).

³² *Ídem*. Asimismo, Informe N° 14196076/OGDAI/2018 adjunto a la Resolución N° 6/OGDAI/2018.

³³ Informe N° 14196076/OGDAI/2018 adjunto a la Resolución N° 6/OGDAI/2018 y Resolución N° 51/OGDAI/2018.

³⁴ CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 2009.

una parte de ella (es decir, se facilita la porción sujeta a publicidad y se reserva la que está protegida por la excepción)³⁵.

La aplicación estricta del examen del medio alternativo menos lesivo determina que si la disociación es posible, el sujeto obligado debe aplicarla; esto es, entregar la información solicitada y ocultar aquella que esté sujeta a reserva mediante el empleo de algún mecanismo apto para ello (v.g. sistema de tachas). En este caso debe, asimismo, indicar qué parte del documento se ha reservado, la fuente de la información y la razón por la cual se considera aplicable la excepción respectiva (cf. Art. 7, Decreto N° 260/17).

Sin perjuicio de lo expuesto, puede suceder que la "separación" de la información requerida sea imposible. Es decir que ella, en su totalidad, esté protegida por la excepción invocada como motivo de la reserva. En estos casos, la restricción al derecho de acceso a la información es inevitable; pues, el único medio disponible para proteger un principio consiste en invocar la excepción que lo resguarda y, en consecuencia, denegar la solicitud de información.

Desde este punto de vista, la ineludible afectación que el derecho de acceso a la información debe "soportar" para proteger un principio opuesto exige que el sujeto obligado de buenas razones para justificarla. En consecuencia, se cumple con la pauta aquí examinada siempre que, al momento de fundar la denegatoria, se brinden razones normativas por las cuales resulta imposible inclinarse por la herramienta disociativa.

Por último, la excepción debe ser analizada a la luz de la proporcionalidad en sentido estricto; es decir, el sujeto obligado debe acreditar que el riesgo al principio fomentado mediante la denegatoria de la información supera el interés de difundirla. Para ello, no basta con calificar el grado de intensidad de la restricción y de la satisfacción de los principios opuestos y compararlos a efectos de determinar cuál pesa más, ni tampoco apelar a la producción de daños hipotéticos o conjeturales para denegar la información. Por el contrario, la interpretación restrictiva que rige en la materia plantea la necesidad de demostrar el riesgo real y específico que produciría la publicidad de los datos solicitados en el caso concreto. En otras palabras, las determinaciones de tipo cuantitativo que proporciona la escala triádica son importantes, pero no suficientes ya que las circunstancias vigentes exigen que, además de establecer una relación de precedencia condicionada entre principios opuestos, se exhiban las razones por las cuales en ese caso en particular se adopta la decisión respectiva. Para ello, puede apelarse a decisiones pasadas en las que se haya resuelto de ese modo. Por ejemplo, si la solicitud de información tiene por objeto conocer si un funcionario público y un ciudadano común han recibido una vacuna contra el COVID-19 en el contexto de revuelo por la llamada "vacunación VIP", el Estado podría apelar al estándar sentado por la CSJN en "Ponzetti de

³⁵ El artículo 7° de la Ley N° 104 establece que "[e]n caso que exista un documento que contenga en forma parcial información cuyo acceso esté limitado en los términos del Artículo 6°, debe suministrarse el resto de la información solicitada". En consonancia con lo expuesto, el Decreto N° 260/17 -reglamentario de la Ley N° 104- establece que: "[c]uando un documento contenga información cuyo acceso esté limitado en los términos del artículo 6° de la ley, deberá suministrarse el resto de la información utilizando el sistema de disociación. La información no comprendida deberá ser entregada o publicada en una versión del documento que tache, oculte o disocie aquellas partes sujetas a la excepción y se indicará qué parte del documento ha sido mantenida bajo reserva, la fuente de la información y su encuadre legítimo en alguna de las hipótesis de excepción previstas en la Ley N° 104".

Balbín³⁶ a efectos de dar publicidad al primer supuesto, pero denegar la información en el segundo. En efecto, no bastaría que para proceder de tal forma se dijera que el trato diferenciado obedece a que, en el primer caso, existe un interés público imperativo (y por lo tanto “grave”) en conocer la información que postula su precedencia respecto del derecho a la intimidad que sufre un grado de restricción “leve” o “medio”, sino que es necesario que se justifique ese proceder. Así, se podría aseverar que como los funcionarios públicos tienen una menor expectativa de privacidad en todo aquello que concierne al ejercicio de su actividad, la circunstancia demanda que esa información sea divulgada; circunstancia que no se presenta en nuestro segundo supuesto. En efecto, este último se refiere a un ciudadano común, razón por la cual aquí ha de prevalecer el derecho a la intimidad, es decir, la confidencialidad de los datos referidos a la salud que, además, integran la historia clínica del paciente y, por lo tanto, son reservados.

En síntesis, el cumplimiento de los tres últimos requisitos analizados exige que el sujeto obligado adopte una decisión estrictamente fundamentada que permita conocer los motivos por los cuales: invoca una excepción legal para denegar una solicitud de información; aplica o no mecanismos de disociación; y, finalmente, coloca al principio protegido como un valor que, en el caso concreto, precede a la publicidad de la información.

Por último, me gustaría advertir que no escapa de mi conocimiento que un esquema de este tipo, pese a resultar seductor en la teoría, tiende a presentar complicaciones en la práctica, ya sea por desconocimiento técnico o falta de tiempo. Sin embargo, creo que, como todo ideal, la estructura aquí presentada ha de servir para inspirar la redacción de argumentos serios, sólidos y respetables que, en última instancia, hagan cierta la legitimidad de la medida adoptada.

IV. Conclusión

En este trabajo se intentó demostrar que en tanto la validez de una decisión restrictiva de un derecho fundamental está supeditada a la presentación de buenas razones para su adopción, el principio de proporcionalidad se erige como una herramienta apropiada para tal finalidad. En efecto, la estructura argumentativa propuesta por él posibilita que cualquier persona pueda controlar y, eventualmente, criticar la actividad desplegada por el gobierno —específicamente cuando se trata de restringir el acceso a la información pública en miras a la protección de un bien jurídico consagrado legalmente como una excepción—. Sin perjuicio de lo expuesto, se señaló que las justificaciones de tipo cualitativo exigidas por la escala trídica no son suficientes para tener por fundada la restricción ya que, en última instancia, el peso asignado a cada principio en pugna depende de los elementos tomados en cuenta por quien efectúa la limitación. A las consideraciones de grado, entonces, se han de sumar las justificaciones de las variables presentadas en la fórmula del peso; puesto que solo de este modo se podrá dar cuenta de las razones que han sido consideradas para determinar por qué la prioridad del principio por medio del cual se deniega la publicidad de la información se justifica en el caso concreto. En otras palabras, no basta con señalar que la intensidad de la satisfacción de un primer principio legitima la restricción de un segundo principio, sino que es preciso que se emitan juicios por medio de los cuales se den buenas razones; esto es, motivos convincentes

³⁶ CSJN, “Ponzetti de Balbín”, Fallos 306:1892, considerando 9, 1984.

para aceptar la razonabilidad de la medida limitativa. De este modo, si bien no se elimina la discrecionalidad de quien la dispone, se hace explícita la justificación normativa subyacente a ella; lo que permite disociar aquellos razonamientos jurídicos serios de los que no lo son. En efecto, solo este tipo de fundamentación deja a salvo el basamento sobre el cual se estructura el derecho de acceso a la información –aún cuando éste se restringe–, a saber: el control ciudadano sobre la legitimidad o ilegitimidad de los asuntos públicos.

Cómo citar: Velázquez, H. (2021). CAproximación lógico-argumental al fallo “Batalla”: ¿una resolución judicial incoherente?. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

APROXIMACIÓN LÓGICO-ARGUMENTAL AL FALLO ‘BATALLA’: ¿UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL INCOHERENTE?

Hugo José Francisco Velázquez
Conicet; Universidad Nacional de Tucumán

Introducción

En el fallo “Batalla” la Corte Suprema Argentina debía resolver el recurso de queja interpuesto por Rufino Batalla en el que solicitaba la aplicación del beneficio del 2x1 a fin que se le concedan salidas transitorias, teniendo presente que:

1. Rufino Batalla cometió delitos de lesa humanidad siendo condenado a 13 años de prisión e inhabilitación absoluta en 2014.
2. Rufino Batalla estuvo detenido en prisión preventiva desde 2010.
3. En 2017 la Corte admitió la aplicabilidad del beneficio del 2x1 a Muiña.
4. En 2017 el Congreso sancionó la ley 27.362 que busca establecer la interpretación auténtica de la regla del 2x1.

Finalmente, la Corte resolvió declarar la inaplicabilidad del beneficio del 2x1 para el supuesto de crímenes de lesa humanidad basándose en la ley 27362 y en algunos de los argumentos presentados en la disidencia del fallo Muiña.

La presente ponencia tiene por objeto realizar un análisis lógico-argumental del fallo “Batalla” a fin de mostrar algunos problemas e inconsistencias en la justificación del voto mayoritario. Para ello, se distinguirán los diferentes –siguiendo a Vigo¹– planos del mismo (regulatorio, fáctico, lógico y axiológico) efectuándose una reconstrucción de la justificación interna y externa (según Wróblewski²) tanto del voto mayoritario como el de la minoría para, finalmente, ubicarlo dentro de la tipología casuística propuesta por MacCormick³ y ampliada por Atienza⁴.

¹ Cf. Vigo, R. *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 93-97.

² Cf. Wróblewski, J. *Sentido y hecho en el Derecho*, op. cit., pp. 39-54; cf. Wróblewski, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Santiago de Chile: Olejnik, 2018, p. 57.

³ Cf. MacCormick, N. *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*, Lima: Palestra, 2018, p. 247.

⁴ Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid: Trotta, 2014, pp. 431-439.

En suma, se intentará precisar los siguientes interrogantes respecto de la decisión adoptada por la Corte en el caso “Batalla”: ¿Cuáles son los hechos del caso (ámbito fáctico)? ¿Cuáles son las normas que rigen el fallo (plano regulatorio)? ¿Qué valores y principios fundan la decisión (plano axiológico)? ¿Cómo se conforma la justificación interna de la sentencia (plano lógico formal)? ¿Cómo se articula la justificación externa de la decisión adoptada (plano lógico informal o argumental)? ¿De qué tipo de caso se trata? ¿Qué clase de problema jurídico se plantea en la sentencia? Y, en definitiva, ¿se trata de una decisión bien justificada? ¿Qué problemas presenta la justificación del fallo? A continuación, procederemos a abordar cada una de estas cuestiones.

2. El plano fáctico

Con el plano o ámbito fáctico se alude a los hechos controvertidos, reconocidos y probados del caso, es decir, aquellos que se tienen en cuenta para la determinación de la premisa fáctica del silogismo judicial⁵. En el caso Batalla no hay hechos controvertidos, pues, simplemente se busca resolver si debe concederse o no el beneficio del cómputo del 2x1 al recurrente (Rufino Batalla). En este sentido, la Corte toma como probados todos los hechos que así han sido producidos en las instancias anteriores. Los hechos reconocidos y probados, a pesar de no haber sentencia firme, son: 1. Rufino Batalla cometió delitos de lesa humanidad y fue condenado a 13 años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo. 2. Rufino Batalla estuvo detenido en prisión preventiva desde el 14 de julio de 2010 (más de 8 años al tiempo de la sentencia de la CSJN). En este sentido la premisa fáctica se encuentra determinada.

3. El plano regulatorio

Para determinar las normas (en sentido amplio) que rigen el caso, es decir, lo que Vigo denomina plano regulatorio, será necesario considerar separadamente los tres sectores en que se divide la fundamentación de la Corte, a saber: el voto de Rosatti y Highton, el de Maqueda y Lorenzetti (mayoría) y, finalmente, el de la minoría representada por Rosenkrantz. Ahora bien, antes de proceder al señalamiento del plano regulatorio, huelga aclarar que si bien el mismo hace referencia al ámbito dónde los operadores jurídicos van a buscar las soluciones a los casos que se les presentan, éste no coincide únicamente con la ley como pretendía la propuesta decimonónica en el marco de un Estado Legal de Derecho, sino que alude a las razones propiamente jurídicas⁶ que pudieren dar sustento justificatorio a la resolución del caso. Así, Vigo (2015) señala que estas razones pueden ser de validez intrínseca (derechos fundamentales), de validez autoritativa o institucional (leyes, decretos, reglamentos, etc.) o de validez conferida sin que medie exigencia previa (jurisprudencia o doctrina)⁷. Dicho esto,

⁵ Cf. Vigo, R. *op. cit.*, pp. 94; cf. Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, pp. 429-430.

⁶ Las razones propiamente jurídicas coinciden en gran medida con la tradicional cuestión de las fuentes del derecho. Cf. Vigo, R. *op. cit.*, pp. 94;

⁷ También las razones propiamente jurídicas pueden clasificarse según su forma en normas con estructura hipotética o en principios con estructura categórica. Recuérdese que para Atienza las normas pueden ser reglas o principios, por lo que, las normas de Vigo son reglas para Atienza. Cf. Vigo, R. *op. cit.*, pp. 94; cf. Atienza, M. *El sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel, 2012, p. 84.

proseguiremos con la indicación de los planos regulatorios según los fundamentos presentes en cada uno de los votos:

1. Voto de Rosatti y Highton: a. Razones de validez autoritativa o institucional (normas en sentido estricto): Art. 7 de la Ley 24390 (beneficio del 2x1); Ley 25430 (derogatoria del art 7 de la ley 24390); Ley 27362; arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma; tratados internacionales de DDHH referidos por la Ley 27156.

b. Razones de validez conferida: Fallo Simon; Fallo Mazzeo; Fallos Villamil, Alespeiti y Videla (notas distintivas del terrorismo de estado y de crímenes de lesa humanidad); Tesis de la superioridad epistémica de la democracia y de la Unidad del Razonamiento práctico (Nino); Distinción entre racionalidad (interpretación) legislativa y judicial (Habermas); Ley interpretativa como ley soberana (Soler); Tesis del Valor interpretativo de los debates parlamentarios (Fernández Gianotti); Teoría de la imprevisión legislativa (Sikkink); Vigencia de las leyes interpretativas (Roubier, Recueil Sirey, Linares Quintana y Bidart Campos)

2. Voto de Maqueda y Lorenzetti: a. Razones de validez autoritativa o institucional (normas en sentido estricto): Art. 7 de la Ley 24390; Ley 25430 (derogatoria del art 7 de la ley 24390)

b. Razones de validez conferida: Fallo Arce (para marcar la diversidad de circunstancia con el presente caso); Fallo Álvarez (finalidad de la ley 24390 y su vigencia), Fallo Mazzeo (Prohibición de adoptar medidas que frustren la finalidad persecutoria de los delitos de lesa humanidad, obligación de sancionar adecuadamente o de imponer penas adecuadas); Caso Barrios Altos (inadmisibilidad de las disposiciones normativas que impidan la sanción de los responsables); Caso Rachel vs. Colombia (proporcionalidad de la pena); Caso Cepeda Vargas vs. Colombia (obligación estatal de asegurar que las penas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, controlar que no haya impunidad de facto).

3. Voto de Rosenkrantz (minoría): a. Razones de validez autoritativa o institucional (normas en sentido estricto): Art. 7 de la Ley 24390; Ley 25430; art. 2 del Cód. Penal (retroactividad y ultractividad de la ley penal más benigna); art. 9 CADH (retroactividad de la ley penal más benigna); art. 18 CN (Principio de legalidad, irretroactividad de la ley penal y debido proceso legal), Arts. 22, 23 y 24 del Estatuto de Roma/arts.1, 2 y 8 de la Ley 25390 (principio de legalidad, *nullum crimen nulla poena sine lege*, interpretación estricta, prohibición de analogía, in dubio pro reo, irretroactividad de la ley penal más gravosa, retroactividad de la ley penal más benigna, incluso para los crímenes de lesa humanidad); art. 11.2 DUDH, art. XXVI DADyDH, art 15.1 PIDCyP (Principio de legalidad); art. 7 apartado 5 CADH (derecho a ser juzgado en un plazo razonable); art. 27.2 CADH (prohibición de suspensión de los principios de legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna); art. 13 de la Ley 26200 (ninguno de los delitos previstos –incluidos lesa humanidad– pueden ser sancionados transgrediendo el principio de legalidad consagrado en el art. 18 CN)

b. Razones de validez conferida: Fallos *Arce* y *Muiña* (Aplicación del beneficio del 2x1 a detenidos en prisión preventiva después de la derogación de la ley 24390); Fallo *Véliz* (inconstitucionalidad de la exclusión del beneficio del 2x1), Fallo plenario *Molina* (aplicabilidad del beneficio del 2x1 a detenidos en prisión preventiva antes de la entrada en vigencia de la ley 24390); Tesis de que la ley interpretativa aclara no crea (Marcadé); Fallo *Simón* (indemnidad del principio de irretroactividad de la ley dado que la imprescriptibilidad

de los delitos de lesa humanidad ya eran imprescriptibles e insusceptibles de amnistía según el derecho vigente al momento de la comisión)

Por último, resta aclarar que dentro del plano regulatorio he señalado todo material jurídico considerado por la Corte –incluso la disidencia– para decidir el caso o, en términos de Vigo, todas las razones jurídicas empleadas para fundamentar su decisión, sin distinguir específicamente qué rol cumplen en la justificación de tal decisión, es decir, no se ha diferenciado qué elementos normativos forman parte de la justificación interna y cuáles de la justificación externa. Esta cuestión se desarrollará en los próximos apartados. A continuación, se examinará el plano axiológico del fallo.

4. Plano axiológico

Con el plano axiológico del caso se alude a los principios o valores que la Corte ha empleado para justificar su decisión. En nuestro contexto jurídico-institucional (Estado Constitucional de Derecho) es natural que aparezcan valores y principios justificando –sobre todo externamente– las decisiones que toman los más altos tribunales. En el fallo *Batalla* se hace mención de varios principios y valores que se encuentran secundando las reglas que finalmente se aplicarán en la justificación interna del caso.

Por ejemplo, en el voto de Rosatti y Highton se hace mención del respeto por la división de poderes (cuando se plantea que el poder legislativo está facultado para dictar leyes interpretativas, considerandos 10 y 13), de la superioridad epistémica de la democracia (considerando 8), el respeto por los DDHH (considerandos 13 y 15), el principio de igualdad (considerando 16) y la retroactividad de la ley penal más benigna (considerandos 18 y 19).

En el voto de Maqueda y Lorenzetti aparecen los principios de proporcionalidad de la pena, de aplicación de sanciones adecuadas, de castigo apropiado a los delitos de lesa humanidad, el valor de respeto por los DDHH y de lucha contra la impunidad en crímenes de lesa humanidad.

En el voto de Rosenkrantz aparecen los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley penal más gravosa, de retroactividad (y ultraactividad) de la ley penal más benigna, de igualdad, de supremacía constitucional (en cuanto al mandato de respetar las garantías constitucionales al ejercer el poder punitivo del Estado), el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el respeto por el Estado de Derecho y por los valores republicanos y la seguridad jurídica.

En general podría decirse que hay una tensión entre la justa sanción de los responsables por la comisión de delitos de lesa humanidad (evitar la impunidad de facto) y la retroactividad (ultraactividad) de la ley penal más benigna en tanto garantía constitucional aplicable a todos por igual como consecuencia del principio de legalidad. Sin embargo, pienso que en el fallo no puede verse un conflicto de principios que hagan necesaria una ponderación en sentido estricto, es decir, un pasaje de principios a reglas valorando el peso de específico y abstracto de diversos principios, teniendo siempre presente que, aun cuando se pondere un principio frente a una regla, detrás de las reglas hay principios. Me refiero a que el caso *Batalla* no importa principalmente una cuestión de ponderación tal como la entiende Atienza⁸, aunque

⁸ Cf. Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid: Trotta, 2014, p. 438.

—por supuesto— todos los casos que llegan al más alto tribunal del país contienen ciertas tensiones entre principios. Quizás en este fallo particular la tensión sea más notoria debido a la disidencia, pero creo que no se trata de una genuina cuestión de ponderación en la que hay dos principios en juego aplicables al mismo caso y donde los jueces tienen que medir el grado de afectación de los principios, su peso en abstracto y su peso específico, entre otras consideraciones para elaborar reglas específicas que sirvan para dar solución al caso. Tampoco se consideran lagunas normativas ni lagunas axiológicas que justifiquen la ponderación estricta y la elaboración de una regla específica para suplirlas.

5. El plano lógico (justificación interna)

Como es sabido, la justificación interna importa una mera operación lógico-inferencial de carácter deductivo tomando como punto de partida una premisa normativa (premis mayor) y una premisa fáctica (premis menor) para luego derivar subsuntivamente una conclusión que contiene la solución del caso concreto. De ahí que el examen de la justificación interna nos remita a lo que Vigo denomina el plano lógico de la sentencia. Ahora bien, debido a que existen tres sectores con fundamentos diversos en torno al caso *Batalla* (particularidad estructural de la sentencia) habrá, por ende, tres silogismos judiciales distintos o, lo que es lo mismo, tres justificaciones internas diferentes, a saber: dos correspondientes a la mayoría y una a la minoría.

1. Justificación interna del voto de Rosatti y Highton (mayoría):

Premisa mayor: Todo el que cometa delitos de lesa humanidad no podrá gozar del beneficio del cómputo especial de dos días de prisión en la condena por uno de prisión preventiva (art. 7 de la ley 24390 y arts. 1, 2 y 3 de la ley 27362). En términos lógicos proposicionales: $p \rightarrow \sim Pq$, o bien, $p \rightarrow \sim q$ ⁹. En términos lógico-cuantificacionales: $(x) (Fx \rightarrow \sim PGx)$, o bien, $(x) [f(x) \rightarrow g(x)]$.¹⁰

Premisa menor: Rufino Batalla cometió delitos de lesa humanidad (hecho reconocido y probado). En términos proposicionales: p . En términos cuantificacionales: Fa o $f(a)$.

Conclusión subsuntiva: Rufino Batalla no podrá gozar del beneficio del cómputo especial del 2x1. En términos proposiciones: $\sim Pq$, o bien, $\sim q$. En términos cuantificacionales: $\sim PGa$ o $g(a)$.¹¹

⁹ Tanto una como otra notación depende de si empleamos la lógica deóntica estándar que usa Alonso, o bien, la lógica proposicional clásica que usa MacCormick, respectivamente. Cf. Alonso, J. P. *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires: Didot, 2016. cf. MacCormick, N. *op. cit.*, p. 49-86.

¹⁰ La primera notación aplicando el cálculo cuantificacional pertenece a Alexy, mientras que la segunda a Kalinowski. Nos parece más acertada la de Alexy porque introduce modalizadores deónticos que otorgan mayor precisión en la representación lógica de los componentes normativos. Cf. Kalinowski, G. *Introducción a la Lógica Jurídica*, Buenos Aires: Eudeba, 1973; cf. Alexy, R. *Teoría de la Argumentación jurídica*, Lima: Palestra, 2010.

¹¹ La conclusión “Rufino Batalla no podrá gozar del beneficio del cómputo especial del 2x1” cabe entenderse como “no está permitido aplicar el beneficio del 2x1 a Rufino Batalla” ($\sim PGa$). Así, aplicando la interdefinibilidad de operadores deónticos podríamos transformar el $\sim PGa$ en $O\sim Ga$ (es obligatorio no aplicar el cómputo del 2x1, o bien, no debe aplicarse el cómputo especial), o bien, en $PhGa$ (está prohibido aplicar el beneficio del 2x1 a

2. Justificación interna del voto de Maqueda y Lorenzetti (mayoría):

Premisa mayor: Si un individuo ha sido detenido preventivamente por más de dos años durante el período de vigencia de la ley 24390, resulta obligatorio (debe) aplicar el cómputo especial del 2x1 o, lo que es lo mismo, todo detenido preventivamente por más de dos años durante el tiempo de vigencia de la ley 24390 (1994-2001) puede gozar del beneficio del cómputo especial del 2x1¹². Simbolización proposicional: $p \rightarrow q$, o bien, $p \rightarrow O/Pq$. Simbolización cuantificacional: $(x) (Fx \rightarrow O/PGx)$, o bien, $(x) [f(x) \rightarrow g(x)]$.

Premisa menor: Rufino Batalla no fue detenido preventivamente durante el tiempo de vigencia de la ley 24390. Simbolización proposicional: $\sim p$. Simbolización cuantificacional: $\sim Fa$ o $\sim f(a)$.

Conclusión: No debe aplicarse el cómputo especial del 2x1 a Rufino Batalla. Simbolización proposicional: $\sim q$ o $O\sim q/\sim Pq$. Simbolización cuantificacional: $O\sim Ga/\sim PGa$ ¹³.

3. Justificación interna del voto de Rosenkrantz (minoría):

Premisa mayor: Si alguien hubiere sido detenido en prisión preventiva durante más de dos años teniendo en cuenta el ámbito de aplicación temporal de la ley más benigna, deberá gozar del cómputo especial del 2x1. Simbolización proposicional: $p \rightarrow q$, o bien, $p \rightarrow Oq$. Simbolización cuantificacional: $(x) (Fx \rightarrow OGx)$, o bien, $(x) [f(x) \rightarrow g(x)]$.

Premisa menor: Rufino Batalla estuvo detenido preventivamente por más de dos años en tiempo intermedio. Simbolización proposicional: p . Simbolización cuantificacional: Fa o $f(a)$.

Conclusión: Debe aplicarse el cómputo del 2x1 a Rufino Batalla. Simbolización proposicional: q o Oq . Simbolización cuantificacional: OGa .

6. El plano lógico (justificación externa)

Según Vigo¹⁴, cuya propuesta se circunscribe dentro de la corriente que busca rehabilitar el razonamiento práctico, la justificación externa –esto es, las argumentaciones vertidas a fin de dar sustento a las premisas que constituyen el silogismo judicial propio de la justificación interna– forma parte del plano lógico, pues, la lógica jurídica no solo debe estar reducida a la mera deducción formal sino que deben incluirse también los aportes y contribuciones de la lógica no formal, material y de la retórica. De este modo, la lógica debe ser entendida como

Rufino Batalla). Todas estas expresiones son lógicamente equivalentes según las leyes de interdefinibilidad de operadores. Cf. Kalinowski, G. *Introducción a la Lógica Jurídica*, Buenos Aires: Eudeba, 1973.

¹² Estas dos expresiones podrían emplearse indistintamente siempre y cuando tengamos presente el axioma deóntico de que *el debe entraña el puede*: $Op \rightarrow Pp$. Cf. Von Wright, G. H. “*Deontic logic*”, *Mind*, Vol. 60, N° 237, 1951, pp. 1-15.

¹³ En rigor de verdad, para que pueda arribarse a esta conclusión de forma lógicamente necesaria debería explicitarse una premisa que en razonamiento judicial que nos ocupa está presupuesta, a saber: Si la detención preventiva no ha ocurrido durante el tiempo de vigencia de la ley 24390 no debe aplicarse el cómputo especial del 2x1. En términos proposicionales: $\sim p \rightarrow \sim q$, o bien, $\sim p \rightarrow \sim Pq/O\sim q$. En términos cuantificacionales: $(x) \sim Fx \rightarrow O\sim Gx/\sim PGx$.

¹⁴ Cf. Vigo, R. *op. cit.*, p. 95.

lógica de lo razonable y no como lógica formal deductiva. Así las cosas, para seguir con el orden propuesto analizaremos y clasificaremos los argumentos vertidos en el caso Batalla – lo cual resulta parte fundamental del examen del plano lógico– respecto a cada uno de los votos que corresponden a los tres sectores anteriormente señalados, teniendo en cuenta que la justificación estará centrada en la fundamentación argumental de la premisa normativa. Para efectuar este examen emplearemos la clasificación de Vigo¹⁵ integrada con la que propone Ghirardi¹⁶:

1. Justificación externa del voto de Rosatti y Highton (mayoría): Los principales argumentos de este voto versan sobre la cuestión de establecer el carácter interpretativo de la ley 27.362 (test de consistencia), si tal interpretación resulta arbitraria, hostil, persecutoria o violatoria de algún derecho fundamental (test de razonabilidad) y si puede aplicarse a las causas en trámite, es decir, si no afecta el criterio de la ley penal más benigna (vigencia temporal).

A. La interpretación legislativa es una interpretación soberana y distinta de la judicial, constituye la interpretación auténtica de los términos o enunciados normativos sancionados por el legislador y los jueces deben someterse a ella. Aunque las leyes interpretativas quedan sujetas al control de constitucionalidad. Sustenta este argumento con las doctrinas de la Corte en fallos anteriores, con la opinión de Soler y la de Habermas. Éste se trata de un argumento ad exemplo, pues, permite interpretar la ley conforme a precedentes o a la doctrina generalmente aceptada (Ghirardi). En términos de Vigo sería en parte un argumento jurisprudencial (apelación a precedentes jurisprudenciales) y en parte un argumento doctrinario (apelación a doctrina calificada)

B. Argumento de la imprevisión del legislador: cuando sancionaron la ley 24.390 los legisladores no pudieron prever de modo explícito los crímenes de lesa humanidad como excepciones al beneficio del 2x1 ya que estaban vigentes las leyes de obediencia debida y de punto final que impedían la persecución penal de los delitos de lesa humanidad (imposibilidad jurídica). Para sustentar esta tesitura se remiten al debate parlamentario de la ley 27.362 y al doctrinario Sikkink. En parte se trata de un argumento genético porque apela al origen o gestación de la ley 24.390 y a la expresión de motivos de la ley 27.362 a fin de interpretar la voluntad del legislador (Vigo). Pero también importa un argumento ad exemplo (Ghirardi) o doctrinario (Vigo) porque recurre a cierta doctrina calificada.

C. El surgimiento de un nuevo paradigma en torno al respeto de los DDHH y de la sanción de los crímenes de lesa humanidad obliga a recontextualizar la interpretación del ámbito material y subjetivo de aplicación del art. 7 de la ley 24.390. Al apelar al surgimiento de un

¹⁵ Vigo distingue una nómina de 24 argumentos principales que nosotros tendremos en cuenta para examinar la justificación externa de la Corte, a saber: autoritativo, principialista, axiológico o moral, consecuencialista, genético, lingüístico, doctrinario, jurisprudencial, lógico, analógico, *a fortiori*, apagógico, *a contrario*, sistemáticos (coherencia, jerarquía, plenitud y economía), teleológico, sociológico, comparativo, histórico, retórico, religioso, científico no jurídico, empírico o fáctico (probatorio), conceptual o definicional y pragmático. Cf. Vigo, R. *op. cit.*, pp. 228-237.

¹⁶ Por su parte, Ghirardi propone una nómina de 12 argumentos jurídicos principales, a saber: *a contrario*, *a simili* o por analogía, *a fortiori*, *a completitudine* o de la completitud del sistema, *a coherentia*, psicológico, histórico o presunción de continuidad, apagógico o por reducción al absurdo, teleológico, económico o hipótesis del legislador no redundante, *ad exemplo*, sistemático y naturalista. Cf. Ghirardi, O. *Lógica del proceso judicial*, Córdoba: Lerner, 2009, pp. 50-53.

nuevo paradigma social en torno a los DDHH y a la necesidad de adaptar las interpretaciones al nuevo contexto el argumento es sociológico (Vigo).

D. A través del debate parlamentario muchos legisladores han afirmado de manera expresa el carácter interpretativo de la ley 27.362. Se trata de un argumento genético (Vigo) o psicológico (Ghirardi).

E. El mismo art. 3 de la ley 27.362 establece de modo explícito que constituye la interpretación auténtica del art. 7 de la ley 24.390. Se trata de un argumento normativo o autoritativo porque apela directamente al texto de la ley (Vigo).

F. Dada la gravedad de los crímenes de lesa humanidad y las características del régimen bajo el que se perpetraron (sistematicidad, organicidad y magnitud) poseen una ilegalidad propia e inherente que obligan a otorgar validez constitucional a la exclusión del beneficio del 2x1 establecido por la ley 24.390. Se trata de un argumento axiológico o moral que apela al reproche moral en sí que producen ese tipo de delitos y los regímenes que los amparan (Vigo).

G. La exclusión del beneficio se asemeja a la imprescriptibilidad de la acción penal y a la imposibilidad de amnistía, indulto y conmutación de penas características de los delitos de lesa humanidad. Se funda en la remisión que hace la ley 27.362 al art. 1 de la ley 27.156. Se trata de un argumento analógico o a simili, pues, busca establecer una semejanza para aplicar la misma solución normativa (Vigo, Ghirardi).

H. La implementación de la ley 27.362 (exclusión del cómputo especial del 2x1) no afecta el compromiso de juzgar a los intervinientes en delitos de lesa humanidad bajo las reglas de un Estado de Derecho dado que no modifica las condiciones (modo y forma) del juzgamiento (derecho al debido proceso, derecho de contradicción, control probatorio, posibilidad de recursos, etc.), lo cual ha quedado probado en autos al no ser cuestionado (argumento empírico o factico, dado que se trata de algo que consta en autos). Tampoco afecta la sentencia en términos de culpabilidad, ni la determinación del delito ni la gravedad de la pena, pues, lo que la ley esclarece es la manera de computar el tiempo de privación de la libertad en prisión preventiva, lo cual, es distinto al tiempo de prisión que impone una sentencia condenatoria. Se trata de un argumento a contrario porque, aunque no se trata de una especie dentro de un mismo género, se establece una distinción a fin de aplicar un tratamiento distinto (Vigo).

I. La ley 27.362 no es hostil ni discriminatoria porque no violenta el principio de igualdad. Esto es así, ya que la diferenciación que hace el legislador no es arbitraria, ilegítimamente persecutoria ni estigmatizante, pues, se aplica a universo de individuos que han cometido los crímenes más atroces de la historia de la humanidad no afectando a los que no los han cometido, es decir, se aplica a un grupo de personas que se encuentran en la misma condición jurídica (haber cometido delitos de lesa humanidad). Se trata de un argumento a contrario (Vigo).

J. Tampoco transgrede el criterio de la aplicación de la ley penal más benigna, pues, al ser una ley interpretativa que solo aclara mas no crea (ley no material), tiene la misma vigencia (fecha) que la ley interpretada (1994-2001). Una razón lógico-conceptual obliga a retrotraer tal interpretación sus efectos al momento de la sanción de la ley interpretada. Resulta lógico que ambas leyes se apliquen de manera conjunta porque el efecto temporal de la ley interpretativa (ley 27.362) se yuxtaponga al tiempo de aplicación de la interpretada (ley

24.390). Se trata de un argumento conceptual o definicional (Vigo) porque se basa en lo que implica la noción de ley interpretativa.

2. Justificación externa del voto de Maqueda y Lorenzetti (mayoría):

A. El beneficio resulta formalmente inaplicable porque la detención del recurrente tuvo lugar en 2010, esto es, fuera del período de vigencia del art. 7 de la ley 24.390 (1994-2001). Se trata de un argumento empírico o fáctico porque se basa en la circunstancia fáctica de la detención que es un hecho comprobable empíricamente (Vigo).

B. De hecho, la ley fue derogada en 2001 por la ley 25.430 (art. 5) por no cumplir con la finalidad que se había previsto tras su sanción (compensar a aquel que había estado privado de su libertad sin condena). La cuestión de la finalidad resulta relevante para este caso dado que, primero, la propia ley fue derogada por no cumplir con dicha finalidad y, en segundo lugar, porque la detención tuvo lugar varios años después, lo cual, pone de manifiesto que no responde a tal finalidad. Por tanto, no corresponde aplicar el beneficio. Se trata de una combinación entre el argumento empírico anterior de la detención, pero apoyado fundamentalmente en la finalidad de la ley, por lo que, puede decirse de que se trata de un argumento teleológico (Vigo, Ghirardi).

C. Del mismo modo que el indulto, la amnistía y la conmutación de penas, aplicar este beneficio en el cómputo (2x1) contribuye a frustrar la finalidad y obligación persecutoria que tienen todos los Estados frente a los crímenes de lesa humanidad. Los Estados tienen la obligación internacional de sancionar adecuadamente y de garantizar la imposición de penas adecuadas (Caso Mazzeo). Según los estándares de la CIDH son inadmisibles las medidas normativas que impidan la sanción de los responsables, no debe haber impunidad de facto (Caso Barrios Altos y Caso Cepeda Vargas vs. Colombia). Asimismo, las penas deben ser proporcionales en función de la culpabilidad, el bien jurídico afectado y la gravedad de los hechos. En suma, la aplicación de este cómputo especial –al igual que el indulto, la amnistía y la conmutación de penas– viola la prohibición de sancionar en forma inadecuada a los delitos de lesa humanidad, porque desnaturaliza la sanción establecida en base a la gravedad de los delitos y al grado de culpabilidad. Este argumento complejo importa la combinación de un argumento analógico (por la conexión establecida entre el cómputo especial y las figuras del indulto, amnistía y conmutación de pena a fin de aplicar el mismo tratamiento jurídico), jurisprudencial (por la remisión a numerosos precedentes) y teleológico (pues, apela a la finalidad persecutoria del Estado).

D. El castigo efectivo de los crímenes de lesa humanidad constituye una política de Estado y un contrato social con el pueblo argentino. Se trata de un argumento sociológico, pues, apela a una circunstancia de la vida social e institucional argentina.

3. Justificación externa del voto de Rosenkrantz (minoría):

Los principales argumentos buscaran justificar que debe concederse el beneficio –al igual que en el caso Muiña– al recurrente, básicamente, por aplicación del art. 7 de la ley 24.390 en conjunción con el art. 2 del Cód. Penal, pues, la ley 27.362 es inconstitucional. Esto es así, porque no se trata de una genuina ley interpretativa y porque, aun cuando lo fuera, violaría el principio de legalidad, de irretroactividad de la ley penal más gravosa y el criterio de la retroactividad (o ultraactividad) de la ley penal más benigna.

A. La ley 27.362 no es una ley interpretativa porque, partiendo de que por definición una ley interpretativa es aquella que se limita a aclarar conceptos ambiguos, vagos o dudosos de otra

ley, no hay concepto equívoco, oscuro o dudoso en el art. 7 de la ley 24.390 (ley interpretada). Más aún, la misma sanción de la ley 27.362 (ley interpretativa) presupone la comprensión cabal del ámbito de aplicación del art. 7 de la ley 24390, porque para establecer que el cómputo no se aplica a ciertos casos (delitos de lesa humanidad), necesariamente tiene que haberse entendido previamente que la ley interpretada era aplicable a tales casos (argumento a fortiori). Esto puede verse claramente en debate parlamentario de la ley 27362, donde muchos legisladores demostraron comprender plenamente el ámbito de aplicación de la ley 24.390 pretendiendo corregir ese “error”. Al partir de una definición podemos decir que se trata de un argumento definicional y al apelar al debate parlamentario puede decirse que también se trata de un argumento genético o psicológico. Asimismo, el señalamiento de la ausencia de conceptos ambiguos, vagos o dudosos (problemas netamente lingüísticos) hace pensar que podría tratarse también de un argumento lingüístico.

B. Otra prueba de que no había conceptos ambiguos, vagos o dudosos en el art. 7 de la ley 24.390 es que jamás estuvo en duda la aplicabilidad en relación a los delitos en virtud de su gravedad y en relación a quienes no habían estado privados de la libertad preventivamente durante su vigencia. Esto puede verse tanto en el debate parlamentario de la ley 24.390 (donde la ley se presumía aplicable a todos los casos menos a los expresamente excluidos) como en los casos Véliz (se declara la inconstitucionalidad de la exclusión de delitos del beneficio del 2x1 ya que todos tienen derecho a ser juzgados dentro de un plazo razonable, art. 7 apartado 5 CADH), el plenario Molina (aplicación del cómputo especial del 2x1 a individuos que no hubiesen estado detenidos preventivamente durante la vigencia de la ley 24.390) y el caso Arce (la Corte confirma el criterio adoptado en Molina). Esto también se evidencia en el empleo por parte del legislador de un lenguaje incondicionado al redactar la ley 24.390 (es señal de que la ley se aplica a todos los delitos salvo los expresamente excluidos por el art. 10). Se trata de un argumento genético o psicológico combinado con un argumento fuertemente jurisprudencial. La alusión al tipo del lenguaje utilizado en la ley 24.390 a fin de interpretarla importa un argumento lingüístico.

C. A pesar de no tratarse de una ley interpretativa se hace la suposición de que sí, sin embargo, aun así, advierte Rosenkrantz que la ley 27362 no sería constitucionalmente admisible porque violaría el principio de irretroactividad de la ley penal consecuencia del principio de legalidad (art. 18 CN; Estatuto de Roma/Ley 25.390; art. 11.2 DUDH, art. XXVI DADyDH, art 15.1 PIDCyP; art. 27.2 CADH; art. 13 de la Ley 26.200), ya que no son admisibles las leyes interpretativas que, en materia penal, empeoren la situación del imputado (Fallos 184:620; 287:104). También se verían vulnerados las bases del Estado constitucional democrático de derecho y sus principios republicanos. No cabe duda de que se trata de un fuerte argumento principialista con un talante autoritativo al apelar a principios positivizados.

D. El objetivo de persecución y castigo de los delitos de lesa humanidad, al margen de ser un ideal que comparte y una política de Estado, no puede efectuarse de cualquier manera sino, solamente observando de modo estricto las garantías penales previstas por la constitución. Se trata de un argumento jerárquico, pues, se apela a la supremacía de los mandatos constitucionales para orientar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

E. La aplicación de la ley 27.362 violaría el principio de igualdad (art. 16 CN), pues, la constitución exige extender las garantías penales como, por ejemplo, la irretroactividad de la ley penal más gravosa, a todos por igual. Se trata de un argumento apagógico dado que muestra las antinomias a nivel constitucional que generaría la aplicación de la ley 27362.

F. Debe aplicarse el art. 7 de la ley 24390 en virtud del principio de la retroactividad (o ultraactividad) de la ley penal más benigna consagrada en el art. 2 del Cód. Penal, art. 9 CADH, Estatuto de Roma/Ley 25.390 y art. 27.2 CADH (argumento normativo autoritativo). Esto es lo que se hizo en caso Miuña (argumento jurisprudencial).

7. Ubicación tipológica

Partiendo de la célebre clasificación de casos jurídicos entre fáciles y difíciles propuesta por MacCormick¹⁷ y, luego, ampliada por Atienza¹⁸ al incluir los casos trágicos, cabe afirmar que el fallo *Batalla* podría ubicarse entre los casos difíciles, pues, para su justificación no bastó una mera deducción lógica (justificación interna) sino que hubo un gran despliegue argumental con la finalidad de justificar, fundamentalmente, la premisa normativa (justificación externa). Asimismo, cabe observar que en el fallo se abordan cuestiones de validez, las cuales se ponen de manifiesto en los test de consistencia y razonabilidad del voto de Rosatti y Highton, o bien, en el voto de Rosenkrantz cuando plantea que, a pesar del fuerte consenso social, es necesario analizar la constitucionalidad de la ley 27362. De hecho, no solo se trata de un caso difícil a secas, sino que importa un caso difícil *complejo*, pues, el punto controvertido (conceder el beneficio de la dos por uno al recurrente) es complejo y suscita una multiplicidad de cuestiones pertenecientes a categorías distintas que pueden combinarse entre sí de maneras diversas¹⁹. Más aún, como bien señala Farrell²⁰, el fallo presenta una particularidad formal, dado que estructuralmente no importa una sentencia con mayoría uniforme en cuanto a los fundamentos²¹. En efecto, la mayoría se conformó exclusivamente en cuanto al resultado (resolución) pero “en relación a sus fundamentos, es un fallo sin mayoría alguna, de dos, dos y uno”²². Este *defecto estructural* no solo afecta la propia doctrina de la Corte que propone concebir las sentencias como un todo indivisible y armónico que ostenta una unidad lógico-jurídica considerando a los fundamentos como parte de los resultados (caso *Onofre*, 2002), sino que torna muchísimo más complejo el análisis y la evaluación del fallo debido a la mayor diversidad de cuestiones planteadas y de fundamentos dispares esgrimidos. De este modo, en este caso la Corte quedó dividida en tres sectores con fundamentaciones y abordajes distintos, dos sectores por la mayoría (Lorenzetti y Maqueda, por un lado, y Rosatti y Highton, por otro) y uno por la minoría (Rosenkrantz), lo cual, obliga a examinarlos por separado.

A partir de las consideraciones anteriores, todavía falta determinar qué tipo de caso difícil resulta ser el caso *Batalla* atendiendo al problema jurídico principal en torno al cual se desarrolla. Ahora bien, teniendo en cuenta fundamentalmente los hechos del caso (no controvertidos) y las justificaciones (internas y externas) tanto de las mayorías como de la

¹⁷ Cf. MacCormick, N. *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*, Lima: Palestra, 2018, p. 247.

¹⁸ Cf. Atienza, M. *El sentido del derecho*, Barcelona: Ariel, 2012, pp. 277-278; Cf. Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 431-439.

¹⁹ Cf. Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 439.

²⁰ Cf. Farrell, M. “La otra batalla”, *En Disidencia*, n° 12, 2018, pp. 1-4.

²¹ En un sentido semejante, también Carlés sostiene que el “fallo ‘Batalla’ carece de una mayoría que sustente la decisión”. Carlés, R. “Prisión preventiva. Retroactividad de la ley penal más gravosa. Crímenes contra la humanidad”, *Debates sobre Derechos Humanos*, n° 3, 2019, p. 62.

²² Farrell, M. “La otra batalla”, *En Disidencia*, n° 12, 2018, p. 2.

minoría del fallo podría afirmarse que el caso *Batalla* supone, sin lugar a dudas, un caso difícil en virtud de problemas de relevancia (MacCormick²³) o de aplicabilidad (Atienza²⁴), pues, la duda versa –como hemos podido ver– sobre la premisa normativa, más específicamente, el fallo discute acerca de cuál es la norma aplicable, es decir, para resolver si se concede o no el beneficio del 2x1 a Rufino Batalla, la cuestión está en determinar –*a grosso modo*– si es aplicable el art. 7 de la ley 24.390 en conjunción con el art. 2 CP y el art. 18 CN (Rosenkrantz), o bien, si debe aplicarse la ley 27.362 en tanto que interpretación auténtica del art. 7 de la ley 24.390 (Rosatti y Highton) o si es obligatorio aplicar directamente la ley 25.430 derogatoria del art. 7 de la ley 24390 (Maqueda y Lorenzetti). Como bien señala Atienza²⁵, los problemas de aplicabilidad (o relevancia) pueden traer aparejados problemas de validez. Justamente esto es lo que sucede en nuestro caso. Tanto en el voto de Rosenkrantz como en el de Rosatti y Highton se plantea la cuestión de la validez constitucional de la ley 27.362, lo cual, lleva en ambos casos –aunque de formas un tanto diferentes– a indagar sobre el carácter interpretativo de tal ley y sobre ámbito de aplicación temporal de las leyes interpretativas penales. Con todo, si bien Maqueda y Lorenzetti no examinan la validez constitucional de la ley 27.362, si indagan sobre la validez (y vigencia) de la ley 24.390 planteando que se encuentra derogada por la 25.340 y que no es aplicable dadas las circunstancias del caso²⁶.

8. Evaluación

Habiendo ubicado con cierta precisión nuestro caso objeto de análisis dentro de la tipología propuesta por MacCormick y ampliada por Atienza, resulta necesario proceder a la evaluación de la argumentación empleada para justificar la decisión adoptada por la Corte en el fallo. Para ello, se tomarán como criterios de evaluación los siguientes propuestos por Atienza²⁷: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social y moral justificada²⁸. Comencemos con nuestro examen.

Con respecto al criterio de universalidad considerado desde un punto de vista lógico-formal (la justificación interna debe poseer una premisa normativa universal) cabe afirmar que tanto la mayoría (en sus dos sectores) como la minoría lo han cumplido cabalmente, pues, todos los silogismos judiciales realizados en el fallo poseen una premisa normativa universal que permite la subsunción (véase apartado 5). Sin embargo, la universalidad en sentido pleno también implica “que el criterio para construir la premisa normativa, la *ratio decidendi*, no

²³ Cf. MacCormick, N. *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*, Lima: Palestra, 2018, p. 248.

²⁴ Cf. Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, p. 435.

²⁵ Cf. Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, p. 436.

²⁶ Respecto a esta afirmación deben recordarse dos cosas, a saber: 1. Que una norma es válida, entre otras cosas, en tanto no haya sido derogada; 2. Que uno de los sentidos de validez es equiparable al de vigencia: validez como eficacia o aplicabilidad. Cf. Bobbio, N. *Teoría general del derecho*, Bogotá: Temis, 2007, p. 21; cf. Nino, C. *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires: Astrea, 2015, pp. 132-133.

²⁷ Cf. Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, pp. 554-562.

²⁸ Algunos criterios similares han sido también propuestos por MacCormick (consistencia, coherencia y consecuencias). Cf. MacCormick, N. *op. cit.*, pp. 135-161.

puede ser ad hoc”²⁹ y justamente esto no se cumple en el voto de Rosatti y Highton si tenemos en cuenta lo dicho por ellos en el caso Muiña, puesto que cambian el criterio para seleccionar la premisa normativa en circunstancias semejantes.

Con respecto al criterio de coherencia, esto es, que la interpretación y la aplicación de las normas guarde conformidad con los valores y principios del sistema jurídico, y teniendo en cuenta que se trata de una cuestión de grados, podemos afirmar que la decisión de la mayoría en sus dos sectores es menos coherente que la de la minoría, ya que, si bien ajusta sus criterios a ciertos principios como la persecución y castigo efectivo de los crímenes de lesa humanidad, la imposición de penas adecuadas (proporcionalidad de la pena), lo cierto es que la defensa, persecución y castigo de los delitos de lesa humanidad no puede cumplirse de cualquier manera sino solo a través de la observancia de las garantías penales constitucionales. En consecuencia, hay muchos valores y principios con los que la decisión de la mayoría no guarda coherencia, a saber: el principio de legalidad, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el principio de igualdad, la irretroactividad de la ley penal más gravosa, la retroactividad (y ultraactividad) de la ley penal más benigna, etc. En parte el insuficiente grado de satisfacción que presentan los votos de la mayoría respecto al criterio anterior se debe a que han asumido un criterio de racionalidad basado en razones finalistas, pues, su fuerza justificativa proviene de que la decisión busca satisfacer un objetivo social valioso³⁰, en este caso, la defensa de los DDHH, la persecución y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, la lucha contra la impunidad de facto. Sin embargo, yo pregunto ¿esta defensa, persecución y lucha debe llevarse a cabo desoyendo el mandato constitucional de la aplicación de las garantías penales? ¿No forman parte también de los DDHH el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el derecho a la igualdad y las garantías de irretroactividad de la ley penal más gravosa y de retroactividad de la ley penal más benigna?

Por otra parte, el voto de la mayoría –especialmente el de Rosatti y Highton- apelan a consideraciones de la vida social al hablar de nuevo paradigma en la defensa de los DDHH y en la persecución de los delitos de lesa humanidad, ve a la ley 27.362 como una manifestación de los nuevos valores sociales por lo que es plausible decir que estos argumentos recurren al criterio de la moral social.

Además, la argumentación de la mayoría al considerar las características de los delitos de lesa humanidad y catalogarlos como malos per se a fin de justificar la exclusión del beneficio del 2x1 podría decirse que se apela al criterio de moral justificada, ya que, se esgrimen razones morales *objetivas* a fin de justificar la decisión. En la minoría podría encontrarse algo parecido cuando se análoga las garantías constitucionales penales a los imperativos categóricos kantianos, pero aquí pensamos que –más bien- se trata de una simple metáfora ya que luego se postula la tesis positivista de la separación conceptual entre derecho y moral (considerando 31).

Como es sabido, el lenguaje formaba parte del núcleo no problemático del paradigma dogmático tradicional decimonónico basado en el Estado legal de derecho. Sin embargo, hoy por hoy –situados en un Estado Constitucional de Derecho– es importante examinar los aspectos sintácticos, semánticos y pragmáticos del lenguaje empleado por los operadores

²⁹ Cf. Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 555.

³⁰ Cf. Atienza, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 556.

jurídicos tratando de no cometer abusos³¹. Entonces, por último, resulta conveniente hacer alguna consideración estimativa respecto del lenguaje empleado en la sentencia (**plano lingüístico**), esto es, evaluar si la redacción es comprensible por la ciudadanía o si la sentencia está escrita en lenguaje excesivamente técnico, o si, por el contrario, padece de algún tipo de vaguedad o ambigüedad. En este sentido, puede decirse que la sentencia está bien redactada por lo que no es posible encontrar errores sintácticos ni gramaticales como los que señala Guibourg³² en su artículo (aspecto sintáctico). Asimismo, resulta obvio que la sentencia emplea el lenguaje natural pero también recurre a una gran cantidad de términos técnicos jurídicos como, por ejemplo, autos, imputado, irretroactividad, retroactividad, *a quo*, querrela, imprescriptibilidad, entre otros. Esto dificultaría la comprensión de la sentencia para alguien no familiarizado con el derecho, aunque no está de más decir que muchos de tales términos pueden ser comprendidos por el contexto (aspecto pragmático). Finalmente, huelga destacar que no hay términos lingüísticos ambiguos, oscuros o vagos (aspecto semántico).

9. Conclusión

Llegado a este punto creo que la decisión de la mayoría se encuentra justificada en sentido amplio, esto es, se han ofrecido razones que fundamentan su decisión, sin embargo, no me parece satisfactoria en términos de coherencia y plausibilidad. Por tanto, yo hubiese adoptado la decisión de la minoría, por las siguientes razones³³:

1. Hay incoherencia respecto al caso *Muiña* ante idénticas circunstancias.
2. El cambio de postura de Rosatti y Highton basados en el hecho de la sanción de una ley “interpretativa” que lejos de aclarar algo en absoluto (porque los conceptos del art. 7 de la ley 24.390 eran perfectamente claros tanto en su literalidad como en la modalidad lingüística empleada) modifica sustancialmente el alcance de la ley interpretada empeorando retroactivamente la situación del imputado (téngase presente que el beneficio del 2x1 es de carácter material).
3. El argumento sobre la naturaleza interpretativa de la ley y su vigencia temporal (que se yuxtapone a la vigencia de la ley interpretada) constituye un ardid conceptual artificial a fin de evadir sin éxito persuasivo el principio de retroactividad de la ley penal más benigna contenido a el art. 2 CP y en el 18 de la CN.
4. En relación al voto de Maqueda y Lorenzetti, no creo que el momento de la detención según las circunstancias del caso justifique negar el beneficio del 2x1, ya que el art. 2 CP es claro: hay que aplicar la ley penal más benigna incluso en el tiempo intermedio (solo exige que la ley debe haber estado vigente entre el momento de la comisión del hecho y la sentencia). Caso contrario, opera el art. 18 CN. Por otra parte, la obligación de perseguir y castigar los delitos de lesa humanidad debe efectuarse respetando las garantías penales reconocidas a todos los individuos sometidos a un proceso penal (principio de igualdad³⁴)

³¹ Cf. Vigo, R. *op. cit.*, p. 95.

³² Cf. Guibourg, R. “Observaciones acerca del lenguaje judicial”, Buenos Aires, 2009.

³³ Estas razones deben comprenderse en conjunto con lo considerado en el aparatado inmediato anterior.

³⁴ Téngase presente que tanto el art. 7 de la ley 24.390 como el art. 2 CP no contienen ninguna diferenciación entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad.

como es el caso de la retroactividad y ultraactividad de la ley penal más benigna consagrada en nuestra constitución (consecuencia del principio de legalidad) y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional mencionados *ut supra*. En suma, una cosa es el derecho y otra las preferencias morales e ideológicas, los jueces deben aplicar el derecho que es, no el que les gustaría.

5. Por último, me parece que no hay una unicidad lógica en cuanto a los fundamentos de la mayoría, lo cual, sería deseable no sólo porque la Corte en su doctrina así lo pregona (autofagia) sino porque los fallos judiciales deben guardar una racionalidad interna que los muestre como un todo coherente.

Cómo citar: Oyarzú, F.J. y Vigna, M. (2021). Los problemas de la justificación silogística en MacCormick y la crítica de Atienza. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LOS PROBLEMAS DE LA JUSTIFICACIÓN SILOGÍSTICA EN MACCORMICK Y LA CRÍTICA DE ATIENZA

Francisco José Oyarzú

Escuela de la Magistratura de la provincia de Salta

Marcela Vigna

Facultad de Derecho; Universidad de la República

1. Introducción

En su texto emblemático sobre teoría de la argumentación jurídica (Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho) de 1978, Neil MacCormick postula su intento de constituir un complemento a la teoría del Derecho hartiana, para resolver un déficit que ha sido señalado justificadamente contra la misma. Señala al inicio del cap. IX que “[u]na teoría del razonamiento jurídico requiere y es requerida por una teoría del Derecho”, habiendo entre ambas una implicación mutua¹.

Y continuando con esta línea, indica que el pasaje de los “casos fáciles” a los “casos difíciles”— postulado por Hart²—, se produce cuando nos encontramos con problemas en algunas de las premisas que integran el razonamiento jurídico, sea en las premisas normativas (interpretación y relevancia) o en las premisas fácticas (calificación y prueba) .

Muchos años después, Manuel Atienza efectúa una crítica a este elenco de “problemas” postulado por MacCormick, en un apartado que denomina “Cuestiones controvertidas y casos difíciles”, donde procede a analizar el punto y a duplicar el número de problemas originalmente señalados, así como a modificar la denominación de uno de ellos (relevancia por aplicabilidad)³.

Luego de presentar someramente los problemas identificados en la teoría de MacCormick, sostendremos que el enfoque crítico que realiza Atienza no es del todo acertado, por varias razones, que podemos sintetizar inicialmente en las siguientes:

1) MacCormick no pretende hacer una tipología de casos difíciles- como Atienza-, sino explicar en qué situaciones estamos frente a uno de ellos y por lo tanto, la decisión no es

¹ MacCormick, N., *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho* (trad. José Ángel Gascón Salvador), Lima: Palestra Editores, (1978) 2018, p. 283.

² Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho* (trad. Genaro R. Carrió), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, (1961) 2004.

³ Atienza, M. “Cuestiones controvertidas y casos difíciles” en *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid: Trotta, 2013, pp. 431-439.

justificable por el método deductivo, siendo necesario pasar de la justificación silogística a la argumentativa— de una de primer orden a una de segundo orden.

2) el elenco de problemas postulados por MacCormick no es exclusivamente sustancial, como señala Atienza y

3) los problemas que Atienza dice no estar contemplados por MacCormick en su teoría (procesales, de validez, de discrecionalidad y de ponderación), sí están presentes en la misma, pero constituyen categorías epistémicas distintas, siendo entendidas como presupuestos (en el caso de la validez, por ejemplo).

2. Cuestiones básicas de la teoría de MacCormick

Ha sostenido a lo largo de su obra la idea que el razonamiento deductivo o silogístico es una forma adecuada de presentar la justificación de las decisiones jurisdiccionales— en los casos fáciles— así como una forma de reconstruir las mismas, una vez despejados los problemas que pueden surgir en las premisas (normativas o fácticas⁴) que constituyen dicho razonamiento—casos difíciles.

Dicho planteamiento toma un carácter muy específico en un artículo denominado “La argumentación silogística: una defensa matizada”⁵, donde específicamente señala:

Muchos autores se sienten incómodos, incluso hostiles, ante la idea de que la argumentación jurídica pueda ser deductiva.(...) Empezaré ofreciendo una fórmula esquemática simplificada para representar una norma o regla jurídica.

Lo que hacen las normas jurídicas es seleccionar algunos hechos —acciones o sucesos— posibles del mundo, y estipular que ciertas consecuencias normativas han de ligarse a ellos en Derecho. Los hechos seleccionados en una regla pueden verse pues como «hechos operativos», porque cuando suceden operan en el Derecho para justificar que en el caso dado se derive la consecuencia normativa dada. Así pues, en una representación esquemática, una regla es: «Siempre que sucedan los hechos operativos OF, la consecuencia normativa NC ha de seguirse en relación con esos hechos». De modo más simple aún, puede representarse como: «Siempre que OF, entonces NC». (...)

En este trabajo desplegaré argumentos para sostener que razonar de esta forma (que será desarrollada de un modo algo más elaborado) es verdaderamente central para el razonamiento jurídico⁶

En este aspecto es interesante hacer una digresión y decir que esta reafirmación del modelo deductivo como forma de reconstruir la toma de decisiones judiciales, está en consonancia con lo que Hart planteaba en el apartado 3 del Cap. VII de su *Concepto de Derecho*, titulado

⁴ Presentes sea en la premisa mayor (normativa) como en la premisa menor (fáctica), del *modus ponens*.

⁵ MacCormick, N., “La argumentación silogística: una defensa matizada” en *Doxa*, No. 30, 2007, pp. 321-334.

⁶ *Idem*, p. 322.

“Definitividad e infalibilidad de la decisión judicial”⁷. Esta manera de reconstruir permite contemplar la existencia de un núcleo de certeza que es imprescindible al momento de tomar una decisión⁸.

Si tomamos lo que nos dice Spaak⁹, concluimos que para MacCormick el razonamiento silogístico es una buena forma de reconstrucción del razonamiento judicial, si bien en los llamados “casos difíciles” se necesita contar con elementos no deductivos en el proceso de justificación en un segundo nivel— argumentativo.

MacCormick va a retomar estos tópicos en su texto *Retórica y Estado de Derecho*¹⁰, dando cuenta que en los casos de interpretación estatutaria y constitucional los jueces deben comenzar por un análisis textual; seguir por un análisis sistemático (si el primero no diera resultados determinantes) y finalmente incorporar un análisis teleológico— cuando los anteriores se mostraran como insuficientes¹¹.

A nivel de teoría de la interpretación podemos ubicar a MacCormick como una vía del medio, entre el formalismo y el antiformalismo. En síntesis, “existen casos fáciles para los cuales es relativamente simple identificar la solución correcta con el razonamiento lógico deductivo (que MacCormick llama justificación de primer nivel); en los casos difíciles por otro lado, la discrecionalidad del intérprete no puede ser enteramente eliminada y el razonamiento jurídico hace posible excluir algunas soluciones claramente erróneas, pero no identificar una única solución correcta”¹².

Ya en el prefacio a la segunda edición de *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho* el autor plantea que ha incorporado elementos de la perspectiva alexyana, haciendo esto que los problemas potenciales del razonamiento práctico, ahora deben releerse a partir de la apreciación de los principios involucrados¹³.

Y cabe consignar además que la distinción entre casos fáciles y difíciles no es en modo alguno para MacCormick un presupuesto de la interpretación, sino que justamente es un resultado de la actividad interpretativa, que surge a partir de la identificación de problemas, sea en las premisas normativas como fácticas¹⁴.

⁷ Ver Hart, H.L.A., *op. cit.*, p. 179.

⁸ Esto nos acerca además a los desarrollos que hace MacCormick en su texto sobre las variantes que deberían incorporarse al análisis de la distinción hartiana entre “punto de vista interno” y “punto de vista externo”.

⁹ Spaak, T. “Deduction, Legal Reasoning and the Rule of Law” en *Book Review of Neil MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning. Constitutional Commentary*, Vol. 23, p. 126.

¹⁰ MacCormick, N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico* (trad. José A. Gascón Salvador), Lima: Palestra, 2016.

¹¹ En todo caso, estamos siempre frente al problema de la justificación de las decisiones y no al descubrimiento de las soluciones; pero esto de forma alguna— nos explica el autor— quiere decir que MacCormick sea un “formalista” en el sentido que “crea que el juez es una autómatas o que el razonamiento legal es fácil”

¹² Schiavello, A. “Neil MacCormick’s Second Thoughts on Legal Reasoning and Legal Theory. A Defense of Original View”, *Ratio Juris*, No. 24, p. 150.

¹³ Veremos cómo aborda Atienza este punto y de alguna forma nos reafirma en la idea de que otro de los problemas postulados por este autor como “ausentes”, sí están presentes en la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick, a partir de esta relectura que él mismo nos propone en la referida segunda edición.

¹⁴ Podemos añadir en este punto que si bien MacCormick señala esto a partir de la caracterización de su propia

3. Los problemas que explican el pasaje de un “caso fácil” a un “caso difícil” según MacCormick.

3.1. Ubicación de la cuestión en su teoría de la argumentación jurídica.

Cómo vimos anteriormente, la distinción entre casos fáciles y difíciles la toma de la teoría hartiana- y lo sostiene a lo largo de su obra, si bien se aparta de la matriz teórica más dura de dicha concepción.

Según también adelantamos, indica que no es posible dar cuenta de dicha distinción sin apelar a elementos de teoría de la argumentación y la presencia de esta se vincula justamente a la necesidad de dar una justificación adecuada a todos aquellos casos cuya resolución no puede explicarse en términos meramente deductivos (justificación de primer orden).

La aparición de una justificación de segundo orden, pone en funcionamiento todas las categorías argumentativas con sus distintas variantes de argumentos presentes en una correcta justificación: universalidad, coherencia y consistencia. Todos estos argumentos dan cuenta de una imbricación entre la dimensión normativa y la dimensión fáctica de los casos judiciales.

Como señalan acertadamente algunos autores, todos los problemas a los que MacCormick hace referencia tienen que ver con la dimensión de la llamada “justificación interna”, siendo muy ilustrativos todos los ejemplos que el autor pone en la teoría del 78: *Donoghue vs. Stevenson* (1932) para la relevancia, *Ealing London Borough Council vs. Race Relations Board* (1972) para los de interpretación, *Caso Voisin* (1917) para la prueba y *MacLennan vs. MacLennan* (1958) para la calificación¹⁵.

3.2. Elenco y conceptualización de los problemas.

Dado que el objetivo de este trabajo es analizar la crítica que hace Atienza al elenco de problemas planteados por MacCormick, parece interesante traer aquí la conceptualización de

teoría como “descriptivo-normativa”, desde un punto de vista más pragmático, podríamos sostener que un caso podría ser convertido de “fácil” a “difícil” en la medida que lográramos identificar de forma argumentativamente justificada la existencia de un problema en algunas de las premisas involucradas. Entendemos que esta ha sido una de las maneras a partir de las cuales podemos explicar muchos de los cambios en la jurisprudencia establecida.

Esta idea la podemos reforzar con algo que MacCormick nos dice en *Retórica y Estado de Derecho* (p. 110) en el sentido que “... la cuestión es si alguien ve alguna razón para explotar argumentativamente un elemento en el que puedan plantearse problemas...”.

¹⁵Una versión reciente y simplificada puede verse en García Sánchez, M., “Aplicabilidad de los modelos de argumentación jurídica de Robert Alexy y Neil MacCormick” - UNAM - Facultad de Estudios Superiores ACATLAN - 2019

los mismos que el primero nos acerca, cuando dedica el capítulo quinto de su texto *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*¹⁶ al segundo.

Nos dice Atienza, en dicho capítulo:

... la justificación deductiva tiene sus límites en el sentido de que la formulación de la premisas normativas o fácticas puede plantear problemas (...) Maccormick efectúa una división cuatripartita de casos difíciles, según que se trate de problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. Los dos primeros afectan a la primera normativa, y los dos últimos a la premisa fáctica.

Existe un *problema de interpretación* cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable (es decir, tenemos una norma de la forma $p \rightarrow q$), pero la norma en cuestión admite más de una lectura (por ejemplo, podría interpretarse en el sentido de $p' \rightarrow q$, o bien $p'' \rightarrow q$)...

Los *problemas de relevancia* plantean en cierto modo una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe una tal norma ($p \rightarrow q$) aplicable al caso...

Los *problemas de prueba* se refieren al establecimiento de la premisa menor (p). Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado...

Finalmente, los *problemas de calificación* o de *hechos secundarios* se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma¹⁷

Aquí también nos parece interesante apartarnos un segundo de lo que veníamos desarrollando y traer al texto lo que MacCormick nos dice en *Retórica y Estado de Derecho*¹⁸, en el sentido de que “[l]a expresión ‘caso difícil’ ha cambiado de significado durante las pasadas décadas, bajo la influencia de Ronald Dworkin, quien sugiere (en efecto) que tales casos ofrecen oportunidades para hacer buen Derecho. Hoy se entiende que un caso difícil como un caso en el que ha surgido alguna dificultad de interpretación del Derecho, en el que hay argumentos fuertes para cada una de las visiones o interpretaciones rivales del Derecho presentadas por las partes o por cuenta de ellas”.

Más adelante nos dice que “... [s]e pueden encontrar otros casos difíciles relacionados con los problemas de interpretación, calificación o evaluación, de relevancia o de prueba”—reiterando lo que en su momento planteara en *Razonamiento jurídico y teoría del Derecho*—y agregando para finalizar este párrafo que “[e]stos [problemas] según [sostiene], agotan las

¹⁶ Atienza, M. “Neil MacCormick: una teoría integradora de la argumentación jurídica” en *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México: UNAM, 2004, pp. 105-147.

¹⁷ *Idem*, p. 112-113.

¹⁸ MacCormick, N., *op. cit. Retórica y Estado...*, p. 107.

posibilidades de problematizar una cuestión jurídica”¹⁹ y agrega además “que se planteen problemas en un caso o no es una cuestión pragmática en primer lugar”.

Podemos volver a la formulación de los problemas y remitirnos a las conceptualizaciones que el propio MacCormick realiza.

Sintéticamente, en *Retórica y Estado de Derecho*, en un capítulo denominado “Discusiones sobre la interpretación”, empieza señalando los diversos alcances que tiene el término interpretación, para quedarse con la acepción restringida, entendiendo entonces que este tipo de problemas se dan cuando existe “[una] disputa sobre el significado de una disposición legal”²⁰.

Agrega luego que “[h]ay otro tipo de problema interpretativo que no parece residir en la interpretación del texto para justificar una decisión sobre los asuntos de hecho ante el tribunal. Este otro tipo de problema, que [ha] llamado antes ‘problema de clasificación’ (o se puede decir ‘caracterización’ o ‘calificación’), parece implicar más de una interpretación de los hechos a la luz de una regla y no al revés”²¹.

Relevancia e interpretación, son en general denominados de la misma manera, mientras que los problemas relativos a las premisas fácticas reciben denominaciones diversas— probablemente para dar cuenta de la mayor cantidad de matices que tenemos en lo que refiere a la identificación y delimitación de las premisas fácticas— y es así que a lo largo del texto (y en algunos casos en forma concomitante) habla de clasificación/caracterización/calificación (llamada aquí también evaluación, cuando refiere a la aplicación de estándares) y demostración/prueba, para remitir a los dos tipos de problemas que caben a las premisas fácticas²².

4. Las cuestiones controvertidas y los casos difíciles de Atienza.

Es interesante ver previamente lo que el propio Atienza nos dice en *Cuestiones judiciales*²³, cuando señala que “justificar una decisión jurídica significa algo distinto según se trate de casos fáciles o de casos difíciles” y conceptualiza a los primeros como aquellos que se dan “cuando no existen problemas ni con la premisa normativa ni con la fáctica”²⁴. En estos casos

¹⁹ *Idem*, p. 107 y 109. Esta parte del texto además agrega que prefiere la denominación de casos claros a casos fáciles.

²⁰ *Idem*, p. 218.

²¹ *Idem*, p. 219. En el mismo texto nos ofrece nuevamente una conceptualización de los cuatro problemas referidos en los textos anteriores (p. 95 a 96).

²² Es interesante cómo se puede apreciar claramente en este texto, la forma en que MacCormick ha terminado de completar la incorporación de ideas sobre teoría del derecho (y el reflejo respectivo en sede de teoría de la argumentación), donde se visualiza la influencia o la asunción de posturas dworkianas y sobre todo alexyanas. Igualmente se mantiene lo dicho al inicio, de que un viraje tal, no es tan disruptivo con los cambios que también tuvo la teoría hartiana- cuya versión conocemos a través del *Postscriptum* a *El concepto de Derecho*, publicado de forma póstuma.

²³ Conceptualización totalmente alineada con la propuesta por MacCormick.

²⁴ Atienza, M. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?” en *Cuestiones judiciales*, México: Fontamara, 2008, 2a reimpr., pp. 13-14.

“justificar significa, simplemente, construir un silogismo, una deducción” y a esto se le ha llamado “justificación interna o de primer nivel”— a partir de Wróblewski (1974).

No es suficiente en cambio cuando estamos frente a un caso difícil, que se conceptualizan como aquellos en los que “existen problemas para fijar la premisa normativa, la premisa fáctica, o ambas” y en estos “hay que añadir un segundo tipo de justificación: la ‘justificación externa’ o ‘de segundo nivel’”²⁵.

E importa recoger la frase con la que cierra este punto de su texto:

... El razonamiento deductivo sigue jugando aquí un papel importante, pero limitado. La conciencia de esa insuficiencia de la lógica— de la lógica deductiva— está en la base del surgimiento, en los años cincuenta, de la teoría de la argumentación jurídica, por obra de autores como Viehweg (1964), Perelman (Perelman y Olbrecht-Tyteca 1989) o Toulmin (1958). Lamentablemente, ellos y muchos juristas que han aceptado sus tesis han mostrado una tendencia a exagerar las debilidades de la lógica deductiva en el Derecho y, en consecuencia, a olvidar que sin lógica no hay justificación racional posible.

En *Las razones del Derecho*, Atienza plantea una visión descriptiva, con críticas, de las teorías de la argumentación de MacCormick y Alexy— que va a denominar genéricamente como “teorías estándar”. Y sostiene que una teoría de la argumentación, a construir, debería dar cuenta de los déficits que presentan estas, como por ejemplo el tratamiento de la “racionalidad práctica”, que si bien constituye un mínimo para la toma de decisiones, no permite elegir entre decisiones controvertidas²⁶.

El capítulo quinto de dicho texto está dedicado a MacCormick, llamando a la suya “teoría integradora de la argumentación jurídica” y hace referencia explícita— y no crítica— de los problemas planteados por el autor, presentándolos como “Presupuestos y límites de la justificación deductiva. Casos fáciles y casos difíciles”²⁷.

En el apartado que denomina “El ámbito de la deducción”, hace referencia al presupuesto de MacCormick de la distinción entre casos fáciles (llamados “claros” en este texto) y casos difíciles y de cómo los primeros están acotados; pero no se manifiesta por la insuficiencia de los problemas planteados y menos aún de la posibilidad de ampliar el elenco de los mismos.

Finalmente en su *Curso de argumentación jurídica*²⁸ hace referencia a la tipología de casos difíciles elaborada por MacCormick a finales de los 70’, que considera que puede constituir un punto de partida, que “... [a]rranca de la idea usual de que el esquema básico de la justificación judicial (la justificación interna o de primer nivel) tiene una forma silogística

²⁵ *Ibidem*. Todas las referencias textuales que se indican en estos párrafos de la ponencia, son extraídas del mismo lugar del texto de referencia.

²⁶ Atienza, M. *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México: UNAM, 2004. 1a reimpr. pp 215-216.

²⁷ *Idem*, pp. 112-113.

²⁸ Atienza, M. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013, p. 432.

(de un *modus ponens*) con dos premisas: una normativa y una fáctica” y a continuación nos conceptualiza cada uno de esos problemas, que se dan con relación a las premisas normativas (1 y 2) o a las premisas fácticas (3 y 4)²⁹.

Y agrega su crítica: “Ahora bien, con esa tipología, MacCormick parece estar pensando exclusivamente en problemas sustantivos y pasa por alto, por lo tanto, las cuestiones procesales”; continuando con una consideración sobre algunos tipos de problemas que no están contemplados en el elenco ofrecido:

Hay también un tipo de problema normativo (que no es exactamente ni de relevancia ni de interpretación) no considerado por MacCormick: si la norma aplicable es válida. Y como la subsunción, el esquema clasificatorio, parte (como premisa mayor) de una regla de acción, no considera tampoco los supuestos en los que el juez tiene que aplicar, bien una regla de fin, o bien un principio.

Concluye que correspondería elaborar una tipología con el doble de elementos, que presentaremos a continuación.

4.1. Conceptualización de este “nuevo” elenco de problemas

Atienza, como él mismo nos dice, duplica la cantidad de los problemas que dan lugar al pasaje de un caso fácil a un caso difícil y distingue entonces los siguientes: 1) procesales, 2) de prueba, 3) de calificación, 4) aplicabilidad, 5) de validez, 6) de interpretación, 7) de discrecionalidad y 8) de ponderación.

4.1.1. Cuestiones procesales.

Si bien el autor nos dice que podrían ser reducibles a las otras categorías que postula MacCormick, entiende que estos constituyen problemas distintos, porque las normas involucradas no son regulativas sino constitutivas.

4.1.2. Cuestiones de prueba

En este punto la conceptualización que nos brinda Atienza no parece estar alejada de la que nos aporta MacCormick, si bien el primero se centra en la llamada argumentación sobre hechos y habla de la existencia de un “razonamiento probatorio”.

²⁹ *Ibidem*. Acá transcribimos lo que establece: “1) problemas de interpretación, en los que hay acuerdo sobre cuál es la norma- o la disposición- aplicable, pero se discrepa en relación a cómo debe ser entendida; 2) problemas de relevancia, cuando existe una duda en relación con si la hay o con cuál es la norma aplicable. Y a propósito de la premisa fáctica, otras dos dificultades: 3) problemas de prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar; y 4) problemas de calificación o de “hechos secundarios”, en los que la duda surge sobre si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de una norma”.

4.1.3. Cuestiones de calificación

Nos recuerda que este tipo de problemas poseen una tradición que se remonta a la retórica y que aparecían vinculados a temas de definición y da cuenta de cómo MacCormick explicita que mientras que los problemas de interpretación son atinentes a las premisas normativas, estos refieren a las premisas fácticas y operan de alguna forma como contracara uno de otro.

4.1.4. Cuestiones de aplicabilidad

El autor dice que son las mismas que MacCormick denomina problemas de relevancia— referidos a las premisas normativas y que se han intensificado en los contextos actuales de pluralidad de fuentes, siendo además más frecuentes en el *common law*.

Y agrega que, considerará la distinción entre aplicabilidad interna y externa postulada por Navarro y Moreso— en un desarrollo de una idea de Bulygin—, estableciendo que “[u]na norma es externamente aplicable a un caso, si existe otra norma jurídica que obliga al juez a aplicarla; y es internamente aplicable, si regula el caso al que se aplica” (nota 5, p. 435). Expresa que básicamente está tomando la segunda dimensión— si bien no las entiende como totalmente separadas— agregando que la primera tiene mucho que ver con el concepto de validez.

4.1.5. Cuestiones de validez

Refiere que “[e]n un problema de validez, lo que se plantea es si una determinada norma (una ley, un reglamento, una costumbre...), en principio aplicable a una situación, respeta los criterios establecidos en el sistema jurídico de referencia para que pueda considerarse válida. Esos criterios se contienen en normas constitutivas: normas que confieren poder (cuando se trata de normas de origen deliberado) o normas puramente constitutivas (en el caso de la costumbre)”.

4.1.6. Cuestiones de interpretación

Comienza por señalar que considerará el término interpretación en un sentido estricto, ya que en sentido amplio, todos los problemas normativos son problemas de interpretación (como lo utiliza MacCormick en el texto— podríamos agregar nosotros).

A continuación explicita qué entiende por cuestiones de interpretación, estableciendo que “[son las]

que surge[n] a propósito del texto de una norma: si T (que puede ser una palabra o un enunciado) ha de entenderse en el sentido T1 o T2” y se explaya indicando los factores que pueden generar estos problemas: ambigüedades y vaguedades; lagunas y contradicciones; relación entre lo dicho y lo que se quiso decir); relación problemática entre el texto y sus finalidades y propósitos; compatibilidad con los valores del ordenamiento.

Dentro del razonamiento interpretativo, el problema se genera entonces en la premisa constituida por el enunciado interpretativo.

4.1.7. Cuestiones de discrecionalidad

Aquí vamos a reproducir textualmente lo que nos dice Atienza en el sentido que “[llama] cuestiones de discrecionalidad (en sentido estricto) a aquellas que surgen en relación con la aplicación de normas de fin: reglas o principios (directrices)” y cierra el planteamiento diciendo que:

[e]l comportamiento discrecional es el que realiza quien ha de seguir esas normas finales, lo que supone elegir los medios adecuados y, en su caso, ponderar adecuadamente los fines. Los jueces no tienen, normalmente, que aplicar ese tipo de normas que, como se ha dicho, dan más amplios márgenes de libertad que las reglas de acción (en relación con estas últimas, sólo cabría hablar de discrecionalidad en el sentido débil de la expresión); los destinatarios de las normas de fin suelen ser los legisladores y los órganos administrativos.

4.1.8. Cuestiones de ponderación

Termina el elenco de cuestiones problemáticas con la ponderación, conceptualizando a esta como el pasaje de “principios a reglas” y diciendo que se genera dicha necesidad cuando hay una laguna normativa o axiológica o cuando frente a una directiva se debe considerar si la misma se ha llevado de forma correcta por los legisladores o por la Administración. Y añade que “[s]ería discutible si en algún caso está justificado que los jueces creen reglas a partir simplemente de directrices, esto es, que lleven a cabo una «ponderación discrecional»”

4.2. *Análisis crítico del planteo de Atienza sobre el nuevo elenco y la conceptualización de los problemas.*

En relación a lo que Atienza denomina “cuestiones procesales”, podemos decir que también este tipo de normas “constitutivas”, están sujetas a interpretación (en sentido amplio) y por lo tanto son susceptibles de tener los mismos problemas que las otras y hacen parte de la normativa involucrada en la resolución del caso. En ningún momento MacCormick piensa que las normas que pueden sufrir problemas son las relativas al asunto a ser objeto de una decisión judicial, sino que habla de la justificación de esta— como un todo— y por lo tanto, la competencia del órgano que decide y el procedimiento a seguir para llegar a esa solución, etc. también son elementos del “caso”.

En lo que se refiere a las “cuestiones de prueba” podemos señalar que no queda claro si se postula por parte de Atienza que el “razonamiento probatorio” es posible hacerlo independientemente de un caso. Si la respuesta fuese afirmativa, carece a nuestro criterio de sentido y si fuese negativa, estaría ya claramente contemplada en la teoría de MacCormick.

En lo que hace a las “cuestiones de calificación” podemos decir que Atienza no hace apreciaciones críticas sobre este tipo de problemas planteados por MacCormick y en todo caso podemos agregar, que esta idea de vincular problemas normativos (interpretación) a problemas fácticos (calificación) da cuenta de algo que es bastante obvio y que MacCormick analiza solventemente: en la resolución de problemas ambos componentes funcionan de forma articulada y solo para su análisis podemos aislarlos.

En referencia a las “cuestiones de aplicabilidad”— que el propia Atienza dice que son las que MacCormick llama de relevancia—, no implican a nuestro criterio una novedad, y dan cuenta de las condiciones que hacen que una normativa determinada sea la adecuada para resolver un caso específico, o sea, la “relevante” o “aplicable”, por lo que el cambio de denominación no tiene mayor justificación teórica, siendo una mera preferencia terminológica.

En cuanto a las “cuestiones validez”, cabe señalar que estas son una de las cuestiones que más claramente no vale postular como problemas de las premisas, porque son— como el mismo MacCormick reitera en varias ocasiones—, presupuestos de la resolución de los casos planteados y por lo tanto, de la resolución de los “problemas “ que pueden presentarse. En el proceso resolutorio deben considerarse solamente las normas válidas del sistema jurídico y a partir de ahí, se deben identificar las soluciones posibles.

En las “cuestiones de interpretación” Atienza propone un desarrollo de elementos que ya están presentes en el planteo de MacCormick y que en todo caso no aparecen tan desarrolladas en el texto original, porque la teoría de la interpretación jurídica no tenía aún el nivel de avance, desarrollo y estandarización que le conocemos hoy en día.

Finalmente abordaremos el análisis de las dos cuestiones no presentes para Atienza— de ninguna forma— en la teoría de MacCormick, como problemas de los casos difíciles: la discrecionalidad y la ponderación.

En cuanto a la primera, diremos que para MacCormick este elemento está ínsito en la teoría del derecho de base— la hartiana—, de la cual su teoría de la argumentación es complemento; siendo una consecuencia de la formulación de las disposiciones normativas (“textura abierta” del Derecho). Y podemos agregar que el “segundo MacCormick” da cuenta de la discrecionalidad, como un componente fundamental de su teoría de la argumentación³⁰.

En cuanto a la segunda, en la medida que los principios están claramente identificados como fuentes del Derecho, en la conceptualización de los sistemas jurídicos que asume más vinculada a la idea de Dworkin y de Alexy, la “ponderación” pasa a ser el mecanismo necesario para resolver alguno de los problemas planteados y no un problema en sí.

Podemos agregar a esto último que el abordaje de la ponderación que hace Atienza escapa claramente al objetivo de la teoría de MacCormick y no queda muy claro a qué se refiere cuando distingue ponderación con o sin discrecionalidad.

5. Verificación de los problemas de MacCormick en algunos fallos judiciales

Habiendo ya analizado los problemas presentados por MacCormick y realizado los comentarios que estimamos necesarios en relación a las críticas que realiza Atienza, hemos elegido dos decisiones de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, donde entendemos, podemos visualizar aquellos descritos tanto por MacCormick como por Atienza.

³⁰ Entendemos por “segundo MacCormick” el que surge a partir de la publicación de la segunda edición de *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho* en 1994 y de la versión que da de su teoría en *Retórica y Estado de Derecho* en 2004.

Estos fallos son conocidos como precedentes Morales (Registro: Tomo 126:577/600) “C/C Morales, Ever Ariel – Recurso de Casación” (Expte. N° CJS 29.070/06), y Chavarría (Registro: Tomo 153:847/868) “Incidente de Suspensión de Juicio a Prueba Interpuesto por el Dr. Arnaldo Damian Estrada, en representación de Chavarría Eduardo Javier – Recurso de Casación” (Expte. N CJS 32.789/09).

El primero de los casos versa sobre el método que se debe seguir a fin de establecer la escala penal de un delito que ha quedado en grado de conato, instituto jurídico contemplado por el art. 44 del Código Penal de la República Argentina³¹, por lo que al ser la única norma que rige la materia a decidir no se verifican problemas de relevancia o de aplicabilidad.

El segundo fallo escogido versa sobre aspectos controvertidos, sobre la posibilidad de conceder el beneficio de la Suspensión de Juicio a Prueba, comúnmente conocida como Probation en los casos en que ha participado en el hecho un funcionario público, instituto regulado por el art. 76 bis del Código Penal de la República Argentina³².

Teniendo en cuenta el precedente Morales podemos observar que en el contexto de descubrimiento se verifican dos de los cuatro problemas que caracterizan a los casos difíciles en términos de Neil MacCormick.

³¹ Art. 44 - La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de tentativa será reclusión de quince a veinte años.

Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

³²Art. 76 bis: (Artículo incorporado por ley 24316 - BO: 19/05/1994) El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

En efecto, tenemos problemas de interpretación en cuanto al modo en que se debe realizar la reducción prevista para los casos de tentativa dada la redacción de la norma, ya que tal como surge del fallo, se puede considerar que la reducción del tercio es del mínimo de la escala penal en abstracto considerando, que se trata de un hecho consumado, en tanto que la disminución de la mitad lo es en relación al máximo de la escala, cuestión ésta planteada por la parte recurrente representada por el Ministerio Público Fiscal.

Ello se patentiza en el segundo considerando, en el que se expresa: “2º) Que se agravia el recurrente por cuanto considera que el tribunal ‘a quo’ incurrió en errónea aplicación de la ley sustantiva, ya que sobreyó al acusado por considerar que la acción se encontraba prescrita, al aplicar de manera inadecuada la escala penal para el delito de tentativa de violación, porque se tomó el criterio de disminuir la pena al tercio del mínimo y la mitad del máximo, tiempo de siete años y seis meses en que no se produjo ningún acto interruptivo”.

Otra posible interpretación— tal como lo señala la Corte— viene dada por considerar los extremos de manera inversa, es decir, que la reducción de la mitad de la escala es respecto del mínimo, en tanto que la disminución de un tercio es del máximo; método utilizado por la Cámara Criminal cuando en la síntesis que realiza la Corte expresa que: “Afirma, que debía aplicarse la doctrina del fallo ‘Villariño’, que fijó la escala penal disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad del mínimo de la pena correspondiente para el delito, resultando entonces aplicable una pena comprendida entre diez años para el primero y tres para el segundo. Precisa que habiendo ocurrido el último acto procesal interruptivo el 01/07/98 no habría operado la extinción de la acción”.

Finalmente también se puede pensar como solución, que se debe dosificar la pena como si de un hecho consumado se tratara, para luego de esa pena concreta recién aplicar una disminución discrecional entre un tercio y la mitad de la pena efectivamente a imponerse en caso que se haya consumado el hecho; posibilidad esbozada cuando la Corte cita el pensamiento de Ricardo Nuñez: “b) Por otro lado, se ha dicho que la pena que en el caso concreto le corresponde al autor de una tentativa es la que le correspondería si hubiera consumado el delito, disminuida en un tercio como mínimo y en la mitad como máximo. Esta tesis es inaceptable porque para determinar la pena de la tentativa parte, como base, de la pena que hubiera correspondido en el caso concreto a un delito que no se ha cometido, cuyas circunstancias consumativas concretas no existen, lo que impide aplicar el correspondiente criterio legal para determinar la especie y la medida de la pena aplicable (arts. 40 y 41)”.

Finalmente tenemos un problema de calificación o hechos secundarios, ya que en la mayoría de los tipos penales la determinación de si el hecho ha quedado en grado de conato o no, es una cuestión de hecho y prueba, que necesariamente se determina con el juicio propiamente dicho, a lo que se debe agregar el problema de las distintas posiciones teóricas al respecto.

En términos de Atienza en el fallo seleccionado observamos que se verifica lo que él llama problemas de interpretación en sentido estricto. Es decir, determinar cuál es el sentido legislativo dentro de la gama de posibilidades. En el caso, sobre cuál extremo de la escala penal corresponde aplicar la disminución de un tercio a la mitad, o si sobre la pena posible y concreta a imponerse ante un caso consumado, se debiera establecer la pena de la tentativa entre tales extremos.

En este aspecto el grado de desarrollo del hecho, es decir, consumado o conato, se trata de un problema de interpretación del mismo.

De igual modo vemos que en términos de Atienza, también tenemos problemas de prueba en el sentido conjetural, ya que se trata de conocer no solo el hecho pretérito sino su grado de desarrollo.

En relación al segundo fallo advertimos, en términos de MacCormick problemas de interpretación en cuanto en la síntesis la Corte expresa que: “Ahora bien, el último párrafo del art. 76 bis establece que no procede la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos penados con inhabilitación. Así es que, una parte de la doctrina considera que la ‘probation’ no resulta viable en esos casos, tanto cuando esa sanción esté prevista como pena única, como cuando lo sea en forma conjunta o alternativa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación— en su anterior conformación— en el caso ‘Gregorchuk, Ricardo’ (Fallos, 325:3229) sostuvo que resulta improcedente la propuesta de obligarse a una ‘auto-inhabilitación’, y que acceder a tal petición afectaría el principio de legalidad al suspenderse el ejercicio de la acción pública en un caso no previsto por la ley.”

Como se advierte el problema de interpretación proviene no del texto legislativo en sí mismo, sino del alcance de sus expresiones respecto de la pena de inhabilitación, es decir, si los delitos excluidos de ser considerados para otorgar el beneficio son los conminados solamente con ese tipo de pena, o si por el contrario, también se encuentran excluidos los que prevén tal tipo de pena de manera conjunta .

De igual modo podemos ver un problema del tipo de relevancia en términos de MacCormick o de aplicabilidad en palabras de Atienza, ya que en definitiva se termina construyendo una norma que no ha transitado por los carriles constitucionales previstos para su sanción, por lo que el texto legislativo ya no es idéntico al efectivamente sancionado y promulgado por el Congreso de la Nación.

Ello se patentiza en cuanto la Corte expresa: “La suspensión del juicio a prueba presenta dificultades exegéticas que se manifiestan, especialmente, al aplicar los párrafos cuarto y último del art. 76 bis del C.P. Los tribunales del país y la doctrina se ocuparon detenidamente de ello y, progresivamente, se ha delineado una interpretación que, excediendo la expresión literal de la norma, se adecua de una mejor manera a la racional aplicación y real alcance del instituto, no sólo a la luz del propio precepto y las demás disposiciones del Código Penal, sino, fundamentalmente, de sus fines y de los derechos, garantías y presupuestos que, con rango suprallegal, caracterizan y limitan al Derecho Penal”.

Por su parte, en expresiones de Atienza y de MacCormick, encontramos problemas de consistencia y de coherencia en el párrafo donde la Corte refiere: “ En ese orden, debe resaltarse que la modificación introducida por la ley 24316 integra el sistema jurídico, el cual no representa partes aisladas y desconectadas, sino, muy por el contrario, es un todo armónico y coherente que, al constituir una unidad, es susceptible de expresar sistemáticamente— con absoluta independencia— lo que el legislador no pudo o no quiso tener en su mente. Tal situación se aprecia con claridad cuando— como es el caso— esa modificación se agrega a un cuerpo orgánico, comúnmente denominado Código, y no sólo por las previsiones ya contenidas en él, sino también porque su establecimiento y aplicación— en materia penal— están limitados por ciertos derechos de orden constitucional que no pueden ser desconocidos por los poderes que gobiernan el Estado; principios y garantías que, a su vez, la ley debe razonablemente reglamentar”.

Es decir, en el caso, la Corte observó falta de coherencia entre lo pretendido por los representantes de la voluntad popular con otros valores establecidos con anterioridad, anclados en la norma Constitucional.

6. Conclusiones

En este punto procederemos a analizar en qué medida el desarrollo precedente aporta argumentos para sostener las objeciones planteadas en la Introducción de este trabajo a la crítica que Atienza efectúa sobre los problemas identificados por MacCormick en el pasaje de un caso fácil (claro) a uno difícil.

En el planteamiento de Atienza la justificación silogística o de primer orden aparece reconocida como un mecanismo válido de justificación de la toma de decisiones; por lo tanto, el pasaje a una justificación de segundo orden no constituye una tipificación de casos difíciles sino que explica el surgimiento de estos.

Los cuatro problemas que pueden aparecer en las premisas normativas y fácticas de manera alguna son exclusivamente sustanciales, ya que la identificación del órgano jurisdiccional que deberá entender en un asunto, por ejemplo por razón de materia o el procedimiento a seguir, es parte de la resolución del caso planteado. Los problemas que Atienza denomina “procesales” o bien serán cuestiones previas o bien quedarán subsumidos en los problemas normativos o fácticos que se presenten, no constituyendo problemas independientes.

Los otros problemas que Atienza señala como no contemplados por la teoría de la Argumentación de MacCormick sí aparecen en la misma, pero con un estatus epistémico diferente, como diremos a continuación.

La validez normativa es un presupuesto del sistema jurídico a ser utilizado para resolver los casos planteados.

Un aspecto a tener en cuenta es en relación a lo que refiere Atienza en cuanto considera que es un problema la determinación de la validez constitucional de la norma. En efecto, entendemos que ese no es un problema de carácter universal, ya que depende de la organización institucional de cada sistema particular. Tenemos países como la Argentina que posee un diseño de control de validez constitucional y convencional difuso; modelo distinto al europeo o al de algunos países latinoamericanos— como el caso uruguayo— donde ese control queda reservado para la máxima autoridad judicial de la estructura del Estado (sean Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales).

La discrecionalidad inevitablemente está presente en el Derecho, en la medida que las disposiciones normativas son parcialmente determinadas y se caracterizan por la textura abierta del lenguaje en el que se expresan.

Finalmente, la ponderación aparece como el mecanismo de aplicación necesaria cuando se presentan conflictos a nivel de las fuentes normativas, que desde el segundo MacCormick incluyen a los principios en sentido amplio (principios y directrices políticas), a través de la recepción del sistema de fuentes postulado por Dworkin y por Alexy.

Por último podemos concluir que Atienza y MacCormick coinciden en el análisis de varios puntos, pero dan a las cuestiones planteadas ubicaciones diferentes, que están en consonancia con el propio desarrollo teórico de cada uno.

Tomando palabras del propio Atienza, la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick constituye junto con la de Alexy una de las catalogadas como “teorías estándar de la argumentación” y por lo tanto, punto de partida de muchos de los desarrollos posteriores sobre la temática, incluida la propia teoría de Atienza³³.

³³Atienza, M., *op. cit. Las razones...*, p. 203.

Cómo citar: Ortega Peñuelas, E.I. (2021). Argumentación constitucional: el problema en la asignación de peso a los derechos fundamentales a través del juicio de ponderación. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales "Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica"*. Santa Rosa: EdUNLPam.

ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL: EL PROBLEMA EN LA ASIGNACIÓN DE PESO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DEL JUICIO DE PONDERACIÓN

Edgar Iván Ortega Peñuelas
Universidad Autónoma de Sinaloa

1. Introducción

En la actualidad, es indiscutible el aporte del juicio de ponderación para la resolución de conflictos entre principios. Este mecanismo permite descubrir los derechos fundamentales que pueden llegar a presentar cierto grado de tensión cuando en los casos concretos la afectación se torna real e inminente. Aunado a ello, aporta elementos para tratar la problemática, presentando un esquema de valoración y solución definido.

Sin dudas, este método ha sido retomado a lo largo del mundo donde su compatibilidad con los sistemas constitucionales es precisa y cada vez mayormente aceptado. No por nada, los Tribunales Constitucionales de distintos países han desarrollado grandes estudios para mejorar su aplicabilidad judicial, descubriendo los grandes beneficios para lidiar con las problemáticas actuales.

No obstante, dicha técnica de resolución de controversias entre derechos fundamentales ha sido fuertemente criticada por expertos del Derecho quienes apuestan por una revaloración de la importancia desmedida que le ha sido atribuida. Poniendo en tela de juicio aspectos esenciales como su debida racionalidad y objetividad.

En el presente estudio se realiza una acotación de los principales problemas a que se enfrenta la ponderación en nuestros días. Aunque no pretende ser una catalogación definitiva, retoma los principales puntos de objeción que han sido sostenidos constantemente. Por consiguiente, el trabajo se divide en tres grandes rubros referentes a objeciones metodológicas, de racionalidad y aplicabilidad.

Con ello, también se aporta una serie de alternativas con la finalidad de superar las críticas al juicio de proporcionalidad Asimismo, se realiza una concatenación de todas las ideas contrapuestas y se les da un cauce nuevo para aportar elementos útiles y de relevancia para la ciencia jurídica.

2. Problemas metodológicos

En primer término, las objeciones al juicio de ponderación tienen que ver con aspectos relacionados a la carencia de metodología empleada. Es así como traemos a consideración la primera crítica relativa al procedimiento mediante el cual se realiza la designación o sobreposición de un principio frente a otro. Esto en razón a la afluencia de valores inmersos en cada principio en colisión, lo que según los señalamientos no resulta fácil establecer sino únicamente en un sentido intuitivo.

Bajo estas ideas, es importante la observación de Manuel Atienza quien destaca lo expresado por Habermas, manifestando que: “los valores sólo pueden ser relativizados a su vez por valores; pero el proceso de preferir unos valores a otros o de posponer unos valores a otros escapa a todo rigor conceptual y lógico”.¹

Esto resulta interesante en virtud de que no se trata de una crítica dirigida a los valores intrínsecos dentro de los principios en sí, más bien al procedimiento realizado para elegirlos. Dicha cuestión es válida porque se traduce en un punto esencial del juicio ponderativo, donde pareciera no existir un parámetro de elegibilidad previo, con las características sistemáticas y deductivas requeridas.

Es prudente hacer mención a lo expresado por Alexy quien aborda esta cuestión bajo el concepto de modelo de la fundamentación, el cual “distingue entre el proceso psíquico, que conduce a la determinación del enunciado de preferencia, y su fundamentación. Esta distinción permite referir el postulado de la racionalidad de la ponderación a la fundamentación del enunciado de preferencia y decir: una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente”.²

Se pueden destacar dos puntos importantes del modelo de la fundamentación de Alexy. El primero tiene que ver con la idea de concatenación mental realizada por el jurista para elegir valores predominantes orientados a la finalidad preferencial. El segundo, más bien en cómo justificar –desde el punto de vista de la argumentación jurídica- su elección ante un cúmulo de posibilidades dadas en el caso particular.

Prosigue Alexy en el sentido de que “para la fundamentación de un enunciado de preferencia condicionado y, por lo tanto, para la fundamentación de la regla correspondiente, puede, por ejemplo, hacerse referencia a la voluntad del legislador constitucional, a las consecuencias negativas de una determinación alternativa de preferencia, a los consensos dogmáticos y a decisiones anteriores”.³

Esto conlleva a la citación de argumentos jurídicos en donde se ve reflejado el compromiso de los Tribunales Constitucionales con las disposiciones requeridas por la Ley fundamental. Así, los argumentos del precedente, psicológico, consecuencialista, etcétera, cobran un estatus de relevancia significativo. Esto es así debido al principio de coherencia normativa.

Ello no conduce a que únicamente los argumentos jurídicos sean relevantes para la fundamentación de las razones que conllevan a decidir al juzgador la prevalencia de un principio sobre otro. Debemos tener en cuenta la conformación de los principios que en

¹ Atienza Rodríguez, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013, pp. 541-542.

² Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Garzón Valdez, E., Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, pp., 158-159.

³ *Ibidem*, p. 159.

muchos casos poseen contenido moral, social o de cualquier otra índole. Lo que se destaca con la cita inmediata anterior de Alexy, es la concordancia de un sistema jurídico en el plano ponderativo.

Tomando las ideas alexianas podemos sostener que dentro de la técnica ponderativa no solo se precisan los principios en confrontación, al mismo tiempo se da paso a establecer la necesidad de fundamentación. Esto en virtud de generar razones suficientes –no solo legales– que den soporte a la postura ponderativa que servirá de parámetro al juzgador dentro de la resolución concreta.

Dentro de la crítica al proceso para decidir qué valor o principio prevalece, se refiere lo siguiente: 1. Nos encontramos en presencia de un concepto interesante que posiblemente será desarrollado en el futuro como lo es el modelo de fundamentación; 2. Dicho método no es irracional tomando en cuenta que la asignación de prevalencia debe ser soportada por criterios argumentativos. En otras palabras, dentro de la ponderación existe la obligación de argumentar, por lo que nos encontramos en presencia de una argumentación de la ponderación.

Otro aspecto crítico, tiene que ver con el empleo de este recurso argumentativo. La observación realizada por González Beilfuss establece: “Pero sí que es cierto que la aplicación concreta del principio de proporcionalidad ha dejado de ser previsible y ordenada para pasar a ser más informal e intuitiva y, en algún caso reciente, para alejarse incluso del ámbito de la constitucionalidad”.⁴

Esto puede explicarse en base a la premura por resolver problemas de colisión entre principios. Recordemos que las cargas de trabajo de los Tribunales son significativas y demandan la obtención de resultados a corto plazo. No obstante, ello no justifica la aplicación informal e intuitiva como lo sugiere el autor. Por el contrario, cuestiona la operatividad del principio de proporcionalidad y la estructuración clara y precisa en su empleo.

Ante estas ideas Juan M. Morocoa resume la situación en términos metodológicos. “El punto entonces, es interrogarse si la ponderación no puede brindar un marco posible de racionalidad en tanto *metodología* para proceder al control de los productos normativos de la autoridad”.⁵ Estableciendo así un aspecto de previsibilidad y certeza jurídica en las decisiones de los Tribunales constitucionales.

Esta cuestión es interesante debido a que expresa cierta inconformidad en cuanto a la ordenación metodológica del juicio de ponderación. Lo cual no resulta una situación que debe tomarse a la ligera, dado que representa una herramienta actual de la que echan mano los juzgadores constitucionales. Por otro lado, consideramos que no es que no exista una metodología en cuanto este procedimiento, más bien faltaría una especie de refinación o complementación del mismo.

Dentro de esta tesitura, Alexy no es indiferente con el planteamiento anteriormente señalado y es que para el autor alemán “el modelo de ponderación como un todo proporciona un

⁴ González, B., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, España: Aranzadi, 2015, p. 70.

⁵ Morocoa, J. M., “La racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional”, *Revista Prolegómenos. Derechos y valores*, no. 39, vol. XX, año 2017, p. 80.

criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente”.⁶

En este punto advertimos el intento de Alexy por esclarecer las críticas en cuanto a una ordenación y previsibilidad del modelo de ponderación. Podemos precisar que debe existir un enlace irrenunciable entre el hecho de sopesar principios en conflicto y la situación referente a la justificación argumentativa que debe respaldar ese ejercicio de sobrepeso. Esto abonaría no solo a encauzar las críticas formuladas, sino que también dotaría al juzgador de mayor certidumbre legal en la toma de sus decisiones y a los gobernados de seguridad jurídica en la aplicación del Derecho.

Aunado a ello, el punto al que nos lleva la crítica anterior es al hecho de que “la argumentación constitucional, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, parece suponer siempre, de una u otra forma, una operación de ponderación (...). El problema entonces (el problema de fondo de la argumentación constitucional) es el de como determinar el peso de las diversas razones en presencia”.⁷

En este punto, la cuestión parece encontrarse en el valor de la asignación de peso, también reconocible por medio de la escala triádica. Los valores aritméticos para establecer el grado de satisfacción o necesidad de los principios en colisión mediante las evaluaciones utilizadas –leve-medio-fuerte-, no parecen reconocer un grado de cumplimiento racional que otorgue legitimidad al juez que realiza la elección.

Para autores como Juan Manuel Romero Martínez “El problema radica en que no existe un parámetro objetivo para la asignación de valores numéricos; por ejemplo, cuando se dice que un derecho humano tiene un grado de afectación de dos, en contraste con el nivel de importancia del derecho que juega en sentido contrario fijado en cuatro. He aquí la gran dificultad en la aplicación de la fórmula del peso o cociente de Alexy, que se manifiesta en el mismo subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto”.⁸

El problema radica en como determinar cuánto vale cada principio en conflicto. Qué criterios universales utilizar que sirvan de guía para satisfacer los parámetros de objetividad. O también, cuál de las referencias aritméticas sería mejor emplear para otorgar un peso más preciso a los valores confrontados. En cualquiera de los casos, la necesidad de precisión en la medición parece inaplazable.

De igual modo, como lo expresa Moreso, las objeciones abonan en:

(...) relación con la distinción de Alexy entre interferencias leves, moderadas y graves en los principios constitucionales. Aquí estamos frente a una escala, pero ¿de qué depende la asignación de estos tres conceptos en un caso concreto? Sólo podemos construir escalas ordinales o cardinales cuando estamos en

⁶ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, óp. cit., p. 167.

⁷ Atienza Rodríguez, M., “Constitución y argumentación”, consultado el día 09 de agosto del 2021, en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2007-10019700228_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3%8DA_DEL_DERECHO_Constituci%C3%B3n_y_argumentaci%C3%B3n, p. 217.

⁸ Romero Martínez, J. M., *Argumentación jurídica y sus criterios de evaluación. Nuevas propuestas*. México: UNAM, 2019, P. 56.

presencia de una propiedad claramente definida, (...) ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave. Y como hay varias propiedades que son candidatas plausibles a representar ese papel, podemos generar varias escalas, distintas entre sí.⁹

La dificultad se focaliza al establecer la determinación en la unidad de medida -leve, medio o intenso-, donde no se asume con claridad la categorización en cada una de las clasificaciones. Por consiguiente, se debe desarrollar un estándar de atribución reconocible que sirva como base para la operación aritmética. Lo que sí resulta posible es el hecho de unificar el criterio de asignación para dar paso a la utilización de esta medida de valoración.

Ante estas inconformidades, Alexy promueve una recomendación que puede resultar favorable. “Dentro del marco de la fundamentación de los enunciados sobre las intensidades de afectación y sobre la importancia del cumplimiento de los principios opuestos, se hacen valer plenamente argumentos empíricos que se refieren a las peculiaridades del objeto de la decisión y a las consecuencias de las posibles decisiones”.¹⁰

Aunque la idea del autor alemán no parece estar dirigida a superar las inconformidades metodológicas, si abonan en la dirección de tomar en cuenta las situaciones del caso concreto. Esto puede orientarnos en el sentido del grado de valor de cada principio en conflicto. Por consiguiente, reconocer y justificar las circunstancias del problema específico y las posibles consecuencias a las que puede conducir una valoración deficiente no parecen inadvertidas.

No obstante, autores como Romero Martínez expresan que: “el único recurso que nos queda es justificar la elección del valor numérico con el mayor número posible de razones de cara a las partes en conflicto y a la misma sociedad; además, debemos ser conscientes de que no debe ser la fórmula del peso nuestro único parámetro a utilizar para justificar el sentido de nuestra decisión judicial, sino sólo una razón de todas las que presentemos en la sentencia, que contribuyan a justificar el sentido de la misma”.¹¹

La recomendación expuesta por Romero Martínez es adecuada en el sentido de que cuando se elija un valor dado a determinado principio, esta debe respaldarse por razones suficientes y convincentes. Por supuesto, tomando en cuenta las situaciones fácticas del caso específico y los posibles efectos en el futuro inmediato. La atribución de peso representa solo un parámetro de apoyo para el juzgador, pero no debe ser la razón fundamental de su postura argumentativa.

Por otra parte, Manuel Atienza quien cita a García Amado ha mostrado la inconformidad existente con el juicio de ponderación en cuanto a ciertos aspectos de objetividad. Este último autor “considera que la ponderación no es otra cosa que una valoración y él es escéptico con respecto a la existencia de criterios objetivos de valoración: la razón no alcanza para establecer fines y valores de carácter objetivo”.¹²

⁹ Moreso, J. M., "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos", *Arbor. Ciencia, pensamiento y cultura*, no. 745, vol. CLXXXVI, 2010, p. 825.

¹⁰ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *óp. cit.*, p. 168.

¹¹ Romero Martínez, J. M., *óp. cit.*, p. 56.

¹² Atienza, Rodríguez, M., *Interpretación jurídica*, Colombia: Universidad Libre, 2010, p. 190.

Consideramos que esta crítica es muy contundente, por lo que deberíamos matizar un poco más sus alcances. Aunque si bien es cierto que se trata de una objeción bastante aceptable, por el hecho de cuestionar las limitaciones objetivas del modelo de Alexy, debemos precisar que los postulados de la ponderación encuentran su antesala en parámetros de objetividad.

En esta guisa, Atienza en atención a Summers precisa ciertas distinciones en cuanto a las razones justificativas aplicables, es así como existen “razones formales o autoritativas (que apelan a la autoridad del legislador, del precedente, etc.) y razones sustantivas, que derivan su fuerza de consideraciones de carácter moral, económico, político, etc.; estas últimas pueden ser finalistas (sirven para apoyar una decisión que contribuiría a un fin valioso) o de corrección (derivan su fuerza justificativa de la aplicabilidad de una norma socio-moral válida)”.¹³

Se sostiene que todo juzgador al emplear el juicio de ponderación debe realizarlo desde un parámetro de objetividad racional. Al realizar este ejercicio está obligado en primer término a invocar argumentos legales –como es el caso de los argumentos del precedente, legislativos, de unidad y concordancia constitucional, etcétera–, e incluso aquellos de corte interpretativo pueden generar un marco de legitimidad práctica.

Aunado a ello, las razones sustantivas como las de carácter social, político, económico e incluso cultural juegan un papel trascendente, pero nunca por encima de las anteriormente descritas, sino que se conjugan para darle al juzgador un amplio margen de convicción y decisión. Respecto de aquellas razones de tipo finalista y de corrección las primeras, sirven como orientación para dilucidar un escenario hipotético de aplicabilidad, orientando los alcances de la decisión hacia objetivos válidos. Las segundas, acreditan el empleo de una norma jurídica por encima de cualquiera, en este caso, con mayor preferencia las que contienen un derecho fundamental.

Por ende, la resolución de problemas de colisión entre principios no es una situación de fácil dominio. Dada la amplitud de valores contenidos en cada uno de ellos, asociados a las circunstancias específicas del caso en particular, generan un desafío real y tangible. “No hay un método que permita determinar, de antemano, el resultado de esta operación, pero sí criterios que sirven como límite y guía de la misma”.¹⁴

Una última crítica al modelo de ponderación desde el punto de vista metodológico es la que propone Moreso. Este autor muestra preocupación por el carácter abstracto de los principios que, como derechos inherentes a las personas y en su afán de progresividad encuentran implicaciones serias concernientes a la falta de precisión al momento de ser interpretados y sobretodo ponderados.

(...) dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una escala de ordenación abstracta de los derechos. No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente. En mi opinión no es claro qué es lo que debería medir la supuesta escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales:

¹³ Atienza Rodríguez, M., “Constitución y argumentación”, *óp. cit.*, p. 218.

¹⁴ *Ibidem*, p. 219.

¿debería medir estados de cosas en los que un derecho es máximamente optimizado mientras el otro no lo es en absoluto?.¹⁵

Ante todo, la creación de una estructura abstracta de los derechos fundamentales no reviste una tarea fácil de llevar a cabo. No obstante, las implicaciones metodológicas y teóricas del derecho asumen un rol destacable. Lo que se propone para dicha creación es un desarrollo inductivo que permita dilucidar los efectos particulares de aplicación -y los resultados de colisión- encaminados a proporcionar patrones de generalidad.

Por ello, nos resulta interesante lo asumido por Manuel Atienza en cuanto a “la construcción de una taxonomía que permitiera ubicar cada caso dentro de una determinada categoría”.¹⁶ Esto con el objetivo de elaborar un catálogo de aplicación identificable que sirva como guía para la reformulación abstracta de supuestos hipotéticos. Algo así como una jurisprudencia ponderativa resultado de los criterios predominantes de las colisiones principialistas.

De igual forma, “la ponderación tiene, pues, lugar por medio de un proceso de construcción de una taxonomía en la que se van formando casos genéricos y las correspondientes reglas, respetando ciertos principios como el de universalidad, consistencia, coherencia y adecuación de las consecuencias”.¹⁷

Finalmente, la elaboración de una taxonomía de la proporcionalidad de los principios en colisión no resultaría ser la única forma de generar parámetros universales claramente definibles para los derechos fundamentales. Pero sí, en lo que respecta al juicio de ponderación aportaría elementos significativos para una conformación integral de dicha enmienda.

3. Problemas de racionalidad

En relación a los problemas de racionalidad, el juicio de ponderación ha sufrido diferentes críticas. Se ha dado paso a inconformidades relacionadas con la discrecionalidad, el subjetivismo, el particularismo con el que opera el juez constitucional al hacer uso de esta técnica. Por lo que, trataremos de dar cauce a las objeciones planteadas para estar en mayores posibilidades de ahondar en la problemática existente.

Uno de los principales cuestionamientos es el desarrollado por Guastini quien por conducto de Juan M. Morocoa expresa: “Existiría, en el caso de la ponderación, además, un doble poder discrecional: al establecer la jerarquía axiológica y el peso de los valores en juego”.¹⁸ Lo que resulta conveniente analizar dado el amplio impacto de esta facultad de decisión por parte del juzgador.

En cuanto al establecimiento de una jerarquía axiológica por parte del juez, creemos que esto no es del todo discrecional. En primer término, la elección de un determinado valor y por consiguiente su jerarquización dependen del reconocimiento que en cada sistema jurídico, social y político les sea atribuido. En segundo lugar, dicha atribución no escapa a los

¹⁵ Moreso, J. M., *óp. cit.*, p. 825.

¹⁶ Atienza, Rodríguez, M., *Interpretación jurídica, óp. cit.*, p. 191.

¹⁷ Atienza Rodríguez, M., “Constitución y argumentación”, *óp. cit.*, p. 212.

¹⁸ Morocoa, J. M., *óp. cit.*, p. 80.

parámetros de racionalidad, en virtud de que el mismo juez debe justificar su elección con una motivación convincente.

Es así como dice M. Aragón, mediante Luis Prieto Sanchís que “los valores sólo tienen eficacia interpretativa, de modo que el juez únicamente puede <<anular el valor a una norma (para interpretarla) que le viene dada y que él no puede crear>>, mientras que los principios gozan de una proyección normativa directa, en el sentido de que son susceptibles de aplicación independiente y no ya como simple pauta para la interpretación de otra norma”.¹⁹

Es interesante lo estipulado en el párrafo anterior al mencionar el carácter con el que operan los valores dentro de la actividad judicial. Una referencia clara es en el sentido de que el juzgador no crea el contenido de dichos valores sino solamente los dota de investidura interpretativa. También se advierte al hecho de su distinción con los principios y que estos últimos son el conducto mediante el cual expresan sus contenidos axiológicos.

Asimismo, Prieto Sanchís ha sostenido que “los principios parecen ofrecer una naturaleza bifronte o ambigua, en cierto modo, son un signo de que el legislador ha querido dejar la decisión de detalle en favor de otra autoridad, pero, asimismo, los principios operan como guías de la decisión y límites de la discrecionalidad”.²⁰

Esto reconoce por una parte el espacio de libre juego al que son acreedores los principios – por consiguiente los valores inmersos en ellos- y su naturaleza de operatividad por parte del jurista, en donde poco a poco se irá reduciendo su espectro de abstracción. Otra caracterización importante es la que se encuentra en los contenidos de conformación de los principios, los cuales invitan a reducir la discrecionalidad del operador jurídico.

En cuanto a la crítica referente al peso de los valores en juego Rafael de Asís por medio de Ramón Ruiz precisa que “la ponderación es algo enormemente valorativo, independientemente de que se lleve a cabo tomando como referencia el texto constitucional, por lo que <<hay que ser conscientes de que su uso expresa la opción de una determinada posición de índole ético y político”.²¹

Por consiguiente, dentro del proceso ponderativo se puede reconocer un margen de discrecionalidad, pero una de tipo judicial como facultad del juez para establecer las precisiones correspondientes y los procesos inferenciales que fijen su postura argumentativa. Todo ello, en apoyo de un verdadero ejercicio racional que lo dote de legitimidad dentro de su función decisora. Dicho esto, no cabe más que precisar que nunca se debe dejar de lado la discrecionalidad y dar paso a la arbitrariedad.

Otro de los problemas referentes a la racionalidad de la ponderación tiene que ver con el subjetivismo que propicia el juez constitucional en su empleo. “A menudo se añade a esta

¹⁹ Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1992, p. 138.

²⁰ *Ibidem*, pp. 136-137.

²¹ Ruiz Ruiz, R., *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*, España: civitas, 2016, p. 68.

crítica la idea según la cual el juicio que subyace a la asignación de peso a los diversos principios es un juicio totalmente subjetivo y, como tal, no controlable racionalmente”.²²

Ante esta tesis, no son pocas las inconformidades planteadas contra la ponderación. Si bien es cierto que tanto la asignación de peso a los principios, así como su optimización, contraen o dejan abierto un espacio para la decisión personal del juzgador. Habidas cuentas de que se trata de un modelo de evaluación que contiene distintos elementos indeterminados –valores, principios, escalas, subprincipios, por mencionar algunos- en algún momento la elección en favor de uno o de otros propicia un escenario de individualidad emotiva y cognitiva.

En esta tesitura, Ramón Ruiz destaca lo estimado por Prieto Sanchís en el sentido de que:

(...) es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin red normativa, a partir de valoraciones en las que no tiene porqué producirse un acuerdo intersubjetivo, pues decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña, sin duda, una valoración; valoración en la que - aunque no se quiera- pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia cuantificación de costes y beneficios en el caso concreto.²³

En este punto se deben destacar ciertos aspectos importantes. En primer término, la idea de una operación racional de carácter individual no genera mayores inconvenientes. Entonces, la cuestión preponderante de análisis es la que corresponde a la relación del juez con el cúmulo de valoraciones posibles que determinen su decisión, estimaciones que pueden propiciar inclinaciones injustificadas ante los contenidos racionales deseados.

Sin dudas, se debe acotar el uso desmedido de la subjetividad personal dentro de los juicios de valoración –en este caso la ponderación-, por un ejercicio racional objetivo encaminado a garantizar los derechos fundamentales más allá de valoraciones individuales. Sin embargo, no podemos desestimar las convicciones, proyecciones y apreciaciones personales que todo individuo tiene derecho de utilizar para comprender y más aún para intentar solucionar un problema específico.

Con ello se quiere decir que ninguna subjetividad es válida cuando atenta contra el contenido esencial de los derechos fundamentales. Más aún, el jurista debe demostrar –por medio de razones convincentes- el nivel de reacción, tratamiento y respuesta ante el fenómeno jurídico. En este punto, es necesario comprender que el juez se encuentra obligado a realizar los procesos inferenciales necesarios y las estimaciones valorativas correspondientes para dar solución a las problemáticas planteadas.

En una dirección similar, se encuentra la objeción planteada por Moreso quien siendo citado por Atienza “considera que la ponderación tal y como la presenta Alexy incurre en particularismo, esto es, no pasaría el test de la universalidad ni, en consecuencia, todos los otros criterios de la racionalidad práctica”.²⁴

²² Moreso, J. M., *óp. cit.*, p. 825.

²³ Ruiz Ruiz, R., *óp. cit.*, p. 68.

²⁴ Atienza, Rodríguez, M., *Interpretación jurídica, óp. cit.*, p. 191.

Resulta interesante la objeción planteada por Moreso en cuanto al particularismo del juez al usar la técnica ponderativa. Advierte al hecho de que se trata de un ejercicio voluntarioso excesivo que denota la peculiaridad del decisor en el empleo del juicio de ponderación. Por ende, escapa a los parámetros de racionalidad exigidos y necesarios para convalidar su determinación que resolverá el problema planteado ante él.

Por lo que respecta a Luis Prieto Sanchís mantiene una postura diferenciada en este supuesto al establecer que "no se trata de negociar entre valores de un modo particularista, sino de construir una regla susceptible de universalización para todos los casos que presenten analogía propiedades relevantes; se trata, en suma, de hacer explícitas del modo más razonable las excepciones implícitas a los distintos principios, de establecer las condiciones de la aplicación de normas abiertas (...)".²⁵

En este orden de ideas, podemos precisar que la finalidad del juicio de ponderación no se encuentra dirigida a incentivar las persistencias injustificadas que pudiera desarrollar el jurista en su desempeño. Más bien, a la concreción de un modelo orientado a la delimitación de los problemas surgidos entre principios que propicien reglas de adaptación y solución, aplicables a los casos futuros.

De igual modo, en relación a la falta de universalidad se debe avanzar en la dirección que precisa Alexy al señalar que "de acuerdo con la ley de colisión, sobre la base de la decisión de ponderación, siempre es posible formular una regla. Por ello, la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables".²⁶

Bajo estas precisiones, es sostenible la idea de la creación de cuantificadores de proporcionalidad que estimulen los supuestos de universalidad, debidamente identificables y aplicables de acuerdo a las circunstancias concretas que presenten una relación asimétrica. La finalidad estribaría en formular una correlación entre los resultados propiciados por el ejercicio ponderativo y la conformación de criterios universales que sean observables en los problemas futuros de colisión.

Otro de los problemas que han sido identificados por los autores que no comparten cabalmente la ponderación de principios, estriba en cómo se puede justificar dicho mecanismo. Es así que autores como Morocoa quien a su vez cita a Orunesu se manifiestan en el sentido de que "la ponderación se apropia de los problemas del particularismo (jurídico moral): no puede ofrecer una explicación satisfactoria de la idea de justificación".²⁷

Dentro de esta objeción se expresa la preocupación por el empleo de razones de tipo moral que conduzcan a un particularismo judicial en detrimento de una justificación racional objetiva. Ante ello, resulta indispensable la necesidad de aportar argumentos suficientes para sostener la postura racional de tipo moral. Sin ello, la ponderación carecerá de parámetros objetivos de justificabilidad y por consiguiente desembocaría en una racionalidad deficiente.

Dicho esto, Alexy sostiene que "el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente. Por

²⁵ Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, España: Trotta, 2014, p. 210.

²⁶ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *óp. cit.*, p. 167.

²⁷ Morocoa, J. M., *óp. cit.*, pp. 81-82.

lo tanto, no es que no diga nada y, por ello, no es una fórmula vacía. Ya se ha eliminado la objeción de irracionalidad que es reiteradamente aducida”.²⁸

Por consiguiente, el método ponderativo expresa claramente la necesidad de justificación. Permite relacionar la fórmula para la solución de conflictos entre principios con la idea de racionalidad argumentativa. Esto es, la asignación de peso debe ser soportada por razones suficientes que le den sentido de justificabilidad. Al mismo tiempo, muestra con diligencia la obligación de motivar cada una de sus etapas analíticas.

Por último, cabe hacer alusión a la percepción de Morocoa en atención a los requisitos de racionalidad del juicio ponderativo. “En suma, no es posible exigirle a una metodología que en rigor es puramente formal, el cumplimiento de condiciones de racionalidad tan exigentes y conjuntivamente imposibles que, en verdad, la coloca ante un supuesto de irracionalidad por hiperracionalidad”.²⁹

Resulta indiscutible la necesidad de emplear mecanismos de valoración de los derechos fundamentales que permita potencializar los contenidos inmersos en ellos. No obstante, la idea de racionalidad es indispensable para desarrollar un método objetivo orientado a tratar con determinación las objeciones que sean planteadas. Esto sin caer en exigencias imposibles de cumplir desde el punto de vista racional.

4. Problemas de aplicabilidad

En relación a los planteamientos respecto a la aplicación del juicio de ponderación, no son pocos los cuestionamientos que identifican carencias en cuanto a su ejercicio práctico. En donde el uso de la técnica revela exigencias racionales complejas, que en muchas ocasiones pueden llegar a ser sustituidas por elaboraciones poco exhaustivas. Esto se asocia a "los que podrían llamarse problemas operativos o prácticos, relativos al modo de identificar, valorar y comparar intereses".³⁰

Bajo este esquema, una preocupación actual es la concerniente a cómo están utilizando el método ponderativo los Tribunales judiciales. Si realmente se están apegando a las exigencias metodológicas, o se encuentran en un proceso de adaptación institucional. Lo importante aquí, es que en todo momento deben observar los requerimientos que el autor alemán y sus principales detractores han planteado para su operatividad.

Sin embargo, uno de los defectos de su aplicabilidad concierne a que “el empleo reiterado y ordenado de los diversos elementos del test de proporcionalidad de finales de los noventa del siglo pasado ha sido reemplazado por una utilización más informal y, por lo tanto, imprevisible del principio de proporcionalidad que no parece responder a criterios concretos (...), sino a cuestiones más aleatorias como el ponente de la sentencia y el letrado que participa en la redacción del primer borrador”.³¹

²⁸ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *óp. cit.*, p. 167.

²⁹ Morocoa, J. M., *óp. cit.*, p. 81.

³⁰ Moreno, Ortiz, L. J., "El derecho constitucional en la era de la ponderación", *Boletín del instituto de estudios constitucionales*, no. 41, 2017, p. 19.

³¹ González, B., *óp. cit.*, pp. 70-71.

Esto se torna preocupante debido a la finalidad práctica del método ponderativo. Recordemos que una mala ponderación entre derechos fundamentales incurre en consecuencias preocupantes para los justiciables. Situación que se traduce en el demérito de la operatividad útil de la técnica valorativa. Por ende, la constante evaluación del trabajo del jurista debe ser analizada desde parámetros justificativos.

No sin ello, cabe agregar que “la actual tendencia del Tribunal Constitucional a hacer un uso más relajado e informal del principio de proporcionalidad no sólo afecta a la interpretación de este principio, sino que también incide en ámbitos como la teoría de los derechos fundamentales y la propia dimensión constitucional de la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Constitucional”.³²

Esta no resulta una cuestión de poca importancia, el uso informal o relajado -como sugiere González Beilfuss- del test de proporcionalidad incurre en una falta de apreciación del fenómeno jurídico, aumento de la subjetividad y un injustificado uso de la discrecionalidad. Situaciones que podrían dejar en total estado de vulneración los derechos fundamentales sopesados, mismos que no encontrarían su debida optimización.

Aunado a ello, la reiterada utilización informal conduce a una consecuencia negativa aún mayor. Por lo que, Atienza destaca la crítica de Paolo Comanducci quien ha advertido que el test de proporcionalidad es, en su opinión, "una ideología criticable y peligrosa pues tiene como consecuencia la disminución del grado de certeza del Derecho derivado de la técnica de <<ponderación>> de los principios constitucionales y de la interpretación <<moral>> de la Constitución”.³³

Por otra parte, estos señalamientos no pasan inadvertidos ante el jurista de la Universidad de Kiel, de donde se desprenden ciertas advertencias para un uso verdaderamente eficaz y disminuir el grado de incertidumbre al cual ha sido sometida su técnica de valoración principialista. Por ello, -como lo citamos a continuación- es importante no dejar de lado el apego constante a los requerimientos formulados en torno al juicio de ponderación.

En este sentido, con una clara inclinación a las directrices sostenidas por el Tribunal Constitucional alemán dicho autor expresa que “«Las posiciones iusfundamentales que entran en colisión deben ser comprendidas en su efecto recíproco y deben ser delimitadas de tal modo que sean efectivas en la mayor medida posible para todos los afectados»”.³⁴

Es así como la exigencia del agotamiento de todos los procesos lógicos, jurídicos y valorativos por parte del juez constitucional son obligatorios e indispensables. Esto con la finalidad de otorgar mayor certeza a los razonamientos que son pronunciados para resolver los problemas sometidos ante las instancias suprajudiciales. En parte, la contestación a la expresión de Comanducci giraría en torno a la intención de elaborar una creciente proliferación de criterios objetivos que otorguen certeza a la utilización de la técnica ponderativa, al menos ese es el fin último.

³² *Ibidem*, p. 72.

³³ Atienza Rodríguez, M., “Constitución y argumentación”, *óp. cit.*, p. 201.

³⁴ Alexy, R., "Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista española de derecho constitucional*, no. 66, 2002, p. 50

En correspondencia a este pensamiento, Alexy formula una exhortación tendiente a disminuir la falta de claridad en el empleo del principio de proporcionalidad, es así que cuando habría que realizar un ejercicio de estas características es recomendable observar lo siguiente: “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”.³⁵

Esto implica determinar con mayor cuidado las razones que sostienen las intensidades de interferencia entre principios. Si uno de los derechos fundamentales va a ser afectado de manera significativa, es recomendable aportar el mayor número de justificaciones argumentativas que respalden su sobreposición. De esta forma, retomando la percepción de Comanducci, el grado de certeza se verá acrecentado considerablemente.

Por otra parte, una última crítica al juicio de ponderación gira entorno a la relación entre la exigencia de progresividad a la que aspiran los derechos fundamentales y la obligación del Estado en su función garantista, es así como otro “problema dogmático que puede plantear la utilización del principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales es el de su posible aplicación en relación con los llamados deberes de protección”.³⁶

Estos deberes de protección entendidos como el ejercicio a cargo del Estado para garantizar las prerrogativas constitucionales, pueden encontrar serios inconvenientes dentro de la actividad judicial. Es decir, la pugna en favor de la proliferación de los contenidos principialistas se llega a contraponer a la función restrictiva por parte de los entes gubernamentales que necesariamente tienden a limitar dichos principios en aras del bien común.

Es así como el juez constitucional desarrolla su función no como una optimización de principios propiamente dicha, sino como una restricción válida de los mismos, en palabras de Melero de la Torre. Por ello, “el primer componente del análisis de proporcionalidad en la concepción restrictiva exige un «interés suficiente» o una «necesidad urgente» como justificación de una acción colectiva infractora de derechos”.³⁷

En esta tesitura, podemos referir que los deberes de protección son mandatos exigidos a la autoridad gubernamental para el debido resguardo de un estado de derecho, el orden público o la integridad nacional. Dicha enmienda no debe pasar desapercibida por el juez constitucional, más bien es una razón de peso que debe considerar al esgrimir la expansión de un principio dentro del caso particular.

Por ello, no solo se trata de otorgar un beneficio en favor de ciertos derechos, sino de realizar una valoración exhaustiva de la limitación convalidada y necesaria frente a los mismos. De ahí que, como lo expresa Melero por medio de Schauer “la proporcionalidad restrictiva exige que las razones de interés general tengan una clase especial de «peso» o «fuerza» para poder servir de justificación apropiada de una interferencia en el ejercicio de los derechos”.³⁸

³⁵ *Ibidem*, p. 55.

³⁶ González, B., *óp. cit.*, p. 91.

³⁷ Melero de la Torre, M. C., “Optimización de principios frente a limitación del gobierno: Dos concepciones del análisis de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 114, 2018, p. 80.

³⁸ *Ibidem*, p. 88.

Por estas razones, los deberes de protección deben ser observados por los jueces de primer orden dentro del proceso ponderativo. Si efectivamente la palabra ponderar implica un equilibrio o balanceo entre principios, existen razones que abonarían en favor o en contra de ellos. Todo ello sin menospreciar la extenuante labor que realizan los entes públicos para garantizar un sistema democrático, jurídico y social. Pero siempre con la firme convicción de no afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

5. Consideraciones finales.

Resulta adecuado el modelo de fundamentación de Alexy para desarticular la objeción planteada en relación al proceso de preferencia de los valores en un caso concreto. Esto es así porque al determinar un enunciado de prevalencia será necesario anteponer argumentos suficientemente convincentes que ayuden a fundamentar el procedimiento racional librado por el juez constitucional. Dando así cabida al cumplimiento de los requerimientos lógicos exigidos.

En cuanto a los elementos de previsibilidad y ordenación, resulta oportuno sostener que existe una vinculación entre la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica -como lo expresa Alexy-. Esto permite formular un enlace entre la actividad de valorar los principios en colisión y la obligación de justificar la elección. En relación a su sistematización es claro que existe -dado los pasos a seguir dentro del proceso ponderativo-, lo que posiblemente si es necesario es refinar o complementar dicho esquema.

De igual forma, en relación a la determinación de peso de las razones mediante la escala triádica, nos encontramos frente a la necesidad de la unificación de criterios aritméticos que den soporte a la utilización de la herramienta y a su precisión en cuanto al grado de medición. La recomendación de Alexy en cuanto a tomar en cuenta argumentos empíricos para orientarnos en relación a situaciones concretas y su grado de valor parecen oportunas pero no definitivas. Por lo que el decisor no deberá justificar su fallo únicamente en la fórmula de peso.

Por otra parte, la crítica en relación a la existencia de criterios objetivos de valoración deja de lado las observaciones planteadas en el sentido de que el juez constitucional previo al ejercicio ponderativo cuenta con un margen de objetividad definido al hacer uso de argumentos jurídicos. De igual forma, la subsistencia de razones sustantivas de tipo finalista y de corrección otorgan al juzgador un amplio margen de integridad cognitiva y decisoria.

La construcción de una taxonomía de la proporcionalidad vendría a disminuir la deficiencia de una escala de ordenación abstracta de derechos fundamentales -como lo propone Atienza en alusión a Moreso-. A través de un desarrollo inductivo para definir efectos particulares de aplicación sumado a los resultados de las colisiones, originaría patrones de generalidad aplicables a casos futuros. Por supuesto esta no sería la única forma de crear parámetros definibles de universalidad para los derechos fundamentales, pero si abonaría a la idea de ordenación abstracta.

La idea del doble poder discrecional en términos axiológicos encuentra cierta justificación en términos racionales. En primer término, es menester identificar el reconocimiento de los valores al interior del sistema jurídico, político y social de cada entidad. Consecutivamente, deberán ser aplicados por el juez constitucional sin escapar a las motivaciones argumentativas correspondientes. Esto no otorga potestad al juzgador para inventar valores,

sino para dotar a los ya reconocidos en el sistema legal de investidura interpretativa y constitucional.

En relación a la discrecionalidad para dotar de peso a los valores en juego, es importante entender que la ponderación como un proceso valorativo da margen a la discreción por parte del juez. Sin embargo, esta última debe ser entendida en términos facultativos que permitan al juzgador realizar los procesos inferenciales racionales necesarios para resolver los problemas planteados ante él. Estos últimos deberán estar dotados de razones suficientes que disminuyan la ilegitimidad de las decisiones judiciales.

El uso de la subjetividad dentro del proceso ponderativo debe ser acotado para evitar un uso desmedido que genere situaciones de ilegalidad. Por otro lado, los procesos de convicción, proyección y estimación por parte del decisor deben ser reconocidos ya que son la única herramienta de convicción que tiene para afrontar los problemas planteados ante él. No obstante, esto no lo exime de la obligación de aportar verdaderas razones de justificabilidad.

En referencia al particularismo en que incurre la ponderación consideramos que el objetivo esencial de la ponderación no es el de propiciar un uso persistente e injustificado por parte del juez. Más bien, se encuentra enfocada a exigirle justificaciones argumentativas para su empleo oportuno. Por lo que en última instancia, el uso particular que pudiera realizar el jurista más bien tendría que ver con el manejo indebido de la técnica. Asimismo, la elaboración de reglas universales aplicables a los casos futuros para coadyuvar a la creación de propiedades de adaptación y solución refuta la idea de la insuperabilidad del test de universalidad.

Por lo que hace a la noción de justificación, es indispensable su aplicación dentro del juicio ponderativo. El modelo de Alexy no desestima esta exigencia dado que sostiene contundentemente la necesidad de justificar cada una de las etapas que integran este método. Toda asignación de valor a cada uno de los principios debe ser respaldada por razonamientos exhaustivos que otorguen el estatus de justificabilidad. Al mismo tiempo, debemos exigir las motivaciones correspondientes sin pasar a una pretensión insostenible de acuerdo a las posibilidades racionales.

Lo concerniente al uso informal y relajado del principio de proporcionalidad por parte de los Tribunales constitucionales, es una situación agravante que debe ser diluida. La falta de exhaustividad en el uso de la técnica contiene serias consecuencias para la optimización debida de los derechos fundamentales. Aunado a ello, la disminución del grado de operatividad se hace tangible, por lo que las evaluaciones al desempeño de los juristas deben ser constantes y contrastables con las exigencias justificativas.

Por su parte, la crítica en relación a la disminución del grado de certeza en el Derecho a causa de la ponderación debe ser superada. La exhortación a observar todas las posiciones de confrontación entre principios y su debida medición con las consecuencias fácticas es imperante, más aun cuando se trata de colisiones que derivan en un grado de interferencia intenso. Para superar la incertidumbre es factible la producción de criterios objetivos de observancia general.

Por último, en cuanto a la aplicación de los deberes de protección, es claro que el jurista debe considerarlos puntualmente. La incursión en una expansión de los derechos fundamentales es válida siempre y cuando sus intenciones no sobrepasen el núcleo esencial de los derechos fundamentales. La finalidad esencial que la técnica ponderativa suministra es la orientada a

equilibrar los valores inmersos dentro de los principios normativos en correspondencia con las garantías institucionales.

Cómo citar: Marán Bié, F.; Portillo, M.J. y Rojas, L. (2021). Crítica y casuística de la ponderación. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

CRÍTICA Y CASUÍSTICA DE LA PONDERACIÓN

Fernando Marán Bié

Facultad de Derecho; Universidad de la República

María José Portillo

Facultad de Derecho; Universidad de la República

Leonardo Rojas

Universidad Católica de Cuyo

Introducción

Uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales, es el papel de la ponderación, que se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, en especial en la jurisprudencia de los tribunales de nivel constitucional.

El presente trabajo tiene como objetivos:

- a) relevar brevemente el concepto de ponderación presente en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy;
- b) identificar un conjunto de casos jurisprudenciales— a partir del repertorio jurisprudencial uruguayo y argentino— en los cuales se emplea la ponderación como criterio de justificación de la parte dispositiva de la sentencia;
- c) indagar el modo en que la misma se usa por parte de los jueces, en el conjunto de dichos casos jurisprudenciales.

I) La ponderación en Alexy

La ponderación es la forma en la cual son aplicados los principios jurídicos, que son definidos como “mandatos de optimización”. No determinan lo que debe hacerse, sino que el principio sea realizado en la mayor medida posible. Para ello es necesario que exista una colisión de principios en un caso concreto. La ponderación es mirada en la actualidad como un criterio indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional. Esto es especialmente cierto cuando lo que se encuentra en juego son los derechos fundamentales¹.

¹ Bernal Pulido, C. “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, 2003, p. 225.

Según Alexy² la ponderación en el derecho constitucional alemán forma parte de un principio más amplio, el principio de proporcionalidad, el que a su vez se divide en tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Los dos primeros expresan la idea de optimización en relación a las posibilidades materiales, en tanto el de proporcionalidad en sentido estricto está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas.

En otro texto Alexy señala que “...los principios no sólo exigen la mayor realización posible en relación con las posibilidades fácticas, sino también la mayor realización posible en relación con las posibilidades jurídicas”.

La ley de ponderación se divide en tres pasos, en primer lugar se debe comprobar el grado de afectación de un principio, en segundo lugar se debe comprobar la importancia de la satisfacción del principio contrario y en tercer lugar, se debe averiguar si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación del otro principio³.

Alexy sostiene que el grado de afectación de un principio puede determinarse mediante el uso de una escala triádica, de tres intensidades: leve, medio e intenso o grave. Así el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser en alguno de dichos niveles.

Es de destacar en este sentido la crítica de la que ha sido objeto la ponderación, especialmente por parte de Habermas en torno a que la misma carece de medidas racionales, frente a lo cual, siguiendo a Alexy, podrían oponerse dos tesis, una radical y otra moderada.

La primera postula que mediante la ponderación se puede establecer un resultado en forma racional en todos los casos; sin embargo, como el propio autor sostiene “La teoría de los principios no ha defendido nunca esta tesis y, por el contrario, siempre ha enfatizado que la ponderación no es un procedimiento que en cada caso conduzca necesariamente a un único resultado” y en sentido contrario se postula la tesis moderada que sostiene “...que, con ayuda de la ponderación, ciertamente no en todos, pero sí en algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional y que la clase de estos casos es suficientemente interesante como para que la existencia de la ponderación como método esté justificada⁴.

Por otra parte es interesante el comentario que hace Moreso⁵ al concepto de ponderación manejada por Guastini, para el que la misma presupone tres notas características.

La primera, consiste en que se debe realizar entre dos principios en conflicto (P1 y P2), cuyos supuestos de hecho se superponen parcialmente, entre los que hay una antinomia parcial-parcial. Siendo de esta manera, no se puede resolver dicha antinomia a través de ninguno de los siguientes tres criterios: ley superior deroga ley inferior—, dado que estamos en presencia de principios que participan del mismo rango jerárquico—; a. Asimismo, no se aplica el principio de ley posterior deroga a la ley anterior, dado que son principios contemporáneos—

² Alexy, R. “Derechos fundamentales, ponderación y racional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2009, p. 3-14.

³ *Ibidem*.

⁴ Alexy, R., *op. cit.*, *Epílogo...*, p. 32.

⁵ Moreso, J.J., “Guastini sobre la ponderación”, *Doxa*, 2002, No. 17, 231-232.

, y por último, tampoco es de aplicación la ley especial deroga la general—, dado que no hay relación de especialidad entre los principios.

La segunda nota característica consistiría en establecer una jerarquía axiológica entre dos principios en conflictos y, como resultado de la evaluación, un principio resulta desplazado frente a otro.

La tercera característica consiste en una jerarquía móvil, lo que supone que en un caso concreto es posible que P1 desplace a P2, pudiendo esto ser revertido en un caso concreto diverso.

II) La ponderación según la jurisprudencia uruguaya y argentina

En Uruguay algunos Tribunales de segunda instancia⁶, además de la Suprema Corte de Justicia, han efectuado sus fallos citando a Robert Alexy como parte de sus argumentos en lo que alguno de ellos en forma explícita ha denominado casos de difícil solución, sosteniendo en algún caso en particular la existencia de una colisión entre principios que hace necesaria su ponderación. Por su parte, en Argentina como se podrá observar en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la teoría de la ponderación no ha calado aún. Tan sólo hay referencia a la misma en algunos escasos votos minoritarios, de los cuales el que expondremos *ut infra* es un ejemplo.

Nos proponemos a partir de este momento transcribir parte de esos argumentos a fin de analizar el uso que de dicho criterio metodológico se ha efectuado en algún caso, así como su ausencia en otros no obstante haber hecho la referencia al autor como se indicara *ut supra*.

a) Derechos constitucionales vs. cuestiones de interés general

i) Identificación y síntesis del fallo

La Suprema Corte de Justicia de la ROU en sentencia No. 21/2021 del 11 de febrero de 2021, desestimó la pretensión de declaración de inconstitucionalidad. El accionante solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 11 inc. 3 lit. D de la ley 19.721, sobre regulación del trabajo en la seguridad privada. Se desempeña como guardia de seguridad y se le pretende aplicar la norma legal referida, lo que determina que sea suspendido o inhabilitado para ejercer el cargo referido ya que es poseedor de antecedentes. Afirmó que la norma impugnada vulnera el derecho al trabajo, a la igualdad y a la justa remuneración. A juicio de la S.C.J., en lo dispuesto en el art. 11, inc. 3, lit. D de la ley 19.721 existe una restricción, pero tal restricción no es inconstitucional ya que la norma fue dictada por razones de interés general.

ii) Análisis

“La proporcionalidad en sentido estricto conduce a un examen de la razonabilidad de la medida legalmente prevista considerada en su globalidad, mediante la ponderación de la limitación o restricción sufrida por el derecho, por un lado, y del fin que se busca alcanzar, por el otro. Si el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio sufrido por el derecho

⁶ Cabe indicar que en nuestro país las primeras instancias- excepto los procesos que se tramitan directamente ante la Suprema Corte de Justicia o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo- son unipersonales y reciben la denominación de “Juzgados” mientras que cuando hablamos de “Tribunales” son órganos pluripersonales, con tres integrantes.

resulta excesivo en relación con el objetivo propuesto, la medida es desproporcionada y, por consiguiente, ilícita. De ahí que el juicio sobre la proporcionalidad en sentido estricto se centre en la relación medio-fines, que debe ser balanceada o proporcionada. (cf. Casal Hernández, ob. cit., págs. 125-126).”

“Como se lo señaló, la finalidad de la limitación al derecho al trabajo prevista en el artículo 11, inciso tercero, literal “D” de la ley 19.721 es, en primer término, asegurar la calidad del servicio de seguridad privada. Y por otro lado, la limitación tiene también una finalidad asegurativa de la confianza social en tal actividad.”

“En este marco, se considera que la relación medio-fines es balanceada. Véase que es razonable que quien fue condenado por la comisión de un delito se vea como consecuencia privado de desempeñarse como agente preventivo de tales conductas.”

“En definitiva, en el caso del artículo 11, inciso tercero, literal “D” de la ley 19.721, en cuanto limitó el derecho al trabajo en cierto campo específico, si bien se asiste a una restricción del goce de derechos constitucionales, ella está fundada en razones de interés general e instrumentada en forma respetuosa de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como de los demás requisitos emanados de los artículos 7 y 72 de la Constitución y recogidos por la práctica de los principales Tribunales constitucionales del mundo.”

b) *Sobre la restricción de los Derechos Fundamentales.*

i) Identificación y síntesis del fallo

La Suprema Corte de Justicia de la ROU en sentencia No.1390/2019 del 4 de noviembre de 2019, por unanimidad, aunque por diferentes fundamentos, desestima la excepción de inconstitucionalidad incoada. Es el caso de un colono que interpone una excepción de inconstitucionalidad contra el art. 61 lit. b de la ley 11.029, en cuanto se establece la obligación del colono de residir en el predio rural afectado al régimen de colonización, al cual se le impuso por tal motivo una multa y no utilizó los mecanismos correspondientes contra tal acto administrativo. La Corte en mayoría (Dres. Luis Tosi, Tabaré Sosa y Dra. Minvielle) sostienen que el demandado en un proceso ejecutivo en el cual la sentencia monitoria no se encuentra firme, se encuentra legitimado para impugnar la regularidad constitucional de leyes que sustentan la habilidad del título ejecutivo que se pretende ejecutar. En criterio divergente, los Sres Ministros Dres. Elena Martínez y Eduardo Turell, consideran que la ausencia de legitimación se debe en el caso a la aplicación definitiva de la norma impugnada. Los Sres. Ministros que ingresan al análisis de mérito (Dres. Luis Tosi, Tabaré Sosa y la redactora, Dra. Minvielle), consideran que no se verifica la inconstitucionalidad planteada

ii) Análisis

La presente sentencia plantea la eventualidad restrictiva de los derechos humanos, lo que no puede ser considerado un tema de ponderación, pese a que la SCJ recurre a la cita de Alexy. Sería este un caso de “ausencia” de ponderación pese al esfuerzo argumentativo que se empeñó en realizar.

La cláusula prevista en el art.7 de la Carta es lo que estudios especializados han llamado “cláusulas restrictivas”, en la medida en que, sin llegar a limitar un derecho constitucional por sí mismas, facultan al legislador a hacerlo (Cf. CASAL HERNÁNDEZ, J. M., “Condiciones para la limitación o restricción de Derechos Fundamentales”, Revista de

Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, N° 3, Montevideo, 2002, págs. 115/116). En efecto, al restringir el goce de derechos fundamentales, el legislador no sólo está limitado por la previsión de que la ley restrictiva del goce de derechos humanos o fundamentales se realice por “razones de interés general”, como expresa el art. 7 de la Carta. El legislador también está limitado por otros requisitos respecto de cuya procedencia existe consenso en la más autorizada doctrina tanto internacional como nacional (Cf. ALEXY, R., “Los derechos constitucionales y el sistema jurídico”, en “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, Fontamara, México, 2005, págs. 78/88; CASAL HERNÁNDEZ, ob. cit., p.109; BERNAL PULIDO, C., “Estructura y límites de la ponderación”, edición digital de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 26, 2003, pág. 225-227; RISSO FERRAND, M., “Algunas garantías básicas de los derechos humanos”, FCU, 2ª Edición, Montevideo, 2011, págs. 36/39 y 134/136). “La injerencia del poder público en los derechos fundamentales –dice CASAL HERNÁNDEZ– ha de llenar determinados requisitos de los que depende su licitud. Algunos tienen carácter formal, mientras otros son de índole material” (ob. cit., págs. 115/116). Este criterio, conforme al cual toda restricción de derechos fundamentales debe ajustarse a ciertos requisitos formales y materiales ha sido adoptado expresamente por la Suprema Corte de Justicia en anterior integración, en ocasión de resolver múltiples asuntos relativos a la llamada “Ley de Medios”, 19.307, a partir de la sentencia No. 76/2016 (en el mismo sentido, entre muchas otras, Nos. 180/2016, 221/2016, 239/2016). Como se lo señalara, la jerarquía constitucional de estos principios se desprende de lo dispuesto en los arts. 7 y 72 de la Constitución.....

....A) En cuanto a los requisitos de carácter formal. La restricción cuestionada está contenida en una Ley en sentido orgánico-formal, lo que salva dos de los tres requisitos formales. A su vez, la restricción impuesta cumple con el tercer requisito de esta naturaleza: que la restricción esté precisamente determinada, lo cual surge de la mera lectura del precepto: el colono tiene la obligación de habitar el inmueble sometido al régimen de colonización. B) En cuanto a los requisitos materiales. Primer requisito material: licitud del fin perseguido. Del texto de la disposición impugnada se advierte la licitud del fin perseguido: contribuir al desarrollo nacional mediante el poblamiento del medio rural sobre la base de colonias agropecuarias que aseguren la viabilidad productiva del interior de la República. En este sentido, cabe tener presente lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 11.029: “A los efectos de esta ley, por colonización se entiende el conjunto de medidas a adoptarse de acuerdo con ella para promover una racional subdivisión de la tierra y su adecuada explotación, procurando el aumento y mejora de la producción agropecuaria y la radicación y bienestar del trabajador rural”. Huelga señalar la trascendencia del medio rural en un país y la relevancia de una ley que propende a su mayor desarrollo.....

....Los Sres. Ministros, Dres. Luis TOSI, Tabaré SOSA y esta redactora, consideran que la argumentación del excepcionante en este caso es de una llamativa liviandad. Comparecer ante la Suprema Corte de Justicia para sostener que se viola el principio del debido proceso porque la ley admitió como título ejecutivo al acto administrativo de una entidad estatal que impone una multa pecuniaria, dado que la entidad pública sería “juez y parte” al poder multar a los administrados, constituye una argumentación que no resiste el menor análisis jurídico. El excepcionante fue notificado de que se le había impuesto una multa pecuniaria hace años y contó con la posibilidad de resistir administrativamente –ante el propio I.N.C.- y jurisdiccionalmente –ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo- la legitimidad del

acto administrativo que lo sancionó por no cumplir con sus obligaciones como colono, pero no lo hizo.

c) *Sobre los Derechos Sociales y aplicación del derecho supranacional de los Derechos Humanos.*

i) Identificación y síntesis del fallo

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1o turno en sentencia No. 223/2019 del 2 de diciembre de 2009— integrado y en mayoría— revoca la apelada que condenó al Ministerio de Salud Pública a la entrega al actor del fármaco NIVOLUMAB hasta tanto su médico tratante lo prescriba o sea registrado en el país e incorporado al FTM.

ii) Análisis

El Tribunal realiza un análisis en virtud de que “...el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”Haciendo referencia al art.44 de la Constitución Nacional sostiene ”... que el Estado proporcionará medios de asistencia a quienes carezcan de recursos...” expresando, en palabras del propio Tribunal, una directriz para la política sanitaria estatal. “...el Estado no puede ser obligado más allá de lo que han dispuesto las leyes dictadas con aquellas bases constitucionales...”

“En efecto, el mentado art.44 comienza por indicar que el Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud y luego indica el doble propósito de trabajar para el perfeccionamiento físico, moral y social de todos y de asistir a los carentes de recursos. Todo ese sistema ha sido implementado a partir de diversas leyes y en particular la Ley N°18.211, ha reglamentado el derecho a la protección de la salud que tienen todos los habitantes residentes en el país, estableciendo las modalidades para su acceso a servicios integrales de salud. Según dicha ley, compete al Ministerio de Salud Pública la implementación del Sistema Nacional Integrado de Salud, que articula prestadores públicos y privados de atención integral a la salud determinados en el art. 265 de la Ley No. 17.930, de 19 de diciembre de 2005, organizando el sistema sobre ciertos principios que aseguren el acceso a servicios integrales de salud a todos los habitantes residentes en el país, entre los que están la cobertura universal y la accesibilidad y la sustentabilidad de los servicios de salud. Sobre esa base no se puede pretender una atención privilegiada que no está al alcance de los demás habitantes de la República.”

Hace mención de los diversos criterios interpretativos, de esta manera deja de manifiesto que, por un lado “...en materia de derechos humanos el principio pro hominen o pro persona, que opera como directriz de preferencia e indica que prevalece la regulación que mejor tutela el derecho en cuestión”. Por otro lado, a partir de “... una interpretación racional del alcance de esa obligación estatal no puede dejar de considerar su fundamento, vinculado a la emergencia de los llamados "derechos sociales" en las últimas décadas del siglo XIX. Derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda, a la educación, no sólo responden a una nueva concepción de la vida humana que jerarquiza valores sustantivos, sino que se fundan en principios de solidaridad y de responsabilidad social de todos los integrantes de una colectividad”.

Agrega en otras cosas que “La cuestión radica en que las necesidades humanas no tienen límites y los recursos colectivos siempre son insuficientes para satisfacer todas las

necesidades de todos y por eso este tipo de derechos -prestacionales y fundados en principios- no pueden ser ilimitados y exigen delicados equilibrios”.

Del análisis de estas sentencias surge, que al parecer nuestra jurisprudencia con un lenguaje estereotipado y lleno de remisiones y auto referencias, tan solo roza el tema sin dar señales de comprenderlo bien. Dejando en evidencia que no existe vinculación fuerte explícita con el tema estrictamente ponderativo.

d) *Sobre la colisión entre principios.*

En este ítem incluiremos un fallo de la jurisprudencia uruguaya (Tribunal de Apelaciones de lo Civil - TAC) y otro de la argentina (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina - CSJN).

FALLO 1

i) Identificación y síntesis del fallo

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1o Turno en sentencia No.179/2007 del 15 de agosto de 2007, confirmó la sentencia de primera instancia por la que se desestimó la tercera de dominio incoada, por entender que debe prevalecer el principio tutelar de los terceros. Las actoras en su calidad de herederas interpusieron tercería de dominio alegando ser propietarias del 50 por ciento de los inmuebles objeto de ejecución.

ii) Análisis

Esta sentencia plantea un gran tema, el de la exigibilidad judicial de los derechos humanos vinculado como se aprecia a la validez (sostenida por el neoconstitucionalismo eurocéntrico) del derecho supranacional sobre el derecho interno. No se encuentra en la misma el ejercicio de la ponderación, no es lo mismo plantear la eventualidad restrictiva de los derechos humanos que un tema de ponderación.

Según lo indica el Tribunal a su juicio “...el caso plantea un conflicto entre el principio de legitimidad -según el cual nadie puede transmitir más derechos que los que tiene- y el principio de seguridad jurídica que impone la protección del adquirente de buena fe, sea quien compra los inmuebles a la persona que aparece como su propietaria o quien luego, los acepta como garantía hipotecaria. En efecto, si bien es cierto que Irma Velázquez Clavero no era soltera sino casada y mintió su estado civil cuando adquirió los inmuebles objeto de la ejecución, nada permite inferir que la acreedora hipotecaria haya tenido o podido tener conocimiento de esa circunstancia cuando otorgó el préstamo hipotecario a Juan Américo Sosa Senosian. Ha de verse que aquella vendió(...) un bien que -según el título de propiedad que exhibió y entregó- era propio y no ganancial.

El propio Tribunal califica el caso como *un caso difícil*, en efecto el mismo expresa que “En ese contexto, el caso se perfila como de difícil decisión pues debe decidirse si debe prevalecer el principio de legitimidad o debe primar la seguridad del adquirente de buena fe.”

Agrega que tratándose de principios generales, los mismos “...deben ser tenidos en cuenta simultáneamente y realizados ambos en la mayor medida posible aunque conducen a decisiones diferentes, se hace necesaria su ponderación atendiendo a las circunstancias especiales que revistan en el caso, para decidir a cual corresponde primacía.”

En sus argumentos, el Tribunal transcurre entre la doctrina, el ordenamiento jurídico e incluso la auto referencia a jurisprudencia anterior. En tal sentido hace referencia a las diversas disposiciones que “...protegen al tercero de buena fe que contrató con quien tenía la apariencia de ser titular de cierto derecho, que luego no le corresponde...” Citando a Gamarra señala “Destaca nuestro civilista que "la buena fe tiene una función legitimante de la ilegalidad" citando como ejemplo las "adquisiciones a non domino, basadas en la buena fe registral, o en el concepto de apariencia (tercero de buena fe que compra al adquirente simulado)". “En el caso, la ejecutante alega su buena fe y afirma que desconocía la ganancialidad de los inmuebles y, efectivamente, esa circunstancia no podía ser conocida al tiempo de otorgar el préstamo hipotecario(...). Por lo cual se entiende que -en el caso- ha de prevalecer el principio tutelar de los terceros de buena fe.”

En esta última sentencia puede apreciarse una aproximación al método aludido anteriormente, no obstante la aproximación que al mismo realiza el Tribunal aparece en forma tibia, no decidida, tan solo es planteado como una forma de hacer visible un conflicto entre dos principios, a saber, la legitimidad y la seguridad jurídica. Al igual que en las sentencias anteriores la sola mención del tema no demuestra un compromiso teórico explícito con el ejercicio ponderativo.

FALLO 2

i) Identificación y síntesis del fallo

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina en sentencia del 24 de junio de 2021 en el precedente “Mazza, Valeria Raquel c/Yahoo SRL y otro s/Daños y Perjuicios” (CSJN Fallos: 344:1481), causa mediante la que la actora reclamaba a los buscadores Yahoo y Google la indemnización de daño material y moral por el uso indebido de su imagen. La demanda fue rechazada en primera instancia, admitida en segunda y rechazada nuevamente en la Corte, por mayoría de sus Miembros.

ii) Análisis

En dicho fallo, el voto en disidencia de los Dres. Maqueda y Lorenzetti refiere que frente al conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la imagen, correspondería efectuar una “ponderación” entre los mismos, para seguidamente sostener que “...la ausencia del consentimiento de la persona reproducida respecto de la difusión de su imagen es un factor decisivo en la necesaria ponderación de los derechos en conflicto, pues lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas”. O sea, el voto termina definiéndose en favor de la protección del derecho a la imagen, no porque haya existido una ponderación en los términos alexianos, sino porque las leyes que rigen la materia exigen el consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen.

Si bien compartimos la solución que propone la disidencia del fallo, y disintimos de la solución al caso de la mayoría de la corte, la crítica pasa por la utilización de la ponderación como justificación autónoma frente a un aparente conflicto de derechos. Una solución que

viene de la mano del método interpretativo-subsuntivo— como puede apreciarse— y no de ninguna ponderación⁷.

Además la indexación y publicación de imágenes si bien en el caso es presentada como una manifestación de la “libertad de expresión”, es claro que también puede presentarse – depende quién “construya” el caso – como una manifestación de un interés económico de los buscadores dado que mientras más información sea indexada más usuarios o consumidores utilizarán el buscador lo que en definitiva redundará en mayores réditos de carácter económico. Indexar imágenes asociadas a links de contenido económico, no es propiamente hablando, una información que pueda juzgarse de carácter público o de interés general.

Esto demuestra que depende de la elección de los argumentos y de la narración del caso, la utilización que se hará de la ponderación, al solo efecto de justificar una pretendida solución de carácter objetivo.

III) Conclusiones

La ponderación se nos aparece como un argumento *ad verecundiam* destinado a invocar o justificar la solución del caso que se presenta pero no como un procedimiento racional de adjudicación del derecho tal como se presenta en Alexy. Entendemos que, en el modo en que se presenta en la jurisprudencia de los tribunales glosados, en la elección de los argumentos hay autoridad propia del *ethos* aristotélico con el que pretenden persuadir al auditorio, y en la interpretación de los hechos hay narración en tanto que que podrían contarse de un modo diverso, descartando la aplicación del prospecto alexyano.

⁷ García Amado, J.A. “Un ejemplo de Alexy sobre buenas ponderaciones. Análisis crítico”, <https://www.garciamado.es/2015/02/un-ejemplo-de-alexysobre-buenas-ponderaciones-analisis-critico>, 12/2/2015.

Cómo citar: Ratti, F. (2021). La argumentación de la Corte Suprema argentina sobre cambio de precedente: del dicho al hecho... Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LA ARGUMENTACIÓN DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA SOBRE CAMBIO DE PRECEDENTE: DEL DICHO AL HECHO...

Florencia Ratti

Conicet; Universidad Católica Argentina

I. Introducción

El estudio de la alteración, abandono o derogación del precedente posee su mayor desarrollo en el *common law*, donde la técnica se denomina “*overruling*”¹. Su abordaje implica identificar quién puede, en un ordenamiento jurídico determinado, modificar o abandonar un precedente, cómo y con qué razones. En otro lugar he englobado esos aspectos bajo la denominación “dimensión de variación del precedente” y he mostrado que, en los últimos años, la cuestión está siendo regulada en ciertos sistemas del *civil law* o en ordenamientos jurídicos híbridos, como es el caso de algunos países latinoamericanos².

Esta ponencia tiene por objetivo estudiar la alteración del precedente (en la Corte Suprema argentina. El foco estará puesto exclusivamente en su dimensión *horizontal* (o “autoprecedente”³): es decir, se examinará en qué casos y con qué motivos puede la propia Corte abandonar su propio precedente. Se dejará de lado, entonces, la dimensión *vertical*: el supuesto de que los tribunales inferiores se aparten del precedente de la Corte⁴.

¹ Cfr. Cross, R.; Harris, J., *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1991, 4a ed. P. 131. Entre los estudios más relevantes que se han llevado a cabo en Estados Unidos sobre la temática, vale destacar el de Brenner, S.; Spaeth, H., *Stare indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*, Figueroa R., S.; Spoerer G., C. (trads.); Buenos Aires: Marcial Pons. Los autores examinaron, durante un período de 46 años, los votos de las sentencias de la Suprema Corte estadounidense que abandonaban expresamente un precedente y los votos del precedente abandonado, a fin de dilucidar cuál era el verdadero motivo del *overruling* en cada caso. También es encomiable el trabajo de Starger, que condensa la doctrina sobre el cambio de precedente en la Suprema Corte norteamericana. Starger, C. (2014). “The Dialectic of Stare Decisis Doctrine”, en Peters, C. J. (ed.), *Precedent on the U.S. Supreme Court*, 2014, pp. 19-45.

² Ratti, F., “Dimensiones del precedente: una metodología de estudio de la doctrina del precedente”, *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, vol. 11, n° 1, 2021, p. 98 y ss.

³ En la terminología de Gascón Abellán, M., “Autoprecedente y creación de precedentes en el tribunal supremo”, *Teoría Jurídica Contemporánea* 1:2-1, 2016, pp. 238-271.

⁴ Es discutible si en estos casos tiene lugar propiamente un *overruling*. Si por este se entiende la derogación del precedente, que ya no forma parte del derecho vigente, parecería conveniente que fuera solo el máximo tribunal el que tiene esta potestad. En consecuencia, el tribunal inferior que no aplique un precedente de la Corte so

Para alcanzar el fin propuesto, en primer lugar, se abordarán las reglas o principios que la Corte ha delineado para el abandono de su precedente: esto es, lo que la Corte *dice* que debe hacer si quiere abandonarlo. Luego, se proporcionarán ejemplos concretos en los que la Corte Suprema efectivamente ha modificado su precedente. Esto es, lo que la Corte efectivamente *hace* cuando abandona un precedente. En definitiva, el objetivo será mostrar que, en ocasiones, lo que dice que hay que hacer no es lo que luego ella hace.

Los ejemplos de alteración del precedente que esta ponencia receipta son aleatorios y no tienen pretensión de exhaustividad: se asume que en otros casos la Corte efectivamente puede haber seguido sus estándares sobre cambio de precedente y que hay más supuestos que los que aquí se presentan en los que la Corte puede haber modificado su precedente sin la argumentación adecuada. Lo que se busca con la muestra seleccionada es plantear el problema y proporcionar ejemplos concretos que sustentan esa problematización, en los que la argumentación sobre el cambio de precedente podría ser insuficiente.

II. Estado de la cuestión

En Argentina no existe una ley que regule la doctrina del precedente de la Corte Suprema: ha sido ella misma, a través de sus sentencias, la que delineó el valor de su precedente y justificó, en cada caso, su seguimiento o abandono. De tal modo, las reglas y principios sobre el uso del precedente de la Corte se encuentran dispersas en múltiples decisiones judiciales.

Los estudios más abarcativos de la doctrina del precedente en la Corte Suprema argentina son los llevados a cabo por Garay⁵ y Legarre⁶. Respecto de cómo actúa la Corte con su propio precedente, el primero señala que “no ha sostenido una línea coherente”⁷. La obra de Garay es valiosa en el análisis de casos testigos que ejemplifican ciertos aspectos de la dimensión de variación del precedente, tales como la imprecisión en el análisis de la plataforma fáctica, el efecto temporal del cambio o el silencio del legislador como razón para el mantenimiento del precedente. Legarre, por su parte, analiza comparativamente la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos y de Argentina. En el primer caso, concluye que, si bien la Corte tiene amplias facultades para abandonar su precedente, “los litigantes pueden confiar en que, en principio, la Corte va a aplicar sus propios precedentes; sólo en casos excepcionales, y no sin una previa y completa discusión, se dará el supuesto de *overruling*”⁸. En el caso argentino, en cambio, sostiene que no existe una clara respuesta a las preguntas de si la Corte está obligada por su propio precedente y en qué circunstancias podría dejarlo de lado. A su vez, destaca la posibilidad de que existan apartamientos inconscientes, “fruto de la falta de reflexión sistemática acerca de sus propios precedentes”. Y señala la existencia

pretexto de nuevos argumentos, no estaría quitando el precedente del escenario vigente, sino quitándolo del derecho aplicable para resolver ese caso concreto. Esta decisión quedaría siempre sujeta a la posterior revisión del tribunal supremo.

⁵ Garay, A., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

⁶ Legarre, S., “La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis*”, *Jurisprudencia Argentina*, Bs. As., 2013-II, pp. 3-12; Legarre, S., *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

⁷ Garay, A., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 215.

⁸ Legarre, S., “La obligatoriedad horizontal...”, p. 10.

de interferencias políticas como uno de los motivos (cuestionables) de la alteración del precedente⁹.

Otros autores que han estudiado la doctrina del precedente de la Corte argentina coinciden en que esta ha sido zigzagueante y hasta contradictoria, aunque concuerdan en que en la actualidad el precedente posee cierta relevancia para la resolución de casos análogos posteriores (tanto para ella misma como para los tribunales inferiores)¹⁰.

El cambio de precedentes ha sido examinado localmente desde una perspectiva iusfilosófica—sin referencia específica a ningún tribunal— por Sodero¹¹, quien concluye que no es posible proporcionar un parámetro abstracto o general sobre cuándo debe ser abandonado o mantenido un precedente, sino que ello debe ser sujeto a la evaluación prudencial del juez en cada caso concreto. Coincido con tal afirmación, aunque entiendo que la sistematización de los estándares delineados por la Corte para fundar un cambio de precedente y la reflexión sobre la aplicación concreta de esos estándares pueden resultar útiles. Si bien no permitirán anticipar con certeza apodíctica en qué casos se habilitará el abandono del precedente ni inspirar una fórmula abstracta que rija el cambio jurisprudencial, serán relevantes para apreciar si la Corte (y, dentro de ella, cada ministro) es consistente en los motivos que alega para introducir un cambio, y si adecua su argumentación a los parámetros que ella misma elabora. A su vez, permitirán establecer lineamientos generales respecto de la alteración del precedente, que sin brindar una solución *a priori* sobre su procedencia en cada caso, constituirán tópicos argumentativos neurales (tanto para las partes y los tribunales inferiores como para la misma Corte) a la hora de evaluar la conveniencia de mantener o apartarse del precedente en cada caso concreto.

III. Lo que la Corte *dice*. Estándares para el cambio de precedente en la Corte Suprema argentina

La Corte Suprema ha impuesto (y se ha autoimpuesto), en cierta medida, una carga argumental en los estándares que ha elaborado para el abandono de su precedente. A su vez, ha reconocido un principio general de seguimiento del precedente, que cede frente a excepcionales factores justificadores del cambio. Veamos.

⁹ Legarre, S., “La obligatoriedad horizontal...”, p. 11.

¹⁰ Bianchi, A., “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”, *El Derecho Constitucional*, 2001, pp. 335-347; Bidart Campos, G., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Ediar, 2004, 3ª ed.t. II; Sagüés, N., “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”, *Estudios Constitucionales*, año 4, 2006; Oteiza, E., “Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN”, en Oteiza, E. (coord.), *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 363-406; Sedlacek, F., “Misceláneas argentinas del precedente judicial, y su relación con el nuevo CPC de Brasil”, en Didier Jr. et al (coords.), *Precedentes*, Salvador: JusPodivm, 2015.

¹¹ Sodero, E., “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía*, n° 21, 2004, pp. 217-254.

III.1 “Baretta” y la influencia del stare decisis norteamericano

Los principales estándares desarrollados por la Corte Suprema sobre el abandono de su precedente se dieron en la sentencia dictada en la causa “Baretta”¹², en 1939. En tal oportunidad, se reclamaba la inconstitucionalidad de una ley provincial; si bien había un precedente en el que el máximo tribunal se había expedido a favor de la compatibilidad de esa norma con la Constitución, como era muy reciente, las partes no lo habían invocado ni argumentado sobre él. A pesar de ello, la Corte se autoimpuso el deber de seguir su precedente como principio general, y determinó que tal principio solo cedería ante ciertas excepciones. Así, afirmó la Corte Suprema que

no podría el Tribunal apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para hacer ineludible el cambio de criterio.

Seguidamente, con cita de Cooley (juez de la Suprema Corte de Michigan y doctrinario reconocido en derecho constitucional —quien, a su vez, invocaba la doctrina del Canciller Kent¹³—), la Corte esbozó una frase que luego haría suya y replicaría en múltiples ocasiones:

Sería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos¹⁴.

¹² Fallos 183:409 (1939).

¹³ La frase en cuestión corresponde al Canciller Kent. Cooley, en su obra, *A Treatise on the Constitutional Limitations*, toma de Kent el siguiente acápite: “una decisión solemne sobre una cuestión de derecho en un caso dado se convierte en una autoridad para un caso similar, porque es la mayor evidencia que podemos tener del derecho aplicable al asunto, y los jueces están obligados a seguir esa decisión mientras no sea revertida, a menos que se demuestre que el derecho fue malentendido o mal aplicado en ese caso particular. Si una decisión se ha tomado sobre la base de un argumento serio y una deliberación madura, la presunción es a favor de su corrección, y la comunidad tiene derecho a considerarla como una declaración o exposición justa del derecho, y a regular sus acciones y contratos según ella. Por lo tanto, sería extremadamente inconveniente para el público si los precedentes no se tuvieran debidamente en cuenta y no se siguieran implícitamente. Cooley, T. M., *A Treatise on the Constitutional Limitations*, 7th. ed., Boston: Little, Brown and Co., 1903, ps. 83/84. La traducción me pertenece.

¹⁴ La muletilla de la Corte es la frase reversionada del siguiente modo: “es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos”. Aparece en Fallos: 248:115 (1960); 329:759 (2006); 337:47 (2014).

Luego, con invocación de Willoughby¹⁵ —otro reconocido académico de los Estados Unidos¹⁶—, el tribunal sostuvo que, si bien el principio de *stare decisis* en materia constitucional no es absoluto,

cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo [sic] debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes”¹⁷.

En su obra, Willoughby afirmaba que la doctrina del *stare decisis* no debería ser tan rígidamente aplicada en materia constitucional como en otras materias. Y agregaba que

en los casos de trascendencia puramente privada, el desiderátum principal es que el derecho siga siendo cierto y, por lo tanto, cuando se hubiera declarado judicialmente una regla y se hubiesen creado derechos privados en virtud de ella, los tribunales no se apartarán de la doctrina del *stare decisis*, salvo en los casos más claros de error. Sin embargo, cuando se trata de intereses públicos, y especialmente cuando se trata de una cuestión de construcción constitucional, la cuestión es otra. Un error en la redacción de una ley puede corregirse fácilmente mediante un acto legislativo, pero una Constitución y, en particular, la Constitución federal, solo puede modificarse con gran dificultad. Por tanto, un error en su interpretación únicamente puede corregirse a todos los efectos prácticos mediante el repudio o la modificación del tribunal de su decisión anterior¹⁸.

¹⁵ La cita de Willoughby que hace la Corte es inexacta, pues invoca el título “*On the Constitution*”, cuando la obra en realidad se titula *The Constitutional Law Of The United States*. En efecto, si se compulsula el volumen 1, página 74 de este título (que son las indicaciones de la cita que la Corte brinda) se corrobora que allí Willoughby explica lo que la Corte señala. Por lo demás, el tribunal no indica la edición que ha consultado. La paginación a la que alude, he podido comprobar, es de la edición del año 1929. Tales errores en la cita se arrastran en las sentencias de la Corte hasta el día de hoy.

¹⁶ En el caso “Brusa”, Maqueda afirma que Willoughby es quizá “el tratadista norteamericano que la Corte argentina cita con mayor frecuencia”. Fallos: 326:4816 (2003), voto concurrente de Maqueda, consid. 10.

¹⁷ El párrafo completo de la Corte Suprema argentina es el siguiente: “Sería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos (cf. Thomas M. Cooley citando al Canciller Kent, *Constitutional Limitations*, t. 1, pág. 116). Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas —conf. Willoughby, *On the Constitution*, t. 1, pág. 74—, no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes”.

¹⁸ “In cases of purely private import, the chief desideratum is that the law remains certain, and, therefore, where a rule has been judicially declared and private rights created thereunder, the courts will not, except in the clearest cases of error, depart from the doctrine of *stare decisis*. When, however, public interests are involved, and especially when the question is one of constitutional construction, the matter is otherwise. An error in the construction of a statute may easily be corrected by a legislative act, but a Constitution and particularly the Federal Constitution, may be changed only with great difficulty. Hence an error in its interpretation may for all practical purposes be corrected only by the court's repudiating or modifying its former decision”.

Como se ve, en realidad la Corte asume un estándar más gravoso que el establecido por el propio Willoughby: mientras el tribunal exige, en materia constitucional, una “causa grave”, una decisión “claramente errónea”, el académico admitía, en principio, cualquier error en la interpretación constitucional. Reservaba el error claro, manifiesto, para las causas en las que se vieran comprometidos intereses privados.

Cabe destacar que el razonamiento de Willoughby sobre el estándar más flexible de *stare decisis* en materia constitucional es muy similar al que consagra el juez Brandeis en su famosa disidencia en *Burnet v. Colorado Oil Gas & Co*¹⁹. No obstante, a pesar de que esa sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos era relativamente contemporánea a “Baretta” —es de 1932— y a pesar de que la Corte argentina decidió mirar a su par norteamericano al sentar doctrina sobre el cambio de precedente, tal disidencia no aparece citada ni en “Baretta” ni en ninguna sentencia posterior sobre el tópico.

Con todo, la influencia estadounidense en la materia es innegable, al punto que la Corte alude a un supuesto *stare decisis* constitucional que existiría en Argentina y que la lleva a mantener su precedente como regla general. En efecto, la transcripción y cita de Cooley (indirectamente, de Kent) y de Willoughby, no solo se repetirá en el discurso del máximo tribunal en varias ocasiones²⁰, sino que también recibirá acogida en múltiples tribunales inferiores y locales²¹.

El estándar de “Baretta” implica que como principio general el precedente debe mantenerse, a menos que tal decisión sea *claramente errónea* o *inconveniente* o que existan *causas graves* que hagan ineludible el cambio. La Corte delineó ciertos factores que justifican el cambio, pero, sobre todo, consagró la exigencia de que el cambio sea ineludible: que no haya otro camino, que sea indispensable modificar o abandonar ese precedente. Esto conlleva el reconocimiento de que la estabilidad es la regla.

“Baretta”, como se anticipó, será posteriormente invocado en diversas oportunidades en las que la Corte modificaría su criterio. Ello sucederá, por ejemplo, en “Ferrocarril del Sud c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales”²². Pero también la Corte lo traerá a colación cuando lo que quiere hacer es justificar el mantenimiento de su precedente. Así, en “Mario B. Gabiña c/Provincia de Buenos Aires”²³ —oportunidad en la que la Corte debía evaluar la constitucionalidad de un impuesto provincial sobre un bien inmueble—, al igual que en

¹⁹ 285 U.S. 393, 406 (1932). Para un análisis exhaustivo de esta disidencia, véase Legarre, S., “La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema argentina y el *stare decisis*”, *Derecho Público Iberoamericano*, 2014, n° 4, pp. 237-254.

²⁰ Fallos: 339:1077 (2006); Fallos 337:47 (2014) y Fallos: 342:761 (2019).

²¹ Tan solo por poner algunos ejemplos, en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 13/02/2015, “SADAIC EN J° 241173/50183 SADAIC c/Park Vendimia Suites p/ cobro pesos p/ rec. Ext. de inconst. – casación”, expte. N° 112765; Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 28/9/2016, “Quiroga, Claudia Beatriz c/ Ribolzi Silvio Reinaldo p / divorcio vincular contencioso”, expte. 1000/10/4F-80/15; Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 28/9/2016, “C., J.A. c/ A. SA y otra s/ accidente”, expte. N° 23187-C-2013 (voto del juez Panizzi).

²² Fallos: 192:414 (1942), 2 edición 192:279 (en la colección oficial solo figura el sumario, pero en nota al pie se cita el tomo y página de “Baretta”).

²³ Fallos 209:431 (1947).

“Baretta” (y con cita de ese precedente), el tribunal invocó una decisión previa que consideraba plenamente aplicable al caso que estaba resolviendo y aclaró que no había motivos para modificar ese criterio. Indicó:

Que la doctrina de los precedentes citados basta para la solución del caso de autos e impone el acogimiento de la demanda. No se han planteado en efecto, en el curso del juicio cuestiones diferentes a las analizadas por el Tribunal en los recordados antecedentes, y si bien es cierto que la autoridad de la jurisprudencia no es siempre decisiva, no lo es menos la evidente conveniencia de su estabilidad en tanto no se alleguen fundamentos o medien razones que hagan ineludible su modificación.

En “Sánchez”²⁴, Zaffaroni y Argibay citaron “Baretta” en su voto concurrente, para justificar el apartamiento de la doctrina del precedente “Chocobar”. Afirmaron que si bien eran conscientes de que eso alteraba la continuidad que debe regir en los precedentes, se configuraba la salvedad que ya se había esbozado en “Baretta”, de que la Corte podría apartarse del precedente si hubiera causas graves que hicieran ineludibles el cambio de criterio (consid. 3º). Según los ministros, eso sucedía en el caso porque el argumento central del tribunal presentaba falencias de gran magnitud. Más tarde lo citaría Fayt en su voto en “Rodríguez Pereyra”²⁵, para reconocer la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma de oficio, y abandonar así algunos precedentes en los que se había negado tal potestad. Lorenzetti haría lo propio en su voto concurrente en “Ingenieros, María Gimena c/ Techint”²⁶, para fundar el mantenimiento de los precedentes “Larrabeiti Yañez” y “Villamil”, en los que la Corte había declarado que no eran imprescriptibles las acciones resarcitorias civiles por delitos de lesa humanidad. Finalmente, Maqueda en “CEPIS”²⁷ incluye una alusión genérica al valor del precedente para fortalecer las decisiones previas de la Corte sobre procesos colectivos. De este modo, el estándar se sigue utilizando tanto para fundar el cambio de criterio como para aplicar el principio general que ordena seguir el precedente.

III.2 Las razones de justicia

En 1960 la Corte aludió, por primera vez, a “razones de justicia” que podrían fundar la revisión de la jurisprudencia. Esta vez la Corte pretendía dejar de lado su precedente. Así, en “García de Thorndike”²⁸, señalaba:

²⁴ Fallos: 328:1602 (2005).

²⁵ Fallos 335:2333 (2012).

²⁶ Fallos: 342:761 (2019).

²⁷ Fallos: 339:1077 (2006).

²⁸ Fallos: 248:115 (1960).

Que no es obstáculo insalvable para la solución a que se llega la circunstancia de que ella se aparte de la doctrina de anteriores pronunciamientos de esta Corte. Porque si bien la permanencia de la jurisprudencia es deseable, con fundamento en la preservación de la seguridad jurídica, no debe obstar a su revisión cuando medien razones de justicia suficientes al efecto²⁹.

La Corte matiza su postura respecto del cambio del precedente y, sin mención de “Baretta”, abandona su criterio con la invocación de un estándar abstracto como el de razones de justicia suficientes. Aún más, parece suavizar la regla general, al postular que la permanencia del criterio es “deseable”.

III.3 La disidencia de Petracchi, que se convierte en regla en “Barreto”. Nuevamente, la influencia norteamericana

En 1990, en “Montalvo”³⁰ (uno de los varios giros jurisprudenciales de la Corte sobre tenencia de estupefacientes para consumo personal), el juez Petracchi en disidencia mantuvo el lineamiento de “Baretta”, pero incorporó ciertos parámetros desarrollados en la Suprema Corte de los Estados Unidos y los aplicó a la doctrina sobre abandono del precedente de la Corte Suprema argentina (consids. 15 y 16). Sostuvo que el principio general que lleva al seguimiento del precedente

no debe ser considerado como una regla absoluta ni rígida, que impida toda modificación en la jurisprudencia de la Corte, pues los tribunales “...no son omniscientes. Como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión...” (voto en disidencia del juez Black *in re* “Green vs. U.S.”, 356 U.S. 165, pág. 195). Sin embargo, tal como lo señaló la Corte en el mencionado caso “Baretta”, tienen que existir “causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio”.

A pesar de que tales afirmaciones son muy cercanas a la disidencia del juez Brandeis ya referida, nuevamente se omitió su invocación. Se citó, en cambio, un precedente posterior de la Suprema Corte de Estados Unidos. Luego, el ministro indicó que, entre las causas para fundar un cambio de criterio, la Suprema Corte de los Estados Unidos había destacado dos de particular relevancia:

²⁹ Las razones de justicia a las que luego alude la Corte no son demasiado específicas ni suficientes: señala que ello acontece en el caso “porque el fallo que se confirma acuerda derechos a cuyo desconocimiento, por tratarse de materia de previsión social, no debe llegarse sino con extrema cautela”. Y agrega que como no hay previsión legal expresa, la decisión se encomienda a la prudente interpretación judicial que puede “inclinarse por la tesis que mejor exprese el estado de la evolución del problema jurídico en debate”.

³⁰ Fallos: 313:1333 (1990).

ha considerado que no existen razones importantes para mantener un precedente que se considera erróneo, cuando el posterior desarrollo jurisprudencial del tribunal ha convertido a aquél en una mera expresión aislada que no forma parte de la corriente doctrinaria dominante [y] que corresponde apartarse de determinada jurisprudencia cuando las ‘lecciones de la experiencia’ o las ‘cambiantes circunstancias históricas’ han demostrado lo erróneo de la solución contenida allí.

La mayoría de las referencias a la Suprema Corte de Estados Unidos que hace Petracchi constituyen disidencias y, por ende, no configuran la doctrina oficial del tribunal del norte sobre el tópico. En verdad, es discutible si hay una doctrina “oficial” del *stare decisis* en la Corte de Estados Unidos. Es que también allí la procedencia del abandono del precedente horizontal y las razones que lo justifican es un asunto muy discutido. El discurso del tribunal al respecto ha variado considerablemente. En esta línea, Starger muestra dos grandes tendencias sobre *overruling* en el máximo tribunal del Norte: la que aplica un *test* débil de *stare decisis* —que admite el abandono del precedente que sea erróneo o mal razonado— y la que aplica un *test* fuerte de *stare decisis* —que requiere una justificación especial para abandonar el precedente, diversa de si fue bien o mal razonado³¹. A este escenario se suman quienes consideran que solo el precedente manifiesta o demostrablemente erróneo amerita ser abandonado³². Lo cierto es que la Corte argentina parece adherir al estándar débil del *stare decisis*, al admitir que el precedente erróneo habilita un cambio de criterio, pero restringe esa flexibilidad al exigir que el cambio sea ineludible y que las causas sean graves.

Las afirmaciones y citas del Petracchi disidente en “Montalvo” se transformaron en el discurso mayoritario de la Corte argentina en el caso “Barreto”³³. En esa oportunidad, la Corte redefinió el concepto de “causa civil” para la procedencia de su competencia originaria. En el considerando 4º, replicó lo que había sostenido Petracchi en “Montalvo”, a la vez que se remitió a él y a sus citas. Pero también incorporó los estándares de “Baretta” (causas graves, ineludibles) y de “García de Thorndike” (razones de justicia). Se consagraron entonces, en el discurso del tribunal, ciertos factores de cambio de precedente provenientes de la Suprema Corte de Estados Unidos, tales como (i) el carácter erróneo de la decisión; (ii) las lecciones de la experiencia o (iii) las cambiantes circunstancias históricas. La Corte sostuvo que:

tienen que existir “causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio” o es necesario que “medién razones de justicia al efecto”, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada

³¹ Cfr. Starger, C. (2014). “The Dialectic of Stare Decisis Doctrine”, en Peters, C. J. (ed.), *Precedent on the U.S. Supreme Court*, 2014, pp. 19-45.

³² Por ejemplo, NELSON, C., “Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents”, *Virginia Law Review*, vol. 87, n° 1, 2001, pp. 1-84. Es también la concepción del juez Thomas de la Suprema Corte, como queda reflejado en sus votos en los recientes casos *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. ____ (2020) y *Gamble v. US*, 587 U.S. ____ (2019).

³³ Fallos 329:759 (2006).

apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido.

III.4 La carga argumentativa del cambio: “Arte Radiotelevisivo” y “Schiffrin”

En “Arte Radiotelevisivo”³⁴ —sentencia del 2014— la Corte volvió a aplicar los estándares de “Baretta” (incluso retomó las citas de Cooley y Willoughby sobre el *stare decisis* constitucional). Pero aquí la diferencia era que la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que se estaba recurriendo, invocaba y se fundaba en el precedente de la Corte. Además, una de las partes —el Estado Nacional— había intervenido en la causa en la que se había dictado el precedente aplicable. Esto provocó que la Corte se explayase un poco más sobre las cargas argumentativas del cambio de precedente.

Es así que agregó un estándar, no para fundar el cambio, sino para fundar la pretensión de que la Corte revise su precedente. En efecto, extendió la autoridad de sus fallos a todas las partes del juicio. Sostuvo entonces que quien pretendiera del máximo tribunal un nuevo examen de una cuestión constitucional, debía

exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable.

De este modo, el tribunal aludió a una argumentación nítida, inequívoca y concluyente que demostrase que existen causas graves que no dejen otra alternativa más que el cambio del precedente (que lo vuelvan, una vez más, “ineludible”). Como surge de estos estándares, la Corte confirmaba que el seguimiento del precedente es el principio general y que no cualquier causa habilita su revisión, sino que deben ser causas graves que tornen el cambio ineludible.

Acto seguido, la Corte se refirió a esa argumentación como una “carga argumentativa calificada” y señaló que ella se profundiza cuando la parte que integra la *litis* hubiera intervenido en la causa en la que se hubiera dictado el precedente. Hasta aquí, de todos modos, el tribunal parecía colocar un deber de argumentación en cabeza de la parte que solicita la revisión, pero no aclaraba si el mismo deber recae en el tribunal cuando es él mismo el que quiere abandonar su propio precedente.

Sobre esto último se pronunciará finalmente en “Schiffrin”³⁵, con ocasión de reevaluar la constitucionalidad de la reforma constitucional que incorporó el límite de 75 años para el cargo de juez. Allí, la Corte se autoimpuso la carga argumentativa de justificar por qué habría de abandonar un precedente (considerando 6º). Señaló:

³⁴ Fallos 337:47 (2014).

³⁵ Fallos 340:257 (2017).

6º) La autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores. Así, en Fallos: 183:409 se estableció que el Tribunal no podría apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio.

7º) Que el juicio de ponderación en casos de relevancia institucional debe identificar una serie de principios claros y estables, que son los siguientes: a) el precedente de la Corte Suprema tiene un valor que obliga a ser seguido y respetado, salvo que exista una situación de excepción que exija una argumentación suficiente.

(...)

9º) Que es necesario precisar que los precedentes deben ser mantenidos por esta Corte Suprema y respetados por los tribunales de grado, por una importante y evidente razón de seguridad jurídica.

La carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada.

III.5 Síntesis

Como conclusiones generales de esta primera parte, cabe resaltar que la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos ha sido la principal fuente de inspiración para los estándares de alteración del precedente diseñados por la Corte Suprema argentina.

La Corte Suprema argentina ha definido que el principio general es el seguimiento de sus precedentes, y el cambio, la excepción. Sin perjuicio de ello, ha admitido que ciertos factores —como la inconveniencia, las lecciones de la experiencia, la justicia o el carácter erróneo de la decisión— habiliten el cambio. Pero, finalmente, ha acompañado estos factores de otras dos exigencias: a) que el cambio sea ineludible; b) que se proporcione una argumentación suficiente, nítida, concluyente en favor de ese cambio, a cargo de quien se aparte o pretenda el apartamiento del precedente.

IV. Lo que la Corte hace

IV.1 El peor escenario: la Corte no se hace cargo de que abandona un precedente

La actitud más irrazonable que un tribunal puede asumir respecto de su propio precedente es ignorarlo. Sea consciente o inconscientemente, esto es, a sabiendas de que existe un

precedente aplicable o sin siquiera preocuparse por encontrarlo, el peor escenario en el que se produce el abandono de un precedente es aquel en el que el tribunal no se hace cargo de que eso es precisamente lo que está haciendo.

En estos supuestos, uno se entera de que ese abandono se configura por pura casualidad, porque conocía el precedente anterior o —como sucede muchas veces— porque ello queda de manifiesto en el voto disidente, que efectivamente menciona el precedente y propone mantenerlo.

A continuación, proporcionaré tres ejemplos de sentencias recientes en los que este abandono solapado ha tenido lugar.

a) De “Camps”³⁶ a “Simón”³⁷

En el caso “Simón”, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida, e implícitamente abandonó con esa decisión su anterior jurisprudencia en la materia. En efecto, en “Camps” y otros precedentes posteriores, el tribunal se había pronunciado en favor de la constitucionalidad de esas normas³⁸. A pesar de ello, en “Simón”, la Corte no dejó constancia expresa de ese abandono ni brindó la argumentación tendiente a demostrar que era ineludible y justificado.

Aún más: la Corte Suprema no solo hizo caso omiso de la existencia de los precedentes, sino que hizo algo más reprochable. Muchos de los ministros que integraron la mayoría de decisión citaron, en sustento de su posición, las disidencias del precedente “Camps”. Es decir, invocaron votos minoritarios para fundar la nueva postura mayoritaria, sin advertirle al lector, de modo prístino, que lo que estaban invocando eran disidencias, y sin indicar por qué la postura que había triunfado en ese precedente debía ser abandonada.

Así, por ejemplo, en su voto en “Simón”, el juez Petracchi aludió a su propia disidencia en “Camps”, en referencia a las supuestas falencias que presentaba la ley cuestionada en cuanto a su formulación. Afirmó:

que la ley mencionada presentaba falencias serias en cuanto a su formulación, las cuales fueron señaladas al examinar su compatibilidad con la Constitución Nacional en el precedente de Fallos: 310:1162 (conf. voto del juez Petracchi). Como se indicó en esa oportunidad, la ley 23.521 presentaba la particularidad de que no establecía regla alguna aplicable a hechos futuros y, de este modo, no cumplía con el requisito de generalidad propio de la función legislativa, infringiendo, por lo tanto, el principio de división de poderes. Asimismo, tal como se destacó en ese momento, no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto, tal como

³⁶ Fallos: 310: 1162 (1987).

³⁷ Fallos: 328:2056 (2005).

³⁸ Fallos 311:401 (1988); 311:816 (1988); 311:890 (1988); 311:1085 (1988); 311:1095 (1988); 312:111 (1989); 315:2988 (1992); 316:532 (1993); 316:609 (1993); 316:2171 (1993) y 321:2031 (1998).

ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional. (Considerando 13)

Como surge de la transcripción efectuada, Petracchi invocó razones por las cuales la norma cuestionada sería inconstitucional. Para ello, se remitió a su propio voto en la causa “Camps”. Pero, al citarlo, no indicó que ese voto constituía una disidencia; mucho menos dio cuenta de que en la causa “Camps” se había resuelto exactamente lo opuesto de lo que él estaba afirmando en ese acápite. Es decir, no solo no afrontó el deber argumentativo de refutar el precedente, sino que lo utilizó en su favor, a partir de la confusa invocación de su disidencia.

El juez Boggiano adoptó una actitud similar. En los considerandos 24 y siguientes de su propio voto, se refirió a los precedentes en los que se había declarado la constitucionalidad de las normas ahora cuestionadas (entre ellos, mencionó “Camps”). Pero seguidamente invocó la disidencia de Bacqué en ese último precedente. Desarrolló, entonces, extensamente los argumentos de la disidencia en el precedente aplicable y se adhirió a ellos. Nada dijo sobre la decisión concreta a la que arribó la Corte en ese precedente ni sobre los argumentos del voto mayoritario que era, recordemos una vez más, la doctrina oficial de la Corte, aplicable en supuestos similares. En el considerando 79, Boggiano volvió a citar la disidencia del juez Bacqué en “Camps” y se remitió a los precedentes estadounidenses que este último allí mencionaba.

En el voto de Highton de Nolasco ocurrió lo mismo, esta vez, con cita de las dos disidencias en “Camps”: la de Petracchi y la de Bacqué. Así, la ministro afirmó, en el considerando 19, que

en efecto, en lo que atañe a la ley 23.521, resulta insoslayable que la presunción *iure et de iure* de inculpabilidad que se establece en su art. 1° implica una lisa y llana violación a la división de poderes, por cuanto el Poder Legislativo se ha arrogado facultades propias del Poder Judicial al imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos que les competía juzgar, impidiéndoles que, en ejercicio de atribuciones propias y excluyentes, los magistrados judiciales examinaran las circunstancias del caso y determinaran en cada supuesto concreto si efectivamente en él se daban las situaciones que aquella ley preanunciaba dándolas por sentado, sin admitir prueba en contrario (conf. disidencias respectivas de los jueces Petracchi y Bacqué en Fallos: 310:1162).

Lorenzetti incurrió en la misma omisión. En en el considerando 24, afirmó que

Esta ley presenta varias objeciones constitucionales relevantes.

En primer lugar, impone a los jueces una determinada interpretación de los hechos sometidos a su conocimiento en una causa o controversia (opinión del ministro Bacqué en su disidencia en Fallos: 310:1162)...

Por su parte, Maqueda mencionó “Camps” y los precedentes posteriores e indicó que allí se declaró la validez constitucional de la ley de obediencia debida. No obstante, luego asumió la postura diametralmente opuesta a los precedentes que acababa de invocar, sin explicar las razones por las cuales el cambio era ineludible.

Solo el juez Fayt, que votó en disidencia, mencionó la existencia del precedente “Camps”, el sentido de la decisión allí tomada y la multiplicidad de precedentes posteriores en los que se había confirmado esa decisión. Citó, en efecto, los precedentes 311:80, 715, 728, 734, 739, 742, 743, 816, 840, 890, 896, 899, 1042, 1085, 1095 y 1114; 312:111, “entre muchos otros”. Asimismo, dejó asentado que en la causa “ESMA” la propia Corte sostuvo que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no era aplicable retroactivamente.

Fayt señaló, con acierto, que “antes de considerar los argumentos invocados tanto en la sentencia apelada como en el dictamen del señor Procurador General”, se imponía considerar esa línea jurisprudencial. Lamentablemente, fue el único que se hizo cargo de tal *iter* argumental.

Al refutar la sentencia de cámara indicó que

el tribunal *a quo* no explica cómo este cambio jurisprudencial y constitucional [relativo al valor del derecho internacional en el derecho interno] es capaz de alterar lo resuelto por este Tribunal en la causa “ESMA” y en las que la sucedieron. Y no logra explicarlo porque sencillamente no lo altera...

Estas apreciaciones de Fayt en contra de la sentencia del tribunal inferior son perfectamente aplicables a los votos que conformaron la mayoría de decisión en “Simón”.

En otras palabras, ante la existencia de cuantiosos precedentes en un sentido, al menos hace falta reconocer su existencia y rebatir su solución, si se quiere adoptar el criterio opuesto. Pero, como se ha visto, nada de eso sucedió en la multiplicidad de votos que integraron la mayoría de decisión.

Un tribunal no puede, en un caso, desplegar un abanico de motivos para sostener “A” y, años después, livianamente sostener “-A” sin siquiera dejar sentado que el mismo tribunal está cambiando de criterio. Mucho más objetable es que la mayoría de decisión invoque a quienes constituyeron minoría en el precedente anterior y no se haga cargo de refutar ese precedente. Es una práctica que solo confunde a quien lee la sentencia: tanto la mayoría como la minoría en “Simón” invocan “Camps”, pero en sentidos opuestos, debido a que unos se refieren a la decisión oficial del tribunal, mientras que otros hacen suyos los argumentos de las disidencias.

b) De “Portal de Belén”³⁹, “Sánchez, Elvira”⁴⁰ y “T.S. c/GCBA” a “F., A. L.”⁴¹

En el caso “F., A. L.” la Corte resolvió que el inciso segundo del artículo 86 del Código Penal debía interpretarse en el sentido de que “no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima” (consid. 18). Para arribar a esa decisión y, en consecuencia, negar o restringir sustancialmente el derecho a la vida de la persona por nacer, la Corte debió contradecir diversos precedentes horizontales en los que había reconocido expresamente ese derecho. Lo hizo, una vez más, sin hacerse cargo de ellos ni justificar la distinción o asumir la contradicción y el consecuente abandono de la interpretación que la Corte venía sosteniendo⁴².

Un caso que sin duda hubiera merecido invocación por parte de la Corte era “Portal de Belén”⁴³. Es cierto que su plataforma fáctica y jurídica difería de la debatida en “F.A.L.”: allí se discutía si un fármaco era abortivo por cuanto impedía el anidamiento y, en consecuencia, si su fabricación, distribución y comercialización eran compatibles con la Constitución y los tratados internacionales. Sin embargo, en esa oportunidad la Corte había interpretado las obligaciones internacionales del Estado argentino en relación con la protección de la vida desde la concepción de un modo incompatible con la interpretación que propuso luego el tribunal en “F.A.L.”. Allí se sostuvo (i) que “el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario”; (ii) que el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos obligaba a proteger los derechos esenciales; (iii) que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva y garantizado por la Constitución Nacional y (iv) que, en consecuencia, todo método que impidiera el anidamiento debía considerarse como abortivo y, por ende, prohibido, pues lo contrario no solo iría en contra de la Constitución, sino que también vulneraría estándares de protección de los derechos humanos sostenidos por la Corte IDH.

Ya en “Saguir y Dib”⁴⁴ la Corte había afirmado que el derecho a la vida estaba garantizado en la Constitución Nacional y, de hecho, en “Portal de Belén” invocó ese precedente⁴⁵. Fundar el apartamiento era imprescindible para que el discurso del tribunal mantuviera

³⁹ Fallos: 325: 292 (2002).

⁴⁰ Fallos: 330:204 (2007).

⁴¹ Fallos: 335:197 (2012).

⁴² Por tal motivo, se ha calificado a “F.A.L.” como un giro jurisprudencial copernicano e, implícitamente, se atribuye tal variación al cambio en la composición del tribunal. Cfr. ZAMBRANO, Pilar; SACRISTÁN, Estela B., “El derecho a la vida y el aborto”, en RIVERA, Julio C. (h); ELÍAS, José S.; GROSMAN, Lucas; LEGARRE, Santiago (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 656.

⁴³ Fallos: 325: 292 (2002).

⁴⁴ Fallos: 302:1284 (1980).

⁴⁵ García-Mansilla critica expresamente que la Corte hubiera ignorado sus propios precedentes, por no haberse hecho cargo de “Saguir y Dib”. GARCÍA-MANSILLA, Manuel, “Las arbitrariedades del caso ‘F., A. L.’. Omisiones, debilidades y (ho)(e)rrores del ‘Roe v. Wade’ argentino”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, tomo XXXIX, 2012, parte II, p. 11. Disponible en <https://www.ancmip.org.ar/categoria.asp?id=493>, última visita el 5-10-2021.

coherencia: debía justificar por qué la cuestión controvertida en “F.A.L.” merecía otra interpretación o el abandono de la anterior. No obstante, ni siquiera hizo mención del precedente.

Por otra parte, la interpretación constitucional, normativa y del derecho de los derechos humanos que efectúa la Corte en “F.A.L.”, respecto de la persona por nacer, su condición jurídica y sus derechos, se opone radicalmente a la conclusión a la que el tribunal había arribado en “Sánchez Elvira”⁴⁶. Allí la Corte había reconocido a la actora, quien había percibido el beneficio previsto por ley por el fallecimiento de su hija como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, el derecho a percibir ese mismo beneficio por el fallecimiento de su nieta no nacida. En esa oportunidad, entonces, el máximo tribunal confirmó que el artículo 63 del Código Civil señalaba como especie del género “persona” a las “personas por nacer” (aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno”). El tribunal reconoció expresamente el carácter de “persona” de las personas por nacer.

En “F.A.L.” la Corte tampoco transitó esa vía argumentativa: omitió referirse tanto al comienzo de la vida humana —aspecto examinado con profundidad en “Portal de Belén” desde una perspectiva científica— como al estatus de la persona por nacer —sobre el cual ya había definido su postura en los precedentes mencionados—. Se trataba de dos cuestiones sustanciales que hubieran determinado una resolución contraria del caso.

Pero indudablemente un precedente del que el tribunal no podía desentenderse era “T.S. c/GCBA”⁴⁷. Aquí sí nos ubicamos frente a una plataforma fáctica similar a “F.A.L.”: se trataba de una mujer embarazada que había solicitado el adelantamiento del parto por cuanto su bebé había sido diagnosticado de anencefalia y, por ende, no tendría posibilidad alguna de sobrevivir luego del nacimiento. Esto le provocaba, al decir de la mujer, un daño en su salud física y psíquica (como también se argumentó en favor de la menor en “F.A.L.”) y encuadraba el caso en el inciso 1° del artículo 86 del Código Penal. La Corte, finalmente, autorizó el nacimiento prematuro, cuidándose específicamente de dejar a salvo, en reiteradas oportunidades, la protección del derecho a la vida del niño desde la concepción, amparada por la Constitución argentina y por los tratados internacionales. En este sentido, el tribunal destacó que el nacimiento anticipado no significaba, de ningún modo, dar muerte al niño por nacer, porque la muerte, de producirse, se daría por la anencefalia que padecía, luego de nacido vivo el niño, gracias al estado avanzado del embarazo.

En múltiples ocasiones señaló el tribunal que no estaba autorizando el aborto, que la práctica que se estaba autorizando no provocaría la muerte del feto, pues lo contrario iría en contra del derecho a la vida desde la concepción que le asiste a la persona por nacer, en virtud de la Constitución y de los tratados internacionales de los que Argentina es parte.

En definitiva, el tribunal se cuidó de distinguir la práctica del aborto —tendiente a provocar la muerte de la persona por nacer y prohibida por los tratados internacionales y la

⁴⁶ Sobre esto, véase ZACAGNINO, María Eugenia, “Teoría de la argumentación jurídica (II)”, en SACRISTÁN, Estela B. (dir.), *Manual de Jurisprudencia y Doctrina*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 714, con cita de ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, ATIENZA, Manuel; ESPEJO, Isabel (trads.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁴⁷ Fallos: 324:5 (2001).

Constitución— del nacimiento anticipado que estaba autorizando, que no ponía en peligro alguno la vida del no nacido y que se realizaría en condiciones dirigidas a preservar su vida. En efecto, sostuvo que

el alumbramiento sólo pondrá en evidencia que no puede sobrevivir en forma autónoma, sin que la solución que aquí se adopta afecte la protección de su vida desde la concepción tal como lo establecen el art. 2 de la ley 23.849 —aprobatoria sobre la Convención de los Derechos del Niño— y el art. 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—. Todavía se encuentra vivo dentro del vientre de otra persona, su madre, de quien se diferencia desde aquel momento y no a partir de su nacimiento.

Queda de manifiesto que, en sus precedentes, la Corte había interpretado el plexo constitucional y convencional y considerado que este protege la vida del no nacido desde la concepción, sin autorizar una práctica que pudiera provocar su muerte, más allá del peligro a la salud psíquica de la madre. Es, entonces, también evidente que la Corte no pudo haber sostenido exactamente lo contrario en “F.A.L.” sin, cuanto menos, justificar debidamente el abandono de su criterio. Para esto, no bastaban afirmaciones dogmáticas de que ningún tratado internacional exigía restringir la interpretación del artículo 86. El tribunal debía encontrar y explicitar verdaderas razones para mutar su interpretación y restringir aquel derecho que, como vimos, había considerado natural y preexistente a cualquier otro, y que ella misma había reconocido expresamente pocos años atrás. Ciertamente no lo hizo.

c) De “Asociación Filantrópica Francesa”⁴⁸ a “Institutos Médicos Antártida”⁴⁹

“Asociación Filantrópica Francesa” e “Institutos Médicos Antártida” fueron causas que llegaron a la Corte con plataformas fácticas casi idénticas: en ambas, la mala praxis operada durante el nacimiento de dos niños les había provocado una severa e irreversible discapacidad. Las familias de esos niños demandaron al médico interviniente y a los hospitales respectivos en los que los nacimientos se habían producido y, luego de largos procesos, sus demandas prosperaron. Pero los institutos médicos se declararon en quiebra, motivo por el cual, en ambos procesos concursales, las respectivas familias solicitaban que se les reconociera a sus créditos un privilegio para cobrar con anticipación respecto de los demás acreedores, incluso de aquellos que contaban con créditos hipotecarios. Se invocaba, para fundar dicha pretensión, la inconstitucionalidad de la Ley de Concursos y Quiebras, por la ausencia de previsión de un privilegio crediticio en favor de la discapacidad.

En noviembre de 2018, la primera decisión de la Corte recayó en “Asociación Filantrópica Francesa”. Allí, con una mayoría de 3 sobre 2 (3-2), se declaró la constitucionalidad del

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R y otros*, 06/11/2018, Fallos 341:1511 (2018).

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/incidente de verificación*, 26/03/2019, Fallos 342:459.

régimen de quiebras. Cuatro meses después, la Corte se pronunció en el caso “Institutos Médicos Antártida”. También resolvió con una mayoría de 3 sobre 2 (3-2), pero, ante la excusación del ministro Rosenkrantz, intervino como conjuenza Graciela Medina. Esta vez la Corte entendió que el régimen de quiebras era inconstitucional, y otorgó un privilegio para el crédito del niño con discapacidad para cobrar con anterioridad a cualquier otro acreedor⁵⁰. En otras palabras, con una diferencia de cuatro meses, debido exclusivamente a un cambio circunstancial de composición del tribunal en uno de sus miembros por la excusación de un ministro, la Corte se contradijo a sí misma y resolvió exactamente lo opuesto a lo que había resuelto tan solo meses antes en un caso prácticamente idéntico.

Por supuesto, en tanto el cambio se operó pura y exclusivamente por la aleatoria casualidad de que uno de los ministros se excusó, la Corte no proporcionó argumentación alguna tendiente a justificar el cambio de criterio.

Como si fuera poco, el juez Maqueda, en su voto, invocó el precedente “Asociación Filantrópica”, pero no precisamente para justificar su abandono. En efecto, señaló:

Que las circunstancias fácticas y las cuestiones de fondo planteadas en la presente causa resultan sustancialmente análogas a las examinadas y resueltas en la causa “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidencia de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, *voto en disidencia del juez Maqueda (Fallos: 341:1511)*, en el que se hizo lugar al reclamo efectuado por los incidentistas, se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2° de la ley 24.522, y se verificó el crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. (considerando 6°).

El lector distraído caerá en la trampa de creer que el juez Maqueda estaba siguiendo estrictamente el precedente que la Corte dictó tan solo meses antes. El ministro, en primer lugar, señaló que las causas son sustancialmente análogas y luego indicó que se había hecho lugar al reclamo efectuado, se había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios en la ley de concursos y quiebras y se había verificado el crédito con privilegio especial.

No obstante, si se presta atención a lo que especialmente destaqué en la transcripción, Maqueda está haciendo referencia a su propia disidencia en ese caso. Omitió el pequeño detalle de que, como su voto fue disidente, lo que ocurrió en “Asociación Filantrópica” fue exactamente lo opuesto a lo que él dice que ocurrió: la Corte allí rechazó el reclamo efectuado, convalidó la constitucionalidad del régimen de privilegios, y denegó la verificación del crédito con privilegio.

Ese desprolijo uso de los precedentes tiene que ver con otro gran problema, que es el modo en el que se redactan y citan las disidencias: se escriben —y replican— como si fueran la

⁵⁰ No es posible efectuar aquí un análisis del fondo de la cuestión, para cuyo estudio me remito a lo señalado por Capdevila & Palazzo, 2020. El abordaje de esta díada de sentencias se realiza, en este trabajo, desde la perspectiva del precedente.

resolución del caso, en lugar de utilizarse tiempos verbales modales o dejar en claro que se trata de la opinión de uno de los ministros (disconforme con la del tribunal *in totum*)⁵¹.

En suma, el ministro invocó su propia disidencia para fundar su criterio personal, sin siquiera hacerse cargo de que la Corte recientemente había resuelto lo contrario y que, dejar de lado ese precedente, requería proporcionar la fundamentación adecuada, tal como la propia Corte se lo autoimpuso desde siempre.

El panorama empeora cuando se analiza el voto del juez Rosatti. El ministro hizo lo mismo que su colega, es decir, invocó su disidencia, *pero sin siquiera aclarar que se trataba de una disidencia*. De ese modo, afirmó, en el considerando 9º de su voto:

Que la cuestión que se plantea en autos presenta sustancial analogía con la examinada en mi voto en la causa “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros” (Fallos: 341:1511), cuyas consideraciones resultan de aplicación al caso en examen y a las que me remito —en lo pertinente— por razón de brevedad. En dicha oportunidad, a la luz de las especialísimas circunstancias del caso, se declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, párrafo 1º, 241 y 242, parte general, y 243, parte general e inciso 2º, de la ley 24.522, y se verificó a favor del incidentista un crédito con privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio.

Nuevamente, aparece el problema de que el ministro afirme que se hizo lo que no se hizo: en dicha oportunidad, ni se declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales ni se verificó a favor del incidentista ningún crédito con privilegio especial. Eso fue lo que Rosatti propuso en su voto, no lo que se hizo. Su criterio quedó en minoría y, por ende, la Corte precisamente hizo lo opuesto. Más allá del equivocado tiempo verbal, el ministro ni siquiera aclaró expresamente, entre paréntesis o de algún otro modo, que ese voto suyo al que aludía era una disidencia. Con lo cual se profundiza la confusión sobre la conjugación de los precedentes, dando una apariencia de armonía cuando, en realidad, lo que existe es una profunda contradicción en el discurso de la Corte.

La invocación de un precedente en esos términos es intolerable. Ante escenarios insólitos como este, en el que el máximo tribunal de un país emite dos sentencias diametralmente opuestas casi en simultáneo, uno se pregunta cómo es posible que se exija luego a los tribunales inferiores que conformen sus sentencias a los precedentes del máximo tribunal. ¿Cuál de los dos precedentes deberán seguir: el último o el dictado con la composición “natural” de la Corte? Quienes lean “Institutos Médicos”, ¿advertirán que aquello que

⁵¹ Sobre el particular, véase Vitetta, M., “Performatives in Argentine Supreme Court Dissents: A Jurilinguistic Proposal for Civilian Change Based on the American Common Law”, *Journal of Civil Law Studies*, en prensa. Disponible en https://www.academia.edu/53545347/Performatives_in_Argentine_Supreme_Court_Dissents_A_Jurilinguistic_Proposal_for_Civilian_Change_based_on_the_American_Common_Law?email_work_card=view-paper (último acceso el 4-10-2021).

algunos ministros de la Corte están diciendo que se resolvió en “Asociación Filantrópica” es exactamente lo contrario a lo que en realidad se resolvió?

IV.2 Un escenario más favorable, pero igualmente criticable: la Corte reconoce que abandona su precedente y proporciona una argumentación que, sin embargo, no cumple con sus propios parámetros o con criterios de razonabilidad

a) De “GCBA c/Chubut”⁵² a “GCBA c/Tierra del Fuego”⁵³

El cambio de precedente operado entre “GCBA c/Chubut” y “GCBA c/Tierra del Fuego” es un claro ejemplo de cambio de precedente explícito, pero mal fundamentado⁵⁴. La cuestión controvertida giraba en derredor del reconocimiento de competencia originaria en causas en las que la Ciudad de Buenos Aires se enfrenta con una provincia.

En 2003, en “GCBA c/Chubut”, la Corte había dicho que el hecho de que intervenga una provincia y, por ende, la causa no se pudiera radicar ante los tribunales federales inferiores, exigía reconocer la competencia originaria de la Corte en esos casos para conciliar la autonomía de la Ciudad con el privilegio de la provincia de litigar ante la Corte. Explícitamente se indicó que no se trataba de modificar el principio general, en virtud del cual no procede la competencia originaria de la Corte cuando la Ciudad es parte, sino de consagrar una subregla o una excepción a ese principio, y reconocer la competencia originaria cuando la Ciudad se enfrenta a una provincia, por los motivos expuestos.

En “GCBA c/Tierra del Fuego”, cuatro años después, la Corte sostuvo que “GCBA c/Chubut” era un caso aislado, que no había tenido seguimiento ulterior y, para fundar tal aserto, citó precedentes en los que el GCBA se había enfrentado al Estado Nacional, a entidades descentralizadas o a un particular. Es decir, citó precedentes de la regla general, no de la subregla. Desde ya que en aquellos supuestos no se había aplicado la solución de “GCBA c/Chubut”, justamente porque no se trataba del mismo caso. La primera conclusión a la que podemos arribar es, entonces, que la Corte argumentó un cambio de criterio sobre la base de precedentes que no eran aplicables, y dejó de lado el precedente que era estrictamente aplicable, sin justificar el cambio.

Pero luego la Corte brindó otra línea argumental contra “GCBA c/Chubut”, en un acápite en el que criticó la interpretación constitucional allí operada y la tildó de “artificial”, “objetable”, “inconsistente” y “elíptica”. Es decir, la argumentación en torno al abandono del precedente, lejos de ser jurídica, parece volverse emocional. Esto lleva a la segunda conclusión: no cumple con los estándares de argumentación y variación del precedente

⁵² Fallos: 326:2479 (2003).

⁵³ Fallos: 330:5279 (2007).

⁵⁴ He analizado con mayor detalle el cambio de precedentes en esta línea jurisprudencial —que también comprende la transición entre “GCBA c/Tierra del Fuego” y “GCBA c/Córdoba”— en Ratti, F., “La competencia originaria de la Corte Suprema y la Ciudad de Buenos Aires: análisis del cambio de precedente”, *República y Derecho*, 2021, n° 6, pp. 1-39, disponible en <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/213/111> (última visita el 5-10-2021).

aquella sentencia que simplemente critica el precedente anterior que consagra una de muchas interpretaciones constitucionales posibles, simplemente porque los actuales integrantes del tribunal están en desacuerdo con ella. Y menos cuando esa crítica incluye, como se vio, errores tales como la invocación de precedentes que no son aplicables al caso.

Como tercera conclusión, cabe analizar la postura de los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda. Ellos suscribieron la mayoría en ambos casos. Es decir, votaron en favor del reconocimiento de la competencia originaria en “GCBA c/Chubut” y, cuatro años después, negaron dicha competencia en “GCBA c/Tierra del Fuego”. Se acusaron a sí mismos, en esa segunda oportunidad, de ser elípticos, irrazonables, inconsistentes. No dieron ninguna explicación para ese cambio de postura personal. Esta omisión es inadmisibles en un tribunal que debe rendir cuentas y ser coherente en su discurso. Máxime si se considera que el motor del cambio de criterio fue precisamente la firma de esos tres ministros. Si ellos hubieran mantenido su postura original, el precedente “GCBA c/Chubut” habría persistido.

V. Conclusión: del dicho al hecho...

Las reglas o parámetros argumentativos para la modificación del precedente de la Corte están contenidas en una casuística considerablemente abstracta, pero relativamente consistente. No obstante, esta ponencia refleja la existencia de un problema jurídico en la actuación de la Corte respecto de su propio precedente.

En la teoría, la Corte se deja influenciar por el *stare decisis* norteamericano, reconoce que como principio general el precedente debe mantenerse, que deben existir causas graves para modificarlo y que el cambio solo procede cuando sea ineludible. En la práctica, abandona su precedente sin siquiera invocarlo o lo banaliza con descalificaciones, sin desarrollar verdaderos argumentos jurídicos que justifiquen el cambio.

En consecuencia, la doctrina del precedente de la Corte no permite anticipar, con cierto grado de previsibilidad, en qué circunstancias y por qué razones ella estaría dispuesta a modificar su precedente. Es evidente que ello menoscaba la seguridad jurídica, la igualdad, la legitimidad judicial y la coherencia. Además, impide en gran medida que el ordenamiento jurídico y, en definitiva, la sociedad puedan descansar en la estabilidad de los precedentes. Al mismo tiempo, debilita el precedente de la Corte frente a los tribunales inferiores, que se verán tentados a dejarlo fácilmente de lado, al corroborar que es la propia Corte la que, en primer lugar, no se lo toma en serio. En otras palabras, las malas prácticas de la Corte en el uso de sus propios precedentes impactan negativamente en los tribunales inferiores y, de modo indirecto, en la administración de justicia, porque un tribunal que no respeta sus propios precedentes ni las reglas que él mismo ha establecido para modificarlo no inspira confianza.

Por otra parte, aquello que causa perplejidad en los jueces inferiores será, a su vez, lo mismo que alentará la interposición de múltiples acciones judiciales: todos tendrán legítimas expectativas de ganar el juicio, pues existen precedentes del máximo tribunal que, al ser contradictorios, avalan sus pretensiones. Y siempre estará vigente la ilusión de que un nuevo cambio de composición “patee el tablero”.

La identificación de falencias e inconsistencias en el uso del precedente exige una propuesta superadora: una doctrina del precedente que, dentro de la aporía entre estabilidad y cambio existente en todo ordenamiento jurídico, aporte suficiente estabilidad y coherencia para que

el justiciable sepa a qué a atenerse y el tribunal inferior identifique el criterio del máximo tribunal y lo respete.

El primer paso en el camino hacia esa doctrina del precedente es que la Corte tome por hábito comenzar la resolución de un caso a partir de una adecuada reflexión sobre sus propios precedentes aplicables. Si estos existen, que siga el principio general que ella misma ha delineado, según el cual debe atenerse a ellos, salvo excepciones. Finalmente, si hay razones válidas para dejar de lado un precedente, que se haga cargo de argumentar debidamente en ese sentido.

Cómo citar: Encinas, G. (2021). Ponderación interlegal, ¿argumentación interjurídica?. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

PONDERACIÓN INTERLEGAL, ¿ARGUMENTACIÓN INTERJURÍDICA?

Gabriel Encinas

Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte

Introducción

Bastará invocar la desafiante cotidianeidad de la interrelación de ordenamientos jurídicos distintos (Derechos estatales, no-estatales, internacionales, transnacionales, supranacionales, además de otras regulaciones cuasijurídicas); supongo que estarán prestos a la memoria casos paradigmáticos de serios conflictos entre legalidades y que no se requieren mayores explicaciones sobre la globalización en el Derecho y el gran incremento de colisiones entre ordenamientos en esta época interdependiente.

Esto provoca profundas revaloraciones para nuestro pensamiento teórico-jurídico y, sugeriría, también para la argumentación jurídica. En la teoría del Derecho actual se ha consolidado un lugar privilegiado para el pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico es *mainstream*.¹ Esto es notable,² ya que con el pluralismo jurídico se llama la atención no sólo sobre la *multiplicidad* de ordenamientos, sino además sobre la potencial *diversidad* de concepciones (o conceptos) de Derecho que se interrelacionan.³ Como crítica, se apunta que el pluralismo jurídico tiene mayor potencial desde una *perspectiva de observador* y que exhibe limitaciones para responder a la *perspectiva de los participantes* (i.e., ¿qué debemos hacer, especialmente desde lo jurídico?).⁴ Sin embargo, también es cierto que el pluralismo

¹ Véanse las contribuciones en Roughan, N., y Halpin, A. (eds.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

² Sin poder tematizar aquí las migraciones del término pluralismo jurídico, cabría recordar sus orígenes en los debates antropológico-jurídicos de finales de la década de 1960 para reconocer el *Otro* del *Derecho oficial*. Para un excelente abordaje de la historia conceptual del pluralismo jurídico, véase Seinecke, R., *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, pp. 49 y ss.

³ Se enfatiza críticamente la diferencia entre ambas dimensiones, *multiplicidad* y *diversidad*, en Tamanaha, B. Z., “The Promise and Conundrums of Pluralist Jurisprudence”, *Modern Law Review*, 82 (1), 2019, pp. 159-179. Por otra parte, entiendo la aludida distinción (reconducible a Rawls y después a Putnam) entre *concepto* y *concepciones* (en este caso, del Derecho) en el sentido precisado por Rainer Forst, con un concepto como encapsulación de “contenidos semánticos centrales” y las concepciones como “interpretaciones específicas de los elementos que se incluyen en el concepto”. Véase Forst, R., *Toleration in Conflict: Past and Present*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 17. Con todo, mi formulación pretende admitir algún margen para discutir si hay casos donde se interrelacionan no sólo concepciones distintas, sino conceptos distintos de Derecho.

⁴ Una versión aguda de esta crítica apuntaría que el pluralismo jurídico pretende “externalizar” las colisiones jurídicas a la política. Siendo justos, hay versiones de pluralismo jurídico (o “pluralismo constitucional”) que se aproximan a ello, como podría ser el caso de la primera postura que Neil MacCormick esgrimió sobre el

jurídico posee una “contraparte fenomenológica” identificada como “interlegalidad” por Boaventura de Sousa Santos: esa “intersección de ordenamientos jurídicos distintos” que es elemento constitutivo, y no accidental, de nuestra experiencia y convivencia en el marco del Derecho.⁵

Precisamente, la interlegalidad será entendida como una invitación para abordar el pluralismo jurídico desde la perspectiva de los participantes. Entre la variedad de posibilidades para ello, cabe apostar por compaginar la investigación sobre el razonamiento y la argumentación jurídica en esta dirección. Así, este artículo está animado por la relevancia de un fértil campo de investigación que podría denominarse “razonamiento interlegal” o “argumentación interjurídica”. Tal campo sólo podría ser resultado de algún proyecto de investigación bastante más amplio. En este escrito presentaré una de sus prácticas características, recurrentes y de gran relevancia: la *ponderación interlegal*.

Anticipando, ponderación interlegal es toda ponderación en cuanto patrón o estructura argumentativa donde se incluyan normas o consideraciones normativas con origen en ordenamientos jurídicos y normativos diversos. Idealmente, tal incorporación de consideraciones normativas “externas” en el razonamiento jurídico se realizaría explícitamente, con sinceridad y buena fe, aun – especialmente – en el caso de que, al final de la ponderación, el resultado fuese no aplicarlas. Esto podría ocurrir en tres casos: por asignar a las consideraciones normativas “externas” un peso o importancia comparablemente menor que las otras consideraciones en pugna, por reconocer indeterminación o paridad ante las consideraciones en pugna, o debido a la presencia de restricciones formales-competenciales inderogables.

Así, la ponderación interlegal como tal tiene por objeto en primera instancia a un debido *procedimiento* formal y argumentativo, lo que es una cuestión lógicamente escindible de la discusión sobre los *resultados* que puedan justificarse a través de dicho procedimiento.

I. Afinidad entre ciertas concepciones de interlegalidad y de ponderación

Hay afinidad en ciertos propósitos de la interlegalidad y de la ponderación. Ambos posibilitan dar cuenta de todas las razones que efectivamente se involucran en un caso, sin descontarlas *ex ante* como ocurre bajo otros modelos más tradicionales y delimitados. En la concepción de interlegalidad que adopto,⁶ se nos insta a cambiar nuestro punto de partida a los casos en concreto: estos pasan a servirnos como sitios epistémicos privilegiados para visibilizar inmediatamente cómo normas de múltiples y diversos ordenamientos jurídicos

tema: “es perfectamente posible que los conflictos simplemente sigan sin resolverse, o que la solución pueda ser cuestión de procesos políticos en vez de jurídicos”, MacCormick, N., *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press, 1999 p. 75.

⁵ “Vivimos una época de legalidad porosa o de porosidad jurídica, de redes múltiples de ordenamientos jurídicos que nos fuerzan a constantes transiciones y transgresiones. Nuestra vida jurídica se constituye por una intersección de ordenamientos jurídicos distintos, es decir, por la *interlegalidad*. La interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo jurídico y por ello es el segundo concepto clave para una concepción posmoderna del Derecho.” De Sousa Santos, B., “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, 14 (3), 1987, p. 298. Cfr. el balance crítico en Nickel, R., “Interlegalidad”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 8, 2015, pp. 205-211.

⁶ Al respecto, véanse las contribuciones en Klabbers, J. y Palombella, G. (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

inciden en relaciones (o posiciones) jurídicas importantes e incluso fundamentales (i.e., nuestros derechos y obligaciones en el sentido más amplio). Requiere que todas las normas jurídicas relevantes sean tomadas en cuenta, “considerando las razones e ideas de justicia inscritas en las pretensiones jurídicas en conflicto”;⁷ por ende, tal interlegalidad concibe la interrelación de ordenamientos jurídicos como mediadora de razones distintas, todas las cuales contribuyen a una decisión jurídica *all-things-considered*. Así también, la ponderación (*sensu latissimo*) incorpora razones contribuyentes y contrapuestas para después organizar, bajo ciertas heurísticas, la justificación de una decisión práctica.

La concepción de interlegalidad aquí recabada podría enfrentarse a la objeción que los ordenamientos jurídicos implican la exclusión de normas y razones “externas” a cada respectiva cadena de validez o de pedigrí. Sin embargo, el carácter autónomo y autocontenido de los ordenamientos jurídicos no es un hecho bruto ni un criterio objetivo, sino una estipulación eminentemente normativa que como tal no puede precluir la perspectiva de la interlegalidad. Cuando discutimos el ordenamiento jurídico en términos de clausura, completitud, o autonomía, discutimos *desiderata*, rasgos deseables y encaminados al servicio de valores (ciertamente irrenunciables para el Derecho) como lo son la certeza jurídica, la consistencia, y la previsibilidad.⁸ Por lo tanto, no hay contradicción necesaria hacia ello al adoptar la perspectiva interlegal. La interlegalidad, en cuanto cambio de perspectiva epistémica, sirve precisamente para tomar en cuenta todas las normas jurídicas que, de hecho, son aplicables a un caso y respecto a las cuales se actúa bajo la expectativa legítima y razonable por parte de todos aquellos que nos encontramos sujetos a una pluralidad de jurisdicciones y autoridades. Reconocer la interlegalidad, podría resumirse, es una exigencia de la no-arbitrariedad.

Análogamente, el modo de aplicación de las normas depende en última instancia de la situación pragmática e imbuida del valores del caso en concreto. Ciertamente sería atractivo el restringir la aplicación de la ponderación (y sus modelos en la dogmática jurídica, ya sean de análisis de razonabilidad o proporcionalidad, entre otros) a la presencia de principios, tal como lo postula Alexy.⁹ Sin embargo, la estructura de las normas (i.e., si una norma es regla o principio) no logra por sí misma controlar su propia aplicación.¹⁰ La cuestión apunta a una irreducible cuestión pragmática. Como lo sostiene Atienza, la ponderación se justifica en *casos difíciles* de “lagunas axiológicas”;¹¹ es decir, ante buenas razones contrapuestas. Si

⁷ Klabbers, J. y Palombella, G., “Introduction: Situating Inter-Legality” en J. Klabbers y G. Palombella (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 4.

⁸ Cabe recordar que la voz “ordenamiento jurídico” es *terminus technicus*. Sobre el tema, véase un balance útil en Itzcovich, G., “Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts”, *European Law Journal*, 18 (3), 2012, 358-384.

⁹ Estoy consciente de que el modelo alexiano ofrece atractivos insoslayables. En él, no sólo se limita la discrecionalidad al (buscar) hacer depender completamente el modo de aplicación de la estructura de las normas (i.e. si están “configuradas” como reglas o como principios). Esto, además, mitigaría la objeción democrática hacia la ponderación en sede judicial: en última instancia sería el legislativo quien configuró las disposiciones y con ello su modo de aplicación.

¹⁰ Ello es reconducible a que las reglas no se aplican por sí mismas. Massimo La Torre identifica esta idea en Kant, Wittgenstein y Hart. Véase La Torre, M., “Reglas, instituciones, transformaciones. Consideraciones sobre el paradigma ‘evolución del derecho’”, *Doxa*, 13, 1993, p. 156 (nota al pie 86).

¹¹ Atienza, M., *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid: Trotta, 2017, p. 157; ahí se apunta a lo siguiente: “[...] tres tipos de desajustes: a) entre lo establecido en la regla y las razones subyacentes a la propia regla: los propósitos para los que se dictó; b) entre las razones subyacentes a la regla y las razones (valores y

las normas involucradas son reglas, principios u otros tipos de normas es una consideración que debe tomarse cuidadosamente en cuenta, pero, en última instancia, es menos esclarecedor presuponer la exclusión de razones que justificar cuáles razones cabe excluir, cuáles considerar, y cómo incorporar y aplicar las que se deba.

En todo caso, la idea es poner de relieve la afinidad entre ciertos sentidos o dimensiones de interlegalidad y ponderación. Su coextensividad no es conceptualmente necesaria ni total. No toda situación de interlegalidad implica algún conflicto normativo¹² (ni la necesidad de ponderar), así como, evidentemente, tampoco la ponderación por sí misma conduce a reconocer y admitir las exigencias de la interlegalidad.

II. La necesidad de una concepción “ecuménica” de ponderación

Llegados a este punto, resulta ineludible recabar algunas precisiones respecto a qué entender por ponderación en la ponderación interlegal. Seré breve. No parece deseable delimitar demasiado nuestro concepto de ponderación. El amplio espectro de la interlegalidad nos recomienda adoptar una actitud ecuménica, por lo menos en un primer momento. Hay un sentido latísimo de ponderación que también puede encontrarse en el razonamiento práctico general y no específicamente jurídico, prescindiendo de la distinción dicotómica entre reglas y principios.¹³ Incluso desde esos niveles de abstracción, la ponderación puede definirse en contraposición al razonamiento silogístico o de subsunción. En el silogismo, hay una premisa mayor que relaciona ciertas condiciones de aplicación con ciertas consecuencias, una premisa menor que presenta hechos, y una conclusión que en dado caso subsume los hechos en las condiciones de aplicación y sus consecuencias. Así, la presencia de consideraciones en pugna no es típica del razonamiento silogístico, pero sí de la ponderación. Jaap Hage define a la ponderación de forma general:

“[...] un paso lógico donde una conclusión se deriva de tres premisas. Una premisa plantea las razones contribuyentes que abogan a favor de la conclusión. Otra premisa plantea las razones contribuyentes que abogan en contra de la conclusión.

principios) del ordenamiento jurídico en su conjunto; c) entre las razones subyacentes a la regla (y eventualmente al ordenamiento jurídico) y otras provenientes de un sistema moral o de algún principio moral no incorporado en el sistema jurídico”. Ahora bien, nuestra perspectiva añade un desajuste ulterior (o por lo menos un matiz no mencionado): cuando ciertas razones aplicables están reconocidas explícitamente en un ordenamiento jurídico e implícitamente en el otro.

¹² Imad Ibrahim y Nedim Hovic identifican un potencial creativo en la interlegalidad para colmar vacíos normativos en contextos transnacionales y dar forma a nuevas regulaciones bajo el rótulo de “interlegalidad positiva” en Hovic, N. e Ibrahim, I., “Arctic Indigenous Communities and Antarctic Icebergs as Subjects of Inter-Legality”, *Stanford Journal of International Law*, 57 (1), 2021, pp. 105-136.

¹³ Merece destacarse el abordaje de la ponderación en la argumentación moral y en el juicio autónomo ofrecido en Sieckmann, J.-R., *The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Oxford/Portland: Hart, 2012. Como ahí se apunta (a página 11, nota al pie 39): “Sin embargo, la distinción entre reglas y principios sobre la cual ello [*la ponderación de principios*, G. E.] se basa parece artificial con respecto a los diversos usos y connotaciones de tales términos, y desprovista de alguna relación clara hacia las características de los argumentos normativos que obran como razones en la ponderación.”

Y una tercera premisa, la ‘premisas del peso’, plantea cuál de ambos conjuntos desplaza al otro.”¹⁴

Es necesario admitir diversidad en los modelos jurídicos para la aplicación de la ponderación. Quizás la concepción más estudiada y con ello “estandarizada” sea el análisis de proporcionalidad en un modelo “estructurado”¹⁵ y con etapas secuenciales: idoneidad (evaluación de la “eficacia” o de la racionalidad formal entre medios tendentes a fines admitidos por el Derecho), necesidad (evaluación de la “eficiencia” o de la elección de medios menos gravosos hacia los derechos o valores en los que se interfiere) y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación entre el menoscabo de cierto valor y la promoción de otro valor, incorporando, en su caso, alguna jerarquización de valores en abstracto y atenuaciones derivadas del grado de certeza en la información disponible).

Como puede esperarse de un procedimiento argumentativo-jurídico globalizado, cada uno de dichos elementos es fuente de discusiones. El modelo del análisis de proporcionalidad convive con modelos alternativos que sirven a la ponderación, sobre todo en las doctrinas originadas en países de tradición de *common law* (exámenes de razonabilidad y *balancing* de intereses).¹⁶ Esta convivencia, vale decir, es estrecha, y la interlegalidad tiende a confrontar entre sí a distintas concepciones de la ponderación e incluso de los análisis de proporcionalidad. En efecto, también en el mismo análisis de proporcionalidad hay heterogeneidad de versiones que se aplican en distintos ordenamientos jurídicos. Este aspecto sólo ha de enunciarse aquí, aunque arroja implicaciones sobre el tema general de lo interjurídico. Hay jurisdicciones que aplican todas las etapas del modelo, hay otras que no ponderan (no analizan la proporcionalidad en sentido estricto) finalizando así con la evaluación de la necesidad, y hay otras que varían al respecto, ya sea de forma discrecional, o bien, dependiendo de la “deferencia” (margen de discrecionalidad) que se estime conducente otorgar a la autoridad *a quo*.¹⁷ También es posible seguir cada etapa de una forma condicional y obviar etapas posteriores si no se atraviesa alguna etapa anterior (no se evalúa la necesidad si no hay un fundamento legal, no se evalúa la proporcionalidad si se advierte la factibilidad de medios menos gravosos) o bien, pasar de todas formas por las distintas etapas de examinación para, en su caso, “acumular faltas” y probablemente robustecer la

¹⁴ Hage, J., “The Justification of Value Judgments”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2014/9*, p. 27.

¹⁵ La denominación de análisis “estructurado” se ha empleado recientemente para contrastar con el estándar australiano de razonabilidad en Stone, A., “Proportionality and Its Alternatives”, *Federal Law Review*, 48 (1), 2020, pp.123-153.

¹⁶ Véanse las comparaciones en Sapag, M. A., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, *Dikaion*, 22 (1), 2008, pp. 158-198 (de donde también he adoptado los rótulos de eficacia y eficiencia para caracterizar las fases de idoneidad y necesidad respectivamente); Kennedy, D., “A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law”, en R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia, y S. Weatherill (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford/Portland: Hart, 2011, pp. 185–220.

¹⁷ Niels Petersen y Konstantin Chatziathanasiou apuntan que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea suele restringir en tales términos su análisis de proporcionalidad para otorgar mayor deferencia, aunque también procediendo, “explícita o implícitamente”, a la evaluación de la proporcionalidad en sentido estricto. Petersen, N. y Chatziathanasiou, K., “Balancing Competences? Proportionality as an Instrument to Regulate the Exercise of Competences after the *PSPP* Judgment of the Bundesverfassungsgericht”, *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, pp. 11-13. Sobre el tema véase también Andrade Neto, J., “The Debatable Universality of the Proportionality Test and the Wide-Scope Conception of Fundamental Rights”, *Revista Brasileira de Direito*, 12 (1), 2016, pp. 4-19.

legitimidad de los argumentos de la autoridad de control.¹⁸ Por último, conceptualmente e incluso desde la teoría de los principios, es igualmente posible restringir (o no) el análisis de proporcionalidad en sentido estricto para incorporar un sistema variable en la intensidad de la revisión.¹⁹

III. Contextos interlegales: Estructuras multinivel y constelaciones más horizontales

Apuntaré de la forma más concisa que me sea posible las consideraciones y casos emblemáticos que sustentan una gran división de contextos conducentes a la ponderación interlegal: las estructuras multinivel, por una parte, y otras constelaciones más horizontales por la otra. Las primeras ocurren cuando dos o más ordenamientos jurídicos se “traslapan” en virtud de un diseño intencional, involucrando algunas normas y directrices sobre un rango formal. Esto les dota de una calidad más “estable” en sus interacciones (al ser recíprocamente predecibles y controlables mediante los sujetos y funcionarios de cada ordenamiento respectivos). En ellos es prevalente la revisión en términos de un análisis “estructurado” de proporcionalidad.

Dentro de las estructuras multinivel podríamos identificar dos despliegues distintos de la ponderación que incorporan normas jurídicas de orígenes diversos. Un uso es relativamente continuo con la práctica familiar del análisis de proporcionalidad en el control de constitucionalidad tal como es efectuado dentro de un ordenamiento jurídico nacional. Las cuestiones de primacía y de aplicabilidad de normas diversas permanecen más bien en un segundo plano – lo que está en primer plano son tres focos principales de discrecionalidad.²⁰ El primero es el margen de decisión entre las distintas medidas disponibles para alcanzar fines establecidos. Otro nos refiere a la variabilidad (en clave “cultural” o diversamente contextual) de los ámbitos y medios de protección que se asignan a los distintos derechos humanos y a otros valores a través de entidades políticas distintas. Por último, la discrecionalidad también nos apunta hacia la pericia empírica relacionada a la materia de los casos difíciles. ¿Qué tan confiables son las premisas empíricas en cierta medida? ¿Qué riesgos implican?

La interlegalidad, en su encauzamiento de pretensiones de justicia contrapuestas, adquiere mayor relevancia en un empleo distinto de los análisis de proporcionalidad en las estructuras multinivel. Dado que estas se caracterizan por la presencia de una presunción de primacía,²¹

¹⁸ Así se distingue entre un modelo “tradicional, estrictamente secuencial” y otro modelo “integrador” que “incluye flexibilidad sobre si se ha de concluir cada etapa del análisis con un resultado positivo o negativo, una tendencia a no finalizar el análisis tras una falla, y una mayor repartición de la responsabilidad entre las etapas del análisis en vez de tener una única etapa dominante” en Steiner, T., Lang, A., y Kremnitzer, M., “Comparative and Empirical Insights into Judicial Practice: Towards an Integrative Model of Proportionality”, en M. Kremnitzer, T. Steiner, A. Lang (eds.), *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 544 y ss.

¹⁹ Cfr. Borowski, M., “Limited Review in Balancing Constitutional Rights”, en J.-R. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights*, Cham: Springer, 2021, pp. 135-162; Rivers, J., “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, 65 (1), 2006, pp. 174-207.

²⁰ Al respecto, recojo lo expuesto en Rivers, J., “Proportionality and Discretion in International and European Law”, en N. Tsagourias, *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 107-132.

²¹ En el Derecho europeo se ha alcanzado cierto consenso sobre la presencia cierta de una primacía, virtualmente en todos los casos, del Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, hay elementos esenciales de

la ponderación aparece precisamente como argumento para *derrotar* tal presunción, en pocos y ciertos casos, ante sustanciales exigencias de justicia. Aun así, la ponderación puede ser explícita, o bien, permanecer implícita como marco general. Al respecto, es útil mencionar las tres categorías bajo las cuales tal presunción de primacía puede derrotarse, siguiendo para ello la jurisprudencia y la literatura sobre la “primacía condicionada” de la Unión Europea sobre las legalidades de sus Estados parte.²² Estas tres categorías son: (a) la protección de los derechos fundamentales (la doctrina jurisprudencial *Solange*), (b) la salvaguarda de la “identidad constitucional”,²³ y (c) la revisión de actos *ultra vires*.²⁴

En cambio, hay constelaciones que incluyen relaciones más “horizontales”, en el sentido de carecer de una presunción comparable de primacía o de algún “catálogo de fuentes” unificado. Esto ocurre entre ordenamientos jurídicos en “traslape” aún a pesar de la ausencia de un diseño intencional, y más bien debido a las dinámicas de las transacciones jurídicas “externas” y de las externalidades relevantes para la legalidad,²⁵ o simplemente en virtud de la naturaleza transnacional e interdependiente de los asuntos mismos, sobre los cuales se regula convergentemente (o no). En este segundo y amplio contexto, que incluye la llamada “fragmentación” del Derecho internacional (pero también la relación entre regulaciones transnacionales y no estatales), la ponderación caracteriza a las consideraciones sobre la aplicabilidad de normas jurídicas a pesar de no tener una fuente “interna” sino “externa”, en ordenamientos jurídicos (o regímenes o legalidades) diferentes. En contraste con los dos empleos anteriores de la proporcionalidad en estructuras multinivel (es decir, ya sea como parte de la revisión de las decisiones domésticas o como parte de las consideraciones para derrotar una primacía normativa), el empleo de la ponderación en este otro contexto tiene un carácter más abierto. Además del análisis estructurado de proporcionalidad, también encontramos otros sentidos de “proporcionalidad” y otros estándares de control comparables. En pocas palabras: no todo empleo de “proporcionalidad” garantiza una

las constituciones nacionales que defendiblemente ocupan un lugar superior a dicho nivel en la estructura jerárquica de las normas jurídicas. Precisamente esos elementos son los que justifican las excepciones o la derrotabilidad de la primacía “casi incondicionada” del Derecho europeo. Al respecto, véase Borowski, M., “Legal Pluralism in the European Union” en J. A. Menéndez y J. E. Fossum (eds.), *Law and Democracy in Neil MacCormick’s Legal and Political Theory*, Dordrecht: Springer, 2011, pp. 185-209. En lo sustancial, tal concepción estructural de la relación entre ordenamientos jurídicos resulta útil *mutatis mutandis* para las estructuras multinivel en general.

²² Véase un balance conciso en Kumm, M., “The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, 11 (3), 2005, p. 264 y ss.

²³ La dúctil doctrina de la “identidad constitucional” parecería ser susceptible de abuso por parte de gobiernos populistas y autoritarios. Para una defensa del concepto, véase Scholtes, J. “Abusing Constitutional Identity”, *German Law Journal*, 22 (4), 2021, pp. 534-556.

²⁴ Otrora confinado a *obiter dicta*, esto cambia tras el reciente fallo *PSPP* y parecería que el mochuelo de Minerva ha batido sus alas: para un estado de la cuestión, véase con ulteriores referencias, Mayer, F. C., “The Ultra Vires Ruling: Deconstructing the German Federal Constitutional Court’s PSPP decision of 5 May 2020”, *European Constitutional Law Review*, 2021, pp. 1-37.

²⁵ Se discuten “externalidades relevantes para la justicia” (*justice-sensitive externalities*) en términos de decisiones que, al tomarse únicamente por un solo ordenamiento jurídico (estatal), “afectan a los de fuera de tal forma que se suscita la duda sobre si sus intereses se han tomado en cuenta apropiadamente o si otros les han impuesto una carga indebida” en Kumm, M., “Sovereignty and the Right to Be Left Alone: Subsidiarity, Justice-Sensitive Externalities, and the Proper Domain of the Consent Requirement in International Law”, *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 2016, p. 245.

ponderación interlegal, así como tampoco todo empleo de la ponderación interlegal tiene forma de análisis de proporcionalidad.

Por una parte, como sentidos potencialmente divergentes de proporcionalidad encontramos nociones que son más similares a una idea cuantitativa o de “equidad”, por ejemplo, en el uso de la idea de proporcionalidad en la demarcación de límites marinos,²⁶ o en la proporcionalidad en las contramedidas estatales.²⁷ Por otra parte, cabe apuntar como ejemplos de estándares de revisión comparables (es decir, estándares respecto de los cuales defendiblemente se podría sostener que cumplen las funciones de la ponderación a pesar de variar en su estructura o necesidad): la revisión e incorporación de intereses extracomerciales a través de las cláusulas de excepción (con la fórmula “necesario para”) contenidas en el artículo XX GATT;²⁸ la revisión bajo “interés público” (“*public policy*”) como lo contempla el artículo V, numeral 2, literal b, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York);²⁹ o, generalizando, la incorporación de consideraciones basadas en derechos humanos o en la protección del medio ambiente mediante cláusulas de apertura en el Derecho internacional de las inversiones, por ejemplo.³⁰

Ambos contextos informan la clasificación más amplia de situaciones conducentes a la ponderación (y el razonamiento) interlegal.

IV. Tres potenciales desafíos o límites para la ponderación interlegal

En cuanto áreas de investigación sobre objetos en desarrollo, es evidente que ni la interlegalidad ni la ponderación están exentas de debates. Entiendo que este no sea el sitio para ahondar en las discusiones en las cuales tales marcos conceptuales se inscriben. No obstante, cabe anticipar ciertas objeciones distintivas de la ponderación interlegal en cuanto categoría novedosa. Hay tres desafíos en particular que se deben mencionar al respecto. De momento, estos son aún potenciales y, por ende, aún abiertos. Ellos son: (a) la naturaleza presuntamente excluyente de las colisiones jurisdiccionales y las normas de competencias, (b) la presunta incomparabilidad de las normas con pedigrí en ordenamientos jurídicos distintos, y (c) la asequibilidad de criterios posibles para dar peso y ponderar a través de ordenamientos jurídicos. Al presentarlos, mi propósito será delimitar los ámbitos de dichas objeciones, con suerte evitando la fatiga que podría provocar su aire de *vexatae quaestiones*,

²⁶ Véase Tanaka, Y. “Reflections on the Concept of Proportionality in the Law of Maritime Delimitation”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 16 (3), 2001, pp. 433–463.

²⁷ Véase Canizzaro, E., *The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures*. *European Journal of International Law*, 12(5), 2001, pp. 889–916.

²⁸ Véase, sobre todo, las consideraciones sobre “*weighing and balancing*” como estándar de revisión por parte del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en *Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef* (WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R, reporte del 11 de diciembre de 2000, ¶164).

²⁹ Véase Pirker, B., “Proportionality Analysis and International Commercial Arbitration – the Example of Public Policy and Domestic Courts”, en J. Jemielniak, L. Nielsen, y H. Palmer Olsen (eds.), *Establishing Judicial Authority in International Economic Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 290–319.

³⁰ Véase Van Aaken, A., “Defragmentation of Public International Law through Interpretation: A Methodological Proposal”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2), 2009, pp. 483–512.

y enfatizando más bien su dimensión práctica, abordable en la argumentación jurídica y en la construcción de una dogmática que integre las distintas piezas de nuestra constelación interlegal.

Ad (a). ¿No son las colisiones jurisdiccionales y las normas de competencias ejemplares de *independencia del contenido* o por lo menos de razones excluyentes? Recordemos que uno de los usos más relevantes de la ponderación en las estructuras multinivel es el control de actos *ultra vires*. Tampoco se afirma que los conflictos de pretensiones jurisdiccionales, por sí mismos, nos coloquen directamente en un contexto de interlegalidad. La perspectiva aquí recabada califica como insuficiente a un mero conflicto de pretensiones jurisdiccionales pues estos ciertamente podrían erigirse sin dar lugar a resultados materiales contradictorios, o bien, sin englobar una pretensión de proteger los derechos fundamentales, e incluso hay supuestos bajo los cuales estos conflictos podrían dirimirse mediante reglas sobre el derecho aplicable o sobre la jurisdicción. La interlegalidad nos dirige más bien hacia razones e ideales de justicia en pugna respecto a objetivos materiales interdependientes lo que, ciertamente, se imbrica con pretensiones a la competencia o a la jurisdicción. Este carácter mixto no debe perderse de vista para poder apreciar la forma en la cual la ponderación interlegal resulta relevante para el control de actos *ultra vires* (en estructuras multinivel) así como para incorporar consideraciones jurisdiccionales en las colisiones de ámbitos materiales (en constelaciones horizontales).

Podríamos condensar el tema mediante cierto espacio lógico, con cuatro posibles relaciones para la relación entre ponderación (interlegal) y competencias:

- Según una primera postura, las normas de competencias nunca se deben ponderar, siempre se deben subsumir. Esto podría ser más sostenible dentro de un único ordenamiento jurídico, pero aun así encontraríamos limitaciones para explicar los conflictos que pueden ocurrir entre órganos de los poderes legislativo y judicial en el control de constitucionalidad, por ejemplo, o entre los distintos niveles en los estados federales. Además, bajo el rótulo de discrecionalidad en el ejercicio del ámbito de las competencias, se incurre el riesgo que la ponderación se disimule o se menoscabe el lenguaje necesario para exigir una “cultura de justificación” con respecto a todo ejercicio de autoridad.
- Para una segunda postura, las normas de competencias siempre se deben ponderar. Quizás alguna interpretación del modelo de Matthias Klatt podría hacerse aproximar a ello,³¹ pero tampoco debería escapársenos la rigidez categórica con la cual las normas de competencias suelen atribuir condiciones personales y condiciones procedimentales,³² lo que no parece condecirse del todo con una reformulación de las normas de competencias como principios formales *tout court*.

³¹ Véase Klatt, M., *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014; y Klatt, M., “Balancing Competences: How Institutional Cosmopolitanism can Manage Jurisdictional Conflicts”, *Global Constitutionalism*, 4 (2), 2015, pp. 195–226.

³² “La competencia es un caso especial del poder. El poder existe cuando una persona es capaz de producir, por medio de sus actos, los efectos jurídicos deseados. La norma que establece esta capacidad se llama *norma de competencia*, y enuncia las condiciones necesarias para el ejercicio de tal capacidad. Estas condiciones se dividen usualmente en tres grupos: (1) las que prescriben qué persona (o personas) está cualificada para realizar el acto creador de la norma (*competencia personal*); (2) las que prescriben el procedimiento a seguir (*competencia de procedimiento*); y (3) las que prescriben el alcance posible de la norma creada con relación a su sujeto, situación y tema (*competencia material*).” Ross, A., *Lógica de las normas*, Madrid: Tecnos, 1971

- Para una tercera postura es posible subsumir algunos elementos de las normas de competencias y ponderar otros. Para ello, es útil recordar que las disposiciones normativas correspondientes (el texto) son interpretables como expresiones de más de una sola norma (el significado del texto).³³ Admitido además que hay condiciones personales, procedimentales y materiales en las normas de competencias,³⁴ entonces tenemos allanado el camino para sostener que ciertas condiciones pueden expresar normas subsumibles y otras condiciones pueden expresar normas ponderables. Así, las condiciones personales y procedimentales expresan normas subsumibles mientras que las condiciones materiales típicamente expresan normas ponderables. La atribución y el seguimiento de los procedimientos establecidos son cuestiones categóricas: o se cumplen o no. En cambio, es en el ejercicio material del ámbito de las competencias donde hay lugar a ponderar, ciertamente sin eliminar la discrecionalidad de quienes concretizan las atribuciones definidas en tal ámbito mediante medios y políticas determinados, pero sí enmarcando tal discrecionalidad bajo una carga de justificación adecuada (proporcionalidad). Para muchos, el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE) es paradigmático de esta concepción.
- Cabe una cuarta postura donde se invierta el orden de la postura anterior: primero ponderando el ámbito material del asunto en cuestión y después atribuyendo la competencia. Formulada de esta forma, esta postura parecería muy ajena a nuestras exigencias del Estado constitucional de derecho. No obstante, la interdependencia material o jurídica de fines conjuntos en los que por lo tanto hay concurrencia de competencias exige esclarecer un debido estándar de protección para los derechos y principios fundamentales co-involucrados (una ponderación interlegal mediante el análisis de proporcionalidad) para entonces decidir la cuestión sobre la atribución de competencias. Algo así se exigiría por el Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal Alemán en su caso *PSPP* al apartarse (más bien sorpresivamente) de la interpretación tradicional del artículo 5 del TUE y requerir que el análisis de proporcionalidad sea aplicado a la división de competencias en sí (y no exclusivamente a su ejercicio).³⁵ En otras constelaciones esto también resulta legítimo, como en el derecho transnacional y especialmente en casos de colisiones de regímenes regulatorios cuasijurídicos y privados. Ahí, el principio de legalidad deviene en una versión “tenue” donde el ejercicio de la autoridad es legítimo en tanto

[1968], p. 123. Con todo, las normas de competencias tienen una naturaleza compleja, véase su discusión en Villa Rosas, G., “Prescribir y definir: Cuatro tesis para una teoría de la competencia jurídica”, *Revus*, 36, 2018, pp. 111-141.

³³ Véase el recordatorio de tal distinción en este contexto en Guastini, R., “En torno a las normas sobre la producción jurídica” en R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México: Fontamara, 2001, p. 94.

³⁴ Ross, A., *Op. Cit.*, *supra*, nota 33, p. 123.

³⁵ Tribunal Constitucional Federal Alemán, fallo del segundo senado del 5 de mayo de 2020, 2 BvR 859/15 (“*PSPP*”), pár. 119: “Esta postura [*que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya considerado que la decisión del consejo de gobierno del Banco Central Europeo sobre el PSPP permanecían bajo su ámbito competencial, G. E.*] manifiestamente no logra considerar la importancia y el ámbito del principio de proporcionalidad [...] *que también se aplica a la división de competencias*, dejando de ser metodológicamente sostenible por desestimar completamente los verdaderos efectos del PSPP [...]” (Énfasis añadido.)

no se contravengan las leyes.³⁶ El ordenamiento normativo de internet³⁷ y de algunas de sus plataformas más notorias nos ofrece indicios en este sentido.³⁸

Ad (b). ¿Realmente es dable considerar, incorporar y en su caso aplicar normas jurídicas de orígenes diversos (“externos”) en la ponderación interlegal? Hay dudas sobre la posibilidad de ponderar en las constelaciones horizontales dado que cada intérprete/aplicador (“nodo” jurisdiccional)³⁹ en ellas podría alcanzar resultados dispares al ponderar, en virtud de un sesgo hacia sus propias racionalidades.⁴⁰ Esta objeción combina así reparos desde la legitimidad institucional (al apuntar las distintas racionalidades de cada régimen específico o de cada ordenamiento jurídico) con dudas sobre la posibilidad de una justificación objetiva (al apuntar que no hay bases para una comparación y decisión racional entre los distintos valores involucrados).

Ello debería matizarse considerando lo siguiente. Primero, sobre la legitimidad institucional, no se debería pasar por alto que los tratados de cada régimen bien podrían dotar de directrices para considerar otras normas jurídicas relevantes y “externas”,⁴¹ aunque incluso en ausencia de tales cláusulas sería necesario insistir en que la interrelación (el traslape) de legalidades no ocurre en un vacío jurídico.⁴²

³⁶ “El principio de legalidad, en su interpretación más tenue, establece que donde sea que se ejerza autoridad pública, ésta debe respetar la ley. Si hay una ley que gobierne una actividad, las autoridades públicas están bajo obligación de respetarla.” Kumm, M., “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State” en J. L. Dunoff y J. P. Trachtman (eds.), *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 274. Como apunta David Roth-Isigkeit: “Este movimiento invierte el argumento de la legitimidad a través del derecho. La autoridad es legítima en tanto no contravenga la ley, en vez de tener que estar positivamente legitimada.” Roth-Isigkeit, D., *The Plurality Trilemma: A Geometry of Global Legal Thought*, Cham: Palgrave Macmillan, 2018, p. 205.

³⁷ Véase Kettman, M. C., *The Normative Order of the Internet: A Theory of Rule and Regulation Online*, Oxford: Oxford University Press, 2020.

³⁸ Para una discusión teórico-jurídica sobre la creación del Consejo Asesor (*Oversight Board*) de Facebook, véase Klonick, K., “The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression”, *Yale Law Journal*, 129, 2020, pp. 2418-2499. Estoy preparando una discusión sobre la forma en que tal órgano jurisdiccional ha empleado el análisis de proporcionalidad de las directrices internas de Facebook con respecto a obligaciones del Derecho internacional de los derechos humanos.

³⁹ Sobre los tribunales internacionales como uno de los principales “nodos” (*hubs*) de las redes de la interlegalidad, véase Shany, Y., “International Courts As Inter-Legality Hubs”, en J. Klabbbers y G. Palombella (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 319-338.

⁴⁰ Esta objeción se presenta con especial agudeza en Michaels, R., y Pauwelyn, J. “Conflict of Norms or Conflict of Laws: Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 22, 2012, pp. 349-376.

⁴¹ Esto podría ocurrir explícitamente mediante cláusulas de apertura o implícitamente mediante cláusulas (interpretativas) generales. Véase Van Aaken, *Op. Cit. supra*, nota 31; Peters, A., “The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization”, *International Journal of Constitutional Law*, 15 (3), 2017, pp. 671-704

⁴² El derecho internacional general bien podría ser de utilidad en la interpretación de los distintos tratados y, en el mismo sentido, los derechos humanos y las normas de *jus cogens* son intereses transversales a los distintos regímenes especiales. En este contexto, a pesar de que en efecto no haya un catálogo de valores “comprehensivo”, de ello no se sigue que tampoco haya valores comunes, en el derecho internacional y en otros ordenamientos jurídicos.

Segundo, sobre la justificación objetiva, es inevitable traer a colación algunos elementos de las discusiones sobre la inconmensurabilidad o incomparabilidad de los valores (o, en un sentido más general, de los objetos de la ponderación: sean valores, principios, razones, etcétera).

Carecer de bases para una comparación racional entre los distintos valores involucrados es algo que puede sostenerse partiendo desde dos posturas antitéticas sobre el razonamiento práctico. Por una parte, podría derivarse de algunas posturas metaéticas más generales que niegan la posibilidad de objetividad en los valores, en la evaluación, o en el razonamiento práctico en conjunto. Por otra parte, podría admitirse en principio la posibilidad de objetividad en la evaluación o el razonamiento práctico, pero sostener que hay escenarios (acaso una cantidad considerable de ellos) que nos dejan sin fundamentos para tomar una elección racional o satisfactoria. Procederé directamente a los matices que esta segunda postura nos puede aportar de la mano del “comparativismo” de Ruth Chang.

Podría ser que los valores “inconmensurables” o “incomparables” en realidad apuntan hacia cierto resultado peculiar de la comparación: la *paridad*. Normalmente, se piensa la relación entre dos elementos (valores, principios) comparados como “mayor”, “menor”, o “igual” entre sí. Chang ha identificado una cuarta, ulterior posibilidad: estar “a la par” uno con el otro. Es distintivo de la paridad (de estar a la par) el exhibir un comportamiento distinto a la igualdad. Si dos elementos son iguales entre sí, entonces una pequeña mejora (o un pequeño menoscabo) a uno o el otro habría de romper la igualdad y hacer que uno sea “mayor” y otro “menor”. En cambio, la paridad se sostiene, y lo hace incluso ante una serie de pequeñas mejoras o de pequeños menoscabos, aunque no de forma indefinida. Eventualmente, habrá una cadena de pequeñas mejoras, o de pequeños menoscabos, suficiente para hacer ceder a la paridad y que un elemento nos resulte mayor y el otro menor.⁴³

El punto es sugerir algún tipo de paridad detrás de la desconfianza sobre la posibilidad de una elección racional entre valores distintos y protegidos por ordenamientos jurídicos distintos. La paridad en este contexto puede surgir de dos distintas formas:

- En una posibilidad, los valores involucrados (en una colisión tanto concreta como abstracta) estarían a la par uno del otro incluso si formarían parte de un mismo ordenamiento jurídico. En tal escenario, la presencia de delimitaciones o sesgos jurisdiccionales (es decir, por la preferencia hacia las normas “internas” al propio

⁴³ Por parafrasear el ejemplo empleado por Chang, mientras que dos grandes maestros del arte (Mozart y Miguel Ángel) defendiblemente estarían a la par entre sí, digamos en razón de su creatividad, esto no significa que sean iguales ni incomparables. Ellos seguirían calificando como grandes maestros (en razón de su creatividad) bajo pequeñas mejoras o pequeños menoscabos. Son objetos de comparación que permanecerían en proximidad uno del otro. Sin embargo, deberá haber algún punto llegado el cual la cadena de mejoras o menoscabos rompería con el ámbito de paridad: *grosso modo*, un Mozart severamente menoscabado en su creatividad ya no estaría a la par de un Miguel Ángel sin menoscabar. Véase Chang, R., “The Possibility of Parity”, *Ethics*, 112 (4), 2002, pp. 659-688. A mi juicio, esto revela que, en efecto, hay cierto razonamiento comparativo de fondo; es decir, que, aun estando a la par, se presupone la comparación de ambos objetos. Algo similar podría rezarse de los valores o principios involucrados en los casos de “empate” en la ponderación, donde no hay un principio que evidentemente desplace al otro: aplicar pequeñas mejoras o menoscabos a alguno de ellos probablemente no quebrantaría la paridad, pero una serie de mejoras o menoscabos sí podría terminar por revelar a uno o el otro como preferible. Para dos aplicaciones antitéticas de la paridad de Chang al tópico de la racionalidad del análisis de proporcionalidad, véase Da Silva, V. A. “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 31 (2), 2011, pp. 273-301; y Caviedes, C., “Chang’s Parity: An Alternative Way to Challenge Balancing”, *The American Journal of Jurisprudence*, 62 (2), 2017, pp. 165-195.

ordenamiento) podría o mantener la paridad o “inclinarse”⁴⁴ a favor de alguno de los valores.

- En otra posibilidad, los valores involucrados únicamente están a la par en virtud de ciertas delimitaciones o sesgos jurisdiccionales. Expresado de otra forma: si formarían parte de un mismo ordenamiento jurídico, no estarían a la par.

Lo que esto revela es que las delimitaciones o consideraciones jurisdiccionales son razones importantes, pero no excluyentes. Entran como consideraciones dentro de nuestro razonamiento práctico en conjunto con los distintos valores o principios sustantivos involucrados.⁴⁵ Cabe aclarar que ser consideraciones no implica relativizar el alcance de aquellas restricciones jurisdiccionales o competenciales que, al aplicarse con corrección, efectivamente pueden imposibilitar que un juzgador (o cualquier aplicador del derecho) aplique normas “externas”. Lo que sí se implica es que esta situación límite puede y debe plasmarse en el razonamiento jurídico con claridad suficiente para posibilitar la deliberación y control mediante las instituciones adecuadas.⁴⁶ El desafío de la interlegalidad se afronta honestamente en la medida en que tales normas “externas” se incluyan debidamente, con sinceridad y buena fe, en la ponderación interlegal.

Ad (c). Aun cuando desarrollemos las intuiciones que hemos listado, quedará pendiente la pregunta sobre cómo incorporar y dotar de peso a valores tan diferentes en la ponderación interlegal: no sólo se trata de la ya considerable diversidad de valores materiales contemplados en la variedad de ordenamientos jurídicos, sino que a ello se suman valores formales implícitos en la dimensión autoritativa e institucional de todo derecho. El modelo

⁴⁴ Como ilustración: Anne Peters hizo notar cierto “*thumb on the scale*” (sesgo en los resultados, o, literalmente, pulgar en la balanza) del TLCAN en Peters, A., “Constitutional Fragments: On the Interaction of Constitutionalization and Fragmentation in International Law”, *University of St. Andrews Centre for Global Constitutionalism Working Paper No. 2*, 2015, p. 29.

⁴⁵ Esto podría tener como consecuencia el negar una falsa dicotomía entre la ponderación, por una parte, o la aplicación de técnicas de conflicto de leyes para enmarcar una controversia bajo un régimen específico, por la otra. (Sería posible una lectura que se aproxime a ello respecto a la contribución de Michaels y Pauwelyn, *Op. Cit.*, *supra*, nota 41.) Más bien, parecería requerirse una integración. Obtenemos una mejor apreciación de potenciales valores abarcadores que faculten la comparación o que rompan con la paridad mediante el cambio epistémico de la interlegalidad, procurando evitar la injusticia dadas las circunstancias de un caso en concreto. Al revelar la forma en que las distintas normas se interconectan materialmente, podríamos apreciar la naturaleza jurídica compuesta de tales casos como *tertium comparationis*, ante las objeciones desde las racionalidades incomunicables de cada régimen jurídico o desde la incomparabilidad de los valores.

⁴⁶ En un sentido similar, *cfr.* una propuesta a partir del contexto mexicano: “La jurisdicción constitucional puede declarar la violación de derechos fundamentales internacionales por parte del resto de poderes estatales. Sin embargo, aun siendo posible proponer algunos medios que resuelvan la inconstitucionalidad, se concede discreción al órgano correspondiente para que decida la observancia de su deber de proteger los derechos fundamentales de conformidad con las competencias sentadas en el marco constitucional. El grado de discrecionalidad depende de la función desempeñada por el órgano bajo control dentro del marco constitucional.” Mateos Durán, A. D., “Limits of the *Rechtsstaat* in the Duty to Protect International Fundamental Rights: The Ayotzinapa Committee of Truth”, en N. Saura-Freixes (ed.), *Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho Internacional: Sinergias Contemporáneas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, pp. 531-547, a pp. 545-546. Asimismo, hay otros mecanismos para mitigar tales casos límites como lo son las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a ciertas determinaciones constitucionales, o incluso sería dable pensar en la inclusión de las autoridades de otros ordenamientos interrelacionados como *intervinientes* como se sugiere en Avbelj, M. y Roth-Isigkeit, D., “The UN, the EU, and the Kadi Case: A New Appeal for Genuine Institutional Cooperation”, *German Law Journal*, 17 (2), 2016, pp., 153-178, esp. a pp. 175-177.

antes mencionado de Matthias Klatt⁴⁷ es una de las más destacadas contribuciones al respecto. Bajo la insignia de “reglas de pesaje”, Klatt ha sistematizado provechosamente una variedad de criterios para determinar la importancia de las consideraciones jurisdicciones involucradas. Estas reglas de pesaje incluyen a la legitimidad democrática, la importancia de los principios sustantivos involucrados, la calidad de la decisión bajo revisión y consideraciones derivadas de la subsidiariedad.

Uno de los principales pasos que Klatt toma al respecto es el distinguir entre soluciones jurídicas “estrictas” y soluciones jurídicas “flexibles”. Mientras que las soluciones jurídicas estrictas se deciden *ex ante* (mediante la precedencia absoluta de uno de los ordenamientos jurídicos, o bien, de sus normas y competencias), las soluciones jurídicas flexibles “siempre serán relativas a las circunstancias jurídicas y fácticas del caso en cuestión”, mediante la ponderación. Así, otro de los pasos principales que Klatt toma es reformular las competencias como “principios formales” en lugar de reglas.⁴⁸ Al ponderar competencias (principios formales), los primeros dos pasos son (1) establecer “el grado de no satisfacción a una primera competencia” y (2) “la importancia de satisfacer la competencia contrapuesta”, mientras que el tercer y último paso es (3) evaluar si la “no satisfacción de una competencia” realmente se justifica por la importancia de la competencia satisfecha.⁴⁹

Klatt basa su contribución en reformular las competencias como “principios formales”. La razón para ello es teórica, a saber, debido a la adherencia de Klatt a una concepción de la ponderación y del análisis de proporcionalidad cuyo empleo se determina totalmente por la dicotomía estricta entre reglas y principios: “Las competencias sólo pueden someterse a un procedimiento de ponderación si se les reconstruye como principios”.⁵⁰

Sin embargo, como anotábamos, debemos mantener una actitud ecuménica para poder dar cuenta de la diversidad de las constelaciones de la interlegalidad y sus exigencias, así como de la complejidad de las normas de competencias que ya anotábamos. En esta otra postura, no necesitamos rechazar la utilidad de la distinción entre reglas y principios e incluso es dable promover su papel estructurante en muchas de las aplicaciones de la subsunción y de la ponderación respectivamente. El único cambio es que la centralidad o necesidad de tal distinción para responder a la admisibilidad de la ponderación se relativiza ya que, además, aceptamos que se pueden ponderar normas principalmente en casos difíciles o de “lagunas axiológicas”. Esto también reporta la ventaja de poder eludir las cuestiones aun irresueltas en la teoría de los principios formales.⁵¹

⁴⁷ Klatt, M. *Op. Cit.*, *supra*, nota 32.

⁴⁸ Además de la contribución de Klatt, para un excelente abordaje del tema de los principios formales, véase Portocarrero Quispe, J. A., *La ponderación y la autoridad en el derecho: El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2016.

⁴⁹ Klatt, M., “Balancing competences...” *Op. Cit.*, *supra*, nota 32, p. 213.

⁵⁰ Klatt, M., *Ibid.*, p. 211.

⁵¹ Los principios formales podrían parecerse más heterogéneos incluso que los principios sustantivos. ¿Son los principios formales tan abstractos como la misma seguridad jurídica y el ideal de “tomar decisiones democráticamente” o tan concretos como determinadas normas que otorgan poderes? ¿Cómo podemos individuar precisamente los distintos principios involucrados en el deber de respetar una decisión? Sin un criterio definido, o sin consenso sobre cuáles son los casos paradigmáticos de donde debemos partir, se ha vuelto sumamente desafiante discernir con certeza la mayor o menor plausibilidad entre las construcciones teóricas disponibles sobre los principios formales.

V. A manera de conclusión

Este texto se ha acometido presentar la idea de una ponderación interlegal como posibilidad ya en práctica pero pendiente de definición a la luz tanto de nuestras expectativas constitucionalistas y democráticas como de nuestras necesidades cada vez más interdependientes, especializadas y transnacionales. Para ello se presentó la afinidad de ciertas concepciones de interlegalidad y ponderación para incorporar las razones que en realidad se involucran en la actual complejidad cotidiana de legalidades. Se recabó una conceptualización amplia de ponderación. Se delineó una gran división de contextos de interlegalidad conducentes a la ponderación de normas jurídicas con origen en distintos ordenamientos y se anticiparon tres áreas desafiantes o de potenciales objeciones.

En estas últimas líneas me gustaría aventurar una conjetura a manera de invitación abierta para colaborar en alguna teoría venidera de la argumentación y del razonamiento interjurídico.

Al llamar la atención sobre la intersección de distintos ordenamientos jurídicos, también se implican distintas racionalidades. Hay distintas maneras admisibles de resolver un mismo problema y los distintos ordenamientos jurídicos suelen tener distintas formas incluso de ponderar. Lo que podemos esperar de forma realista de la argumentación interjurídica no es más, pero tampoco menos, que un incremental *entrelazamiento argumentativo*. Lo que para un ordenamiento jurídico parece obvio, y por ello se obvia justificar, deja de serlo: hoy resulta necesario dar cuenta de las propias tradiciones dogmático-jurídicas. El consecuente dar y pedir de razones no genera un consenso espontáneo, pero sí nos ofrece una diversidad de justificaciones para discutir, deliberar, y controlar en común. Podría ayudarnos a ello identificar categorías para la argumentación entre jurisdicciones.

Cómo citar: Ezquiaga Ganuzas, F.J. (2021). El legislador racional como fuente de persuasividad de los argumentos interpretativos. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales "Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica"*. Santa Rosa: EdUNLPam.

EL LEGISLADOR RACIONAL COMO FUENTE DE PERSUASIVIDAD DE LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS

Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

1. Introducción

La argumentación jurídica ha tenido desde la mitad del siglo XX un importante desarrollo contribuyendo no sólo a un mejor conocimiento teórico del razonamiento jurídico en general, sino a una mejor práctica judicial, coadyuvando a decisiones más y mejor motivadas y, por tanto, más acordes con los postulados del estado democrático de Derecho.

De los diversos temas de los que se ha ocupado la conocida como teoría “estándar” de la argumentación jurídica contemporánea, me ocuparé en esta ocasión de las “herramientas” de las que se vale la argumentación para justificar los significados atribuidos a las disposiciones objeto de interpretación: los denominados métodos, reglas, cánones, códigos o directivas, a los que voy a referirme como argumentos interpretativos. Sin embargo, me centraré en un aspecto muy concreto y relativamente poco tratado, pero que, como intentaré mostrar, es un elemento fundamental para la justificación del significado y, por tanto, para un adecuado y suficiente cumplimiento del deber de motivación (especialmente relevante en el caso de las decisiones judiciales): la fuente de la persuasividad de los argumentos interpretativos considerados en nuestra cultura jurídica como buenas razones para justificar un significado. Dicho de otro modo, qué hace que un argumento lo sea. Comenzaré con dos ejemplos de motivación judicial cuestionada por estar sustentada en razones poco (o nada) persuasivas.

En el primero de ellos, la Corte Suprema de Virginia destituyó al juez James Michael Shull, quien tiró una moneda al aire para decidir qué progenitor tendría derecho a una visita de su hijo por vacaciones ante la falta de acuerdo por parte de aquéllos⁵². En el segundo, si

⁵² Supreme Court of Virginia. JUDICIAL INQUIRY AND REVIEW COMMISSION OF VIRGINIA v. James Michael SHULL, Judge of the Thirtieth Judicial District. Record No. 071014. Decided: November 02, 2007. Disponible en <https://caselaw.findlaw.com/va-supreme-court/1066358.html> [consultado el 20 de agosto de 2021]. La argumentación de la Corte fue la siguiente:

“El hecho de que un juez lance una moneda en una sala de audiencias para decidir una cuestión jurídica pendiente ante el tribunal sugiere que los tribunales no deciden los casos por su fondo, sino que someten a los litigantes a juegos de azar en asuntos serios sin tener en cuenta las pruebas o la ley aplicable. Esta conducta puede tener un impacto profundamente negativo, no sólo en la capacidad de las partes para aceptar el "estado de derecho" impuesto en su caso particular, sino también en la confianza y el respeto del público hacia el poder

bien no en una sentencia sino en una entrevista televisiva, el magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia Gualberto Cusi señaló que los casos complejos los decidía recurriendo a la hoja de coca, provocando un gran escándalo incluso en el seno del mismo órgano jurisdiccional⁵³. En ambos casos la crítica no surge de la falta de motivación de la decisión, ya que la primera obtiene su justificación del azar y la segunda de una práctica adivinatoria tradicional andina, sino de que esa motivación no es considerada adecuada, las razones que justifican la decisión no son “buenas” razones en ese contexto histórico-cultural (aunque probablemente podrían serlo en otros).

Sin embargo, cuando la decisión se justifica por medio de un argumento pragmático, por el absurdo, psicológico, semántico, comparativo o de autoridad, es considerada adecuada y bien justificada, aunque no se comparta el resultado interpretativo (por discrepancias en los argumentos elegidos o en su uso). Por ejemplo, en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional español 148/2021, de 14 de julio⁵⁴, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el Tribunal emplea sucesivamente esos argumentos⁵⁵:

Argumento pragmático 1:

“el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o “limitaciones” de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, *pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional* de este específico estado de crisis (art. 116.1 y 2 CE).

Argumento pragmático 2:

judicial. Para que nuestro sistema judicial mantenga la confianza y el respeto del público, las decisiones judiciales deben basarse en las pruebas y en la ley pertinente”.

Acerca de este caso y otros similares puede consultarse McMahan Jr., J.D., “Guarding the Guardians: Judges' Rights and Virginia's Judicial Inquiry and Review Commission”, en *University of Richmond Law Review*, nº 43, 2008, págs. 473-522. Disponible en <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol43/iss1/18> [consultado el 20 de agosto de 2021].

⁵³ La entrevista puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=Jea2Fs0VRdI> [consultada el 20 de agosto de 2021]. En Martínez, A., “La justicia de la hoja de coca”, en *El Diario Vasco*, 15 de marzo de 2012, disponible en <https://www.diariovasco.com/v/20120315/mundo/justicia-hoja-coca-20120315.html> [consultado el 20 de agosto de 2021], el magistrado suplente del mismo Tribunal opinó que “Es una vergüenza porque el Constitucional es un órgano netamente técnico, que tiene que valorar en principio si cualquier decisión está acorde con la Constitución y las leyes y los derechos fundamentales”. Dos trabajos que, desde perspectivas muy distintas, examinaron el caso son Anaya Huertas, A., “La coca como inspiración judicial”, en *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, 14 de marzo de 2012, disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/tag/hoja-de-coca/> [consultado el 20 de agosto de 2021]; y Medina, J., “Leer en Coca y leer en Libro. Causalidad y Sincronicidad”, 20 de marzo de 2012, en <http://borisbernalmansilla.blogspot.com/2012/03/leer-en-coca-y-leer-en-libro-causalidad.html> [consultado el 20 de agosto de 2021].

⁵⁴ *Boletín Oficial del Estado* núm. 182, de 31 de julio de 2021. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-13032>.

⁵⁵ Fundamento jurídico 3. La cursiva es añadida.

“esas restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, *so pena de vaciar igualmente de sentido el art. 55.1 CE*.”

Argumento por el absurdo:

“dichas limitaciones deberán respetar, en todo caso, los principios de legalidad y de proporcionalidad, *ya que de lo contrario el derecho afectado quedaría inerte ante el poder público*, y ya se ha dicho que ante el estado de alarma los derechos fundamentales subsisten”.

Argumento psicológico:

El alcance de tales “limitaciones” *se planteó ya en el proceso constituyente mediante enmiendas* que propusieron, sin éxito, suprimir esta figura (...) (“Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas”; número 84, sesión número 17, de 8 de junio de 1978, pp. 3074-3076; véase también, en sentido análogo, el “Diario de sesiones del Congreso de los Diputados”, número 109, sesión plenaria número 38, de 13 de julio de 1978, pp. 4237-4238, así como el “Diario de sesiones del Senado. Comisión de Constitución”, número 51, sesión número 13, de 7 de septiembre de 1978, pp. 2411-2412).

Argumento semántico:

“una primera aproximación general permite apreciar que el concepto de “limitación” (o “restricción”) es más amplio que el de suspensión, como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico. En efecto, *conforme a los Diccionarios de la lengua española y Panhispánico del español jurídico*, los términos “limitación” o “restricción” hacen referencia, en última instancia, a la “acción y efecto” de “reducir a menores límites” algún “derecho o facultad”; mientras que la “suspensión” implica una “cesación” o privación “temporal”, que “impide temporalmente el ejercicio de un derecho”.

Argumento comparatista:

“una distinción similar (...) puede encontrarse en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos* (CEDH), cuya virtualidad interpretativa en esta materia deriva del artículo 10.2 CE”.

Argumento de autoridad:

“medidas que la *doctrina*, usualmente, califica de “suspensión” de las garantías derivadas del Convenio”.

La pregunta que me gustaría plantear para introducir el tema de este trabajo es por qué la justificación de una decisión apelando al azar o a un arte adivinatoria no son habitualmente consideradas motivaciones adecuadas, pero sí la invocación del texto legal, la intención del legislador, la realidad social o la finalidad de la regulación.

Algunos representantes de la teoría contemporánea de la argumentación (la conocida como teoría “estándar”) responden acudiendo a la moral⁵⁶, a la habitualidad de su uso surgida del consenso en un contexto jurídico-político y cultural determinado entre la doctrina y la jurisprudencia, y a su conexión con valores centrales del Estado de Derecho, constitucional y democrático⁵⁷. Otras importantes teorías de la argumentación, como las de Wróblewski, Ost/Van de Kerchove y Chiassoni, apelan, junto a las directivas interpretativas de primer y segundo nivel⁵⁸ y por encima de ellas, a un tercer nivel formado por valoraciones de las que depende la elección y uso de aquéllas, denominadas según los autores “ideologías interpretativas”⁵⁹, “directivas fundadoras”⁶⁰ o “directivas axiológicas”⁶¹. Todo ello pone de manifiesto que cuando se quiere elaborar una teoría de la interpretación jurídica, sobre todo si pretende ser descriptiva, se alcanza un nivel en el que las decisiones últimas acerca de las directivas a emplear para la atribución y/o justificación del significado de una disposición, dependen de valores y, por tanto, de la ideología interpretativa (diría Wróblewski) o del código hermenéutico (diría Chiassoni) del intérprete. Es importante destacar que, a

⁵⁶ Guastini, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffrè, 2004, págs. 141 y 142: forma parte de la estructura de las técnicas de interpretación un principio metodológico formado por principios morales diversos (e incluso contradictorios) y derrotables. Para De Asís Roig, R. (*Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw Hill, 1998, pág. 135), los criterios interpretativos forman parte de la moral interna del Derecho como elementos que permiten el funcionamiento del mismo y favorecen la interdicción de la arbitrariedad jurídica.

⁵⁷ Así, por ejemplo, Tarello, G. (*L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980, pág. 342) conecta la atribución de significado con “un contexto histórico-cultural caracterizado por reglas y costumbres interpretativas”; para MacCormick, N. y Summers, R.S. (“Interpretation and Justification”, en N. MacCormick y R.S. Summers (edited by), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot/Brookfield, 1991, págs. 532-539) lo que otorgaría su fuerza justificatoria a los argumentos serían “los valores del orden legal y constitucional”; García Amado, J.A. (“La interpretación y sus argumentos (I): criterios y reglas”, en *Almacén de Derecho*, 14 de marzo de 2016, disponible en <https://almacenederecho.org/la-interpretacion-y-sus-argumentos-1-criterios-y-reglas> [consultado el 27 de agosto de 2021]; e Id., *Interpretación y argumentación jurídica*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, pág. 194, disponible en <http://www.cnj.gob.sv/index.php/publicaciones-cnj/66-interpretacion-y-argumentacion-juridica-modulo-instruccional> [consultado el 27 de agosto de 2021]) señala como características de un argumento interpretativo admisible su habitualidad en una cultura jurídica y su vinculación con algún valor central del sistema jurídico (en idéntico sentido Cabra Apalategui, J.M., “Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXIII, 2017, pág. 44); y Chiassoni, P. (*Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, trad. esp. de P. Luque y M. Narváez, Madrid, Marcial Pons, 2011, pág. 17) menciona como requisito para una motivación correcta que esté enraizada en “el sentir doctrinal y jurisprudencial” (en el mismo sentido, Gascón Abellán, M., “Los argumentos de la interpretación”, en M. Gascón (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 256).

⁵⁸ Wróblewski, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, pág. 36: “las directivas del primer nivel DI¹ determinan el modo en el que el intérprete debería atribuir significado a una regla legal teniendo en cuenta los contextos relevantes de la regla, a saber, contextos lingüístico, sistémico y funcional. Las directivas de segundo nivel DI² determinan cómo deberían utilizarse las DI¹ (DI² de procedimiento) y la manera de elegir entre los diferentes resultados de una aplicación de las DI¹ (DI² de preferencia)”.

⁵⁹ *Ibidem*, págs. 72-78.

⁶⁰ Ost, F. y Van de Kerchove, M., *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruselas, Bruylant, 1989, pág. 13, que tendrían por función establecer “el fin último de la interpretación”.

⁶¹ Chiassoni, P., *op. cit.*, págs. 133 y ss.: “constituyen el conjunto (la base) de principios últimos –de axiomas– de un código hermenéutico, y consisten habitualmente en reglas finales, que prescriben qué objetivo (normalmente general) de política del derecho debe ser perseguido al interpretar las disposiciones”.

diferencia de las directivas interpretativas de primer nivel (justificadas por las de segundo nivel) y éstas (justificadas por la ideología que profese el intérprete), las ideologías o códigos interpretativos no pueden ser, a su vez, justificados, sino simplemente expuestos.

La primera idea fundamental que pretendo defender en este trabajo⁶² es que el postulado del legislador racional compendia todos esos valores, sea cual sea la ideología interpretativa o el código hermenéutico que se adopte, convirtiéndose así, tanto en la cultura jurídica de tradición románico-germánica, como en la de tradición anglosajona, en el instrumento más potente de justificación última de la interpretación. En la misma línea, Wróblewski y Dascal, por ejemplo, consideran que la construcción del legislador racional “es ambivalente respecto a la distinción entre ideologías de la interpretación estáticas y dinámicas. La razón es que las justificaciones contenidas en la ideología pueden usar valores estáticos, dinámicos o una combinación de ambos, sin referencia alguna a un legislador histórico o actual tratado como una persona real”⁶³. De igual modo Ost/Van de Kerchove⁶⁴ y Gascón⁶⁵ vinculan los valores presentes en la interpretación, sean los que sean dentro de una cultura jurídica dada, con el postulado del legislador racional. Finalmente, aunque sin mencionar la figura del legislador racional, su huella se percibe en el papel que MacCormick y Summers otorgan a la intención del legislador como argumento “transcategorico”⁶⁶ y en los códigos hermenéuticos eclécticos de Chiassoni⁶⁷.

La segunda idea, estrechamente conectada con la anterior, que desearía destacar es que habitualmente los inevitables juicios de valor inherentes a la interpretación jurídica se mantienen ocultos por el tupido manto del postulado del legislador racional que, camuflando esas valoraciones y la paralela discrecionalidad del intérprete, se manifiesta como un instrumento de cobertura ideológica contrario a una adecuada, rigurosa y exhaustiva

⁶² Esta idea estaba ya presente en la primera ocasión en la que me ocupé del postulado del legislador racional (Ezquiaga, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº 1, 1994, págs. 70-99), pero está mucho más desarrollada en Ezquiaga, F.J. “Legal Arguments: a view from a rational legislator”, en M.N.S. Sellers/ Stephan Kirste (Editors), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht, Springer, 2021.

⁶³ Dascal, M. y Wróblewski, J., “The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation”, en *Journal of Pragmatics*, nº 15(5), 1991, pág. 439.

⁶⁴ Ost, F. y Van de Kerchove, M., “Les colonnes d’Hermès: à propos des directives d’interprétation en droit”, en P. Amsseleer (ed.), *Interprétation en droit*, Bruselas, Bruylant/Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1995, pág. 152: “siempre hemos sostenido la tesis según la cual la interpretación que confirma la ‘racionalidad del legislador’ (imagen destinada a traducir la coherencia, lógica y axiológica del sistema jurídico, así como su carácter operativo) representa el núcleo duro de ese ‘sentido del juego’, la ‘apuesta’ decisiva de la partida, y, como tal, la directiva interpretativa más fundamental”.

⁶⁵ Gascón Abellán, M., op. cit., pág. 256: los cánones de interpretación son “la expresión de *modos de argumentar* (...) que se han decantado doctrinal y jurisprudencialmente a lo largo del tiempo y que se vinculan al postulado metodológico del *legislador racional*”.

⁶⁶ MacCormick, N. y Summers, R.S., op. cit., págs 515 y 522-525. De la misma opinión es Guastini, R., op. cit., pág. 143: todas las técnicas interpretativas que conducen a un significado diferente del literal “son reconducibles –todas– a alguno de los usos del argumento de la intención del legislador (en una u otra de sus posibles variantes). En el sentido de que siempre se apela –o se hace referencia tácita– a la presunta intención del legislador para justificar la atribución a un texto normativo de un significado *diferente al literal*. Lo que no excluye, por supuesto, que se pueda también apelar a la voluntad del legislador a favor de una interpretación literal”.

⁶⁷ Chiassoni, P., op. cit., pág. 137.

justificación de la interpretación jurídica, conclusión especialmente preocupante en el ámbito de la aplicación judicial del Derecho⁶⁸.

2. La ficción de la racionalidad del legislador.

Junto al legislador que históricamente promulgó la ley y el del momento de su aplicación, ambos reales y existentes, en la justificación de las decisiones interpretativas desempeña un papel central un tercer tipo idealizado o ficticio de legislador⁶⁹: el denominado “legislador racional”⁷⁰.

La importancia de esa construcción reside, como ya se ha indicado, en que la fuerza de la mayor parte de los argumentos que sirven para justificar las decisiones interpretativas procede de esa figura ideal de un legislador racional y perfecto que, a menudo, es identificado con el legislador real. Tanto la justificación de las decisiones interpretativas, como los argumentos empleados, los significados elegidos y los rechazados se desarrollan como si el legislador real fuera racional.

En la cultura jurídica contemporánea, muchas veces por imperativo constitucional, la decisión judicial debe ser motivada para mostrar, entre otras cosas, que es el resultado de la aplicación de una norma jurídica promulgada por el legislador y no una creación del juez, pero, además, que es racional, es decir, justificable por medio de “buenas razones”⁷¹. Para lograrlo, la solución se imputará siempre a la voluntad (casi siempre implícita) del legislador, a pesar de las lagunas, insuficiencias u oscuridades que puedan surgir en la aplicación del Derecho: el órgano judicial se comportará *como si* el ordenamiento jurídico fuera coherente, completo, sin ambigüedades, equitativo y conducente a una única solución⁷². Ese objetivo requiere que el autor de ese producto normativo esté dotado de propiedades extraordinarias imposibles de encontrar en un legislador real, por lo que ha sido necesario construir una figura ficticia e idealizada que, desde que Leszek Nowak acuñó la expresión en 1969, es conocida como el “legislador racional”⁷³.

⁶⁸ Guastini, R. (op. cit., págs. 140 y 141), señala como un elemento de la estructura de las técnicas interpretativas un “principio metodológico” o “directiva interpretativa” (del tipo “se debe atribuir el significado conforme a la intención del legislador” o a la finalidad de la ley”), que queda casi siempre implícito y silenciado, “con la consecuencia de que la argumentación resulta incompleta, pierde carácter deductivo, y la conclusión resulta no rigurosa”. La razón por la que es silenciado no es casual: expresarlo haría la argumentación más rigurosa, pero al mismo tiempo la debilitaría y la expondría a críticas, ya que esos principios son legión y todos ellos derrotables por otros principios.

⁶⁹ Dascal, M. y Wróblewski, J., “The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation”, cit., pág. 430.

⁷⁰ Nowak, L., “De la rationalité du législateur comme élément de l’interprétation juridique”, en *Logique et Analyse*, vol 12, n° 45, 1969, pág. 80.

⁷¹ Wróblewski, J., “Principles, values, and rules in legal decision-making and the dimensions of legal rationality”, en *Ratio Juris*, vol. 3, n° 1bis, 1990, pág. 107; y Dascal, M. y Wróblewski, J., “The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation”, cit., pág. 429.

⁷² Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, en M. Van de Kerchove (dir.), *L’interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1978, pág. 108.

⁷³ Nowak, L., op. cit., pág. 80.

Es importante resaltar que cuando se apela a la racionalidad del legislador no se está haciendo referencia a un modelo ideal, a una serie de requisitos que el legislador real debería satisfacer para que su comportamiento fuera racional, ni tampoco a una hipótesis que debe ser sometida a comprobación en cada caso⁷⁴. La racionalidad del legislador es admitida dogmática y acríticamente, sin verificación ni discusión, aunque no como una tesis *psicológica* (los operadores jurídicos son muy conscientes de que el legislador real dista mucho de ser racional), sino como una tesis *metodológica*: los juristas interpretan los textos normativos *como si* admitieran que el legislador real es racional⁷⁵. Por ello, el legislador del que se presume su racionalidad no se corresponde con el legislador que históricamente elaboró la ley, ni tan siquiera con el legislador actual, sino con “una construcción usada con una finalidad justificatoria y eventualmente también heurística”⁷⁶.

De ese modo, la presunción de que el legislador real es racional, es decir, que actúa respetando los postulados del comportamiento racional, se ha convertido en la cultura jurídica contemporánea en el argumento fundamental para justificar la interpretación⁷⁷.

3. Los atributos del legislador racional

Como se verá más adelante, los atributos o propiedades que son presumidos del legislador otorgan su persuasividad a los principales instrumentos de justificación de las decisiones interpretativas. Se corresponden con los rasgos de un comportamiento racional, abarcando todos los aspectos de las diferentes concepciones de la racionalidad: formal y sustantiva, instrumental y comunicativa⁷⁸.

Estas son las principales propiedades que se presumen del legislador racional conforme a los autores que, con alto grado de consenso, las han estudiado⁷⁹:

⁷⁴ Wróblewski, J., “A model of rational law-making”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXV/2, 1979, págs. 196-200; Wronkowska, S., “The rational legislator as a model for the real lawmaker”, en Z. Ziembinski (Ed.), *Polish contributions to the theory and philosophy of law*, Amsterdam, Rodopi, 1987, págs. 148 y 149; Ziembinski, Z., “La notion de rationalité du législateur”, en *Archives de Philosophie du Droit* 1978, págs. 175-179; Igartua Salaverría, J., “El postulado del legislador racional (entre método-logía y mito-logía)”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 28, pág. 115; y Nino, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pág. 85.

⁷⁵ Nowak, L., op. cit., pág. 83; e Igartua Salaverría, J., op. cit., pág. 115.

⁷⁶ Dascal, M. y Wróblewski, J., “The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation”, cit., pág. 430.

⁷⁷ Nowak, L., op. cit., pág. 81; y Calvo García, M., “Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 3, 1986, pág. 114.

El funcionamiento de la racionalidad del legislador sería el siguiente: el receptor (el intérprete) reconstruye el significado del emisor (el legislador) proyectando hacia el emisor (o el texto) una noción de racionalidad. “Se pregunta no qué *habría* dicho el emisor, sino qué *debería* haber dicho” (Dascal, M. y Wróblewski, J., “The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation”, cit., pág. 433).

⁷⁸ Wróblewski, J., “Principles, values, and rules in legal decision-making and the dimensions of legal rationality”, cit., pág. 101.

⁷⁹ Bobbio, N., “Le bon législateur”, en H. Hubien (Ed.), *Le raisonnement juridique*, Bruselas, Bruylant, 1971, pág. 244; Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, cit., págs. 160-173; Ziembinski, Z., op. cit., pág. 179; Nino, C.S., op. cit., págs. 85-86; Ezquiaga Ganuzas, F.J., *La*

1. **Corrección en la expresión:** el legislador es preciso, utiliza correctamente el lenguaje ordinario, conoce y respeta los usos y convenciones del lenguaje jurídico, y consigue decir a través del texto normativo lo que tenía la intención de decir.
2. **En los trabajos previos a la promulgación de la ley el legislador se expresa con más libertad y amplitud:** por ello esos materiales legislativos son considerados un medio adecuado para establecer la voluntad del legislador⁸⁰.
3. **El legislador es riguroso al ordenar los textos normativos y al colocar los títulos de las leyes y sus apartados:** la estructura, la ordenación y los títulos de los documentos normativos no son casuales, sino fruto de un plan previo, por lo que reflejan la voluntad del legislador.
4. **El legislador no se contradice y respeta la Constitución:** conoce y es consciente de todas las normas que ha promulgado con anterioridad y coherente.
5. **El legislador adapta los medios utilizados a los fines perseguidos:** Bobbio la denominó “regla de la racionalidad conforme al objetivo”⁸¹ y se sustenta en el carácter finalista del legislador⁸².
6. **El legislador no hace nada inútil:** su carácter económico le hace respetar la regla de la no redundancia, según la cual toda ley responde a un objetivo preciso y cada uno de sus términos colabora a su realización sin que promulgue normas redundantes.
7. **El legislador es equitativo:** trata de la misma manera a todos los que se encuentran en la misma situación y de manera diferente a los que no son iguales.
8. **El legislador es previsor:** proporciona una norma para todo supuesto jurídicamente relevante.
9. **El legislador posee conocimientos lógicos y extralógicos en lo que respecta a la relación entre normas:** por ello las normas jurídicas no son sólo las formuladas explícitamente en los documentos correspondientes, sino también aquellas otras que, mediante reglas de inferencia admitidas, se extraen de las normas escritas.
10. **El legislador posee una racionalidad epistemológica:** se le presuponen los conocimientos (creencias) de una persona instruida y, en particular, los de un

argumentación en la justicia constitucional española, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987; e Igartua Salaverría, J., op. cit., págs. 120-124.

⁸⁰ En este caso, de algún modo, el legislador racional se nutre del legislador histórico al acudir a documentos de éste previos a la promulgación de la ley (Dascal, M. y Wróblewski, J., “The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation”, cit., pág. 430).

⁸¹ Bobbio, N., op. cit., pág. 244.

⁸² En este caso la racionalidad del legislador es tomada como una racionalidad “técnica”, la que caracteriza al sujeto que planea y ejecuta una estrategia eficaz conducente a la meta propuesta. Para conocer ese proceso, véase Wróblewski, J., “A model of rational law-making”, cit., págs. 190-196.

especialista medio en el asunto de que se trate. En ese sentido el legislador racional es “omnisciente”⁸³.

11. **El legislador es racional axiológicamente:** aunque su sistema de valores es presentado como resultado de una deducción o de una inducción a partir, por ejemplo, de los expresados en los textos constitucionales o en los preámbulos de las leyes, el legislador racional se convierte en un recipiente en el que caben sistemas axiológicos diferentes.
12. **El legislador es único, omnipotente e imperecedero:** a pesar de los cambios de legisladores reales el legislador racional es tomado como si fuera el mismo a lo largo del tiempo, cuya voluntad permanece vigente hasta que la revoque por un acto de voluntad opuesto.

En resumen, se presume del legislador racional, independientemente de que sean rasgos que se den o no en el legislador real, que es preciso en el uso del lenguaje, expresa su voluntad mejor en la discusión legislativa, es formalmente riguroso, no se contradice, adapta los medios a los fines que se fija, no hace nada inútil, es equitativo y previsor, con suficientes conocimientos lógicos y extralógicos, racional epistemológica y axiológicamente, único, omnipotente e imperecedero.

4. Los argumentos interpretativos vistos desde la perspectiva del legislador racional

La imagen idealizada y ficticia de un legislador racional dotado de los atributos enumerados se mantiene porque desempeña una importante función de argumento en apoyo de la interpretación decidida por el juez, permitiéndole justificarla manteniendo al mismo tiempo intactas la separación de poderes y la neutralidad del juez⁸⁴. Podría afirmarse que los argumentos más frecuentemente empleados en nuestra cultura jurídica para justificar la interpretación lo son porque derivan de los atributos del legislador racional⁸⁵. Dicho de otro modo, su persuasividad y su capacidad para justificar la atribución de significado a los textos normativos las obtienen de ese ficticio legislador racional. Incluso podría afirmarse que son los atributos del legislador racional los que permiten calificar las reglas o argumentos interpretativos como correctos o no⁸⁶. Pero, paralelamente, la racionalidad del legislador se mantiene, en buena medida, porque se supone que sus decisiones están guiadas por argumentos justificatorios explícitos y deductivos⁸⁷.

Resulta imposible realizar una relación completa de los argumentos jurídicos idóneos en nuestra cultura jurídica para justificar la interpretación y su conexión con la construcción del

⁸³ Nino, C.S., op. cit., pág. 86.

⁸⁴ Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, cit., págs. 178-180; Lenoble, J. y Ost, F., *Droit, mythe et raison. Essai sur la derive mythologique de la rationalité juridique*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980, pág. 152; y Ost, F. y Van de Kerchove, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, pág. 124.

⁸⁵ Nowak, L., op. cit., pág. 80; Igartua Salaverria, J., op. cit., pág. 114; Dascal, M. y Wróblewski, J., “The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation”, cit., pág. 436; y Calvo García, M., op. cit., pág. 114.

⁸⁶ Calvo García, M., op. cit., pág. 116.

⁸⁷ Dascal, M. y Wróblewski, J., “The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation”, cit., pág. 427.

legislador racional. Sin embargo, fijando la atención simplemente en algunos de los más estudiados, firmemente asentados en la práctica judicial, su dependencia se aprecia con toda nitidez⁸⁸:

1. **El argumento semántico** justifica un significado presumiendo la corrección en la expresión del legislador, de tal manera que el sentido de un enunciado debe ser el que se corresponda con las reglas de la lengua en la que está redactado, porque si el legislador quisiera otorgarle un significado diferente lo haría a través de una definición legislativa. Adicionalmente, debe suponerse como un corolario de la racionalidad presumir que los mismos términos son usados para decir lo mismo y términos diferentes para significar cosas distintas. Por último, como un legislador racional no hace nada superfluo, también habrá de concluirse que cada palabra cumple alguna función significante⁸⁹.
2. **El argumento a contrario** justifica que la consecuencia jurídica prevista para un supuesto no se extienda a otros diferentes. Se fundamenta en la presunción de que la racionalidad del legislador le lleva a señalar expresamente los casos a los que desea otorgar una regulación, por lo que su voluntad habría sido excluir de esa regulación otra serie de supuestos que *prima facie* hubieran podido considerarse incluidos⁹⁰.
3. **El argumento psicológico** justifica el significado que se corresponda con la voluntad del legislador expresada en los trabajos previos a la aprobación del documento normativo⁹¹. No es difícil detectar también en este argumento la presencia del legislador racional: su intención es un dato relevante para la atribución de significado, ya que, a pesar de que se fija en la voluntad del legislador real, se le identifica con el legislador racional, y los atributos de éste son adjudicados a aquél⁹².
4. **Los argumentos sedes materiae y a rubrica** justifican el significado a partir del lugar que el enunciado ocupa en el texto normativo y/o de su título o el de sus apartados o artículos⁹³. Ambos se sustentan en la racionalidad del legislador ya que se presume que éste dispone lógicamente las materias y traduce correctamente sus intenciones en los títulos de las leyes y sus apartados⁹⁴. Su fundamento y persuasividad residen en la supuesta existencia de una

⁸⁸ Tarello, G., op. cit., págs. 341-387; y Ezquiaga Ganuzas, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit.

⁸⁹ Ziembinski, Z., op. cit., pág. 180; e Igartua Salaverría, J., op. cit., pág. 120.

⁹⁰ Ezquiaga Ganuzas, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., págs. 161-171; y Ezquiaga Ganuzas, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº 1, 1994, págs. 83-84.

⁹¹ Ezquiaga Ganuzas, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., pág. 183.

⁹² Ezquiaga Ganuzas, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, cit., pág. 93.

⁹³ Ezquiaga Ganuzas, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., págs. 117, 118 y 125.

⁹⁴ Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, cit., pág. 162; e Igartua Salaverría, J., op. cit., págs. 120-121.

sistematización racional de los textos legales que es otra expresión de la voluntad (racional) del legislador⁹⁵.

5. **El argumento a coherencia** se fundamenta en la presunción de que la racionalidad del legislador impide que incurra en contradicciones, por lo que la interpretación nunca puede poner de manifiesto que dos normas han otorgado regulaciones incompatibles al mismo caso⁹⁶. Por ello, el significado atribuido deberá ser compatible con el conjunto de las demás normas del sistema⁹⁷ y, muy especialmente, con la Constitución. Ese objetivo supone un esfuerzo real para lograr la compatibilidad normativa (por medio, por ejemplo, de la interpretación conforme con la Constitución) o, en su caso, restaurar la racionalidad del legislador y la coherencia del sistema mediante alguna de las reglas destinadas a seleccionar una de las normas en conflicto y apartar la otra (jerarquía, cronología y especialidad)⁹⁸. Estas reglas reflejan igualmente la racionalidad del legislador, ya que la prevalencia de la norma superior se justifica por la presunción de que el legislador superior es más racional que el inferior; la de la posterior porque el legislador conoce todas las normas y ha querido derogar la anterior; y la especial porque ha deseado dar una regulación específica a un caso particular⁹⁹.
6. **El argumento teleológico** justifica la atribución de un significado apelando a la finalidad del precepto, por entender que la norma es un medio para un fin. El fundamento del argumento es, desde luego, la presunción de que el legislador se fija unos objetivos de los que la norma es el medio más adecuado, por lo que la interpretación deberá realizarse teniendo en cuenta esos fines¹⁰⁰. Ello implica la presunción de que la norma se ajusta adecuadamente a la finalidad prevista¹⁰¹.
7. **El argumento de la no redundancia** justifica que el significado atribuido a un enunciado sea el que no suponga una mera repetición de lo establecido por otra norma, ya que el legislador no hace nada inútil y su racionalidad le lleva a no promulgar normas redundantes, pues en su labor tiene en cuenta el conjunto de las normas creadas con anterioridad¹⁰². Por ello, un enunciado no ha de ser entendido como la reiteración de otro, rechazando los significados redundantes¹⁰³.

⁹⁵ Ezquiaga Ganuzas, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, cit., págs. 91-92.

⁹⁶ Ezquiaga Ganuzas, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., pág. 99; y Bobbio, N., op. cit., pág. 245.

⁹⁷ Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, cit., pág. 163.

⁹⁸ Igartua Salaverría, J., op. cit., pág. 122; y Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, cit., pág. 163.

⁹⁹ Ezquiaga Ganuzas, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, cit., pág. 90

¹⁰⁰ *Ibidem*, págs. 95-96; Igartua Salaverría, J., op. cit., pág. 122; y Bobbio, N., op. cit., pág. 245.

¹⁰¹ Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, cit., pág. 171.

¹⁰² Ezquiaga Ganuzas, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., págs. 227-231; y Ezquiaga Ganuzas, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, cit., pág. 94.

¹⁰³ Bobbio, N., op. cit., pág. 245; Igartua Salaverría, J., op. cit., pág. 121; y Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, cit., pág. 172.

8. **El argumento pragmático** justifica que el significado atribuido a un enunciado sea el que lo hace eficaz frente al que lo convertiría en inservible. El fundamento es el mismo rasgo de la racionalidad presente en el argumento de la no redundancia: el legislador no hace nada inútil¹⁰⁴ y todas las normas deben ser realizadas, sin que para cumplir unas deban obviarse otras¹⁰⁵. Por ello, ante dos significados de un enunciado debería ser elegido el que le da alguna utilidad práctica y rechazado el que lo haga ineficaz¹⁰⁶.
9. **El argumento equitativo** justifica la atribución de aquellos significados que permitan tratar del mismo modo las situaciones que pertenecen a la misma categoría¹⁰⁷. Su fundamento es que la equidad es otro rasgo presumido en la racionalidad del legislador, por lo que toda interpretación debe confirmarla¹⁰⁸. Por ello, ante dos significados de un enunciado debería ser elegido el que reafirma la equidad del legislador y rechazado el que la cuestionara dando un tratamiento diferente a personas que se encuentran en la misma situación.
10. **El argumento analógico** justifica trasladar la solución legalmente prevista para un caso a otro caso distinto, no regulado, pero que es semejante al primero. Su fundamento estaría en que se asume que, si el legislador ha regulado expresamente un supuesto de hecho, quiere reservar el mismo tratamiento para todos los supuestos semejantes al primero, ya que se presume que al regular un supuesto ha regulado tácitamente todos los demás casos similares. La racionalidad del legislador justifica igualmente la obligación de solucionar las lagunas que puedan producirse en el ordenamiento, ya que, por ser éste una obra racional, no puede padecer de insuficiencias¹⁰⁹. Por ello, nunca la interpretación debe conducir a constatar la imprevisión del legislador¹¹⁰.
11. **El argumento a fortiori** justifica trasladar la solución legalmente prevista para un caso a otro caso distinto, no regulado, pero que la merece con mayor razón. Su fundamento sería, una vez más, la presunta voluntad (implícita) del legislador, quien no ha sido imprevisor con el caso no regulado, sino que ha querido llamar la atención sobre los casos más frecuentes o típicos, pero teniendo en cuenta todos aquellos casos que merecen *con mayor razón* que los previstos, la regulación¹¹¹.
12. **El argumento histórico** justifica atribuir el significado que se corresponda con el modo en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado el supuesto que el enunciado actual regula. Su fundamento es que el legislador es

¹⁰⁴ Ezquiaga Ganuzas, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., págs. 275-277; y Ezquiaga Ganuzas, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, cit., pág. 95.

¹⁰⁵ Ziembinski, Z., op. cit., pág. 180.

¹⁰⁶ Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, cit., pág. 172.

¹⁰⁷ Bobbio, N., op. cit., pág. 244.

¹⁰⁸ Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, cit., pág. 173.

¹⁰⁹ Ezquiaga Ganuzas, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, cit., pág. 78.

¹¹⁰ Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, cit., pág. 174.

¹¹¹ Ezquiaga Ganuzas, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, cit., págs. 81-82.

conservador y aunque elabore normas nuevas, no desea apartarse del “espíritu” o la “esencia” de la regulación tradicional. Por ello, ante una duda acerca del significado de un enunciado, se justifica la solución alegando que ésta es la forma en que tradicionalmente se ha entendido la regulación sobre esa materia. Para poder entender la capacidad justificativa del argumento es imprescindible referirse al legislador racional, es decir, no a una asamblea colectiva e históricamente mutable, sino a una *persona* que se mantiene a lo largo del tiempo, que resume a todos los que han participado en el proceso de elaboración de todas las reglas que en algún período histórico han estado en vigor en un ordenamiento jurídico¹¹².

- 13. El argumento por el absurdo** justifica rechazar un significado porque atribuirlo implicaría una solución contraria a alguno de los atributos del legislador racional que será calificada, por ese sólo hecho, de “absurda”¹¹³. A pesar de que varios de los argumentos analizados pueden ser usados tanto positiva como negativamente, en el sentido de que pueden justificar la atribución de significados, pero también su rechazo (por ejemplo, el que no se corresponda con la voluntad del legislador, el que ponga en cuestión su coherencia, el contrario a la finalidad que persigue, el redundante o el que haga ineficaz una regulación), este argumento es el que específicamente permite justificar el rechazo de un significado por atentar contra la racionalidad del legislador. Por ello, la construcción del legislador racional puede usarse positivamente, cuando sirve como soporte para justificar la mejor entre las posibles decisiones, o negativamente, cuando es empleado para eliminar la decisión “equivocada”¹¹⁴.

5. Conclusión: la función ideológica del postulado del legislador racional

En la doctrina se han mencionado dos casos en los que el juez sacrificaría la racionalidad del legislador y los argumentos que de ella se derivan: que el texto sea lo bastante claro para no dar lugar a ninguna duda sobre su interpretación¹¹⁵, y que la opinión pública (sobre todo la jurídica) sea tan sensible sobre una materia que el juez se vea obligado a tenerla en cuenta incluso frente a la voluntad del legislador racional¹¹⁶. En el primer caso la racionalidad del legislador cedería frente a la claridad o univocidad de significado del texto normativo, y en el segundo tendría como límite el principio de separación de poderes. Sin embargo, la extraordinaria fuerza justificativa derivada de la idealización de la racionalidad del legislador es tal que incluso estos casos se beneficiarían de su protección. Por un lado, la teoría contemporánea de la interpretación jurídica ha mostrado que no existen textos claros que

¹¹² *Ibidem*, págs. 96-97.

¹¹³ *Ibidem*, pág. 97; Igartua Salaverría, J., *op. cit.*, págs. 123-124; y Bobbio, N., *op. cit.*, pág. 245.

¹¹⁴ Wróblewski, J., “Principles, values, and rules in legal decision-making and the dimensions of legal rationality”, *cit.*, pág. 113; y Dascal, M. y Wróblewski, J., “The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation”, *cit.*, pág. 436.

¹¹⁵ Bobbio, N., *op. cit.*, págs. 248-249.

¹¹⁶ Ost, F., “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, *cit.*, págs. 175-177; e Igartua Salaverría, J., *op. cit.*, pág. 125.

estén a salvo de plantear en un acto de aplicación dado dudas acerca de su significado¹¹⁷. Por otro, la voluntad de adaptación de la interpretación a los cambios sociales puede ser considerada otro atributo de la racionalidad del legislador, de tal manera que, incluso cuando parezca que está siendo abandonada, estaría justificando esa interpretación adaptada a la opinión pública y jurídica.

Se ha intentado mostrar que la racionalidad del legislador es un potente instrumento de justificación de la decisión interpretativa cumpliendo una clara función ideológica de ocultación de la inevitable subjetividad judicial. Por medio de su invocación se trasladan a la decisión los rasgos de racionalidad que son atribuidos al legislador, convirtiéndola igualmente en racional. Como el operador jurídico es consciente de que el autor real de la norma carece de esas propiedades, se construye la figura del legislador racional con la finalidad de presentar la decisión interpretativa como racional¹¹⁸. Pero debe tenerse en cuenta que a través de la invocación (de las propiedades) del legislador racional el intérprete camufla sus preferencias personales¹¹⁹. Adicionalmente, la racionalidad del legislador, al convertirse en una referencia común de la actividad interpretativa, propicia decisiones bastante homogéneas y estables, cumpliendo así lo que ha sido denominada una *rarefaction function*¹²⁰.

Es importante, no obstante, advertir que la racionalidad que el legislador racional transmite a la decisión judicial es en todo caso una racionalización *a posteriori*¹²¹, entrándose así en un círculo vicioso: la decisión judicial es racional al estar referida a un legislador racional, pero éste lo es gracias a que la decisión judicial se adopta como si lo fuera.

Para concluir debe señalarse que la construcción del legislador racional sólo aparentemente justifica la racionalidad de la decisión judicial. Por un lado, porque, como se ha dicho, su invocación oculta las preferencias personales del intérprete que, sean cuales sean, son presentadas como racionales gracias al manto protector y mágico de la racionalidad del legislador. Por otro, porque la racionalidad del legislador justifica el uso de argumentos que pueden conducir a soluciones diversas e incluso contradictorias. Por ejemplo, se recurra a la analogía o al argumento *a contrario*, tanto la extensión de la consecuencia jurídica a supuestos similares, como su aplicación restrictiva a los casos expresamente señalados, se justificarán apelando a los atributos del legislador racional: desea tratar los casos similares del mismo modo, pero también menciona expresamente los casos a los que desea atribuir una consecuencia jurídica. La debilidad argumentativa se pone de manifiesto al quedar sin justificar muchas veces, por la simple referencia al legislador racional, su intención extensiva o restrictiva, la similitud o diferencia entre los casos mencionados y no mencionados, en definitiva, la opción entre la analogía o el argumento *a contrario*. Sea cual sea la solución adoptada se justificará apelando al comportamiento racional del legislador, convirtiendo la decisión, por medio de esa invocación mágica, en racional e incluso presentada como justa.

¹¹⁷ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, apdo. VII.1.

¹¹⁸ Peczenik, A., "Empirical foundations of legal dogmatics", en *Logique et Analyse*, vol. 12, n° 45, 1969, pág. 42.

¹¹⁹ Lenoble, J. y Ost, F., *Droit, mythe et raison*, cit., pág.157; y Ziembinski, Z., op. cit., págs.178 y 187.

¹²⁰ Lenoble, J. y Ost, F., *Droit, mythe et raison*, cit., págs. 156-157; y Ost, F. y Van de Kerchove, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, cit., pág. 123.

¹²¹ Lenoble, J. y Ost, F., *Droit, mythe et raison*, cit., pág. 157.

Por todo lo indicado, la racionalidad del legislador, los atributos que se le suponen y los argumentos interpretativos que de ellos se derivan cumplen una evidente función ideológica de justificación de la decisión judicial y de ocultación de la subjetividad y creatividad del juez, sosteniendo así, aunque sea sobre bases tan endeblés, la separación de poderes y la sujeción del juez a la ley.

Cómo citar: Giles, A.J. (2021). ¿Qué tiene de especial el razonamiento probatorio judicial?. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

¿QUÉ TIENE DE ESPECIAL EL RAZONAMIENTO PROBATORIO JUDICIAL?

Alejo Joaquín Giles

Istituto Tarello per la filosofía del diritto – Università degli Studi di Genova

1. Introducción

El razonamiento probatorio judicial es una especie dentro del género del razonamiento probatorio, aquel discurso dirigido a justificar un enunciado –su conclusión– donde se afirma que se encuentra probado que ciertos hechos han sucedido, suceden o sucederán en la realidad: «Está probado que p ». Las personas emitimos discursos así todo el tiempo, en asuntos de la vida cotidiana, en los contextos científicos o de investigación en general y también en los procesos judiciales.

Partiendo de una aproximación como esa podrían formularse al menos dos preguntas. Una: ¿Cuáles son los rasgos que conforman al género y que, por definición, todas sus especies comparten? Otra: ¿Qué rasgos diferencian a la mencionada especie de las demás especies del género? Es decir, ¿qué tiene de especial el razonamiento probatorio judicial? Como el título sugiere, me ocuparé en estas páginas de la última cuestión.

La tarea de indagar en torno a las particularidades del razonamiento probatorio judicial tiene sentido porque permite comprenderlo mejor, proponer modelos teóricos que den cuenta de él y, sobre esa base de marcha, ocuparse de otras cuestiones abiertas en el ámbito académico a su alrededor. Cuestiones como las referidas, por ejemplo, a si sus conclusiones son calificables como verdaderas o falsas en el mismo sentido en que lo son las conclusiones a las que arriban otros razonamientos del género; o si los criterios de valoración de la prueba propuestos en la filosofía de la ciencia pueden aplicarse en él. Ambos temas vienen recibiendo afortunadamente una considerable atención por parte de los juristas. La plausibilidad de lo que se dice en torno a ellos –este es mi punto– depende, al menos en parte, de las conclusiones a las que se llegue en un paso previo: la labor de caracterización en la que este texto se involucra.

La idea general que presento atribuye los aspectos distintivos del razonamiento probatorio judicial al carácter reglado del contexto en el que se inserta, el proceso judicial. Como argumentaré, las normas jurídicas –sustantivas y procesales– tienen una relevante influencia sobre las siguientes aristas:

- El objeto de la indagación fáctica (2).
- Con qué información se cuenta (3).
- Las clases de razones que cuentan como justificación de las decisiones sobre los hechos probados (4).

→ Los sujetos que toman esas decisiones (5).

En las páginas que siguen me dedicaré a estudiar sucintamente estas influencias.

2. Sobre qué se indaga

Si ordenamos este estudio de acuerdo con un criterio temporal, el primer aspecto del razonamiento probatorio donde la regulación jurídica influye es en el recorte de aquello sobre lo que se indaga, o en términos procesales, de cuál es el objeto de la prueba (o *thema probandum*).¹ En el proceso judicial no se investiga sobre cualquier conjunto de hechos sino sobre aquellos que superan un doble recorte en el que están involucradas normas jurídicas. Un primer recorte, de tipo sustantivo, está dado por los antecedentes de las normas que las partes invocan como fundamento de las posiciones jurídicas que sostienen y que son relevantes para la resolución de la litis. Las proposiciones objeto de prueba son, por regla, aquellas referidas a los hechos que pueden calificar como antecedentes de tales normas o bien las que permiten inferir tales proposiciones (es decir, las que versan sobre los hechos principales o secundarios). Así, los litigantes realizan lo que Taruffo² ha llamado una «construcción selectiva» de los enunciados fácticos que presentan ante los tribunales.

A ese conjunto se le hace un segundo recorte, de tipo procesal. Los códigos de procedimiento suelen establecer reglas que actúan de filtro y permiten excluir proposiciones del *thema probandum*, aún cuando superaran el primer recorte. Es lo que se dispone, en los procesos civiles y a modo de ejemplo, respecto de aquellas que versan sobre «hechos notorios» o las que, luego de la dialéctica entre la demanda y su contestación, no resultaran controvertidas por las partes. Tales aserciones, según las normas procesales, deben ser tenidas por probadas. Ergo, ni las referidas a hechos notorios ni las admitidas por las partes serán objeto de la actividad probatoria a producirse posteriormente.³

De este modo, la indagación fáctica en el contexto procesal está limitada de una manera en la que no lo está en la investigación científica en general, donde en principio no existen normas que predefinan las hipótesis sobre las cuales investigar para resolver los problemas de interés. Si bien pueden darse algunos condicionamientos relacionados con los temas de investigación (algunos reciben más financiamiento que otros, evidentemente), en la ciencia

¹ Tendré en mente, fundamentalmente, el modelo de los procesos civiles (o no penales).

² Taruffo, M., *La prueba: Artículos y conferencias*, Metropolitana, 2009, 45-46.

³ Sobre el recorte procesal de los hechos objeto de la prueba en el proceso civil, en general, véanse Chioyenda, G., *Principios de Derecho Procesal Civil* (trad. José Casáis y Santaló), vol. Tomo II, Editorial Reus, 1925, 186-90, 283-84; Calamandrei, P., *Opere giuridiche: Problemi generali del diritto e del processo*, vol. I, Roma: Roma TrE-Press, 2019, cap. I; Couture, E., *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª edición, Buenos Aires: Depalma, 1958, 219-36; Wróblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho* (trad. Juan Igartua Salaverría y Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas), 2ª edición, México: Grijley, 2013, 244-45; entre muchos otros. Algunos ordenamientos distinguen, respecto de las proposiciones no controvertidas, entre aquellas que han sido expresamente admitidas (admisión en sentido estricto) y aquellas que lo fueron sólo tácitamente (falta de oposición), por el silencio de una de las partes a lo alegado por la otra; las primeras son tenidas por probadas mientras que las segundas se benefician con presunciones derrotables a su favor. Por una caracterización y crítica hacia dicha clase de reglas, véase Taruffo, M., *La prueba*, (trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán), Madrid: Marcial Pons, 2008, 229-50.

la selección y puesta a prueba de las hipótesis es una actividad librada en buena medida a la voluntad e imaginación de los propios investigadores.⁴

3. Con qué información se cuenta

Los ordenamientos procesales, por otra parte, suelen establecer reglas que conducen y delimitan el modo en que han de llevarse adelante las investigaciones sobre los hechos.⁵ Algunas de esas reglas persiguen optimizar el objetivo de averiguar la verdad de los hechos, mientras que otras buscan tutelar valores diferentes, también importantes para el sistema de justicia como un todo. Mientras que algunas apuntan a garantizar el conocimiento de la verdad, otras son neutras respecto de ese objetivo y otras directamente contrarias a él.⁶ Esto sirve para advertir, desde ya, que las capacidades institucionales de los sistemas procesales para acceder a la verdad de los hechos pueden resultar menores a la de otros contextos, porque tal propósito no es el único que importa en el contexto procesal.

Siguiendo con la ilación temporal, podemos identificar todo un conjunto de reglas que versan sobre la actividad probatoria en sí misma, o bien sobre los medios de prueba a través de los cuales se incorpora información al proceso, una información destinada a corroborar las proposiciones que las partes hubieran sostenido y controvertido en la etapa procesal anterior. Ellas representan habitualmente el mayor caudal de normas jurídicas vinculadas con la prueba judicial y conforman el principal objeto de estudio del ámbito disciplinar denominado «Derecho Probatorio». Regulan el comienzo, la duración y el final de la etapa probatoria, los tipos de medios de prueba que pueden ser incorporados, las circunstancias en las cuales esos medios son admisibles o no lo son, las facultades de los jueces para incluir o desechar evidencias y para producirlas de oficio, el conjunto de información del que la decisión final puede valerse, entre muchas otras cuestiones.⁷

Dado que la decisión final sobre los hechos probados sólo puede apoyarse en el conjunto de evidencias efectivamente incorporadas al proceso,⁸ el resultado de la actividad probatoria es clave para la calidad epistémica de aquélla. En este punto aparece la característica adelantada unos párrafos atrás, que distingue a la indagación procesal de la investigación empírica producida en otros ámbitos: las reglas que acaban de ser mencionadas, sea por su aplicación

⁴ Con una salvedad, que me ha hecho notar Carmen Vázquez Rojas: en algunos supuestos sí se dan prescripciones estableciendo que respecto de ciertas cuestiones (imaginemos algunos tipos de manipulación genética) no se puede experimentar.

⁵ Por un análisis más amplio y detallado sobre las notas definitorias del contexto de la prueba jurídica véanse Wróblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit., caps. V, VII.; Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, 3.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2010, 107-11, 113-40; Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad en el derecho*, 2.^a ed., Marcial Pons, 2005, 38-54; Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007, 29-40.

⁶ De ahí la clasificación que propone Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, op. cit., 109-10. entre reglas «epistemológicas», «no-epistemológicas» y «contra-epistemológicas», respectivamente.

⁷ También, por fuera de la etapa probatoria y una vez dictada la sentencia, las vías para revisar las decisiones sobre los hechos probados y las condiciones bajo las cuales resultan definitivas.

⁸ Esto es expresado a través de conocido un brocardo: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*; el cual se sigue sosteniendo a modo de principio general véase, entre otros, Echandía, D., *Teoría general de la prueba judicial*, 2.^a edición, vol. Tomo I, Buenos Aires: Zavalía, 1972, 114-17, y sus citas..

o por los incentivos que generan, pueden hacer que no ingrese al proceso judicial toda la información relevante disponible fuera de él.⁹ La calidad del conjunto de evidencias incorporado al proceso depende de dos factores. Por un lado, de modo bastante obvio, de la información disponible sobre los fenómenos investigados en el conocimiento humano general en un momento dado. Por ejemplo, lo que se sabe sobre los efectos sobre la salud de determinado compuesto químico, algo que puede cambiar de un momento a otro. Y también depende, por otro lado, del resultado de la actividad probatoria llevada adelante por los sujetos procesales (por las partes y, cuando están habilitados, por los jueces). Por efecto de las normas que regulan dicha actividad (en conjunción claro, con otros factores como la posible negligencia de las partes o las dificultades para acceder a los medios de prueba), la información disponible en un proceso judicial puede resultar asimétrica respecto de la información disponible en general sobre el mismo tópico. Lo que podría darse, continuando con el ejemplo anterior, si aparecen nuevas investigaciones sobre los efectos del compuesto químico una vez cerrada la etapa probatoria del proceso.

4. Qué clase de razones cuentan para justificar las decisiones

Otro tipo de normas jurídicas se refieren a la decisión que adoptan los jueces sobre los hechos probados y que culmina, en la estructura de la sentencia, con un enunciado probatorio («Está probado que *p*»). Esto involucra dos aspectos o momentos: el de la valoración o evaluación del apoyo epistémico que las evidencias recolectadas brindan (de modo individual y en conjunto) a las proposiciones en disputa; y el de la decisión sobre si ese apoyo es suficiente para tener a alguna por probada.¹⁰

Si pensamos en la inferencia probatoria en tanto razonamiento, las normas de las que se habla aquí indican qué clase de razones cuentan como justificación de la conexión entre las premisas que versan sobre las evidencias producidas en el proceso («Un testigo afirma que vio *p*») y la conclusión sobre los hechos probados («Está probado que *p*»). Las razones con que las inferencias probatorias justifican sus conclusiones, veremos, son otro aspecto que podría diferenciarlas de las producidas en otros campos del conocimiento.¹¹

Sobre esta cuestión los ordenamientos jurídicos suelen adoptar dos clases de alternativas, una de aplicación excepcional y otra por defecto, consistentes en establecer conexiones obligatorias (1), o bien en remitir a criterios generales y abiertos de justificación (2). Esta es, claro está, una generalización que intenta dar cuenta de las alternativas para la justificación de las inferencias probatorias más frecuentes, actualmente, en los sistemas procesales del *civil law*; la cual resulta compatible con que algunos ordenamientos adopten, en particular, otras parcialmente distintas. Cada una de ellas se identifica con lo que los procesalistas suelen estudiar como dos sistemas distintos de valoración de la prueba: el de la «prueba legal» (o «tasada») y el de la «libre valoración». El enfoque puede tener sentido desde una perspectiva diacrónica, para el estudio de la historia de los sistemas probatorios, pero lo

⁹ Esta es, en palabras de Ferrer Beltrán, «la clave de la *especificidad* de la prueba jurídica», pues en los demás ámbitos del conocimiento los elementos de juicio a analizar para justificar las inferencias suelen ser iguales «al total de las informaciones disponibles y relevantes para el caso» (*La valoración racional de la prueba*, op. cit., 42).

¹⁰ Por una demarcación conceptual entre esos dos momentos, véase Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., 45-49, 91-152.

¹¹ Conf. Wróblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit. 289-90.

pierde, sin embargo, si se lo intenta presentar como una reconstrucción de los ordenamientos actualmente vigentes, por lo que acabo de decir: éstos suelen establecer un solo modelo de valoración de aplicación general o por defecto (la libre valoración), junto con algunas (normalmente pocas) excepciones puntuales (como las reglas de prueba tasada y las que contienen presunciones).¹²

4. 1. Conexiones obligatorias

Algunas normas jurídicas inciden en la decisión sobre los hechos probados estableciendo que, de encontrarse acreditadas determinadas circunstancias, los jueces *deben tener como si fueran verdaderos* ciertos hechos. Predeterminan, de forma general y abstracta, un resultado probatorio. Su forma lógica puede ser reconstruida así: «Si A, entonces se debe declarar probado B».

Bajo esa estructura operan las presunciones legales, aquellas normas mediante las cuales se ordena que, de encontrarse acreditadas ciertas proposiciones (los «hechos base»), se tengan por probadas otras que se entiende conveniente vincular con las primeras (los «hechos presuntos»).¹³ La misma estructura detentan las reglas de prueba legal o tasada, aquellas que conectan la producción en el proceso de ciertos medios de prueba con la verdad de una proposición vinculada con ellos.¹⁴ Fuera de ese aspecto común, ambas clases de normas pueden ser diferenciadas en al menos dos aspectos. En las primeras el hecho base consiste en un hecho exterior al proceso (como un despido dado en ciertas circunstancias), inferido, a su vez, a través de los medios de prueba; en las segundas, en cambio, se trata de un hecho institucional, la incorporación al proceso de un medio de prueba con determinadas características (un acta notarial o dos testimonios coincidentes, por ejemplo). Por otra parte, las primeras especifican de modo cerrado la proposición sobre la que recaen, es decir, las que debe ser considerada probada (por ejemplo, presumir que el despido ha sido realizado con base en motivos discriminatorios); mientras que las segundas tienen un consecuente abierto, que remite al contenido del medio de prueba producido (por ejemplo, a lo que se declara en el acta notarial o a lo que declaran, en coincidencia, los testigos).

Podemos decir, algo redundantemente, que en estos supuestos los enunciados probatorios se justifican sobre la base de razones normativas, esto es, mediante inferencias que consisten en aplicar, como premisa general, una norma jurídica que ordena conectar ciertas premisas con cierta conclusión y asumirla como si fuera verdadera. Como diría Ferrer Beltrán, cuando intervienen este tipo de razones el razonamiento probatorio queda excluido. Es reemplazado por una inferencia normativa.

La particularidad de estas normas, frente a las otras que versan respecto de la decisión sobre los hechos probados, es que prescriben sobre el contenido de la conclusión (sobre qué hechos dar por verdaderos) y no sobre el método para arribar a ella, como lo hacen aquellas que remiten a criterios epistemológicos. Cuando las mismas se aplican en cada caso particular, excluyen la libre valoración de los jueces y la reemplazan por una decisión tomada *ex ante*

¹² Está claro, sin embargo, que desde la perspectiva de cada inferencia probatoria en particular (cada engranaje de la cadena) ambas alternativas son mutuamente excluyentes: o se aplica una regla de prueba legal, o se valora libremente.

¹³ Sobre su estructura y sus distintos tipos según admitan o no prueba en contrario, véase Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho*, op. cit. 123-40.

¹⁴ En este concepto que aquí adopto no están comprendidas aquellas normas que versan sobre los medios de prueba que pueden utilizarse para probar determinada clase de hechos.

por la autoridad legislativa.¹⁵ La excluyen, entiéndase bien, respecto de la conexión entre las premisas (sobre el hecho base) y la conclusión (sobre el hecho presunto), pero no respecto de la configuración de las primeras, donde rige, si no opera otra norma del tipo que estamos viendo aquí, el criterio por defecto. Por otra parte, aún cuando rijan el juez podrá tener cierto margen para valorar la prueba dependiendo de si admiten o no prueba en contrario. Las que la admiten se caracterizan por estar condicionadas, además, por un hecho negativo: que no haya evidencias suficientes de la falsedad de la proposición que, *a priori*, mandan a aceptar como verdadera. Y eso último resulta, de haberse producido alguna evidencia relevante en tal sentido, objeto de valoración por parte del juez.

4. 2. Criterios generales y abiertos

Las que acabamos de ver son normas que tienen una presencia reducida en los ordenamientos jurídicos actualmente vigentes, por lo que su intervención en la justificación de las inferencias probatorias bien puede calificarse como excepcional. Nos queda preguntarnos cómo se justifican las demás inferencias donde no se aplican normas de esa clase (y cómo se justifican, en su caso, las premisas en las que se apoya su aplicación). ¿Cuál es el criterio por defecto?

En general, y por defecto, los ordenamientos jurídicos suelen remitir a criterios abiertos de justificación según los cuales, cuando no hay normas que les indiquen precisamente qué valor darles a las evidencias producidas en el proceso, los jueces tienen libertad para valorar o evaluar el apoyo que las mismas brindan a las proposiciones en disputa.¹⁶ Expresado *grosso modo*, eso es lo que se conoce como «libre valoración» de la prueba, un modelo que en el ámbito europeo ha resurgido entre fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX para desplazar a sistemas en su momento dominados por las pruebas tasadas.¹⁷ La mayoría de los sistemas procesales iberoamericanos en materia civil se refieren a dicha fórmula como las reglas de la «sana crítica». Su fuente histórica probablemente se encuentre en el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 1855, que prescribía: «Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos». Esa fuente, a su vez, parece haber tomado la expresión de otra

¹⁵ En este sentido: Wróblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit, 293; Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad en el derecho*, op. cit, 45, y sus citas.

¹⁶ Respecto de los ordenamientos europeos, véase Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010, 62-65; “Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión”, en *Revista de Derecho Procesal Justicia*, 3, 2011, sec. 2. Respecto de los procedimientos civiles latinoamericanos, se puede encontrar una mirada comparativa en Vescovi, E., *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, 71-89, donde ya se advertía una tendencia de los códigos más modernos de la época a adoptar como criterio general la libre valoración en detrimento de las reglas de prueba tasada. Es el caso, por ejemplo, de los criterios adoptados, en la República Argentina, por su código procesal civil nacional (art. 386) y los de todas sus provincias véase: Palacio, L. E. y Alvarado Velloso, A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, vol. Tomo 8, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 1994, 136-45.

¹⁷ Por una perspectiva histórica de los sistemas de valoración de la prueba y del resurgimiento de la «libre valoración», véase Nieva Fenoll *La valoración de la prueba*, op. cit, 37-94.

disposición de la misma procedencia: el artículo 148 del Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración del año 1846.¹⁸

La fórmula tiene un significado negativo claro, consistente en la exclusión general de las reglas de prueba legal y en darle libertad a los jueces en la valoración de las evidencias, pero, a la vez, un significado positivo abierto, ya que no indica exactamente en qué consisten los criterios que deberían seguir al hacerlo. De este modo, como ha notado Ferrajoli, «no cierra sino que abre el problema de la identificación de las condiciones probatorias que justifican la convicción».¹⁹

Esa indeterminación ha dado lugar a prácticas y a algunas posiciones teóricas que han reducido o hasta eliminado la carga justificativa de las inferencias probatorias.²⁰ Tal interpretación acerca de las implicancias de la libre valoración es lo que se conoce comúnmente como «íntima convicción». No siempre está claro qué se quiere decir con ello. En un sentido, querría significar que la decisión sobre los hechos probados, en supuestos donde rija la libre valoración, es siempre fruto de un fenómeno psicológico íntimo e intransferible por parte de los jueces, basado en criterios que no pueden ser racionalizados ni revisados. En otro sentido, emparentado con el anterior, lo que se querría decir es que, en los sistemas procesales adscriptos a la libre valoración, el criterio (positivo) de corrección para las conclusiones de las inferencias probatorias es la «convicción» psicológica o subjetiva de los jueces: las proposiciones fácticas estarían probadas cuando los jueces resultaran convencidos de su veracidad y, en línea con eso, las conclusiones de las inferencias probatorias serían o no correctas según que los jueces, al decidir, estuvieran o no convencidos de la proposición a la que se refieren.

Las posturas de ese tipo son inaceptables por varios motivos. Uno de ellos es que se desentienden de las motivaciones históricas de la libre valoración en el momento de su resurgimiento. Éste ha sido un modelo pensado como un soplo de racionalidad en sistemas dominados por las pruebas tasadas, las cuales, si bien parecen haber contribuido en su momento a mitigar la arbitrariedad de los modelos anteriores, luego de siglos de funcionamiento pasaron a ser consideradas demasiado inflexibles y artífices muchas veces de resultados alejados de la verdad de los hechos. El modelo alternativo fue pensado como una especie de síntesis: más flexible que las pruebas tasadas pero conservando el interés por la toma de decisiones racionales, no arbitrarias y controlables intersubjetivamente.²¹

¹⁸ Conf. Couture, E., *Estudios de derecho procesal civil*, vol. 2, Buenos Aires: Ediar, 1948, 184.

¹⁹ Conf. Ferrajoli, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al), Madrid: Trotta, 1995, 140.

²⁰ En efecto, la aplicación de la «libre valoración», luego de su resurgimiento entre fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, ha dejado mucho que desear, como lo señala Ferrajoli en un conocido pasaje de *Derecho y Razón* (en relación con los sistemas penales): «El abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales», dado que en la práctica «fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales. Recibida en tal sentido por la doctrina y la jurisprudencia, permitió eludir a ambas, en el plano teórico y en el práctico, el enorme problema de la justificación de la inducción, sobre el que, de Hume en adelante, se ha esforzado la reflexión epistemológica» (Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., 139).

²¹ Así lo entendieron los pensadores que inspiraron el fenómeno, como lo demuestra Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, op. cit., 65-70.

Además, tales posturas son inadecuadas para dar cuenta de los contextos institucionales donde los enunciados probatorios deben ser justificados y su justificación puede ser revisada por órganos superiores. Por un lado, impiden, respecto de las conclusiones del razonamiento probatorio, cumplir con la exigencia cada vez más marcada en nuestros ordenamientos en torno a la motivación racional de las sentencias judiciales. Téngase en cuenta que las creencias son involuntarias y que, a diferencia de su contenido, el hecho de tenerlas no es justificable en sí mismo.²² Podrían ser explicadas, a lo sumo, las causas por las cuales se ha llegado a una creencia dada pero, de ser cierta la explicación, nada garantizaría que aquéllas resulten racionales ni que se ajusten a la información que surge de las evidencias producidas en el proceso. Las creencias podrían basarse en prejuicios, por ejemplo, pero éstos difícilmente sean considerados como razones a los fines justificatorios.

Por otro lado, las posturas mencionadas tampoco permiten explicar, y vacían de sentido, aspectos cruciales de nuestra práctica jurídica, como lo es el acto de recurrir sentencias judiciales alegando la incorrecta fijación de los hechos probados. La sola existencia de recursos aptos para revisar esta clase de decisiones supone que se las considera, en alguna medida, controlables. Y si el criterio de corrección fuera la «convicción» de los jueces, la única crítica posible a ese aspecto de la sentencia sería de naturaleza psicológica: el juez adoptó cierta decisión sin estar realmente convencido de ello. Eso, como sabemos, no es lo que realmente sucede en la práctica (haciendo una plausible reconstrucción de la misma). Desde el punto de vista discursivo, al recurrir una sentencia en el aspecto que nos ocupa a los abogados les toca afirmar (como parte de la técnica forense) que la misma se apoya en errores vinculados con la valoración de las evidencias reunidas en el proceso, errores que justifican la revisión del razonamiento y de su conclusión por parte de otro órgano. Los órganos revisores, por su parte, cuando revocan una sentencia en relación con dichos aspectos no sostienen que el juez inferior, al tomar la decisión, estaba convencido de algo distinto a lo que efectivamente decidió, sino que, a partir de las evidencias disponibles, la conclusión debió haber sido otra, que el juez debió haber decidido de un modo distinto al que lo hizo (sean cuales fueran sus convicciones subjetivas). Si el criterio fuera la creencia o convicción de los jueces, no se entendería qué quieren decir los órganos de revisión con eso. El criterio que de hecho se adopta en estos actos, evidentemente, es externo a los estados mentales de los jueces y admite un control intersubjetivo.²³

La expresión «íntima convicción» puede utilizarse en un modo menos cuestionable si se la despoja de sentido normativo (como criterio de valoración) y se la utiliza para calificar ciertos sistemas procesales, comparativamente, según las exigencias justificativas y los mecanismos de revisión que establecen respecto de las inferencias probatorias y sus conclusiones. Es decir, usarla para hacer pie en la relación existente entre dichos aspectos de los procedimientos y su capacidad institucional para controlar la racionalidad del enunciado probatorio de las sentencias. Un sistema adscripto a la «íntima convicción» sería, en este entendimiento, uno que estableciera exigencias justificativas y/o mecanismos de control de la racionalidad de las inferencias probatorias laxos o incluso nulos, de modo que sea

²² Conf. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, op. cit., 85-86, y sus citas..

²³ Esto va en línea con lo que afirma Ferrer Beltrán (*Prueba y verdad en el derecho*, op. cit., cap. III.2) acerca de la actitud proposicional de los jueces al emitir los enunciados probatorios. El autor descarta que ella sea su *creencia* en la proposición a la que se refieren. Defiende, en cambio, que esa actitud está vinculada con la *aceptación* de dicha proposición; lo que el juez hace al emitir los enunciados probatorios no es afirmar que está convencido de una proposición sino que la acepta como verdadera.

propenso a tolerar decisiones basadas únicamente en las creencias subjetivas de los jueces y no en la información que surge racionalmente de las evidencias. El término «íntima convicción», en este sentido, denota aquellos sistemas donde no existen o son pocas las herramientas institucionales para prevenir y remediar la arbitrariedad en las decisiones judiciales sobre los hechos probados.²⁴

Eso, en mi opinión, no es lo mismo que decir que (incluso) en tales sistemas la racionalidad no sería un criterio de corrección de las inferencias probatorias. Que una decisión arbitraria sea final, en el sentido de no poder ser controlada ni revocada, no la vuelve correcta de acuerdo con lo que se espera de ella. Que las conclusiones de tales inferencias tengan que ser una derivación razonada de las constancias de la causa, como un mecanismo para alcanzar la verdad de los hechos, es innegable desde el punto de vista histórico, de acuerdo con los motivos por los que se instauró el modelo actual de valoración, y no menos obvio desde una perspectiva institucional. La institución de la prueba judicial existe porque las normas jurídicas regulan conductas y la correcta aplicación de las primeras requiere del conocimiento (lo más acercado posible a la verdad) de las segundas a través de los hechos con que se manifiestan. Su contexto regulativo les ordena a los jueces dejar por fuera sus conocimientos privados y formar su convicción sobre la base de las evidencias producidas en el proceso. Una decisión que, asumidamente, se aparta de tal información y de sus derivaciones racionales no está cumpliendo con esas reglas ni con los objetivos de aquella institución que son, a la vez, los fundamentos para mantenerla.

Por todo lo dicho entiendo que cabe asumir una posición racionalista de la «libre valoración», una posición según la cual la libertad acordada a los jueces no es total ni habilita la arbitrariedad. Supone, al contrario, un reenvío a los criterios generales de la racionalidad humana respecto del conocimiento de los hechos, esto es, a las razones que brindan la lógica y la epistemología.²⁵ Bajo este modelo de valoración no se predefine el resultado del razonamiento probatorio sino, podría decirse, los tipos de premisas generales que han de utilizarse para justificar sus conclusiones. Si nos preguntáramos, volviendo al comienzo, qué clase de razones justifican las inferencias probatorias, la respuesta sería que, cuando se aplica el modelo de la «libre valoración», esas razones son las mismas que justifican las demás inferencias sobre los hechos, es decir, razones de tipo lógicas y epistemológicas. Eso hace que, en tales supuestos, los problemas de la valoración de la prueba en el contexto procesal sean similares a los problemas de la valoración de las pruebas en los demás campos del

²⁴ El factor del diseño procesal ha sido destacado por Ferrajoli (*Derecho y razón*, op. cit., 139-40) como uno de los elementos que en su momento favorecieron el mal entendimiento de la libre valoración como una fórmula vacía (junto con «la falta de elaboración de una adecuada teoría de la prueba y de la convicción inductiva»). Y en eso también parece estar pensando Couture (*Fundamentos de derecho procesal civil*, op. cit., 273-75). cuando analiza lo que llama «libre convicción». El autor lo presenta como un tercer sistema de valoración (a la par de la sana crítica y de la prueba tasada). Ahora bien, por la forma en que lo caracteriza (como un «modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes», en el cual «basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida»), y los ejemplos que menciona (entre los que figura el juicio por jurados), se advierte que en la base de su definición están, en realidad, ciertos mecanismos de control de las decisiones judiciales.

²⁵ En este sentido: Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, op. cit., 43.

conocimiento. Lo cual ha llevado a muchos estudiosos de la temática a buscar las respuestas en el ámbito de la epistemología general.²⁶

4. 3. *Sobre la suficiencia probatoria*

En este recorrido he procurado identificar las dos clases de respuestas que los ordenamientos suelen brindar a la pregunta sobre cómo se justifican las conclusiones de las inferencias probatorias: a través de conexiones obligatorias o de criterios generales y abiertos, los de la racionalidad. Ahora bien, a partir de ello no se puede afirmar que tales clases de regulaciones sean las únicas que los ordenamientos pueden contemplar, o es conveniente que contemplen, respecto de la decisión sobre los hechos probados. En efecto, hay un aspecto que, pese a estar general y tradicionalmente descuidado en ellos, parece ser relevante y ha despertado el interés de muchos juristas continentales. Se trata de los estándares de prueba. Un estándar de prueba, dicho aproximativamente, es una norma que versa sobre el grado de apoyo que debe recibir una proposición para ser considerada probada en el marco de un proceso judicial. Tal decisión está intervenida por consideraciones morales vinculadas con la distribución del riesgo de error, esto es, el riesgo de tener por verdadero algo falso o por falso algo verdadero.²⁷

La decisión sobre aceptar una proposición fáctica como verdadera, se tome en el ámbito que se tome, involucra la adopción de algún criterio de suficiencia. Por ende, la determinación de este último resulta un problema común a todos los ámbitos del conocimiento. Sin embargo, hay al menos dos factores que resultan particularidades de la prueba judicial en relación con sus pares. Por un lado, el conocimiento que se busca alcanzar con ella tiene un propósito práctico: se buscan conocer los hechos para, sobre su base, tomar alguna decisión acerca de cómo se debe actuar (condenar o no a un acusado, declarar o no una filiación, ordenar o no el pago de una indemnización por daños, adoptar o no una medida cautelar).²⁸ El conocimiento judicial sobre los hechos no es «práctico» en sí mismo pero se inserta en un razonamiento de ese calibre. En virtud de ello, el criterio de suficiencia para considerar probada una proposición se encuentra vinculado al tipo de decisiones que se buscan tomar sobre la base de tal información.²⁹ Esto es algo sumamente intuitivo y normal en la vida diaria. Es esperable, por ejemplo, que el nivel de conocimiento que nos resulta suficiente para una inversión de 10 dólares no sea el mismo que nos bastaría si la inversión equivaliera a los ahorros de toda nuestra vida. Por otro lado, la prueba judicial se da en un contexto, el jurídico, que tiene como una de sus funciones la regulación de cuestiones donde confluyen distintas opciones morales. Desde un punto de vista, el derecho es la herramienta que hemos encontrado para tomar y hacer cumplir esa clase de opciones por parte de sujetos revestidos de alguna autoridad. De modo que si bien la investigación empírica no es un ámbito natural para los juristas, la regulación de los estándares de prueba parece acercárseles más.

²⁶ Véase, como un ejemplo de lo dicho, la propuesta de González Lagier (*Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, 2005, cap. II.6) de recurrir a las pautas de racionalidad epistemológicas presentadas por el filósofo de la ciencia Carl Hempel.

²⁷ Conf. Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 95-113.

²⁸ Esta particularidad es compartida, claro está, con otras disciplinas (como el análisis económico aplicado).

²⁹ Las decisiones prácticas se toman, explica Hacking (*An Introduction to Probability and Inductive Logic*, Cambridge University Press, 2001, p. 20), sobre la base de dos ingredientes: lo que creemos que pasará (qué es lo probable) y lo que buscamos (los valores o utilidades involucrados en la decisión).

No puedo ocuparme aquí de este tema en profundidad. Sólo me interesa mencionar brevemente, además del vacío regulativo en los ordenamientos del *civil law*, y en algún punto como contraste, el modo en que los sistemas del *common law* abordan la cuestión. Con la función de guiar la decisión sobre los hechos probados, en estos últimos sistemas se distingue, tradicionalmente, entre dos estándares distintos según que se trate de un proceso civil o un proceso penal.³⁰ En los procesos civiles las proposiciones que pueden ser consideradas probadas son aquellas que resultan «más probables» en relación con las demás en disputa y con su propia negación. En los procesos penales, en cambio, son aquellas que generan una convicción «más allá de toda duda razonable». Entre ambos se ubican, en el contexto estadounidense, estándares intermedios (como la prueba «clara y convincente») para ciertas materias en las cuales no se acepte que la distribución del riesgo de error entre las partes sea proporcional (como en los procesos civiles) ni exista una clara preferencia a favor de una de las partes (como en los procesos penales, respecto de las personas acusadas). Esta clase de formulaciones, pese a dar cuenta de sensibilidades distintas para alcanzar la suficiencia probatoria, son igualmente criticadas por su falta de claridad y objetividad.

5. Quiénes deciden

El contexto en el que el razonamiento probatorio se inserta, el proceso judicial, está mayormente reglado y eso, dijimos, lo distingue de las inferencias realizadas en otros contextos. Ahora bien, además de las normas que regulan los aspectos que acabamos de ver, hay otras que establecen el diseño institucional u orgánico en cuyo contexto se lleva adelante la investigación judicial. Estas reglas definen, entre otras cuestiones, cómo se conforman los órganos que emiten decisiones sobre los hechos probados en el proceso.

Nos encontramos, en este punto, con otra particularidad de la prueba judicial. A grandes trazos, y omitiendo numerosos matices, podemos identificar dos grandes modelos de organización de los tribunales, tradicionalmente asociados uno a los sistemas del *civil law* y el otro a los sistemas del *common law* (aunque actualmente estas asociaciones no puedan sostenerse tajantemente). Uno consiste en que la integración exclusiva de los juzgados y tribunales por *jueces profesionales*, quienes establecen los hechos probados y toman la decisión final del pleito aplicando el derecho. Esa opción de arquitectura institucional suele hallarse vinculada con dos características adicionales que tiene sentido remarcar. Por un lado, quienes se desempeñan como jueces son generalmente profesionales del derecho (y no de otras profesiones), con excepciones dadas en algunos órganos especializados (ambientales, tributarios, de libre competencia, etcétera).³¹ Por otro lado, los jueces tienen, también generalmente, el deber de justificar sus decisiones (incluyendo las referidas a los

³⁰ Me apoyo en: Hazard, G. & Taruffo, M., *American Civil Procedure: An introduction*, Yale University Press, 1993, 144-45; Laudan, L., *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, cap. 2; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., 139-44. y Taruffo, M., *La prueba*, op. cit., cap. V., adonde remito por mayores desarrollos sobre la cuestión.

³¹ Es el caso, por ejemplo, de los tribunales ambientales en Chile. Están conformados por tres ministros: dos abogados y un «licenciado en Ciencias con especialización en materias medioambientales» (conf. art. 2 de la Ley 20.600).

hechos probados), lo que permite controlar la racionalidad de las mismas.³² Esto se vuelve especialmente relevante desde una perspectiva racionalista de la valoración de la prueba.

El otro gran modelo de organización consiste en la instauración de *juicios por jurados*, donde se divide a los tribunales de juicio en dos partes: una lega y otra profesional.³³ La parte legas es conformada por «jurados», ciudadanos comunes citados al proceso al único efecto de presenciar la producción de las evidencias y expedirse (a través de un «veredicto») acerca de los hechos que pueden considerarse probados a partir de ellas (por el carácter esporádico de su participación en la administración de justicia algunos les llaman «jueces amateurs»). Y la parte profesional es conformada por funcionarios públicos, los jueces, que forman parte de la estructura estable de los tribunales y que se encargan, entre otras cosas, de dirigir el debate y de emitir la decisión final (basada, salvo unas pocas excepciones, en el veredicto de los jurados). La asignación de la decisión sobre los hechos probados a jurados legos marca a fuego muchas de las regulaciones jurídicas y de las explicaciones teóricas que se dan en el ámbito de los sistemas que adoptan estos modelos acerca de la actividad probatoria y de su decisión final. Las reglas referidas a la admisibilidad de las evidencias son un ejemplo de ello, según observa Damaška: además de ayudar a prevenir posibles errores cognitivos, un riesgo que –como bien señala– no es exclusivo de los jurados, tales reglas tendrían la función de compensar la falta de motivación de los veredictos, como un modo de legitimarlos *ex ante*. Además, como también sugiere el autor, las reglas se vinculan de otro modo con la estructura de los tribunales: tienen sentido y funcionan plenamente (en su faceta de, llamémosle, resguardo cognitivo) en contextos donde la labor de conocer y excluir las evidencias (a cargo de los jueces) es realizada por sujetos distintos a los que deciden sobre los hechos probados (los jurados).³⁴

6. Conclusiones

A lo largo de estas páginas se han puesto de manifiesto algunas particularidades del razonamiento probatorio judicial que lo distinguen de las inferencias fácticas realizadas en otros contextos. ¿Qué tiene de especial? Cualquier empresa que pretenda dar cuenta de dicho fenómeno no puede prescindir, sin sacrificar su plausibilidad, de una respuesta relativamente precisa al respecto. Como idea general, en este texto se han atribuido tales aspectos distintivos al influjo de ciertas normas jurídicas y del contexto institucional en el que se desenvuelve la prueba judicial. Hagamos un breve repaso, a modo de conclusión.

Las normas jurídicas influyen desde un comienzo sobre el objeto de la prueba judicial, recortándolo doblemente. Por un lado, a partir de los antecedentes de aquellas normas que las partes invocan como fundamentos de sus pretensiones, defensas o excepciones. Por otro lado, ya en el terreno procesal, por la dialéctica entre la demanda y su contestación. Es así que la indagación fáctica en el proceso judicial está limitada en cuanto a su objeto de una manera en la que no lo está la investigación empírica en general.

³² Por un perfil histórico del deber de motivar las sentencias civiles, véase Taruffo, M., *La motivación de la sentencia civil* (trad. Lorenzo Córdova Vianello), México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, cap. VI. Allí mismo se destaca, como un común denominador en los países de derecho codificado, la presencia en sus legislaciones procesales del deber de motivar (p. 321 y ss.).

³³ Véase: Damaška, M., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997, 26.

³⁴ Damaška, *Evidence Law Adrift*, op. cit., 30-37, 41-52.

Además de lo anterior, las normas jurídicas inciden sobre el modo en el que se indaga y con qué información se puede contar. Los ordenamientos procesales suelen establecer reglas que dirigen la indagación fáctica y la delimitan, indicando cómo procede la actividad probatoria y cómo incorporar a través suyo las evidencias relevantes. Esto puede hacer que, a diferencia de lo que sucede con la investigación empírica producida en otros ámbitos, no ingrese al proceso toda la información relevante disponible fuera de él.

Las razones que cuentan como justificación de los enunciados probatorios, normalmente la conclusión de una inferencia probatoria, también se encuentran normativamente intervenidas. En los ordenamientos jurídicos pueden hallarse dos alternativas al respecto, una de aplicación excepcional y otra por defecto. Algunas normas establecen la obligatoriedad de tener como si fueran verdaderos ciertos enunciados fácticos, habiéndose configurado determinadas condiciones. Cuando se aplican, la inferencia probatoria queda desplazada y la razón que justifica al enunciado probatorio respectivo es normativa, una conexión obligatoria entre antecedente y consecuente. Esta se trata de una particularidad de la prueba judicial frente a sus pares del género prueba. Fuera de dichos supuestos, la regla general de la valoración de la prueba suele ser la conocida como «libre valoración», que – bajo su interpretación racionalista– involucra la remisión a los criterios generales de la lógica y la epistemología. Cuando se aplica esta regla, las razones relevantes para tener por probado un enunciado fáctico tienen naturaleza formal o epistemológica. Ello hace que los problemas de la valoración de la prueba en el contexto procesal sean similares a los que se presentan al respecto en los demás campos del conocimiento.

El último aspecto considerado ha sido el de los sujetos que deciden sobre los hechos probados. El modelo que cada ordenamiento utilice, de jueces profesionales o de jurados, es relevante para pensar en los modos de regular la actividad probatoria y, por otra parte, para desarrollar teorías que den cuenta de cómo se adoptan las mencionadas decisiones en los procesos judiciales.

Cómo citar: Ringa, M. (2021). Argumentación e interpretación constitucional en el pensamiento de Riccardo Guastini: ¿Hacia una teoría de la interpretación constitucional? Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PENSAMIENTO DE RICCARDO GUASTINI: ¿HACIA UNA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

Matías Manuel Ringa

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

I. Introducción

En las últimas décadas la comunidad académica –tanto en América Latina, España y Estados Unidos- logró sistematizar los estudios vinculados al análisis doctrinal sobre la interpretación constitucional, en tratados y manuales¹. También es sorprendente la cantidad de artículos vinculados a la temática que han sido publicados en revistas especializadas. Esto significó un avance importante en la comprensión del problema y en la apertura a nuevas agendas de investigación.

No cabe dudas que uno de los doctrinarios que más ha colaborado en estos avances en la materia es el filósofo analítico Riccardo Guastini. Su perspectiva analítica abrió camino a nuevas miradas en el fenómeno de la argumentación e interpretación constitucional, gracias al método específico que utiliza este intelectual: la preeminencia del lenguaje frente la especulación filosófica que abundan en el mundo académico².

En este marco y teniendo en consideración la enorme producción intelectual de este autor, solo voy a analizar algunas consideraciones de dos obras de Guastini: “Teoría e ideología de la interpretación constitucional” (2010) e “Interpretar y argumentar” (2014).

II. Técnicas de interpretación constitucional y sus consecuencias argumentativas

Una de las consideraciones más importantes que Guastini somete a análisis son las técnicas de interpretación constitucional. Él entiende a ésta como el “procedimiento que parte de un enunciado normativo -una disposición o un fragmento de disposición- para llegar a un significado, o sea una norma (o a una pluralidad de normas). Dicho procedimiento puede ser considerado ya sea como procedimiento intelectual, que tiene lugar en la mente del intérprete, ya sea como discurso”³. Lo que más le interesa a Guastini es el último aspecto señalado

¹ Zuleta Puceiro, E. *Interpretación constitucional. Una agenda para la investigación*. En V. Torres Breard, & E. Zuleta Puceiro, *Interpretación constitucional: fundamentos: problemas*. Resistencia: Con Texto Libros, 2019.

² Ver Mendonca, D., “Riccardo Guastini, analítico”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 17, octubre 2002, pp. 253

³ Guastini, R. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. (M. Carbonell, & P. Salazar, Trads.) Madrid: MINIMA TROTTA, 2010, p. 50.

(discursivo), ya que le permite estudiar los argumentos esgrimidos por los intérpretes constitucionales. Y aquí desarrolla dos aspectos:

- 1) La argumentación de la interpretación constitucional: Señala que la “conclusión de la interpretación es una tesis interpretativa: «El enunciado E significa (o implica) S» o bien «La disposición jurídica D expresa (o implica) la norma N»”⁴. Para sustentar esta idea, Guastini emplea dos premisas: i) “un argumento interpretativo: por ejemplo, «Era intención del legislador expresar la norma N»⁵; ii) la segunda premisa está vinculada con un principio metodológico: “por ejemplo, «Se debe atribuir a cada disposición jurídica el significado que corresponde a la intención del legislador»”⁶.

De este último elemento analizado (principio metodológico), surgen tres problemas que puntualiza el filósofo italiano: por un lado, son premisas derrotables; por otro lado, siempre es posible encontrar un principio contrario que naturalmente llevaría hacia una deducción interpretativa distinta; por último, obliga al intérprete a utilizar argumentos políticos, entre ellos, “la certeza del derecho, la deferencia hacia el legislador democrático”⁷, etc. Dadas las implicancias que tiene esta argumentación, los jueces y los juristas en general, suelen omitir que utilizan esta técnica interpretativa.

- 2) Teoría e ideología de la interpretación constitucional: Para Guastini, la interpretación constitucional y las técnicas de la interpretación en general, tiene dos puntos distintos: i) El descriptivo: “la «teoría» de la interpretación constitucional- consiste precisamente en describir y analizar las técnicas efectivamente utilizadas por los jueces y juristas cuando interpretan la constitución.”⁸
 - ii) El prescriptivo: “la «doctrina» (o la ideología) de la interpretación constitucional -es el punto de vista de quienes, sin interesarse en saber cómo es que la constitución, de hecho, se interpreta, recomiendan a los intérpretes de la constitución, especialmente a los jueces constitucionales, que adopten una técnica (o una serie de técnicas) particular, descartando las otras”⁹.

III. Interpretación constitucional vs. interpretación de la ley

Para Guastini la interpretación de cualquier carta magna es diferente a la interpretación que un jurista puede hacer de una ley o de otros documentos jurídicos. Con una mirada didáctica, el autor nos propone cuatro argumentos para sostener su tesis:

- i) Las constituciones difieren de otros textos normativos por su objeto y su función en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.
- ii) Las cartas magnas contienen no solo reglas, sino también instauran principios, valores y programas políticos, económicos y sociales.

⁴ Ídem, p. 51.

⁵ Ídem.

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

⁸ Ídem, p. 52.

⁹ Ídem.

iii) Los textos constitucionales ordenan las relaciones políticas entre las instituciones políticas del Estado y los ciudadanos que siempre son cambiantes. Aquí suele desarrollarse el argumento evolutivo o dinámico de las interpretaciones constitucionales.

iv) El cuarto argumento está vinculado a la idea de que las constituciones están hechas para que dure en el tiempo y ofrezca una estabilidad en las instituciones de los poderes del Estado. Aquí también se sostiene que la interpretación de la constitución debe ser evolutiva para adaptar el texto constitucional a los cambios constantes de la sociedad.

Concluye Guastini que el último argumento sostenido no necesariamente se aplica solo a las constituciones, sino que algunas leyes pueden perdurar en el tiempo. Para sustentar esta idea, pone de relieve la experiencia francesa con el Código Civil Napoleónico. En el caso de Argentina, también podríamos dar el ejemplo del Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y aprobado por el Congreso Nacional el 25 de septiembre de 1869 y promulgado el 29 de septiembre del mismo año; prácticamente no tuvo modificaciones sustanciales hasta el año 2015.

IV. ¿Hacia una teoría de la interpretación constitucional?

Los trabajos realizados por los doctrinarios iusfilosóficos de Iberoamérica, sobre el análisis de la interpretación constitucional, han sido de carácter prescriptivos. Es decir, señalan cuál debe ser la técnica interpretativa que le corresponde adoptar a los jueces en el control de la cultura legal constitucional de un país ante un caso concreto. Así lo describe Guastini: “(...) no existe ningún análisis científico de los métodos realmente utilizados por los intérpretes de la constitución, y en particular por los jueces constitucionales. (...) casi toda la literatura existente sobre la interpretación de la constitución –muy desarrollada, por ejemplo, en Estados Unidos, pero también en Italia– tiene un contenido claramente prescriptivo: no describe la forma en la que, de hecho, se comportan los intérpretes de la constitución en su práctica interpretativa, sino más bien recomienda a los intérpretes de la constitución lo que deberían hacer. Lo que no es materia de «teoría», sino de «doctrina» (o ideología) de la interpretación constitucional”¹⁰.

Asimismo, Guastini destaca que en la actualidad se sostienen dos oposiciones ideológicas o doctrinales de la interpretación: 1) doctrina literalista vs. doctrina intencionalista; 2) doctrina estática vs. doctrina dinámica.

Por un lado, la doctrina literalista plantea que los documentos jurídicos deben ser comprendidos “al pie de la letra”¹¹, sin necesidad de otro tipo de intermediación interpretativa.

A su vez, la doctrina estática propone una interpretación del significado del texto normativo más estable en el tiempo, en especial aquellas interpretaciones consolidadas en la jurisprudencia¹².

En contraposición a esta última idea, la doctrina dinámica entiende que la interpretación de un texto normativo debe adaptarse a las nuevas situaciones sociales en las que se enfrenta el

¹⁰ Idem, p. 66.

¹¹ Guastini, R. Interpretar y argumentar. (S. Álvarez Medina, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 370-371.

¹² Idem, 373.

intérprete del derecho. Los adherentes de esta doctrina suelen favorecer la postura evolutiva de la interpretación jurídica por los propios impulsos de las demandas sociales¹³.

Luego desarrolla una serie de combinaciones entre estas variantes doctrinales, dando lugar a nuevos enfoques interpretativos. También plantea la necesidad de considerar a otras corrientes de pensamiento que, si bien no son doctrinas o ideologías de la interpretación, tienen un impacto importante sobre estas últimas. Se refiere, en especial, a las siguientes posturas doctrinales contrapuestas: la equidad vs. la legalidad y, por otro lado, al activismo judicial vs. los adherentes a la restricción judicial.

A partir de estas exposiciones, Guastini esboza algunos lineamientos de teoría de la interpretación constitucional sosteniendo la hipótesis de que los intérpretes de la constitución usan de hecho las mismas técnicas de interpretación que son habitualmente utilizadas en la interpretación de la ley¹⁴.

V. Conclusión

Las categorías desarrolladas por Guastini pueden ser aprovechadas como variables en estudios cuantitativos y cualitativos en investigaciones jurídicas en torno a la argumentación y la interpretación constitucional. En este sentido, podrían servir para dar un sustento científico a muchos trabajos que analizan los fenómenos de las prácticas interpretativas de los operadores privilegiados de las constituciones nacionales. En especial, aquellos intérpretes que forman parte de las Cortes Supremas o los Tribunales Superiores de Justicia. Estos aportes colaborarán, sin lugar a dudas, en la construcción de una Teoría de la Interpretación Constitucional.

¹³ Idem.

¹⁴ Guastini, R. Teoría e ideología de la interpretación constitucional, p. 67.

Cómo citar: Esquivel, C. L. (2021). La ponderación como principio argumentativo y delitos de género: garantías constitucionales en disputa. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LA PONDERACIÓN COMO PRINCIPIO ARGUMENTATIVO Y DELITOS DE GÉNERO: GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN DISPUTA

Claudia Liliana Esquivel

Universidad del Museo Social Argentino

En el presente trabajo se realizará una propuesta respecto de las posibles colisiones de derechos y garantías constitucionales que puedan surgir en los procesos penales entre los derechos del imputado en ese proceso por contraposición a las garantías judiciales de las mujeres víctimas de delitos de género, en virtud del análisis de los conceptos de principios, reglas y de ponderación efectuados en las teorías argumentativas modernas. En las discusiones realizadas por los teóricos del derecho se han planteado justamente, cuál es el rol que cumplen las reglas y los principios en la argumentación judicial utilizada para resolver los conflictos que se presentan en el derecho, cuando existen controversias sobre los denominados derechos fundamentales que en abstracto se observan como si ostentaran la misma jerarquía. La solución propuesta se sustenta en la valoración crítica del procedimiento argumentativo de la ponderación, en cuyo análisis debe prevalecer aquella respuesta jurisdiccional que extienda los derechos fundamentales en disputa desde la razón práctica, toda vez que no se pueden establecer reglas inmutables y generales.

A partir de la incorporación en los sistemas internacionales de Derechos Humanos de normas que imponen la igualdad como principio rector, y promueven el compromiso por parte de los Estados de dictar leyes que direccionen la actividad jurisdiccional hacia la erradicación de la violencia de género, se ha podido corroborar la incorporación al plexo normativa de distintas sanciones para aquellos que realicen actos contrarios al fin de erradicación pretendido.

Ello nos impone un análisis respecto de la situación en la que se hallan los sujetos sometidos a proceso penal que tienen garantías y derechos también promovidos y sostenidos por los mismos instrumentos internacionales de Derechos Humanos y cuál deberá ser la actividad del órgano decisorio frente a este aparente dilema.

Como se ha dicho, el fundamento de la teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente, mandatos definitivos, mientras que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización¹.

¹ Alexy, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales, 2008.

Es claro que la ponderación es una herramienta argumentativa que nos permitirá arribar a una solución más justa en el caso concreto, pero que resulta necesario analizar la posibilidad de que existan argumentos que puedan sostener soluciones para un conjunto de casos con puntos en común, en atención a sus características fácticas y jurídicas.

En el caso de la violencia de género, con sustento en los estereotipos que se desarrollan mayoritariamente en la práctica judicial cuando se debe resolver el caso, se dificultan aún más la posibilidad de que dos principios, es decir, derechos fundamentales, puedan ser pasibles de ponderación.

Las críticas que se han realizado a la teoría de la ponderación se orientan en primer lugar, como procedimiento racional de aplicación de normas con carácter de principio, sino también contra la teoría que sirve de fundamento, es decir, a la propia teoría de los principios.²

Habermas considera que los principios son valores, y en ese sentido, “los derechos fundamentales como valores suponen que cada uno debe ser concretizado de la mejor manera posible. Sin embargo, los grados en que dicha optimización deberá ser cumplida no se encuentran en la norma-valor-principio en si, sino que se hallan por fuera de ella. Esto significa que la ponderación de bienes jurídicos (valores-principios) tendría una naturaleza teleológica, es decir se trata de una ponderación orientada a fines. Todo esto apunta a una concretización de valores en un caso específico.”³

Ahora, respecto de los principios que rigen el proceso penal con respecto a las garantías constitucionales de las personas imputadas, es claro que los mismos tienen una profusa jurisprudencia de carácter constitucional sobre la valoración que debe hacerse, sin discusiones teóricas al respecto.

La discusión comienza a complejizarse cuando se debe teorizar y sustentar sobre cuáles derechos y garantías de las víctimas de delitos de género, deberá sopesarse frente a circunstancias en el caso concreto, y decidir el caso con base en argumentos jurídicos que sean coherentes con un discurso racional.

En una enumeración muy interesante se ha planteado la posibilidad de distinguir tres formas de racionalidad: una racionalidad cognitiva que concierne a las creencias humanas y a las exigencias de conocimiento, una racionalidad instrumental (pragmática) que se relaciona con el uso de los medios efectivos u óptimos para la realización de finalidades determinadas y una racionalidad dialéctica (axiológica o de valor) que concierne a los valores, en términos de apreciación, de las finalidades de las acciones humanas.⁴

Entonces, cuando se tiene despejada la concepción de racionalidad que debe utilizarse cuando debe adoptarse una decisión, podemos continuar el razonamiento argumentativo y establecer cuál resulta ser el principio de mayor importancia, de acuerdo a una dimensión de peso.

Sobre la teoría de la ponderación, también se ha argumentado que constituye un método peculiar de razonamiento jurídico. “Así Ferrajoli, contraponen su concepción positivista

² Portocarrero Quispe, J. A. , “¿Peligros de la Ponderación? La Racionalidad de la ponderación en la interpretación de los Derechos Fundamentales”, *Vox Juris* de la Universidad de San Martín de Porres, nro. 31, vol. 1, año 2016, págs. 81-96

³ Habermas, J, “*Facticidad y validez*”, Madrid, *Trotta*, 2008.

⁴ Serpe, A. ; “Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 15, nro. 51, 2010.

(garantista) del Derecho a lo que llama “constitucionalismo principialista o argumentativo”, y caracteriza ésta última postura por el papel sobresaliente que otorga a los principios y a su método peculiar de aplicación, la ponderación, y por la tendencia a identificar o a no distinguir con la suficiente claridad entre el Derecho y la moral; todo lo cual le lleva a proponer para esta última concepción el rótulo de “neoconstitucionalismo”, que sin embargo, no le parece en absoluto apropiado para el “constitucionalismo” sin el “neo”, garantista o normativista que se propugna”.⁵

En ese sentido, esa corriente teórica define a la ponderación como un procedimiento argumentativo mediante el cual se crean reglas a partir de principios, y esas reglas contribuyen a dar certeza al procedimiento, a que pueda verse como un mecanismo casuístico que conduce fatalmente a la arbitrariedad.⁶

Pero precisamente la crítica que podría realizarse a ese discurso argumentativo es la equiparación que hace respecto de las reglas y los principios, porque ello impide poder diferenciar para una interpretación más justa, la aplicación en las decisiones judiciales de normas que se relacionen con derechos fundamentales, y eso, por supuesto, conlleva necesariamente el respeto a la Constitución material de una sociedad, que descarta toda posibilidad de arbitrariedad, en tanto esos principios basados en derechos fundamentales resultan hallarse en la pirámide de las normas esenciales para cualquier estado democrático, lo que además permite, a sabiendas que la respuesta judicial es coherente con los derechos fundamentales expresados, prevenir cuál será la resolución del caso y, por ende, respetar la seguridad jurídica, que sólo se le atribuye al cumplimiento de las reglas.

Los principios resultan tener como notas esenciales la generalidad y la abstracción y ello pueden, necesariamente, alterar la relación entre el caso genérico y la solución normativa. En todo caso, un tipo de normas cuyas condiciones de aplicación no pueden ser determinadas *ex ante*, ya que solo aparecen como determinables, supone asumir que el contenido de las normas puede depender de ciertas particularidades en que la norma sea aplicable. Sin embargo, se podría presentar algún problema y con ello caer en un realismo jurídico o incluso un nihilismo extremo.⁷

Alexy se ha referido al tema de la justificación interna y externa diciendo: “...pueden distinguirse dos aspectos de la justificación, la *interna* y la justificación *externa*. En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa...”.⁸

Es importante entonces comprender que, siguiendo a este autor, frente a la colisión que se podría presentar entre los derechos de la víctima de delitos de género y las garantías del imputado, uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero ello no significa declarar inválido al principio desplazado y que haya que introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro.

Pero lo cierto es que el desplazamiento debe necesariamente ser muy cauteloso y prudente, porque se trata de principios que defienden derechos fundamentales, que

⁵ Atienza, M, “*Filosofía del Derecho y Transformación Social*”, Madrid, Trotta, 2018

⁶ Atienza, ob. cit. pág. 150.

⁷ García Figueroa, A., “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”. En *El cánón neoconstitucional*, coord. por Miguel Carbonell y Leonardo García, Madrid, Trotta, 2010, 192.

⁸Alexy, ob. cit. 214 y ss.

afectan los bienes jurídicos más importantes dentro de la sociedad, pero también para que la igualdad sea cada vez más representada en la actividad jurisdiccional, es imprescindible que se adopten decisiones con perspectiva de género, asumiendo los principios que respetan los derechos de las víctimas en el proceso penal. Y ello no constituye una discrecionalidad judicial o la posibilidad que el órgano decisorio actúe con arbitrariedad, porque siempre el objetivo que se busca es el respeto y cumplimiento de la normativa constitucional e internacional de derechos humanos respecto de las vulneraciones a las mujeres, sistemática y permanente en la práctica de los tribunales.

En este aspecto, las argumentaciones apoyadas en la razón práctica, que utilicen técnicas de interpretación y métodos alternativos de razonamiento y fundamentación racional orientados en la búsqueda de una síntesis adecuada y razonada que integre un marco de justificación externa dominada por una Constitución material de principios, resultan ser modo de reducir la pretendida discrecionalidad judicial, de que tampoco podría escapar el silogismo y la subsunción, que presentan en muchas ocasiones apreciaciones subjetivas y cierta discrecionalidad, y no por ello los teóricos la han tildado de irracional.

En ello, entonces, cabe decir que no existe un ideal de objetividad normativa plena puesto que esa finalidad solo puede pensarse en un marco normativo perfecto que establezca con exactitud todas las prohibidas o permitidas previamente, lo que además es improbable es sumamente peligroso para un Estado democrático de Derecho.

Cómo citar: De Mitri, C. (2021). La argumentación jurídica e los casos difíciles. Análisis empírico de los casos más relevantes de la “Corte de Lorenzetti”. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LOS CASOS DIFÍCILES. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LOS CASOS MÁS RELEVANTES DE LA “CORTE DE LORENZETTI”

Carolina De Mitri

Universidad Nacional de Tucumán

En este trabajo me propongo abordar la problemática de los casos difíciles de la Corte Suprema de la Nación Argentina en un período determinado: la década del 2004/2014. Siguiendo al constitucionalista Alfonso Santiago llamaré a este período con el nombre del presidente de la Corte durante la mayor parte del tiempo, por ello la denominación “Corte de Lorenzetti”¹. Corresponde a la decimosegunda etapa del tribunal según la obra *Historia de la Corte Suprema Argentina*².

Debo advertir que este trabajo es parte de un proyecto de investigación de la Universidad Nacional de Tucumán donde un grupo de investigadores nos ocupamos del estudio de los casos difíciles tanto de la Corte de la Nación como de la Corte de Tucumán³ y la finalidad es estudiar empíricamente la manera de argumentar de los tribunales superiores desde un punto de vista descriptivo -comparativo. En una segunda etapa afrontaremos el análisis valorativo-normativo.

El abordaje lo hacemos desde la teoría estándar de la argumentación jurídica (en adelante TAJ)⁴. Pensamos que la bibliografía que existe desde la teoría es abundante y fructífera,

¹ Santiago, A. “La Corte de Lorenzetti” en *Revista El Derecho-Suplemento Constitucional*, Tomo 2018.

² Santiago, A. (Director), *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2014.

³ El proyecto de investigación se denomina “La argumentación jurídica en los casos difíciles de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la provincia de Tucumán en el período 2004/2014” que corresponde al proyecto PIUNT 2020, aprobado por Resolución del 17/09/2020 de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UNT y que se identifica con el Código 60020190100089T.

⁴ Entre los autores y obras más destacadas en la materia cabe aludir a las siguientes: Alexy, R., *Theorie der juristischen argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978 (reimpresión, 1983); *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, Madrid. MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, 2003 (1978); *idem, Rethoric and the Rule of Law. A theory of legal reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005. Atienza, M., *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª reimpresión, Madrid, 1993; *idem, El sentido del Derecho*, 6ª ed. Ariel, Barcelona; *El Derecho como argumentación*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2007; *idem, Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013. Feteris, E., *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*, tr. A. Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. García Amado, J.A., “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, España, vol. III, 1986, pp. 151-182; *idem*, “Tópica, Derecho y método jurídico”, en *Doxa*, n. 4 (1987); *idem*, Teorías de la tópica jurídica, *Civitas*,

pero en nuestro contexto faltan estudios empíricos que muestren cómo argumentan, de hecho, la judicatura en nuestro país. Por ello elegimos dos tipos de órganos decisorios uno de provincia y uno de la nación para describir los casos difíciles. Destacamos la importancia que pueden tener los estudios empíricos de jueces de primera instancia o cámaras de apelaciones pero -en principio- los casos difíciles son aquellos que llegan hasta instancias superiores y por eso la tarea de seleccionarlos podía hacerse menos compleja desde allí.

En esta presentación voy a circunscribirme a los casos difíciles del Tribunal Superior de la Nación para contestar solo tres interrogantes que pueden resultar interesantes para mostrar la línea de investigación, ellos son: ¿Cuáles son los casos difíciles? ¿Cómo analizar los casos difíciles? ¿Qué tipo de controversias presentan estos casos?

I.- ¿CUÁLES SON LOS CASOS DIFÍCILES?

Determinar cuáles son las características definitorias de los casos difíciles no es una tarea fácil. Hay algunos autores que niegan la distinción entre casos fáciles y difíciles para otros es fundamental la distinción. Andrei Marmor⁵ sostiene que el positivismo necesita esa distinción. Algunos casos deben ser fáciles de tal manera que cuando se dice que cuando los jueces en ciertas ocasiones crean derecho debe ser en ciertas ocasiones. Antes debe existir el derecho, las normas y debe haber casos fáciles, donde no se necesita interpretar. Para algunos autores, como Guastini⁶, siempre se debe interpretar, por lo tanto todos los casos serían difíciles en ese contexto.

Pablo Navarro⁷ asume que se trata de una frase ambigua y que hay por lo menos ocho maneras de entender los casos difíciles:

- a) No hay una respuesta correcta a C.
- b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta, etc.
- c) El derecho es incompleto o inconsistente.
- d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas
- e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
- f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios
- h) La solución C involucra necesariamente a juicios morales.

Como se advertirá son criterios muy distintos entre sí. Algunos son excesivamente amplios y de complicada aplicación a los fines de un estudio empírico. Decir que los casos difíciles son aquellos que “no tienen una respuesta correcta” implica primero aceptar la tesis de la respuesta correcta y luego aplicarla a la totalidad de sentencias de la Corte en

Madrid, 1988; “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, *Revista de Ciencias Sociales*, entre otros.

⁵ Marmor, Andrei. *Interpretación y teoría del derecho*. Madrid: Gedisa, 2001.

⁶ Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp.207.

⁷ Navarro Pablo E, “Sistema Jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho” en *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 14, 1993, pp. 252.

un periodo de 10 años. Tenía serias dificultades y descartamos por impracticable este criterio.

Postular que los casos difíciles son los que tienen formulaciones normativas vagas, ambiguas o de textura abierta es hablar más de la causa de la dificultad que de la definición de caso difícil.

A su vez, estos criterios podrían combinarse. Navarro advierte que pueden establecerse algunas relaciones entre los distintos enfoques. Por ejemplo, podría sostenerse que un caso C es difícil si dada la ambigüedad de una formulación normativa, la vaguedad de sus conceptos la inconsistencia o insuficiencia de las normas jurídicas no hay consenso entre los juristas acerca de la respuesta correcta al caso C y se necesita para su solución sopesar argumentos de principio⁸.

Por eso en una primera selección del universo de casos difíciles de la Corte tomamos una combinación de criterios, entendiendo que es fundamental que no se trate de casos rutinarios donde no exista aplicación mecánica de la ley, que presentan conflictos en las disposiciones jurídicas o bien que requiere un razonamiento basado en principios y que no presentan consenso en la comunidad de juristas sobre una única solución del caso.

Tomamos, entonces, como referente el libro de “Fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” elaborado por la Secretaría de Jurisprudencia donde se recopilaron los casos más importantes del periodo 2003/2016⁹. A ello agregamos información sobre los estudios históricos-dogmáticos del periodo 2004/2014¹⁰. De ahí seleccionamos aproximadamente 150 casos difíciles para comenzar el estudio empírico.

Conviene advertir que pretende ser una noción objetiva y no subjetiva de “casos difíciles”, es decir, no nos interesa si el caso fue resuelto de manera fácil o difícil por la Corte Suprema, no tiene que ver con las circunstancias o motivaciones personales de los jueces para tomar la decisión sino con la justificación interna de los casos resueltos. El criterio elegido puede coincidir con la dificultad para resolver desde el punto de vista personal de los jueces. Por ejemplo, los casos de crímenes de lesa humanidad como “Simón” “Arancibia Clavel” o “Mazzeo” fueron considerados en el proyecto como casos difíciles y sin dudas resultaron fallos de difícil solución para los jueces, de hecho, Lorenzetti los calificó como “el proceso de juzgamiento más importante de la historia”¹¹.

En este trabajo de investigación la categoría de “casos difíciles” incluye a los casos trágicos y a los casos intermedios. Atienza define a los casos trágicos como “aquellos donde se expone un dilema moral, donde es imposible encontrar solución que no implique

⁸ Navarro, op cit., pp. 253

⁹ Se elaboraron dos ediciones de los “Fallos Relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” periodo 2003-2016 y se pueden consultar en la página web de la CSJN: https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=relevantes2003_2016 (recuperado el 15/8/2021)

¹⁰ Santiago, A. op. cit., T III; Bianchi, A., “La jurisprudencia de la Corte Suprema en 2012”

Publicado en: *Sup. Esp. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2013 (abril)*. Revista *La Ley*; Bianchi, A., “Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Año 2011” Publicado en: *Sup. Esp. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2012 (abril)*; Bianchi, A., “Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema (diciembre 2007 - diciembre 2010)” Publicado en: *Sup. Esp. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2011 (febrero)*, en *Revista La Ley*, entre otros.

¹¹ Lorenzetti, R., *El arte de hacer justicia. La intimidación de los casos más difíciles de la Corte Suprema*. Buenos Aires, Sudamericana, 2014, pp. 244

el sacrificio de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico”¹². Los casos intermedios son aquellos que comienzan siendo difíciles, pero luego de fijar un criterio y reiterarse en el tiempo pueden considerarse como casos fáciles.

II.- ¿CÓMO ANALIZAR LOS CASOS DIFÍCILES?

Una vez seleccionados los criterios *-prima facie-* de casos difíciles, sigue la tarea de analizarlos. El gran volumen de sentencias seleccionadas nos demandó utilizar herramientas propias de las ciencias sociales para el análisis de datos cualitativos y el uso de software conocidos como QAQDAS (*Computer Assited Aqualitative Data Analysis Software*) para el procesamiento de los datos obtenidos. Eso nos permitió sistematizar datos, crear los patrones comunes para armonizar los datos y los resultados del análisis cualitativo.

La utilización del software, si bien facilita la labor investigativa en cuanto a la codificación de los datos, la segmentación de los textos y las relaciones entre los distintos segmentos, sin embargo, esta herramienta no puede sustituir ni reemplazar la labor de análisis de los investigadores, sobre todo en la interpretación de los datos.

En ese contexto abordamos el estudio de los casos de la Corte primero en forma individual a través de reportes de cada uno de los fallos y luego pasamos a la etapa de vincular los datos formando redes semánticas de información, mapeando los resultados para posteriormente hacer el análisis comparativo de los casos difíciles y elaborar las conclusiones de la investigación.

Es un programa que todavía está en proceso pero a los fines de este trabajo podemos presentar algunos tópicos de los “casos difíciles” más representativos de la Corte Suprema de la Nación en el periodo 2004/2014.

III.- ¿QUÉ TIPO DE CONTROVERSIAS PRESENTAN ESTOS CASOS?

Si tomamos la tipología ya conocida de MacCormick ampliada por Atienza¹³ sobre las cuestiones controvertidas en los casos difíciles de la Corte de la Nación podemos decir que se presentan los siguientes tipos de conflictos:

1. **PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN:** son aquellos casos donde hay acuerdo en cuál es la norma aplicable pero se discrepa en relación a cómo debe ser entendida la norma. Ello puede suceder porque la norma es imprecisa o adolece de ambigüedad, de vaguedad, porque no es obvio cómo se relaciona con otras reglas o principios del sistema, porque no es obvio el alcance de la ley, la intención del autor o es la finalidad de la ley, es dudoso cómo entender el texto en relación con los valores del ordenamiento - caso de laguna axiológica-

Hay un porcentaje elevado de casos difíciles con problemas de interpretación normativa. Uno de los casos más emblemáticos en este período es “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”¹⁴ donde la Corte interpretó el alcance del art. 86 inc. 2 del Código Penal que regulaba la no punibilidad del aborto. Para ello enfrentó dos tesis interpretativas

¹² Atienza, M, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, num 1, 1997, pp 245-246.

¹³ Atienza, M, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013, pp. 431 y ss

¹⁴ CS 13-III-12.

posibles -una amplia y otra restringida- y decidió sustentar la tesis amplia que postulaba la no punibilidad del aborto respecto a embarazos que sean consecuencia de una violación¹⁵. Para justificar la decisión la Corte desplegó una trama argumentativa compuesta por argumentos lingüísticos, axiológicos y sistemáticos¹⁶.

En este fallo quedan expuestos los principios de jerarquía constitucional y convencional como los de dignidad, igualdad y prohibición de toda discriminación, legalidad y *pro homine*. Los votos de Argibay y Petracchi mencionan los derechos en conflicto: por un lado, los del *nasciturus* y por otro, los de la víctima de violación: la ponderación de estos principios según estos jueces la hizo el legislador que optó por sacrificar los derechos del *nasciturus* a favor de los derechos de la víctima de violación¹⁷.

Con esta decisión la Corte crea un precedente judicial en la interpretación del alcance del art. 86 inc. 2 del Código Penal.

En definitiva, con este ejemplo vemos que se presentan varias características que identifican a los casos difíciles de la Corte y del proceso argumentativo.

2. PROBLEMA DE RELEVANCIA O APLICABILIDAD: En estos casos hay una duda con cuál es la norma aplicable o si existe o no una norma aplicable. En términos cuantitativos no son muchos los casos difíciles de la Corte donde el problema principal sea el de relevancia, sin embargo desde el punto de vista cualitativo fueron fallos importantes. Uno de ellos es “Arancibia Clavel”¹⁸, allí se debatía qué norma aplicar en caso de prescripción de crímenes de lesa humanidad.

Se postularon distintas soluciones normativas: la mayoría sostuvo que la regla del art. 62 inc. 2° CP (prescripción de delitos) quedaba desplazada por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Otro voto sostenía que no podía aplicarse una Convención a la cual nuestro país aún no se había adherido, por lo que el delito era prescriptible. Otro voto sostuvo que los arts. 18 de la CN y art. 118 de la CN no colisionan sino que se complementan y que había que aplicar el derecho internacional consuetudinario, otro voto sostenía que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad opera como cláusula de seguridad para evitar que los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados por el mero transcurso del tiempo. Otro voto sostenía que corresponde aplicar la norma local porque las fuentes difusas como la costumbre internacional son incompatibles con el principio de legalidad. Otro voto disidente sostenía que la prescripción de la acción penal no puede ser considerada como un principio del derecho internacional de los derechos humanos pero sí lo es el principio del *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 CN.

Vemos entonces que no hubo acuerdo entre los distintos votos de la mayoría y de la minoría ni en la norma aplicable ni en los fundamentos que sostenían la decisión.

3. PROBLEMA DE PRUEBA: Existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar. Tiene que ver con la fiabilidad de los medios de prueba o de la inferencia probatoria, es decir, un razonamiento de tipo inductivo donde se dan ciertos hechos

¹⁵ Recordemos la tesis restringida sostenía la no punibilidad del aborto respecto a los embarazos producidos por violaciones solo a mujeres incapaces (idiota o demente).

¹⁶ Ver considerandos 14 a 18 de la opinión de la mayoría del caso F.A.L.

¹⁷ Ver consid. 13 del voto de la Dra. Arbigay y consid. 11 del Dr. Petracchi.

¹⁸ CS 8-III-05.

probatorios (obtenidos a través de diversos medios de prueba) y una generalización (una máxima de experiencia o una ley científica) para llegar como conclusión al hecho probado.

Estas cuestiones son poco frecuentes en los casos difíciles de la Corte porque como es sabido el tribunal en instancia extraordinaria no aborda problemas de hecho salvo supuesto de arbitrariedad. Entre los casos que podemos citar está “Leiva Maria Cecilia s/homicidio simple”¹⁹ donde se revocó una sentencia del tribunal de casación que confirmaba la condena a la imputada porque no se tuvieron en cuenta elementos probatorios esenciales para resolver el recurso de casación. Según el razonamiento de la mayoría se obviaron valorar como pruebas las fotografías e informe médico que daban cuenta del estado físico en el que se hallaba la imputada al momento del hecho y que resultaba fundamental la valoración a los fines de determinar si existía legítima defensa al cometer el homicidio de su marido.

4. PROBLEMA DE CALIFICACIÓN: En estos casos difíciles no existe problema sobre el hecho en sí -que está claro- sino que existen dudas sobre si ese hecho cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.

Al igual que las cuestiones de hecho, los problemas de calificación no abundan en los casos difíciles de la Corte Suprema, podemos citar el caso “Góngora Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092”²⁰ donde la Corte revocó una sentencia que aprobaba un juicio abreviado porque se trataba de la existencia de hechos que prima facie fueron calificados como de violencia contra la mujer, obviándose que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer y que tenga acceso efectivo al proceso según art. 7 inc. f) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Consideró además que ello no integra, en ninguna forma, el marco legal, sustantivo y procesal que regula la suspensión del juicio a prueba.

5. PROBLEMA PROCESAL: Tienen que ver con problemas de las normas constitutivas, puede ser de admisibilidad de un recurso, de competencia, de recusación de un juez, de prescripción, etc. Un caso importante que aborda principalmente cuestiones procesales es “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional”²¹, el amparo ambiental en el que se resolvió la competencia originaria respecto a la pretensión relativa al bien de incidencia colectiva configurado por el ambiente, pero declaró ajenos a dicha instancia los reclamos individuales. A partir de este caso se aplica la reducción de la competencia originaria, ya que hasta ese momento cuando había acumulación subjetiva de pretensiones la Corte asumía su competencia²².

Otro caso importante que marcó precedente con respecto a la competencia de la Corte es “Itzcovich Mabel c/ANSeS”²³ donde la Corte declaró inconstitucional el art. 19 de la ley 24463 que permitía la interposición del recurso ordinario contra las decisiones de la

¹⁹ CS 1-XI-11

²⁰ CS 23-IV-13

²¹ CS 8-VII-08

²² Desde 1977 se admitió pretorianamente la competencia originaria en acumulación subjetiva de pretensiones en causas como “Mayoraz de Arroyo c/Nación Argentina” *Fallos*, 299: 132 (1977) y “Centurión de Vedoya c/Provincia de Misiones” *Fallos*, 328:566 (2005)

²³ CS 29-III-05.

Cámara de Seguridad Social. Las razones que esgrimieron para declararlo inconstitucional es la necesidad de mantener a la Corte dentro de su rol institucional como al derecho de los jubilados y pensionados de obtener una rápida solución a sus conflictos previsionales.

Un caso relevante es el que resuelve el problema procesal de la legitimación colectiva es “Halabi Ernesto c/PEN”²⁴. Allí la Corte delimita tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y los de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. A partir de ellos elabora la teoría de la legitimación en atención a la norma del art. 43 CN.

6. PROBLEMA DE VALIDEZ: Lo que se plantea es si una norma en principio aplicable a la situación, respeta los criterios establecidos en el sistema jurídico de referencia para que pueda considerarse válidas. Las cuestiones de control de constitucionalidad y convencionalidad son cuestiones típicas de validez.

Se puede decir que el mayor porcentaje de casos difíciles de la Corte de la Nación tienen que ver con cuestiones de validez, sobre todo con la función de intérprete último de la Constitución.

Por citar algunos de los casos más importantes: los que declararon la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final²⁵, el caso “Rozsa Carlos Alberto s/recurso de casación”²⁶ que declaró la inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones de jueces aprobado por el Consejo de la Magistratura en resolución 76/2004, la mayoría entendió que afectaba los principios de independencia e imparcialidad judicial. “Consumidores Argentinos”²⁷ que declaró la inconstitucionalidad del DNU 558/02 que establecía reformas a la ley de seguros porque no se trata de una situación excepcional del sector sino de una modificación a una ley permanente del Congreso de la Nación, “Rizzo Jorge Gabriel”²⁸ que declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos de la ley 26.855 que modificaba la integración y la elección de los consejeros del Consejo de la Magistratura por ser contrario al art. 114 CN. “Hoof Pedro Cornelio c/Provincia de Buenos Aires”²⁹ donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que establecía el requisito de “haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero” para ser juez de Cámara, la mayoría consideró que es contrario al principio de “igualdad ante la ley”.

No son los únicos casos del período 2004/2014 donde se presentan problemas de validez, pero podemos afirmar que cada uno de ellos son casos difíciles representativos y relevantes de la época.

7. PROBLEMA DE DISCRECIONALIDAD: Tienen que ver con la aplicación de normas de fin, ya sean reglas o principios, es decir, con aquellas normas que establecen que dadas determinadas circunstancias un sujeto tiene la obligación de alcanzar un fin. El comportamiento discrecional es el que realiza quien ha de seguir esas normas finales, lo

²⁴ 24-II-09.

²⁵ Fallos “Simón” del 14-VI-05; “Arancibia Clavel” 8-III-05.

²⁶ CS 23-V-07.

²⁷ CS 19-V-10.

²⁸ CS 18-VI-13.

²⁹ CS 16-XI-04.

que supone elegir los medios adecuados y, en su caso, ponderar adecuadamente los fines. Usualmente son normas dirigidas a órganos legislativos o administrativos pero en ciertas circunstancias son los jueces los que deben hacerlo en forma directa.

Un caso de discrecionalidad es “QCSY c/Gobierno de la Ciudad s/Amparo”³⁰ donde la Corte dejó sin efecto una sentencia de la Corte de la Ciudad de Buenos Aires y ordenó al Gobierno de la Ciudad distintas medidas: que le otorgara una vivienda digna al actor y su madre que sufrían de doble vulnerabilidad: era menor y con capacidades restringidas. Además, dispuso que se le brinde al menor atención y cuidado que su discapacidad requiere.

8. **PROBLEMA DE PONDERACIÓN:** Se trata de conflictos entre principios, estos principios pueden ser en sentido estricto o las directrices. En el caso de las directrices la ponderación tiene que ver con la concreción de objetivos. Los jueces controlan si la ponderación (concreción de objetivos) de los legisladores o administración ha sido correcta, es decir, si se ha efectuado sin vulnerar ciertos límites de arbitrariedad.

Si se trata de la ponderación entre principios es una argumentación de dos pasos: el primero consiste en pasar de los principios a las reglas y el segundo es una subsunción. El esquema de este tipo de razonamientos es el siguiente: “dada determinadas circunstancias un principio prevalece sobre otro”. Alexy ha construido la fórmula del peso para la justificación externa de esta premisa, es decir, para ver cuál de los principios pesa más que el otro.

Los casos donde se enfrentan los principios de libertad de expresión y derecho a la intimidad o al honor: En “Patitó José Ángel c/Diario la Nación”³¹ la Corte sostuvo que dadas las condiciones de que se trataba de una noticia relacionada con funcionarios públicos -miembros del Cuerpo Médico Forense- la parte que alega la afectación del derecho a la intimidad o al honor debe probar la “real malicia” del autor de la nota, es decir, debe probar que el autor conocía que la expresión o imputación era falsa y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad. En el caso no probó la real malicia, por ello prima el principio de libertad de expresión por sobre el derecho al honor.

En el caso “Barrantes Juan Martín y otra c/Arte Radiotelevisio Argentino S.A.”³² también estaban en conflicto los principios a la libertad de expresión y al honor de un ciudadano salteño. Este inició acción de daños porque se lo relacionó en un informe periodístico que estaba vinculado con la pornografía infantil, el turismo sexual y la prostitución de menores. La Corte ponderó a favor de proteger el derecho al honor porque no se trataba de funcionarios públicos, por lo que no se aplicaba el criterio de la real malicia. El voto en disidencia sostuvo que sí se trataba de funcionarios públicos y por lo tanto se aplicaba el criterio.

IV.- ALGUNAS CONCLUSIONES

Como adelantamos esto es una investigación que aún está desarrollándose, sin embargo, luego del análisis individual de 150 fallos podemos obtener algunas conclusiones sobre

³⁰ CS 24-IV-12.

³¹ CS 24-VI-08.

³² CS 1-VIII-13.

el análisis cuantitativo y cualitativo de los casos difíciles de la Corte Suprema de la Nación en el periodo 2004/2014:

- Las cuestiones controvertidas más examinadas por la Corte de la Nación son las que tienen que ver con problemas interpretativos y de validez, es decir, aquellos recaen fundamentalmente en la premisa normativa del razonamiento judicial.
- En los casos difíciles no hay una sola cuestión controvertida, sino que se presentan relacionadas con otros problemas o subcuestiones que deben resolverse conjuntamente.
- La materia que más se destaca en los casos difíciles de este período es la de los derechos civiles y sobre todo derechos sociales.
- El índice de revocación de las sentencias en los casos difíciles es de un 60% aproximadamente.
- En este periodo hay respuestas nuevas en diversas cuestiones: se crean precedentes y se cambian precedentes.
- En el 95% de los casos hay alusión a algún principio constitucional y/o convencional.
- El método interpretativo más utilizado es el de la finalidad de la ley.
- Los tipos de argumentos que se utilizan son variados y se presentan en forma combinada. Se utiliza sobre todo el argumento de autoridad, en especial remisión a los precedentes de la Corte y en menor medida a autoridades doctrinarias.

Esperamos al finalizar el proyecto de investigación presentar las conclusiones definitivas tanto en el ámbito descriptivo-comparativo como valorativo-normativo.

Cómo citar: Samayoa Chavarría, A.P. (2021). Limitantes a la actividad argumentativa en las audiencias virtuales en los procesos judiciales guatemaltecos. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LIMITANTES A LA ACTIVIDAD ARGUMENTATIVA EN LAS AUDIENCIAS VIRTUALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES GUATEMALTECOS

Alain Pierce Samayoa Chavarría
Universidad Regional de Guatemala

1. Introducción

Alrededor de cuatro meses después de que se tuviera noticia del primer caso de SARS-CoV-2 o Covid-19 en el país,¹ el Organismo Judicial, que había adoptado, como medida preventiva y de contención del virus, la suspensión de labores de las dependencias, en las áreas jurisdiccional y administrativa, exceptuando las imprescindibles, optó por adecuar los procedimientos administrativos y judiciales a la nueva normalidad,² ante una crisis sanitaria de la que no se vislumbra una pronta salida, a fin de evitar afectar los derechos fundamentales y el acceso a la justicia.

En ese sentido, dicho organismo implementó una serie de medidas de seguridad sanitaria y distanciamiento social, vigentes a la fecha, para cumplir sus funciones, de las cuales, nos referiremos, particularmente a la celebración de audiencias por medios electrónicos de comunicación audiovisual en tiempo real o virtuales, autorizadas en órganos jurisdiccionales de materia penal³ a través de la disposición POJ-40/2020 que implementa el Protocolo Operativo de Audiencias Virtuales en el ramo Penal, de fecha diecinueve de junio de dos mil veinte; y en aquellos de las demás materias a través del Reglamento de Audiencias por Medios Electrónicos de Comunicación Audiovisual en Tiempo Real, Acuerdo Número 35-2020 de la Corte Suprema de Justicia, de fecha doce de agosto de dos mil veinte.

La implementación de esta nueva modalidad de audiencias virtuales, conlleva, una interpretación extensiva del principio de intermediación procesal, pues, las partes procesales y sus abogados, comparecen ante la judicatura, aun encontrándose en distintos lugares geográficos de la República, por medios electrónicos de comunicación audiovisual, tales como computadoras, tabletas o teléfonos celulares, siempre que dispongan de altavoz, micrófono, cámara web y conexión a internet, no existiendo presencialidad física, sino una presencia virtual.

Se debe hacer la salvedad, que en el estado actual de las cosas, la adhesión y/o aceptación de esta modalidad de actuación judicial es voluntaria, por lo que, las partes procesales deben

¹El primer caso de COVID-19 en Guatemala se confirmó el trece de marzo de dos mil veinte.

²Concepto prestado de las ciencias económicas que en esa materia se refiere a las condiciones económicas que surgen de las crisis financieras severas y en esta refiere a la vuelta a la normalidad con los ajustes sanitarios pertinentes a la crisis.

³Guatemala disponía de algunos instrumentos de justicia digital, y especialmente de diligenciamiento de actividades virtuales, antes de la pandemia, pero de excepción a la regla por lo que, no eran de uso generalizado en todo el sistema judicial.

manifestar expresamente su anuencia; de lo contrario, aunque una de las partes este de acuerdo, la audiencia se celebrará de manera presencial; no obstante, esta nueva modalidad, que constituye un avance tecnológico significativo, no responde a la pretensión de actualización o modernización de la justicia, sino que se aplica precipitadamente, como un medio de contingencia. Pero, de una u otra forma, constituye un paso más a la justicia electrónica, por lo que conviene prestarle atención, poniendo énfasis en los desafíos que en este momento presenta.

Al respecto, es importante señalar que si bien la normativa se ha anticipado a parte de esos desafíos regulando aspectos tales, como que los intervinientes deben situarse en un espacio silencioso y con iluminación suficiente, asegurar la funcionalidad del aparato a utilizar y una conexión estable, existen multitud de otros aspectos que, externos a los intervinientes, repercuten en las actuaciones judiciales, como la calidad de imagen y de sonido y la calidad de conexión o del aparato utilizado; estos últimos, que en ocasiones son provistos por terceros: empleadores u otros órganos estatales, de los cuales nada puede hacer el individuo para mejorarlos. Todos estos aspectos repercuten, no solo en la proyección y percepción que de ellos tendrán los demás intervinientes, como ya se ha referido anteriormente, sino específicamente en la actividad argumentativa; ya que, disminuyen la comunicación.

En aras de objetividad, el presente documento se referirá específicamente a la actividad argumentativa del profesional del derecho, pues, si bien otros sujetos procesales intervienen en las audiencias, es el abogado, quien a través de la oratoria forense despliega la actividad argumentativa por antonomasia.

Del derecho de audiencia y la intermediación

En el siglo pasado la cultura de la escritura se impuso en el ámbito jurídico, de manera que, la actividad judicial se desarrolló preminentemente de forma escrita, lo que incluso se veía sustentado por el propio ordenamiento jurídico, Guatemala no fue la excepción, sin embargo, el derecho no permanece inmutable, sino al contrario experimenta una continua evolución, ajustándose a los cambios sociales y tecnológicos; con relación a lo anterior, no es de extrañar que, en las últimas décadas, haya tomado prevalencia la oralidad sobre la escrituralidad anteriormente imperante.

Esta modificación conllevó que el profesional del derecho, acostumbrado a la escrituralidad del proceso judicial, desarrollara una serie de habilidades de oralidad para continuar efectuando su labor de defensa de los derechos e intereses de sus patrocinados en juicio oral. A partir de allí, encontramos a un profesional del derecho que despliega todo su conocimiento jurídico, experiencia e intelección de manera oral a través de la oratoria forense.

Aunado a ello, también cambia el entendiendo que hasta el momento se tenía de los principios de audiencia o contradicción y de intermediación; ambos componentes integrales del derecho de defensa que, al tenor de nuestra ley constitucional, consagra que toda persona sometida a juicio tiene derecho a ser oída por juez legalmente preestablecido, teniendo derecho a acceder al expediente, formular alegatos, presentar pruebas, obtener una decisión expresa, motivada y fundada en derecho y de recurrir cuando no se este de acuerdo con la misma,⁴ pues, con la oralidad ambos adquieren distintos matices; por una parte, la oralidad provoca que la audiencia o contradicción implique la coincidencia de los sujetos procesales en el órgano jurisdiccional para exponer sus respectivas pretensiones, coligiendo los elementos facticos y legales en los

⁴ Ver artículo 12, 29 y 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala, sentencia de 5 de septiembre de 2008, Expediente 2165-2008

que se funda; y por otra, la intermediación, implicando tanto la comunicación personal del juez con las partes, y viceversa, como el contacto directo de este con las pruebas.

De la actividad argumentativa en las audiencias presenciales

Se desprende del derecho a audiencia que en la oralidad el profesional del derecho, al exponer los elementos en los que se funda la pretensión de su patrocinado, deberá recurrir al arte de la oratoria, en este ámbito denominada oratoria forense, para argumentar todo en cuanto hecho y derecho corresponda para asegurar que su tesis sea validada por el juzgador.

En la oratoria, el abogado desarrolla el discurso forense ante el tribunal, en el que identificamos seis momentos⁵: **El exordio**, en el que el abogado introduce la legitimidad de la pretensión de su patrocinado, y participa la tesis que sustenta para validarla; **La narración**, en el que expone los hechos conforme han sido obtenidos de su cliente, intentando persuadir al juez que esa versión es la verdad histórica y deberá ser la verdad judicial, al demostrar cómo se ajusta a la tesis expuesta; **La división**, en el que articula de forma ordenada y jerarquizada cada uno de los puntos que va a tratar en la siguiente fase, concatenando lo expuesto en la fase anterior con las pruebas aportadas al proceso, por lo cual, es un momento decisivo en su propósito de persuasión o convencimiento. **La confirmación**, momento culmine del discurso, pues, el profesional del derecho expone su argumentación; acá desplegará su conocimiento jurídico, experiencia, y habilidades oratorias, elocuencia y paralenguaje, enunciando razonamientos jurídicos con validez legal, lógica y racional, en aras de obtener la ratificación del juez, que posteriormente se verá confirmación en la decisión judicial; en íntima relación a este momento, se produce **la refutación**, por el cual, el abogado como parte de la misma argumentación, refuta o contradice los argumentos de la parte contraria, aun cuando no hayan sido vertidos, demostrando su incongruencia. Por último, **la peroración**, momento en el que el abogado resume lo anteriormente expuesto, concluyendo su exposición.

Este discurso, conforme la fórmula, que puede variar en cuanto extensión y momentos o fases, se ejecuta en presencia del juzgador, en contacto personal y directo con los sujetos procesales, normalmente en la sede del Tribunal o bien, en la Sala de audiencias que para el efecto se ha dispuesto; desplegando para el efecto, un sistema triplemente integrado, que responde a las habilidades del orador, constituido por componentes verbales (emisión sonora, decodificación semántica, combinatoria sintagmática, elementos paraverbales, entre otros), por un repertorio kinésico y proxémico y por un sistema semiótico concomitante (dimensión cultural).⁶

Por lo que, en este contexto, el de la oralidad, se reviste de suma importancia el arte que pueda desarrollar, el orador o abogado, pues, el resultado del proceso viene dado en buena medida por la forma en que este desenvuelve sus argumentos, los dota de lógica y coherencia, pero especialmente la forma en que los expone, de manera que la utilización de palabras apropiadas, la pronunciación clara y correcta, y una adecuada expresión corporal, son determinantes.

⁵ Conforme la división que del discurso forense realiza François Martineau en su libro *Le discours polémique*, citado por Géraldine Galeote, en su artículo *La Oratoria Forense en la Causa Penal*, publicado en *revue d'études hispaniques*, N°. 2, 2002. Recuperado del URL: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiIs6vepbvYAhVHRjABHWadAPUQFnoECAIQAAQ&url=https%3A%2F%2Fdial.net.unirioja.es%2Fservlet%2Farticulo%3Fcodigo%3D3160114&usq=AOvVaw2CSonwx8YEmgMpnOf2LpTb>

⁶ Mostacero, Rudy. (2004) *Oralidad, escritura y escrituralidad*. Sapiens. Revista Universitaria de Investigación. Año 5, No. 1.

De la actividad argumentativa en las audiencias virtuales

Frente a la normalidad que supone, el contacto directo y personal, la intermediación, en la mayoría de las actividades humanas, encontramos la nueva normalidad, impuesta por la crisis sanitaria que atraviesa el mundo y que, a juicio del autor, constituye un esfuerzo por el regreso apresurado a la normalidad, reconstruyendo la vida pública mediante la virtualidad, suponiendo un contacto indirecto e impersonal, por medio del uso de las nuevas tecnologías de la información. La justicia no está exenta de este esfuerzo.

En Guatemala, un país en vías de desarrollo, acoplar una nueva normalidad impone sus dificultades, en el ámbito judicial y especialmente en cuanto al tema que nos atañe, las audiencias virtuales, conviene señalar algunas de las reseñadas en el Informe sobre Justicia en el tiempo de COVID-19 del International Legal Assistance Consortium, de diciembre de 2020,⁷ obtenidas de la experiencia de los jueces de América Latina y el Caribe, incluyendo Guatemala:

- A) La resistencia de los litigantes que aún no están familiarizados con el uso de herramientas digitales;
- B) La celebración de audiencias virtuales es más difícil que llevarlas a cabo de manera presencial en algunos casos;
- C) No es posible leer las expresiones faciales y evaluar el lenguaje corporal en la toma de declaraciones de testigos y peritos;
- D) Conexión a internet poco confiable, falta de recursos tecnológicos (“brecha digital”) y capacitación escasa o nula sobre el uso de herramientas digitales;
- E) La falta de consistencia en la digitalización del sistema judicial, incluso dentro de un mismo país y a lo largo de toda la región;
- F) Problemas para analizar ciertos tipos de pruebas virtualmente.

Estas y otras dificultades imponen limitaciones que inciden no solo vulnerando principios, derechos y garantías constitucionales, sino también la actividad argumentativa.

En cuanto a los derechos fundamentales de rango constitucional, podemos mencionar que el derecho de defensa se ve vulnerado en varios sentidos, pues, la parte procesal no tiene acceso inmediato a su abogado en el desarrollo de la audiencia,⁸ lo que incide en la falta de comunicación personal y cálida, que además de lo que conlleva jurídicamente hablando, tiene efectos en la seguridad y/o confianza con que pueda afrontar la actividad procesal el sujeto, pues, puede sentirse vulnerable al estar ausente esa sensación de estar siendo efectivamente representado;⁹ Aunado a ello, como bien señala el informe precitado, tanto los sujetos procesales, como los profesionales del derecho, no se encuentran habituados a las nuevas tecnologías y, no obstante, no son nativos digitales, no se han generado talleres o ensayos, ni

⁷ International Legal Assistance Consortium. Cyrus R. Vance Center for International Justice. (2020/ diciembre) *Informe de ILAC: Justicia en el tiempo de COVID-19. Desafíos del Poder Judicial en América Latina y el Caribe*. Recuperado URL: http://ilacnet.org/wp-content/uploads/2020/12/ILAC_COVID19_SPANISH_FINAL_WEB.pdf

⁸ No es común que el abogado y su patrocinado se encuentren en un mismo espacio físico al momento del desarrollo de la audiencia virtual, pues, respetando los protocolos de salud las personas evitan las reuniones presenciales

⁹ A este respecto, algunos autores han referido que el abogado y su patrocinado pueden entablar comunicaciones privadas o inclusive conversar mediante mensajería instantánea durante el desarrollo de la audiencia; no obstante, esto incidiría negativamente provocando falta de atención a la actividad procesal.

han sido capacitados en el manejo de la plataforma que el juzgado utiliza o provee,¹⁰ por lo que, la brecha digital amenaza el acceso a la justicia, ya que el desconocimiento de como encender el micrófono o desmutearse, por ejemplo, puede provocar que el abogado no atienda a un llamamiento del juez a tiempo, e inclusive la ansiedad que esto genera puede provocar que pierda noción de lo que iba a expresar, desconcentración o niebla mental; más grave aún, es el hecho, de que en el interior de la República, algunos usuarios, por carecer de recursos económicos, no han podido conectarse, pues, no tienen computadora, teléfono, o cobertura de servicio, según refiere la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, en su publicación Boletín No. 9, de septiembre de 2020.¹¹

Por último, en cuanto a la intermediación, en algunos casos, se presentan fallas de transmisión, de conexión, ralentización del audio o el video, no atribuibles a los sujetos procesales, sino a circunstancias ajenas, como lluvias,¹² con lo que se pierde esa presencia (virtual), pues, no se está produciendo una comunicación audiovisual en tiempo real. Además, aunque la virtualidad impone una interpretación extensiva de este principio, es materialmente imposible que el juzgador pueda efectuar la valoración de todos los elementos que inciden en el proceso, no solo en relación a la prueba o alegatos, sino respecto de todos los actos procesales necesariamente vinculados a estos, pues, no tiene contacto directo con los mismos, con lo que se estima vulnerado también el principio de publicidad, pues, no está recibiendo de manera directa la información, actos y/o pruebas.¹³

En cuanto a la actividad argumentativa, además de lo expresado, producto de la brecha digital, se ven limitados componentes verbales, elementos paraverbales, comunicación kinésica y no verbal del orador, elementos propios de la oratoria, pues, factores como la calidad del equipo utilizado, limitan la calidad del audio y del video, no todos los abogados y sujetos procesales tienen acceso a teléfonos móviles de alta gama, ni equipo con suficiente capacidad, que como ya se expuso, ralentiza la comunicación e inclusive la distorsiona, con lo que la imagen puede no corresponder al sonido que se obtiene al otro lado del monitor o pantalla, dificultando la claridad del discurso, la lectura de las expresiones faciales o la correcta interpretación de lo expresado, pues, el audio se escucha entrecortado o se pierde la imagen y, esto es algo de lo cual el orador puede no estar consciente, pues, puede que su equipo no refleje tal distorsión o falla; de manera que, no se produce una comunicación en tiempo real efectiva ni un discurso fluido, claro, dispuesto conforme las pautas de la oratoria forense, lo que viene en detrimento de la defensa que pueda hacer el profesional del derecho de la tesis que sostiene.

Sumado a lo anterior, la falta de conocimiento del uso correcto de las tecnologías de la comunicación, debido a la falta de capacitación o preparación, provoca que se descuiden algunos detalles, siendo recurrente que el usuario no se posicione correctamente ante la cámara

¹⁰ En Guatemala, el Organismo Judicial fijó un sitio web para llevar a cabo las audiencias; aunque en algunos casos el órgano jurisdiccional dispuso utilizar otras aplicaciones, inclusive WhatsApp, a pesar de no estar contemplado en ley.

¹¹ Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. (2020, septiembre). *Audiencias virtuales de debate en tiempos de pandemia, Covid-19, en Guatemala: reafirmando el garantismo penal*. Boletín No. 9. Recuperado del URL. <https://aidef.org/boletin-de-la-aidef-setiembre-del-2020/>

¹² No obstante, la normativa señala que los intervinientes en audiencias virtuales deben asegurarse de contar con una conexión estable, calidad de imagen y de sonido, por factores no imputables a mano humana, como el señalado, los jueces deben ser tolerables.

¹³ Las normativas que regulan las audiencias virtuales, citadas anteriormente, prescriben que los documentos que las partes pretendan incorporar al expediente durante la audiencia, deberán subirlos a la plataforma digital en formato PDF (Portable Document Format, por sus siglas en inglés), obligándolas a preservar los originales, que pueden ser requeridos por el tribunal, eximiendo a este de tener contacto directo con los mismos.

o que repetidamente la reposicione situándola, entre otros, muy cerca de su rostro, muy alta o muy baja, lo que no permite apreciar a cabalidad su expresión facial, verbalización y el lenguaje corporal, además de que provoca distracciones visuales, al hacer movimiento excesivos. Por otro lado, el mal manejo del micrófono, produce distracciones sonoras, pitidos, sonidos estridentes, suspiros, respiraciones profundas, entre otros.

También se ha denotado el abandono de la imagen profesional y el cuidado del protocolo, etiqueta o formalidad, en el abandono de las vestimentas adecuadas, pues, se ha advertido que los profesionales del derecho prescinden de la formalidad con que se presentan a la sala de audiencias y demás actos procesales presenciales, probablemente por encontrarse realizando teletrabajo, asimismo se ha señalado que algunos otros intervinientes, como los privados de libertad, se conectan inclusive utilizando gorra.

Por otra parte, en tanto, algunos intervinientes se conectan desde su oficina o residencia, algunos otros se conectan desde la sede de su lugar de trabajo, o inclusive de locales de café internet,¹⁴ donde no cuentan con privacidad,¹⁵ ni están exentos de interferencias o distracciones; a pesar de que la normativa impone la obligación de situarse en un espacio silencioso, la realidad socioeconómica no lo permite, de hecho, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, en el documento precitado, ha referido *que en ciertos debates los testigos de la fiscalía están en un mismo espacio, y se ha detectado que el mismo teléfono celular que utilizó la víctima para comparecer al debate virtual, es utilizado por el testigo de cargo,*¹⁶ con lo que, no solo se vulnera el debido proceso y la legalidad, sino que se evidencia también la falta de recursos en las instituciones de Estado, inclusive.

En ese orden de ideas, es evidente que el discurso oratorio se dificulta en las audiencias virtuales, y no solo eso, sino que el cometido por el cual se desarrolla se ve coartado por las circunstancias en las que se produce, con lo que, evidentemente se limita la actividad argumentativa en esta modalidad.

Conclusión

La inclusión de nuevas tecnologías de la información y comunicación en el ámbito jurídico, y específicamente en la actividad judicial y procesal judicial, es deseable y se prevé pueda ser implementada conforme el devenir del tiempo; habiéndose avanzado hacia la oralidad, en un futuro no muy lejano deberá avanzarse hacia la virtualidad.

No obstante, ante esta emergencia sanitaria, la virtualidad se ha impuesto como respuesta contingente a la crisis, en aras de volver a las actividades que normalmente se desarrollan en la sociedad con la celeridad del caso; siendo la justicia parte de estas, se implementó en las actuaciones procesales, sin embargo, las condiciones no están dadas para que esta modalidad se perpetúe, al menos en Guatemala, pues, en este momento, no garantiza la plena vigencia de las garantías constitucionales del proceso, ni los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Por otra parte, aunque creemos que son superable las limitantes que esta modalidad, especialmente, la brecha digital, imponen a la argumentación jurídica, por la premura con la que fue impuesta y la falta de experiencia en ese ámbito de todos los implicados en el sector

¹⁴ Cibercafé, local público donde se ofrece acceso a internet a precios módicos por horas o jornadas.

¹⁵ No somos ajenos a la realidad de que en conferencias virtuales hayamos presenciado la intromisión de niños, perros o personas ajenas a la conversación.

¹⁶ Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Ob. Cit.

justicia, el discurso forense no se despliega magistralmente, ni someramente, con lo que no cumple con su cometido, sin importar las habilidades que el orador posea; será hasta que se fortalezcan los elementos que la virtualidad conlleva, y que nosotros los profesionales del derecho nos habituemos, que podremos hablar de una actividad argumentativa efectiva en velar por los derechos e intereses que nos son encomendados.

Cómo citar: Aciar, A.M. e Inojosa Bravo, D. (2021). Una aproximación a abordar la argumentación jurídica desde la teoría política de Antonio Negri y Michael Hardt. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

UNA APROXIMACIÓN A ABORDAR LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA TEORÍA POLÍTICA DE ANTONIO NEGRI Y MICHAEL HARDT

Adriana Mariela Aciar

Universidad Católica de Cuyo; Universidad Nacional de San Juan

Daniel Inojosa Bravo

Universidad Nacional de San Juan

Introducción

Cuando se analiza la relación entre el derecho y lo político, se señala que, para las críticas a las teorías de base marxista o post-marxistas, el derecho es puro producto cultural, es una herramienta del poder, equiparando derecho a política, por lo tanto, los derechos humanos son política. Se suele señalar dentro de esta óptica al populismo latinoamericano.

En principio se incluye también Hardt-Negri dentro de las teorías críticas, de base marxista. En realidad, ellos mismos señalan claramente las huellas marxianas en su teoría, pero también expresan los aspectos en los que se alejan. Asimismo, lo hacen con teorías que han significado sus bases como Schmitt, Spinoza, Rosa de Luxemburgo, Foucault, Deleuze entre otros; y en forma similar lo hacen con la izquierda, realizando críticas incluso a ellas.

En nuestro caso, partimos desde su crítica al modelo de Estado liberal y al formalismo jurídico, pretendiendo construir fundamentos sobre la relación del derecho con lo político y lo ético, más que una rotulación en un grupo determinado. Por ello proponemos reflexionar sobre una forma de argumentación jurídica comprensiva de esta dinámica ético-política, sin perder de vista todos los aspectos de la estructura biopolítica de la sociedad posmoderna.

Algunas precisiones sobre la Teoría de Antonio Negri

Antonio Negri nace en Padua, Italia, el 1 de agosto de 1933. Desde muy joven milita en organizaciones de la izquierda obrerista. Para 1954 consigue una beca para estudiar en La Sorbonne, que prosigue primero en el Instituto Croce de Nápoles y luego en Alemania: Tubinga, Friburgo, Heidelberg, Munich, Hannover y Frankfurt. Logra su Licenciatura en Filosofía con una tesis sobre el historicismo alemán por la Universidad de Padua en 1956, y al año siguiente es nombrado profesor asistente en Filosofía del Derecho en la Facultad de Jurisprudencia y profesor de Ciencias Políticas. En 1958 obtiene su cargo de profesor, *libero docente*, en Filosofía del Derecho en la misma Facultad y publica *Estado y derecho en el joven Hegel: estudio sobre la génesis iluminista de la filosofía jurídica y política de*

Hegel (*Stato e diritto nel giovane Hegel: studio sulla genesi illuministica della filosofia giuridica e politica di Hegel*, 1958). Escribe numerosos artículos en revistas especializadas, muchos de los cuales será luego reeditados y reunidos en la forma de libro. Igualmente, entre sus numerosos libros, a continuación señalamos los más importantes que pertenecen a esta primera etapa de su producción: *Los orígenes del formalismo jurídico: estudio sobre el problema de la forma en Kant y de los juristas kantianos entre 1789 y 1802* (*Alle origini del formalismo giuridico: studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, 1962), *Algunas reflexiones sobre el 'estado de partidos'* (*Alcune riflessioni sullo 'stato dei partiti'*, 1964), *La forma Estado: por una crítica de la economía política de la Constitución* (*La forma Stato: per la critica dell'economia politica della Costituzione*, 1977), *Marx más allá de Marx: cuaderno de trabajo sobre los Grundrisse* (*Marx Oltre Marx: quaderno di lavoro sui Grundrisse*, 1979), *La anomalía salvaje. Ensayo sobre poder y potencia en Baruch Spinoza* (*L'anomalia selvaggia. Saggio su potere e potenza in Baruch Spinoza*, 1981), *Spinoza subversivo. Variaciones (in)actuales* (*Spinoza sovversivo. Variazioni (in) attuali*, 1992) y *El poder constituyente* (*Il potere costituente*, 1992).

A fines de los años 80', Antonio Negri es condenado a prisión por su activismo político, pero finalmente resulta excarcelado en 2003. En esta última etapa, el filósofo italiano publica sus obras más importantes y que lo llevaría a ser uno de los intelectuales más importante de nuestros días. Ahora bien, a los fines de la presente indagación y con el fin de comprender la relación entre crisis de la soberanía, forma jurídico-política del Estado Policía y dimensión material biopolítica en la indagación sobre el nuevo orden imperial se hace preciso considerar los siguientes textos centrales sobre la nueva forma del poder a escala planetaria: *Imperio* en coautoría con Michel Hardt (*Empire*, 2000), luego resulta importante tener en cuenta las precisiones y ampliaciones que hiciera a *Imperio* como *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio* en coautoría con Michel Hardt (*Multitude. War and democracy in the age of Empire*, 2004), *Guías. Cinco lecciones en torno a Imperio* en coautoría con Michael Hardt y Danilo Zolo (*Guide. Cinque lezioni su Imperio e dintorni*, 2003), *Elogio a lo común* en coautoría con Cesare Casarino (*In Praise of Common*, 2008) y *Commonwealth* en coautoría con Michel Hardt (*Commonwealth*, 2009).¹

Hardt-Negri señalan en una de sus obras (*Imperio* 2000), que la paz, es utilizada como objetivo por el orden mundial hegemónico, de fundamento contractual, para instalar su sistema caracterizado por el control policial y la lógica de la disciplina, lesionando las instituciones y a la democracia. Este nuevo régimen no tiene nada en común con las artes jurídicas de las dictaduras o los totalitarismos, sino hacen referencia a que el poder es ahora ejercido por medio de máquinas que, directamente, organizan las mentes (en sistemas de comunicaciones, redes de información, etc.) y los cuerpos (en sistemas de bienestar, actividades monitoreadas, etc.) hacia un estado de alineación autónoma del sentido de la vida y el deseo de la creatividad. Como dijo Foucault: "La vida se ha vuelto ahora... un objeto del poder"

La propia teoría y filosofía del derecho de Negri, será nuestra base, en especial, por sus aportaciones a la crítica de la razón jurídica liberal de base kantiana-kelseneana. A partir de esta crítica, consideramos se abre una perspectiva del derecho que no hace abstracción

¹ Hauser, S., *Da revolta italiana á potencia da multitude. Unha introdución ao pensamento de Toni Negri*, Santiago de Compostela: Estalero Editoria, 2010, pp. 106-137.

de lo político, de las condiciones del capitalismo globalizado o de la producción biopolítica de la sociedad.

La “perspectiva jurídica” es el primer paso, importante por ello, en la serialidad de los recursos teóricos para comprender la novedad que asume esta realidad imperial contemporánea, a la que Hardt y Negri llaman “formación jurídica” o “*constitución*”. Desde *la estrategia genealógica* emprenden el análisis de estas formaciones jurídicas comenzando con el “derecho soberano de los Estados-nación” hasta las “primeras figuras globales posmodernas del derecho imperial”. Se puede considerar, en tal sentido, que primero con la Sociedad de las Naciones y luego con las Naciones Unidas se da este paso del “orden *internacional*” al “orden *global*” y que configura la nueva constitución imperial. Con las Naciones Unidas aparece un centro de producción jurídica supraestatal (y por ende global) que incluso hasta puede desempeñar un “papel jurídico soberano”, esta construcción jurídico-política, de evidente inspiración kelseneana, supone en cambio sustancial con respecto a los antecedentes anteriores. (Hardt, Negri, 2004 a, pp. 19-20)

La teoría política de Toni Negri propone la dialéctica de la excepcionalidad: la plataforma normativa en el orden mundial con los mecanismos de protección de los derechos humanos, a lo que Negri considera en contradicción con la lógica de estado de excepción en Imperio y la complejidad del poder soberano y la definición de enemistad. Propone una revolución democrática y productiva, alejada de la explotación del trabajador asalariado bajo un modelo que supere la exclusión, la miseria y en donde la igualdad, la libertad y la solidaridad se reúnan.

Lo novedoso del planteo, a nuestro entender, es que el camino propuesto no es el contractualista, para Negri la representación está en crisis, los partidos no representan, el nuevo orden no está siendo formado sobre la base de ningún mecanismo contractual o apoyado en tratados, ni desde ningún origen federativo porque las intervenciones actuales en nombre de la paz, de la crisis, de la emergencia y de la excepcionalidad implican un despliegue policial en donde se actúa sobre el “enemigo”. Con dichos autores nos preguntamos: ¿Cómo avanzamos? Hardt-Negri indican que son las subjetividades las que conforman la multitud, en donde trabajadores unidos, no por el patrón, sino por una red funcionan como contrapoder. La estrategia viene de abajo y desde adentro. No dejando de observar que la producción económica y la constitución política tienden crecientemente a coincidir.

Nos llevan a preguntarnos: ¿Por qué no podemos gestionar nuestra propia vida? ¿Qué es la libertad? ¿Por qué sigue presente la esclavitud en diversas formas? ¿Por qué en el derecho viviente encontramos características de autoritarismo?

Coincidimos notablemente con Hardt-Negri que el fin de la dialéctica de la modernidad no ha resultado el fin de la dialéctica de la explotación. Desde ahí creemos que si la vida, la libertad, la igualdad están en juego implica preguntarnos sobre las definiciones jurídicas o al menos revisar aquello que llamamos derecho.

La argumentación jurídica desde la teoría política de Hardt-Negri

La **perspectiva epistemológica** que se propone implica que cada vez, que cambia el contexto histórico, cambia asimismo el método (de la inserción de la episteme en lo real). No hay dualidad (método-materia), por lo tanto, no hay afuera. Por ello, la mirada será desde los dispositivos de la acción, no se queda en el análisis sino en constitución, producir el movimiento de los cuerpos. Si ejemplificamos podemos decir que la definición clásica de democracia está ligada al estado-nación y a las nociones de

representatividad y pueblo, si partimos de un estado-nación en crisis, con sus características, también hay que repensar una nueva definición de democracia, de representatividad y de pueblo. Cabe una aclaración, afirman Hardt-Negri una crisis en el estado-nación, no afirman una anulación o desaparición del mismo a causa de la globalización, sino repensar desde las nuevas funciones, etc.

-El orden: En Imperio, parte I (Constitución Política del presente) parten de que hay un orden mundial, **que se expresa como una formación jurídica**. En ese nuevo orden global reconocen que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) funciona como una bisagra en la genealogía que va desde las estructuras jurídicas internacionales hacia las globales. Así la noción de derecho definido por la Carta de la ONU también apunta hacia una nueva fuente positiva de producción jurídica, efectiva a escala global - un nuevo centro de producción normativa que puede jugar un rol jurídico soberano, considera a las Naciones Unidas como una palanca histórica real que empuja hacia delante la transición a un adecuado sistema global.

Acaso una de las lecturas más significativas de Negri sea el *status* reservado para la sustancia deontológica de forma ético-política liberal en el proyecto histórico del constitucionalismo: su carácter instrumental profundamente comprometido con la reproducción de las formas de dominación material del capitalismo.

“La agudeza de Negri en este punto, fue, por tanto, la de intuir que el constitucionalismo liberal ha sido, ni más ni menos, que un instrumento inagotable en la dominación en manos del capitalismo. Al fin y al cabo, ha utilizado la idea de poder constituyente para respaldar jurídicamente –con sus construcciones categoriales- las transformaciones que el sistema capitalista como proceso histórico necesitaba para legitimar los parámetros representativos de los sistemas democráticos liberales. En el tránsito a la modernidad y bajo el decorado de revoluciones, declaraciones y cambios socio-culturales nada había cambiado. Se trataba de alcanzar el poder y, una vez tomado éste, de ejercerlo con autoridad e, incluso, violencia, proscribiendo la emancipación y bloqueando las alternativas.”²

Porque la perspectiva histórico-crítica de Negri nos permite desvelar justamente la funcionalidad que han tendido las doctrinas político-jurídicas para los intereses de la base material del capitalismo. Veamos a continuación algunos problemas relevantes para nuestro tema:

-Democracia abierta: Negri se describe como un institucionalista. Si bien parte de la hipótesis de que los Estados-nación no representan, de hecho, adecuadamente a sus pueblos, exalta otras formas democráticas como las organizaciones no gubernamentales. La noción clásica de democracia con las características de representante del pueblo en un espacio delimitado entra en crisis si analizamos la baja cantidad de votantes, o democracias en donde el pueblo que no se siente representado, o en donde las minorías no tienen voz. La noción de soberanía en un espacio delimitado en un mundo globalizado sin espacio entra en contradicción: ¿Quién es el soberano en ese contexto? El proceso de globalización no solo ofrece aspectos como la influencia del Banco Mundial, del FMI o de empresas transnacionales que toman decisiones de política económica y social, tanto para estados-nación más fuertes o débiles, y que cuya responsabilidad es nula, también

² Seco Martínez, J. M., Rodríguez Prieto, R., “Una mirada a la filosofía de la democracia de Toni Negri”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2005, pp. 7-8.

ofrece nuevas posibilidades a las fuerzas de liberación, el movimiento explora nuevas formas de democracia. Una democracia abierta, que no sea oligarquía, donde haya más horizontalidad. América latina pudo salir de gobiernos totalitarios en los años 70, logrando la vida democrática. Pudo dar un paso, pero en ese aprendizaje también hay marchas y contramarchas. La historia en América Latina debe llevarnos a la apertura más que a acentuar la polarización.

¿Por qué seguir aferrados a definiciones jurídicas que impiden la participación? Al poner en crisis la “representación”, hay que atreverse a poner en crisis definiciones ciertas instituciones como por ejemplo los municipios, no para suprimirlos porque Toni Negri busca formas de institucionalizar y cree en las instituciones, pero si para abrirlos a formas de participación real, no ficticia.

-Constitucionalismo: ¿Se oponen al Constitucionalismo y al Neoconstitucionalismo? En realidad, se oponen al establecimiento de constituciones rígidas y sacralizadas, fundamento del Estado-Nación, que sirven de herramienta de control y monopolio del poder. No consideran que el constitucionalismo global de base hobbesiana y sus variantes (monárquico) y lockeana (liberal) porque en ambos casos, el nuevo poder global es presentado de modo análogo a la concepción clásica del poder soberano nacional de los Estados y no reconocen el ritmo acelerado del nuevo poder bajo la forma de paradigma del Imperio. Critican y se oponen al Estado constitucional capitalista de derecho. Limita al poder constituyente, lo reduce a su vez a la norma de producción del derecho, interiorizado en el poder constituido: su expansividad se revelará únicamente como norma interpretativa, como control de constitucionalidad, como actividad de revisión constitucional; eventualmente, una pálida reproducción del mismo podrá ser encomendada a actividades referendarias, reglamentarias, etc. Con intermitencias, dentro de límites y procedimientos bien definidos³.

Hardt-Negri no reconocen un fundamento contractual sino un cambio de paradigma cuyo fundamento es la globalización como fuente de definiciones jurídicas que proyectan una figura supranacional. No es un país, un lugar sino un “no lugar”, un espacio universal, ilimitado, propone una nueva definición de derecho comprensiva de esa realidad. Una Constitución flexible y cuyo centro no sea la propiedad privada.

La transición que propone analizar es la que va desde la ley internacional tradicional, que fue definida por contratos y tratados hacia la definición de ese nuevo poder mundial supranacional. Por ejemplo, bajo el antiguo ordenamiento internacional, los Estados individuales soberanos o el poder supranacional (ONU), intervenía para asegurar o imponer la aplicación de acuerdos internacionales aceptados voluntariamente. Ahora, los sujetos supranacionales que están legitimados no por derecho sino por consenso intervienen en nombre de cualquier tipo de emergencia y principio éticos superiores. Lo que está detrás de esta intervención no es sólo un permanente estado de emergencia y excepción, sino un permanente estado de emergencia y excepción justificado por la apelación a valores esenciales de justicia. Las cortes supranacionales, aún se ven forzadas por reglas prefijadas por el estado de policía y en esa transición podrán asumir su papel director en la definición de justicia.

Hay nuevas características, tales como el territorio sin fronteras de sus actividades, la singularización y localización simbólica de sus acciones, y la conexión de la acción represiva con todos los aspectos de la estructura biopolítica de la sociedad.

³ Negri, A. Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad. Cap. 1: Poder Constituyente: el concepto de una crisis. 2015. Pág. 29

Poder constituyente y poder constituido conforman un proceso, no están por separado, ni adentro ni afuera, es un proceso dinámico distinto al planteo de la modernidad en donde el Poder constituyente nunca está dentro de la Constitución, sino que es extraño en cuanto no interviene en el desarrollo sino en su inicio u origen, de donde sigue que el Estado es constituido y no se puede pensar otra forma de Estado, desde esta perspectiva el poder constituyente no solo se torna en un poder extraordinario, sino también en un poder que pone límites, límites dirigidos ante todo a sí mismo, es decir, a una instancia representativa encargada de velar por la continuidad de las instituciones y de volver a imponer, si fuera necesario, el dominio de la legalidad contra todo intento de renovación del criterio de legitimación y de ejercicio del poder soberano.

El Poder constituyente es positivo, es potencia, es proceso en conjunto con el constituido. El proceso constituyente incluye a las luchas. La propuesta no es buscar por medio de formas ideales sino dentro del denso complejo de la experiencia. La producción social y la legitimación jurídica no deben ser concebidas como fuerzas primarias y secundarias, ni como elementos de la base y la superestructura, sino que deben ser entendidos en un estado de absoluto paralelismo y entremezclado, coextensivo a través de la sociedad biopolítica.

-Sin ritualismo o dogmas: El derecho, ahora reducido a ley legislada por el Estado, se convierte en el banco de pruebas que la modernidad y sus expectativas per-formativas de la realidad necesitaban. La ley asumía, por una parte, el papel inapreciable para el liberalismo político de diseñar la vida social, de acuerdo con las tesis del contractualismo y de la economía política, como “concepciones normativas de la humanidad”⁴.

Se preguntan y nos preguntan: ¿Cómo podemos llamar derecho (y específicamente, derecho imperial) a una serie de técnicas que, fundadas sobre un estado de excepción permanente y el poder de la policía, reducen la ley y el derecho a un asunto de pura efectividad?

Al menos podíamos empezar a preguntarnos porqué la propiedad privada sigue teniendo tanto valor en las constituciones, y no la cosa común como el agua o los recursos naturales, en donde ya se pueden ver ejemplos en donde la legislación privada ha avanzado sobre ellos, o para decirlo en lenguaje de Negri estamos en la presencia de un Derecho Público que profundiza lo privado. Revisemos desde la realidad cómo está funcionando el Derecho Público, cómo está funcionando el Derecho Privado nacional e internacional. Pensemos si es posible una superación de la división entre lo público y lo privado: lo común. ¿Nos lleva a pensar a los Derechos humanos como una categoría superadora? No lo estamos afirmando, estamos proponiendo, estamos sentando asimismo por una nueva definición de Derechos humanos comprensible de lo común, que no parte de una igualdad formal. Revisemos si ante la necesaria preservación del ambiente y los recursos naturales cuando llegan conflictos a tribunales nos detenemos en la legitimación para accionar en vez del daño o el bien a preservar. Revisemos: ¿Bajo qué estructuras se gestiona el derecho? ¿Bajo qué estructura se organizan los poderes del Estado? ¿Están organizados de forma que haya una mediación institucional?

Revisemos las estructuras jerárquicas y disciplinar del Estado, por ejemplo, en donde se encuentra profundizada la burocracia que beneficia a un sector, y excluye al vulnerable. Nos animemos a buscar y proponer otras formas.

⁴ Marina, J.A., Los sueños de la razón. Ensayo sobre la experiencia política, Anagrama, Barcelona, 2003, p. 12

Conclusiones y/o propuestas:

- a- Abrirnos a una argumentación jurídica que se reinvente, despegándose del ritualismo, del seguimiento de formas sacramentales, cuyo norte no sea la seguridad jurídica sino visibilizar desde la jurisprudencia, la doctrina, los hábitos, las diarias formas de explotación que permite la estructura liberal del derecho.
- b- La argumentación jurídica no se puede reducir a planteamientos estáticos, porque la vida misma no lo es, como tampoco son intemporales, ni netamente nacionales los conflictos a los que pretende responder.
- c- La argumentación jurídica incluye lo político y lo ético. La necesidad de poder, la preocupación por el poder o el mantenimiento del poder desplegado en diversos sectores o en la actividad estatal (Poder ejecutivo, legislativo y judicial) en donde quizás muchas veces encontramos ejemplos en donde el poder condiciona, y hace que la mirada al vulnerable se desplace. No debe impedir la lucha por la relación necesaria entre poder, ética y derecho.
- d- La argumentación jurídica debe defender una democracia abierta que permita la construcción común de nuevas posibilidades. Una democratización que alcance a los tres poderes del Estado y también formas democráticas fuera de él.
- e- La argumentación exige que seamos protagonistas, que como partes de la multitud gestionemos con creatividad hábitos jurídicos concretos para salir de las desigualdades sociales.
- f- Una argumentación jurídica constitutiva de otras formas jurídicas capaces de establecer normas orientadas por tres principios: garantizar formas de «red»(sistema de comunicación en el cual se forman los valores cooperativos), lo común, y la libertad. Normas que impidan introducir criterios de propiedad sobre o contra la «red», bloquear su acceso o controlar sus vínculos, o que impidan la circulación del saber.
- g- La argumentación jurídica, como parte de la red de comunicaciones, debe producir debates (más que intentar cerrarlos), buscando formas de acción, procurando el paso de lo normativo a lo fáctico, desde adentro hacia afuera, desde lo simbólico a lo real, desde la comunicación y no desde la reproducción. “Estamos ante urgencia”-señala Toni Negri en el Seminario: “Procesos constituyentes” (España 2015), seguimos organizándonos como una realidad inamovible que se debe reproducir, en vez de avanzar hacia un proceso constituyente que viva en la realidad donde hay multiplicidad. El derecho es un puente, no un cinturón que ajusta hasta desvirtuar la realidad. Ya no es el hombre contra el hombre. Debemos avanzar.

Cómo citar: Lell, H.M.. (2021). Conceptos esencialmente controvertidos: de la filosofía política a la argumentación jurídica. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

CONCEPTOS ESENCIALMENTE CONTROVERTIDOS: DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Helga María Lell

Conicet; Universidad Nacional de La Pampa

La interpretación jurídica se encuentra estrechamente ligada a la argumentación jurídica. Además de ello, requiere, necesariamente, tomar postura sobre la relación entre la filosofía del derecho y otros campos de la filosofía práctica, tales como la moral y la política. En ese sentido, siguiendo a Alexy¹, aquí afirmaré la tesis de la conexión especial entre estos campos del saber, lo que conlleva a pensar en que las preguntas de la filosofía del derecho también se inspiran en problemáticas de la filosofía moral y de la filosofía política y que, en muchos casos, es imposible genuinamente buscar respuestas a las primeras sin remitir a las segundas.

En estos términos, tanto la interpretación como la argumentación en materia jurídica no pueden cernirse a un ámbito exclusivo y excluyente, sino que deben tomar insumos de otros ámbitos, entre ellos, de la filosofía política.

En esta oportunidad, es relevante traer a colación un punto en el cual podemos encontrar la relación entre los problemas de las filosofías política y del derecho y la interpretación y la argumentación jurídicas. Independientemente de que pensemos desde una escuela juspositivista, jusnaturalista, crítica, no positivista, trialista, etc. es interesante realizar un ejercicio sobre cómo nos posicionamos frente a textos jurídicos. En ese sentido, cuando nos encontramos frente a estas piezas, es frecuente que nos topemos con ciertos conceptos que irremediablemente nos obligan a tener en cuenta la dimensión política que tiene el derecho. Estos conceptos a los que hago referencia son aquellos que en 1959, Gallie denominó como “conceptos esencialmente controvertidos” (a veces también traducido como “conceptos esencialmente impugnados”)². Ellos conllevan una obligación para los intérpretes de pensar todas las posibles acepciones o interpretaciones de estos conceptos para poder argumentar tanto en defensa de la propia posición como en ataque de toda otra interpretación posible que sea incompatible con la defendida.

Los conceptos esencialmente controvertidos convocan irremediablemente a pensar en la dimensión política del derecho porque son signos lingüísticos que tienen un significante y un significado. Este último elemento no es único, sino que, en realidad, debe ser mencionado en plural. Así, los conceptos esencialmente controvertidos tienen un significante y múltiples significados. Son elementos complejos que se nutren de diversos componentes que según la valoración y posición personal pueden ser jerarquizados de

¹ Alexy, Robert (2004). *El concepto y la validez del derecho*. 2º ed. Barcelona: Gedisa.

² Gallie, Walter Bryce (1959). “Essentially Contested Concepts”. *Proceedings of the Aristotelian Society*. Vol. 56, pp. 167-198.

distinta manera. Esta jerarquización es la que deriva, principalmente, en distintos sentidos. Así, estos conceptos por su propia esencia dan lugar a controversias y disputas sobre su verdadero significado o al menos el significado más plausible para una situación determinada.

Gran parte de estos conceptos esencialmente controvertidos los encontramos en textos jurídicos: tratados internacionales de derechos humanos, constituciones y legislación. Por ejemplo, cuando se mencionan “tratos dignos”, “tratos crueles e inhumanos”, “dignidad”, “inviolabilidad”, “libertad”, “autonomía”, “bienestar general”, “paz social”, “seguridad social”, “justicia”, “abuso del derecho”, “interés superior del niño, niña y adolescente”, “buena fe”, etc.

Si bien en principio prácticamente todos los hablantes de una lengua podríamos tener una intuición sobre qué significan estos conceptos, cuando es necesario aplicarlos a un caso concreto, es probable que se presenten algunas complicaciones y disquisiciones. Ello se debe, justamente, a la esencia de los conceptos esencialmente controvertidos.

Para mencionar solamente algunas características que son relevantes, podemos mencionar que son evaluativos. Ello implica que colocan a los intérpretes y hablantes que los invocan, cuando los traen a colación, en una toma de postura sobre el fenómeno al cual se aplican: se concreta más o menos la libertad, es un trato más o menos digno, es mejor o es peor, etc. Son conceptos complejos que permiten realizar algunas evaluaciones empíricas. Este carácter evaluativo es de por sí complejo porque remite a la necesidad de contar con criterios objetivos que muchas veces no existen, otras veces se remiten a criterios subjetivos o emotivos, etc. Esto remite necesariamente a posiciones metaéticas y a concepciones antropológicas, sociales y políticas que permiten entender de determinada manera qué es el derecho, qué es lo político y las relaciones entre individuos y Estado.

Otra característica es que estos conceptos son argumentativos. Ello implica que al postular un significado o un sentido quien lo hace está defendiendo ese sentido (carácter defensivo) y también atacando otros sentidos que no coincidan con el postulado (carácter agresivo). Esto es importante porque obliga a quien toma una posición frente a un texto jurídico 1) a determinar si existe un CEC, esto es, si existen conceptos claros o no; y (en caso de afirmar la existencia de un CEC) 2) a identificar todas las posibles interpretaciones posibles de los CEC. Ello debe conducir, a su vez, a explicitar los fundamentos filosóficos de la propia postura y a relevar los de las otras de manera tal de llevar adelante una argumentación tan completa como sea posible.

Esto que he postulado de manera un tanto abstracta tiene una concreción práctica cuando analizamos la legislación y las sentencias. Un caso para traer a colación como ejemplo, y que puede ser observado en nuestra vida cotidiana es que en muchas provincias argentinas contamos con normas que establecen la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad al conducir un automotor. El incumplimiento es una falta que conlleva una multa. Algunos años atrás, en la provincia de Santa Fe, un conductor fue sancionado por violar dicha normativa. Este recurrió la medida y postuló que esta falta solo lo dañaba a sí mismo y no producía ningún daño o riesgo a terceros. Así, solo su propia persona, su integridad física o su vida, se veían comprometidos, pero su conducta no afectaba intereses de nadie más. Por ende, mencionó que esto debía quedar fuera del ámbito de interferencia estatal. A ello respondió un juez que tener puesto un cinturón de seguridad conduce a cuidar y proteger la vida del conductor. Inmediatamente continuó el argumento señalando los beneficios sociales de proteger la vida de los individuos en una sociedad. En esta sentencia podemos ver que no hay un gran detenimiento en las perspectivas filosóficas

desde las cuales la parte y el juez argumentaron. Por ejemplo, el conductor argumentó desde una posición liberal clásica que impugnaba una medida que consideraba paternalista (aunque no lo expusiera en estos términos). Si hubiera citado, por ejemplo, a Mill hubiera mencionado que ningún individuo puede dañarse a sí mismo y que las conductas que no generan un daño (y no una mera afectación de terceros) no deberían ser intervenidas por el Estado. Esta es una posición filosófica clara que implica una forma de interpretar la legitimidad o ilegitimidad de la norma y de sus resultados fácticos. En cambio, el juez comienza argumentando sobre la legitimidad de la norma manifestando, por un lado, que quien no protege su vida ha incurrido en un error y que, por lo tanto, es un incompetente básico y que ello implica que el Estado deba protegerlo mediante la obligación de colocarse el cinturón. Esto es una perspectiva clara sobre cuándo procede legítimamente una medida paternalista, y también una posición moral sobre cómo jerarquizar los daños a la libertad y la vida. Sin embargo, el juez no explicita estos fundamentos basados en perspectivas antropológicas y filosóficas. Peor aún, ese mismo fallo podría haber sido más coherente si se hubiera explicitado anteriormente porque comienza señalando la necesidad de proteger la vida del individuo que conduce, pero acaba por manifestar el valor social de dicha protección. Entonces, deja de argumentar desde una posición ubicada en la legitimación del paternalismo jurídico para ubicarse en posiciones utilitaristas. Se produce allí un cambio radical de posición argumental y sin solución de continuidad que no logra dar un fundamento sólido a la postura defendida. Esto no implica la invalidez de dicha argumentación, pero sí que acaba por ser contradictoria por el insuficiente desarrollo. El juez podría haber señalado aún más cuestiones, como por ejemplo que manejar con un cinturón no es una lesión relevante al ámbito de libertad o de autonomía de los individuos.

No se trata solamente de esta sentencia. Podríamos encontrar muchos ejemplos más en los que podemos intuir una concepción filosófica política que ilumina una posición argumental e interpretativa, pero que a la larga resulta abandonada.

Los conceptos esencialmente controvertidos, frecuentes en textos jurídicos y relevantes en materia interpretativa, convocan irremediablemente a pensar en los múltiples sentidos posibles desde una pluralidad de posiciones filosóficas. Pensemos, a modo de ejercicio, cómo en cada contexto social y político las respuestas que demandan los conflictos requieren la toma de posturas. Por ejemplo, la crisis económica, política y social argentina, en los años 2001-2004, ha dado múltiples sentidos al derecho de propiedad según los derechos y circunstancias en juego: ¿puede el ordenamiento jurídico proteger los ahorros en bancos ante todo? ¿Puede un fin público como la emergencia económica habilitar la imposibilidad de retirar los depósitos? ¿Puede habilitar la pesificación forzosa de los ahorros en dólares a un precio oficial y distinto al del mercado? ¿Puede la imposibilidad ceder cuando existan razones de salud? La misma Corte Suprema Argentina respondió de múltiples maneras a estas preguntas y en un corto plazo generó diversos significados para el derecho a la propiedad como concepto esencialmente controvertido.

Para sintetizar, quisiera explicitar que la interpretación y la argumentación jurídica están intrínsecamente ligadas a las consideraciones de la filosofía en general y de la filosofía política en particular. La argumentación no puede prescindir de la alerta sobre estos conceptos esencialmente controvertidos porque se corre el riesgo de caer en un razonamiento naif, o de simplificar algo que es muy complejo y que está presente en el quehacer cotidiano del derecho.

ISBN 978-950-863-443-6



9 789508 634436