

EL LADO B DE “ROSZA”. ¿DEBEN LOS JUECES TENER EN CUENTA LAS CONSECUENCIAS?*

SERGIO RAPONI**

Resumen. El trabajo se propone analizar las dos posiciones básicas posibles en relación con la facultad de los jueces de argumentar en base a consecuencias en situaciones en las que sus fallos podrían generar un caos social o institucional. La posición predominante, que admite el uso de consideraciones consecuencialistas en tales circunstancias, está reflejada en la posición sostenida por la Corte Suprema en el fallo “Rosza”, en su parte previsor (“lado B”). La posición contraria, que solo admite consideraciones deontológicas, incluso en esas circunstancias, está reflejada en la propuesta de DWORKIN conocida como “*tesis de los derechos*”, en especial en la versión más radical de la misma. La importancia de la problemática y la indeterminación constitucional al respecto justifican un análisis de los fundamentos de ambas posiciones.

Palabras claves: consecuencialismo judicial, rigorismo judicial, caos, convalidación de efectos, liberalismo.

THE B-SIDE OF “ROSZA”. SHOULD JUDGES TAKE CONSEQUENCES INTO ACCOUNT?

Abstract. The paper aims to analyze the two possible basic positions in relation to the power of judges to argue based on consequences in situations in which their sentences could generate social or institutional chaos. The prevailing position, which admits the use of consequentialist considerations in such circumstances, is reflected in the position held by the Supreme Court

* Recepción: 10/7/2022; evaluación: 29/7/2022; aceptación: 11/8/2022.

** Abogado. Profesor en Filosofía, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

in "Rosza" case, in its far-sighted part (side B). The opposite position, which only admits deontological considerations, even in those circumstances, is reflected in DWORKIN's proposal known as the rights thesis, especially in its most radical versión. The importance of the problem and the constitutional indeterminacy in this regard justify an analysis of the foundations of both positions.

Keywords: judicial consecuencialism, judicial rigorism, chaos, recognition of effects, liberalism.

O LADO B DE "ROSZA". OS JUÍZES DEVEM LEVAR EM CONTA AS CONSEQUÊNCIAS?

Resumo. O artigo visa analisar as duas possíveis posições básicas em relação ao poder de argumentação dos juízes com base nas consequências em situações em que suas decisões possam gerar caos social ou institucional. A posição predominante, que admite o uso de considerações consecuencialistas em tais circunstâncias, está refletida na posição defendida pela Corte Suprema na sentença "Rosza", em sua parte previsora ("*lado B*"). A posição oposta, que só admite considerações deontológicas, mesmo nessas circunstâncias, se reflete na proposta de DWORKIN conhecida como tese dos direitos, especialmente em sua versão mais radical. A importância do problema e a indeterminação constitucional a esse respeito justificam uma análise dos fundamentos de ambas as posições.

Palavras chave: consecuencialismo judicial, rigorismo judicial, caos, convalidação de efeitos, liberalismo.

§ 1. ***INTRODUCCIÓN***

¿Es razonable afirmar, en el marco del orden jurídico argentino, que los jueces "*no deben*" tener en cuenta las consecuencias, incluso si están en juego graves riesgos para el interés general? ¿No supone esto una forma de insensibilidad moral? ¿Qué argumentos podrían apoyar una postura tan extrema? A modo de una aproximación a este problema se presentará la oposición entre, por un lado, la postura que favorece una respuesta consecuencialista¹, representada por

¹ En lo que sigue se apelará a la conocida distinción en filosofía moral y política entre deontologismo y consecuencialismo. Las argumentaciones basadas en consecuencias sociales están orientadas al logro de ciertos objetivos de interés ge-

el fallo “Rosza”², y, por otro lado, la postura que rechaza esa solución, expuesta por RONALD DWORKIN en lo que denomina “*tesis de los derechos*”³. La reconstrucción de este debate es atravesada por algunas “*ambigüedades*” que será necesario ir despejando a medida que avance la presentación.

a) *LOS LADOS A Y B DE “ROSZA”*. En recientes fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”⁴ y “Bertuzzi”⁵), de importantes connotaciones políticas e institucionales, se formulan reiteradas referencias al precedente “Rosza”. Este precedente es citado, principalmente, por identificar los requisitos exigidos para las designaciones de jueces nacionales (art. 99, inc. 4, Const. nacional). El fallo, que trata la situación de los jueces subrogantes, finalmente declara la inconstitucionalidad de todas las designaciones no conformes con ese criterio. Esta cuestión insume la mayor parte de los considerandos y de la resolución del fallo. Permítase llamar a esta parte principal (declarativa): “lado A”.

neral (el Preámbulo menciona varios de estos objetivos: “unión nacional”, “paz interior”, “defensa común”, “bienestar general”). El deontologismo prohíbe que en la búsqueda de esos objetivos generales se pueda tomar a los individuos como medios, y de allí la idea de derechos como *escudos* frente estos objetivos (el Preámbulo menciona algunas exigencias deontológicas como las de “justicia” y “libertad”). Sin embargo, incluso en las propuestas liberales más exigentes se admite, en situaciones extraordinarias de gravedad o urgencia, la posibilidad de limitar esos derechos. Un problema para el liberalismo, y objeto de análisis del presente trabajo, es definir si el Poder Judicial está facultado para utilizar consideraciones consecuencialistas en tales situaciones. Se entenderán como deontológicas las consideraciones de una sentencia tendientes a determinar la adecuación constitucional de un instrumento político, y no pierden este carácter por el hecho de que el instrumento político en análisis esté basado en consideraciones consecuencialistas. A los fines del presente trabajo se entenderá como consecuencialistas aquella sentencia en la que, al menos en circunstancias extraordinarias, las consideraciones basadas en el interés general derrotan a las consideraciones deontológicas de adecuación constitucional.

² CSJN, 23/5/2007, “Rosza, Carlos A. s/recurso de casación”, *Fallos*, 330:2361. Resuelve sobre la situación de los jueces subrogantes.

³ DWORKIN, *Los derechos en serio*, Cap. 4: “Los casos difíciles”, p. 146 a 208.

⁴ CSJN, 16/12/2021, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/EN-ley 26.080-dto. 816/99 y otros s/proceso de conocimiento”, *Fallos*, 344:3636. Resuelve sobre la composición del Consejo de la Magistratura nacional.

⁵ CSJN, 3/11/2020, “Bertuzzi, Pablo D. y otro c/PEN-PJN y otro s/amparo-ley 16.986”, *Fallos*: 343:1457. Resuelve sobre el traslado de jueces nacionales.

Este aspecto del fallo viene acompañado de un componente secundario con un importante peso filosófico propio. La aplicación generalizada del criterio fijado en el "lado A" implicaba no solo la revocación de todas las designaciones, sino además la nulidad de todo lo actuado por estos jueces. Ante esta potencial situación de "caos institucional" la Corte decidió arbitrar una estrategia para paliar los efectos perjudiciales que seguramente provocaría su decisión. Permítase llamar a esta parte complementaria (previsora): "lado B"⁶.

Un aspecto destacable del "lado B" de "Rosza" es que en él la Corte expuso sus compromisos consecuencialista en una de sus versiones más extrema, lo que lo convierte en una interesante puerta de entrada para un análisis más general de la posición de la Corte sobre el tema. Posición que, en definitiva, refleja la intuición predominante en los distintos ámbitos de la discusión jurídica.

Existe, sin embargo, una muy interesante excepción.

b) *TESIS DE LOS DERECHOS*. DWORKIN sostiene que, en el contexto de sistemas jurídicos liberales que aspiran a "tomarse en serio" los derechos individuales, los jueces están sujetos a dos deberes fundamentales:

En primer lugar, deben concebir al derecho como un conjunto amplio de estándares, tanto normativos (reglas) como no normativos (principios y directrices políticas), que permite dar una "respuesta correcta a cualquier caso difícil"⁷ posible. De allí que es su responsabilidad "descubrir" esas respuestas y no "inventar" retroactivamente soluciones nuevas⁸. En otras palabras, les está vedado el uso de la discreción-creación judicial aceptada por el positivismo jurídico tradicional. La razón de esta limitación es el "serio" compromiso con ciertos valores liberales fundamentales (legalidad, división de poderes, representación democrática). Este aspecto principal de la tesis de los derechos se conoce como "tesis de la respuesta correcta".

⁶ Todos los integrantes actuales de la Corte han avalado los fundamentos consecuencialistas expuestos en el "lado B" de "Rosza". MAQUEDA y LORENZETTI son firmantes del fallo original; ROSSATTI en "Bertuzzi" y Rosenkrantz con su reciente adhesión en "Colegio de Abogados de Ciudad de Buenos Aires".

⁷ Inicialmente DWORKIN se refiere con este término a casos de *lagunas* legales. Luego lo amplía a casos de soluciones legales *injustas* ("Riggs v. Palmer"). Finalmente, se refiere a casos en los que *compiten* consideraciones políticas y consideraciones de principio ("Spartan Steel").

⁸ Cfr. DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 146.

En segundo lugar, los jueces tienen el deber de apelar en los casos difíciles “exclusivamente” a argumentos de principios (deontológicos), no a argumentos políticos (consecuencialistas). Esto, nuevamente, por razones vinculadas a los valores fundamentales del liberalismo republicano antes mencionados. Este aspecto de la tesis de los derechos ha sido desatendido tanto por DWORKIN como por sus críticos, y de hecho no ha recibido un nombre que lo identifique; permítase llamar a este segundo aspecto “tesis de la exclusividad de los argumentos de principio”.

Este segundo aspecto de la tesis de los derechos es susceptible de dos interpretaciones en cuanto a si esa exclusividad debe ceder ante objetivos de “especial urgencia”⁹. La versión más “débil” admite esta posibilidad en el razonamiento judicial, y por lo tanto es compatible con la doctrina de “Rosza” (“lado B”). La versión más “radical” mantiene la exclusividad de los argumentos de principio en el razonamiento judicial, aun en situaciones de especial urgencia. En otras palabras, los tribunales no deben resolver como lo hizo la Corte en “Rosza” (“lado B”). Luego se volverá sobre los fundamentos de esta versión radical y sobre la posibilidad de que DWORKIN la haya suscripto.

El objetivo del presente trabajo es contrastar, en el marco del ideario liberal-republicano característico del sistema jurídico argentino, los principales argumentos que acompañan a los dos extremos de esta controversia (el “lado B” de “Rosza” y la versión “radical” de la tesis de los derechos). Esta reconstrucción es solo un primer paso en el camino de una posible resolución de esta.

§ 2. ***LAS INTUICIONES MORALES SUBYACENTES***

Detrás de esta controversia se destacan dos conocidas “intuiciones morales”. De acuerdo con la primera de ellas (de hecho, la predominante) la aplicación rigurosa del derecho puede generar en ciertas circunstancias consecuencias moralmente injustificables, por lo que dicha exigencia debe, en tales casos, relajarse. En defensa de esa intuición se alega la existencia de un sentido más amplio del valor de la justicia, conocido como “equidad”¹⁰ que exige tener en cuenta

⁹ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 160 y 161.

¹⁰ ARISTÓTELES, en “*Moral a Nicómaco*” (libro V), destaca esta virtud, denominada equidad, a la que considera incluso “mejor” que la “justicia rigurosamente legal” (ARISTÓTELES, *Obras completas*, p. 158).

las consecuencias de las sentencias en relación con las circunstancias del "caso concreto". Se alega también el "interés general", que debe primar frente a decisiones rigurosamente legalistas que pudieran generar consecuencias sociales catastróficas¹¹ (*summum ius, summa iniuri*¹²).

La intuición moral contraria defiende el rigorismo judicial tanto en los casos concretos como en los casos de repercusión general: "hacer justicia aunque caiga el mundo" (*fiat iustitia peream ego perem mundis*¹³). En defensa de esta intuición se apela tanto al valor intrínseco del respeto estricto de la moral, como a una razón consecuencialista: solo una legalidad rigurosa puede salvar al mundo¹⁴. Más adelante se introducirá una distinción que permitirá ubicar a la tesis de los derechos como un ejemplo más complejo dentro de esta línea.

Antes de avanzar sobre el problema central del trabajo es necesario despejar una "primera ambigüedad" que oscurece su comprensión. Ambas intuiciones morales reconocen dos tipos básicos de situaciones: consecuencias vinculadas al "caso particular" y consecuencias vinculadas al "interés general". La primera de estas situaciones, a pesar de su gran valor jurídico y moral, no resulta aquí de interés dado que la "equidad" que se reclama es, más allá de la terminología sobre consecuencias, reductible a un conflicto de principios¹⁵, sin vinculación con el interés general. La segunda de estas situaciones (conflicto entre una consideración de principio y una de

¹¹ Ante estas contingencias el deontologismo puede establecer una "cláusula catastrófica". Cfr. DAVIS, "Deontología contemporánea", en SINGER (comp.), *Compendio de ética*, p. 291 a 307; p. 304.

¹² CICERÓN se refiere a este proverbio (*Los deberes*, cap. X, p. 42). Aunque el contexto allí es del aprovechamiento malicioso de la literalidad de un acuerdo entre partes, el proverbio puede tomarse en un sentido más general que incluya los contextos de grave afectación al interés general.

¹³ Esta formulación aparece en CSJN, 26/10/2004, "Bustos, A. y otros c/PEN y otros s/amparo", *Fallos*: 327:4495, y representa, justamente, la posición de la que la Corte pretende apartarse.

¹⁴ Cfr. el voto del ministro KEEN en FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*, p. 58 y 59.

¹⁵ DWORKIN incluye entre las consideraciones de principio a las exigencias de equidad (*fairness*) (*Los derechos en serio*, p. 72). BACIGALUPO entiende que la exigencia de una aplicación rigurosa del derecho en el caso concreto (existente en el derecho penal español) puede contrarrestarse por consideraciones de principio (*La "rigurosa aplicación de la ley"*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*", t. 48, n° 3, p. 849 a 864).

utilidad general) sí resulta de interés aquí. Es allí donde se da la disputa entre el “lado B” de “Rosza” y la versión “radical” de la tesis de los derechos. En otras palabras, las razones en favor de atender a las consecuencias en los casos concretos (equidad) son de naturaleza distinta a las razones para atender a las consecuencias en el segundo contexto (interés general), y por lo tanto no pueden servir de apoyo a estas últimas.

Hecha esta aclaración, a continuación se presentarán algunos ámbitos en los que se despliega la intuición moral predominante (limitada a las situaciones de interés general). Más adelante se presentarán los fundamentos de la intuición moral que está detrás de la tesis de los derechos.

§ 3. **LA INTUICIÓN PREDOMINANTE EN LA DOCTRINA: FARRELL Y LORENZETTI**

Una breve exposición de dos de los principales participantes en este debate será muy ilustrativa.

a) **FARRELL.** En un texto referido a la ética de la función judicial¹⁶ este autor defiende explícitamente la utilización por parte de los jueces de consideraciones consecuencialistas: “Todo tribunal hace –o debe hacer siempre– un cálculo de consecuencias”¹⁷.

Esta tesis general viene acompañada de algunas distinciones (cálculo implícito/explicito y situación normal/catastrófica) que permiten precisarla un poco más: “Lo que ocurre es que la inmensa mayoría de los casos no son casos en los que el respeto de los derechos conduce a una catástrofe. Por esta razón el cálculo es implícito [...] Pero en los casos periféricos, cuando se avizora la posibilidad de que el respeto de un derecho produzca una catástrofe, el tribunal debe hacer explícito su cálculo consecuencialista”¹⁸.

El principal sustento para su propuesta consecuencialista en el ámbito judicial es la analogía que presupone entre el razonamiento individual y el judicial: “los tribunales son como los individuos: en la

¹⁶ FARRELL, “La ética de la función judicial”, en OROZCO HENRÍQUEZ - VÁZQUEZ, MALEM SENA (comps.), *La función judicial: ética y democracia*, p. 147 a 162.

¹⁷ FARRELL, “La ética de la función judicial”, en OROZCO HENRÍQUEZ - VÁZQUEZ, MALEM SENA (comps.), *La función judicial: ética y democracia*, p. 160.

¹⁸ FARRELL, “La ética de la función judicial”, en OROZCO HENRÍQUEZ - VÁZQUEZ, MALEM SENA (comps.), *La función judicial: ética y democracia*, p. 160.

inmensa mayoría de los casos razonan como deontologistas, y esto es –justamente– lo que deben hacer. Pero en situaciones periféricas adoptan el consecuencialismo para evitar catástrofes, y esto es también lo que deben hacer”¹⁹.

Como luego se ampliara, esta analogía es puesta en duda por la tesis de los derechos, ya que los jueces carecen de la representatividad necesaria (que si poseen los poderes políticos) que los habilitaría a razonar como lo hacen los individuos.

b) *LORENZETTI*. Las ideas expuestas en el libro *El arte de hacer justicia*²⁰ no solo reflejan su posición doctrinaria anterior²¹, sino que explican también las motivaciones de algunos de sus votos (especialmente en “Massa”²²).

Sostiene que “todo juez prudente debe valorar las consecuencias de las decisiones que adopta”²³. En relación con la crisis de la pesificación, afirma que “el activo reclamo social nos imponía la responsabilidad de fijar un criterio definitivo y a la vez pacificador”²⁴. En este sentido, reproduce un considerando central de “Massa” en el que se señala al preámbulo como fundamento constitucional de esa facultad consecuencialista²⁵.

En consonancia con esta posición, afirma: “Hay situaciones en las que el cumplimiento estricto de un acuerdo puede llevar al caos, sobre todo en casos de relevancia institucional, esto es, aquellos en que los efectos alcanzan a terceros no involucrados en la negociación inicial en estas situaciones pueden buscarse soluciones imaginativas sin lesionar la seguridad jurídica [...] El buen juez debe

¹⁹ FARRELL, “La ética de la función judicial”, en OROZCO HENRÍQUEZ - VÁZQUEZ, MALEM SEÑA (comps.), *La función judicial: ética y democracia*, p. 158.

²⁰ Ver, en general, LORENZETTI, *El arte de hacer justicia*.

²¹ LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial*. En esta obra afirma que: “la decisión obtenida mediante la deducción debe ser controlada mediante el análisis de las consecuencias” (p. 219).

²² CSJN, 27/12/2006, “Massa, Juan Agustín c/PEN-Dto. 1570/01 y otro s/amparo”, *Fallos*: 329:5913.

²³ LORENZETTI, *El arte de hacer justicia*, p. 53.

²⁴ LORENZETTI, *El arte de hacer justicia*, p. 69.

²⁵ “La ponderación de los resultados para lograr la paz social [...] es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución nacional” (“Massa”, ampliación de fundamentos, consid. 11).

encontrar alternativas para valorar las consecuencias en casos de trascendencia”²⁶.

Frente a estas claras concesiones consecuencialistas llama la atención el título del último punto del capítulo 3 dedicado a la emergencia económica: “La Corte, la casa donde se protegen los derechos”²⁷. Para DWORKIN, como luego se ampliará, adherir a una posición que admite el cálculo de consecuencias en las decisiones judiciales es, precisamente, no tomarse (proteger) en serio los derechos.

§ 4. **LAS “CONSECUENCIAS” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE**

La Corte reconoce la importancia de las “consecuencias” en tres contextos:

En primer lugar, toma en cuenta las consecuencias en relación con la solución del “caso particular”²⁸. Como ya se adelantara, estas situaciones pueden reconstruirse en términos de un conflicto de principios y por lo que carecen de interés para el presente análisis.

En segundo lugar, señala la importancia de las consecuencias en términos de una exigencia “hermenéutica” que manda a interpretar el texto legal de modo que no se obtengan conclusiones “absurdas, contradictorias” o en conflicto con los objetivos (o espíritu) de la norma²⁹. También estos casos pueden ser reconstruidos en términos de un conflicto de principios, por lo tanto, que carecen de interés aquí.

En tercer lugar, y aquí sí de interés para el presente análisis, se refiere a las consecuencias en términos de los efectos “sociales o institucionales” (“crisis”, “caos”, “anarquía”) que puede provocar la aplicación de sus fallos.

En línea con la ambigüedad antes señalada (y con la correspondiente independencia conceptual entre los distintos sentidos del término “consecuencias”), cabe destacar que en ninguno de los dos primeros casos se hace referencia, aunque sea de manera indirecta, a

²⁶ LORENZETTI, *El arte de hacer justicia*, p. 261.

²⁷ LORENZETTI, *El arte de hacer justicia*, p. 93.

²⁸ Entre los precedentes más conocidos, CSJN, 1980, “Saguir y Dib, Claudia G. s/autorización”, *Fallos*: 302:1284; íd., 23/4/2008, “Acosta, A. s/infracción art. 14, 1° párrafo, ley 23.737”, *Fallos*: 331:858.

²⁹ Por ejemplo, CSJN, 4/7/2006, “Corradini, Nicolás c/Estado nacional s/empleo público”, *Fallos*: 329:2419.

las consecuencias sociales o institucionales³⁰. El problema es que la misma Corte se ha visto atrapada por esta ambigüedad³¹.

Al atenderse entonces solo al tercero de los sentidos (consecuencias sociales), y más allá de los distintos tipos de "crisis"³² que puedan estar implicadas, es importante distinguir entre tipos de fallos según el modo en el que son incorporadas las consideraciones consecuencialistas.

En algunos fallos la Corte alude explícitamente a la existencia de un cálculo utilitarista, pero este cálculo es el hecho por la política para justificar el instrumento legal. En estos casos la Corte no introduce un cálculo propio y solo se limita a controlar la adecuación constitucional del mismo³³. Estos fallos no son los que aquí interesan.

En otros fallos la Corte introduce consideraciones utilitaristas propias, pero solo como refuerzo de las consideraciones de adecua-

³⁰ Una ambigüedad similar se aprecia con la acción del derecho romano denominada *utilitatis causa*. Estas causas no se refieren a situaciones de gravedad social, sino a casos particulares con soluciones "dogmáticas" indefendibles que requieren propuestas más "pragmáticas". Cfr. ANKUM, *Utilitatis causa en los trabajos de los juristas romanos clásicos*, "Revista Chilena de Derecho", vol. 43, n° 3, 2016, p. 1 a 8.

³¹ En "Massa" (citado), la Corte afirma que, "una interpretación contraria a la pesificación [...] traería secuelas institucionales gravísimas, lo que sería contrario a la pauta interpretativa que obliga a ponderar las consecuencias que derivan de las decisiones judiciales" (consid. 21, el resaltado nos pertenece). Como antecedente de esa pauta interpretativa la Corte hace referencia a CSJN, 14/2/1989, "Gabetta, Ángel c/Nación Argentina-Ministerio de Defensa", *Fallos*: 312:156. El punto es que en este fallo no hay mención alguna (ni siquiera indirecta) a las consecuencias sociales o institucionales, sino que se habla de excluir las consecuencias (interpretaciones) "absurdas".

³² Las principales situaciones de crisis en las que se enmarcan estos fallos son: emergencias económicas, estatus de los actos de los gobiernos *de facto*, organización del Poder Judicial.

³³ En CSJN, 28/4/1922, "Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta", *Fallos*, 136:170, la Corte sostiene: "No es resorte del Poder Judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar la prolongada situación crítica [...] únicamente le incumbe [...] el pronunciarse acerca de los poderes constitucionales del Congreso para establecer la restricción al derecho de usar y de disponer de la propiedad [...] teniendo en cuenta para ello, la naturaleza, las causas determinantes, y la extensión de la medida restrictiva". Una línea similar aparece en CSJN, 27/12/1990, "Peralta, Luis A. y otro c/Estado nacional (Mrio. de Economía -BCRA) s/amparo", *Fallos*, 313:1513, e íd., 1/2/2002, "Smith, Carlos Antonio c/Poder Ejecutivo nacional o Estado nacional s/sumarísimo", *Fallos*, 325:28).

ción constitucional del instrumento político que son las principales³⁴. Como la validación es finalmente deontológica, no hay una afectación directa a los principios liberales que están detrás de la tesis de los derechos, y por lo tanto tampoco estos fallos resultan de interés aquí.

Más interesantes son aquellos fallos en los que la Corte se encuentra, en cuanto a un examen inicial de constitucionalidad del instrumento político, con un resultado “invalidatorio”, y sin embargo, por razones consecuencialista, decide declarar la validez de los mismos³⁵. En estos fallos esa declaración logra el objetivo “pragmático” buscado, que es el de consolidar los efectos pasados (y futuros). Ello exige a la Corte de tener que diseñar una estrategia que morigere los efectos de una sentencia invalidatoria (“lado B”). Más allá del interés general que despiertan estos fallos (generalmente vinculados a las crisis económicas), lo que los hace menos interesantes es que la opción por la validez del instrumento político impide analizarlos en términos de una afectación directa al principio de legalidad o al principio republicano de división de poderes, que son justamente las cuestiones que preocupan a la tesis de los derechos.

Una situación similar se presenta con los fallos sobre la validez de las leyes de los gobiernos *de facto*³⁶. También aquí la validación de los

³⁴ “Bustos” (citado) es un ejemplo en este sentido. La estrategia principal es validatoria del instrumento político, pero viene respaldada por consideraciones “consecuencialistas” muy importantes. En esta línea, se rechaza explícitamente el rigorismo judicial: “hacer justicia aunque caiga el mundo, en rigor no es hacer justicia, sino destruir las bases mismas de las relaciones en las cuales se persigue hacer valer la justicia” (consid. 14). Esto está pensado en el contexto del funesto precedente de *Fallos*, 325:28, del que derivó un descomunal trastorno económico-financiero y aun judicial.

³⁵ ELÍAS, “*Massa*”, y la saga de la pesificación: *lo bueno, lo malo y lo feo*, JA, 2008-II-1326, utiliza la expresión “inconstitucionalidad encubierta” para este tipo de fallos. En general la expresión es correcta. Sin embargo, en algunos casos (de hecho en “*Massa*” no se encubre la inconstitucionalidad, sino que se decide “prescindir” de su declaración; cfr. ampliación de fundamentos de LORENZETTI, consid. 24, punto 5). En una línea similar se expresa ARGIBAY, en cuanto a que es posible “purgar la inconstitucionalidad” (consid. 7°). En CSJN, 15/3/2007, “Rinaldi, Francisco A. y otro c/Guzmán Toledo, Ronal C. y otra s/ejecución hipotecaria”, *Fallos*, 330:855), se ratifica esta línea. Por un lado, se reconoce explícitamente que la medida política en cuestión “no supera el test de constitucionalidad”, y, por otro lado, se afirma que “la verdadera misión de la Corte no es averiguar la verdad, sino apaciguar los conflictos” (consid. 13, voto concurrente de LORENZETTI y ZAFFARONI).

³⁶ En 1927, en la causa CSJN, 30/3/1927, “Moreno Postigo, Cristóbal-tutor testamentario de los menores hijos de Ricardo Matia s/remoción de tutela”, *Fallos*, 148:303, se introduce por primera vez la denominada “doctrina de los gobiernos *de facto*”.

instrumentos políticos y el consiguiente reconocimiento de los efectos consolidados consiguen el objetivo pragmático de evitar el caos y la anarquía social (sin la necesidad de diseñar un "lado B").

Hay otros fallos en los que, en términos del examen constitucional, se reconoce el instrumento como "válido", pero en función de los resultados estimados se decide declarar su invalidez³⁷. Aquí sí, los jueces parecen asumir una función creadora de derecho, y esto es justamente el aspecto cuestionado por la tesis de los derechos. De hecho, DWORKIN se refiere a un caso que va en esta línea³⁸. El problema con los ejemplos de este tipo (entre los fallos de la Corte) es que se corresponden más bien con el sentido "hermenéutico" ya señalado (consecuencias contrarias a los fines u objetivos de la norma) y no con el sentido referido a las consecuencias sociales graves, con lo cual se diluye de nuevo su relevancia a los fines del presente trabajo.

Finalmente, existen ciertos fallos en los que, en términos del examen constitucional del instrumento político la Corte decide declarar su "invalidez", y sin embargo, por razones consecuencialistas, ordena una regulación de los efectos ("lado B") que en la práctica termina por inhibir la ejecución de los mismos³⁹. El elemento inte-

Una nueva oportunidad para esta doctrina se presentó con el golpe militar de 1930. Mediante la acord. 10/9/1930 la Corte resolvió, con fundamento en la doctrina "Moreno Postigo", validar la actividad (futura) del nuevo gobierno con la salvedad de que no podrán desconocerse "las garantías individuales o las de la propiedad u otras de las aseguradas por la Constitución". Durante el actual proceso democrático iniciado en 1983 también se recurrió a la doctrina para la convalidación de actos del gobierno *de facto* (1976-1983). En CSJN, 6/4/1989, "Gamberale de Mansur, María E. c/UNR s/nulidad de resolución", *Fallos*, 312:435, la Corte remite a la doctrina de 1930.

³⁷ Un ejemplo en esta línea es CSJN, 29/3/2005, "Itzcovich, Mabel c/ANSES s/reajustes varios", *Fallos*, 328:566. La Corte decide cambiar su jurisprudencia en relación con el art. 9° de la ley 24.463: "La disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables".

³⁸ El único caso ofrecido por DWORKIN para ejemplificar una solución contraria a la tesis de los derechos es "*Spartan Steel*" (1974). En este caso el juez niega el derecho a una indemnización por lucro cesante (*economic loss*) con base en un argumento político-consecuencialista (*matter of policy*): de admitirse ese tipo de daños, *no habría fin a los reclamos*.

³⁹ A este tipo de sentencias SAGÜÉS las denomina como "exhortativas de inconstitucionalidad simple", esto es, aquellas en las que se declara la inconstitucionalidad de la norma, pero a pesar de ello no se invalidan sus efectos en atención a los re-

resante de estos fallos (únicos que contienen un “lado B”) es que, con su fuerte injerencia en la ejecución de los efectos, la Corte parece asumir una función “creadora” de posiciones jurídicas. Estos fallos representan la versión más explícita (y extrema) del reconocimiento del valor de las consecuencias sociales en la determinación final de la decisión judicial.

La importancia de “Rosza” (“lado B”) como paradigma de este tipo de fallos justifica una presentación más amplia de sus fundamentos.

§ 5. **EL LADO B DE “ROSZA”**

Como ya se adelantara, el problema que presentaba “Rosza” era que, en función de la aplicación del criterio fijado en su “lado A”, se debía declarar la inconstitucionalidad de las designaciones de los jueces subrogantes que no satisfacían dichos criterios, y consecuentemente la invalidez de todas sus actuaciones, con el consiguiente “caos institucional”. La Corte asume la obligación de salvar esa crisis diseñando un “lado B”⁴⁰.

Así, decide “declarar la validez de las actuaciones cumplidas por quien se desempeñó como magistrado al amparo del régimen declarado inconstitucional” (punto 3). Además: “Mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes han sido designados” (punto 4).

“Rosza” es especialmente interesante no solo porque regula con efectos “no retroactivos” (*ex nunc*⁴¹), sino porque lo hace además de manera “prospectiva” (manteniendo las designaciones por un año). Finalmente, tiene una pretensión *erga omnes* (para todos los casos similares).

sultados desastrosos que podría producir su nulificación, y a su vez la Corte insta al poder político a suprimir la situación de inconstitucionalidad. Cfr. *Las sentencias constitucionales exhortativas*, “Estudios Constitucionales”, vol. 4, n° 2, 2006, 194.

⁴⁰ Cabe destacar que la estrategia “ejecutiva” de “Rosza” ya había sido adelantada en la acordada 7/2005. Incluso, ya aparecía en la disidencia de FAYT en “Bustos” (2004, citado) (consids. 28 a 32). Allí se menciona la existencia de una tendencia en el derecho constitucional comparado (España, Italia, Alemania, Colombia) que busca alternativas que puedan *suavizar* o *impedir* los efectos de las sentencias.

⁴¹ Forma “excepcional” de ejecución de los efectos de una sentencia, a correr desde la fecha de la sentencia (*ex nunc*), en contra de la forma “normal” de ejecución, a correr desde la fecha de origen de acto en cuestión (*ex tunc*).

Más allá de esta particular regulación de la ejecución, lo que debe tenerse en cuenta aquí es el esquema argumentativo utilizado (expuesto en el voto de FAYT), que se despliega en dos direcciones.

Por un lado, se esgrimen razones consecuencialistas: "decisiones con las repercusiones de la presente, no pueden dictarse desatendiendo las graves consecuencias (caos institucional) que, de modo inmediato, derivarán de ella" (consid. 22). En respaldo de esta razón se señala la situación de hecho imperante referida al gran porcentaje de jueces subrogantes en función.

Por otro lado, en una línea deontológica, se apela al valor de la estabilidad de las posiciones jurídicas consolidadas. La principal cita al respecto corresponde a un fallo de la jurisprudencia estadounidense: "*El pasado no siempre puede ser borrado por una nueva decisión de la justicia*". El efecto de una sentencia posterior que declara la invalidez debe ser considerado en diversos aspectos referidos a relaciones particulares –personales y societarias– y a conductas particulares –privadas y oficiales–. Las cuestiones concernientes a '*derechos*' que se alegan como *adquiridos*, al estado legal, a decisiones previas que se consideran firmes y en cuyas consecuencias se ha actuado, y al orden público a la luz de la naturaleza de la ley y de su anterior aplicación requieren ser examinadas. Estos interrogantes aparecen entre los más difíciles que han ocupado la atención de los tribunales, estatales y federales; y surge en forma manifiesta de numerosas sentencias que la afirmación general de *un principio de invalidez retroactiva absoluta no puede ser justificada*" (consid. 21, el resaltado nos pertenece).

El problema con este precedente, y con todos los otros citados en el fallo⁴², es que en ellos se apela a consideraciones deontológicas sobre "derechos" adquiridos y no hay mención alguna a la necesidad de tener en cuenta las consecuencias "caóticas" que podrían generarse.

⁴² Cita en respaldo un caso del derecho romano ("*Lex Barbarius Philippus*") en el que se discute la validez de las actuaciones de un pretor que no reunía las condiciones exigidas. Sin embargo, el caso presenta tres elementos distintos a "Rosza": por un lado, se trataba de una única designación inválida, no de un número crítico de funcionarios que pudiese generar una crisis; por otro lado, la principal razón para la convalidación es deontológica: las cualidades del impugnado. Como antecedentes nacionales se cita a CSJN, 1986, "Tellez, María c/Bagala SA", *Fallos* 308:552; *id.*, 10/10/1996, "Barry, María Elena c/ANSES s/reajuste de movilidad", *Fallos*, 319:2151; *id.*, "Itzcovich" (2005, citado). Por razones similares, ninguno de estos fallos es pertinente: no hay consideraciones de utilidad implicadas.

De hecho, en muchas de las ocasiones en que “Rosza” es citado por su “lado B” lo es en este sentido⁴³, sin referencia a razones consecuencialistas.

Esta dualidad en las razones esgrimidas expone una “segunda ambigüedad” que necesita ser despejada: la convalidación de efectos pasado (*ex nunc*) puede estar basada tanto en consideraciones consecuencialistas como deontológicas, que son independientes entre sí. En este sentido, la estrategia de “Rosza” (“lado B”) apela inicialmente a la intuición moral consecuencialista, pero se desplaza finalmente hacia consideraciones deontológicas sobre derechos adquiridos. Este énfasis en precedentes resueltos por razones deontológicas deja al descubierto una justificación consecuencialista bastante escueta. Aun así, es este elemento consecuencialista lo que hace de “Rosza” (“lado B”) un fallo paradigmático por su convicción de que, cuando las razones deontológicas sobre derechos no alcanzan para evitar las consecuencias sociales graves derivadas de una resolución invalidatoria, la judicatura puede apelar a razones consecuencialistas a fin de inhibir completamente los efectos de la misma. Incluso, la decisión puede proyectarse hacia el futuro, con la consiguiente creación de derechos.

¿Hay alguna referencia (más o menos explícita) en el sistema jurídico argentino que valide esta posición?

§ 6. ***LAS “CONSECUENCIAS” (SOCIALES) EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO***

Todo orden político “liberal” reconoce, además de la importancia de los derechos individuales, el valor del bienestar general. Ahora bien, ¿todos los poderes del Estado están facultados para procurar

⁴³ Causas que citan al “lado B” de “Rosza”, pero que remiten a este aspecto no consecuencialista del mismo: CSJN, 15/6/2010, “Administración Federal de Ingresos Públicos c/Intercorp SRL s/ejecución fiscal”, *Fallos*, 333:935; íd., 12/12/2017, “Rubín, Lino c/Anses s/acción meramente declarativa”, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=742020&cache=1626964806684>; íd., 3/9/2019, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado nacional y otros s/daños y perjuicios”, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=754709&cache=1623364352455>; íd., 8/4/2021, “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad”, *Fallos*, 344:441.

objetivos colectivos, como los indicados, por ejemplo, en el Preámbulo? En particular, ¿está facultado el Poder Judicial para utilizar, al menos en situaciones de urgencia, consideraciones consecuenialistas?

De acuerdo con el texto constitucional la promoción de los objetivos generales es una facultad excluyente del poder legislativo (art. 75, incs. 2, 18 y 19). Solo en circunstancias excepcionales de “necesidad y urgencia” se habilita al Poder Ejecutivo a ejercer funciones legislativas transitorias, a ser refrendadas luego por el Poder Legislativo (art. 99, inc. 3). La Corte misma reconoce esta exclusividad en los poderes políticos.

A diferencia de la extensa enumeración de facultades de los poderes Ejecutivo y Legislativo, es bastante acotado lo que la Constitución nacional establece acerca de los deberes y facultades del Poder Judicial (arts. 116 a 118). El art. 116 tiene un contenido claramente deontológico: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación”.

Nada dice la Constitución nacional acerca de la facultad de los jueces de considerar (en situaciones de urgencia) las consecuencias sociales o institucionales de sus fallos. El único intento de encontrar una fundamentación constitucional para esta facultad fue presentado en “Massa”, donde se hace referencia al *Preámbulo* y al objetivo de “consolidar la paz interior”⁴⁴. Este recurso extremo pone de manifiesto la falta de un fundamento constitucional más explícito al respecto.

En el Proyecto de Constitución nacional presentado por ALBERDI en *Bases* hay un artículo referido a las atribuciones del Poder Judicial, que establece: “Las leyes determinan el modo de hacer efectiva esta responsabilidad [...] la extensión de sus atribuciones y *la manera de proceder en sus juicios*” (art. 96, el resaltado nos pertenece)⁴⁵. Extrañamente, ese artículo no aparece reproducido en la Constitución de 1853, ni en ninguna de las reformas sucesivas. Pero tampoco se dice nada al respecto en las leyes que regulan la función de la Corte (27, 48, 49, 50).

⁴⁴ CSJN, 27/12/2006, “Massa, Juan A. c/PEN-dto. 1570/01 y otro s/amparo”, *Fallos*, 329:5913.

⁴⁵ ALBERDI, *Bases*, p. 252.

El único antecedente legislativo pertinente se encuentra en la ley de ética en la función pública 25.188⁴⁶. Antecedente que parece insuficiente, tanto por su generalidad como por la envergadura constitucional del problema en cuestión.

Los códigos de ética judicial también han sido receptivos de la intuición moral predominante. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, por ejemplo, señala entre sus principios básicos el de equidad: “La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterio de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes” (art. 36). Como puede apreciarse, reaparece aquí la ambigüedad ya señalada entre consecuencias en los casos concretos y consecuencias sociales. Esta recepción también parece insuficiente para dirimir el problema constitucional aquí en disputa.

Para comprender plenamente la dificultad que representa esta ausencia de regulación constitucional explícita sobre las facultades consecuencialistas de los jueces en situaciones de crisis es conveniente completar la presentación de la versión más radical de la tesis de los derechos que, justamente, cuestiona la coherencia de tal facultad en el marco de un sistema liberal-republicano.

§ 7. **UNA TESIS RADICAL DE LOS DERECHOS**

Como ya se adelantara, para una teoría liberal en la forma que DWORKIN la concibe, el derecho es un conjunto de estándares normativos (reglas) y no normativos (principio y directrices políticas) que permite a los jueces “descubrir” (no inventar) la respuesta correcta a todos los casos posibles (*tesis de la respuesta correcta*). De esta tesis parece seguirse que los jueces pueden apelar a cualquiera de los estándares no-normativos. Sin embargo, en un segundo momento, la tesis de los derechos se constriñe sosteniendo que los jueces deben considerar “*exclusivamente*” argumentos de principio.

A favor de esta limitación DWORKIN señala que “el conocido supuesto de que los jueces pueden, en ciertos casos, razonar como si

⁴⁶ Esta ley, que incluye a los magistrados como sujetos de aplicación, en su art. 2º, inc. c, establece que sus actos estén “orientados a la satisfacción del bienestar general”. En cambio, nada se dicen sobre el tema en la ley 24.937 (Consejo de la Magistratura), ni el reglamento para la justicia nacional.

fuesen legisladores es engañoso [...] en cuanto pasa por alto la importancia de una distinción, fundamental dentro de la teoría política [...] entre argumentos de principio, por un lado, y argumentos políticos, por el otro⁴⁷. La distinción radica en que mientras las argumentaciones en base a principios no alteran derechos preexistentes, el uso de argumentos de utilidad implica la creación de posiciones jurídicas nuevas (*ex post facto*), y esto no se corresponde con las facultades que una teoría liberal-republicana (en serio) le asigna a los jueces. En definitiva, la tesis de los derechos afirma que "las decisiones judiciales en los casos difíciles [...] son y deben ser [...] generadas por principios no por directrices políticas (*policies*)"⁴⁸.

El problema es que DWORKIN no aclara explícitamente cómo se comporta esta tesis en situaciones extraordinarias. De allí que su afirmación, de que los "derechos individuales" pueden ceder ante "objetivos de especial urgencia"⁴⁹, genere una duda en cuanto a si esta posibilidad (consecuencialista), que ciertamente reconoce en el ámbito de las decisiones políticas, la reconoce también en el ámbito de las decisiones judiciales. Esta es la "tercera" ambigüedad que es necesario despejar para alcanzar una comprensión más precisa del problema aquí tratado.

Una primera interpretación es que cualquier poder (tanto el político como el judicial) puede, frente a "objetivos de *especial urgencia*", argumentar sobre bases consecuencialistas. Esto se condice con la posición de "Rosza" ("lado B"). Sin embargo, en términos liberales más exigentes (*en serio*) esta interpretación parece ser la más "débil" dado que permite a los jueces "inventar" posiciones jurídicas nuevas (más allá de que se limite a situaciones de especial urgencia).

Una interpretación más "*radical*" señala una importante diferencia entre los poderes que pueden tomar decisión de base consecuencialista en situaciones de especial urgencia. Solo los poderes con representación democrática pueden utilizar argumentos consecuencialistas. El Poder Judicial carece de esa representatividad y, por lo tanto, le está vedada esta posibilidad. Como ya se anticipara, esta interpretación radical se apoya en principios liberales fundamentales. El principio de legalidad exige que los ciudadanos no sean sorprendidos en sus derechos por las decisiones judiciales; las decisiones

⁴⁷ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 147 y 148.

⁴⁸ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 150.

⁴⁹ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 160 y 161.

judiciales basadas en consecuencias generan (en ocasiones⁵⁰) posiciones jurídicas nuevas. El principio democrático establece que solo el pueblo o sus representantes pueden introducir o cambiar posiciones jurídicas. Finalmente, el principio republicano de división de poderes ratifica que solo los poderes políticos tienen esa representación y esa facultad, y que al Poder Judicial solo le corresponde la tarea del control de constitucionalidad de los instrumentos políticos utilizados.

En definitiva, la versión radical de la tesis de los derechos debe enmarcarse en el entrecruzamiento de tres distinciones claves: tipo de argumentos (deontológicos/consecuencialistas), poder que puede utilizarlos (político/judicial) y tipos de situaciones a considerar (normales/urgentes). El Poder Judicial no puede (por su falta de representatividad democrática) recurrir a consideraciones consecuencialistas (creadoras de posiciones jurídicas nuevas), ni siquiera en situaciones de especial urgencia.

¿Cuál es, finalmente, la posición de DWORKIN al respecto? Llamativamente, este segundo aspecto de la tesis de los derechos (exclusividad de los argumentos de principio) no fue profundizado por DWORKIN luego de su formulación inicial⁵¹, ni la doctrina parece haber tomado suficiente nota al respecto⁵². Más allá de esto, a partir de algunos elementos centrales de su formulación, parece razonable vincular a DWORKIN con la interpretación más radical de la tesis de los derechos.

§ 8. **AMPLIACIÓN DE LA TESIS RADICAL DE LOS DERECHOS**

¿Qué aspectos no desarrollados por DWORKIN podrían ser de importancia para una formulación más completa de la tesis radical de los derechos? A continuación, se analizarán tres de estos aspectos.

⁵⁰ Recuérdese la presentación de los distintos fallos de la Corte en los que se recurre a consideraciones consecuencialistas (§ 4). Solo en los dos últimos tipos se da un conflicto con el principio de legalidad.

⁵¹ DWORKIN, “Los jueces políticos y el Estado de derecho”, en *Una cuestión de principios*, p. 25 a 52. Allí anuncia que va a tratar el tema y menciona la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos. Sin embargo, al elegir los casos que tienen implicaciones “políticas”, ellos están relacionados más con cuestiones de principios que con cuestiones consecuencialistas.

⁵² HART reconoce que la tesis de los derechos representa la diferencia más radical con DWORKIN, pero se concentra solo en el problema de la “discreción creadora” en lo que llama los “intersticios” del derecho, y nada dice sobre el rechazo de DWORKIN al uso de argumentos políticos en el razonamiento judicial (cfr. HART, “Poscriptum”, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, p. 89 a 141)

a) *INSENSIBILIDAD MORAL.* La tesis radical de los derechos, al sostener que los jueces deben atenerse solo a soluciones deontológicas, sin tener en cuenta las consecuencias ni siquiera en casos de gravedad social, parece implicar una cierta "insensibilidad" moral hacia el interés general. ¿Qué podría decir la tesis al respecto?

Anteriormente, al destacar la ambigüedad del término "consecuencias", se dejaron de lado las situaciones vinculadas a los "casos concretos". Ahora conviene retomar por un momento este contexto, pues en él se da una similar acusación de insensibilidad moral. Cuando las consideraciones de principio no bastan para evitar consecuencias indeseables en los casos concretos, los defensores de una "aplicación" rigurosa del derecho mantienen que no es función de la judicatura sino de la política la responsabilidad final sobre la "ejecución" (más o menos sensible) de la sentencia. Este sentido, el Código penal español (art. 4º, párr. 3º) establece que, "sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación [...] resulte penada una acción u omisión que no debiera serlo", el juez o tribunal "acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente" al respecto (derogación, modificación o indulto)⁵³.

Al tener en cuenta esta distinción (entre "aplicación" judicial y "ejecución" política) debe volverse ahora a los contextos en los que están en juego las consecuencias sociales. La tesis radical de los derechos sostiene que los jueces deben limitarse a argumentar en términos deontológicos (declarativos de constitucionalidad), y si esta solución no basta para evitar las consecuencias indeseables se debe dejar la responsabilidad moral final sobre la "gestión" de la crisis en manos de la política. En otras palabras, corresponde a la política (y no a la judicatura) el despliegue de la sensibilidad moral necesaria para "gestionar" (mediante instrumentos constitucionales válidos) los efectos sociales posibles derivados de soluciones deontológicas rigurosas.

b) *EFICACIA EN LA GESTIÓN DE LAS CRISIS.* La asignación de la gestión de la crisis a la política podría convertirse, en términos de eficacia, en un aspecto en contra de la tesis radical de los derechos. En casos de especial urgencia la inmediatez que brinda la gestión judicial evita el riesgo de retrasar la solución al derivarla a la política.

⁵³ Esto es lo que hace el juez de la causa en FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*, p. 16.

A esta objeción, la tesis radical de los derechos podría responder, por un lado, que la discusión sobre la eficacia de una estrategia de gestión es una cuestión muy especulativa que no parece depender tanto del poder que las encare sino de otras circunstancias contingentes que resultan normalmente más determinantes. Por otro lado, y principalmente, que la eficacia de una estrategia de gestión de la crisis no debería ser el criterio para validar una posición en términos constitucionales.

En relación con este último aspecto es conveniente tener presente que el principal recurso utilizado por los jueces para la gestión de las crisis derivadas de una sentencia “invalidatoria” es el carácter que le otorguen a los efectos de esta. Si la ejecución normal de los efectos (retroactivos, *ex tunc*) coincide con la solución consecuencialista deseada la necesidad de un “lado B” no se presenta. Sin embargo, cuando la ejecución normal de los efectos resulta perjudicial para el interés general, surge entonces la posibilidad de convalidar (efectos *ex nunc*) posiciones jurídicas originadas en instrumentos políticos que no cuentan con el respaldo constitucional necesario (“lado B”). Ahora bien, si la única salida para evitar el caos social o institucional es la convalidación de efectos, ¿por qué esta decisión debería ser tomada por la judicatura y no por los poderes políticos?

Una tesis radical de los derechos toma en cuenta la distinción entre convalidación judicial y convalidación política y sostiene, sobre la base de los principios liberales antes mencionados, que la excepcionalidad de una estrategia convalidatoria es constitucionalmente admitida (si es que lo es) solo para la política⁵⁴ y no para la judicatura⁵⁵.

⁵⁴ Ejemplos de convalidación política: ley 11.582 (confirma la legislación *de facto* con efecto retroactivo). Ley “ómnibus” 12.912 (ratifica los decretos leyes 1943-1945). Ley 12.948 (declara la validez y obligatoriedad del decreto 32.347/44, relativo a la creación de los tribunales de la justicia del trabajo con efecto retroactivo a la fecha de publicación del mismo). Ley 20.509 (conserva la vigencia de las disposiciones penales mencionadas en el decreto ley 19.359/71). A su vez, la Corte ha reconocido la validez constitucional de las convalidaciones políticas: CSJN, 24/3/1947, “Martin, Joaquín c/Domingo Nicora”, *Fallos*, 207:200, en relación con la ley 12.948/1947; íd., 1975, “Banco Central de la República Argentina c/International Electric SCA y otro”, *Fallos*, 291:55, en relación con la ley 20.509.

⁵⁵ En “Gamberale de Mansur” (citado) se hace una distinción entre efectos pasados ya consolidados (susceptibles de convalidación judicial) y efectos futuros (solo susceptibles de convalidación política). Aun con esta distinción se acepta la convalidación judicial que implica la creación de posiciones jurídicas nuevas, y por lo tanto su incompatibilidad con la versión radical de la tesis de los derechos.

El poder político tiene cualidades representativas y funcionales suficientes para hacer frente a estas situaciones extraordinarias; no así la judicatura.

c) *DINÁMICA DE LA CRISIS*. En ocasiones (como lo fue en "Rosza"⁵⁶, o más recientemente en "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires") la demora de la resolución por parte de la Corte contribuyó significativamente en la agudización de la crisis. En este sentido, la tesis radical de los derechos insta a la Corte a intervenir en el control de constitucionalidad con la mayor inmediatez que permita la Constitución.

Una estrategia diseñada, justamente, para evitar las consecuencias de una tardía intervención por parte de la Corte la constituye el recurso extraordinario por salto de instancia (*per saltum*)⁵⁷. Sin embargo, este recurso limita la intervención a "sentencia definitiva de primera instancia". Una interpretación amplia de este recurso (en línea con su espíritu general⁵⁸), o bien la utilización de otros posibles recursos, colocaría a la Corte en una posición mucho más proactiva al respecto. A mayor prontitud en la intervención menor necesidad de recurrir a un "lado B".

§ 9. *CONSIDERACIONES FINALES*

El punto de partida del trabajo fue la recepción del ideario liberal-republicano en la Constitución nacional. Sobre esta base se ofreció un análisis "interno" en relación con uno de los aspectos más importantes que lo integran: la facultad del Poder Judicial de resolver, en situaciones de gravedad social o institucional, en base a consecuencias, incluso en contra de la solución deontológica-constitucional explícitamente admitida.

La posición liberal predominante manda a los jueces evitar el caos como resultado de una aplicación rigurosa del derecho. La

⁵⁶ La Corte ya había advertido el problema por lo menos dos años antes (acord. 7/2005). En esa ocasión, la Corte anticipa su voluntad de validar lo actuado por los jueces subrogantes cuyas designaciones venían siendo cuestionadas. Todavía no exhorta (como en "Rosza"), sino que "invita" a los poderes políticos a resolver el problema.

⁵⁷ Ley 26.790. Incorporación al CPCyCN de los arts. 257 bis y *ter*.

⁵⁸ "Cuestiones de notoria gravedad institucional"; "cuya solución definitiva y expedita sea necesaria"; "evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior".

Corte adhiere a esta posición en “Rosza” (“lado B”). La tesis radical de los derechos, que sostiene la exclusividad de las consideraciones de principio (aun en situaciones de especial urgencia) se presenta como una postura muy rigurosa, y por lo tanto como moralmente insensible.

Luego de despejar algunas ambigüedades, la acusación de insensibilidad se convierte en una pregunta sobre cuál (o cuáles) de los poderes del Estado es el que debe asumir la responsabilidad en la gestión (más o menos sensible) de las crisis que pudieran generarse a partir de una sentencia rigurosa.

Para la tesis radical de los derechos el Poder Judicial no está facultado para ese tipo de gestiones, ya que eso implica, normalmente, la introducción de posiciones jurídicas nuevas. Su rol constitucional es, más bien, dictaminar con la mayor inmediatez posible sobre la calidad constitucional de los instrumentos políticos que podrían generar situaciones de crisis social o institucional, renunciando así a las soluciones reactivas como las de “Rosza” (“lado B”) que, finalmente, hacen que la inconstitucionalidad resulte premiada con la convalidación de los efectos generados durante la irregularidad.

¿Cuál es, en definitiva, la solución constitucionalmente correcta en relación con las facultades del Poder Judicial de considerar las consecuencias que pudieran derivarse de sus fallos en situaciones de potencial crisis social o institucional?

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, JUAN B., *Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017.
- ANKUM, HANS, *Utilitatis causa en los trabajos de los juristas romanos clásicos*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 43, n° 3, 2016, p. 1, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000300018>.
- ARISTÓTELES, *Obras completas*, trad. P. de AZCÁRATE, Buenos Aires, Bibliográfica Omega, 1967.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *La “rigurosa aplicación de la ley”*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. 48, n° 3, p. 849.
- CICERÓN, MARCO T., *Los deberes*, trad. I. GARCÍA PINILLA, Barcelona, Biblioteca Clásica Gredos, 2014.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, trad. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1989.
- *Una cuestión de principios*, trad. V. BOSCHIROLI, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012.
- ELÍAS, JOSÉ, “*Massa*”, y *la saga de la pesificación: lo bueno, lo malo y lo feo*, JA, 2008-II-1326.

- FULLER, LON L., *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. G. CARRIÓ y L. NIILUS, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.
- HART, HERBERT, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, trad. M. HOLGUÍN, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- LORENZETTI, RICARDO, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- *El arte de hacer justicia. La intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Sudamericana, 2014.
- OROZCO HENRÍQUEZ, JESÚS - VÁZQUEZ - RODOLFO - MALEM SEÑA, JORGE F. (comps.), *La función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- SAGUÉS, NÉSTOR P., *Las sentencias constitucionales exhortativas*, "Estudios Constitucionales", vol. 4, n° 2, 2006, p. 189.
- SINGER, P. (comp.), *Compendio de ética*, trad. J. VIGIL RUBIO, Madrid, Alianza Editorial, 1995.